Prof. Dr. iur. Karl Albrecht Schachtschneider
Ordinarius für Öffentliches Recht

An das
Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk 3

76131 Karlsruhe

27. Mai 2005

Organklage

Verfassungsbeschwerde

Antrag auf andere Abhilfe

Antrag auf einstweilige Anordnung

des Mitglieds des Deutschen Bundestages, Bayer. Staatsminister a.D.,

Dr. Peter Gauweiler, Platz der Republik 1, 11011 Berlin

Verfahrensbevollmächtigter: Universitätsprofessor Dr. iur. Karl Albrecht Schachtschneider, Nürnberg

Vollmacht anbei

– Antragsteller –

gegen

den Deutschen Bundestag, vertreten durch den Präsidenten des Deutschen Bundestages, Wolfgang Thierse, Platz der Republik 1, 11011 Berlin

und

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Bundesregierung, diese vertreten durch den Bundeskanzler, Bundeskanzleramt, Willy-Brandt Str. 1,

10557 Berlin

– Antragsgegner –

I N H A L T

Anträge 1

I. Organklage 1

II. Verfassungsbeschwerde 1

III. Antrag auf andere Abhilfe 2

IV. Antrag auf einstweilige Anordnung 2

1. Teil - Zulässigkeit der Anträge 3

Antrag zu I. 3

Antrag zu II. - Art. 2 Abs. 1, Art. 38 Abs. 1 S. 2, Art. 20 Abs. 4 GG 15

1. Politische Freiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) 16
2. Recht auf Vertretung durch den Deutschen Bundestag (Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG) 24
3. Widerstandsrecht (Art. 20 Abs. 4 GG) 31

Antrag zu III. - Recht auf andere Abhilfe (Art. 20 Abs. 4 GG) 32

Antrag zu IV. - Einstweilige Anordnung 36

2. Teil - Begründetheit der Anträge 38

A. - Existentielle Staatlichkeit des Unionsstaates ohne demokratische Legitimation 38

I. Existentielle Staaten und existentielle Staatlichkeit im Bundesstaat 38

II. Bundesrepublik Deutschland als unechter Bundesstaat – existentielle Staatlichkeit der deutschen Länder 51

III. Substantielle und existentielle Staatlichkeit der Union 59

IV. Existentielle Staatlichkeit der Völker Europas und die Integrationsgrenzen Deutschlands 75

V. Kritik der Integration zum europäischen Bundesstaat mit einer existentiellen Union ____ **81**

B. - Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten, effet utile, Herkunftslandprinzip und existentielle Unionsstaatlichkeit ____ ***88***

I. Diskriminierungsverbot ____ **88**

II. Grundfreiheiten ____ **91**

1. Warenverkehr ____ 91
2. Arbeitnehmerfreizügigkeit ____ 93
3. Dienstleistungsfreiheit ____ 98
4. Niederlassungsfreiheit ____ 100
5. Kapitalverkehrsfreiheit ____ 112

III. Effektivierung des Integrationsrechts zu Lasten der nationalen Gesetzgebung ____ **117**

IV. Herkunftslandprinzip oder Anerkennungsprinzip zu Lasten der nationalen Gesetzgebung ____ **127**

V. Selbstermächtigung des Europäischen Gerichtshofs durch seinen Unternehmensbegriff ____ **140**

C. - Wirtschafts-, Währungs-, Haushalts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik – Verstoß gegen die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes ____ ***143***

I. Wirtschaftspolitik ____ **143**

II. Währungspolitik ____ **159**

III. Haushaltspolitik ____ **164**

IV. Beschäftigungspolitik ____ **171**

V. Sozialpolitik ____ **175**

D. - Unionspolitik der inneren Sicherheit als existentielle Entstaatlichung der Mitgliedstaaten ____ ***179***

I. Existentielle Gebietshoheit der Europäischen Union ____ **180**

II. Justizpolitik in Zivilsachen ____ **182**

III. Justizpolitik in Strafsachen ____ **184**

IV. Polizei 191

V. Europäischer Haftbefehl wider den existentiellen Schutz der Bürger durch ihre Mitgliedstaaten 193

E. - Grundrechtepolitik der Union als Verlust des existentiellen Grundrechtestandards *198*

I. Konventsverfahren 198

II. Die Grundrechtelage in der Europäischen Union 198

III. Grundrechte als Erkenntnisse der praktischen Vernunft 203

IV. Liberalistische, statt republikanischer Konzeption 205

V. Soziale Rechte 211

VI. Arbeitnehmerrechte 214

VII. Ökologische, biologische und gesundheitliche Rechte 216

VIII. Prozedurale Rechte 217

IX. Ermöglichung der Todesstrafe und der Tötung im „Aufstand“ oder „Aufruhr“ 219

X. Keine Grundrechtebeschwerde 221

XI. Unionsstaat als existentieller Verfassungsstaat 222

F. - Der Verlust der existentiellen Rechtshoheit der Mitgliedstaaten *225*

I. Integrationistische Judikatur des Europäischen Gerichtshofs 228

II. Extensive Textauslegung und textlose Rechtsgrundsätze 235

III. "Recht" im Sinne des Art. I-29 Abs. 1 S. 2 VV / Art. 220 Abs. 1 EGV 238

IV. Grenzen des Vorranges des Gemeinschaftsrechts und begrenzte Befugnisse der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit 243

V. Einheit des Gemeinschaftsrechts als Hebel der vertragswidrigen Integration 246

VI. Demokratisches Defizit der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit 253

VII. Gemeinschaftsgerichte als völkerrechtstypische Streitschlichtungsorgane 259

G. - Verteidigungs(Militär)hoheit *263*

I. Verlust existentieller Verteidigungshoheit der Mitgliedstaaten 263

II. Verbot des Angriffskrieges 268

H. - Kompetenz-Kompetenzen der Europäischen Union *271*

I. Flexibilitätsklausel 271

II. Generalermächtigung zur Mittelbeschaffung 272

III. Vereinfachtes Vertragsänderungsverfahren 275

1. Art. IV-445 VV 275
2. Art. IV-444 VV 277

IV. Subsidiarität 278

J. - Weitere Aspekte existentieller Staatswidrigkeit *281*

I. Unmittelbare Wirkung von Richtlinien 281

II. Rechtsstaatlich fragwürdiger Verordnungsbegriff 283

III. Unionsbürgerschaft 283

K. - Zunehmende Demokratiedefizite in der Europäischen Union *285*

Prof. Dr. iur. Karl Albrecht Schachtschneider
Ordinarius für Öffentliches Recht

An das
Bundesverfassungsgericht
Schloßbezirk 3

76131 Karlsruhe

27. Mai 2005

Organklage

Verfassungsbeschwerde

Antrag auf andere Abhilfe

Antrag auf einstweilige Anordnung

des Mitglieds des Deutschen Bundestages, Bayer. Staatsminister a.D.,

Dr. Peter Gauweiler, Platz der Republik 1, 11011 Berlin

Verfahrensbevollmächtigter: Universitätsprofessor Dr. iur. Karl Albrecht Schachtschneider, Nürnberg

Vollmacht anbei

– Antragsteller –

gegen

den Deutschen Bundestag, vertreten durch den Präsidenten des Deutschen Bundestages, Wolfgang Thierse, Platz der Republik 1, 11011 Berlin

und

die Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch die Bundesregierung, diese vertreten durch den Bundeskanzler, Bundeskanzleramt, Willy-Brandt Str. 1,

10557 Berlin

– Antragsgegner –

Anträge

I. Organklage

Namens und in Vollmacht des Antragstellers beantrage ich, festzustellen, daß das Zustimmungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa, welches der Deutsche Bundestag am 12. Mai 2005 verabschiedet hat und dem der Bundesrat am 27. Mai 2005 zugestimmt hat, gegen das Grundgesetz verstößt, 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 ist.

II. Verfassungsbeschwerde

Namens und in Vollmacht des Verfassungsbeschwerdeführers beantrage ich, festzustellen, daß das Zustimmungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa, welches der Deutsche Bundestag am 12. Mai 2005 verabschiedet hat und dem der Bundesrat am 27. Mai 2005 zugestimmt hat, gegen das Grundgesetz verstößt, 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 verletzt, sowie das Zustimmungsgesetz 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 vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa, welches der Deutsche Bundestag am 12. Mai 2005 verabschiedet hat und dem der Bundesrat am 27. Mai 2005 zugestimmt hat, 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 vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa, welches der Deutsche Bundestag am 12. Mai 2005 verabschiedet hat und dem der Bundesrat am 27. Mai 2005 zugestimmt hat, auszufertigen und zu verkünden und den Vertrag über eine Verfassung für Europa durch Unterzeichnung der Ratifikationsurkunde und Hinterlegung der Ratifikationsurkunde bei der Regierung der Italienischen Republik zu ratifizieren, bevor über die Organklage zu I. und die Verfassungsbeschwerde zu II und den Antrag auf andere Abhilfe zu III. entschieden ist.

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

1. 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 eines Vertrages vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa (Drucksachen 15/4900, 15/4939) anhand der 1. Lesung am 24. Februar 2005 und der 2. und 3. Lesung vom 12. Mai 2005 verabschiedet hat.

Die Verabschiedung dieses Zustimmungsgesetzes zu dem Vertrag über eine Verfassung für Europa (Verfassungsvertrag) 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

---

[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.

schützt auch den Abgeordneten als Vertreter des ganzen Volkes in seiner Stellung als Organwalter im 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 Verfassungsvertrag 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 2. 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 Verfassungsvertrag die existentielle Staatlichkeit Deutschlands weitestgehend zugunsten einer existentiellen Staatlichkeit der Europäischen Union einschränkt[3]. Nach dem Verfassungsvertrag 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 Verfassungsvertrag begründet keinen „Staatenverbund“[5], sondern einen (echten) Bundesstaat, durch dessen

---

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

[3] Dazu 2. Teil, A, II; B; C; F; H, K.

[4] Dazu 2. Teil, K und durchgehend.

[5] BVerfGE 89, 155 (190).

Gründung (jetzt endgültig) die existentielle Staatlichkeit (Souveränität) Deutschlands wesentlich 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 2. Teil zur Begründung dieser Verfassungsklage näher dargelegt. Der Weg zu einer europäischen Integration im Sinne des Verfassungsvertrages 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

---

[6] Dazu 2. Teil, A, I, II, und durchgehend.

in freier Entscheidung beschlossen worden ist“. Eine demokratische Verfassungsgebung der Europäischen 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 Bundes-

---

[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.).

tag 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 die (existentielle) Staatlichkeit Deutschlands als (existentiellen 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 in einer Debattenrede (genauer 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 verlesen (Erklärung zur Abstimmung nach § 31 Abs. 1 GOBT) kann. Eine Vorlage darf ein Mitglied des Bundestages allein nicht einbringen; das darf nur eine Fraktion oder eine Mehrheit von Abgeordneten von 5 % 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

---

[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.

der Verfassungsorgane übersteigen, ist er in seiner Stellung als Verfassungsorganwalter beschädigt. Dagegen muß er sich mit allen rechtlichen Mitteln zur Wehr setzen können. Das einzige Mittel zur Verteidigung des Rechts und seiner Rechte, das angesichts der Mehrheitsverhältnisse im Deutschen Bundestag eine Erfolgchance 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 Schadenersatzansprüchen schützen, wenn er Handlungen des Organs, welche die Befugnisse des Organs überschreiten, abzuwehren versucht hat[9]. Derartige Schadenersatzfolgen 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 Nichtig-

---

[9] *H.-J. Mertens*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 2. Aufl. 1996, § 77, Rdn. 38, weist darauf hin, daß überstimmte Vorstandmitglieder 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/Heferlmehl/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.

keit eines Gesetzes, insbesondere eines Vertragszustimmungsgesetzes, jedenfalls wenn das 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.

4. Der Antragsteller ist in seinem Status als Organwalter des Deutschen Bundestages, also als Vertreter des ganzen Volkes, auch dadurch in dem durch Art. 38 Abs. 1 S. 2 GG als Grundrecht geschützten Vertretungsrecht verletzt, daß weder er noch andere Abgeordnete, welche das Zustimmungsgesetz abgelehnt haben oder sich der Stimme enthalten haben, während der Lesungen, insbesondere während der wesentlichen 2. und 3. Lesung vor der Abstimmung am 12. Mai 2005, eine Gelegenheit erhalten haben, ihre Argumente gegen die Zustimmung zu dem Vertrag vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa zur Sprache und zu Gehör des Deutschen Bundestages zu bringen. Er hat (ebenso wie ein anderer Abgeordneter, der Vorsitzende des Haushaltsausschusses des Bundestages Manfred Carstens) lediglich von dem Recht des § 31 der Geschäftsordnung des Deutschen Bundestages Gebrauch machen können, nach Schluß der Aussprache vor der abschließenden Abstimmung eine mündliche Erklärung abzugeben, die im Plenarprotokoll aufzunehmen war. Darin hat er erklärt, daß ihm vor allem wegen des uneingeschränkten Vorrangs des Unionsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht, einschließlich des Grundgesetzes, eine Zustimmung zu dem Verfassungsvertrag nicht möglich sei, und daß „ein derart weit reichendes Verfassungsgesetz nur auf einem Referendum des deutschen Volkes über ein neues Verfassungsgesetz beruhen“ könne (Art. 146 GG), und daß er gegen das Zustimmungsgesetz Organklage und Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht erheben werde, wenn der Bundesrat dem Vertrag zugestimmt haben werde, also den Weg zu gehen, den das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluß vom 28. April 2005 auf seine Verfassungsklage zum Aktenzeichen 2 BvE 1/05 und 2 BvR 636/05 hin gewiesen hat. Die Erklärung des Antragstellers füge ich in der Anlage bei. Dem Gesetz haben 23 Abgeordnete nicht zugestimmt, zwei Abgeordnete haben sich enthalten. Darüber hinaus haben 90 Abgeordnete ihre Zustimmung durch eine schriftliche Erklärung ergänzt, mit der sie erläutert ha-

ben, daß sie dem Verfassungsvertrag nur trotz schwerer Bedenken zugestimmt haben. Da diese Erklärungen nicht verlesen, sondern nur mit der Abstimmung zur Protokoll genommen worden sind, konnten diese Stellungnahmen die Debatte nicht beeinflussen.

Der umfängliche Argumentationshaushalt, in dem der Antragsteller seine Bedenken wegen der Verfassungs- und Staatswidrigkeit des Verfassungsvertrages in seinem Schriftsatz, mit dem er die genannte Verfassungsklage vom 25. April 2005 begründet hat und den er dem Präsidenten des Deutschen Bundestages persönlich am 20. April 2005 überreicht hat, konnte dem Deutschen Bundestag (ebensowenig wie die umfänglichen Einwände der anderen Gegner des Verfassungsvertrages) in keiner Weise vorgetragen werden, weil die Erklärung zur Abstimmung nach § 31 GOBT dafür keine Gelegenheit gibt und auch nur fünf Minuten dauern darf. Der Antragsteller konnte somit genauso wie die anderen den Vertrag ablehnenden Abgeordneten Bedenken gegen das Zustimmungsgesetz im Deutschen Bundestag in angemessener Weise nicht vortragen, obwohl diese Bedenken, die ähnlich in der ganzen Europäischen Union, jedenfalls in den Mitgliedstaaten, die eine Volksabstimmung über den Verfassungsvertrag durchführen, derzeit insbesondere in Frankreich, erörtert werden. Die Verteilung des Rederechts durch die Fraktionen im parteienstaatlich fraktionierten Parlament hat es mit sich gebracht, daß die Kritiker des Verfassungsvertrages nur in aller Kürze mit Zwischenfragen oder Zwischenbemerkungen in der Aussprache nach § 27 Abs. 2 GOBT zu Worte gekommen sind.

Die CSU-Landesgruppe im Bundestag, welcher der Antragsteller angehört, hatte auf ihrer Sitzung am 9. Mai 2005 zwar ausdrücklich und einmütig gefordert, daß die CDU/CSU-Bundestagsfraktion zumindest einen der ihr zustehenden Redner aus den Reihen der Kritiker des Verfassungsvertrages benennt und ihm entsprechende Redezeit zukommen läßt. Dies wurde am folgenden Tag vom Vorstand der CDU/CSU-Fraktion jedoch abgelehnt. Vielmehr wurde beschlossen, als Redner für die Debatte nur Befürworter des Verfassungsvertra-

ges dem Präsidenten des Deutschen Bundestags zu melden[10]. Darüber hinaus wurden alle Abgeordneten seiner Fraktion in der anschließenden Fraktionssitzung am Nachmittag des 10. Mai 2005 ausdrücklich darauf hingewiesen, daß sie ein von der (auf dieser Sitzung) fraktionsintern beschlossenen Zustimmung zum EU-Verfassungsvertrag abweichendes Abstimmungsverhalten der Fraktionsgeschäftsführung spätestens 24 Stunden vor der Abstimmung schriftlich anzuzeigen hätten und auf die entsprechenden Bestimmungen der „Arbeitsordnung der CDU/CSU-Bundestagsfraktion“ erinnert. Ein Abdruck dieser Arbeitsordnung liegt diesem Schriftsatz als Anlage bei.

Dieses Verfahren, das der Praxis aller Bundestagsfraktionen entspricht, genügte in keiner Weise, um die Kritik an dem Vertrag in der Plenarsitzung der Volksvertretung am 12. Mai 2005 zur Sprache zu bringen. Lediglich zwei fraktionslose Abgeordnete konnten in dieser Plenarsitzung in jeweils dreiminütigen Beiträgen in aller Kürze außerhalb von § 31 GOBT in regulären Wortmeldungen Kritik an dem Vertrag äußern. Antworten haben sie auf ihre Kritik nicht bekommen. Weil alle Fraktionen dem Verfassungsvertrag zuzustimmen gewillt waren (und geschlossen oder jedenfalls in großer Mehrheit zugestimmt haben) und dieses Abstimmungsverhalten vor der Abstimmung im Deutschen Bundestag fraktionsintern durch die jeweilige „Arbeitsordnung der Fraktion“ klargestellt war, sind nur Befürworter des Verfassungsvertrages von den Fraktionen für die Debatte im Deutschen Bundestag benannt worden. Im Großen und Ganzen wurde die historische Bedeutung des Integrationsschrittes, den die Europäische Union mit dem Verfassungsvertrag macht, sowie Dankbarkeit und Freude darüber zum Ausdruck gebracht. Nur mit wenigen Aspekten ist der Vertragsinhalt als solcher angesprochen worden, meist mit allgemeinen Einschätzungen, wie etwa der, daß der Vertrag das demokratische Defizit mildere oder die demokratische Legitimation der Europäischen Union

---

[10] Beweis: Michael Glos, MdB, Vorsitzender der CSU-Landesgruppe 1. stellvertretender Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktionzu laden über den Deutschen Bundestag, Platz der Republik 1, 11011 Berlin.

stärke. Eine einem Verfassungsvertrag gemäße Texterörterung hat jedenfalls in der Plenardebatte nicht stattgefunden.

Eine solche Debatte fand auch nicht in angemessener Weise in den Ausschüssen des Deutschen Bundestages statt. Nachdem die Bundesregierung das Zustimmungsgesetz dem Bundestag am 18. Februar 05 zugeleitet hatte, war zwar im federführenden „Europa-Ausschuß“ des Bundestages zunächst beschlossen worden, das Gesetz wegen seiner Bedeutung im Allgemeinen und wegen seiner Querschnittsfunktion im Besonderen allen Ausschüssen des Parlaments zur Mitberatung zu überweisen. Diese Absicht wurde allerdings wieder fallen gelassen, um den Zeitplan des beabsichtigten Verfahrens, das auf eine Schlußabstimmung des Zustimmungsgesetzes im Plenum vor dem Referendum in Frankreich am 29. Mai 2005 zielte, nicht zu gefährden[11]. Bei der Schlußabstimmung des federführenden Ausschusses für Europaangelegenheiten am 11. Mai 2005, also einen Tag vor der Abstimmung im Plenum, lagen den Ausschußmitgliedern überhaupt nur die Voten von zwei Ausschüssen des Bundestages vor (Beweis wie zuvor in Fn. 11). Vor dem 11. Mai 2005, am 20. April 2005 wurde das Zustimmungsgesetz außerhalb des federführenden Europaausschusses nur noch im Ausschuß für Kultur und Medien, dessen stellvertretender Vorsitzender der Antragsteller ist. Bei der Sitzung hatte sich die Bundesregierung zur schriftlichen Beantwortung einer Reihe von Fragen verpflichtet, was bis zum Tag der Plenarabstimmung allerdings nicht erfolgte. Dabei ging es um Fragen wie zum Beispiel um das Auskunftsersuchen des Abgeordneten Heinrich-Wilhelm Ronsöhr an die Bundesregierung, sie möge wenigstens drei Aufgabenbereiche benennen, in denen der Bundestag eine abschließende Regelungskompetenz behalte. Von allen anderen Ausschüssen des Bundestages lag dem federführenden Europaausschuß bei seiner Beratung am 11. Mai 2005 ein Votum zum Verfassungsvertrag nicht vor. Diese Ausschüsse

---

[11] Beweis: Wolfgang Thierse, MdB, Präsident des Deutschen Bundestages, Matthias Wissmann, MdB, Vorsitzender des Ausschusses für Europaangelegenheiten, Dr. Gerd Müller, MdB, Europapolitischer Sprecher der CSU-Landesgruppe, alle zu laden über den Deutschen Bundestag, Platz der Republik 1, 11011 Berlin.

wurden am 11. Mai 2005, also einen Tag nach der Festlegung in den Faktionssitzungen und einen Tag vor der Beratung im Plenum, überhaupt erst mit dem Zustimmungsgesetz befaßt. Diese Ausschüsse nahmen das Zustimmungsgesetz formal zur Kenntnis und stimmten ihm zu. Von diesen formalen Ausschuß-Voten dieses Tages erreichte kein Votum, mit Ausnahme des Votums des Petitionsausschusses, den federführenden Europaausschuß (Beweis wie zuvor in Fn. 11).

Der Zweite Senat des Bundesverfassungsgerichts hat in dem Beschluß vom 28. April 2005, durch den der Antrag im Organstreitverfahren des Antragstellers verworfen und dessen Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen wurde, 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[12], 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 12. Mai 2005 für das Deutsche Volk auch

---

[12] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 560 ff., 584 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, Manuskript, Stand 2005, 7. Kap.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, 6. Aufl. 2005, S. 6 f.

nicht durch eine demokratisch hinreichende Debatte legitimiert ist, die es noch entfernt erlauben würde, zu sagen, daß das beste Argument sich durchgesetzt hat, wie das nicht nur vom demokratischen Prinzip, sondern auch vom Rechtsstaatsprinzip geboten wäre[13]. 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. Richtiger Weise bedarf die Beantwortung der schicksalhaften Frage eines Vertrages über eine Verfassung für Europa, welche weitestgehend das Grundgesetz abzulösen betreibt, ohnehin einer neuen Verfassung Deutschlands (Art. 146 GG). Dies schon deswegen, weil sie nur durch ein Referendum des Volkes beschlossen werden kann und damit das ganze Volk in die Erörterung der neuen Verfassung (ähnlich wie in Frankreich) einbezieht und dadurch ihre Legitimationskraft gewinnt. Das Zustimmungsgesetz, das der Deutsche Bundestag am 12. Mai 2005 verabschiedet hat, und dem der Bundesrat am 27. Mai 2005 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.

---

[13] 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. 20.

Der Vortrag zur Zulässigkeit begründet zugleich die Organklage hinsichtlich der demokratie- und parlamentswidrigen Argumentation beider Lesungen des Zustimmungsgesetzes zum Vertrag vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa im Deutschen Bundestag.

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

6. Das Rechtsschutzbedürfnis für die Organklage ergibt sich aus der außergewöhnlichen integrationspolitischen Bedeutung des Verfassungsvertrages, 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 Bundestagabgeordneten, 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 Verfassungsvertrag verkürzt auch die Vertretungsmacht des Bundestagsabgeordneten in einer Weise, die es notwendig macht, daß das Bundesverfassungsgericht die grundgesetzgemäße Organstellung der Abgeordneten im Organklageverfahren schützt[14].

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 Ver-

[14] Dazu 2. Teil, A, IV und durchgehend.

trag vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa 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.

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[15], sondern auch und vor allem das Grundrecht der politischen Freiheit der Bürger[16]. 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 Ge-

---

[15] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 441 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 6. Kap.

[16] *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, 2. Kap., III, VI, 3. Kap., 5. Kap., II, 6. Kap., I, III, 7. Kap., I, III.

meinwesen, einer Republik, welche durch die Prinzipien Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit definiert ist, zu entfalten vermag[17]. 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 Dualismus von grundrechtlicher Freiheit und demokratischer Herrschaft verkennt die Republikanität des Grundgesetzes[18]. Herrschaftlichkeit ist menschheitlich und menschenrechtlich nicht begründbar[19]. 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[20], materialisiert[21]. Wie jede verfassungswidrige Gesetzgebung, welche den Menschen belastet, nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die allgemeine Handlungsfreiheit beeinträchtigt[22], so beeinträchtigt und verletzt den Menschen und Bürger erst recht ein verfassungswidriges (Art. 79 Abs. 3 GG) Verfassungsgesetz oder eben ein Verfassungsvertrag, 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 Verfassungsvertrag die existentielle

---

[17] 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. 4 ff., 15 ff., 41 ff., 93 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 1., 2., 3., 5., 7. Kap.

[18] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 501 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 6. Kap., III.

[19] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 71 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 3. Kap.

[20] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 4 ff., 15 ff., 84 ff.; weitere Hinweise in Fn. 17.

[21] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 84 ff.

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

Staatlichkeit Deutschlands wesentlich einschränkt und dafür die existentielle Staatlichkeit der Europäischen Union in einem solchen Maße weiterentwikkelt, 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 dem von Art. 79 Abs. 3 GG geschützten Kernbereich des demokratischen Prinzips und des Freiheitsprinzips verletzt[23] (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 Verfassungsvertrag geschaffen werden, schon gar nicht durch einen Verfassungsvertrag, 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.

---

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

Die freie Entfaltung der Persönlichkeit des Antragsgegners ist aber auch durch die wesentliche Neuordnung der Wirtschaftsverfassung durch den Verfassungsvertrag sowie durch die wesentliche Weiterentwicklung der Grundrechteordnung einschließlich der Rechtsprechungsgewalt des Europäischen Gerichtshofs, durch die Entwicklung des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Europäische Staatsanwaltschaft/Europäischer Haftbefehl, 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 befriedende „Krisenreaktionseinsätze" in aller Welt vorsieht, die mit dem Gewaltverbot, dem Prinzip der Nichteinmischung (Art. 2 Abs. 1 UNO-Charta), angesichts aktueller Beispielsfälle jedenfalls bisher als schwer vereinbar angesehen werden[24].

All die Bestimmungen des Verfassungsvertrages 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 Verfassungsvertrag 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 Verfassungsvertrag, der (zumal völkerrechtlich) unumkehrbar ist (sein soll), in seinem ursprünglichen Recht, zusammen mit seinen Mitbürgern das Verfassungsgesetz zu geben, verletzt. Wenn der Verfassungsvertrag in Kraft sein sollte, lebt jeder Mensch und Bürger in Deutschland in staats-, insbeson-

---

[24] Dazu 2. 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, i.V., 6. Teil, F, III.

dere 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 Verfassungsvertrages in wesentlichen Teilen möglich sind, ohne daß die Gesetzgebungsorgane, jedenfalls Deutschlands, dem zustimmen müssen (Art. III-445, aber auch Art. III-444 VV)[25]. Auch die Möglichkeit nach Art. I-54 VV 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[26], 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 über eine Verfassung für Europa beeinträchtigt und verletzt. Die allgemeine Handlungsfreiheit, die das Bundesverfassungsgericht in ständiger Rechtsprechung durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt sieht[27], wird verletzt, wenn verfassungswidrige, staatswidrige Gesetze oder auch Vertragszustimmungsgesetze diese einschränken[28]. Sie ist „das Grundrecht des Bürgers, nur aufgrund solcher Vorschriften mit einem Nachteil belastet zu werden, die formell und materiell der Verfassung gemäß sind[29]. Wenn die Ausübung der Staatsgewalt,

---

[25] Dazu 2. Teil., A, III, 3.

[26] Dazu 2. Teil, H, II.

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

[28] 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.

[29] BVerfGE 29, 402 (408).

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 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 Verfassungsvertrag 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[30] 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. Die allgemeine Handlungsfreiheit garantiert 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 Ge-

---

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

meinwesens, 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 Verfassungsvertrag verletzt wird, zumal weite Bereiche der existentiellen Staatlichkeit nicht mehr demokratisch und damit nicht mehr durch den Beschwerdeführer legitimiert ausgeübt werden können sollen (und auch gegenwärtig schon 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 Rechtakt, dem am 12./27. Mai 2005 verabschiedeten Zustimmungsgesetz zudem Vertrag über eine Verfassung für Europa 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 Verfassungsvertrag schafft eine europäische Identität, eine Unionsbürgerschaft und gestaltet das Leben in der Europäischen Union weitestgehend europäisch. 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 Verfassungsvertrag schafft, beeinträchtigt und ver-

letzt 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 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 2. 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 Verfassungsvertrag ändert die allgemeinen Lebensverhältnisse Deutschlands und damit auch und insbesondere die Lebensverhältnisse des Beschwerdeführers unmittelbar, gegenwärtig und tiefgreifend. Nach dem Verfassungsvertrag 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 Mög-

lichkeiten, 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[31].

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 vom 29. Oktober 2004 über die Verfassung für Europa 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 Verfassungsvertrag 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[32]. Das Gericht hat ausgesprochen:

---

[31] 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.).

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

„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, daß das demokratische Prinzip, soweit es Art. 79 Abs. 3 i.V.m. Art. 20 Abs. 2 GG für unantastbar erklärt, verletzt wird.“[33]

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)“[34]. 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[35]. 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.“[36]

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

---

[33] BVerfGE 89, 155 (182).

[34] BVerfGE 89, 155 (172).

[35] BVerfGE 89, 155 (172).

[36] BVerfGE 89, 155 (172).

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. Dies käme einer Generalermächtigung gleich und wäre damit eine Entäußerung, gegen die Art. 38 GG schützt."[37]

In der Begründung des 2. Teils wird dargelegt, daß der Verfassungsvertrag das demokratische Defizit bei der Ausübung von Staatsgewalt weiter verstärkt[38]. Das Prinzip der begrenzten Ermächtigung, das demokratierechtlich die Verantwortung für die Unionspolitik den nationalen Parlamenten zuzurechnen erlaubt, ist noch stärker mißachtet als bisher schon[39]. Die existentielle Staatlichkeit der Europäischen Union ist soweit getrieben, daß der Restbereich existentieller Staatlichkeit der Mitgliedstaaten zunehmend an Bedeutung verliert: Insbesondere ermächtigt der Verfassungsvertrag die Europäische Union ohne Mitwirkung der nationalen Parlamente, Maßnahmen zu erlassen, um die Ziele der Union zu erreichen, auch wenn dieser keine Befugnisse übertragen sind (Art. I-18 VV, Flexibilitätsklausel)[40], weiterhin sich mit Mitteln auszustatten, um ihre Ziele zu erreichen und ihre Politiken durchführen zu können, auch eigene Steuern zu erheben (Art. I-54 VV)[41] und sogar den Verfassungsvertrag, ohne daß die nationalen Parlamente zustimmen müssen, in wesentlichen Teilen zu ändern (Art. III-445 VV)[42]. Auch die Aufgaben und Befugnisse der Wirtschafts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik werden zu Lasten der Verantwortung des Deutschen Bundestages erweitert[43], obwohl sie schon durch die

---

[37] BVerfGE 89, 155 (187).

[38] 2. Teil, insbesondere A, I, IV, V, B, C, F, G, H, J.

[39] Dazu vor allem 2. Teil, K.

[40] Dazu 2. Teil, H, I.

[41] Dazu 2. Teil, H, I.

[42] Dazu 2. Teil, A, III, 3.

[43] Dazu 2. Teil, C.

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[44]. Hinzu kommt eine im Verfassungsvertrag definierte Verteidigungspolitik, die den Auftrag der Bundeswehr wesentlich auf ‚befriedende' Krisenreaktionseinsätze erweitert und sich zunehmend von der notwendigen demokratisch-parlamentarischen Legitimation löst[45].

Weiterhin ist die Rechtsprechung in hohem Maße dem Europäischen Gerichtshof überantwortet, der durch den Verfassungsvertrag weiter an Macht gewinnt, aber für die Grundsatzfragen einer rechtsprechenden Gewalt jedenfalls nicht ausreichend demokratisch legitimiert ist[46]. Die weiten und offenen Ermächtigungen, Grundfreiheiten und Grundrechte, aber auch Prinzipien und Werte der Europäischen Union führen zu einer die Lebensverhältnisse weit- und tiefgehend bestimmenden Rechtsprechung, 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. Durch die Erweiterungen der nationalen Ermächtigungen wird nicht nur die Rechtserkenntnisbefugnis des Europäischen Gerichtshofs erweitert, sondern auch dessen politische Gestaltungsmacht. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hat keine eigenständig demokratische Legitimation, welche das demokratische Defizit der Rechtsetzung durch die Vertragsgebung ausgleichen könnte[47]. Die Regelungen des Verfas-

---

[44] Dazu 2. Teil, C, II; vgl. *W. Hankel/W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty*, Die Euro-Klage. Warum die Währungsunion scheitern muß, 1998; *dies*., 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, Az.: 2 BvR 1877/97 und 2 BvR 50/98; dazu BVerfGE 97, 350 ff.

[45] Dazu 2. Teil, G.

[46] Dazu 2. Teil, F.

[47] Dazu 2. Teil, F, VI.

sungsvertrages sind in einem Maße offen und weit, daß sie, gemessen am rechtsstaatlichen Bestimmtheitsprinzip, als unbestimmt gelten müssen. 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 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 vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa, insbesondere bei der 2./3. Lesung vom 12. Mai 2005, die Mindestanforderungen an eine demokratisch legitimierende Erörterung (jedenfalls) eines Verfassungsvertrages, 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. Dazu ist näher zu I, 4 vorgetragen.

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[48].

b) Der Beschwerdeführer ist durch das Zustimmungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland zum Vertrag über eine Verfassung für Europa vom 12./27. Mai 2005 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

---

[48] Hinweise in Fn. 31.

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 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 gemeinschaftsrechtlichen 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 Verfassungsvertrag weit über das Prinzip der begrenzten Ermächtigung hinaus. Sie sind offen und weit. Der Verfassungsvertrag verschafft der Europäischen Union Aufgaben und Befugnisse existentieller Staatlichkeit, ohne freilich durch einen existentiellen Staat, durch ein 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 Verfassungsvertrag wird mehr denn je durch den Unions- und den Gemeinschaftsvertrag der Europäischen Union 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 Uni-

on. 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 Verfassungsvertrag weit überschritten. Der Verfassungsvertrag 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 Verfassungsklage näher ausgeführt.

Nicht nur die Gesetzgebungsbefugnisse des Deutschen Bundestages, der mehr und mehr nur noch Richtlinien der Europäischen Union und in Zukunft eben Rahmengesetze der Union umzusetzen hat, sind weit zurückgedrängt, sondern die Gesetzgebung der Europäischen Union ist selbst nicht demokratische legitimiert, wie das im 2. Teil zu A und K 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, jedenfalls der Europäische Rat, 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[49], 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 Widerstandes auch das Recht zum Inhalt, daß das Bundesverfassungsgericht Maßnahmen der Verfassungsorgane,

---

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

welche es unternehmen, die Verfassungsordnung Deutschlands zu beseitigen, ins Unrecht setzt, entweder unterbindet oder aufhebt. Die Maßnahme, welche den Tatbestand des Art. 20 Abs. 4 GG erfüllt, ist das Zustimmungsgesetz der Bundesrepublik Deutschland (des Deutschen Bundestages und des Bundesrates) zum Verfassungsvertrag, weil dieser Verfassungsvertrag 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 Verbindlichkeit des Verfassungsvertrages, welche das Zustimmungsgesetz vom 12./27. Mai 2005 zu begründen versucht, ersetzt die grundgesetzliche Ordnung weitestgehend durch die Ordnung des Vertrages über eine Verfassung für Europa, zumal diese uneingeschränkten Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten beansprucht (Art. I-6 VV). 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 vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa 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[50]. Er verletzt auch die anderen Strukturprinzipien des Art. 20 GG, nämlich das Rechtsstaatsprin-

[50] Dazu 2. Teil, A, IV, V; I, durchgehend.

zip, vor allem durch die offenen und weiten (unbestimmten) Ermächtigungen der Unionsorgane, insbesondere des Europäischen Gerichtshofs[51], das Sozialprinzip, insbesondere durch eine Wirtschafts- und Währungsunion, die der Verwirklichung des Sozialprinzips keine Chance läßt[52], und das Bundesstaatsprinzip dadurch, daß die Länder Deutschlands zu regionalen Selbstverwaltungen degradiert werden (vgl. Art. I-5 Abs. 1 VV)[53]. Das Zustimmungsgesetz, das der Deutsche Bundestag am 12. Mai 2005 verabschiedet hat und dem der Bundesrat am 27. Mai 2005 zugestimmt hat, 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 2. Teil näher begründet. Die existentielle Staatlichkeit des (echten) 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[54]. Daraus erwächst das Recht als „ein wirkliches Rechtsgesetz der Natur“ auf eine „bürgerliche Verfassung“[55].

---

[51] Dazu 2. Teil, F.

[52] Dazu 2. Teil, C.

[53] Dazu 2. Teil, A, II.

[54] *Kant*, Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 345; *K. A. Schachtschneider*, Freiheit in der Republik, 1. Kap., 2. Kap., 5. Kap.

[55] *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 374 ff., u.ö.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 280 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 2. Kap., III, 5. Kap., II.

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 andere Abhilfe gegen Unternehmungen geben, welche „diese Ordnung", also die Verfassungsordnung, die freiheitliche demokratische Grundordnung, zu beseitigen versuchen[56]. Aus dem Grundrecht des Art. 20 Abs. 4 GG folgt somit das Recht auf verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz vor Unternehmen der Staatsorgane, die Ordnung des Art. 20 GG zu beseitigen. Ohne diese Konzeption wird das Widerstandsrecht und der Grundrechteschutz dieses Rechts weitestgehend sinnlos. Art. 20 Abs. 4 GG gibt als Grundrecht, aber auch eigenständig ein besonderes subjektives Recht auf verfassungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen die verfassungs- und staatswidrigen 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 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa 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.

Schließlich wird mit dem Gesetzentwurf ein Verfassungsvertrag in Kraft gesetzt werden, der folgende Regelung enthält:

> „Die Verfassung und das von den Organen der Union in Ausübung der der Union übertragenen Zuständigkeiten gesetzte Recht haben Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten" (Art. I-6 VV).

---

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

Damit wird, erstmalig. kraft Zustimmungsgesetz nicht nur der „Vorrang“ des neuen Verfassungsvertrages als solchem, sondern ausdrücklich auch der Vorrang des von den Unionsorganen erlassenen Sekundär- und Tertiärrechts vor allem deutschen Recht, einschließlich des Grundgesetzes mitsamt den Grundrechten, vorgeschrieben. Dazu sind die Staatsorgane Deutschlands ausweislich des Grundgesetzes, der Verfassung Deutschlands, durch das Deutsche Volk nicht ermächtigt.

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 über eine Verfassung für Europa 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.

2. Der Vertrag vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa 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 vertiefen unternommen hat, ist ein Mittel der anderen Abhilfe im Sinne des Widerstandrechts 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 über eine Verfassung für Europa, 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 vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa 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[57]. 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[58]. 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 Be-

---

[57] Etwa *N. Fried*, „Karlsruhe bestimmt Tempo“, SZ Nr. 110 vom 14.-16.05.2005, S. 5; Spiegel-online vom 13.05.2005 „Köhler will noch nicht unterzeichnen“; DieWelt.de vom 13.05.2005 „Breite Mehrheit für EU-Verfassung“.

[58] Vgl. die Hinweise in Fn. 31.

schwerdeführers 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[59]. 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 zu dem Verfassungsvertrag vom 12./27. Mai 2005 und die Ratifikation des Vertrages vom 29. Oktober 2004 über eine Verfassung für Europa zu unterlassen, bis eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts über die Verfassungsmäßigkeit des Zustimmungsgesetzes und des Verfassungsvertrages getroffen ist.

---

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

2. 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 Verfassungsvertrag als Bundesstaat gefestigt und weiterentwickelt[60].

1. Es gibt keinen allseits oder auch nur vielerseits anerkannten oder gar einen völkerrechtlich verbindlichen Begriff des Bundesstaates[61]. Kriterium des Bundesstaates, wie ihn die herrschende Staatsrechtslehre in Deutschland vom Staatenbund unterscheidet, ist die Staatseigenschaft der Gliedstaaten neben der

---

[60] 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.

[61] 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.

Staatseigenschaft des Zentralstaates, also ein vertikal geteilter Gesamtstaat[62], der aus zwei (oder auch drei[63]) politischen Organisationsebenen mit Staatseigenschaft besteht. Der Bundesstaatsbegriff kann nicht von der ‚äußeren Souveränität' der Gliedstaaten abhängig gemacht werden[64], die in der Bundesverfassung geregelt und aus guten Gründen weitestgehend dem Gesamtstaat überantwortet wird (vgl. Art. 32 GG)[65]. Die Souveränität war das maßgebliche Kriterium des Staates in der vom monarchischen Prinzip bestimmten Bundesstaatslehre des deutschen Konstitutionalismus, zu Recht[66]; denn die Souveränität ist ein monarchischer Begriff. Im Republikanismus, in dem die Staatsge-

---

[62] 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. 133 und 135.

[63] 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.

[64] *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.

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

[66] *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.

walt Sache des Volkes ist (res publica res populi), ist die Teilung der Ausübung der Staatsgewalt auf unterschiedliche Volksverbände (Gebietskörperschaften) kein begriffliches Hindernis geteilter existentieller Staatlichkeit[67]. 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[68], der Bundes- oder Verfassungsvertrag der verbündeten Staaten, der als Bund einen Bundesstaat hervorbringt. Die deutsche Staatsrechtslehre der Gegenwart geht[69], 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[70] begreift und der Hoheitlichkeit (Hoheitsgewalt)

---

[67] 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.

[68] 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.

[69] 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.

[70] 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. Okto-

zugemessen wird[71]. Hoheitlichkeit aber ist, freiheitlich dogmatisiert, Staatlichkeit[72]. Der Staatenverbund kann ein staatsrechtlicher Bundesstaat sein[73]. Das hängt vom Staatsbegriff ab. „Der Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen", lehrt *Kant*[74], 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[75]), ergibt sich die funktionale und auch institutionelle Staatlichkeit und Staatseigenschaft des Bundes aus der zitierten freiheitlichen Definition des Staates. *Jellineks* Begriff war monarchisch[76], jedenfalls nicht freiheitlich; denn „Herrschen ist", lehrt *Georg Jellinek*, „die dem Staat notwendige Tätigkeit, …"[77]. Das ist in einer republikani-

---

ber 1993, Der Staat 33 (1994), S. 241 ff.; *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, 1996, S. 25 ff., 43 ff., 55 ff.

[71] 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.

[72] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff., 79 ff., 87 ff.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 41 ff., 51 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.

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

[74] 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. 49.

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

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

[77] Allgemeine Staatslehre, S. 772 f.; zur Herrschaftslehre kritisch *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 71 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 3. Kap.

schen Lehre, also einer Staatslehre der Republik, die eine Freiheitslehre sein muß[78], im 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 (Gewichtigkeit) 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[79] oder die Europäische Union, kurz Union genannt, oder 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 Gemeinschaftsstaat und Unionsstaat bezeichnet. Die Staatlichkeit des Gemeinschaftsstaates 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 funk-

---

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

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

tionellen oder auch institutionellen Sinne, wie etwa die Europäische Union. Der Gemeinschaftsstaat eines solchen echten Bundesstaates bedarf der demokratischen Legitimation durch ein Bundesvolk, muß also wegen des demokratischen Prinzips ein existentieller Staat sein. Immer ist die Funktion des Bundes oder eben Gemeinschaftsstaates 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[80]. 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[81].

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[82]. Die Bürgerschaft als das Volk ist die meist gewachsene, wesentlich aber willentliche, also durch Verfassungsgesetz verfaßte, Lebens-,

---

[80] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 111; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 53 f.; 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.

[81] *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, 2. Kap., IV und 5. Kap., II; *ders*., Sittlichkeit und Moralität. Fundamente von Ethik und Politik in der Republik, 2003, in: Aufklärung und Kritik, 2/2004, S. 7 ff., 1/2005, S. 29 ff.

[82] *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. 51 ff.

Friedens- und Schicksalsgemeinschaft[83]. Die Hoheit des 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 existentiellem Staat 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[84]. Eine originäre Hoheitsgewalt hat ein echter Bundesstaat, der kein existentieller Staat ist, trotz existentieller Staatlichkeit mangels eigenen Volkes nicht (so auch Art. I-11 Abs. 1 S. 1 VV. Er ist Republik der Republiken, ein „Föderalism freier Staaten“ im Sinne *Kants*[85]. Die Hoheitsgewalt eines solchen Bundesstaates muß wegen der demokratischen Legitimati-

---

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

[84] 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.).

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

on 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 Gliedstaaten also, sein. Sie muß wegen des Prinzips der Gesetzlichkeit[86] im Wesentlichen[87] in einzelstaatlichen Gesetzen beschlossen liegen. Die Aufgaben und noch mehr die Befugnisse des echten Bundesstaates ohne existentiellen Gemeinschaftsstaat können darum um des demokratischen Prinzips willen nur eng begrenzt sein (Prinzip der begrenzten Ermächtigung)[88]. 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[89], 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 wird, 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[90] ist im unechten Bundesstaat schon deswegen geboten, weil das Volk jedes Einzel-

---

[86] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 93 ff.

[87] 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. 120 ff.

[88] BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 96, 113; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 67 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 898, 903 ff.; dazu näher K, I, 2 mit Fn. 724.

[89] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 350 ff.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 5, 49 f.; *ders*., Freiheit in der Republik, 2. Kap., VI, 5. Kap., II, III, 7. Kap.

[90] *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.

staates ein Teil des Bundesvolkes ist und ein Bund nicht die Verfassung, die mit dem Menschen geboren ist[91], ändern, jedenfalls nicht 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 Gemeinschaftsstaat. Die Politik muß in echten Bundesstaaten ohne existentiellen Gemeinschaftsstaat, 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 Verfassungsvertrag (dazu IV, 2)[92].

d) Zur existentiellen Staatlichkeit gehört die Gebietshoheit und zur Gebietshoheit die Befugnis und die Befähigung, die Gesetze durchzusetzen und das Recht zu verwirklichen[93]. 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 Gemeinschaftsrecht anzuwenden (Art. I-5 Abs. 2 VV, bislang Art. 10 EGV)[94], grundsätzlich mit Vorrang vor der nationalen Rechtsordnung (§ 5 III)[95]. Die Aufgaben und Befugnisse sind im Bundesstaat,

---

[91] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 84 ff.

[92] Dazu Hinweise in Fn. 182.

[93] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 81 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 52 ff.

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

[95] 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.

sei er echt oder unecht, zwischen dem Gemeinschaftsstaat und den Einzelstaaten geteilt oder eben verbunden. Das gilt namentlich für die eng verzahnte, „kooperative“ Rechtsprechung[96], wie das im Vorabentscheidungsverfahren des Art. III-369 VV, bislang Art. 234 EGV, 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 Gemeinschaftsstaates 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 Gemeinschaftsorganen gemeinschaftlich ausgeübt wird, wie derzeit von der Union[97]. Die Staatsgewalt kann auch zwischen den Völkern der Einzelstaaten und dem Gemeinschaftsvolk/dem Unionsvolk des Gemeinschaftsstaates/der Union geteilt sein, wenn der Gemeinschaftsstaat/die Union eine eigenständige demokratische Legitimation hat. Jede der Organisationen der Staatlichkeit hat, staatsrechtlich betrachtet, die Staatseigenschaft, deren Legalität von der demokratischen Legitimati-

---

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. 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.; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 104 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 80 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, Das Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht Deutschlands, DSWR 1999, S. 81 ff., 116 ff.; *dies.*, Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, in: dies., Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, Lehrstuhl, Stand 2005, § 5, S. 94 ff.

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

[97] Vgl. die Hinweise in Fn. 152.

on abhängt. Um es zu wiederholen: Existentielle Staatlichkeit des Gemeinschaftsstaates bedarf der Trägerschaft durch ein (verfaßtes) Gemeinschaftsvolk, 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.

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)[98], 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 Gemeinschaftsstaat, dem Bund, wenn man so will, den Gliedstaaten und dem Zentralstaat, geteilt sind. Freilich müssen die Einzelstaaten und der Gemeinschaftsstaat existentielle Staaten sein, die aus der Logik des Bundesstaates aus unterschiedlichen Völkern bestehen, wenn auch das Gemeinschaftsvolk identisch mit den Völkern aller Einzelstaaten ist. Jedenfalls muß der Gemein-

---

[98] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 290 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, 2. und 5. Kap.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 41 ff. (49); *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.

schaftsstaat eigenständig demokratisch legitimiert sein, wodurch ihm originäre, vom Bundesvolk durch das Bundesverfassungsgesetz begründete, Hoheitsrechte ermöglicht werden. Durch ein einen existentiellen Gemeinschaftsstaat 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 Einzelstaaten und dem Gemeinschaftsstaat kann von den Einzelstaaten auch in einem Bundesvertrag mit dem Gemeinschaftsstaat 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 Gemeinschaftsstaates – vielleicht das Modell für Europa. Die Regelungen über Vertragsänderungen in Art. 48 EUV und verstärkt über Änderungen des „Vertrages über eine Verfassung für Europa“ der Europäischen Union in Art. IV-443 ff. VV gehen in diese Richtung; denn die Organe der Union sind in die Vertragsänderungsverfahren einbezogen. Nach Art. IV-443 ff. VV hat der Europäische Rat bestimmende Befugnisse in den Vertragsänderungsverfahren, jedenfalls kann er Vertragsänderungen verhindern und (sogar) das Vertragsänderungsverfahren (demokratiewidrig) vereinfachen (Art. IV-444 f. VV). Allerdings fehlt es am Unionsvolk als legitimierendem Gesamtvolk des Gemeinschaftsstaates.

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[99]. Ein als Staat organisiertes Volk als existentieller Staat hat die eigenständige, originäre Staatsgewalt einschließlich der Verfassungshoheit[100]. Verfassungshoheit und Bundeshoheit sind Teil der poli-

---

[99] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 84 ff. (87 f.); vgl. *R. Geiger*, Grundgesetz und Völkerrecht, 3. Aufl. 2002, S. 116 ff.

[100] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 84 ff., 87 ff.; vgl. auch *ders.*, Die

tischen 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 in Art. 6 Abs. 1 und 2 EUV und auch im Verfassungsvertrag Art. I-2 vorgeschrieben ist[101]. Bundeshoheit des Volkes 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[102], 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[103]. Konsequent läßt *Jellinek* einen Vertrag als Grundlage eines Bundesstaates nicht genügen[104]. Nach *Carl Schmitt* setzt umgekehrt ein Bundesstaat eine vertragliche, also bündische, Grundlage voraus[105]. Das Austrittsrecht (Sezessionsrecht) gehört zum Wesen des Bundes. Eine dauerhafte Bundespflicht oder ein Austrittsver-

---

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.

[101] 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, HStR, Bd. IV, 1990, § 95, Rdn. 26 ff.

[102] 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.

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

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

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

bot ist jedoch entgegen der Lehre von *Georg Jellinek*[106] 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)[107].

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)[108]. Weil die Staatsgewalt des Bundes somit

---

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

[107] 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, § 828 ff., S. 526 ff.; vgl. auch *K. Larenz*, Schuldrecht, Bd. I, Allgemeiner Teil, 14. Aufl. 1987, § 21 III, S. 322 f.

[108] 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

nicht auf der Staatsgewalt der Länder gründet, sondern die Hoheit des deutschen Volkes, des Bundesvolkes, also dessen Macht und Freiheit[109] in Einheit (vgl. die Präambel des Grundgesetzes in der Fassung des Einigungsvertrages vom 31. August 1990)[110], 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 Einheitsstaat[111], 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[112]. Bekanntlich hat diese zu einer weitgehenden Entmachtung der Landesparlamente geführt[113]. Zum fragwürdigen Ausgleich sind die Befugnisse des Bundesrates wegen der „sachlichen Unitari-

---

Union als Staatenverbund, S. 912.

[109] 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.

[110] 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.

[111] *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.

[112] 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.

[113] 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.

sierung“, der Tendenz zu einheitlichen Lebensverhältnissen im unechten Bundesstaat, vor allem „bei der Gesetzgebung“ (Art. 50 GG), derart gestärkt, daß der deutsche Parteienstaat[114] wegen der dadurch möglich gewordenen Oppositionsblockaden nur noch schwer regierbar ist[115]. 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“)[116] und sieht die Länder dem Bund nicht gleich-, sondern untergeordnet, zumal das Bundesrecht nach Art. 31 GG das Landesrecht breche[117]. Art. 31 GG ist aber die Logik der Kompetenzordnung, kein Ausdruck der Unterordnung[118]. 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[119], wenn man Rechtsverhältnisse, Rechte und Pflichten, überhaupt in der Kategorie Über- und Unterordnung bewerten will. An sich widerspricht das dem Prinzip der Freiheit[120]. Die vielen weiteren Aspekte des unitarischen, existentiellen Charakters des Bundes im

---

[114] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 772 ff., 1045 ff.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 36 ff., 191 ff.

[115] 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.

[116] 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 ff., insb. Rdn. 278:

[117] *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).

[118] 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.

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

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

grundgesetzlichen Bundesstaat können hier nicht dargelegt werden. Bemerkt sei, daß die europäische Integration weiter an der Substanz der Staatlichkeit der deutschen Länder zehrt. Art. I-5 Abs. 1 VV 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[121].

Im übrigen verschafft der Verfassungsvertrag der Union in weitem Umfang eine Kompetenz-Kompetenz im vereinfachten Vertragsänderungsverfahren des Art. III-445 VV, ohne daß die Völker oder auch nur die Volksvertretungen in das Verfahren einbezogen werden müssen, jedenfalls nicht in Deutschland (dazu H, II). Zu nennen sind auch Art. III-444 VV, aber auch Art. I-54 VV, der ebenfalls ohne Beteiligung der Legislativorgane der Mitgliedstaaten, jedenfalls in Deutschland, die Beschaffung der Eigenmittel zur Haushaltsfinanzierung der Union überträgt (dazu I), 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[122], 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 fö-

---

[121] 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.

[122] 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.

deralisiert, aber nicht durch dessen wesentliches Element, den vertraglichen Bund, und darum an sich auch und insbesondere nicht durch das Recht der Länder zu separieren[123] bestimmt, weil er auf einem Verfassungsakt des Bundesvolkes gründet, welches als solches nicht in Landesvölker geteilt ist[124]. 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 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[125]. Der Einfluß der Besatzungsmächte berührt die Dogmatik nicht.

---

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

[124] 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.

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

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)[126]. Schon die Weimarer Republik war kein echter Bundesstaat mehr[127], 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)[128] hat sich die Bundesrepublik Deutschland nach der Präambel durch „verfassungsgebenden Akt des Deutschen Volkes“ verfaßt[129], 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[130]. 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

---

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

[127] 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.

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

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

[130] 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.

die Bundesrepublik Deutschland Fiktion. Eine Bundesstaatlichkeit Deutschlands war aber durchaus der politische Wille der Deutschen[131]. Art. 21 Abs. 2 GG etwa erklärt Parteien für verfassungswidrig, die darauf ausgehen, „den Bestand der Bundesrepublik Deutschland zu gefährden"[132]. Jedes Verfassungsgesetz regelt 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 gesehen, wie sie allseits anerkannt ist[133]. Sie ist auch kein Widerspruch zur existentiellen Staatlichkeit der Länder, zumal zu einer Verfassungshoheit[134] 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".

---

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

[132] 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.

[133] 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. Šarčevič*, Das Bundesstaatsprinzip, S. 211 ff., 255 ff.

[134] 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).

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“[135], nämlich ein eigenes Volk (Art. 28 Abs. 1 S. 2 GG)[136]. „Volk im Sinne dieser Verfassungsnormen ist die Gesamtheit der in dem jeweiligen Wahlgebiet ansässigen Deutschen …“ (BVerfGE 83, 60 (71)).

Der Verfassungsvertrag wird die Staatlichkeit der Länder ausweislich Art. I-5 Abs. 1 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[137]. 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

---

[135] 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. Šarčevič*, Das Bundesstaatsprinzip, S. 111 ff., 255 ff.

[136] 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.

[137] BVerfGE 34, 9 (19 f.); weitere Hinweise in Fn. 121.

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[138], also einem föderalen echten Bundesstaat, mehr und mehr zum unitarischen unechten Bundesstaat, als wären die Unionsbürger ein Volk. *Ingolf Pernice* hält die Union für einen „Bürgerverbund“ oder „Verfassungsverbund“[139]. 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[140] erreicht war, so wird der entscheidende Schritt der Vertrag über eine Verfassung für Europa sein. Der Union mangelt jedoch noch der Träger existentieller Staatlichkeit, das Staatsvolk oder Unionsvolk als existentieller Staat, das die Staatsgewalt der

---

[138] So BVerfGE 89, 155 (184, 186, 188 ff., 190); weitere Hinweise in Fn. 70.

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

[140] So *K. A. Schachtschneider*, Verfassungsbeschwerde gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag über die Europäische Union vom 7. Februar 1992, vom 18. Dezember 1993 (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. 60 ff.

Union demokratisch legitimieren könnte[141]. 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. I-46 Abs. 2 und 3 S. 1 VV)[142]. Ein demokratisches Leben hat ein Volk.

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 fünfundzwanzig Mitgliedstaaten erweitert worden. Zwei weitere osteuropäische Staaten, Bulgarien und Rumänien, sollen im Jahre 2007 hinzukommen. Auch die Türkei bereitet sich auf ihre Aufnahme vor. Beitrittsverhand-

---

[141] 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.

[142] Hinzuweisen ist auch auf die Präambel des Verfassungsvertrages, Erwägungsgrund 6, in dem sich die Verfasser des Vertrages berühmen „im Namen der Bürgerinnen und Bürger“ und „der Staaten Europas“ den Entwurf erarbeitet zu haben, obwohl kein Bürger (anders als die Staaten) die Möglichkeit hatte, sie zu bevollmächtigen. Auch in Art. I-1 Abs. 1 VV ist von dem „Willen der Bürgerinnen und Bürger“ und „der Staaten Europas“ „ihre Zukunft gemeinsam zu gestalten“, die Rede, obwohl die meisten Unionsbürger (wieder anders die Staaten), keine Möglichkeiten bekommen, ihren Willen zu äußeren. Nach Art. I-3 Abs. 2 VV bietet die Union ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen und einen Binnenmarkt mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb“. Auch Art. I-19 Abs. 1 Spstr. 3 VV redet von „Bürgerinnen und Bürgern“, deren Interessen die Union zu dienen vorgibt. Art. I-45 VV achtet die Gleichheit der „Bürgerinnen und Bürger“, „denen ein gleiches Maß an Aufmerksamkeit“ der Union zuteil wird.

lungen 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 von 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 nicht zufrieden. Eine neue Gestalt soll die Europäische Union durch den Verfassungsvertrag[143] erhalten, den ein „Konvent zur Zukunft Europas“, auch Europäischer Konvent oder Verfassungskonvent genannt, unter der Präsidentschaft von Valéry Giscard d’Estaing erarbeitet und im Juni und Juli 2003 der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hat. Im Rahmen der Regierungskonferenz im Dezember 2003 in Laeken/Brüssel haben die Staats- und Regierungschefs das Vertragswerk, weitgehend unverändert, wie der Konventspräsident es gewünscht hatte, angenommen. Am 29. Oktober 2004 wurde der Vertrag geschlossen. Die 25 Mitgliedstaaten haben den Vertrag am 29. Oktober 2004 in Rom vereinbart, der nach den innerstaatlichen Zustimmungsverfahren möglichst zügig (bis zum November 2006) ratifiziert werden soll. Auch für die Türkische Republik ist der Verfassungsvertrag (vorsorglich?) unterschrieben worden (!). Nach Art. III-447 Abs. 2 VV soll der Vertrag (möglichst) am 1. November 2006 in Kraft treten[144].

---

[143] 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.

[144] 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.

Manche integrationistischen Staatsrechtslehrer meinen, daß schon bisher ein „Verfassungsverbund“ unter den Mitgliedstaaten bestand[145], welcher lediglich institutionell, prozedural und material zum Verfassungsstaat vervollkommnet werde. „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 europäischer öffentlicher Gewalt.“[146] 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“[147], jedwedes Verfahren akzeptieren wird, wel-

---

[145] 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 Gemeinschafen“ dogmatisiert; so auch (noch) BVerfGE 22, 293 (296); dagegen *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 895, 904.

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

[147] *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

ches die europäische Integration zu Vereinigten Staaten von Europa, dem Beispiel der Vereinigten Staaten von Amerika folgend[148], mit eigenständiger, substantieller, ja originärer, Staatlichkeit[149] vorantreibt. Letztlich gefährdet die Entwicklung die Bundesrepublik Deutschland in ihrem Bestand.

2. Der Vertrag über die Europäische Union, vereinbart in Maastricht am 7. Februar 1992, wegen des Maastricht-Prozesses vor dem Bundesverfassungsgericht[150] 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 Zu-

---

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, S. 152 f., Rdn. 384 ff.

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

[149] 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. 171.

[150] 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); *ders*., Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff.

sammenarbeit 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 übertragenen 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[151], Euro und Cent, die seit 2002 in den Ländern der Eurozone (zur Zeit zwölf) genutzt werden. Die Ermächtigungen in den Gemeinschaftsverträgen, der Sache nach die Übertragung von Hoheitsrechten zur gemeinschaftlichen Ausübung der Staatsgewalt[152] (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 Verfassungsvertrag keinesfalls an Bestimmtheit. Allein die ausschließlichen Zuständigkeiten der Union, die in Art. I-13 VV 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. Hinzukommen die „geteilten Zuständigkeiten“, deren Hauptbereiche Art. I-14 Abs. 2 VV nennt, nämlich (u.a.) „Binnenmarkt, Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, Landwirtschaft und Fischerei, ausgenommen..., Verkehr und transeuropäische Netze, Energie, Sozialpolitik hin-

---

[151] Nach Art. I-8 Abs. 4 VV gehört der Euro als Währung der Union tatsächlich zu deren Symbolen.

[152] *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. 60 ff., insb. S. 70 ff.; *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).

sichtlich der in Teil III genannten Aspekte, wirtschaftlicher, sozialer und territorialer Zusammenhalt, Umwelt, Verbraucherschutz, gemeinsame Sicherheitsanliegen im Bereich des Gesundheitswesens“, die zwar nur nach Maßgabe der näheren Regelungen vor allem im Teil III des Verfassungsvertrages, der weitgehend die alten Bestimmungen enthält, ermächtigt, aber doch die umfassende politische Verantwortung der Union erweist. Besonders weit ermächtigt Art. I-15 VV 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. III-179 ff., 203 ff. VV erweisen. In Art. I-18 VV 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 dieser Verfassung zu verwirklichen“. Das bedarf außer dem Vorschlag der Kommission der Zustimmung des Europäischen Parlaments und des einstimmigen Beschlusses des Ministerrates. Nach Art. 308 EGV 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 dürfen nicht zu Vertragsänderungen entarten[153]. Der Verfassungsvertrag wiederholt gar die große Generalklausel des Art. 6 Abs. 4 EUV (ursprünglich Art. F Abs. III), wonach „die Union sich mit den Mitteln ausstattet, die zum Erreichen ihrer Ziele und zur Durchführung ihrer Politiken erforderlich sind“, der das Bundesverfassungsgericht die rechtliche Verbindlichkeit abgesprochen hat[154]. Ihre Ermächtigung war derart gren-

---

[153] BVerfGE 89, 155 (210); vgl. *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 122 f.; *ders*., Die Ermächtigungen der Union und der Gemeinschaften, in: ders./A. Emmerich-Fritsche, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 2005, § 6, II; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 916 ff.

[154] BVerfGE 89, 155 (194, 197 f.); vgl. *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlich-

zenlos, daß, um den Vertrag über 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[155]. Jetzt steht die Klausel, etwas modifiziert, im Titel VII des Teils I über die Finanzen der Union (Art. I-54 Abs. 1 VV) und ist dadurch gegenständlich zumindest eingeschränkt, betrifft aber doch die Finanzierung der Union, die freilich ohne Zustimmung der Mitgliedstaaten nicht festgelegt werden kann (Art. I-54 Abs. 3 S. 2 VV). 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 Verfassungsvertrag Geltung zu verschaffen, sind gescheitert. Die Auflistung der ausschließlichen und der geteilten Zuständigkeiten der Union in Art. I-13 und 14 VV ist denkbar weit und entspricht als typisch bundesstaatliche Zuständigkeitsordnung dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung eines Staatenverbundes nicht. Teil III des Verfassungsvertrages 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. I-18 Abs. 1 VV dynamische Entfaltungsmöglichkeiten auch für Bereiche, in denen der Union in Teil III 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 Unter-

---

keit der Völker Europas, S. 122 f.; *ders*., Die Ermächtigungen der Union und der Gemeinschaften, § 6, IV, 3.

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

nehmen eingestuften staatlichen Verwaltungen, und weitere 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[156], kann keine Rede sein. Das gilt erst recht für die Ermächtigungen des Verfassungsvertrages.

3. Die substantielle Staatlichkeit der Union wird durch den Verfassungsvertrag 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, nämlich das Amt eines „Präsidenten des Europäischen Rates", der für zweieinhalb Jahre gewählt wird und kein einzelstaatliches Amt innehaben darf (Art. I-22 VV), und das Amt eines „Außenministers der Union", der auch einer der „Vizepräsidenten der Europäischen Kommission" ist (Art. I-28 VV), einführen, die Kommission ab dem Ende der Amtszeit erstens der Kommission, die nach der Verfassung ernannt wurde (Art. I-26 Abs. 5 VV) „... nach einem System der gleichberechtigten Rotation zwischen den Mitgliedstaaten" auswählen lassen (Art. I-26 Abs. 6 VV), um die Zahl der Mitglieder der Kommission auf „zwei Drittel der Zahl der Mitgliedstaaten" zu begrenzen, und die Befugnisse des Europäischen Parlaments nicht nur im Rechtsetzungsverfahren ausweiten, sondern vor allem das Parlament als unmittelbare Vertretung „der Bürgerinnen und Bürger", also Vertretung der „Unionsbürgerinnen und Unionsbürger" der Unionsbürger, konstituieren (Art. I-20 Abs. 2 und Art. I-46 Abs. 2 S. 1 VV). Bislang ist dieses Europäisches Parlament genannte Organ (Art. 7 Abs. 1, Art.

---

[156] 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; *ders.*, Die Ermächtigungen der Union und der Gemeinschaften, § 6, I.

189 ff. EGV) (nur) eine „Versammlung“ (so Art. 107 EWGV 1957) „der Vertreter der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“ (Art. 189 Abs. 1 EGV). Die qualifizierte Mehrheit im Europäischen Rat (ohne die Präsidenten des Europäischen Rates und der Kommission (Art. I-25 Abs. 4 VV), also nur die Staats- und Regierungschefs) oder im Rat, letzterer nach wie vor das dominante Rechtsetzungsorgan, soll neuen Kriterien folgen, nämlich den Stimmen der Mehrheit von mindestens 55 % bzw. 72 % der Mitglieder des Rates, gebildet aus mindestens 15 Mitgliedern, die mindestens 65 % der Bevölkerung der Union repräsentieren (Art. I-25 Abs. 1 und 2 VV), 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 Verfassungsvertrag 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[157]. Der Verfassungsvertrag verstärkt den Staatscharakter der Union, freilich verfassungswidrig, weil ein Verfassungsvertrag, den die Staatsorgane der Völker, also die pouvoirs constitués, schließen, kein Volk konstituieren kann[158]. Das bedarf vielmehr eines gemeinsamen Verfassungsaktes der Menschen aller Völker als pouvoir constituant, die dadurch zu einem Volk im staat(srecht)lichen Sinne werden.

---

[157] 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.

[158] 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[159]. Die Bundesstaatseigenschaft scheitert aber begrifflich weder daran, daß der Bundesstaat durch einen Verfassungsvertrag, 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[160]. Insofern ist die funktionale Staatseigenschaft/Staatlichkeit der Europäischen Union schon bislang und erst recht nach Maßgabe des Verfassungsvertrages 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 Verfassungsvertrag fügt explizit die Rechtspersönlichkeit der Union hinzu (Art. I-7).

Bezeichnend, zwischen 'Herz und Verstand' hin- und hergerissen, charakterisiert *Thomas Oppermann* das „EGR als die Ordnung einer ‚Gemeinschaft’, die

---

[159] 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“ 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 Staatsrechtlehre, die dem Bundesverfassungsgericht folgt, etwa *R. Streinz*, Europarecht, 6. Aufl. 2003, Rdn. 121, S. 55, Rdn. 182, S. 76, 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. 64 ff.

[160] Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 60 ff. (70 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).

bis auf weiteres irgendwo in der Grenzzone zwischen ‚ewiger' Bundesstaatlichkeit und widerrufbarer übernationaler Organisiertheit steht"[161].

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[162]. 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)[163] 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)[164]. 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, Art. 5 Abs. 1 EGV, Art. I-11 Abs. 2 VV[165]). Eine Staatlichkeit, 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 ter-

---

[161] Europarecht, Rdn. 467, S. 180.

[162] Dazu *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 463 ff., S. 205 ff.; *Th. Oppermann*, Europarecht, Rdn. 635 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 109 f.

[163] Dazu *Ch. Claßen*, Nichtumsetzung von Gemeinschaftsrichtlinien. Von der unmittelbaren Wirkung bis zum Schadensersatzanspruch, 1999, S. 34 ff.; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 394 ff., S. 163 ff.

[164] Zur Dogmatik vom Rechtsanwendungsbefehl vgl. die Hinweise in Fn. 174.

[165] BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 96, 113; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 67 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 906, 914.

ritoriale Einheit des Staates und des Volkes besteht. Das ist meist der Zentralstaat eines unechten Bundesstaates, kann aber im echten Bundesstaat auch ein existentieller Gemeinschaftsstaat sein, dessen Träger das Gesamtvolk, das Bundes- oder Unionsvolk, ist.

5. Der Verfassungsvertrag konzipiert und dokumentiert die existentielle Staatlichkeit der Union in aller Klarheit durch seine Sprache, durch seine Regelungen, zumal den klar formulierten und uneingeschränkten Vorrang des primären und sekundären Unionsrechts (Art. I-6 VV), und durch seinen Teil II, der die in Nizza proklamierte Charta der Grundrechte[166] mit gewissen Änderungen in das Vertragswerk inkorporiert. 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)[167], aber der eigenständige Grundrechtetext im Verfassungsvertrag vervollständigt den unitarischen Charakter der konzipierten Union. Im Verfassungsvertrag wird etwa von „Bürgerinnen und Bürgern“ (Art. I-1 Abs. 1 S. 1, Art. I-3 Abs. 2, Art. I-19 Abs. 1 Spstr. 3, Art. I-45, Art. I-46 Abs. 2), von „Gesetzgeber“ und „Geset-

---

[166] 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.

[167] 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, 2000, S. 96 ff.; *dies*., Grundrechte in der Gemeinschaft, in: K. A. Schachtschneider/dies., Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, § 12; *Th. Oppermann*, Europarecht, S. 185 ff., Rdn. 482 ff.; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 354 ff., S. 137 ff.; *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht, S. 125 ff., 137 ff.; dazu BVerfGE 37, 271 (280 ff.); 73, 339 (376 ff.).

zen“, nämlich vom „Europäischen Gesetz“ und vom „Europäischen Rahmengesetz“ (Art. I-20 Abs. 1 S. 1 und Art. I-23 Abs. 1 bzw. Art. I-33 ff. u.ö.), 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 Verfassungsvertrag ist. Eine Verfassung, wie der Verfassungsvertrag seinen Gegenstand durchgehend bezeichnet (etwa Art. I-16 und Art. I-9 Abs. 2), hat ein Verfassungsstaat, an sich nur ein existentieller Staat[168]. Die „Verfassung für Europa“ soll durch Vertrag begründet werden. Ein Bundesvertrag als „Verfassungsvertrag“ 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[169]. Die unitarische Entwicklung der Europäischen Union birgt gar die Tendenz zum unechten Bundesstaat nach dem Beispiel der Bundesre-

---

[168] 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.; dazu *K. A. Schachtschneider*, Die Verträge der Gemeinschaften und der Union, in: ders./A. Emmerich-Fritsche, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, § 1, II, S. 19 ff.

[169] Allgemeine Staatslehre, S. 774 ff.

publik Deutschland, der als Rest der existentiellen Staatlichkeit der Mitgliedstaaten das Austrittsrecht beläßt, das realiter nicht mehr als eine Möglichkeit ultima ratio ist.

6. Der Verfassungsvertrag 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. Art. I-1 S. 1 VV fingiert ein pouvoir constituant, ohne ihn zuzulassen, also ohne ihn wirklich zu konstituieren, nämlich durch die Einleitungsworte: „Geleitet von dem Willen der Bürgerinnen und Bürger …". Nach Art. I-46 Abs. 2 VV „sind die Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten", das Art. I-20 Abs. 1 VV „gemeinsam mit dem Rat als Gesetzgeber" bezeichnet (ebenso Art. I-23 Abs. 1 S. 1 VV). 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 wird. Damit soll dem Europäischen Parlament und dessen Gesetzgebungsakten eine nicht durch die Mitgliedstaaten vermittelte demokratische Legitimation im Sinne einer „repräsentativen Demokratie" (Art. I-46 Abs. 1 VV) zugeschrieben werden. Der Union soll die originäre Hoheitsgewalt, die sie nicht hat[170] und welche die Integrationisten seit eh und je herbeireden wollen[171], verschaffen. Die für die demokratische Bundesstaatlichkeit und damit

---

[170] *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. 64 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).

[171] *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.).

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[172]. Weil aber dieser 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 Gemeinschaftsstaat, der 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 Verfassungsvertrag würde (und wird, so wie die Dinge liegen) die Europäische Union zu einer bundesstaatlichen Mischform entwickeln, nämlich Elemente eines nicht existentiellen mit Elementen eines existentiellen Bundes, der unmittelbar von einem Bundesvolk, den Unionsbürgern, legitimiert ist, verbinden, wenn auch zunächst nur das Parlament, das nur geringe Macht hat, unitarisch im Sinne eines existentiellen Bundes institutionalisiert werden soll. Die Besonderheit der Europäischen Union ist (und bleibt), daß nämlich 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 Sinne eines existentiellen Staates auf ein Unionsvolk gestützt, obwohl die Union als existentieller Staat noch keine Verfassungsgrundlage eines Unionsvolkes hat.

---

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

IV. Existentielle Staatlichkeit der Völker Europas und die Integrationsgrenzen Deutschlands

Der Verfassungsvertrag ist wie der Unionsvertrag zwar unbefristet (Art. IV-446 VV bzw. Art. 51 EUV), aber der Vertrag wird nicht verletzt, wenn ein Mitgliedstaat die Union verläßt (Art. I-60 VV)[173]. Der „Rechtsanwendungsbefehl", der nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts im Zustimmungs-

---

[173] 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. 76 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).

gesetz zu den Gemeinschaftsverträgen die Geltung des Gemeinschaftsrechts in Deutschland anordnet, kann durch „gegenläufigen Akt“ aufgehoben werden[174]. Den Einzelstaaten ist die existentielle Hoheit verblieben, wie das wegen des demokratischen Prinzips der Freiheit nicht anders sein kann[175]. Die Mitgliedstaaten sind und bleiben „Herren der Verträge“[176], alle zusammen und jeder einzelne. Daraus erwächst das Recht, die Union zu verlassen. Dieses Austrittsrecht wird in Art. I-60 VV 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[177]. Die Mitgliedschaft in der Europäischen Union als einer internationalen Organisation bestimmt sich nach dem Grundgesetz, dessen internationale

---

[174] 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 Staatlichkeit der Völker Europas, S. 98 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S.72 f.

[175] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 268 ff., 291 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 52 ff., insb. S. 64 ff., 76 f.; *ders.*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, S. 314 ff.

[176] 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. 72 ff.

[177] *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.

Offenheit (Prinzip der offenen Staatlichkeit)[178] 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 Stabilitätsprinzip, das aus dem Sozialprinzip folgt[179], mißachtet ist, besteht die Pflicht, die Union zu verlassen. Die Entscheidung darüber muß ein einfaches Bundesgesetz treffen. 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[180].

2. Deutschland kann und muß aus der Europäischen Union ausscheiden, wenn die Integration das grundgesetzliche Integrationsprinzip (Präambel; Art. 23 Abs. 1 GG)[181] 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 beho-

---

[178] *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".

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

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

[181] 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".

ben 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 durch den Europäischen Gerichtshof (dazu B, C, F) entmachtet die nationalen Parlamente. Die Mitwirkung des allein schon wegen der „degressiv proportionalen“, also nach wie vor nicht gleichen (egalitären), Wahlen (vgl. Art. I-20 Abs. 2 S. 2 VV) nicht demokratisch legitimierten Europäischen Parlaments vermag die in der Substanz exekutivistischen Rechtssetzung nicht legitimatorisch zu kompensieren[182]. Hingewiesen sei erneut auf die Grundrechte- und Grundsatzrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der eine außerordentliche Macht usurpiert hat[183] und diese einsetzt, um die Lebensverhältnisse in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union umzuwälzen, (zur Zeit) liberalistisch und kapitalistisch. Die Mitgliedschaft in

---

[182] 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 Ingetrationisten, 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 die Achtung der nationalen Verfassungen und des Subsidiaritätsprinzips durch die Union als Ausgleich genügen läßt (?).

[183] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 80 ff., 232 ff.; dazu näher F.

dieser Europäischen Union ist schon deswegen rechtswidrig, weil ein integrierter, substantieller Staat (im engeren Sinne) mit Organen, Aufgaben, Befugnissen, 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 Verfassungsvertrag überspielt werden, indem die ohnehin 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 Verfassungsvertrag, wenn auch nach wie vor die „Zuständigkeiten" (dem Text nach) „nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung" „von den Mitgliedstaaten zugewiesen werden" (Art. 1-11 Abs. 2 VV), 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 an der Grenze dessen, was die durch Art. 79 Abs. 3 GG und Art. 20 GG geschützte unverzichtbare existentielle Staatseigenschaft Deutschlands erlaubt[184]. Deutschland würde, wenn es aus der Europäischen Union ausschiede, sei es auch aus Rechtsgründen, die Weltlage verändern. Zu erwarten wäre, daß

---

[184] 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.; dazu, freilich mit anderem Ergebnis, *Ch. Dorau*, Die Verfassungsfrage der Europäischen Union, S. 185 ff. (für einen „Bundesstaat EU").

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[185] gegebenenfalls auch ohne Rechtsgrundlage, Deutschland 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[186]. Die existentielle Staatlichkeit der Völker, insbesondere Deutschlands, ist somit weltpolitisch fragil. Sie besteht aber völkerrechtlich. Die ebenso völker- wie europarechtswidrigen Sanktionen gegen Österreich (2000)[187], 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.

---

[185] 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-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, i.V., 2. Teil, C, XII.

[186] BVerfGE 89, 155 (190).

[187] 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.

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, und jetzt durch den Verfassungsvertrag, 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[188]. Weil der Verfassungsvertrag ein europäisches Volk, eine Bürgerschaft der Union („Bürgerinnen und Bürger") zu kreieren unternimmt, um der Unionspolitik eine eigenständige Legitimation über der mitgliedstaatlichen Legitimation aus den zur Ausübung übertragenen Hoheitsrechten[189] 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, Einrichtungen und Organen der Staatlichkeit eines Zentralstaates, wie ein unechter Bundesstaat, wird, freilich ohne die existentielle Legitimation einer aus den Völkern Europas erwachsenen euro-

---

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

[189] Vgl. BVerfGE 89, 155 (189); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 60 ff., insb. S. 70 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.

päischen Bürgerschaft. Eine solche Entwicklung wollen 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 eine Nation geworden sein. Die Nationalität rechtfertigt bestmöglich den existentiellen Staat mit existentieller Staatlichkeit. Eine Nation findet zu einer Solidarität, wie sie ein Staat erfordert, jedenfalls wenn dieser Staat freiheitlich, gleichheitlich und brüderlich sein soll[190]. 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 Verfassungsvertrag, der die Existentialität der Unionsstaatlichkeit verstärkt, verordnet werden. 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[191]. Diese Maximen sind die fundamentalen Prinzipien des Rechts[192]. Die minimale Homogenität kann den Europäern der 25 Mitgliedstaaten, die bisher zu ei-

---

[190] Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 234 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, 11. Kap., III; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, Revolution der Krankenversicherung. Prinzipien, Thesen und Gesetz, 2002, S. 19 ff.

[191] *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. 63 f.

[192] Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, insb. S. 1 ff., 253 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 4 ff., 15 ff., 41 ff., 97 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, 1., 2., 7. und 11. Kap.; *ders.*, Sittlichkeit und Moralität, 2/2004, S. 7 ff., 1/2005, S. 29 ff.

nem Bundesstaat mit weitgehend existentieller Staatlichkeit verbunden sind, nicht abgesprochen werden[193]. Es ist die Gesamtlage, die einer ‚EU-Nationalisierung', wohlgemerkt im nüchternen Sinne eines existentiellen Staates, entgegensteht. Das Prinzip der kleinen Einheit[194] 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[195]. Die Entwicklung der Europäischen Union geht im Verfassungsvertrag über diese geschichtliche Verfassungserfahrung und gewachsene Verfassungslage hinweg.

Das propagandistische Postulat der Bürgernähe in den Verträgen (Art. 1 Abs. 2 EUV; Art. I-46 Abs. 3 VV; Nizza-Erklärung zur Zukunft der Union 2001 und Erklärung von Laeken vom 15. Dezember 2001) sollte hellhörig machen, weil dessen Logik die Distanz der Obrigkeit zu den Untertanen ist. Die

---

[193] 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.

[194] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Die Republik der Völker Europas, ARSP Beiheft 71 (1997), S. 173; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 36, 51, 90, 255; wegweisend *Rousseau*, Vom Gesellschaftsvertrag, III, 4 (S. 77), III, 15 (S. 103, 105).

[195] *K. A. Schachtschneider*, Die Republik der Völker Europas, S. 173; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 36, 51, 90 ff., 255; *ders.*, Rechtsstaatlichkeit als Voraussetzung des inneren und äußeren Friedens, in: Mut zur Ethik, 2002, S. 70 ff.

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 auf Bundesebene Abstimmungen und damit die Möglichkeit, ihren integrationspolitischen Willen zu äußern, verwehrt wurden[196].

3. Auch der Verfassungskonvent 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[197]. Dieser Konvent sollte demokratische Legitimation erzeugen, entbehrte derer 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[198]. 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 Verfassungsvertrages gefährdet den „Be-

---

[196] 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.).

[197] 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).

[198] *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.

stand der Bundesrepublik Deutschland“ in dessen grundgesetzlicher Substanz und ist, wie der Wortlaut des Art. 21 Abs. 2 S. 1 GG, der die Verfassungswidrigkeit von Parteien regelt, erweist, verfassungs- und staatswidrig.

Der Verfassungsvertrag wird ohne unmittelbaren Volksentscheid ein obrigkeitlicher Oktroi ohne demokratische Substanz sein. Wenn der Unionsvertrag oder die Gemeinschaftsverträge weiterentwickelt werden sollen, steht das Verfahren des Art. 48 EUV 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, daß in Deutschland alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, hat das Bundesverfassungsgericht hinsichtlich der demokratischen Legitimation der Rechtsetzung durch die Europäischen Gemeinschaften zu der artifiziellen Dogmatik von der „begrenzten Einzelermächtigung“ gezwungen[199], die zumindest fingieren kann, die Rechtsakte der Gemeinschaft seien durch die nationalen Parlamente demokratisch legitimiert, weil diese die Politik der Gemeinschaft verantworten können würden, die im Wesentlichen in den Gemeinschaftsverträgen, 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 müs-

---

[199] BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 96; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 67 ff.; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 896, 906, 914.

sen“[200], daß „durch den Umfang der eingeräumten Aufgaben und Befugnisse und die im Vertrag geregelte Form der Willensbildung in der Europäischen Union und den Organen der Europäischen Gemeinschaften 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“[201] 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[202].

5. Ohne die kleinen Einheiten, die in Europa kleine oder doch föderalisierte, zumindest regionalisierte Nationalstaaten sind[203], 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; Art. I-2 VV), wird nach dem Verfassungsvertrag 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[204] nimmt allen Institutionen die freiheitliche Substanz, welche in den Nationalstaaten für die

---

[200] BVerfGE 89, 155 (186).

[201] BVerfGE 89, 155 (181).

[202] 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.

[203] Dazu *K. Bretz*, Föderalismus und Regionalismus in Deutschland, Spanien und der Europäischen Union, Diss. Erlangen-Nürnberg, 2005, i.E.

[204] 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.

Verwirklichung der aufklärerischen Ziele der Menschheit des Menschen entwickelt worden sind. Insbesondere entzieht der Nationalstaat Europa 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 Bürgern beruhen[205]. Die Exekutive der Europäischen Union ist nicht eine vollziehende Gewalt, die den Willen der Bürgerschaft verwirklicht, sondern hat sich mehr und mehr zu einem Apparatesystem entwickelt, welche über eine riesige Menge vereinzelter Untertanen bestimmt. Die Herrschaft üben die Staats- und Regierungschefs aus. Die pluralen Parteienoligarchien haben sich europaweit verbündet, gewissermaßen ihre Herrschaft integriert und dadurch stabilisiert. Demokratie und Rechtsstaat, beide Ausdruck der Freiheit, sind das nicht. Die Gewaltenteilung ist weitgehend verloren. Parteienstaaten sind keine Republiken und werden das 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

---

[205] *K. A. Schachtsachneider,* Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., 519 ff., 637 ff.; *ders.,* Freiheit in der Republik, 2. und 5. Kap.

GG; Art. 2 Abs. 2 EUV in Verb. mit Art. 5 Abs. 2 EGV und Art. I-11 Abs. 3 VV)[206]. *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“, und den „rechtlichen Zustand der Föderation nach einen gemeinschaftlich verabredeten Völkerrecht“ empfohlen[207].

B.

Diskriminierungsverbot, Grundfreiheiten, effet utile, Herkunftslandprinzip und existentielle Unionsstaatlichkeit

Der Verfassungsvertrag eröffnet unüberschaubaren und in keiner Weise voraussehbaren Regelungen des Europäischen Gerichtshofs 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 auswirken, auch wenn die Gemeinschaft keine besondere Ermächtigung besitzt. Sie sind also ihrer Natur nach unbegrenzt anwendbar und unterliegen in der Praxis nicht dem Prinzip begrenzter Ermächtigung. Die unbegrenzte und unvorher-

---

[206] BVerfGE 89, 155 (193); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 91 f.; *ders.*, Ermächtigungen der Union und der Gemeinschaften, § 6, III; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 921 f.

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

sehbare Wirkung der Grundfreiheiten wird noch dadurch gesteigert, daß der Europäische Gerichtshof die Grundfreiheiten dadurch intensiviert, daß er, jedenfalls bisher, ihnen durch seine Auslegung unvoraussehbare weite Wirkung beimißt[208]. Entweder handelt er dabei ultra vires oder die Ausdehnung der Grundfreiheiten auf alle unvorhersehbaren Lebenssachverhalte ist in den Grundfreiheiten angelegt. Das würde bedeuten, daß die Grundfreiheiten dem Prinzip begrenzter Ermächtigung, geschweige denn Einzelermächtigung (Art. I-11 Abs. 1 VV, Art. 5 Abs. 1 EGV), nicht genügen und somit der Kern des Binnenmarktes (Art. III-130 Abs. 2 VV, Art. 14 Abs. 2 EGV) auf Prinzipien unbegrenzter Ermächtigung beruht. In beiden Fällen ist das sich daraus entwickelnde Gemeinschafts/Unionsrecht für den Deutschen Bundestag nicht voraussehbar und nährt stetig, aber verdeckt den Ausbau des europäischen Unionsstaates.

Im Gravier-Urteil vom 13. Februar 1985 hat der Europäische Gerichtshof den begünstigten Personenkreis der Freizügigkeit über das Diskriminierungsverbot des Art. 12 Abs. 1 EGV (Art. I-4 Abs. 2 VV) auf Personen in der Ausbildung ausgeweitet[209].

Mit seinen Ausführungen[210] wollte der Europäische Gerichtshof belegen, daß die Bildungspolitik, obwohl sie bis zum Maastrichter Vertrag[211] nicht zu den Politiken der Gemeinschaft gehörte, jedenfalls „nicht außerhalb des Gemeinschaftsrechts" und damit, wie Art. 12 Abs. 1 EGV voraussetzt, in seinem „Anwendungsbereich“ steht. Eine ausdrückliche Befugniszuweisung hat er nicht verlangt. Damit hat der Gerichtshof den Anwendungsbereich des Vertrages entgegen dem Prinzip begrenzter Ermächtigung ausgelegt.

---

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

[209] EuGH v. 13.02.1985 - Rs. 293/83 (Gravier/Stadt Lüttich), Slg. 1985, 593 ff.

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

[211] Art. 149, 150 EGV.

Für den Grundsatz der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung (Art. III-214 VV, bislang Art. 141 EGV), das der Gerichtshof zu einem Grundrecht ausgebaut hat, das auch durch Sekundärrecht umgesetzt worden ist[212], gilt dies selbst, wenn der Europäischen Union keinerlei Aufgaben, geschweige denn Befugnisse übertragen sind, z. B. auf dem Gebiet der Landesverteidigung. Im einzelnen ist das nicht übersehbar und bestimmt. Ein Beispiel ist der Fall Tanja Kreil[213]: Daß eine derartige Wirkung des Diskriminierungsverbotes, wie sie der Gerichtshof in diesem Urteil festgestellt hat, nicht vorhersehbar war, zeigt sich deutlich an den Äußerungen von Regierungen der Mitgliedstaaten im Prozeß: Die deutsche Regierung hat vorgetragen, daß das Gemeinschaftsrecht nach dem zum Zeitpunkt des Urteils gültigen Vertrag grundsätzlich nicht für Fragen der Verteidigung, die zur gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik gehören würden und in der Souveränität der Mitgliedstaaten verblieben seien, gelte. Auch die italienische Regierung und die Regierung des Vereinigten Königreichs, die in der mündlichen Verhandlung Stellung genommen haben, haben im wesentlichen darauf hingewiesen, daß Entscheidungen über Organisation und Kampfkraft der Streitkräfte nicht in den Anwendungsbereich des Vertrages fallen würden.[214] Der Gerichtshof meinte 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.[215] 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

---

[212] Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. 2. 1976

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

[214] Rdn. 12 f.

[215] Rdn. 16.

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 gestützten Regelungen für unanwendbar[216], obwohl Deutschland in seiner Verfassung entschieden hatte, daß Frauen „auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten“ dürfen. Daß die Abgeordneten im Bundestag diese Politik der Union (durch Rechtsprechung des Gerichtshofs) in ihre Verantwortung genommen hatten, ist abwegig.

II. Grundfreiheiten

1. Warenverkehr

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

Zahlreiche Vorschriften des Gemeinschaftsvertrages hat der Europäische 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. III-151 ff. VV, bislang Art. 28 ff. EGV) und die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. III-156 VV, bislang Art. 56 Abs. 1 EGV), als zwischenstaatliche völkerrechtstypische Ver- und Gebote formuliert waren und sind, hat der Europäische Gerichtshof diese, sehr früh die Warenverkehrsfreiheit, zu

---

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

subjektiven, einklagbaren Rechten umgewandelt[217] und damit deren Wirksamkeit außerordentlich verstärkt – der eigentliche Schritt zum Staat (Bundesstaat/Unionsstaat), zugleich eine unglaubliche Machtusurpation des Gerichts. Im Urteil "van Gend & Loos"[218] stellte der Europäische Gerichtshof richtungsweisend für die gesamte spätere Integrationsrechtsprechung erstmals die unmittelbare Wirkung des Zollverbots zwischen den Mitgliedstaaten fest (Art. 25 EGV, jetzt Art. III-151 VV).

b) Die weite Tatbestandsauslegung durch den Gerichtshof war nicht voraussehbar. „Maßnahmen gleicher Wirkung“ wie mengenmäßige Beschränkungen (Art. III-153 VV, bislang Art. 28 EGV) sind im Vertrag nicht definiert. In einer frühen Entscheidung[219] 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 unbestimmt, in seinem Dassonville-Urteil gefaßt[220], nämlich als

---

[217] 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, 1185 (1. LS) heißt es z.B.: "Die Artikel 48 bis 66 EGV 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. EuGH v. 19.12.1968 - Rs. 13/68 (Salgoil/Außenhandelsministerium der Italienischen Republik), Slg. 1968, 679 (690 ff., 693 f.); weitere Hinweise in Fn. 581.

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

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

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

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

Die Cassis-Formel hat keine Einschränkung des weiten Maßnahmenbegriffs gebracht, sondern die mitgliedstaatlichen Einschränkungsmöglichkeiten definiert[221]. Erst in seiner jüngeren Rechtsprechung[222] hat der Gerichthof, nachdem der weite Begriff der Warenverkehrsbeschränkung jahrelang deregulierende Wirkung entfalten konnte[223], die Anwendung der "Dassonville"-Formel für Regelungen über faktisch und rechtlich diskriminierungsfreie Verkaufsmodalitäten beschränkt[224].

2. Arbeitnehmerfreizügigkeit

a) Auch die unmittelbare Anwendbarkeit der Arbeitnehmerfreizügigkeit ist eine Gestaltung des Europäischen Gerichtshofs.

Art. 39 Abs. 2 EGV (jetzt Art. III-133 VV) ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs unmittelbar anwendbar, d.h. der einzelne Arbeitnehmer kann sich

---

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

[222] 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 (Hühnermund/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.

[223] 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).

[224] Wie Fn. 222.

auch gegenüber den Mitgliedstaaten darauf berufen, selbst wenn keine materialisierenden Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechts erlassen worden sind[225]. Erst seit dem Amsterdamer Vertrag spricht dafür auch der Wortlaut des Art. 39 Abs. 1 EGV.

b) Unabsehbar und damit von den nationalen Parlamenten nicht verantwortbar und nicht verantwortet war wiederum die weite Tatbestandsauslegung des Europäischen 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[226]. Dazu gehört etwa die Forderung, Sprachkenntnisse oder bestimmte berufliche Qualifikationen nachzuweisen. Im Bosman-Urteil allerdings weitete der Europäische Gerichtshof Art. 39 EGV zu einem allgemeinen Beschränkungsverbot aus[227]. In dem unterschiedslos geltenden Tranfersystem beim Vereinswechsel von Spielern sah er eine Beschränkung der Arbeitnehmerfreizügigkeit.

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

---

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

[226] 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.

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

Ausbildung, insbesondere Studenten, zu begünstigten „Arbeitnehmern“ des Art. 39 EGV, wenn ein Zusammenhang zwischen der (früheren) Berufstätigkeit und dem Studium in dem betreffenden Mitgliedstaat festzustellen ist[228]. Besteht kein Zusammenhang zu einer in diesem Mitgliedstaat ausgeübten Berufstätigkeit, so wendet der Europäische Gerichtshof Art. 12 EGV an[229]. Auch Berufssportler sollen nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs unter den Begriff des Arbeitnehmers im Sinne des Art. 39 EGV[230] fallen. Selbst nationale Beamte werden vom Gerichtshof als „Arbeitnehmer“ im Sinne des Art. 39 Abs. 1 EGV behandelt. Im Fall Lawrie-Blum hat er 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[231], 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"[232]. Für das deutsche Recht ergibt sich dies aus Art. 33 Abs. 4

---

[228] 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).

[229] 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.

[230] 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.

[231] 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.

[232] *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.

und 5 GG, die vom Republikprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG getragen sind[233]. Der Europäische Gerichtshof hat sich mit dem Einwand nicht auseinandergesetzt, daß Unterhaltsbeiträge (nach deutschem Verständnis) kein Entgelt für erbrachte Leistungen darstellen, sondern reine Alimentationsfunktion haben[234].

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

Nach Art. 39 Abs. 4 EGV (Art. III-133 Abs. 4 VV) 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 VO definieren die Begriffe "öffentliche Verwaltung" oder "Ausübung eines öffentlichrechtlichen Amtes". Nach Auffassung des Gerichtshofs sei der Begriff "öffentliche Verwaltung" gemeinschaftsweit einheitlich auszulegen und könne daher nicht völlig der Beurteilung der Mitgliedstaaten überlassen bleiben[235]. Wie der Gerichtshof bereits in seinem Urteil vom 17. Dezember 1980[236] und vom 26. Mai 1982[237] 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 - 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

---

[233] *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.V.

[234] 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.

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

[236] EuGH v. 17.12.1980 - Rs. 149/79 (Kommission/Belgien), Slg. 1980, 3881 (3900).

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

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, 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[238]. 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[239].

Zweifelhaft ist, ob der Gerichtshof die Befugnis hatte (und hat), 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[240]; denn der Vollzug der Gesetze ist Ausübung von Staatsgewalt, also hoheitlich. Er gehört zur existentiellen Staatlichkeit[241]. Der eigenständige Gesetzesvollzug gehört zur nationalen Identität der Mitgliedstaaten im Sinne des Art. I-5 Abs. 1 VV, bislang Art. 6 Abs. 1 EUV. Die Ausübung der Staats-

---

[238] Vgl. auch EuGH v. 03.07.1986 - Rs. 66/85 (Lawrie-Blum), Slg. 1986, 2121 (2146 f.); EuGH v. 30.05.1989 - Rs. 33/88 (Allué u. Coonan), Slg. 1989, 1591 (1609).

[239] EuGH v. 27.11.1991 - Rs. C-4/91 (Bleis), Slg. 1991, I-5627 (5641).

[240] § 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.

[241] *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.

gewalt können nur die Mitgliedstaaten selbst bestimmen, nicht der Europäische Gerichtshof. Dieser kann zur Sicherung der Arbeitnehmerfreizügigkeit nur darüber wachen, daß die Ausnahmevorschrift des Art. 39 Abs. 4 EGV von den Mitgliedstaaten nicht mißbraucht wird, indem bestimmte Berufsgruppen der Arbeitnehmerfreizügigkeit willkürlich entzogen werden, um den eigenen Arbeitsmarkt zu protegieren. Nützlich wäre ein gemeinschaftsrechtlicher Rechtsakt über den Begriff des Arbeitnehmers, für den Art. 40 EGV, Art. III-143 Abs. 1 VV 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[242]. 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[243].

3. Dienstleistungsfreiheit

a) Auch die unmittelbare Anwendbarkeit der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV, jetzt Art. III-144 VV) hat der Europäische Gerichtshof entgegen dem Vertrag über die Europäische Gemeinschaft durchgesetzt. Jeder konnte sich vor den nationalen Gerichten und auch dem Europäischen Gerichtshof auf die Dienstleistungsfreiheit berufen, weil diese nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs, seit die Übergangszeit abgelaufen ist (31. Dezember 1969, vgl. Art. 8 EWGV a. F.), eine unmittelbar und unbedingt anwendbare Norm dargestellt

---

[242] Allg. zur Problematik vgl. etwa *Th. Schotten*, Der Zugang von Unionsbürgern zum deutschen Beamtenverhältnis, DVBl. 1994, S. 567 ff.

[243] 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.

habe, obwohl der Wortlaut erst seit dem Amsterdamer Vertrag unbedingt formuliert ist[244].

b) Den Tatbestand der Dienstleistungsfreiheit hat der Gerichtshof wiederum weit ausgelegt. Die Dienstleistungsfreiheit erfaßt nach seiner Rechtsprechung über den Wortlaut des Art. III-145 VV, bislang Art. 50 EGV, 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"[245] 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[246]. 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[247]). In der Fremdenführerentscheidung[248] 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.

---

[244] 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-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).

[245] EuGH v. 31.01.1984 - Rs. 286/82 u. 26/83 (Luisi und Carbone/Ministero del Tesoro), Slg. 1984, 377 ff.

[246] 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. 756, S. 327.

[247] EuGH v. 10.5.1995 - Rs. C-384/93 (Alpine Investments/Minister van Financiën), Slg. 1995, I-1141 (Rdn. 21 ff.).

[248]EuGH v. 26.2.91 - Rs. C-154/89 (Kommission/Frankreich), Slg. 1991, I-659 (Rdn. 10 ff.).

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:

> "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"[249].

Als Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit gelten auch nationale Regelungen, welche an besondere Kenntnisse oder Qualifikationen anknüpfen. Solche Regelungen sind mit der Dienstleistungspflicht unvereinbar, wenn sie nicht zwingend zum Zwecke des Allgemeinwohls nach Inhalt und Ausmaß erforderlich sind[250].

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 EGV, jetzt Art. III-137 VV) ist Werk des Europäischen Gerichtshofs. Schon im Jahre 1964 hat der Gerichtshof in der Rechtssache Costa/ENEL[251] die Regelung des Art. 52 EGV, wonach die Mitgliedstaaten für Angehörige anderer Mitgliedstaaten keine neuen Niederlassungsbe-

---

[249] EuGH v. 03.12.1974 - Rs. 33/74 (van Binsbergen/ Bedrijfsvereniging Metaalvijoerheid), Slg. 1974, 1299 (1309).

[250] EuGH v. 25.7.1991 - Rs. C-76/90 (Säger/Dennemeyer), Slg. 1991, I-4221 (Rdn. 12 ff.).

[251] EuGH v. 15.07.1964 - Rs. 6/64 (Flaminio Costa/E.N.E.L), Slg. 1964, 1251 ff.

schränkungen 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 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[252]. Erst der Amsterdamer Vertrag hat die Vorschrift durch ein unbedingtes und eindeutiges Beschränkungsverbot in Art. 43 Abs. 1 EGV ersetzt, das der Verfassungsvertrag in Art. III-137 übernommen hat. Wegen des Vorrangs des Gemeinschafs/Unionsrechts ist es somit nicht nur vertragswidrig, wenn Mitgliedstaaten abweichende Vorschriften erlassen, sondern sind derartige Vorschriften unanwendbar. Jedermann kann sich auf die so verstandene Niederlassungsfreiheit berufen, aber die Gerichte und die Behörden haben diese auch von Amts wegen zu berücksichtigen[253].

b) Auch den Tatbestand der Niederlassungsfreiheit hat der Gerichtshof weit ausgedehnt. Das Niederlassungsrecht wurde zunächst als bloßes Diskriminierungsverbot oder als Inländergleichbehandlungsgebot, 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

---

[252] Siehe auch EuGH v. 21.07.1974 - Rs. 2/74 (Reyners/Belgien), Slg. 1974, 631 ff.

[253] Vgl. EuGH v. 22.07.1989 - Rs. 103/88 (Fratelli Costanzo/Stadt Mailand), Slg. 1989, 1839 (1870, Rdn. 30).

zum allgemeinen Beschränkungsverbot entwickelt[254]. Im Urteil Vlassopoulou hat er zwar festgestellt, daß die Mitgliedstaaten, solange es an einer Harmonisierung der Vorraussetzungen für den Zugang zu einem Beruf fehlt, festlegen dürfen würden, 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.[255] Im Sinne eines allgemeinen Beschränkungsverbotes hat er aber bemerkt, 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. 43 EWG-Vertrag 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 im Amsterdamer Vertrag ist eine stufenweise Entwicklung der Niederlassungsfreiheit textlich aufgegeben und ihre unmittelbare Anwendbarkeit durch Vertragsänderung geregelt worden, nachdem der Gerichtshof diese jahrelang antizipiert hatte.[256]

c) Mittels der Auslegung der Niederlassungsfreiheit hat der Europäische Gerichtshof das Gesellschaftsrecht für die Mitgliedstaaten wesentlich umgestaltet.

---

[254] 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).

[255] Siehe EuGH v. 15.10.1987 - Rs. 222/86 (Unectef/Heylens), Slg. 1987, 4097 (4116, Rdn. 10).

[256] Vgl. *P. Troberg/J. Tiedje*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, 6. Aufl. 2003, zu Art. 44, Rdn. 1 ff.

Art. III-142 Abs. 1 VV, bislang Art. 48 Abs. 1 EGV, stellt Gesellschaften, die ihren Sitz, ihre Hauptverwaltung oder ihre Hauptniederlassung in der Union/Gemeinschaft haben, den Staatsangehörigen eines Mitgliedstaates gemäß Art. III-137, bislang Art. 43 Abs. 1 EGV, gleich. Diese Gesellschaften müssen, um überhaupt Rechtssubjekt zu sein, nach den Vorschriften eines der Mitgliedstaaten gegründet worden sein. Art. III-142 VV / Art. 48 EGV bewirkt keine generelle Anerkennung jeder niederlassungswilligen Gesellschaft[257]. Nach Art. 293 UAbs. 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.

Um die Gesellschaft einem bestimmten ausländischen Recht zuzuordnen, sind die Kollisionsregeln des Internationalen Privatrechts heranzuziehen. Art. III-142 VV / Art. 48 EGV trifft keine Entscheidung über die Maßgeblichkeit einer bestimmten, im nationalen Recht verankerten Lehre des internationalen Gesellschaftsrechts, insbesondere über Sitz- oder Gründungslehre.[258] Als Objekt des nationalen Gesellschaftsrechts hat eine Gesellschaft außerhalb der nationalen Rechtsordnung, die ihre Gründung und Existenz regelt, keine rechtliche Existenz. Daher durfte eine Gesellschaft ihren Sitz zwar in jeden anderen Mitgliedstaat verlegen, war aber gezwungen, sich im Heimatstaat aufzulösen und nach den gesellschaftlichen Vorschriften des Aufnahmestaates neu zu gründen, jedenfalls nach britischem Recht[259]. Anknüpfungspunkt nach deutschem Recht ist nach der Sitzlehre[260] der tatsächliche Sitz der Gesellschaft.

---

[257] *P. Troberg/J. Tiedje*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, zu Art. 48, Rdn. 15.

[258] *P.-C. Müller-Graff*, in: R. Streinz, EUV/EGV, 2004, zu Art. 48, Rdn. 15.

[259] EuGH v. 27.09.1988 - Rs. 81/87 (The Queen/Daily Mail), Slg. 1988, 5483 (Rdn. 14 ff.).

[260] *P. Kindler*, Internationales Handels- und Gesellschaftsrecht, in: Münchner Kommentar, BGB, Bd. 11, 3. Aufl. 1999, Rdn. 312 ff., S. 101 ff.; BGH, ZIP 2000, 967.

Wenn das Gesellschaftsrecht das Sitzes und das Gründungsstatut (das Recht, nach dem die Gesellschaft errichtet wurde) auseinanderfielen, galt die Gesellschaft in Deutschland als aufgelöst[261].

Der Gerichtshof hat die Sitzlehre, nachdem er in der Entscheidung „Daily Mail“ eine „Auswanderung von Gesellschaften“ ohne koordinierendes Abkommen noch für undurchsetzbar erklärt hatte[262], in den Entscheidungen „Centros“ und „Überseering“ als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit relativiert[263] und schließlich in der Entscheidung „Inspire Art“[264] die Rechtswahlfreiheit im europäischen Gesellschaftsrecht etabliert. 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. Er hat klargestellt, daß nicht nur die Rechts- und Parteifähigkeit einer zugezogenen Scheinauslandsgesellschaft anzuerkennen sei, 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 „Inspire Art“ folgt, daß die Sitzlehre für Zuzugsfälle nicht mehr maßgeblich ist.

---

[261] *P. Troberg/J. Tiedje*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, zu Art. 48, Rdn. 22.

[262] EuGH v. 27.09.1988 - Rs. 81/87 (The Queen/Daily Mail), Slg. 1988, 5483 (Rdn. 14 ff.).

[263] 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.).

[264] EuGH v. 30.9.2003 – Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155 (Rdn. 52 ff.).

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[265]. Dieses nimmt Allgemeininteressen faktisch jegliche Begründungskraft[266]. Zu den Interessen der Minderheitsgesellschafter, der Arbeitnehmer und des Fiskus hat der Gerichtshof nur am Rande Stellung genommen.[267]

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 werden 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 und des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts treffen wollen und sollen. 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 ergän-

---

[265] EuGH v. 30.9.2003 – Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155 (Rdn. 135).

[266] 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.

[267] EuGH v. 30.09.2003 - Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155 (Rdn. 140).

zendes Völkervertragsrecht.[268] Die Vorschrift schafft kein unmittelbar geltendes Recht, auf das man sich vor Gericht berufen könnte[269], 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 Verfassungsvertrag 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[270]. 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 Mitbestimmungsgesetz vom 4. März 1976, nachzukommen[271]. 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.

---

[268] *S. Leible*, in: R. Streinz, EGV, Art. 293, Rdn. 3.

[269] 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).

[270] Dazu das große Mitbestimmungsurteil des Bundesverfassungsgerichts vom 1. März 1979, BVerfGE 50, 290 ff.

[271] 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.

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[272], 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 oder in Großbritannien eine Ltd., die als (konzernrechtlich) herrschendes Unternehmen (§§ 17, 18 AkG)[273] 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 société anonyme kann diese Vorschrift keine Mitbestimmung verordnen. Die bisherige Rechtsprechung läßt auch nicht erwarten, daß der Gerichtshof eine Ausdehnung der deutschen Mitbestimmung, zumal der Unternehmensmitbestimmung, 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

---

[272] Es ersetzt das Betriebsverfassungsgesetz von 1952 (§§ 76 ff.).

[273] *Ch. Windbichler*, in: K. J. Hopt/H. Wiedemann, Aktiengesetz (Großkommentar), 1. Bd., 4. Aufl. 2004, § 17, Rdn. 89, § 18, Rdn. 88.

überhaupt keine Tätigkeit im Gründungsstaat ausgeübt wird oder auch nur werden soll.[274] Der vierstufige Rechtfertigungstest im Sinne des „Centros"-Urteils[275] 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. 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.[276] Die mitbestimmungsfeindliche Mehrheit in der Europäischen Union hat sich in dem Ringen um die Europäische Aktiengesellschaft erwiesen[277].

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 Europäische Gerichtshof ein „company law shopping" ermöglicht, das auch den deutschen Gesetzgeber zwingen wird, das deutsche Gesellschaftsrecht anzupassen, um im Wettbewerb der Systeme, der einseitig von Kapitalinteressen bestimmt wird, die

---

[274] EuGH v. 30.09.2003 - Rs. 167/01 (Inspire Art), Slg. 2003, I-10155 (Rdn. 138 f.).

[275] 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).

[276] 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.

[277] Dazu Hinweise in Fn. 278.

Wettbewerbsfähigkeit des deutschen Standorts zu erhalten. Frankreich hat zu diesem Zweck bereits mit der ‚Ein-Euro-SARL' eine der britischen Ltd. vergleichbare Rechtsform ermöglicht.

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[278], 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 Europäsche 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 gelungen[279]. Eine fünfte Richtlinie über die Struktur der Aktiengesellschaften ist seit Anfang der 1990er Jahre zurückgestellt[280].

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)[281] erreicht worden ist, weicht von diesem Richtlinienvorschlag,

---

[278] Dazu *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, 2004, 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 limitid company".

[279] Dazu *P. Troberg/J. Tiedje*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, Art. 48, Rdn. 24 ff.

[280] *P. Troberg/J. Tiedje*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, Art. 44, Rdn. 34.

[281] 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 Ausführungsge-

der eine umfassende unternehmensverfassungsrechtliche Regelung, einschließlich der Mitbestimmung, vorgesehen hat, erheblich ab.

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[282] ergänzende Bestimmungen. Umgesetzt ist die Richtlinie in Deutschland durch das „Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer Europäischen Gesellschaft – SEBG“[283]. 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.

Der Europäische Gerichtshof hat somit durch seine Rechtsprechung zur Niederlassungsfreiheit eine Politik durchgesetzt, welche die Politiker in Kommis-

---

setz zur Einführung der Europäischen Gesellschaft (SEEG) vom 22.12.2004, BGBl. 2004 I, Nr. 73 v. 28.12.2004.

[282] Richtlinie des Rates zur Ergänzung des Statuts der europäischen Gesellschaft hinsichtlich der Beteiligung der Arbeitnehmer, ABl. L 294 v. 10.11.2001, S. 22.

[283] Vom 22.12.2004, BGBl. I, Nr. 73, S. 3686 ff.

sion und Rat nicht durchzusetzen vermochten, 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.

g) Äußerst weitgehend und keinesfalls vorhersehbar und dadurch für die Parlamente 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, der zufolge 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.

Der Verfassungsvertrag hat die Ermächtigung in Art. III-146 Abs. 2 dahingehend umformuliert, daß die Liberalisierung der mit dem Kapitalverkehr verbundenen Dienstleistungen der Banken und Versicherungen im Einklang mit der Liberalisierung des Kapitalverkehrs durchgeführt wird.

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 Rechtschutzversicherung (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 Dienstleistungen erbringen zu können, als Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit aufgrund der Art. 49, 50 EGV qualifiziert hat[284].

5. Kapitalverkehrsfreiheit

a) Art. III-156 VV, bislang Art. 56 EGV, 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)[285]. Begünstigt und ‚befreit' durch die Kapitalverkehrsfreiheit sind das Kapitalvermögen an sich, unabhängig von der Staatsbürgerschaft/Unionsbürgerschaft des Eigentümers, wenn man so will, der Kapital- und Zahlungsverkehr selbst[286]. Die Kapitalverkehrs- und Zahlungsverkehrsfreiheit stehen als Grundfreiheiten auch Bürgern/Unternehmen von Drittstaaten (ohne irgendeine Vermittlung) zu (Ausnahmen nach Art 57 Abs. 1 EGV, Art. III-157 Abs. 1 VV) und begünstigt

---

[284] EuGH v. 04.12.1986 - Rs. 220/83 (Kommission/Frankreich), Slg. 1986, 3663 ff.

[285] *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, 2000, S. 152 ff., insb. S. 156 ff. (158), 198; *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2734, S. 1031, Rdn. 2741, S. 1033 f.

[286] *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, S. 149, 197 ff.; *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2743 f., S. 1034.

diese einseitig[287]. 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 (hat), hinaus.

Die Kapitalverkehrsfreiheit ist, wie die anderen Grundfreiheiten unmittelbar anwendbar[288]. In seinem Urteil Sanz de Lera u. a. vom 14. Dezember 1995 hat der Europäische Gerichtshof ungeachtet mitgliedstaatlicher Beschränkungsmöglichkeiten (Art. 57, 58 EGV) die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 56 Abs. 1 EGV festgestellt[289]. Die unmittelbare Anwendbarkeit gilt auch für nicht im Gebiet der Union Ansässige[290]. Mit den unmittelbaren Rechtswirkungen 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[291].

Der Europäische Gerichtshof hat 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."[292] Er hat weiter ausgesprochen:

---

[287] *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit in der Europäischen Union, S. 149; *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2741 f., S. 1033 f.

[288] *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 142 ff.

[289] 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 (4843, 4844); auch schon EuGH v. 23.2.1995 – Verb. Rs. C-358/93, C-416/93 (Aldo Bordessa u.a.), Slg. 1995, I-361 (387).

[290] 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*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2743, S. 1034.

[291] Dazu *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 146 f.

[292] EuGH v. 11.11.1981 - Rs. 203/80 (Casati), Slg. 1981, 2595 (2619); EuGH v. 31.01.84 –

"Artikel 71 Absatz 1 [EWGV] erlegt den Mitgliedstaaten keine unbedingte Verpflichtung auf, auf die sich die einzelnen berufen könnten."[293] Damit wurde die vorrangige Geltung und die unmittelbare Anwendbarkeit der Kapitalverkehrsfreiheit durch den Gerichtshof im Gegensatz zu den anderen Grundfreiheiten nicht antizipiert, sondern bis zur Vertragsänderung abgelehnt.

Seit 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[294] 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"[295]. Im Gegensatz zu seiner früheren Rechtsprechung, in der er Genehmigungsverfahren zu Kontrollzwecken als gerechtfertigt erachtet hat[296], akzeptiert der Gerichtshof inzwischen vorherige Genehmigungsverfahren der Mitgliedstaaten nicht mehr.[297]

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.

[293] EuGH v. 11.11.1981 - Rs. 203/80 (Casati), Slg. 1981, 2595 (2619); *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 146.

[294] *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*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 2747, S. 1035.

[295] 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.

[296] EuGH v. 11.11.1981 - Rs. 203/80 (Casati), Slg. 1981, 2595 (2613 ff.).

[297] 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,

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 ihm ermöglichen den Einfluß ausländischer Anteilseigner gering zu halten und gegebenenfalls Übernahmen, insbesondere durch ausländische Konkurrenten, zu verhindern[298].

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[299], wurden die Regelungen über Goldene Aktien in Frankreich und Portugal verworfen. Die vorherige Genehmigung, die beide Länder gefordert hatten, werde dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gerecht. Außerdem fehle es an objektiven und genauen, überprüfbaren Kriterien.[300] Im Falle Portugals wurde außerdem die Ausländerdiskriminierung als vertragswidrig angesehen.[301] Wegen der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu den Goldenen Aktien sieht die Kommission in dem 44 Jahre alten Volkswagen-Privatisierungsgesetz von 1960 einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsprinzip des freien Kapitalverkehrs und der Niederlassungsfreiheit und hat 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

---

3099; EuGH v. 26.09.00 – Rs. C-478/98 (Kommission/Belgien), Slg. 2000, I-7588 (7620); *J. C. W. Müller*, Kapitalverkehrsfreiheit, S. 163 f.

[298] Dazu *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundrechte, Rdn. 2806 ff., S. 1058 f.

[299] EuGH v. 04.06.2002 - Rs. C-503/99 (Kommission/Belgien), Slg. 2002, I-4809 (4832).

[300] EuGH v. 04.06.2002 - Rs. C-483/99 (Kommission/Frankreich), Slg. 2002, I-4781 (4804).

[301] EuGH v. 04.06.2002 - Rs. C-367/98 (Kommission/Portugal), Slg. 2002, I-4731 (4775 f.).

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. 2 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 würde, die Unternehmen beherrschen könne. Die deutsche Regierung vermag einen Rechtsverstoß nicht zu erkennen und sieht keine Parallele zu den Urteilen zu den Goldenen Aktien.[302]

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[303]. Die globale Kapitalverkehrsfreiheit ist mit dem Sozial- und dem Demokratieprinzip unvereinbar[304]. Die Kapitalverkehrsfreiheit nimmt dem Gemeinwesen zudem das „Eigentum“ an den Unternehmen, nämlich die Hoheit über die Unternehmen des Landes[305]. Die Kapitalverkehrsfreiheit ist ein wesentlicher Grund für den Niedergang der deutschen Wirtschaft und für die Beschäftigungsnot in

---

[302] Siehe http://www.bmj.bund.de/enid/EU-Harmonisierung/Bundesregierung_nimmt_zu_VW-Gesetz_Stellung_an.html.

[303] *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, in: ders. (Hrsg.), Rechtsfragen der Weltwirtschaft, 2002, S. 263 ff.

[304] *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.; *ders*., Demokratische und soziale Defizite der Globalisierung, in: H. Neuhaus (Hrsg.), Der Mensch in der globalisierten Welt, Atzelsberger Gespräche 2003, 2004, S. S. 9 ff.

[305] *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 319 ff.; *ders*., Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, S. 409 ff.

Deutschland[306]. Die Kapitalverkehrsfreiheit, global zugeschnitten, ist mit der existentiellen Staatlichkeit 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. Effektivierung des Integrationsrechts zu Lasten der nationalen Gesetzgebung

1. Der Gerichtshof hat die Aufgaben und Befugnisse der Gemeinschaft/Union durch seine Judikatur zu den Schranken der Grundfreiheiten weit ausgedehnt, um dem Integrationsprinzip und dem Gemeinschaftsrecht größtmögliche Effektivität zu verschaffen. Die Mitgliedstaaten dürfen die Grundfreiheiten nur einschränken, wenn sie das mit den im Vertrag ausdrücklich genannten Gründen rechtfertigen können (Art. III-154, III-133 Abs. 3, Art. III-140, Art. III-150 in Verbindung mit Art. III-140 VV, bislang Art. 30, 39 Abs. 3, 46, Art. 55 in Verbindung mit Art. 46 EGV), sowie infolge der Erweiterung der Tatbestände um unterschiedslos geltende Beschränkungen (für Inländer und andere Unionsbürger) durch immanente Schranken (zwingende Erfordernisse aus Gründen des Allgemeinwohls)[307]. 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.[308] Auch unterschiedslos anwendbare nationale Rege-

---

[306] *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 305 ff.

[307] EuGH v. 20.02.1979 - Rs. 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649 ff.; EuGH v. 31.03.1993 - Rs. C-19/92 (Kraus), 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 (4197 f.); dazu *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 699 ff., S. 298 ff.

[308] EuGH v. 20.02.1979 - Rs. 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein),

lungen, welche die Dienstleistungsfreiheit beschränken, sind hinzunehmen und nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar, wenn sie sich aus der Anwendung durch das Allgemeininteresse (etwa Kunden- und Gläubigerschutz) gerechtfertigter Berufsregelungen, ergeben, die für alle im Gebiet des Staates, in dem die Leistung erbracht wird, ansässige Personen verbindlich sind[309] und denen nicht bereits durch Vorschriften des Herkunftslandes des Dienstleistungserbringers Rechnung getragen wurde[310]. Für alle Grundfreiheiten stellt der Gerichtshof inzwischen einheitlich fest, "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"[311].

2. Im Gegensatz zur weiten Interpretation des Anwendungsbereichs, der Tatbestände und Beschränkungsmöglichkeiten der Grundfreiheiten legt der Gerichtshof die Ausnahmen zu den Grundfreiheiten, welche den Mitgliedstaa-

---

Slg. 1979, 649 ff.; modifiziert in EuGH v. 26.06.1997 - Rs. C-368/95 (Vereinigte Familiapress/Bauer Verlag), Slg. 1997, I-3689 (Rdn. 8).

[309] EuGH v. 03.12.1974 - Rs. 33/74 (van Binsbergen/Bedrijfsvereniging Metaalvijoerheid), Slg. 1974, 1299 (1309); 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.).

[310] EuGH v. 17.12.1981 - Rs. 279/80 (Strafverfahren gegen Webb), Slg. 1981, 3305 (3325).

[311] 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); dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000, S. 418 ff.; vgl. auch *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 699 ff., S. 298 ff.; *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundrechte, Rdn. 478 ff., S. 180 ff.

ten Gestaltungsmöglichkeiten lassen, möglichst eng aus.[312] Damit will er im Sinne des *effet utile* den Grundfreiheiten maximale Wirkung verschaffen[313]. 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.[314] Ob die Maßnahmen gerechtfertigt sind, überprüft der Gerichtshof insbesondere anhand des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.[315] In der damit verbundenen Abwägung von Rechtsgütern, die über reine Subsumtions- und Auslegungstechnik hinausgeht, zeigt sich die rechtsetzende Funktion des Gerichtshofs. Sie ist mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung nicht vereinbar.

Der Gerichtshof bestimmt die Legitimität des von den Mitgliedstaaten verfolgten Schutzzwecks 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"[316], durch seine Definitionen erheblich ein. Die Beurteilung der Legitimität der Mittel zur Erfüllung der von den Mitgliedstaaten angeführten (vertragsgemäßen) Schutzziele unterliegt der uneingeschränkten Überprüfung des Gerichtshofs. Die Geeignetheit und der Erforderlichkeit der Mittel mißt der Gerichts-

---

[312] 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*, Europarecht, Rdn 703, S. 300 f.

[313] *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 703, S. 300 f.; zum effet utile *K. A. Schachtschneider*, Ermächtigungen der Union und der Gemeinschaften, in: ders./A. Emmerich-Fritsche, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, § 6, III.

[314] 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).

[315] Dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 410; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn 703, S. 301.

[316] EuGH v. 21.06.1974 - Rs. 2/74 (Reyners), Slg. 1974, 631 (655, Rdn. 51/53).

hof eng an deren Sachdienlichkeit.[317] 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[318]. Das überschreitet die Grenzen einer Rechtmäßigkeitskontrolle. Im Vordergrund steht das Kriterium der Erforderlichkeit, das er penibel prüft und oft auf eine „Unerläßlichkeit" reduziert[319]. Die Erforderlichkeit wird regelmäßig verneint, wenn der Schutz hinreichend durch Regelungen des Herkunftslandes gewährleistet ist[320].

Teilweise verneint der Gerichtshof sogar, daß überhaupt ein Schutzbedürfnis bestehe, wobei er sich vorbehält, zu beurteilen, ob eine „ernsthafte Gefahr" vorliege[321]. Er beurteilt nicht nur die Vertretbarkeit der mitgliedstaatlichen Schutzmaßnahme, sondern maßt sich im Rahmen der Geeignetheits- und Erforderlichkeitsprüfung eine eingehende Tatsachen- und Zweckbeurteilung an[322], wie er sie gegenüber den Akten der Gemeinschaftsorgane nicht ansatz-

---

[317] 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).

[318] EuGH v. 15.12.1995 - Rs. C-415/93 (ASBL u.a./Bosman), Slg. 1995, I-4921 (I-5071, Rdn. 106 ff.).

[319] 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.).

[320] 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).

[321] 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).

[322] Dazu *A. Emmerich-Fritsche,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 427 ff., 465 ff.

weise beansprucht[323]. Auf eine Angemessenheitsprüfung im engeren Sinne verzichtet er meist oder beschränkt sich auf die Prüfung auf offenkundiger Unangemessenheit[324].

Obwohl sich die Schranken-Schranken und die Prüfungskriterien von Grundfreiheiten und Grundrechten ähneln[325], hat der Gerichtshof in zahlreichen Urteilen den Verstoß mitgliedstaatlicher Regelungen gegen Grundfreiheiten festgestellt, während er nicht einmal zu dem Ergebnis gekommen ist, ein Gemeinschaftsrechtsakt verstoße gegen Grundrechte und nur selten gegen Grundfreiheiten[326], die als Leitlinien auch die Gemeinschafts-/Unionsrechtsetzung binden[327]. 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 Steuerungskraft des Gemeinschaftsgesetzgebers möglichst ungehindert entfalten könne[328], greift der

---

[323] Z. B. EuGH v. 13.11.1990 – Rs. C-331/88 (The Queen), Slg. 1990, I-4023 (4062 f., Rdn. 9 ff.); siehe auch *A. Emmerich-Fritsche,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 232 ff., 492 ff.

[324] 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 703, S. 301.

[325] Dazu *A. Emmerich-Fritsche,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 435 ff.

[326] 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.).

[327] Dazu *A. Emmerich-Fritsche,* Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 412 ff.

[328] 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

Gerichtshof sehr stark in den mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum ein und verengt damit vertrags- und verfassungswidrig die allein demokratisch bestimmte Politik der nationalen Parlamente, obwohl er gelegentlich auf eine Entscheidungsprärogative der Mitgliedstaaten hinweist[329]. Diese Rechtsprechung widerspricht der existentiellen Staatlichkeit der 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 Gemeinschaft/Union beschränkt der Gerichtshof demgegenüber meist auf eine Evidenzkontrolle, oft nur auf offensichtliche Ungeeignetheit, auf Willkür. Deutlich wurde dies im Bananenmarkt-Urteil.[330] 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[331]. Der Gerichtshof hat wiederum auf die

---

(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.).

[329] Am deutlichsten bei der Niederlassungsfreiheit vgl. z.B. EuGH v. 15.10.1987 - Rs. 222/85 (Unectef/Heylens), Slg. 1987, 4097 (4116, Rdn. 10).

[330] EuGH v. 5.10.1994 - Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat; Bananenmarkt), Slg. 1994 I, 4973 (5048 ff.).

[331] VG Frankfurt a. M., Beschl. v. 24.10.1996, EuZW 1997, 182 (190).

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[332], nicht eingelassen.

4. Grundrechteverletzungen stellt der Gerichtshof erst fest, wenn der Wesensgehalt eines Grundrechts verletzt ist, was er bisher immer, nicht anders als im übrigen das Bundesverfassungsgericht, verneint hat[333]. Das Bundesverfassungsgericht begnügt sich bei wirtschaftspolitischen Entscheidungen, wenn die Berufsausübungsfreiheit oder die wirtschaftliche Handlungsfreiheit nur am Rande berührt sind, auf eine Evidenzkontrolle.[334] Sie verdichtet sich jedoch zu einer Vertretbarkeitskontrolle oder sogar zu einer genaueren inhaltlichen Kontrolle, wenn die Grundrechte intensiver betroffen sind.[335] Die Bereitschaft des Europäischen Gerichtshofs, gegenüber Gemeinschafts/Unionrechtsakten

---

[332] Vgl. z.B. BVerfGE 21, 150 (157 ff.), Parallelfall zur Rs. 44/79 (Hauer/Land Rheinland-Pfalz), Slg. 1979, S. 3727; 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 strukturelles 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.

[333] 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, 7. Kap., II; *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 269 ff.

[334] 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.).

[335] 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.

Rechtsschutz zu geben, steigt demgegenüber selbst bei erheblicher, manchmal substantieller Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit oder sogar der Eigentumsgewährleistung nicht wesentlich.[336] Darum hat der Gerichtshof bisher noch nicht eine Verordnung oder Richtlinie für grundrechtswidrig erklärt. Dies entspricht nicht dem allgemeinem deutschen Grundrechtestandard.

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[337]. 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. So hat der Gerichtshof den anerkannten Einwand, eine Regelung der Kommission sei in einem Teilbereich lückenhaft und unzureichend, mit der Begründung zurückgewiesen, die Klägerin habe nicht nachgewiesen, daß die Beschränkungen nicht im allgemeinen Interesse gelegen hätten und daß die Regelung ein im Hinblick auf ihr Ziel übermäßiger Eingriff gewesen sei[338].

5. Der Gerichtshof pflegt (tendiert dahin) den politischen Spielraum der mitgliedstaatlichen Gesetzgebung einzuengen[339], selbst wenn die Gemeinschaft für eine bestimmte Politik keine Befugnis hat, verbindliches Recht zu setzen,

---

[336] Vgl. z.B. EuGH v. 13.12.1979 - Rs. 44/79 (Hauer), Slg. 1979, 3727 (3748 ff.); EuGH v. 22.10.1991 - Rs. C-44/89 (v. Deetzen), Slg. 1991, I-5119 (5156, Rdn. 28 ff.); EuGH v. 10.01.1992 - Rs. C-177/90 (Kühn), Slg. 1992, I-35 (63 f., Rdn. 16, 17).

[337] *N. Reich*, Förderung und Schutz diffuser Interessen, 1987, S. 70.

[338] 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.

[339] 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.).

sondern lediglich Programme, Erklärungen beschlossen hat oder ähnliche an sich unverbindliche Maßnahmen, zumal im Koordinationsinteresse, getroffen hat[340]. Damit geht die Verantwortung für die Rechtsgüter, deren Schutz ein Mitgliedstaat durch seine Beschränkungen der Grundfreiheiten bezweckt, zunehmend auf die Gemeinschaft/Union über und unterliegt deren Politik[341]. Eine Berufung auf die Schranken der Grundfreiheiten wird vom Gerichtshof überhaupt ausgeschlossen, wenn in Gemeinschaftsvorschriften einem Schutzgut bereits abschließend Rechnung getragen wurde[342]. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts kann allenfalls insoweit ein Grund sein, nationale Schutznormen zurückzudrängen, als eine abschließende und der Form nach verbindliche gemeinschaftliche Regelung hinreichende Schutzmaßnahmen getroffen hat. Sonst ist die existentielle Schutzpflicht[343] der Mitgliedstaaten verletzt. Im Cassis de Dijon-Urteil[344] 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 Ver-

---

[340] 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.

[341] Vgl. *N. Reich*, Förderung und Schutz diffuser Interessen, S. 66, 158.

[342] 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.

[343] Zu den Schutzpflichten Hinweise in Fn. 355.

[344] EuGH v. 20.02.1979 - Rs. 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649 (662, Rdn. 8).

braucherschutz, für das Gesundheitswesen, für die soziale, innere und die äußere Sicherheit) werden die Wirkungsmöglichkeiten der Gemeinschaft/Union, zumal des Gerichtshofs erweitert, weil jede Gemeinschafts/Unionspolitik die Querschnittskompetenzen verstärkt und vertieft, selbst wenn rechtsangleichende Maßnahmen explizit ausgenommen sind.

6. Die integrationspolitisch motivierte, einschränkende Auslegung der Grundfreiheitsschranken 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, 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 gerade 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[345]. Eine prima facie-Präferenz zugunsten der in den Grundfreiheiten enthaltenen Prinzipien gegenüber ihren Ausnahmen als Argumentationslastregel[346] 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[347].

---

[345] BVerfGE 89, 155 (210).

[346] GA *J.-P. Warner*, Schlußanträge, Rs. 53/80 (Kaasfabrik Eyssen), Slg. 1981, 424 (429).

[347] 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 Gemeinschafts-

Mit seiner Praxis, die unterschiedliche Maßstäbe an Beschränkungen wirtschaftlicher Freiheit anlegt, je nachdem, ob sie von den Mitgliedstaaten oder von der Union/Gemeinschaft ausgehen, verschiebt der Europäische 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 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.

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[348]. Werden die Grundfreiheiten nicht nur als Diskriminierungsverbote, sondern auch als allgemeine Beschränkungsverbote interpretiert[349], wie das der Europäische Gerichtshof 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[350]. Während

---

grundrecht 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).

[348] *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, 1998, S. 28.

[349] Dazu näher *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 667 ff., S. 286 ff.

[350] Umfassend *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, S. 25 ff., 55 ff.

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[351].

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[352]. 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.[353] Außerdem werden, wenn die Standardwahl (aufgrund der Funktion der Grundfreiheiten als subjektive Rechte) der Präferenzentscheidung jedes einzelnen Unternehmers oder Verbrauchers überlassen wird, die durch den Bestimmungsstaat demokratisch getroffenen gesetzgeberischen Entscheidungen unterlaufen.[354] Dadurch können auch

---

[351] *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, S. 33 f.

[352] Dazu *R. Wägenbaur*, Neue Wege der Anerkennung der Hochschuldiplome - Die Verwirklichung der Freizügigkeit in der Gemeinschaft -, EuR 1987, 113 ff.

[353] 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.

[354] *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, S. 40; *K. A. Schachtschneider*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, S. 142 ff.

grundrechtliche Schutzpflichten[355] betroffen werden. Aus rechtlichen Gründen darf das Herkunftslandprinzip daher nur begrenzt zur Verwirklichung des Binnenmarktes eingesetzt werden.

Zunächst müßte sich das Herkunftslandprinzip aus den Ermächtigungen des Gemeinschafts/Unionsvertrages ergeben. Der Verfassungsvertrag 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. Art. I-5 Abs. 2 VV, bislang Art. 10 EGV) wäre allenfalls zu bedenken, wenn die Europäische Union den Integrationsstand eines rechtmäßig verfaßten Bundesstaates erreicht hätte.[356]

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.[357] Eine solche Konzeption würde jedoch einer begrenzten Ermächtigung der Union/Gemeinschaft gänzlich widersprechen. Die Fülle der anzuerkennenden Vorschriften aus 25 oder 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 Rechtsvereinheitlichung durch Angleichung der mitgliedstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften gemäß Art. III-172 VV, bislang Art. 95 EG, für das Funk-

---

[355] 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.

[356] BVerfGE 11, 6 (19 ff.); *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung, S. 46 f.

[357] *E. Steindorff*, Gemeinsamer Markt als Binnenmarkt, ZHR 150 (1986), 687 (689).

tionieren des Binnenmarktes entbehrlich.[358] 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 Europäische 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.[359] 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.[360] 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.[361] Für aus anderen Mitgliedstaaten zuziehende Menschen darf zwar eine Meldebescheinigung gefordert werden; diese ist aber nur formaler Natur. Wenn sie fehlt, dürfe keine Ausweisung verfügt werden.[362] Aus dieser Recht-

---

[358] *W. Frenz*, Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, S. 70.

[359] EuGH v. 20.02.1979 - Rs. 120/78 (REWE/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Slg. 1979, 649 (664, Rdn. 14).

[360] EuGH v. 07.05.1991 - Rs. C-340/89 (Vlassopoulou), Slg. 1991, I-2357 (2382 ff., Rdn. 10 ff.).

[361] 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.

[362] EuGH v. 27.10.1977 - Rs. 30/77 (Bouchereau), Slg. 1977, 1999 (2010 f., Rdn. 15/18).

sprechung läßt sich kein Grundsatz formeller Anerkennung oder ein absolutes Herkunftslandprinzip herleiten; denn die Anerkennung von in anderen Mitgliedstaaten gängigen Qualitätsstandards erfolgt nicht pauschal, sondern aufgrund einer Äquivalenzkontrolle und wird, falls erforderlich, mit zusätzlichen Anforderungen versehen. Der Europäische Gerichtshof setzt das Herkunftsland- gegenüber dem Bestimmungslandprinzip überaus weitgehend und folgenreich durch[363]. Das Bestimmungslandprinzip wird immerhin seit der Keck-Rechtsprechung für Maßnahmen praktiziert, die den Marktzugang nicht behindern[364].

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"[365].

Dies verringert den Umfang der notwendigen Rechtsangleichung. Ein automatisches, formelles Anerkennungsprinzip, wie es Art. 100 b EGV vorsah[366], sollte es jedoch nicht geben. Sicherheitsstandards, die für den Verbraucher

---

[363] Vgl. *W. Frenz,* Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 175 ff., S. 73 f.

[364] EuGH v. 24.11.1993 - Rs. C-267 u. 268/91 (Keck), Slg. 1993, I-6097 (6131, Rdn. 16); *W. Frenz,* Handbuch Europarecht, Bd. 1, Europäische Grundfreiheiten, Rdn. 177 ff., S. 74.

[365] Kom. (85) 310 endg., S. 22 Nr. 77.

[366] Dazu umfassend *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, 1998.

nicht einfach erkennbar sind, dürfen nicht der Marktregulierung überlassen bleiben.

Alle Ermächtigungsgrundlagen zur Anerkennung im Vertrag (z. B. Art. III-141 VV, bislang Art. 47 EGV) 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[367].

Ein allgemeines Herkunftslandprinzip auf die Ermächtigungen der Rechtsangleichung stützen zu wollen, ist mit dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung nicht vereinbar[368]. 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[369] 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[370], die Zulassung von Bankunternehmen[371], von Direkt-

---

[367] 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.

[368] *Th. C. W. Beyer*, Rechtsnormanerkennung im Binnenmarkt, S. 80 ff.

[369] BVerfGE 89, 155 (187 f.)

[370] 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 Befähigungs-

und Lebensversicherungsunternehmen[372] oder von Investmentfonds und Wertpapierdienstleistungen[373] für die gesamte Gemeinschaft. So können Banken und Versicherungen ihre Niederlassungs- und Dienstleitungsrechte in anderen Mitgliedstaaten ausüben, wenn sie dies der zuständigen Behörde seines Herkunftslandes lediglich mitteilen[374]. Für Banken und Versicherungen erstreckt

---

nachweise 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 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.

[371] 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.

[372] 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.

[373] 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.

[374] 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

sich das Anerkennungs- oder Herkunftslandsprinzip auch auf Aufsichtsmaßnahmen, für die der Herkunftsstaat zuständig bleibt[375]. Aus dem Herkunftslandprinzip folgt insbesondere im Bereich der Finanzdienstleistungen das Prinzip der Sitzlandkontrolle, dem zahlreiche Richtlinien folgen[376]. 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[377]. Die Fernsehrichtlinie[378] 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 Mitgliedstaats beachten, in dem er niedergelassen ist, auch wenn er in einem anderen Mitgliedstaat Teledienste anbietet[379]. 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

---

[375] 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.

[376] 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.

[377] Art. 4 Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 30.5.1994, ABl. 1994 Nr. L 126, S. 5.

[378] 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).

[379] 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.

weiten Art. 47 Abs. 2 EGV gestützt, der eine derart weitgehende Politik nicht erwarten läßt, schon gar nicht die weitgehende Durchsetzung des demokratiewidrigen Herkunftslandprinzips.

3. Für Dienstleistungen, deren Anerkennung nicht geregelt ist, gilt bisher das Bestimmungslandprinzip. Abweichend von dem Konzept sektoraler Richtlinien in Verbindung mit einer Mindestharmonisierung soll das Herkunftslandprinzip allgemein für Dienstleistungen in einer geplanten Richtlinie über Dienstleistungen eingeführt werden[380]. Problematisch und auch politisch umstritten ist darin das Herkunftslandprinzip. Nach dem 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 mit hohem Verfassungsrang, bricht dadurch zusammen (und soll das wohl auch)[381].

Die Richtlinie soll auf Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGV und Art. 55 EGV gestützt werden. Diese Ermächtigung erlaubt „Richtlinien zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Aufnahme und Ausübung selbständiger Tätigkeiten“. Eine Koordinierung, die zumindest

---

[380] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, COM (2004) 2(02).

[381] 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.

eine gewisse Rechtsangleichung für die Dienstleistungen verlangt[382], sieht die Richtlinie mit dem formellen Herkunftslandprinzip gerade nicht vor. Anerkennung und Koordinierung sind nicht gleichzusetzen. Die ausschließliche Verweisung auf das Recht des Herkunftslandes ist von der Ermächtigung des Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGV nicht gedeckt[383]. Der Wortlaut „selbständiger Tätigkeiten" in Art. 47 Abs. 2 S. 1 EGV deutet 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 vorgeschlagenen 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. III-396 VV) zu vermeiden[384], 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.

Die Ausnahmen, welche die vorgeschlagene 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,

---

[382] Vgl. *P. Tiedje /J. Troberg,* in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, zu Art. 47 Abs. 2 Rdn. 43 ff.

[383] *P. Tiedje /J. Troberg,* in: Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Kommentar, zu Art. 47 Abs. 2 Rdn. 34 ff.

[384] Kommission, Strategiepapier, unter: http.://europa.eu.int/comm/internal_market/services/strategy/2004-prop.

zugunsten von Verboten von Dienstleistungen im Bereich der öffentlichen Ordnung, öffentlichen Sicherheit oder öffentlichen Gesundheit jeweils des Bestimmungslandes.

Die Entsenderichtlinie[385] verhindert nicht, daß die deutschen Arbeitsrechts- und Sozialstandards durch das im Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie enthaltene Herkunftslandprinzip ausgehöhlt werden. Zwar sieht die Entsenderichtlinie vor, daß für die in Art. 3 der Richtlinie 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 der Richtlinienentwurf durch besondere Ausführungsbestimmungen zur Entsenderichtlinie dem Bestimmungsland nahezu alle effektiven Kontrollmöglichkeiten. Für die Einhaltung des Entsenderechts soll nach dem Entwurf der Dienstleistungsrichtlinie nicht mehr wie gemäß dem Bestimmungslandprinzip der Entsenderichtlinie (Art. 3: „Die Mitgliedstaaten sorgen dafür …“) das Bestimmungsland, sondern das Entsendeland zuständig werden (Art. 16 Abs. 2). Nach Art. 16 Abs. 3 lit. a-d, g des Entwurfs der Dienstleistungsrichtlinie werden jegliche Anforderungen des Bestimmungslandes an einen grenzüberschreitend tätigen Dienstleistungserbringer untersagt, welche der Kontrolle dienen, namentlich eine Niederlassung zu unterhalten, eine Meldung abzugeben, eine Genehmi-

---

[385] 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.

gung zu beantragen, eine Registrierung vorzunehmen, eine Anschrift zu nennen oder eine vertretungsberechtigte Person zu stellen. Damit könnten alle Unternehmen, die ihren formalen Sitz außerhalb des Ziellands haben, zu weitgehend unkontrollierten Bedingungen Dienstleistungen erbringen. Dies gilt nach Art. 24, 25 („Entsendung von Arbeitnehmern“) sowohl für die Beschäftigung inländischer Arbeitskräfte als auch für Entsendekräfte aus anderen Mitgliedsländern oder Drittstaaten. Art. 24 Abs. 1 lit. d der Richtlinie verbietet dem Zielland, Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten die Vorhaltung oder Aufbewahrung von Sozialversicherungsunterlagen vorzuschreiben. Die deutschen Sozialversicherungsträger sind damit nicht in der Lage, die Sozialversicherungspflicht festzustellen, so daß Unternehmen über längere Zeit sozialversicherungsfrei arbeiten können.

Die Ausnahmen der Dienstleitungsrichtlinie von Herkunftslandprinzip sind, weil die Gegenstände der Ausnahmen eingegrenzt sind, deutlich enger als die Schranken, die der Europäische Gerichtshof bei unterschiedslosen Beschränkungen aus Gründen zwingenden Allgemeininteresses als immanente Grenzen der Grundfreiheiten zuläßt. In Ermangelung einer gemeinschaftlichen Regelung eines Berufes steht es den Mitgliedstaaten nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes nämlich grundsätzlich frei, nichtdiskriminierende, verhältnismäßige Berufsordnungen zu schaffen[386]. 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 (pauschalierte) Ausnahmen zugestanden werden. Die Richtlinie koordiniert damit nicht die Hemmnisse, die der Europäische Gerichtshof aufgrund der Grundfreiheiten ohnehin feststellen würde, sondern geht in nicht voraussehbarer Weise darüber hinaus. Ob ein geänderter Richtlinienvorschlag daran etwas ändern wird, steht dahin.

---

[386] EuGH v. 12.07.1984 - Rs. 107/83 (Ordre des avocats on Barreau de Paris/Klopp), Slg. 1984, 2971 (2989, Rdn. 17).

Wenn in allen wesentlichen Aspekten (Anknüpfungspunkten) auf das Recht des Herkunftslandprinzip 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, das dort demokratisch legitimiert ist, aber nicht im Bestimmungsland, zurück. Aus den Grundfreiheiten und aus der Ermächtigung des Art. 47 Abs. 2 S. 1, Art. 55 EGV ist dies nicht ableitbar. Die Niederlassungs- und die Dienstleistungsfreiheit werden durch eine solche Richtlinie gegen das demokratische Prinzip und damit den Kern der existentiellen Staatlichkeit mißbraucht. 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 keinster Weise voraussehbar. Ein hohes Gemeinschaftsniveau ist augenscheinlich nicht bezweckt. Es wäre auch für die weniger entwickelten Mitgliedstaaten schwer erreichbar und würde den augenscheinlich bezweckten arbeits- und wettbewerbspolitischen Effekt, vor allem Lohnsenkungen, verfehlen.

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 Europäischen Gerichtshof als Grundlage eines Herkunftslandprinzips mißbraucht worden. Jetzt soll diese staatswidrige Praxis durch eine Richtlinie für Dienstleistungen übertroffen werden, die noch weitergehend 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 und auch dem Europäischen Haftbefehl (dazu D, VI) zugrunde liegt, ist nach den vertraglichen Ermächtigungen nicht voraussehbar. Es wider-

spricht 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[387]. 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. I-58 i. V. m. Art. I-2 VV, bislang 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 Verfassungsvertrag enthalten eine Legaldefinition für den wettbewerbsrechtlichen Unternehmensbegriff. Der Europäische Gerichtshof legt den Begriff des Unternehmens, um den europäischen Wettbewerbsregeln (Art. 81 ff. EGV / Art. III-161 ff. VV) möglichst weitgehende Anwendbarkeit zu verschaffen, denkbar weit aus. Er vertritt ei-

[387] Vgl. BVerfGE 18, 111 (117 f., 120 f.); auch BVerfGE 73, 339 (374).

nen weiten funktionalen Unternehmensbegriff.[388] Demzufolge bezeichnet er als Unternehmen im Sinne der Art. 81, 82 EGV jede eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.[389] Dieser weite Begriff ermöglicht keinerlei Abgrenzung, weshalb sich der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts stetig ausdehnt.[390] Der funktionale Unternehmensbegriff ermöglicht es, auch Einheiten, die nur partiell wirtschaftlich tätig sind und keine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen, als Unternehmen zu qualifizieren.[391] Wesentlicher Anhaltspunkt für die Beurteilung der Unternehmenseigenschaft ist, daß die Tätigkeit auch von einem privaten Unternehmen ausgeübt werden könnte.[392] Weil der Begriff „wirtschaftlich“[393] nicht geeignet ist, privates Handeln 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 / Art. III-161 VV und damit unter

---

[388] *E.-J. Mestmäcker,* Staat und Unternehmen im europäischen Gemeinschaftsrecht, RabelsZ 52 (1988), S. 536; *Th. Eilmannsberger,* in: Streinz, EUV/EGV, Kommentar, 6. Aufl. 2003, zu Art. 81 Rdn. 21.

[389] 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).

[390] *V. Emmerich,* in: U. Immenga/E.-J. Mestmäcker, EG-Wettbewerbsrecht, Kommentar, Bd. 1, Art. 85 Abs. 1, Rdn. 22.

[391] EuGH v. 23.4.1991 - Rs. C-41/90 (Höfner u. Elsner), Slg. 1991, I-1979 (Rdn. 21).

[392] 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).

[393] 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.); EuGH v. 24.10.2002 - Rs. C-82/01 P (Aéroports de Paris), Slg. 2002, I-9297 (Rdn. 79).

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.[394] Der Europäische 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[395], teilweise wird ihre Unternehmenseigenschaft oder auch die Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln abgelehnt[396]. Sie nutzt zur Materialisierung des Unternehmensbegriffs verschiedene wiederum überraschende Kriterien, wie das der „Solidarität“, die unterschiedlich beurteilt und durch andere Elemente (etwa das Kapitalisierungsprinzip) wieder überlagert werden können.[397] Eine solche Rechtsprechung ist ohne Maßstäbe, erscheint

---

[394] 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).

[395] 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).

[396] 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), EuZW 2004, 241 (Rdn. 47); anders Schlußanträge des Generalanwalts F. G. Jacobs v. 22.5.2003, der die Unternehmenseigenschaft bejahte.

[397] 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).

willkürlich und ist aus den Ermächtigungen der Art. 81 ff. EGV / Art. III-161 VV ff. nicht voraussehbar.

C.

Wirtschafts-, Währungs-, Haushalts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik – Verstoß gegen die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes

I. Wirtschaftspolitik

Abschnitt 1 des Kapitels II des Titels III des Teils III, 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 Gleichheit untrennbar verbundenen Brüderlichkeit[398] gehört zu der mit dem Menschen geborenen Verfassung der Menschheit des Menschen[399], also zur existentiellen Staatlichkeit eines existentiellen Staates. Der Rang des Sozialprinzips wird durch das bun-

---

[398] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 234 ff.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 4 ff., 9 ff., 97 ff.

[399] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 84 ff.; i.d.S. auch BVerfGE 84, 90 (120 f.).

desstaatliche 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[400], die nur „soziale Marktwirtschaft" genannt werden kann, wenn sie gemäß dem Konzept *Ludwig Erhards* die Sozialpflichtigkeit des Gemeinwesens als bestimmendes Prinzip der Wirtschaftsverfassung anerkennt, wie das in der Sozialpflichtigkeit des Eigentums in der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 und 2 GG zum Ausdruck kommt[401]. 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 die Stabilität und das Wachstum der Wirtschaft trägt und zu tragen hat[402]. 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[403]. Die Verwirklichung des Sozialprinzips darf nicht von der Ver-

---

[400] *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); *H.-M. Hänsch*, Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip. Die gesamtwirtschaftliche Stabilität der deutschen Wirtschaftsverfassung und die Europäische Währungsunion, 2002, S. 93 ff.

[401] *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, 10. Kap., III.

[402] *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.

[403] *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

antwortung 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[404] 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 Maastricht-Vertrages (Art. 4 Abs. 2, Art. 105 ff. EGV) in die ausschließliche Zuständigkeit der Europäischen Union übergegangen (Art. I-13 Abs. 1 lit. c) VV), sondern auch die Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik ist trotz der andersartigen Formulierungen im Verfassungsvertrag wesentlich in die Hand der Union gegeben, insbesondere für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist (Art. III-194 VV). Art. I-15 Abs. 1 und 2 VV lauten:

„(1) Die Mitgliedstaaten koordinieren ihre Wirtschaftspolitik innerhalb der Union. Zu diesem Zweck erläßt der Ministerrat Maßnahmen; insbesondere beschließt er die Grundzüge dieser Politik.

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, 11. Kap., III.

[404] *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.

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. III-179 Abs. 2 VV genannten Grundzüge nicht nur an den Zielen der Union im Sinne des Art. I-3 VV 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. III-177 VV genannten Grundsätze zu halten.

2 a) Der Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft (Art. III-177 Abs. 1 VV) verpflichtet die Mitgliedstaaten wie die Union zu einer weltweit offenen Wirtschaftspolitik, also zur globalen wirtschaftlichen Integration[405]. Diese Regelung verbietet den Mitgliedstaaten jeden Schutz einheimischer Produkte, obwohl solche Maßnahmen je nach Wirtschaftslage und je nach Einzelfall notwendig[406] und darum von dem wirtschaftsverfassungsrechtlichen Sozialprinzip des Bundes und der Länder geboten sein kann und jedenfalls nicht durch einen Verfassungsvertrag 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

---

[405] Dazu *D. I. Siebold*, Die Welthandelsorganisation und die Europäische Gemeinschaft, S. 147 ff., 273 ff.

[406] 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.

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 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[407], eine Entwicklung, die zu einfuhr-, standort- und kapitalverkehrspolitischen Maßnahmen zwingen kann. Die verbindliche Vorgabe der Art. III-177 Abs. 1, III-178 VV, 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, sondern 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 Verfassungsvertrages nicht gedeckt.

Dem kann nicht entgegengehalten werden, den Mitgliedstaaten bleibe die Möglichkeit des Art. I-60 VV, aus der Union auszutreten[408]. Diese Möglichkeit

---

[407] 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.

[408] 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 Inte-

ist auch wegen des Schadens, den ein solcher Schritt verursacht, vor allem aber wegen der internationalen Einbindung, derart irreal, daß er sich politisch verbietet.

Das Grundgesetz hat, gerade wenn man seine Wirtschaftsverfassung als die der marktlichen Sozialwirtschaft versteht, die wirtschaftliche Ordnungspolitik im wesentlichen offengelassen (wirtschaftspolitische Neutralität[409]) 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

---

gration?, 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.

[409] 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.

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[410], 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[411], eine 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[412], 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 Wettbewerbs-

---

[410] *K. A. Schachtschneider*, Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 67 ff.; *ders*., Res publica res populi, S. 386 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 8. Kap., IV.

[411] *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 der öffentlichen Hand, S. 453 ff.; *ders*., Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 263 ff., 274 ff., 281 ff., 283 ff.

[412] Zur gesetzgeberischen Disponibilität des System der Sozialversicherung BVerfGE 103, 172 (185); systemkritisch *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Revolution der Krankenversicherung, S. 19 ff.

recht der Gemeinschaft unterwirft[413]. 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.

Immerhin stellt Art. III-178 VV 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[414], 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

---

[413] 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.

[414] Im Gegensatz zur Vertragsfassung in der französischen und englischen Sprache, nämlich: „favorisant une allocation efficace des ressources“ bzw. „favouring an efficient allocation of resources“.

dem Grundsatz eine Ausnahme macht, die Union, insbesondere mittels der noch zu erörternden Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Union gemäß Art. III-179 VV (bislang Art. 99 Abs. 2 ff. EGV), im Streitfall durch Erkenntnisse des Europäischen Gerichtshofs.

b) Mit der Marktwirtschaft ist der Wettbewerb verbunden, den das Unionsrecht als „freien Wettbewerb", aber auch als „freien und unverfälschten Wettbewerb" (Art. I-3 Abs. 2 VV) 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[415]. Staatliches Wirtschaften unterliegt nicht dem Wettbewerbsprinzip. Staatlichkeit (Ausübung von Staatsgewalt) und Wettbewerb sind unvereinbar[416]. 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 Europäische 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

---

[415] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 396 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 8. Kap., VI.

[416] *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.

Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb der Politik der Mitgliedstaaten zieht, bestimmt die Union, wiederum durch die Grundzüge des Art. III-179 Abs. 2 ff. VV und im Streitfall durch Erkenntnisse des Europäischen 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. III-179 Abs. 2 VV, bislang Art. 99 Abs. 2 EGV). Diese Empfehlung ist entgegen Art. I-33 Abs. 1 Unterabs. 6 VV nicht etwa nicht verbindlich[417]. Vielmehr verschaffen die Absätze 3 bis 6 des Art. III-179 VV 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 Verfassungsvertrages eine „Verwarnung“ richten (Art. III-179 Abs. 4 S. 1 VV), 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[418]. 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[419]. Das folgt aus der Logik des „gemeinsamen In-

---

[417] So aber *St. Anwärter/M. Thiel*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, 2003, Art. 99, Rdn. 14; *U. Häde*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 99, Rdn. 6.

[418] *St. Anwärter/M. Thiel*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU/EG-Vertrag, Art. 99, Rdn. 13, 19.

[419] *St. Anwärter/M. Thiel*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU/EG-Vertrag, Art. 99, Rdn. 61; *B. Kempen*, in: R. Streinz, EUV/EGV, Art. 99, Rdn 1.

teresses“, 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. III-178 VV ist die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten vorrangig an die Grundzüge des Art. III-179 Abs. 2 VV gebunden. Freilich sind die Ziele der Union im Sinne des Art. I-3 VV anzustreben, die aber denkbar weit sind und sich von einer allgemeinen wohlfahrtsstaatlichen Zielsetzung nicht wesentliche 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. I-3 VV lautet:

> „Die Union 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. III-179 Abs. 2 Unterabs. 2 S. 3 VV von der Empfehlung des Rates, in der die Grundzüge dargelegt werden, lediglich unterrichtet wird. Das Parlament hat also auf diese Maßnahme keinen 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 Mitgliedstaates. 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. III-179 Abs. 3 bis 5 VV). 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. III-179 Abs. 1 VV als Angelegenheit von gemeinsamem Interesse zu behandeln hat. Die Mitgliedstaaten sind dadurch, aber auch allgemein durch Art. I-5 Abs. 2 VV verpflichtet, das Unionsinteresse zu verwirklichen[420]. Sie haben „alle geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zur Erfüllung der Verpflichtungen, die sich aus der Verfassung oder den Handlungen der Organe der Union ergeben, zu ergreifen“. Zu diesen Handlungen gehören auch die empfohlenen Grundzüge als Grundlage der multilateralen Überwachung.

---

[420] Dazu für Art. 10 EGV *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Komm., 6. Aufl. 2003, Art. 10, Rdn. 1 ff.

Die Wirtschaftshoheit der Mitgliedstaaten, die durch die wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Binnenmarktes (Art. I-4 Abs. 1 VV, Art. III-130 ff. VV, bislang Art. 28 ff., 39 ff., 43 ff., 49 ff., 56 ff. EGV) und das Wettbewerbsregime der Union (Art. II-161 ff. VV, bislang Art. 81 ff. EGV), 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, 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[421]. Die wirtschaftspolitische Überwachungsbefugnis der Union erinnert an die selbständige Reichsaufsicht nach Art. 7 Abs. 1 Nr. 3 Reichsverfassung 1871[422]. Besonders hinzuweisen ist noch einmal auf das Demokratiedefizit der wirtschaftspolitischen Überwachung der Mitgliedstaaten durch die Union nach Art. III-179 Abs. 2 bis 6 VV, 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 Europäischen Gerichtshof, der für diese Judikatur nicht demokratisch legitimiert ist, wie noch näher dar-

---

[421] 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.

[422] Grundlegend *H. Triepel*, Die Reichsaufsicht, 1917, S. 441 ff.; dazu *P. Lerche*, in: Maunz/Dürig, GG, Rdn. 127, 131 ff. zu Art. 84.

gelegt werden wird[423], 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 Verfassungsvertrages (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 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. III-180 Abs. 1 VV (bislang Art. 100 Abs. 1 EGV), „auf Vorschlag der Kommission einen Europäischen Beschluß zu erlassen, in dem die der Wirtschaftslage angemessenen Maßnahmen festgelegt werden, insbesondere falls gravierende Schwierigkeiten in der Versorgung mit bestimmten Waren auftreten“. Gegenüber der bisherigen Vertragslage wird die Macht der Union dadurch gestärkt, daß der Beschluß des Rates nicht der qualifizierten Mehrheit bedarf. Ein Europäischer Beschluß ist verbindlich, obwohl er kein Gesetz ist (Art. I-33 Abs. 1 Unterabs. 5 VV). 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 Verfah-

---

[423] Zu F, VI; auch I; dazu *K. A. Schachtschneider*, Demokratierechtliche Grenzen der Gemeinschaftsrechtsprechung, FS H. H. v. Arnim, 2004, S. 779 ff.; *ders*., Die Gerichtsbarkeit, in: ders./A. Emmerich-Fritsche, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, Stand 2005, § 10, V, S. 221 ff.

ren“. 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 Verfassungsvertrages den Unionsorganen übertragen ist, 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 Europäischer Beschluß ist aber an das nationale Grundrecht des Art. 9 Abs. 3 GG nicht gebunden. Vielmehr ist die Charta der Grundrechte des II. Teils des Verfassungsvertrages maßgeblich (Art. II-111 Abs. 1 VV). Art. II-88 VV 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 Grundrechteschutz, weil der entscheidende Satz 2 des deutschen Grundrechts fehlt, wonach „Abreden, die dieses Recht (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[424]. Das deutsche Grundrecht, das vorbehaltlos gewährleistet ist, ist auch nur einschränkbar, wenn das notwendig ist, um andere verfassungsrangige Güter zu schützen[425], während das Grundrecht der Charta der Grundrechte der Union zum einen durch das Unionsrecht (abgesehen von den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften und Gepflogenheiten) begrenzt ist, al-

---

[424] 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.

[425] 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.

so auch durch Europäische Beschlüsse nach Art. III-180 Abs. 1 VV, die der Wirtschaftslage angemessene Maßnahmen festlegen. Zwar müssen Einschränkungen der Ausübung der Rechte und Freiheiten der Charta nach Art. II-112 Abs. 1 VV den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten, aber über den Schutz dieses Wesensgehalts entscheidet nicht etwa das Bundesverfassungsgericht, sondern der Europäische Gerichtshof, weil der Europäische Beschluß ein Rechtsakt der Union ist[426]. Es ist völlig offen, wie eng oder weit der Europäische Gerichtshof die Tarifautonomie zumessen wird. Die Erfahrung lehrt, daß der Europäische Gerichtshof Grundrechteverletzungen durch Rechtsakte 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[427]. Der Europäische Gerichtshof hat in seiner gut 50jährigen Praxis noch nicht ein einziges Mal einen Rechtsakt 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. III-180 Abs. 1 VV 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 einfacher Mehrheit beschließt, gefallen lassen, wenn sie denn den weiten und offenen Zielen und Prinzipien der Wirtschaftsverfassung der Union entsprechen, was wiederum der Europäische 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 Verfassungsvertrag die Wirtschaftshoheit nicht mehr nach dem eigenen Verfassungsgesetz und schon gar nicht nach den eigenen Interessen ausüben. Dabei soll Vorrang vor dem Grundgesetz, sogar nach dem Wortlaut des Verfassungsvertrages nicht

---

[426] BVerfGE 89, 155 (174 f.).

[427] Dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 348 ff., auch S. 365 ff.

nur der Vertag als solcher haben, sondern auch das von den Organen der Union erlassene Sekundär- und Teritärrecht (Ar. I-6 VV).

II. Währungspolitik

Auch Abschnitt 2 des Kapitels II des Titels III des Teils III, 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[428]. Sie hat wesentlichen Einfluß auf die wirtschaftliche Stabilität einer Volkswirtschaft, nicht nur auf die Preisstabilität, sondern auch auf die Beschäftigungslage, das Wachstum und das außenwirtschaftliche Gleichgewicht[429]. Das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil die außeror-

---

[428] *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 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.

[429] 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.

dentliche Bedeutung der Währungspolitik für die Stabilität Deutschlands herausgestellt und dies im Euro-Beschluß unterstrichen[430].

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[431]. Demgemäß ist die Einführung der Währungsunion als der Hebel zur Politischen Union, zur Entwicklung des existentiellen Unionsstaates, angesehen und eingesetzt worden[432]. Dieser Hebel scheint erhebliche Kraft zu haben. Inwieweit dies so bleibt, wenn die Währungsunion, wie es der Verfassungsvertrag konzipiert (Art. III-197 ff.), 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 Verfassungsvertrag für Europa auch zu bewerten haben, wie

---

[430] 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.

[431] *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 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.

[432] Dazu (kritisch) *W. Hankel/J. Starbatty*, Nizza: Es wird keine politische Union geben, S. 241 ff.

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 Stbilitätszusicherung der Bundesregierung wäre das Einführungsgesetz zum Maastricht-Vertrag vor dem Bundesverfassungsgericht gescheitert. Die von der Europäischen Zentralbank mit aller Härte 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[433]. 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[434]. Die Einführung des Euro, der im Verfassungsvertrag (Art. I-8) sogar zu den Symbolen der Union gerechnet wird, 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, die durch institutionelle Vorkehrungen die Verwirklichung dieses Zieles sicherzustellen suchen und letztlich – ultima ratio – beim Scheitern der Stabilitätsgemeinschaft auch einer Lösung aus der Gemeinschaft nicht entge-

---

[433] Dazu *W. Nölling*, Euro – der Sozialstaatsbruch, S. 107 ff.

[434] 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.

genstehen“[435]. 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[436]. Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion bleiben[437]. Der Verfassungsvertrag kennt aber nur den Austritt aus der Europäischen Union (Art. I-60 VV), nicht den besonderen aus der Währungsunion (vgl. Art. III-185 ff. VV). 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 keinen Einfluß mehr auf die Währungspolitik. Sie ist dem eigenständigen Europäischen System der Zentralbanken und insbesondere der Europäischen Zentralbank überantwortet (Art. III-182 ff. VV, bislang Art. 105 ff. EGV). Nach Art. III-188 (bislang Art. 108 EGV) 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 Einrichtun-

---

[435] 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.

[436] 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.

[437] *K. A. Schachtschneider*, Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, in: W. Hankel u.a, Die Euro-Illusion, S. 320 ff.

gen 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 Gemeinschafts- bzw. Unionsverträge (einschließlich der Protokolle) über ihre Satzung (Art. III-187 Abs. 2 VV) gebunden[438]. 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 oder gar Verfassungsvertrag 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[439]. Die Entdemokratisierung der Währungspolitik ist nicht mit der fachlichen Aufgabe 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[440]. Art. IV-445 VV (vereinfachtes Änderungsverfahren, dazu H, II), ermöglicht freilich dem Euro-

---

[438] Absatz 3 des Art. III-187 VV ermöglicht die Änderung gewisser Satzungsbestimmungen durch Europäisches Gesetz auf Vorschlag 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 Europäische Verordnungen und Beschlüsse zur Festlegung in bestimmten Artikeln genannter Maßnahmen 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.

[439] BVerfGE 89, 155 (199, 207 ff.); dazu (kritisch) *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 130 f.

[440] *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 130 f.; *ders*., Res publica res populi, S. 560 ff., insb. S. 567 ff.

päischen Rat, auch die Unabhängigkeit der Europäischen Zentralbank aufzuheben.

4. Ein Staat hat seine existentielle Staatlichkeit wesentlich aufgegeben, wenn er eine eigenständige Währungspolitik aufgegeben 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, zeigt. Die Währungsunion muß die Wirtschafts- und Sozialunion, die Politische Union, nach sich ziehen, also den existentiellen Staat. Das aber setzt eine neue Verfassung 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 Verfassungsvertrag begründet (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 das den demokratischen oder besser republikanischen Parlamentarismus geradezu definierende Budgetrecht des Parlaments (Art. 110 Abs. 2 S. 1 GG)[441] in einer

---

[441] 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,

Weise eingeschränkt, welche die existentielle Staatlichkeit demokratiewidrig, ja staatswidrig aus der Hand gibt. Art. III-184 VV wie bislang Art. 104 EGV 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. III-184 Abs. 2 VV). Die Referenzwerte sind in dem Protokoll über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit (10. Protokoll zum Verfassungsvertrag, ursprünglich 12. Protokoll zum EU-Vertrag 1992) festgelegt. In den in den Absätzen 3 ff. des Art. III-184 VV näher geregelten Verfahren, das die Kommission zu betreiben hat und in dem der Rat auf Vorschlag oder Empfehlung der Kommission Beschlüsse, Europäische Beschlüsse oder Empfehlungen, gegebenenfalls mit besonders geregelter qualifizierter Mehrheit und gegebenenfalls ohne Berücksichtigung der Stimme des den betreffenden Mitgliedstaat vertretenen Mitglieds des Rates, faßt. Falls der betroffene Mitgliedstaat einem Europäischen Beschluß nicht nachkommt, durch den er mit der Maßgabe in Verzug gesetzt wird, innerhalb einer bestimmten Frist Maßnahmen für den nach Auffassung des Rates zur Sanierung erforderlichen Defizitabbau zu erlassen (Absatz 9 des Art. III-184

1980, S. 1064 ff. (zur Geschichte); *G. Kisker*, Staatshaushalt, HStR, Bd. IV, 1990, § 89, Rdn. 3 ff., 13.

VV), kann der Rat nach Absatz 10 des Art. III-184 VV bestimmte Maßnahmen anzuwenden oder gegebenenfalls zu verschärfen beschließen, unter anderem nach lit. c) von dem Mitgliedstaat verlangen, eine unverzinsliche Einlage in angemessener Höhe bei der Union zu hinterlegen, bis der Rat der Auffassung ist, daß das übermäßige Defizit korrigiert worden ist, und nach Buchstabe d 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[442]. 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[443]. 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 (und ist), verbindliche Rechtsakte zu erlassen[444]. Dem Stabilitäts- und Wachstumspakt wird eine hohe politische Ver-

---

[442] 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.

[443] 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).

[444] 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 D, VI, 1, 2,S. 316 ff., die sich in

bindlichkeit zugemessen[445]. Die Kommission hat auf seiner Grundlage Sanktionsmaßnahmen gegen Deutschland wegen dessen Haushaltsdefizits im Jahre 2002 durchzusetzen versucht und ist damit im Rat gescheitert. Der Europäische 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[446]. Mehrere Mitgliedstaaten sind 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. 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. 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.

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. III-184 VV wie auch schon Art. 104 EGV zwingt den Mitgliedstaaten eine be-

---

Sachen 2 BvR 1877/97 und 2 BvR 50/98 in den Akten des Bundesverfassungsgerichts befindet.

[445] Vgl. die (17.) Erklärung der Schlußakte zu Art. III-184 Verfassungsvertrag u.a.: „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".

[446] EuGH v. 13.07.2004 – Rs. C-27/04 (Kommission/Rat), Rdn. 29 ff., 44 ff.

stimmte 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. III-185 Abs. 1 VV, Art. 105 Abs. 1 EGV). Die Preisstabilität scheint dieser Theorie aber schon gewährleistet, wenn die Staaten übermäßige öffentliche Defizite vermeiden, preisniveaustabilisierende Geld- und Kreditpolitik vorausgesetzt[447]. 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 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 wirtschaftli-

---

[447] *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.

che Stabilitätsprinzip der keynesianischen Theorie[448] 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[449], haben Verfassungsrang. Das ergibt sich schon aus dem Sozialprinzip, welches vornehmlich dem Beschäftigungsziel Verfassungsrang gibt, aber auch den Zielen der Preisstabilität und des Wachstums[450]. 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[451], die nach (fast) allgemeiner Auffassung nur durch

---

[448] *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.

[449] 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.

[450] *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.

[451] 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, 2. Aufl. 1969, § 1, Rdn. 10; vgl. *H.-M. Hänsch*, Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip, S. 176 f.

Wachstum überwunden werden kann. Das skizzierte wirtschaftliche Stabilitätsprinzip folgt auch aus der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 und 2 GG[452]. Die Festlegung im Verfassungsvertrag (Art. III-184 f. VV) 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.

---

[452] *K. A. Schachtschneider*, Wirtschaftliche Stabilität als Rechtsprinzip, S. 318 ff.

IV. Beschäftigungspolitik

Die Beschäftigungspolitik des Titels III, Kapitel III, Abschnitt 1 des Verfassungsvertrages ist mit dem durch das Sozialprinzip geschützten Prinzips der hohen Beschäftigung (Art. 20 Abs. 1 GG)[453] 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[454]. Die Beschäftigungspolitik hat im Unionsrecht ausweislich des Art. III-185 Abs. 1 VV (bislang Art. 105 Abs. 1 EGV) gegenüber der Währungspolitik keinen Vorrang, obwohl die Union durch „einen in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ auf „Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“ (Art. I-3 Abs. 3 VV). Grundlage der „nachhaltigen Entwicklung Europas“ soll ein „ausgewogenes Wirtschaftswachstum“ und „Preisstabilität“ sein (Art. I-3 Abs. 3 VV). Die wirtschaftspolitische Zielsetzung des Verfassungsvertrages 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

---

[453] *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.

[454] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Flächentarife und die Soziale Frage, GS W. Blomeyer, S. 254 ff.

die „offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ (Art. III-177 VV). 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. III-209 Abs. 3 VV sogar ausgesprochen wird – eine Illusion, jedenfalls keine verfassungsgemäße Wirtschaftsverfassung.

Zwar gehört ein hohes Beschäftigungsniveau gemäß Art. III-205 VV 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 Verfassungsvertrages (Art. III-179 Abs. 2 VV) einzufügen, wie auch die Leitlinien des Rates nach Art. III-206 Abs. 2 VV, welche die Mitgliedstaaten in ihrer Beschäftigungspolitik zu berücksichtigen haben, mit den Grundsätzen nach Art. III-179 Abs. 2 VV im Einklang stehen müssen. Diese Leitlinien binden nach Absatz 3 des Art. III-206 VV 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. III-156 VV (bislang Art. 56 Abs. 1 EGV) ist[455]. Während also die Vollbeschäftigung in Deutschland durch das Sozial(staats)prinzip höchsten Verfassungsrang hat, hat das hohe Beschäftigungsniveau nach dem Verfassungsvertrag untergeordnete Bedeutung. Die Mitgliedstaaten, auch Deutschland, müssen aber auch bei ihrer Beschäfti-

[455] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 253 ff.

gungspolitik die verbindlichen Grundzüge nach Art. III-179 Abs. 2 VV und die Leitlinien nach Art. III-206 Abs. 2 VV 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 (Art. III-133 ff. VV), aber auch durch das wettbewerbsrechtliche Beihilferegime nach Art. III-167 ff. VV (bislang Art. 87 ff. EGV) an einer eigenständigen Beschäftigungspolitik gehindert. Hinzu kommt die dramatische Wirkung der globalen Integration der Wirtschaft für die Beschäftigungslage in einem (bislang) hoch entwickelten Sozialstaat wie Deutschland, welche aber Deutschland (genauso wenig wie die anderen Mitgliedstaaten) nicht eigenständig verändern kann, weil die Außenwirtschaftspolitik in die (sogar) ausschließliche Zuständigkeit der Union nach Art. I-13 Abs. 1 lit. e) VV, „Gemeinsame Handelspolitik“, fällt, näher geregelt in Art. III-314 ff. VV (bislang Art. 131 ff. EGV). Als Standortpolitik der Mitgliedstaaten wie Deutschland, die im weltweiten Vergleich ein hohes Lohnniveau haben und insbesondere mit einem hohen Sozialniveau leben, bleiben vom Verfassungsvertrag nur Maßnahmen erlaubt, welche die Lohnkosten senken und das Sozialniveau abbauen[456]. Eine derartige Reduktion des deutschen parlamentarischen und gouvernalen politischen Gestaltungsmöglichkeiten ist von der Wirtschaftsordnung des Grundgesetzes nicht gestattet und trifft diese in ihrem Kern.

---

[456] 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 Neuanfang“), der eine Wende der Globalisierungspolitik zu thematisieren von vornherein abweist, S. 98 ff.

3. Weiteres Hindernis für eine Beschäftigungspolitik der Mitgliedstaaten ist die Währungsunion, die wegen ihrer in jedem Mitgliedstaat unterschiedlich wirkenden, für alle Teilnehmer der Währungsunion identischen Leitzinsen, jedenfalls für Deutschland verheerende beschäftigungspolitische Auswirkungen hat die hohen Realzinsen in Deutschland angesichts einer partiellen und tendenziellen Deflation trotz bereichsweiser Preissteigerung (Teuerung) nicht durch inflationäre Entwicklungen gemäßigt werden, so daß die Investitionsentscheidungen der Unternehmer gegen den Standort Deutschland ausfallen.

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 Verfassungsvertrag nicht nur fortgeführt, sondern dadurch verfestigt und verstärkt, daß letzterer einen Bundesstaat 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 Sozialprin-

zip des Grundgesetzes und richtigerweise entgegen der Eigentumsgewährleistung des Grundgesetzes[457] die Grundrechtecharta der Europäischen Union, also Teil II des Verfassungsvertrages, kein Recht auf Arbeit anerkennt, in der durchaus berechtigten Einschätzung, daß die Wirtschaftsverfassung der Union einer Vollbeschäftigung und damit einem Recht auf Arbeit für alle keine Chance läßt. Ein solches Recht auf Arbeit begründet die Pflicht des Staates, eine vorrangige Politik der Vollbeschäftigung zu betreiben, die nach dem Verfassungsvertrag, wie dargestellt, nicht nur nicht möglich, sondern nicht vorgesehen ist; denn den Primat hat die Preisstabilität, wie das dem Kapitalinteresse entspricht. Art. II-75 VV 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. I-3 Abs. 3 VV 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, 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. I-14 Abs. 2 lit. b die Zuständigkeit für die „Sozialpolitik hinsichtlich der in Teil III genannten Aspekte“, aber auch die Zuständigkeit nach lit. c dieser Vorschrift für den „wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt“.

---

[457] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Recht auf Arbeit – Pflicht zu Arbeit, GS J. G. Helm, S. 827 ff.; *ders*., Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 305 ff.

Die sozialpolitischen Ziele sind in Art. III-209 Abs. 1 VV 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. III-210 Abs. 1 VV aufgelisteten Bereiche, in denen die Union zur Verwirklichung der soeben genannten Ziele die Tätigkeiten der Mitgliedstaaten unterstützt und ergänzt, u.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), Vertretung und kollektive Wahrnehmung der Arbeitnehmer- und Arbeitgeberinteressen, einschließlich der Mitbestimmung, vorbehaltlich des Absatzes 6 (lit. f), 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. III-210 VV nicht „für das Arbeitsentgelt, das Koalitionsrecht, das Streikrecht, sowie das Aussperrungsrecht" gilt (Absatz 6), so erfassen doch die genannten Ziele und Bereiche so gut wie alle Aspekte der Sozialpolitik. Das ermöglicht der Union, sich nach der Flexibilitätsklausel des Art. I-18 VV Befugnisse zu geben, welche über die Befugnisse des Art. III-210 Abs. 2 VV hinaus gehen, und auch andere geeignete Maßnahmen zu treffen. Im übrigen gehört die Sozialpolitik in den Titel III des Teils III des Verfassungsvertrages, der im vereinfachten Änderungsverfahren nach Art. IV-445 VV durch Europäischen Beschluß des Europäischen Rates ohne Beteiligung der nationalen Gesetzgebungsorgane umgestaltet werden kann, weil die Zuständigkeit für die Sozialpolitik, wie dargelegt, äußerst weit ist. Deswegen vermag auch Absatz 6 des Art. III-210 VV eine Politik, welche die Staats- und Regierungschefs durchsetzen wollen, nicht zu verhindern. Nicht einmal das Harmonisierungsverbot des Absatz 3 der Flexibilitätsklausel des Art. I-18 VV ist einschlägig, weil Art. III-210 Abs. 6 VV kein Harmonisierungsverbot formuliert, die Ziele aber, welche für die Flexibilitätsklausel maßgeblich sind, in einem anderen Artikel, nämlich Art. III-209 Abs. 1 VV, 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[458]. Diese Einheit ist auch durch das wirtschaftsverfassungsrechtliche Leitprinzip Deutschlands, das Sozialprinzip, geboten. Die gegenwärtige Vertragslage, die durch den gegenwärtigen Text des Verfassungsvertrages 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 Verfassungsvertrag der Weg geebnet, auch die Sozialpolitik im umfassenden Sinne zu übernehmen und damit auch 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 Verfassungsvertrag (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. III-213 VV (bislang Art. 140 EGV) übertragen ist, erweist die umfassende sozialpolitische Verantwortung der Union; denn sie umfaßt die Gebiete der Beschäftigung, des

---

[458] *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.

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 Europäische Gerichtshof die Gemeinschafts/Unionspolitik, die in den Koordinierungsmaßnahmen zum Ausdruck kommt, als Rechtfertigung für sonstige Politiken der Gemeinschaft/Union genügen läßt. Das materielle Legitimationsgeflecht der Verträge und auch des Verfassungsvertrages 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. I-42 VV, Art. III-257 ff. VV bildet die Union „einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“, der bislang nach Art. 2 Abs. 1 Sp. 4 EUV nur als Ziel formuliert worden war. 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 statuarisch) 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)“.[459]

Nicht erst seit dem Verfassungsvertrag verfügt die Europäische Union über Gesetzgebungsgewalt (Kommission, Rat und Europäisches Parlament), vollziehende Gewalt (Kommission) und rechtsprechende Gewalt (Europäischer Gerichtshof). Die Staatsqualität der Europäischen Union wurde bisher trotzdem abgelehnt[460], weil sie mit der existentiellen Staatlichkeit („Souveränität“) der Mitgliedstaaten unvereinbar ist. Diese Problematik wurde demokratie-

---

[459] *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 431(A 165 B 195); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff.

[460] 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.

rechtlich 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[461] ist das Wort für die Staatlichkeit der Union/Gemeinschaft, 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.[462] Der zu schaffende „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.

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

---

[461] 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.

[462] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 545 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 2. Kap., VIII; *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.).

an den Außengrenzen, über Asyl und Einwanderung in Art. III-265 ff. VV, 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 verfügt über „Außengrenzen“ (vgl. Art. III-265 VV, bislang Art. 62 Abs. 1 Nr. 2 EGV) und beansprucht nun ein „integriertes Grenzschutzsystem an den Außengrenzen“ (Art. III-265 Abs. 1 lit. c VV), zu dessen Verwirklichung Europäische Gesetze oder Rahmengesetze nach Maßgabe des Art. III-265 Abs. 2 VV (z. B. über vereinfachte Ausstellung von Visa und Aufenthaltstitel, Grenzkontrollen, Grenzschutzsysteme) erlassen werden können. Die Binnengrenzen zwischen den Mitgliedstaaten sollen mehr und mehr verschwinden, folglich deren Gebietlichkeit, also deren existentielle Staatlichkeit, ja Staatseigenschaft; denn es gibt keinen Staat ohne Staatsgebiet[463]. Mit eben diesem Staatsgebiet schwindet auch die Gebietshoheit der Mitgliedstaaten, also deren Staatshoheit, mehr und mehr, letztlich die Mitgliedstaaten als existentielle Staaten und Völkerrechtssubjekte. Dementsprechend soll die Europäische Union gemäß Art. III-266 VV durch Europäisches Gesetz oder Rahmengesetz eine „gemeinsame europäische Asylregelung“ (Art. III-265, Abs. 2 S. 1) festlegen und nach Art. III-267 VV durch Europäisches Gesetz und Rahmengesetz auch eine „gemeinsame Einwanderungspolitik“ geschaffen werden.

---

[463] *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 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. 53.

Der Union werden im Verfassungsvertrag gemäß Art. III-267 Abs. 2 lit. c ausdrücklich Regelungsbefugnisse und gemäß Art. III-267 Abs. 3 Vertragsschließungsbefugnisse mit Drittländern über die Abschiebung und Rückführung von Personen, die sich illegal in einem Mitgliedstaat aufhalten, 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. III-268 VV vor. Der bisherige Titel IV 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 EGV. Der Verfassungsvertrag streicht die Klausel in Art. 67 Abs. 2 1. Sp. EGV, nach der die Kommission Anträge aus Mitgliedstaaten prüfen muß.

Während Art. 61 ff. EGV als Handlungsform in der Regel allgemein „Maßnahmen“ vorsieht, schließen die Ermächtigungen des Verfassungsvertrages mit ihrer Beschränkung auf Europäische Gesetze und Rahmengesetze 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, werden alle Rechtsakte im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren erlassen. Während bislang Einstimmigkeit (Art. 67 Abs. 1 und 2 EGV) und ausnahmsweise qualifizierte Mehrheit (Art. 67 Abs. 3 – 5 EGV) vorgesehen waren, genügt nach dem Verfassungsvertrag durchgehend die qualifizierte Mehrheit. Auch dies stärkt die existentielle Staatlichkeit der Union.

II. Justizpolitik in Zivilsachen

Die jusitzielle Zusammenarbeit der Union in Zivilsachen (Art. III-269 VV, bislang Art. 65 EGV) soll sich auf dem Grundlage der gegenseitigen Anerken-

nung gerichtlicher und außergerichtlicher Entscheidungen (Art. III-269 Abs. 1 VV) durch den Erlaß von Europäischen Gesetzen und Rahmengesetzen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren entwickeln (Art. III-269 Abs. 2 VV). Gemäß Art. 293 4. Sp. EGV besteht 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[464]. Die aufgrund Art. 293 EGV geschlossenen Abkommen sind nicht Gemeinschaftsrecht, sondern Völkerrecht[465]. Aufgrund Art. 61 lit. c, Art. 65 lit. a in Verbindung mit Art. 67 Abs. 1 EGV ist die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen weitgehend vergemeinschaftet[466] worden, läßt aber immerhin den Mitgliedstaaten den Vorbehalt des ordre public[467]. Die Verordnung Nr. 805/2004 hat einen europäischen Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen geschaffen[468]. Dieser kann, sobald er im Ursprungsstaat ausgefertigt worden ist, wie ein inländischer Titel in allen europäischen Staaten vollstreckt werden. Art. III-269 Abs. 2 lit. a VV soll nun Europäische Gesetze und Rahmengesetze über die gegenseitige Anerkennung und die Vollstreckung zwischen den Staaten ermöglichen. Damit werden die bisherigen Anerkennungsregelungen durch ein rein formales Anerkennungsprinzip ersetzt[469]. Der bisherige ordre public-Vorbehalt sowie jede andere Nachprüfung der Entscheidung eines anderen Mitgliedstaates entfallen.

---

[464] *S. Leible*, in: R. Streinz, EUV/EGV, Komm., zu Art. 293, Rdn. 1 ff.

[465] *S. Leible*, in: R. Streinz, EUV/EGV, Komm., zu Art. 293, Rdn. 12.

[466] 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.

[467] Vgl. Art. 34 Nr. 1 VO (EG) Nr. 44/2001.

[468] Verordnung (EG) Nr. 805/2004 vom 21.04.2004, ABl. (EG) L-143/14 v. 30.04.2004.

[469] Punkt 33, 34 der Schlußfolgerungen von Tampere, NJW 2000, 1925.

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. III-269 Abs. 2 VV können alle kollisionsrechtlichen und weitgehend zivilprozessualen Regelungen (vgl. Art. III-269 Abs. 2 VV) betroffen sein. Art. III-269 Abs. 3 VV ermöglicht „abweichend von Absatz 2“ „Maßnahmen zum Familienrecht mit grenzüberschreitenden Bezügen durch Europäisches Gesetz oder Rahmengesetz des Rates.“ Daß der Verfassungsvertrag auch von einer Rechtsangleichungskompetenz im Zivilrecht ausgeht, zeigt die Sonderregelung für das Familienrecht mit grenzüberschreitenden Bezügen in Art. III-269 Abs. 3 VV. Mit der Einstimmigkeitsregel will sie der Besonderheit gerecht werden, daß das Europäische Parlament nur angehört werden muß. Auch die Regelung der justiziellen Zusammenarbeit paßt in das Konzept des Unionsbundesstaates.

III. Justizpolitik in Strafsachen

1. Bislang ist die „polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit“ in Titel VI EUV als „dritte Säule der Europäischen Union“ mit lediglich „intergouvernemantaler“ Geltung, die nicht am sogenannten supranationalen Gemeinschaftsrecht teilnimmt, bezeichnet worden[470]. Die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit müsse mangels Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union[471] den Mitgliedstaaten zugerechnet werden.[472] 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

---

[470] *H. Satzger*, in: R. Streinz, EUV/EGV, Komm., zu Art. 29 EUV, Rdn. 4.

[471] BVerfGE 89, 155 (195).

[472] Dazu *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 121a., S. 54 f.

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 Geltungserstreckung zwar für einige Bestimmungen des EG-Vertrags an, klammern aber Art. 189 EGV aus, der die EG-Rechtsakte mit Durchgriffswirkung definiert.“[473]

Die Trennung in „supranationale“ und „intergouvernementale“ Tätigkeitsbereiche hat der Verfassungsvertrag 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 Verfassungsvertrag, welcher die Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union nun ausdrücklich festlegt (Art. I-7 VV), bezieht das Kapitel IV des Titel III im Teil III 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. I-14 Abs. 2 lit. j, Art. I-42 VV). 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 Europäische

---

[473] BVerfGE 89, 155 (176 f.).

Gesetze und Rahmengesetze ersetzt, die grundsätzlich im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren verabschiedet werden. Insbesondere können in den Politikbereichen „Grenzkontrollen, Asyl und Einwanderung“ nach Art. III-265 Abs. 2, Art. III-266 Abs. 2, Art. III-267 Abs. 2; Justiz nach Art. III-269 Abs. 2 VV und Art. III-270 Abs. 2, III-271, III-272, III-273 Abs. 1, III-274 Abs. 1 VV; in der polizeilichen Zusammenarbeit aufgrund Art. III-275 Abs. 2 und 3, III-276 Abs. 1, III-277 VV Europäische Gesetze oder Rahmengesetze, also „Gesetzgebungsakte“ i. S. d. Art. I-34 VV, erlassen werden. Grundsätzlich genügen im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren nach Art. III-39 VV bestimmte Mehrheiten im Rat und im Europäischen Parlament (Mehrheit als Regelverfahren). Ein Mitglied des Rates hat lediglich (als „Notbremse“) das Recht, wenn er der Ansicht ist, daß der Entwurf eines Europäischen Rahmengesetzes grundlegende Aspekte seiner Strafrechtsordnung berühren würden, zu beantragen, den Europäischen Rat mit der Sache zu befassen, um das ordentliche Gesetzgebungsverfahren auszusetzen (Art. III-270 Abs. 3 und 4, Art. III-271 Abs. 3 und 4 VV). Der Europäische Rat kann auf einen neuen Entwurf hinwirken. Wenn binnen zwölf Monaten kein neues Europäisches Rahmengesetz erlassen worden ist, kann ein Drittel der Mitgliedstaaten eine Verstärkte Zusammenarbeit begründen (dazu Art. I-44 ff., Art. III-416 ff. VV). Allein kann ein Mitgliedstaat unerwünschte Europäische Rahmengesetze auch in diesem Bereich nicht verhindern.

2. Die Rolle der nationalen Parlamente, die in den Art. I-42 Abs. 2 und III-259 VV geregelt wird, mindert das demokratische Defizit nicht. Im derzeitigen System muß der Deutsche Bundestag den im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit nach Art. 34 Abs. 2 lit. d EUV ergangenen Abkommen nach Art. 59 Abs. 2 GG[474] zustimmen (gegebenenfalls auch der Bundesrat) und begründet so für diesen Bereich die demokratische Legitimation. In dem Verfassungsvertrag kommt dieses Verfahren nicht mehr vor, so daß eine gesonderte Zustimmungskompetenz des Bundestages und gegebenenfalls des Bundesrates entfällt. Die Zustimmung des Bundestages kann, wie etwa die Angleichung des

---

[474] Vgl. *H. Satzger*, in: R. Streinz, EUV/EGV, Komm., zu Art. 34 EUV, Rdn. 12.

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. III-259 VV in Verbindung mit dem Subsidiaritätsprotokoll auf die Sorge für das Subsidiaritätsprinzip (dazu H, IV) und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Mit einem Viertel der den nationalen Parlamenten insgesamt zustehenden Stimmen kann ein „Frühwarnsystem" ausgelöst werden (Art. 7 Abs. 3 S. 2 des Protokolls). Diese Möglichkeit 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."[475]

Die „Einbeziehung" der nationalen Parlamente sichert nicht die Befugnis, den Rechtsakt abzulehnen. Damit stehen die Vorschriften des Verfassungsvertrages 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[476]. Nach Art. I-42 Abs. 2 i. V. m. Art. III-260, III-261, III-276 Abs. 2, III-273 Abs. 1 VV haben die nationalen Parlamente Informationsrechte und werden an der politischen Kontrolle von Europol und bei der Bewertung der Tätigkeit von Eurojust beteiligt. Diese Beteili-

---

[475] BVerfGE 89, 155 (211 ff.).

[476] BVerfGE 89, 155 (189, 193, 210 ff.); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 106 f.

gungs- und Informationsrechte sind kein Ersatz für die Entscheidungsbefugnisse der Volksvertretung, welche die nationalen Parlamente (und damit auch der Deutschen Bundestag) durch den Verfassungsvertrag verlieren.

3. Der Verfassungsvertrag 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. III-270 VV legt den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen fest. Damit werden bisherige völkerrechtliche Anerkennungsregelungen[477], die insbesondere auf dem Grundsatz auch materieller Gegenseitigkeit beruhen, also eine ausschließlich formale Anerkennung ausschließen, durch ein rein formales Anerkennungsprinzip ersetzt. Weil das dazu führen kann, daß die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, Urteile anderer Staaten anzuerkennen, d.h. diese gegebenenfalls vollziehen müssen, unabhängig davon, ob sie selbst die Tat unter Strafe stellen, was insbesondere, wenn Deutsche ausgeliefert werden, nach Art. 103 Abs. 2 GG mehr als bedenklich ist[478], erzwingt dies auch eine gewisse Harmonisierung des Strafverfahrensrechts und des materiellen Strafrechts[479]. Art. III-270 Abs. 2 VV ermöglicht die Festlegung von Mindestvorschriften durch Europäisches Rahmengesetz im Bereich des Strafverfahrensrechts. Art. III-171 VV sieht vor, daß durch Europäisches Rahmengesetz Mindestvorschriften zur Festlegung von Straftaten und Strafen in Bereichen „besonders schwerer Kriminalität“ (Art. II-271 Abs. 2 VV nennt 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 eine grenzüberschreitende Dimension haben. Mit Aufgaben und Befugnissen im Rahmen des Straf- und Strafverfahrensrechts nimmt die Euro-

---

[477] *H. Satzger*, in: R. Streinz, EUV/EGV, zu Art. 31 EUV, Rdn. 3 ff.

[478] Dazu *E. Schmidt-Aßmann*, in: Maunz/Dürig, GG, Komm., 1992, Art. 103 Abs. 2, Rdn. 252 f.

[479] Vgl. *H. Satzger*, in: R. Streinz, EUV/EGV, zu Art. 31 EUV, Rdn. 8.

päische Union staatliche Kernaufgaben in Anspruch. Daß nur ein Teil des Strafrechts harmonisiert wird, steht der Annahme eines Staates mit existentieller Staatlichkeit nicht entgegen.

4. Die Zusammenarbeit der Strafverfolgungsbehörden und der Polizei wird gefestigt. 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 Beschlüsse erlassen und Übereinkommen erstellen kann, sollen diese Maßnahmen nach dem Verfassungsvertrag nach Art. III-273 Abs. 1, Art. III-275 Abs. 2, Art. III-276 Abs. 2 nur noch durch Europäisches Gesetz oder Rahmengesetz, also durch einen Gesetzgebungsakt möglich sein. Völkerrechtliche Verträge sind ausgeschlossen. Auch der materielle Anwendungsbereich der Ermächtigungen ist ausgeweitet worden.

Art. III-273 VV erweitert die operationellen Zuständigkeiten von Eurojust. Bislang kann nach Art. 31 EUV Eurojust einen Mitgliedstaat dazu auffordern, Ermittlungen einzuleiten, ohne daß diese Aufforderung verbindlich ist. Nach Art. III-273 Abs. 1 Unterabs. 2 lit. a-c VV kann Eurojust von sich nicht nur Mitgliedstaaten Ermittlungen vorschlagen und Ermittlungen koordinieren, sondern selbst Ermittlungen einleiten sowie Kompetenzkonflikte „beilegen“. Damit wird eine eigene Strafverfolgungskompetenz der Union geschaffen und der Kern polizeilicher Staatsgewalt in Anspruch genommen. Das ist existentielle Sache eines Staates.

Insbesondere wird mit Art. III-274 VV die Befugnis geschaffen, durch Europäisches Gesetz eine Europäische Staatsanwaltschaft zur Bekämpfung von bestimmten Straftaten zum Nachteil der finanziellen Interessen der Union zu institutionalisieren, also ein neues 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 EU-Vertrag 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 her-

kömmlichen Verfahren der Rechtshilfe[480] zwischen den Mitgliedstaaten angewiesen[481]. Nach Art. III-274 Abs. 2 VV nimmt die Europäische Staatanwaltschaft bei diesen Straftaten vor den zuständigen Gerichten der Mitgliedstaaten die Aufgaben der Staatsanwaltschaft wahr. Damit wird der Europäische Staatsanwalt nicht nur ermächtigt, im Gebiet der Gemeinschaft Ermittlungen zu überwachen[482], sondern diese auch selbst durchzuführen und in den Mitgliedstaaten als staatliches Organ 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 eines unmittelbaren Eingriffs in die durch Art. 97 Abs. 1 und Art. 20 Abs. 3 GG geschützte Unabhängigkeit der Gerichte. Der Verfassungsvertrag begründet damit die Möglichkeit der Union, eigene Strafansprüche als eigene (nicht auch mitgliedstaatliche) in den Mitgliedstaaten durchzusetzen und damit „Herrschaft“ gegenüber den Bürgern auszuüben. Das ist die existentielle staatliche Vollzugshoheit, die bislang den Mitgliedstaaten vorbehalten war. Damit wird sogar eine unionsstaatliche Staatsraison beansprucht, welche der Idee eines Staatenverbundes diametral widerspricht. Dem dienen aber auch die Symbole des Art. I-8 VV, die Amtsbezeichnungen, die Organbenennungen und die sonstige staatsgemäße Sprache.

Weil nach Art. III-274 Abs. 4 VV die Befugnisse der Staatsanwaltschaft durch Europäisches Gesetz oder Europäischen Beschluß zur Bekämpfung „schwerer Kriminalität“ nahezu beliebig ohne Vertragsänderung erweitert werden können, liegt auch darin eine dem Prinzip der begrenzten Ermächti-

---

[480] Dazu *H. Satzger*, in: R. Streinz, EUV/EGV, zu Art. 31 EUV, Rdn. 3 ff.

[481] Siehe das Übereinkommen vom 26.07.1995 über den Schutz der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften, ABl. C-316 v. 27.11.1995.

[482] 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].

gung, dem Demokratiegebot des Art. 20 Abs. 1 und 2 GG und den Rechten 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[483], aber eher interadministrativ funktioniert[484], nach dem Verfassungsvertrag 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 wenig weiter entwickelt worden sind, kommt es nicht entscheidend an. Der beibehaltene Terminus „Zusammenarbeit" als Überschrift ist irreführend; denn die Union verfügt als Rechtsperson nach dem Verfassungsvertrag über eigene polizeiliche Befugnisse und beschränkt sich nicht auf die Organisation der polizeilichen Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten. Durch die Befugnisse von Europol in Art. III-276 VV 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. III-257 Abs. 1 VV) und der Kontrolle durch den Gerichtshof unterliegt (vgl. Art. III-365 Abs. 4 VV, Art. III-377 VV). Die Fälle „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 Europäische Gesetze die Aufgaben von Europol gemäß Art. III-276 VV regeln. Sie betreffen u.a. das Einholen, Spei-

---

[483] *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 121a, S. 54.

[484] Dazu *H. Satzger*, in: R. Streinz, EUV/EGV, zu Art. 30 EUV, Rdn. 1 ff.

chern, Verarbeiten, Analysieren und Austauschen von Informationen, die Koordination, Organisation und Durchführung von Ermittlungen und von operativen Maßnahmen[485]. Europol erfährt insofern eine erhebliche Ausdehnung seiner Befugnisse durch den Verfassungsvertrag, als Bedienstete dieser Einrichtung künftig auch operativ tätig werden dürfen (Art. III-276 Abs. 2 lit. b VV). 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. III-276 Abs. 3 S. 1 VV). Daß die Anwendung von Zwangsmaßnahmen ausschließlich den nationalen Behörden vorbehalten ist, 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) in die Zuständigkeit der Länder fällt (Art. 30, 70 GG).

Maßnahmen im Bereich der nicht operativen Zusammenarbeit können mit qualifizierter Mehrheit verabschiedet werden. Die Bestimmung betreffend die operative Zusammenarbeit der zuständigen Behörden (Art. III-275 Abs. 3 VV) und diejenigen zur Intervention im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats (Art. III-277 VV) müssen einstimmig angenommen werden. Dennoch wird durch Vorschriften wie Art. III-277 VV die Gebietshoheit der jeweiligen Staaten erheblich betroffen, wenn diese Bestimmungen Teil des ‚supranantionalen' Unionsrechts sind, insbesondere unmittelbare Geltung und Vorrang entfalten. Die existentielle Staatlichkeit der Mitgliedstaaten schrumpft zusehends.

Nach Art. III-262 VV (bislang Art. 33 EUV) soll das Kapitel IV des Teils III Titel III des Verfassungsvertrages nicht „die Wahrnehmung der Zuständigkeiten für die 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 diese

---

[485] Dazu *H. Satzger*, in: R. Streinz, EUV/EGV, zu Art. 30 EUV, Rdn. 4 f.

Zielbestimmung bloße Makulatur und dient als Ablenkung davon, daß mit diesem Kapitel eine Gewalt der Europäischen Union im Bereich der inneren Politik begründet wird, deren Aufgaben und Befugnisse nicht mehr begrenzt und begrenzbar, nicht mehr bestimmt und bestimmbar sind.

V. Europäischer Haftbefehl wider den existentiellen Schutz der Bürger durch ihre Mitgliedstaaten

Die justizielle und polizeiliche Zusammenarbeit der Europäischen Union in Strafsachen (Art. III-257 ff. VV, bislang Art. 29 ff. EUV) ist spätestens seit dem Verfassungsvertrag nicht mehr bloße intergouvernative Zusammenarbeit mit nur völkerrechtlicher Verbindlichkeit. Der Verfassungsvertrag reiht die Politik des Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts mit geteilter Zuständigkeit unter die anderen Politiken (vgl. Art. I-14 Abs. 2 lit. j VV) und läßt sie und die darauf gestützten Sekundärrechtsakte uneingeschränkt am Vorrang des Unionsrechts teilhaben (Art. I-6 VV). Die Europäischen Rahmengesetze und Europäischen Gesetze, zu denen die Bestimmungen über den „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ ermächtigen, sind uneingeschränkt rechtlich in den Mitgliedstaaten verbindlich. Die innere (wie die äußere) Sicherheit ist die wichtigste Staatsaufgabe und Kern der existentiellen Staatlichkeit eines Volkes[486]. Die Politik in dem Bereich Sicherheit (Polizei und Justiz) muß besonders stark demokratisch begründet sein. Gerade die Integration im Bereich der inneren Sicherheit und der Justiz zeigt, daß die Europäische Union über materielle existentielle Staatlichkeit verfügt und diese stetig, auch durch den Verfassungsvertrag, ausbaut. Augenfällig wird dies insbe-

---

[486] *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, 2. Kap., VIII; *ders*., Rechtsstaatlichkeit als Voraussetzung des inneren und äußeren Friedens, Mut zur Ethik, Grundrechte, Rechtsstaatlichkeit und Völkerrecht versus Krieg, 2002, S. 6 ff.

sondere an der Befugnis zur Strafrechtsangleichung in Bereichen besonders schwerer Kriminalität gemäß Art. III-271 VV.

Die Übernahme des Kerns existentieller Staatlichkeit zeigt sich bereits im Rahmenbeschluß über einen Europäischen Haftbefehl[487]. Dieser Haftbefehl ersetzt das System der Auslieferung zwischen den Mitgliedstaaten (Rahmenbeschluß und Erwägungsgrund). Mit dem Europäischen Haftbefehl wird die Möglichkeit geschaffen, daß eine Justizbehörde eine gesuchte Person direkt einer anderen Justizbehörde überstellt. 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 eines Mitgliedstaates an einen anderen.

Das Bundesverfassungsgericht ist zum Aktenzeichen 2 BvR 2236/04 mit dem Europäischen Haftbefehl befaßt.

Mit dem Europäischen Haftbefehl wird die Zwangsüberstellung einer Person von einem Mitgliedstaat in einen anderen geregelt. Der Europäische Haftbefehl tritt in den Mitgliedstaaten an die Stelle des Übereinkommens von 1957, seiner beiden Protokolle von 1975 und 1978, der Bestimmungen über die Auslieferung nach dem Terrorismusübereinkommen sowie der beiden im Rahmen der Union unterzeichneten Übereinkommen von 1995 und 1996. Dabei werden auch eine Reihe von Bestimmungen des Schengener Durchführungsübereinkommens ersetzt.

Art. 2 Abs. 2 Rahmenbeschluß verpflichtet die Mitgliedstaaten, jeden Europäischen Haftbefehl nach dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zu

---

[487] 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.

vollstrecken. Die gegenseitige Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen, auf dem der Europäische Haftbefehl beruht, bedeutet: Wenn die Justizbehörde eines Mitgliedstaates um die Übergabe einer Person aufgrund einer rechtskräftigen Verurteilung oder aufgrund der strafrechtlichen Verfolgung dieser Person ersucht und gemäß Art. 9 ff Rahmenbeschluß einen Haftbefehl an einen Mitgliedstaat übermittelt, muß diese Entscheidung anerkannt und in dem jeweiligen Mitgliedstaaten vollstreckt werden (Art. 1 Abs. 2, 15 Abs. 1 Rahmenbeschluß). Dies gilt unabhängig davon, ob die Tat in dem Auslieferungsstaat strafbar ist, wenn die Tat eine Strafvorschrift des Ausstellungsstaates verletzt und unter eine der in Art. 2 des Rahmenbeschlusses wenig bestimmten Straftaten (etwa illegaler Handel mit Drogen, Korruption, Betrugsdelikte) fällt.[488] 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 förmlichen Anerkennung aufgegeben. 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 wird. Das Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls ist im wesentlichen ju-

---

[488] Vgl. Einstweilige Anordnung gegen die Auslieferung eines deutschen und zugleich syrischen Staatsangehörigen, BVerfG, Beschluß v. 24.11.2004; im Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen das Gesetz über die Internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG), BGBl. 1994 I, S. 1537 i. d. f. des Gesetzes zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union v. 21.7.2004, BGBl I, S. 1748, 2 BvR 2236/04.

stizieller Art. Die politische Phase, die das Auslieferungsverfahren geprägt hat, entfällt.

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. Art. 16 Abs. 2 GG, der die Auslieferung deutscher Staatsangehöriger ohne Ausnahme verboten hatte, ist in diesem Sinne geändert worden[489].

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 zum Erlaß eines Europäischen Haftbefehls ermächtigen, war nicht voraussehbar und ist deswegen vom Deutschen Bundestag nicht verantwortet. Art. 31 Abs. 1 lit. a EUV 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 freiheitsentziehenen Maßregel der Sicherung (vgl. Art. 1 Abs. 1 Rahmenbeschluß) gibt diese Vorschrift nicht. Art. 31 Abs. 1 lit. b EUV 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 Verfassungsvertrag sieht keine Ermächtigung für den Haftbefehl und eine entsprechende Vollstreckungsverpflichtung der Mitgliedstaaten (Art. 1 Abs. 2 Rahmenbeschluß) vor. Art. III-270 Abs. 1 lit. a VV spricht nur von der Anerkennung von Urteilen. Art. III-270 Abs. 1 lit. d VV ermöglicht Maßnahmen durch Europäische Gesetze oder Rahmengesetze, welche „die Zusammenar-

---

[489] 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.

beit 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, jedoch nicht diese Zusammenarbeit durch eine Pflicht und ein „System der Übergabe“ (5. Erwägungsgrund) zu ersetzen. Ein solches ist mit dem Gewaltmonopol des Staates auf seinem Territorium, der Gebietshoheit[490], nicht vereinbar. Es widerspricht damit auch Art. I-5 Abs. 1 VV.

Insbesondere widerspricht der Europäische 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 hierzu keine Hoheitsrechte übertragen. Das Demokratieprinzip fordert, daß die Gesetze eines Staates gegenüber dessen Bürgern nur durch demokratisch legitimierte Organe dieses Staates vollzogen werden dürfen.[491] Nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG geht alle Staatsgewalt vom Volk aus. Dies ist aber nicht mehr der Fall, wenn der etwa von einer spanischen Justizbehörde gegen einen deutschen Staatsangehörigen ausgestellte Haftbefehl ohne weitere Prüfung durch deutsche Organe vollzogen werden muß und wird. Die Prüfung des Vollzugs durch den ausländischen Richter, wenn die Zustimmung der festgenommenen Person zur Übergabe gemäß Art. 13 Rahmenbeschluß fehlt, löst das Legitimationsproblem nicht. Die Zustimmung ersetzt die demokratische Legitimation nicht, zumal sie die Vollstreckung des Haftbefehls nicht verhindern kann, sondern lediglich zum Verzicht auf den Grundsatz der Spezialität führt. Unter Spezialität versteht man den Grundsatz, daß eine Person nur wegen jener Tat verfolgt werden darf, auf Grund derer sie ausgeliefert oder an einen anderen Staat übergeben wurde.

---

[490] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 52 ff.; *ders*., Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 79 ff.

[491] 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.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, HStR, Bd. II, 3. Aufl. 2004, § 24, Rdn. 12 f., 22, 24.

E.

Grundrechtepolitik der Union als Verlust des existentiellen Grundrechtestandards

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[492]. 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[493], obwohl seit langem Innenpolitik durch Außenpolitik gemacht wird. Diese Charta ist ein Oktroi, nicht die gemeinsame Erkenntnis freier Menschen von ihrem Recht.

II. Die 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

---

[492] *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.

[493] 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.

Europas" mitwirken, welches u. a. "einen diesem Grundgesetz im wesentlichen verbleichbaren Grundrechtsschutz 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[494]. Der Gerichtshof hat erklärt, daß er Gemeinschaftsrecht nicht als rechtens anerkennen werde, das mit den Verfassungen der Mitgliedstaaten unvereinbar sei[495].

Zur Achtung der Grundrechte ist die Europäische Union durch Art. 6 Abs. 2 EUV verpflichtet. Der Grundrechtsschutz gegenüber der integrierten Ausübung der Staatsgewalten der Völker ist somit durch den "kooperativen Grundrechtsschutz" zwischen den mitgliedstaatlichen Grundrechtegerichten, vor allem den Verfassungsgerichten, und dem Europäischen Gerichtshof der Rechtslage nach gewährleistet[496]. Es bedarf darum keiner eigenständigen

---

[494] 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.; *dies*., Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, in: dies. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, § 5, III, 1.

[495] 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.

[496] BVerfGE 89, 155 (174 f.).

Grundrechtecharta der Europäischen Union. Die Praxis der Grundrechte ist eine andere Frage.

Das menschenrechtliche Schutzniveau bestimmter Menschenrechte und Grundfreiheiten soll denn auch nach Art. II-113 VV der Charta nicht eingeschränkt oder verletzt werden. Vielmehr wird dieses durch Punkt 5 der Präambel bekräftigt, und nach Punkt 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 Punkt 5 der Präambel und durch Art. II-113 VV 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 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[497], anerkannt. Im Widerspruch zu Art. 23 AEMR ist in der Charta ein Recht auf Arbeit[498] nicht enthalten. Demgegenüber ist erstmals in der Grundrechtegeschichte ein Recht auf unternehmerische Freiheit 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 ent-

---

[497] *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, 10. Kap., III.

[498] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Recht auf Arbeit – Pflicht zur Arbeit, GS J. G. Helm, 2001, S. 827 ff.

wickeln. Das ist bezweckt. Die Charta soll nach Art. II-111 VV 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 grundrechtliche Bewertung der Rechtsakte auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union an, zum einen weil alle Rechtsfragen, die gemeinschaftsrechtliche Probleme aufwerfen, vom Gerichtshof der Europäischen Union in Vorabentscheidungsverfahren nach Art. III-369 VV (bislang Art. 234 EGV) 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[499] 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

---

[499] 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.; dies., Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, § 5, II.

Deutschland und dem Europäischen Gerichtshof[500], 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 Europäische Gerichtshof generell den Wesensgehalt der Grundrechte mißachtet[501]. 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 Europäische Gerichtshof nicht ein einziges Mal einen Rechtsakt der Union für grundrechtswidrig (im engeren Sinne) erklärt[502], 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[503]. Die Charta, Teil II des Verfassungsvertrages, wird somit den Verfall der Grundrechtekultur beschleunigen. Die Charta stärkt nicht das Recht, sondern schwächt es.

---

[500] BVerfGE 89, 155 (174 f.).

[501] 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.).

[502] 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.

[503] *K. A. Schachtschneider*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, S. 119 ff.; dazu näher A, IV, V, F, IV, K.

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[504]. 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 denkbar ungeeignet, die Grundrechte der Menschen zu formulieren, zumal sie dem Gesetz der Negativauslese in den Parteien[505] unterliegen. 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*)[506]. Rechtslehre aber ist Erkenntnis des Richtigen für das gute Leben aller in allgemeiner Freiheit (Gleichheit und Brüderlichkeit) auf der Grundlage der Wahrheit[507]. Der Charta jedoch fehlt die philosophische

---

[504] 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.

[505] *M. Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft, Grundriß der verstehenden Soziologie, ed. Winkelmann, 5. Aufl. 1972, S. 838 ff.; *R. Michels*, Zur Soziologie des Parteienwesens in der Demokratie, 2. Aufl. 1925, S. 349; *R. Wassermann*, Die Zuschauerdemokratie, 1986/89, S. 112 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 1064 ff.

[506] Zum ewigen Frieden, ed. Weischedel, Bd. 9, S. 228 ff.

[507] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 350 ff., 567 ff. (569), 978 ff., 990 ff.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 6 ff.

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 der Unternehmen. Er macht den Bürgern die Bürgerlichkeit streitig, deren Sache der Staat ist. Res publica res populi. Den Untertanen gesteht er freilich eine erträgliche Obrigkeit zu (Art. II-101 VV).

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 Terminplan 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 in den Texten vom 21. und vom 28. September gefunden hat. Die Menschen und Völker werden durch die Charta, deren Verabschiedung als Teil II des Verfassungsvertrages ihr, wie die Grundrechtegeschichte erweist, langdauernden und schwer abänderbaren Bestand geben wird, vergewaltigt. Das Procedere zeigt erneut, 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 hat, 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[508]. Wer außerdem das Leben und die Gesundheit, das wesentliche Eigentum des Menschen, und das Recht der freien Rede schützt, hat schon alles Wesentliche getan.

IV. Liberalistische, statt republikanischer Konzeption

1. Im Punkt 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 Punktes 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". "An-

---

[508] *K. A. Schachtschneider*, Das Recht am und das Recht auf Eigentum, FS W. Leisner, S. 743 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, 10. Kap.

erkannt" werden nach Punkt 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[509], nicht die Bürgerlichkeit des Bürgers, nicht die Freiheit des Menschen als Gesetzgeber. Art. II-66 VV 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. 1 S. 2 steht, gemeint sein, nicht aber die Freiheit an sich, die große Freiheit. Nach Art. II-71 Abs. 2 VV werden jedoch "die Freiheit der Medien und ihre Pluralität geachtet". Nach Art. II-73 VV 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. II-76 VV). Sie wird nach der neuesten Fassung der Charta aber nur noch "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. II-99 und II-100 VV), das "Recht auf eine gute Verwaltung" des Art. II-101 VV und neben den Rechten auf Zugang zu Dokumenten (Art. II-102 VV), einen Bürgerbeauftragten mit Mißständen in der Verwaltung der Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft zu befassen (Art. II-103 VV), dem Petitionsrecht (Art. II-104 VV) und dem Recht auf diplomatischen und konsularischen Schutz (Art. II-106 VV) ist als Bürgerrecht in Art. II-105 VV auch die Freizü-

---

[509] Zur kantianischen Freiheitslehre *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., 427 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, 2. Kap., 5. Kap., 7. Kap.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 15 ff.

gigkeit 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. II-71 VV, das Recht des Art. II-72 VV, "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. II-70 VV, 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 Punkt 2 der Präambel und verwehrt dieser damit den Grundrechtsschutz, wenn nicht der Freiheitsbegriff in Art. II-66 VV 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*)[510]. Die innere Freiheit ist die Sittlichkeit, die ihr Gesetz im kategorischen Imperativ hat[511]. Das Sittengesetz, der Schlüsselbegriff des Grundgesetzes in Art. 2 Abs. 1 GG, von den meisten Interpreten des Grundgesetzes allerdings vernachlässigen, taucht in der Charta nicht auf, obwohl das Sittengesetz das Prinzip der allgemeinen Freiheit ist. Anstelle dessen verbindet

---

[510] Metaphysik der Sitten, S. 345.

[511] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 275 ff., 325 ff., u.ö.; *ders*., Freiheit in der Republik, 2. Kap., VI, 7. Kap., II, u.ö.; *ders*., Sittlichkeit und Moralität, 2/2004, S. 7 ff.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 15 ff.

Punkt 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[512]. 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[513] sowie auf und am Eigentum 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*)[514]. 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.

---

[512] *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. 15 ff., 41 ff., 91 ff., u.ö.; *ders*., Freiheit in der Republik, 2. Kap., 5. Kap., 7. Kap., II, u.ö.

[513] 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.

[514] Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 6, S. 67 f.

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))[515] 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[516], sondern verwirklicht Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit durch Recht. Konzeptionell verbleibt die Charta jedoch bei der Formulierung der einzelnen "Rechte, Freiheiten und Grundsätze" (vgl. Punkt 7 der Präambel), sei es aus dogmatischer Inkompetenz, sei es aus interessierter Inkonsistenz, weitgehend im Konstitutionalismus, der durch das monarchische Prinzip geprägt war. An die Stelle des monarchischen Prinzips ist das Prinzip der Parteienherrschaft getreten. Demgemäß festigt Art. II-72 Abs. 2 VV 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.

---

[515] Dazu kritisch *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 441 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, 6. Kap., I.

[516] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 71 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, 3. Kap.

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 GG, der das republikanische Freiheitsprinzip schützt, und mit Art. 20 GG, der die Republik als freiheitliche Demokratie und als sozialen Rechtsstaat schützt, nicht vereinbar, 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 etwa der Umweltschutz (Art. II-97 VV) und der Verbraucherschutz (Art. II-98 VV) „sichergestellt“ werden, wohl nicht. Elementare Menschheitsprinzipien, wie "die akademische Freiheit" (Art. II-73 VV), 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. II-112 Abs. 1 VV 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[517].

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. II-73 VV, 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[518], jetzt als Prinzip der "Solidarität" gehandelt, wird entgegen der menschheitlichen Verfassung der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit, zu der sich die Präambel 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 enthalten sind. Aber das Sozialprinzip will gar nicht zum Kapitalprinzip passen, dem die Währungsunion (Euro) als geradezu logischer Baustein der Kapitalunion ver-

---

[517] Etwa BVerfGE 50, 290 (369); 84, 212 (228); 92, 26 (41); 100, 271 (283).

[518] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 234 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 11. Kap., III; *ders*., Grenzen der Kapitalverkehrsfreiheit, S. 289 ff.

pflichtet ist. Weil eine echte Europäische Sozialunion[519] weder mittel- noch 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 Punkt 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[520]. 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, aber die Arbeitnehmerinteressen vernachlässigt, ins Unrecht. Eine Grundrechtecharta, welche die unternehmerische Freiheit anerkennt (Art. II-76 VV), aber das Recht auf Arbeit ausspart, verändert die Wirtschaftsverfassung grundlegend. Sie wandelt die marktliche Sozialwirtschaft[521] in eine offene Wettbewerbswirtschaft.

Dem entspricht es, daß auch das "Eigentumsrecht" des Art. II-77 VV auf den Bestands- und Gebrauchsschutz des Eigentums reduziert wird, während die

---

[519] 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.

[520] *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.

[521] *K. A. Schachtschneider*, Freiheit in der Republik, 8. Kap., VII; *ders*., 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.

Menschenrechtstexte (Art. 17 AEMR) und, wiederum bei richtiger Lesweise, auch das Grundgesetz ein Recht auf Eigentum gewährleisten[522]. Frei sind die Menschen nur, wenn sie selbständig sind; denn nur wer selbständig ist, ist der Autonomie des Willens, also der politischen Freiheit, fähig[523]. 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[524]. Eine liberalistische Stärkung des Privatheitsprinzips[525] würde die funktionale Staatlichkeit der Mitgliedstaaten entgegen deren Verfassungsgesetzen relativieren, etwa die Verwirklichung des Sozialprinzips, zumindest in Deutschland ein Fundamentalprinzip[526], 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.

---

[522] *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.

[523] *Kant*, Metaphysik der Sitten, S. 432 ff.; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 234 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 11.Kap., III.

[524] 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., m.w.N.

[525] Zum Privatheitsprinzip *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 370 ff.; *ders.*, Freiheit in der Republik, 8. Kap., IV; *ders*., Der Anspruch auf materiale Privatisierung, S. 67 ff.

[526] BVerfGE 84, 90 (121); 100, 271 (284).

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[527]. 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. II-90 VV), Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen, auf Begrenzung der Höchstarbeitszeiten, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub (Art. II-91 VV) und auf Mutterschafts- und Elternschutz, um das Familien- und das Berufsleben in Einklang bringen zu können (Art. II-93 Abs. 1 VV), haben. Art. II-92 VV verbietet die Kinderarbeit und schützt die Jugendlichen vor allem vor "wirtschaftlicher Ausbeutung". Aber ein Recht auf Arbeit wird den Menschen nicht zugestanden.

Nach Art. II-87 VV 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 vor-

---

[527] *K. A. Schachtschneider*, Eigentümer globaler Unternehmen, FS H. Steinmann, 1999, S. 412 ff.

gesehen 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. II-89 VV), 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[528], 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. II-72 Abs. 1 S. 2 VV ist nicht nur die Gewerkschaftsfreiheit als eine Vereinigungsfreiheit aufgenommen, sondern in Art. II-88 VV das Recht, Tarifverträge 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

---

[528] Dazu und zum Folgenden *K. A. Schachtschneider*, Der Streik im öffentlichen Dienst, S. 219 ff.

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. II-83 Abs. 2 VV). Entgegen dem allgemeinen Gleichheitsprinzip (Art. II-80 VV) und dem Diskriminierungsverbot auch wegen des Geschlechts (Art. II-81 VV) werden durch Art. II-83 Abs. 2 VV "spezifische Vergünstigungen für das unterrepräsentierte Geschlecht" erlaubt, also eine Ausnahme von den großen menschheitlichen Grundsätzen der Gleichheit gemacht.

VII. Ökologische, biologische und gesundheitliche Rechte

Nach Art. II-97 VV müssen "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 II-62 und II-63 VV, 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[529]. Art. II-97 VV 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. II-95 VV 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 II-62 und II-63 VV nicht grundrechtlich zur Geltung gebracht werden dürfen soll. Das wird durch die Ergänzung der Charta, daß bei der "Festlegung und Durchführung der Politik und Maßnahmen der Union in allen Berei-

---

[529] 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.

chen 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. II-63 Abs. 2 VV 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 gelten soll[530]. 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. II-63 VV ergeben könnten.

VIII. Prozedurale Rechte

Die Bürgerlichkeit der Bürger ist in der Charta auf das Minimum reduziert, welches um der in Punkt 2 der Präambel beschworenen Grundsätze der Demokratie und der Rechtsstaatlichkeit willen unverzichtbar erscheint. Der Torso

---

[530] Dazu *K. A. Schachtschneider/D. J. Siebold*, Die "erweiterte Zustimmungslösung" des Transplantationsgesetzes im Konflikt mit dem Grundgesetz, DÖV 2000, 129 ff.

an Demokratie, den die Charta hinterläßt, ist ohnehin allenfalls eine formale Demokratie, welche schon *Karl Jaspers* beklagt hat[531]. Geradezu propagandistisch wird den Unionsbürgern in Art. II-101 VV 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[532]. Die Lehre und die Praxis haben das Rechtsstaatsprinzip als das Prinzip des Rechts vielfältig materialisiert. Die vier Absätze des Art. II-101 VV können das allgemeine Verwaltungsrecht, das in Deutschland seine gesetzliche, zum Teil kritikwürdige, Regelung in den Verwaltungsverfahrensgesetzen gefunden hat, nicht ersetzen. Art. II-101 VV birgt die Gefahr der Reduzierung verwaltungsrechtlichen Fortschrittes, der vor allem der intensiven Förderung rechtsstaatlicher Prinzipien in den 50er und 60er Jahren des 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. II-112 Abs. 1 VV), so wäre es richtig, auch andere Grundsätze des Rechtsstaates, wie das Vertrauensschutz- und das Bestimmtheitsprinzip, vor allem aber das Prinzip gewaltenteiliger Funktionenordnung (Gewaltenteilung)[533] 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 Grundrechtstext allgemein, wie das zu empfehlen ist, oder er

---

[531] 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.

[532] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, 6. Aufl. 2005.

[533] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 180 ff.

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 diese es denn auch zum Teil ist.

Auch die "justiziellen Rechte" in Titel VI werden reduziert, wenn auch das Rechtsschutzprinzip in Art. II-107 VV gewahrt bleibt, freilich nur für "durch das Recht der Union garantierte Rechte und Freiheiten", so genügt doch für den Schuldvorwurf, nach Art. II-108 VV, daß ein "rechtsförmlicher Beweis seiner Schuld" des Angeklagten erbracht ist, während in Deutschland die Strafbarkeit den Schuldspruch eines Gerichts voraussetzt[534]. Den Grundsatz: nulla poena sine lege, formuliert der Entwurf so wie Art. 7 EMRK (Art. II-109 Abs. 1 VV). 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).

IX. Ermöglichung der Todesstrafe und der Tötung im „Aufstand“ oder „Aufruhr“

Die Grundrechtecharta des Verfassungsvertrages ermöglicht durch ausdrücklich in den Verfassungsvertrag aufgenommene „Negativdefinitionen“ entgegen der durch das Menschenwürdeprinzip gebotenen Abschaffung der Todesstrafe (Art. 102 GG) 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. II-62 Abs. 2 VV, der die Verurteilung zur Todesstrafe und die Hinrichtung verbietet, sondern die in das Verfassungswerk ausdrücklich aufgenommene Erklärung zu diesem Artikel, die aus der Menschenrechtskonvention von 1950 stammt. Das folgt aus Punkt 5 S. 2 der Präambel der

---

[534] BVerfGE 20, 49 (79 ff.).

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. II-112 Abs. 3 VV, 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 wurde“. Das trifft für Art. II-62 VV zu[535]. Die Ermächtigungen der Union im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik genügen, um im Interesse der Effizienz der Missionen oder auch der Verteidigung die Todesstrafe einzuführen, etwa die Ermächtigung des Rates, in einem Europäischen Beschluß die für Missionen „die für sie geltenden allgemeinen Durchführungsbestimmungen festzulegen“. Daran ist weder das Europäische Parlament beteiligt noch gar die nationalen Parlamente. Ein solcher Beschluß wäre an dem Art. II-62 VV mit seiner Erläuterung zu messen.

In der Erklärung betreffend die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte, die die gleiche Verbindlichkeit hat wie die Grundrechte selbst, steht:

„3. Die Bestimmungen des Artikels 2 der Charta ([2]) entsprechen den Bestimmungen der genannten Artikel der EMRK und des Zusatzprotokolls. Sie haben nach Artikel 52 Absatz 3 der Charta ([3]) die gleiche Bedeutung und Tragweite. So müssen 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

---

[535] *M. Borowsky*, in: J. Meyer, Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 2003, Art. 2, Rdn. 18 ff., 45.

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 Verfassungsvertrag keine Verletzung des Rechts auf Leben.

X. Keine Grundrechtebeschwerde

Eine Grundrechtebeschwerde der grundrechtsberechtigten Personen hat die Charta nicht aufgenommen. Auch das Gemeinschaftsrecht kennt eine solche nicht, wenn man nicht Art. III-365 Abs. 4 VV (bislang Art. 230 Abs. 2 und 4 EGV) heranziehen will. Diese Vorschrift spricht gegen Handlungen, die an Personen gerichtet sind oder sie unmittelbar und individuell betreffen, welche entweder die „Verfassung“ oder eine "bei ihrer Durchführung anzuwendende Rechtsnorm" verletzen oder auch wegen „Ermessensmißbrauchs“ (Art. III-365 Abs. 2 VV) Rechtsschutz des Gerichtshofs der Europäischen Union zu. Aber Grundrechte ohne prinzipalen Rechtsschutz gegen (Europäische) Gesetze, Rahmengesetze und Verordnungen 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[536]. Durch die (immer größere) Ausweitung der Ermächtigungen der 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 (Teil II des Verfassungsvertrages) gebunden, insoweit nicht mehr an die Grundrechte des Grundgesetzes. Selbst die nationalen Gesetze, welche Richtlinien (Europäische Rahmengesetze) 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. II-111 Abs. 1 S. 1 VV)[537], erst recht der mitgliedstaatliche Vollzug der europäischen Gesetze und Verordnungen[538]. Das letzte Wort in Sachen der Grundrechte bekommt (in der ganz großen Zahl der Fälle durch den Verfassungsvertrag endgültig und mit expliziter Zustimmung des Deutschen Bundestags) der Gerichtshof der Europäischen Union.

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 funktiona-

---

[536] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 6 ff., 46 ff., 270 ff.; *ders*., Res publica res populi, S. 819 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 7. Kap., II.

[537] 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, Rdn. 11.

[538] *M. Borowsky*, in: J. Meyer, Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Art. 51, Rdn. 25 ff.

len Sinne) enthalten Teil I, III und auch IV des Verfassungsvertrages. Dennoch ist dieser Verfassungsvertrag im Gegensatz zur Auffassung des Europäischen Gerichtshofs[539] und einer früheren, inzwischen nicht wiederholten, Äußerung des Bundesverfassungsgerichts kein Verfassungsgesetz, eben weil sie die Europäische Union nicht zu einem Staat, einem Bundesstaat[540], und die Unionsbürger nicht zu einem Volk im staatsrechtlichen Sinne integrieren würden[541]. 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[542] (dazu A, V, K). 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 Unions/Gemeinschaftsverträgen. Spezifisch daraus erwächst das Prinzip der begrenzten Ermächtigung der Unionsorgane durch die Übertragung von Hoheitsrechten zur gemeinschaftlichen Ausübung[543].

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

---

[539] *K. A. Schachtschneider*, Verträge und Vertragspartner, § 1, II.

[540] BVerfGE 22, 293 (296); 89, 155 (188).

[541] I.d.S. BVerfGE 89, 155 (188); dazu A, I, III, V.

[542] *K. A. Schachtschneider*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, 1999, S. 119 ff.

[543] BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.).

Hoheitsrechten übertragen (Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG)[544]. 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[545]. 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[546]. 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).

Die existentielle Staatlichkeit der Europäischen Union können jedoch nur die Völker der Mitgliedstaaten ermöglichen, weil sie, jedes Volk für sich, die eigene existentielle Staatlichkeit[547] (ihre Souveränität) aufgeben müssen. Das setzt, wie schon mehrfach betont, 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 sich die Europäer zu einem Staatsvolk konstituieren. Über das Verfassungsgesetz müßte schließlich das europäische

---

[544] Dazu A, III, IV; B, I; *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 67 ff.

[545] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 353 f., 476, 821 f., 1030; weitere Hinweise in Fn. 614.

[546] BVerfGE 89, 155 (174 f.).

[547] Dazu und zum Folgenden *K. A. Schachschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff., insb. S. 111 ff.

Volk abstimmen. 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[548]. Dieser setzt die existentielle Staatlichkeit der Völker der Mitgliedstaaten voraus.

F.

Der 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 ist[549]. 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[550], dessen Anwendung zur Erkenntnis des Demokratiedefizits der europäischen Integration, zumal der nach dem Verfassungsvertrag, 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-

---

[548] BVerfGE 89, 155 (184, 186, 188 ff.), Maastricht-Urteil.

[549] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 14 ff., 519 ff., 637 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 2. Kap., IV, 3. Kap., VII, VIII, 5.Kap., II, IV, 7. Kap., III; *ders*., Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff., 79 ff., 87 ff.

[550] BVerfGE 89, 155 (181, 191 ff.); dazu näher K; weitere Hinweise in Fn. 724.

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 Gemeinschaftsrechts 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 Gemeinschafts/Unionsgerichtsbarkeit zum Teil durch die Gemeinschaftsverträge und jetzt durch den Verfassungsvertrag übertragen, zum Teil hat sie aber auch der Europäische Gerichtshof 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[551]; denn „der Staat (civitas) ist die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen" (Kant)[552]. Gewissermaßen hat das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil sein letztes Wort in Sachen des Rechts verteidigt[553], aber der Europäische Gerichtshof respektiert keinerlei Grenzen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts[554]. 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 durch Art. I-6 des

---

[551] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 14 ff., 519 ff., 637 ff., 819 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 2. Kap., IV, 3. Kap., VIII, 5. Kap., II, 7. Kap., III.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 4 ff., 41 ff., 93 ff., 122 ff., 158 ff.

[552] Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 431.

[553] BVerfGE 89, 155 (174 f., 188, 210).

[554] 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. 194 ff., S. 73 f.

Verfassungsvertrages Bestandteil der Unionsverfassung und damit Grundprinzip des Unionsrechts. Dieser Artikel lautet:

> „Die Verfassung und das von den Organen der Union in Ausübung der der Union übertragenen Zuständigkeiten gesetzte Recht haben Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten."

Angesichts der Grenzen, die das Bundesverfassungsgericht dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts aus Gründen der existentiellen Staatlichkeit („Souveränität") gezogen hat (dazu im Folgenden), ist dieser Satz des Verfassungsvertrages allein schon Grund, den Vertrag als verfassungswidrig zurückzuweisen, weil in diesem Satz der Streit zwischen dem Europäischen Gerichtshof und den Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten um das letzte Wort in Sachen des Rechts angelegt ist, 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 von Art. I-6 VV beanspruchte Vorrang des Unionsrecht vor dem Recht der Mitgliedstaaten ist typischer Ausdruck eines Bundesstaates, sei es ein echter Bundesstaat oder sei es ein unechter Bundesstaat[555], wie das Art. 31 GG zeigt, wonach Bundesrecht Landesrecht bricht. Die Zuständigkeiten sind im Bundesstaat immer maßgeblich.

Mit dem Vorrangprinzip in Verbindung mit der weiterentwickelten Unionsrechtsprechung, einschließlich deren Grundrechteverantwortung, welche durch den Teil II des Verfassungsvertrages 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 ha-

---

[555] Dazu näher A, I, III.

ben 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[556], angeordnet. Hinzu kommt, daß die wesentlichen Lebensverhältnisse durch Unionsrecht geregelt werden, so daß die Rechtshoheit ohnehin der Unionsgerichtsbarkeit überantwortet 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. I-29 Abs. 1 S. 2 VV formuliert: „Er (sc.: Der Gerichtshof der Europäischen Union, zu dem der Gerichtshof, das Gericht und die Fachgerichte gehören, Art. I-29 Abs. 1 S. 1 VV) sichert die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verfassung“. Der Gerichtsbarkeit der Union ist damit die klassische Rechtsprechungsaufgabe der verbindlichen Rechtsklärung[557] 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 Völ-

---

[556] 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).

[557] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 143 ff., 231 ff.; *ders.*, Res publica res populi, S. 870 ff.

kerrecht[558], eben das Recht mit Gemeinschafts/Unionsrang. Unionsrecht ist nicht nur die Gesamtheit der Rechtsakte der Gemeinschaft, sondern die Richtigkeit und damit Rechtlichkeit derselben als ihre Sittlichkeit oder praktische Vernünftigkeit[559]. Aus den offenen Begriffen des Unions/Gemeinschaftsrechts erwächst dem Gerichtshof politische Macht; denn jeder Richterspruch ist auch eine politische Entscheidung, freilich rechtlich gebunden[560]. Der Gerichtshof beläßt allerdings dem Gemeinschafts/Unionsgesetzgeber einen weiten politischen Entscheidungsspielraum, den er nicht am Recht mißt[561]. Recht ist politisch. Rechtsetzung ist Politik. Der Gerichtshof ist im Machtgefüge der Gemeinschaft kein 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. Ge-

---

[558] *Th. Oppermann*, Europarecht, Rdn. 381, S. 151; dazu näher *H.-W. Daig*, in: GBTE, Kommentar EWGV, 3. Aufl. 1983, Art. 164, Rdn. 6 ff.; dazu näher II.

[559] Vgl. dazu allgemein *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 819 ff., insb. S. 978 ff., 990 ff.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 6 ff., 227 ff.; *ders*., Sittlichkeit und Moralität - Fundamente von Ethik und Politik in der Republik, in: Aufklärung und Kritik 2/2004, Teil 1 S. 7 ff., 1/2005, Teil 2 S. 29 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 7. Kap., II.

[560] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 909 ff.

[561] 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 als Direktive und Schranke der EG-Rechtsetzung, 2000, 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.

genüber den Mitgliedstaaten hat sich die Gerichtsbarkeit der Gemeinschaft mehr als Rechtsaufsicht[562] denn als Streitschlichtung entfaltet.

Weil die Gemeinschaft/Union nur über schwache Zwangsbefugnisse[563] und insbesondere über keine eigene Vollstreckungsgewalt verfügt, ist sie auf die mitgliedstaatliche Verwirklichung des Unionsrechts angewiesen. Deshalb hat es der Europäische Gerichtshof übernommen, die Durchsetzung des Gemeinschafts/Unionsrechts zu sichern[564]. Er hat seinen politischen Einfluß weit ausgedehnt, um die Entwicklung der Gemeinschaft zu einem in seinem Sinn "vereinten Europa" zu fördern und praktiziert ein Prinzip der "Sicherung der Funktionsfähigkeit der Gemeinschaften"[565]. Seit der durch das Maastricht-Urteil[566] 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[567]. Vor allem die ge-

---

[562] Dazu *P. Wollenschläger*, Die Gemeinschaftsaufsicht über die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten, i. E., Kap. 5, C, IV.

[563] Zur Gebietshoheit *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 52 f.; *ders.*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 82 f., 92 ff.

[564] Vgl. *Th. Oppermann*, Europarecht, Rdn. 384, S. 152; 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.

[565] Vgl. die im folgenden Text genannten Urteile; weitere Hinweise in Fn. 632, 634.

[566] 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.

[567] BVerfGE 89, 155 (210 f.), *U. Everling*, Zur föderalen Struktur der Europäischen Gemeinschaft, FS Doehring, 1989, S. 1790; *R. Streinz*, Europarecht, S. 162, Rdn. 494; *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).

meinschaftliche Gerichtsbarkeit selbst ist gefordert, sich in den Grenzen ihrer Ermächtigung zu halten, d.h. ihre Begriffsherrschaft zu zähmen.

Funktionell gehört der Europäische Gerichtshof oder nach dem Verfassungsvertrag der Gerichtshof der Europäischen Union zu den Rechtsetzungsorganen der Gemeinschaft/Union[568]. Er versteht sich als "Integrationsfaktor erster Ordnung" und ist der „Motor der Integration“[569].

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[570] und zugleich (vornehmlich im Interesse

---

[568] *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 227 ff.; *ders*., Die Gerichtsbarkeit, in: ders./A. Emmerich-Fritsche, Das Verfassungsrecht der Europäische Union, § 10, V; *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 130 ff.

[569] *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*, 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.; i.d.S. auch *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 494, S. 217.

[570] 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

der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts) den subjektiven, also individuellen Rechtsschutz ermöglicht (S. 25 f., Rdn. 7 ff.)[571]. 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[572]. 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 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[573]. 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 Mate-

---

f.; *D. Ehlers*, Die Grundfreiheiten der Europäischen Gemeinschaften, Allgemeine Lehren, daselbst, § 7, Rdn. 8, 90 ff., S. 150, 184 f.

[571] 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.

[572] Zum Rechtsschutzprinzip *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 122 ff.

[573] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.; *ders*., Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, in: ders./A. Emmerich-Fritsche, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, Lehrstuhl 2005, § 5, I, II, 3, III, 3.

rien ausgeweitet, die im Gemeinschaftsrecht geregelt sind, wenn eine Binnenzuständigkeit der Gemeinschaftsorgane bestehe. Zugunsten der dynamischen Entwicklung der Gemeinschaftsbefugnisse hat der Gerichtshof das Prinzip der begrenzten Ermächtigung (Art. 5 Abs. 1, auch Art. 7 Abs. 1 EGV)[574] 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 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[575] dem europäischen Wettbewerbsrecht zu unterwerfen und damit dem Wettbewerb auszuliefern. In der verb. Rs. C-6 und

---

[574] 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. 67 ff.; *ders.*, Ermächtigungen der Union und der Gemeinschaften, in: ders./A. Emmerich-Fritsche, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, § 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.

[575] 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 in diesen Rechtssachen, EuZW 2004, 241 (Rdn. 47).

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[576]. 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 juges"[577] vorgeworfen. Seine Urteile sind aber von den Mitgliedstaaten akzeptiert und umgesetzt worden[578].

Auch die Wirtschaftsordnung der Mitgliedstaaten liegt in der Hand des Europäischen Gerichtshofs, weil die Grundfreiheiten des Binnenmarktes überaus weit, nach rechtsstaatlichen Prinzipien nicht hinreichend bestimmt[579], 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 Europäischen Gerichtshofs. Mittels der Grundfreiheiten

---

[576] 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).

[577] Geprägt wurde dieser Begriff von *J. P. Colin*, Le gouvernement des juges dans les Communautés Européénnes, 1966.

[578] *Th. Oppermann*, Die Dritte Gewalt in der Europäischen Union, DVBl. 1994, 901 (905).

[579] 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.

des Binnenmarktes (Warenverkehrsfreiheit, Dienstleistungsfreiheit, Niederlassungsfreiheit, Kapitalverkehrsfreiheit, aber auch Arbeitnehmerfreizügigkeit) erzwingt der Gerichtshof die Deregulierung und Liberalisierung vor allem der Wirtschaftsordnung[580]. 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[581], praktiziert und sich damit ein wirksames Instrument geschaffen, die Wirtschaftsordnung in der Gemeinschaft 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[582].

II. Extensive Textauslegung und textlose Rechtsgrundsätze

Der Gerichtshof praktiziert eine variable und dynamische Interpretationsmethode, die eher zur extensiven Auslegung der Texte führt[583], und verwirklicht die material oft überaus offenen Leitentscheidungen der gemeinschaftsrechtli-

---

[580] Dazu näher B, II, IV.

[581] 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. 570.

[582] Hinweise in Fn. 575.

[583] *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. 498, S. 219; 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.

chen Texte durch funktional gesetzgebende Rechtserkenntnisse[584]. Das ist für ein Gericht, das die Funktion eines Verfassungsgerichts angenommen hat[585], um der Befriedung der Lage willen unvermeidlich, zumal die Gemeinschaftslage sich in einer rasanten Entwicklung befindet, die mit statischen Texten nicht befriedet werden kann. Die Begriffe des Gemeinschaftsrechts selbst sind variabel und dynamisch, d.h. sie können der Lage angepaßt werden[586]. Im besonderen Maße galt (und gilt) das für die gemeinschaftsrechtlichen Grundrechte, die bisher keine verbindlichen Texte hatten[587]. Von besonderer Bedeutung sind die vom Gerichtshof entwickelten allgemeinen Rechtsgrundsätze, zu de-

---

[584] 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. 222 ff., 227 ff., auch S. 231 ff.; zur Gemeinschaftsrechsprechung *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 130 ff.

[585] *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. 494, S. 217; *J. Schwarze*, NJW 1992, 1065 f.; *Th. Oppermann*, Europarecht, Rdn. 711, S. 269; *I. Pernice/F. C. Mayer*, in: Grabitz/Hilf, Art. 220 EGV, Rdn. 13 f.; dazu auch *F. 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.

[586] Dazu allgemein *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 1033 ff.; i.d.S. auch BVerfGE 90, 286 (361 ff.).

[587] 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.; *ders*., Die Grundrechte der Gemeinschaft, in: ders./A. Emmerich-Fritsche, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, § 12, VI; *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.

nen etwa der Grundsatz des Vertrauensschutzes[588], der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit[589] und die gemeinschaftlichen Grundrechte gehören[590]. Die Gerichtsbarkeit 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[591]. Dabei besteht die Gefahr, daß sie Spielräume in Anspruch nimmt, welche die Gesetze und Verträge, richtig interpretiert, nicht lassen[592]. 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[593]. Das Bundesverfassungsgericht hat im Maastricht-Urteil die Beachtung der Grenze zwischen Vertragsinterpretati-

---

[588] 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.).

[589] 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.

[590] Dazu *A. Emmerich-Fritsche*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 329 ff.; *dies*., Die Grundrechte in der Gemeinschaft, in: K. A. Schachtschneider/dies., Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, § 12, I bis V; *H.-W. Rengeling*, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1993; *D. Ehlers* (Hrsg.), Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 2003.

[591] 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. 222 ff.

[592] Nicht unkritisch *Th. Oppermann*, Europarecht, Rdn. 386 ff., S. 152 f.

[593] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 921 ff.

on und Vertragsänderung angemahnt[594]. 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 Gemeinschafts/Unionsrechts und der Sache nach, also funktional, Rechtsetzung. Rechtsetzung muß sich in die allgemeine, in den Mitgliedstaaten und auch in der Gemeinschaft anerkannte, Funktionenteilung der Staatlichkeit einfügen, die aus dem Freiheitsprinzip folgt (vgl. Art. 16 der Deklaration der Menschenrechte von 1789). Die freiheitlich begründete Rechtsstaatlichkeit[595] der Europäischen Union (Artikel 6 Abs. 1 EUV) verlangt nach Rechtsgrundlagen der Aufgaben und Befugnisse in den Verträgen, weil den Gemeinschaftsorganen 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[596]. Weil die Union als Rechtsgemeinschaft konstituiert ist, lassen sich Rechtsakte nicht allein aus ihrer integrationsfördernden Wirkung und aus der Funktionenordnung der Gemeinschaft/Union rechtfertigen.

III. "Recht" im Sinne des Art. I-29 Abs. 1 S. 2 VV / Art. 220 Abs. 1 EGV

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 Aus-

---

[594] BVerfGE 89, 155 (210).

[595] Dazu allgemein *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 519 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, 6. Aufl. 2005.

[596] Hinweise in Fn. 574.

legung und Anwendung dieses Vertrags" zu sichern[597]. "Recht" im Sinne des Art. 220 Abs. 1 EGV, jetzt Art. I-29 Abs. 1 Unterabs. 1 S. 2 VV, 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 membres"[598]. Dazu sollen nicht nur die geschriebenen Texte gehören, sondern gehört das gesamte "ius commune europaeum"[599], das dem Gemeinschaftsrecht als europäischer Rechtskultur, gar als "Inbegriff der Gerechtigkeitsidee der abendländischen Verfassungskultur"[600], 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[601], sind geltendes Recht in der Union, wie die Präambeln, aber auch Art. 6 Abs. 1 und 2 EUV/Art. I-2 VV (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

---

[597] *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 738; *I. Pernice*, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1979, S. 26; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 356, S. 131; *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.

[598] So *P. Pescatore*, in: Die Europäische Rechtsprechung nach 20 Jahren Gemeinschaftsleben, FIDE VI, 1976, 9 ff., 13.

[599] *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.

[600] *I. Pernice/F. C. Mayer*, in: Grabitz/Hilf, Art. 220 EGV, Rdn. 17.

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

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 Gemeinschaft und jeder Bürger der Gemeinschaft, vor allem die, welche die Rechtsklärung in einem Streitfall betreiben, im Sinne einer "offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten"[602] beteiligt. Die Sonderstellung des Gerichtshofs besteht in seiner Befugnis zur letztverbindlichen Klärung der von ihm zu entscheidenden Fragen des Gemeinschafts/Unionsrechts[603]. Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof hat das Bundesverfassungsgericht anerkannt, weil die Entwicklung von Richterrecht zur europäischen Rechtskultur gehöre und wegen der Justizgewährungspflicht der Gerichte und deren Verantwortung für das Recht unvermeidbar sei[604]. Freilich muß die gemeinschaftliche Rechtsfortbildung, wie gesagt, die Grenzen der Vertragsauslegung respektieren. Wenn dem Gerichtshof der Europäischen Union mit der Aufgabe aus Art. I-29 Abs. 1 S. 1 VV (bislang Art. 220 Abs. 1 EGV), das Recht zu wahren, das letzte Wort zum Recht in der Union/Gemeinschaft übertragen ist, ist er als oberstes Rechtsorgan der Union/Gemeinschaft institutionalisiert[605]; denn die Union/Gemeinschaft ver-

---

[602] *P. Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, 297 ff.

[603] 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; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 510, 537, 537a, 566, S. 223 f., 228 f., 236.

[604] BVerfGE 75, 223 (241 f.); vgl. auch BVerfGE 84, 212 (226 f.); *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 495 ff., S. 217 f.; allgemein zum Richterrecht *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 536 ff. mit Hinweisen in Fn. 106; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 222 ff.

[605] 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. 270 ff.

steht sich als Rechtsgemeinschaft[606]. Spezifisch die durch die gemeinschaftliche Gerichtsbarkeit gesicherte materielle Rechtlichkeit allen Gemeinschaftshandelns, der gemeinschaftliche Primat des Rechts, erlauben es gewissermaßen, von einer "Verfaßtheit" der Gemeinschaft, vom Verfassungscharakter der Gemeinschaftsverträge[607] und folglich vom Gerichtshof als einem Verfassungsgericht zu sprechen[608]. Gerade darin ist die Gemeinschaft nicht nur staatlich, sondern Staat; denn ein Staat ist, wie gesagt, "die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen"[609]. Die Verfassung der 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)[610]. Nach den Bestimmungen des Vertrages ist die Setzung des "Rechts" auch dem gemeinschaftlichen Rechtsetzer, der im Verfassungsvertrag Gesetzgeber genannt wird (Art. I-20 Abs. 1 S. 1, Art. I-23 und Art. I-33 ff.), vorbehalten[611]. Ein Gericht eines Staates verantwortet die Sittlichkeit der Gesetze und ist Hüter der praktischen Vernunft. Auch die Gemein-

---

[606] *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 33 ff.

[607] 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./A. Emmerich-Fritsche, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, § 1 II, S. 19 ff.; *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.

[608] Vgl. Fn. 585.

[609] *Kant*, Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Bd. 7, S. 431; *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 14 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 48 ff.; dazu oben A, I.

[610] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 858 ff., 1027 ff.; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 93 ff., 122 ff., 231 ff.

[611] Vgl. *I. Pernice/F. C. Mayer*, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Bd. II, 2002, Art. 220, Rdn. 6.

schaft/Union ist Teil der mitgliedstaatlichen Rechtsstaatlichkeit. Der Gerichtshof kann aber nur die Befugnis haben, alle Rechtsakte der Gemeinschaft/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 Gemeinschafts/Unionsrechtsordnung immanent[612], aber den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Völkerrechts lassen sich allenfalls in engen Grenzen Menschenrechte, ein Mindeststandard, nicht jedoch ein umfassender Grundrechtekanon ableiten[613]. Freilich müssen auch die Rechtsakte der Gemeinschaft die Grundrechte achten. Andere Hoheitsrechte können der Gemeinschaft schon deswegen nicht übertragen sein, weil die Mitgliedstaaten keine Hoheit zu Lasten der Menschen- oder Grundrechte haben[614]. Aber die Rechtsprechung der Gemeinschaft muß die Grenzen respektieren, die sich aus dem demokratischen Prinzip ergeben[615]. Das Legitimationsdefizit schließt das letzte Wort des Europäischen Gerichtshofs in Sachen des Rechts aus.

---

[612] 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.

[613] 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.

[614] 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.

[615] *K. A. Schachtschneider*, Rechtsstaatlichkeit als Grundlage des inneren und äußeren Friedens, S. 6 ff.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 232 ff.; *ders*., Demokratiedefizite in der Europäischen Union, in: W. Nölling/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty (Hrsg.), Währungsunion und Weltwirtschaft, Festschrift für Wilhelm Hankel, S. 137 ff.; dazu *T. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, Diss. Erlangen-Nürnberg, 2004, S. 106 ff., 184 ff.

IV. Grenzen des Vorranges des Gemeinschaftsrechts und begrenzte Befugnisse der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit

Die den Gerichten der Gemeinschaft 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. III-369 VV, bislang Art. 234 EGV, die Vorabentscheidung des Gerichtshofs zur Klärung des Gemeinschaftsrechts, sowohl als Gemeinschaftspflicht als auch verfassungsgeboten (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) herbeiführen[616]. Soweit das nationale Verfassungsrecht dem Gemeinschaftsrecht vorgeht[617], haben alle Gerichte, 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 Gemeinschafts/Unionsrechtsordnung integriert[618]. Die Grenzen des Vorranges des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht oder umgekehrt des nationalen

---

[616] BVerfG, EuZW 2001, 255 f.; vgl. BVerfGE 75, 223 (245); dazu *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Rechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, in: dies., Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, § 11 II, 1b, ff. *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 575 ff. (580), S. 225 ff. (231).

[617] BVerfGE 89, 155 (174 f., 188, 210); dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 104 ff.; *ders./A. Emmerich-Fritsche*, Das Gemeinschaftsrecht in Deutschland, § 5 II 2, 3 und III, 2 d; *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 898 ff.

[618] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, in: ders./A. Emmerich-Fritsche, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, § 3, III, 6; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 210a ff., S. 77 f.; weitere Hinweise in Fn. 614, 630.

Verfassungsrechts vor dem Gemeinschaftsrecht sind streitig[619]. Der Europäische Gerichtshof respektiert keinerlei Grenzen des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts[620]. Er ist aber nur zur Anwendung und Auslegung des gemeinschaftlichen, nicht des nationalen Rechts berufen. Dazu gehört auch die Prüfung der Rechtsakte der Gemeinschaft/Union am Gemeinschafts/Unionsrecht, insbesondere nach Art. III-365 und Art. III-378 VV, bislang Art. 230 und Art. 241 EGV. Der Gerichtshof kann im Vertragsverletzungsverfahren (Art. III-360, 361 VV, bislang Art. 226, 227 EGV) nach Art. III-362 VV, bislang Art. 228 Abs. 1 EGV, auch feststellen, daß ein Mitgliedstaat durch einen nationalen Rechtsakt, der im Widerspruch zum Gemeinschafts/Unionsrecht steht, gegen den Vertrag verstoßen hat[621]. 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 vorübergehend für unzulässig gehalten[622]. 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 Ge-

---

[619] *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. 208 ff., S. 80 ff.; vgl. Hinweise in Fn. 617.

[620] 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. 194 ff., S. 78 f.

[621] *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Rechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, § 11, II, 2a; *P. Wollenschläger*, Die Gemeinschaftsaufsicht über die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten, Kap. 2, C, IV, 3.

[622] BVerfGE 22, 293 (295 f.); ebenso BVerfGE 58, 1 (27); der Sache nach auch BVerfGE 73, 339 (374 ff., 383 ff., 387); daran hält *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 212 ff., S. 84 f., fest.

meinschaften garantiert" und "das Bundesverfassungsgericht sich deshalb auf eine generelle Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtestandards (vgl. BVerfGE 73, 339 (387)) beschränken kann"[623]. Dieses Kooperationsverhältnis gefährdet einerseits die Rechtseinheit der Gemeinschaft[624], 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[625], 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 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[626].

---

[623] 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. 80 ff.; vgl. *P. Kirchhof*, Der deutsche Staat um Prozeß der europäischen Integration, HStR, Bd. VII, § 183, Rdn. 59.

[624] Kritisch für viele *M. Zuleeg*, JZ 1994, 1 ff.; *ders*., in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 1 Rdn. 25, 32.

[625] Hinweise in Fn. 617.

[626] 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

Die Gerichtsbarkeit der Gemeinschaft/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 Gemeinschaft/Union und damit auch die Gerichtsbarkeit der Gemeinschaften/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. I-11 Abs. 2 VV, Art. 5 Abs. 1 EGV)[627] gilt auch für die Gerichtsbarkeit der Union/Gemeinschaft (Art. I-19 Abs. 2 VV, Art. 7 Abs. 1 EGV)[628]. 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.

V. Einheit des Gemeinschaftsrechts als Hebel der vertragswidrigen Integration

Im unechten Bundesstaat, wie Deutschland[629], gilt typisch der Satz des Art. 31 GG: Bundesrecht bricht Landesrecht. Ein entsprechendes Prinzip hat der Europäische Gerichtshof mit dem Anwendungsvorrang des (gesamten) Ge-

---

ff.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 80 f.

[627] Hinweise in Fn. 724.

[628] Dazu *R. Bieber*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 7, Rdn. 51 ff.

[629] Dazu näher A, II.

meinschaftsrechts vor dem nationalen Recht einschließlich dem Verfassungsrecht für die Gemeinschaft etabliert[630]. Das Bundesverfassungsgericht macht sich das zu Recht nicht mehr zu eigen, 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[631]. An sich sollte in einer Rechtsgemeinschaft nur gelten, was in allen Mitgliedstaaten gilt. Das gebietet der Grundsatz der "Einheit des Gemeinschaftsrechts"[632]. Sonst wird die Allseitigkeit, wie die Gegenseitigkeit ein Grundprinzip einer Gemeinschaft wie jedes Vertrages (vgl. § 320 BGB), durchbrochen[633]. Aber es gibt andere, höherrangige Grundsätze. Wenn auch von der deutschen Gerichtsbarkeit große Zurückhaltung mit Kritik an europäischen Rechtsakten und insbesondere an Ent-

---

[630] 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.

[631] 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.

[632] *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 184; *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; auch noch *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 107 f. (notfalls Ausscheiden aus der Gemeinschaft); vgl. EuGH v. 9.3.1978 - Rs. 106/77 (Simmenthal II), Slg. 1978, 629 (643 ff., Rdn. 13 ff.); vgl. auch die Hinweise in Fn. 634.

[633] *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 184.

scheidungen des Europäischen Gerichtshofs zu erwarten ist, um, durchaus im Sinne der von Art. I-5 Abs. 2 VV (bislang Art. 10 EGV) gebotenen „loyalen Zusammenarbeit“, der Gemeinschaftstreue[634], 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[635] als gemeinschaftliche Staatlichkeit genauer: gemeinschaftliche Ausübung der Staatsgewalt[636] die Allseitigkeit der Geltung des Gemeinschaftsrechts in den verbundenen Staaten/Völkern gehört, entfalten Letztentscheidungen der Völker über die Verbindlichkeit von Gemeinschaftsrechtsakten in ihrem Hoheitsbereich Wirkung (nicht Geltung) für alle Völker. Die Gemeinschaft/Union wird also durch die Gemeinschaftlichkeit der Gerichtsbarkeit für das Gemeinschafts/Unionsrecht gestärkt[637].

---

[634] *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 10, Rdn. 1 ff. (6); *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 79; 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).

[635] 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. 53 ff.

[636] *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. 60 ff. (70 ff.); i.d.S. BVerfGE 89, 155 (188 f.).

[637] 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).

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 Europäische Gerichtshof für den umfassenden Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts und sein letztes Wort zu Rechtsfragen der Gemeinschaft reklamiert[638]. So ist das Bundesverfassungsgericht als Gericht des deutschen (unechten) Bundesstaates konzipiert[639]. 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[640], zumal das Gericht die Bindungswirkung auf die tragenden Gründe der Entscheidungen ausdehnt – im übrigen zu Recht[641]. Die deutschen Länder müssen sich Fehlentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts bis zur existentiellen Gefährdung[642] gefallen lassen. Durch Befugnisse wird Macht zugeteilt[643].

---

[638] Hinweise in Fn. 632.

[639] 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.

[640] 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.

[641] 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. 274 f.

[642] Zu den Grenzen der Entstaatlichung der Länder als existentiellen Staaten und zu einem Seperationsrecht der Länder in existentiellen Lagen, insbesondere der der Integration 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.

[643] 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.

Die europäische Rechtsgemeinschaft verlangt durchaus nach der einheitlichen Materialisierung der formalen oder offenen Texte[644] des Gemeinschaftsrechts. Diese vermag nur ein Gericht, das für alle verbindlich entscheidet, zu leisten. Wenn die Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten die Befugnis haben, die großen Rechtsprinzipien der Gemeinschaftsverfassung 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 Gemeinschaft überhaupt, wie das *Manfred Zuleeg*, von 1988 bis 1994 Richter des Europäischen Gerichtshofs, besorgt[645], aber doch zu einem differenzierten Gemeinschafts/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[646]. Die Pflicht zur Rechtsgemeinschaft (Europatreue) ergibt sich, wie gesagt, aus Art. I-5 Abs. 2 VV, bislang Art. 10 EGV, der durch Art. III-360 ff. VV (bislang Art. 226 ff. EGV) mit Gerichtsschutz ausgestattet ist[647]. Danach stellt der Gerichtshof fest, welche Verpflichtungen die Mitgliedstaaten aus dem Vertrag haben. Eine kompetenzrechtliche Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, welche erkennt, daß ein Rechtsakt der Gemeinschaft/Union

---

[644] *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").

[645] Hinweise in Fn. 632.

[646] *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.

[647] Vgl. *M. Zuleeg*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 10, Rdn. 2; *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 139 ff., S. 62 ff.

in Deutschland keine Geltung hat[648], könnte die Verpflichtungen aus dem Vertrag verletzen und die Kommission und die anderen Mitgliedstaaten nach dem aufsichtsrechtlichen Vorverfahren zur Anrufung des Gerichtshofs berechtigen (Art. III-360 und Art. III-361 VV, bislang Art. 226 und Art. 227 EGV)[649]. Nach dem Vertragstext hat das letzte Wort über die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aus dem Vertrag der Europäische Gerichtshof (Art. III-362 VV, bislang Art. 228 EGV). Der Klärung des Gemeinschafts/Unionsrechts und damit zugleich der Verpflichtungen der Mitgliedstaaten dient insbesondere das Vorabentscheidungsverfahren des Art. III-369 VV (bislang Art. 234 EGV). 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. I-29 Abs. 1 S. 2 VV (bislang Art. 220 EGV) ist eine Aufgaben-, keine Befugnisregelung[650].

Das völkerrechtliche Gemeinschaftsrecht enthielt bis zum Vertrag von Amsterdam keine Rechtsgrundlage für eine Grundrechteverantwortung der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit. Die Regelungen des Rechtsschutzes in den Artikeln III-360 und III-361 VV, bislang Art. 226, 227 EGV, nämlich der Verstoß "gegen eine Verpflichtung aus dieser Verfassung“ / „diesem Vertrag", aber auch die Nichtigkeitsklage in Art. III-365 Abs. 2 VV (bislang Art. 230 Abs. 2

---

[648] 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.)

[649] Kritisch wegen der Unabhängigkeit der Gerichte zu Recht *P. Wollenschläger*, Die Gemeinschaftsaufsicht über die Rechtsprechung der Mitgliedstaaten, Kap. 5, C.

[650] *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.

EGV), der Rechtsschutz "wegen Unzuständigkeit, Verletzung wesentlicher Formvorschriften, Verletzung dieser Verfassung (dieses Vertrages) oder einer bei ihrer (seiner) Durchführung anzuwendenden Rechtsnorm oder wegen Ermessensmißbrauchs" durch die Handlungen der Organe sind präzise auf die Verfassung/den Vertrag, nicht wie die allgemeine Aufgabenvorschrift für die Gerichtsbarkeit für die Union/Gemeinschaft, Art. I-29 Abs. 1 S. 2 VV, bislang Art. 220 Abs. 1 EGV, auf "die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags" bezogen. Nichts anderes gilt für die Untätigkeitsklage nach Art. III-367 VV, bislang Art. 232 EGV ("Verletzung der Verfassung", „dieses Vertrages“) und für das Vorabentscheidungsverfahren des Art. III-369 VV (bislang Art. 234 EGV), in dem der Gerichtshof "a) über die Auslegung der Verfassung/des Vertrages, 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 Gemeinschaftsgerichtsbarkeit. Aus dem Text des Vertrages (oder auch des Verfassungsvertrages) ließ (läßt) sich deren Befugnis zur Grundsatz- und Grundrechterechtsprechung schwerlich herleiten, auch nicht aus dem Wort "Recht" in Art. I-29 Abs. 1 S. 2 VV, Art. 220 EGV[651].

Die Befugnis zur Grundrechtsjudikatur folgt 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" (im Verfassungsvertrag Art. I-9). Diese Zuständigkeitsregelung war im Vertrag von Maastricht 1992

---

[651] 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. 597.

noch nicht enthalten[652]. Die Änderung des Entscheidungsmaßstabes erweitert nicht nur die Befugnisse des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft wesentlich, sondern legalisiert dessen Status, den er sich 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[653], den Status eines Verfassungsgerichts[654].

VI. Demokratisches Defizit der Gemeinschaftsgerichtsbarkeit

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[655]. Aber die Legitimation der Gerichte der Europäischen Gemeinschaft unterschreitet das demokratische Minimum, zumal im Verhältnis zu ihrer politischen Macht. Ein Gericht bedarf in der Funktion des Verfassungsgerichts einer starken demokratischen Legitimation,

---

[652] 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.

[653] 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; *dies.*, Die Grundrechte der Gemeinschaft, in: dies., Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, § 12, I, II; *Chr. Walter*, Geschichte und Entwicklung der Europäischen Grundrechte und Grundfreiheiten, § 1, Rdn. 1, 19 ff.

[654] Vgl. die Hinweise in Fn. 585.

[655] 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".

weil vor allem die Verfassungsgerichte Menschheitsfragen entscheiden, die ihre Antwort in der Sittlichkeit des Volkes finden müssen. Diese Vertretung ist die Substanz der demokratischen Legitimation[656].

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 zum Recht[657].

Für die große politische Verantwortung, insbesondere die Grundrechteverantwortung, fehlt es dem Europäischen Gerichtshof an der (notwendig starken) demokratischen Legitimation[658]. Die Richter des Bundesverfassungsgerichts werden beispielsweise "je zur Hälfte vom Bundestage und Bundesrate gewählt"[659]. Die Grundrechtecharta der Europäischen Union, die in Nizza im Dezember 2001 deklariert wurde[660] und so gut wie unverändert als Teil II des Verfassungsvertrages der Europäischen Union übernommen ist, 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. II-111 Abs. 1

---

[656] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 644 ff., 666 ff., 725 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, i.E. 7. Kap.; *ders*., Sittlichkeit und Moralität, 1/2005, S. 29 ff.

[657] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, insbesondere 5., 7. und 8. Teil; *ders*., Freiheit in der Republik, insbesondere 2. Kap. (zur Ethik Kants), 5. und 7. Kap.; *ders*., Sittlichkeit und Moralität, 2/2004, S. 7 ff., 1/2005, S. 29 ff.

[658] *K. A. Schachtschneider*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, S. 137 ff.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 139 ff., 232 ff., 236 ff.; *ders*., Sittlichkeit und Moralität, 1/2005, S. 29 ff.; *T. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, S. 184 ff. (194); wenig demokratisch *F. C. Mayer*, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 276.

[659] 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.

[660] Dazu Fn. 587.

VV). Der Europäische Gerichtshof ist, wie gesagt, der Motor der europäischen Integration, der in engem Verbund mit der Kommission Europa zu einem existentiellen Staat entwickelt (hat)[661]. Die Rechtsgrundsätze, welche der Europäische 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[662] der Gemeinschaftsrechtsprechung nicht gestärkt.

Diese Richter werden „im gegenseitigen Einvernehmen von den Regierungen der Mitgliedstaaten auf sechs Jahre ernannt“ (Art. I-29 Abs. 2 Unterabs. 3 S. 2, Art. III-355 Abs. 1 S. 1 VV, bislang Art. 223 Abs. 1 Halbsatz 2 EGV) und 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 (Art. I-29 Abs. 2 VV, bislang Art. 221 Abs. 1 EGV), der durch den Vorschlag der jeweiligen Regierung allenfalls eine schwache demokratische Legitimation seines Staates hat. 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. Demokratierechtlich ist das angesichts einer Verantwortung für die Grundsatzfragen des Rechts untragbar. Die Legislativen und die Judikativen der Mitgliedstaaten sind an der

---

[661] 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.

[662] Zu diesem Topos BVerfGE 83, 60 (71 f.); 89, 155 (182); 93, 37 (66 f.); *K. A. Schachtschneider*, Prinzipien des Rechtsstaats, S. 236 ff.; vgl. auch *ders*., Res publica Res populi, S. 970 ff.; *G. Lübbe-Wolff*, VVDStRL 60 (2001), S. 280 f., kritisch ("Verdünnung repräsentativ-demokratischer Legitimationszusammenhänge").

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, nicht einmal das Europäische Parlament. Die Exekutive vermag Richter nicht zu legitimieren, zumal in den Gerichten der Europäischen Union nur ein Richter aus einem Mitgliedstaat stammt und somit nur erwarten läßt, dessen Rechtsordnung und das Unionsrecht einigermaßen zu kennen.

Der Gerichtshof der Europäischen Union, der Gerichtshof und auch das Gericht (erster Instanz), sind mangels demokratischer Legitimation in der jeweiligen Gesamtheit des Spruchkörpers nicht Gerichte eines Volkes. 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 Unions/Gemeinschaftsgericht das Vertrauen aller verbundenen Völker. Das Vertrauensverhältnis kann nur demokratisch institutionalisiert werden[663].

Ohne demokratische Legitimation ist eine Institution der verbindlichen Rechtsklärung, also der Rechtsprechung[664], sei sie Gericht genannt, sei sie wie ein Gericht ausgestattet, zumal mit Unabhängigkeit der Richter, verfahre sie

---

[663] 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.

[664] 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. 143 ff., 231 ff.; *T. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, S. 41 ff.

wie ein Gericht und sei sie um Rechtserkenntnis mit rechtswissenschaftlichen Methoden bemüht, kein Gericht im republikanischen Sinne, nämlich kein Organ eines Volkes, das allein die Staatsgewalt des Volkes auszuüben befugt sein kann, wie Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG klarstellt[665]. 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[666], 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[667]. Gemeinschaftsorgane können Organe der Mitgliedstaaten sein, wenn die jeweilige Staatsgewalt der Völker gemeinschaftlich ausgeübt wird[668]. Das ist die Struktur der europäischen Integration. Ein derart integriertes Organ darf um der demokratischen Legitimation willen nur mit begrenzten Befugnissen ausgestattet sein[669]. Diese Begrenzung respektiert die Grundsatz- und vor allem die Grundrechterechtsprechung der Gemeinschafts/Unionsrechtsprechung gerade nicht. Jeder Gemeinschaftsrichter 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

---

[665] Zur Organlehre *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 707 ff.

[666] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 519 ff. (S. 573 ff.); *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 4 ff., 48 ff.

[667] *K. A. Schachtschneider*, Demokratiedefizite in der Europäischen Union, FS W. Hankel, S. 137 ff.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 139 ff., 231 ff.; *ders.*, Sittlichkeit und Moralität, 1/2005, S. 29 ff.; *Th. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, S. 106 ff., 184 ff.

[668] *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. 70 ff.

[669] Zum Prinzip der begrenzen Ermächtigung Hinweise in Fn. 574, 724.

des Rates sind durch die Mitwirkung des mitgliedstaatlichen Regierungsvertreters in gewisser Weise, wenn auch nur begrenzt demokratisch legitimiert. Eine solche Dogmatik ist für Richtersprüche eines Kollegialgerichts nicht möglich, weil diese 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/Gemeinschaft können die Rechtsprechungsgewalt der Völker nicht ausüben. Sie können aus demokratischen Gründen nur völkerrechtliche Einrichtungen der Streitschlichtung sein. Damit wird der Anwendungsvorrang des Gemeinschafts/Unionsrechts insgesamt fragwürdig. Er wird durch den Willen der verbundenen Völker getragen (umgekehrter Monismus[670]). Die Völker können auch nach der Vollzugslehre den Rechtsanwendungsbefehl, der nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts die Geltung des Gemeinschafts/Unionsrechts trägt[671], aufheben[672] oder

---

[670] Hinweise in Fn. 676.

[671] 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. 72 f.

[672] 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

einschränken. Die Rechtsprechungsgewalt darf wegen Art. 20 Abs. 2 GG nicht entdemokratisiert werden, weil die Gerichte des Volkes das letzte Wort in Sachen des Rechts haben müssen.

VII. Gemeinschaftsgerichte als völkerrechtstypische Streitschlichtungsorgane

Die Gerichte der Gemeinschaft 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[673], dem völkerrechtlichen Gemeinschaftsvertrag nach internationale Gerichte, völkerrechtstypische Streitschlichtungsorgane, so wie der Gerichtshof ursprünglich konzipiert war[674]. 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. III-369 VV, bislang Art. 234 EGV) begrenzt sein und deren Entscheidungen dürfen nur begrenzte Wirkung in den Staaten entfalten[675]. Jedenfalls die Grundrechtefragen bleiben Verantwortung der nationa-

---

in Fn. 288); *ders.*, Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung?, EuGRZ 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.

[673] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer "Verfassung für Europa", FS W. Nölling, 279 ff.

[674] *T. Mähner*, Der Europäische Gerichtshof als Gericht, 143 f.; dazu *H. Kutscher*, Über den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1981, 392 ff.

[675] 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-

len 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 Europäische Gerichtshof 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[676] 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[677], also jedenfalls die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft zum Staat, zum echten Bundesstaat[678], entwickelt - ein Umsturz, der trotz der Entdemokratisierung der Politik noch immer Bestand hat. Freilich

---

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. Schachtschneider (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.

[676] 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.

[677] 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.

[678] Dazu A, I, III.

kann das nicht acquis communautaire, gemeinschaftlicher Besitzstand der Europäischen Union (Präambel des EUV, 12./13. Erwägungsgrund; Art. 1 Abs. 2 EUV) sein, weil es, demokratiewidrig, die Verfassung der Menschen, die Menschheit des Menschen, die allgemeine Freiheit ignoriert.

Keinesfalls steht dem Europäischen Gerichtshof 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[679], 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[680], ist aber keine Pflicht gegenüber den betroffenen Bürgern. Sie steht gegebenenfalls unter dem Vorbehalt der Gegenseitigkeit der Vertragserfüllung (Reziprozität)[681].

---

[679] 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.

[680] 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 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.

[681] 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

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 Gemeinschafts/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 deren Verfassungsgerichten, 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[682], 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. I-29 Abs. 1 S. 2 VV 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 von Teil III“, 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[683]. Die Gerichtsbarkeit der Europäischen Union übt mit der ge-

---

das Völkerrecht, 6. Aufl. 1997, S. 39 ff., 92 ff.; dazu *D. I. Siebold*, Die Welthandelsorganisation 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.

[682] Hinweise in Fn. 574, 724.

[683] 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, auch *A. Emmerich-Fritsche*, Die Grundrechte in der Gemeinschaft, , § 12 I, II.

genwärtigen Macht Aufgaben und Befugnisse existentieller Staatlichkeit aus und ist ein Vorgriff auf den existentiellen Staat Europa. Sie ist insoweit, weil die Union kein existentieller Staat ist, verfassungs- und staatswidrig[684].

G.

Verteidigungs(Militär)hoheit

I. Verlust existentieller Verteidigungshoheit der Mitgliedstaaten

1. Die gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik integriert der Verfassungsvertrag in die Politik der Europäischen Union, in den Bereich der existentiellen Staatlichkeit der Union. Sie ist nicht mehr, wie nach dem 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 Verfassungsvertrag in Art. I-41 und Art. III-309 ff. die gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der Art. I-40 und Art. III-294 ff. VV. Das allein erweist, daß der Verfassungsvertrag einen Staat, einen Bundesstaat, mit existentieller Staatlichkeit verfaßt. Demgemäß lautet Art. I-41 Abs. 1und Abs. 2 des Verfassungsvertrages wie folgt:

---

[684] *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 Fähigkeit zu Operationen. 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. I-41 VV). Absatz 4 der Vorschrift bestimmt, daß der Rat auf Vorschlag des Außenministers der Union oder auf Initiative eines Mitgliedstaats einstimmig Europäische Beschlüsse zur Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik, einschließlich der Beschlüsse über die Einleitung einer Mission 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 können 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 Rah-

men der Union begründen. Absatz 7 verpflichtet alle Mitgliedstaaten im Falle eines bewaffneten Angriffs auf das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates nach Art. 51 der Charta der Vereinten Nationen alle in ihrer Macht stehende Hilfe und Unterstützung zu leisten. Dabei bleibt der besondere Charakter der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten und die Verpflichtungen im Rahmen der Nordatlantik-Vertragsorganisation unberührt. Der Teil III des Verfassungsvertrages regelt in Art. III-309 und 310 näher den Gegenstand und die Durchführung der Missionen (auf die noch eingegangen werden wird), in Art. III-311 die Europäische Verteidigungsagentur und in Art. III-312 die Ständige Strukturierte Zusammenarbeit.

Das Europäische Parlament wird (lediglich) zu den wichtigsten Aspekten und den grundlegenden Weichenstellungen der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik regelmäßig gehört und über deren Entwicklung auf dem Laufenden gehalten (Absatz 8 des Art. I-41 VV). Art. III-304 VV regelt näher die (außerordentlich geringe) Beteiligung des Europäischen Parlaments an der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, einschließlich der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik. Der Außenminister der Union hört und unterrichtet das Parlament und achtet darauf, daß dessen Auffassungen gebührend berücksichtigt werden (Absatz 1). Das Parlament kann Anfragen oder Empfehlungen an den Rat und den Außenminister der Union 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[685].

Die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik, die nach Art. I-41 Abs. 2 S. 1 VV die schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik der Union umfaßt und nach Satz 2 dieses Absatzes zu einer „gemeinsamen Verteidigung“ führt, sobald der Europäische Rat dies einstimmig beschlossen hat, schließt mehr und mehr die eigene Verteidigung der Mit-

---

[685] BVerfGE 90, 286 (381 ff.), 104, 151 (205).

gliedstaaten 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 Verfassungsvertrages ist prozedural und militärisch auf die gemeinsame Verteidigung ausgerichtet. Die Europäische Verteidigungsagentur arbeitet ausschließlich im Interesse der gemeinsamen Verteidigung der Union, insbesondere führt der bewaffnete Angriff auf das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaates zu Verpflichtungen aller Mitgliedstaaten, alle in ihrer Macht stehende Hilfe und Unterstützung zu leisten, wird also wie ein Angriff auf alle Mitgliedstaaten, die Europäische Union eben, den durch den Verfassungsvertrag geschaffenen Staat, verstanden. Wenn auch die Sicherheits- und Verteidigungsverfassung Vorbehalte zugunsten eines besonderen Charakters der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten, zugunsten der gemeinsamen Verteidigung in der Nordatlantik-Vertragsorganisation, 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. I-41 VV in Verbindung mit Art. III-294 ff., 309 ff. VV die Verteidigung wesentlich auf die Europäische Union. Diese Verfassung geht weit über ein Verteidigungsbündnis, wie es der Nordatlantikvertrag begründet[686], hinaus und begründet allemal die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungshoheit der Union, also existentielle Staatlichkeit einer Verteidigungshoheit der Union, also existentielle Staatlichkeit im Bereich der äußeren Sicherheit. Zudem wird durch die Entwicklung der gemeinsamen Verteidigung die eigenständige Verteidigungsfähigkeit der Mitgliedstaaten, die sich daran beteiligen, eingeschränkt, wenn nicht aufgehoben, so daß diese einen wesentlichen Teil der existentiellen Staatlichkeit einbüßen. Demokratierechtlich ist bedenklich, daß die sicherheits- und verteidigungspolitischen Beschlüsse durchgehend vom Rat (einstimmig) gefaßt werden, daß also das demokratische, besser: republikanische Parlamentsprin-

[686] Dazu BVerfGE 90, 286 (350 ff.); 104, 151 (203 ff.).

zip für die existentielle Sicherheits- und Verteidigungspolitik beiseite geschoben wird. Die mitgliedstaatlichen Parlamente, also auch der Deutsche Bundestag, 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. III-294 VV vereinheitlicht. Nach Absatz 2 dieser Vorschrift unterstützen die Mitgliedstaaten die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik aktiv und vorbehaltlos im Geist der Loyalität und der gegenseitigen Solidarität. Sie arbeiten zusammen, um ihre gegenseitige politische Solidarität zu stärken und weiter zu entwikkeln, und enthalten sich jeder Handlung, die den Interessen der Union zuwiderläuft oder ihrer Wirksamkeit als kohärente Kraft in den internationalen Beziehungen schaden könnte. Für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik bestimmt nach Absatz 3 dieser Vorschrift die Union die allgemeinen Leitlinien und legen Europäische 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. Die allgemeinen Leitlinien der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik bestimmt nach Art. III-295 Abs. 1 VV der Europäische Rat, „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 eigene 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 öf-

fentlichen Interesses an die ‚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. III-376 Abs. 1 VV), entzogen[687].

II. Verbot des Angriffskrieges

a) 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[688]. Absatz 2 dieser Vorschrift erlaubt den Einsatz der Streitkräfte außer zur Verteidigung nur, 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

---

[687] Eine begrenzte Zuständigkeit des Gerichtshofs unter den Voraussetzungen des Art. III-365 Abs. 4 VV und für die Kontrolle der Einhaltung von Art. III-308 VV bleibt nach Art. III-376 Abs. 2 VV bestehen.

[688] Art. 87a Abs. 1 GG lautet darum: „Der Bund stellt Streitkräfte zur Verteidigung auf".

Deutschlands an der Nordatlantik-Vertragsorganisation 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)[689]. 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"[690]. 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 Völker und Staaten sind mit militärischen Angriffen verbunden, auch wenn sie als humanitäre Interventionen zu rechtfertigen versucht werden[691].

Demgegenüber regelt der Verfassungsvertrag im Abschnitt II über die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik, die in die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik integriert ist, „Missionen", also Interventionen auf

---

[689] BVerfGE 90, 286 (344 ff., 355 ff., 381 ff.); 104, 151 (199 ff., insb. S 203 ff., 205).

[690] 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).

[691] 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, i.V. 6. Teil, F, III.

dem Gebiet anderer Staaten, die auch Kriege gegen andere Staaten sein können. Art. III-309 Abs. 1 VV stellt das klar. Er lautet:

„Die in Art. I-41 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 Verfassungsvertrag Kriege rechtfertigen, jedenfalls militärischen, also kriegerischen Beistand. Terrorismus ist ein schwer definierbarer Begriff[692]. 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, gibt Anschauungsmaterial und Argumentationsgrundlagen. Diese Friedenspolitik genannte Außen- und Sicherheitspolitik hat sich offen von dem Nachkriegsparadigma

---

[692] 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.

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[693]. Mit den Artikeln I-41 und Art. III-309 schafft der Verfassungsvertrag die rechtlichen Voraussetzungen anstelle der Vereinigten Staaten als Groß- oder Weltmacht zu agieren. Die militärische Aufrüstung, die in Art. I-41 Abs. 3 VV und Art. III-311 VV 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.

H.

Kompetenz-Kompetenzen der Europäischen Union

I. Flexibilitätsklausel

Die Flexibilitätsklausel des Art. I-18 VV ermöglicht es der Union, zur Verwirklichung der überaus weit gesteckten Ziele der Union nach Art. I-3 VV durch Maßnahmen des Ministerrates auf Vorschlag der Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments tätig zu werden, auch wenn der

---

[693] 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.

Teil III des Vertrages Befugnisse nicht bereit hält. Maßnahmen können alle Formen des Handelns, insbesondere die verschiedenen Rechtsakte sein. 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. Diese Kompetenz-Kompetenz geht deutlich über die entsprechende Generalklausel des Art. 308 EGV hinaus, welche auf die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes beschränkt war.

Der Ministerrat muß die Maßnahmen auf Vorschlag der Europäischen Kommission und nach Zustimmung des Europäischen Parlaments erlassen. Folglich treffen ausschließlich Unionsorgane die Maßnahmen, welche die vertraglichen Ermächtigungen, die ohnehin äußerst weit gefaßt sind, weiter ausdehnen und auf neue Bereiche der Politik erstrecken kann, soweit das die Ziele der Union zulassen, folglich grenzenlos. Das ermöglicht der Union Steuerpolitik jeder Art und Sozialpolitik jeder Art, auch solcher, welche die Steuer- und Sozialpolitik der Mitgliedstaaten umgestaltet. Die Union läßt ohnehin Programmsätze im Vertrag genügen, um Richtlinien oder Verordnungen (Europäische Rahmengesetze oder Gesetze) zu rechtfertigen[694]. Die Kompetenz-Kompetenz des Art. I-18 VV ist nicht nur mit dem demokratischen Prinzip nicht zu vereinbaren, sie ist deutlicher Ausdruck der existentiellen Staatlichkeit der Union. Der Hinweis in Art. I-18 VV auf das Subsidiaritätsverfahren (Art. I-11 Abs. 3 VV) ist von geringer praktischer Bedeutung, wie zu IV gezeigt werden wird.

II. Generalermächtigung zur Mittelbeschaffung

Der Verfassungsvertrag hat trotz des Maastricht-Urteils, das der großen Generalklausel, der Kompetenz-Kompetenz des Art. F Abs. 3 EUV (Art. 6 Abs. 4

---

[694] Etwa VO (EG) Nr. 2040/2000 des Rates vom 26.09.2000 betreffend der Haushaltsdisziplin (ABl. 2000 Nr. L 244, S. 27); kritisch, *J. Schwarz*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 308, Rdn. 85.

EUV) die rechtliche Verbindlichkeit (zur Rettung des Vertrages) abgesprochen hat[695], in Art. I-54 Abs. 1 VV eine fast gleichlautende Bestimmung beibehalten, diese allerdings in den Titel VII, der die Finanzen der Union regelt, gestellt, also auf Mittel zur Finanzierung des Haushaltes der Union begrenzt. Jetzt aber gibt es ein klar geregeltes Verfahren für die Umsetzung dieser Generalermächtigung, nämlich nach Absatz 3 des Art. I-54 VV ein Europäisches Gesetz des Rates über das System der Eigenmittel der Union. Dieses Gesetz kann neue Kategorien von Eigenmitteln einführen, aber auch bestehende Kategorien abschaffen. Die neuen Kategorien von Eigenmitteln können auch europäische Steuern sein. Dieses Gesetz beschließt der Rat einstimmig nach An-

---

[695] 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./A. Emmerich-Fritsche, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, Stand 2005, § 6, , IV, 3, S. 130 ff.; 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. Schachtschneider, 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, 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.

hörung des Europäischen Parlaments. Dieses Gesetz tritt aber erst nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften in Kraft. Das Europäische Gesetz ist kein völkerrechtlicher Vertrag. Ratifikationsverfahren sind auch nicht vorgesehen. Folglich genügt nach der Praxis der auswärtigen Politik die Zustimmung der Bundesregierung[696], die demgemäß die Macht erlangt, Deutschland mit ungeregelten finanziellen Lasten, auch Unionssteuern, zu belasten. Das ist nicht verantwortbar und folglich demokratie- und verfassungswidrig.

Nach Absatz 4 des Art. I-54 werden Durchführungsmaßnahmen zu dem System der Eigenmittel der Union wiederum durch Europäisches Gesetz des Rates festgelegt. Allerdings muß sich dieses Gesetz im Rahmen des nach Absatz 3 erlassenen Europäischen Gesetzes halten, das die Zustimmung der Mitgliedstaaten gefunden hat. 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 Europäischen Gesetze des Rates, die allein von dem Willen der Regierungen abhängen, ein System von Eigenmitteln der Union schafft, das wiederum durch Europäisches Gesetz, 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 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. Allein Art. I-54 VV verbietet es, den Verfassungsvertrag in die Rechtsordnung Deutschlands aufzunehmen.

---

[696] Vgl. BVerfGE 68, 1 (84 ff.); 90, 286 (Ls. 7 a, S. 287, S. 357 ff.).

III. Vereinfachtes Vertragsänderungsverfahren

1. Art. IV-445 VV

Das „vereinfachte Änderungsverfahren betreffend die internen Politikbereiche der Union“ nach Art. IV-445 VV erlaubt die existentielle Staatlichkeit der Mitgliedstaaten geradezu zu beenden. Danach 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 Teils III Titel III über die internen Politikbereiche der Union ändern. Dieser Teil III umfaßt alle wichtigen Politiken der Union, nämlich den Binnenmarkt, die Wirtschafts- und Währungsunion, die Politik in anderen Bereichen (Beschäftigung, Sozialpolitik, wirtschaftlicher, sozialer und territorialer Zusammenhalt, Landwirtschaft und Fischerei, Umwelt- und Verbraucherschutz, Verkehr, transeuropäische Netze, Forschung, technologische Entwicklung und Raumfahrt), den Raum der Sicherheit der Freiheit und des Rechts und weitere Bereiche (öffentliche Gesundheit, Industrie und Kultur, Tourismus, allgemeine Bildung, Jugend, Sport und berufliche Bildung, Katastrophenschutz, Verwaltungszusammenarbeit). Der Beschluß tritt zwar „erst nach Zustimmung der Mitgliedstaaten im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften“ in Kraft, aber der Europäische Beschluß ist kein völkerrechtlicher Vertrag, welcher der Ratifikation bedarf. Dementsprechend ist Art. 59 Abs. 2 GG nicht einschlägig, so daß die Gesetzgebungsorgane in Deutschland an dem Verfahren nicht beteiligt werden müssen. Aufgrund ihrer außenpolitischen Gewalt kann die Zustimmung von der Bundesregierung 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 Europäische 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 wer-

den“, erläßt; denn bereits der Verfassungsvertrag ermöglicht diese Änderungen oder Ergänzungen, wenn das Grundgesetz überhaupt seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird. Der Europäische Beschluß darf zwar nach Absatz 3 des Art. IV-445 VV „nicht zu einer Ausdehnung der der Union im Rahmen dieses Vertrages übertragenen Zuständigkeiten führen“, aber diese Zuständigkeiten sind in Art. I-13 VV als ausschließliche Zuständigkeiten und in Art. I-14 VV als geteilte Zuständigkeiten geregelt (abgesehen von weiteren Zuständigkeiten in der Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik, in der Außen- und der Sicherheitspolitik und in Unterstützungs-, Koordinierungs- und Ergänzungsmaßnahmen nach Art. I-15 bis 17 VV). Die Zuständigkeiten sind (im Teil I des Verfassungsvertrages) denkbar weit formuliert, wie die obige Aufzählung derselben zeigt. Die Politiken des Teils III, Titel III des Verfassungsvertrages sind nicht als Zuständigkeiten bezeichnet. Sie regeln die Grenzen der Ermächtigungen, die folglich ohne Zuständigkeitsänderung erweitert werden können. Sie regeln 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 für interne Politikbereiche der Union überträgt die Verfassungsmacht dem Europäischen Rat, den Führern der Union. Das gibt diesen die Hoheit zur Verfassungsänderung, der nicht einmal das Europäische Parlament zustimmen muß, geschweige denn die Nationalen Parlamente. Diese Verfahrensregelung ist die Nachfolgevorschrift zur alten, weit verstandenen Generalklausel des Art. F Abs. 3 EUV (Art. 6 Abs. 4 EUV)[697], welche das Bundesverfassungsgericht gerade wegen der weiten Interpretationsmöglichkeit nicht akzeptiert hat[698]. Diese Generalklausel ist ein wesentlicher Teil der durch den Verfassungsvertrag erweiterten existentiellen Staatlichkeit der Europäischen Union, die durch diese Generalklausel weitgehende Verfassungshoheit gewinnt. Mit dem Demokra-

---

[697] Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Maastricht-Verfassungsbeschwerde, Schriftsätze vom 29. März 1993, in: I. Winkelmann, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993, Dokumentation des Verfahrens mit Einführung, 1994, S. 398 f., vom 22. Juni 1993, S. 438 ff.

[698] BVerfGE 89, 155 (194, 197 f.).

tieprinzip ist die Verfahrensregelung des Art. IV-445 VV schlechterdings unvereinbar. Das vereinfachte Änderungsverfahren erleichtert die Totalrevision der internen Politikbereiche 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. I-14 Abs. 2 lit. c VV für den wirtschaftlichen, sozialen und territorialen Zusammenhalt allemal auch die (in der Intergrationspolitik für dringlich gehaltene[699]) Angleichung der mitgliedstaatlichen Steuer- und Sozialpolitik umfassen dürfte. Schon jetzt sind steuerliche Vorschriften im Kapitel I des Titels III zum Binnenmarkt enthalten, nämlich nach Abschnitt 6 Art. III-170 und 171 VV, welche auf die Verwirklichung und das Funktionieren des Binnenmarktes und die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen ausgerichtet sind. Zu diesem Zweck ist weitere Steuerpolitik denkbar, vielleicht sogar nützlich. Derzeit beschließt der Rat nach Art. III-171 VV aber einstimmig nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses. Das kann Änderungsinteressen mit sich bringen, denen Art. IV-445 VV ein hilfreiches Verfahren bietet.

2. Art. IV-444 VV

Hinzukommt das vereinfachte Änderungsverfahren nach Art. IV-444 VV (Passerelleverfahren), wonach der Europäische Rat durch einen Europäischen Beschluß in einem Bereich oder einem bestimmten Fall, in dem der Rat nach dem Verfassungsvertrag einstimmig zu beschließen hat, entscheiden kann, daß

---

[699] Etwa *A. Schirmer*, EU-Neumitglieder erzwingen Steuersenkungen. Bundesregierung will bis 2007 einen Konsens über eine einheitliche Bemessungsgrundlage für die Körperschaftsteuer in Europa erzielen, Handelsblatt 7.4.2005, Nr. 67, S. 6 f.; *M. Scheerer*, EuGH treibt die Finanzminister. Das oberste europäische Gericht in Luxemburg wird zum Motor der Steuerharmonisierung, Handelsblatt vom 8./9./10.4.2005, Nr. 68, S. 5.

die qualifizierte Mehrheit genügt (Absatz 1). Nach Absatz 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 Absatzes 1 und des Absatzes 2 ablehnen (Absatz 3). Die genannten Beschlüsse müssen zudem nicht nur einstimmig ergehen, sondern bedürfen auch der Zustimmung des Europäischen Parlaments mit der Mehrheit seiner Mitglieder (Absatz 3 Unterabsatz 2). 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 für den Verfassungsvertrag in dem Entwurf des Verfassungskonvents vom 19./20. Juni 2003 noch nicht enthalten waren.

IV. Subsidiarität

Der Verfassungsvertrag verankert das Subsidiaritätsprinzip in Art. I-11 Abs. 1, 3 und 4 als Ausübungsregelung neben dem Grundsatz der begrenzten Ermächtigung (Absatz 2) und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Absatz 4). Nach dem Subsidiaritätsprinzip des Absatz 3 „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“. Diese Regelung ist unverändert der Kritik des gemeinschafts/unionsrechtlichen Subsidiaritätsprinzips[700] ausgesetzt. Soweit der Bereich ausschließlicher Gemein-

---

[700] 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 Subsidiari-

schaftszuständigkeiten betroffen ist, wird die Anwendbarkeit des Prinzips der Subsidiarität bereits durch den Vertrag (Art. I-11 Abs. 3 VV, bislang Art. 5 Abs. 2, 1. Hs. EGV) ausdrücklich ausgeschlossen. Weil Art. 2 Abs. 1 Spstr. 5 EUV und Art. 47 EUV die "volle Wahrung" des acquis communautaire des Gemeinschaftsrechts festschreiben, ist im Bereich konkurrierender Gemeinschaftszuständigkeiten eine Beschränkung gemeinschaftlicher Handlungen allenfalls für die Zukunft möglich[701]. Gerade die konkurrierende Kompetenzausübung, die geteilte Zuständigkeit der Union (Art. I-12 Abs. 2 VV), ist mangels abschließender, hinreichend bestimmter Formulierung eines Sachgebietskatalogs letztlich allein der Finalität des Integrationsprozesses verpflichtet[702]. Für die Notwendigkeit („besser zu verwirklichen) der Angleichung des mitgliedstaatlichen Rechts[703], lassen sich aber "wegen ihres Umfangs und ihrer Wirkungen auf Unionsebene“ stets "Ziele" der Union aufzeigen. Der Versuch einer Begrenzung der Unionszuständigkeiten durch das Subsidiaritätsprinzip, wie es Art. I-11 Abs. 3 VV (bislang Art. 5 Abs. 2 EGV) formuliert, ist folglich strukturell untauglich und damit zum Scheitern verurteilt[704].

---

tätsprinzip 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.

[701] Vgl. *D. Grimm*, Effektivität und Effektivierung des Subsidiaritätsprinzips, KritV 1/1994, S. 6, 11; *M. Heidenhain*, Subsidiaritätsprinzip - Abbau oder Aufbau von Kompetenzen?, EuZW 1993, 73.

[702] 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.).

[703] 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.

[704] 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

Neu ist allerdings, daß die nationalen Parlamente auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips achten können (und sollen, Art. I-11 Abs. 3 Unterabs. 2 VV). Das Nähere ist im Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit geregelt. Danach leitet die Kommission ihre Entwürfe für Europäische 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 zur Gesetzesinitiative 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 sechs Wochen begründet darlegen, daß der Entwurf nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip ver-

---

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; *J. Starbatty* (FN 81); *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.

einbar ist (Art. 6 des Protokolls). Diese Stellungnahmen werden berücksichtigt (Art. 7 des Protokolls). Erreicht die Anzahl der begründeten Stellungnahmen, wonach der Entwurf eines Europäischen Gesetzgebungsaktes nicht mit dem Subsidiaritätsprinzip in Einklang steht, mindestens ein Drittel der Gesamtzahl der den nationalen Parlamenten zugewiesenen Stimmen, so muß der Entwurf „überprüft“ werden. Diese Schwelle beträgt nur ein Viertel der Stimmen, wenn es sich um einen Entwurf eines Europäischen Gesetzgebungsaktes auf der Grundlage von Art. III-264 VV betreffend den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts handelt (Art. 7 Abs. 3 des Protokolls). Wenn aber an dem Entwurf festgehalten wird, ist das zu begründen (Art. 7 Abs. 4 und 5 des Protokolls). Dieses Verfahren grenzt an Lächerlichkeit, zumal die Subsidiaritätsinteressen in jedem Land unterschiedlich sind und große Länder wie Deutschland nicht mehr Stimmen haben als kleine wie Malta. Immerhin hat der Europäische Gerichtshof die Klagen wegen Verstoßes eines Europäischen Gesetzgebungsaktes gegen das Subsidiaritätsprinzip zu entscheiden (Art. 8 des Protokolls). Dieser Gerichtshof läßt jedoch wenig Schutz des Subsidiaritätsprinzips erwarten. Das letzte Wort muß wegen Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG auch in der Subsidiaritätsfrage das Bundesverfassungsgericht haben.

J.

Weitere Aspekte existentieller Staatswidrigkeit

I. Unmittelbare Wirkung von Richtlinien

Im Gegensatz zu den Verordnungen (vgl. Art. 249 Abs. 2 EGV) besitzen die Richtlinien nach der Legaldefinition keine unmittelbare Geltung in den Mitgliedstaaten (vgl. Art. 249 Abs. 3 EGV). Dennoch hat der Gerichtshof richterrechtlich die unmittelbare Wirkung von Richtlinien, wonach man sich auf Richtlinienbestimmungen berufen kann, unter bestimmten Voraussetzungen anerkannt. Die unmittelbare Wirkung befreit anders als die unmittelbare Gel-

tung nicht von der weiterbestehenden Umsetzungspflicht. Im Urteil Duyn hat der Gerichtshof ausdrücklich Rechte des Einzelnen aus einer Richtlinie hergeleitet und diese auf den „effet utile“ gestützt[705]. In der Rechtssache Faccini Dori lehnt er allerdings die unmittelbare Wirkung von Richtlinien zwischen Bürgern ab, weil der Gemeinschaft hierzu die Befugnis fehle[706]. Mit derselben Begründung kann allerdings die Befugnis für die unmittelbare Wirkung überhaupt in Frage gestellt werden. Denn das Argument des effet utile kann eine fehlende Ermächtigung nicht ersetzen.

Der deutsche Bundesfinanzhof[707] und der französische Conseil d`Etat[708] waren deshalb der Rechtsprechung des Gerichtshofs zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien nicht gefolgt. Sie haben die vom Vertrag in Art. 189 EWGV (Art. 249 EGV) bestimmten Grenzen zwischen Verordnung und Richtlinie als nicht gewahrt an. Der Bundesfinanzhof erachtete die hierzu aufgrund Art. 177 EWGV (Art. 234 EGV) ergangene Vorabentscheidung als vom deutschen Zustimmungsgesetz zum Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft nicht mehr gedeckt. Gemäß Art. 20 Abs. 2 GG sah er sich gehalten, das deutsche Umsatzsteuergesetz anzuwenden. Das Bundesverfassungsgericht hingegen billigte die rechtsfortbildende Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur unmittelbaren Wirkung und erkannte diese nicht als Verstoß gegen das Prinzip der begrenzten Ermächtigung. Es stellte fest: "Gegen die Methode richterlicher Rechtsfortbildung ist weder unter dem Maßstab des Zustimmungsgesetzes zum EWGV noch dem des Art. 24 Abs.1 GG etwas zu bewenden"[709]. Es ist nicht die Methode als solche, welche problematisch ist, sondern die durch diese erreichte substantielle Staatlichkeit der Europäischen Union. Die Richtlinien, die ohnehin die Materien genauer zu regeln pflegen, als es der

---

[705] EuGH v. 4. 12.1974 - Rs 41/74 (van Duyn), Slg. 1974, 1337 (1348).

[706] EuGH v. 14.07.1994 - Rs. C-91/92 (Faccini Dori/Recreb), Slg. 1994, I-3325 (3355 f., Rdn. 24).

[707] BFHE 133, 470 ff.

[708] EuR 1979, 292 ff.

[709] BVerfGE 75, 223 (235 ff., Zitat S. 243).

Richtlinienbefugnis entspricht, haben Ermächtigungsgrundlagen, die besonders weit sind und die durch diese Wirkungsverstärkung im Verbund mit der engen Reglungspraxis das Prinzip der begrenzten Ermächtigung mißachten.

II. Rechtsstaatlich fragwürdiger Verordnungsbegriff

Nach Art. III-263 VV (bislang Art. 66, 67 EGV) kann der Rat auf Vorschlag der Kommission (oder auch eines Viertels der Mitgliedstaaten, vgl. Art. III-264 lit. b VV) Europäische Verordnungen zur Sicherstellung der Verwaltungszusammenarbeit zwischen den zuständigen Dienststellen der Mitgliedstaaten erlassen. Im Unterschied etwa zu Art. 67 EGV, der sich nur auf Titel IV EGV (Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken betreffend den freien Personenverkehr) bezieht, verlangt Art. III-263 VV keine Einstimmigkeit. Europäische Verordnungen (Art. I-35 Abs. 2 VV) haben nach Art. I-33 Abs. 4 VV keinen „Gesetzescharakter“, aber „allgemeine Geltung“. Sie sind entweder nach Art. I-33 Abs. 1, UAbs. 4 VV, „in allen ihren Teilen verbindlich“ und gelten „unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“, was bislang der Verordnung nach Art. 249 UAbs. 2 EGV entspricht, oder können „für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet“ sind, „hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich“ sein und überlassen „den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel“. Letzteres entspricht der Definition einer Richtlinie nach Art. 249 UAbs. 3 EGV. Diese unklare Charakterisierung entspricht nicht dem Prinzip hinreichend bestimmter Einzelermächtigung, zumal die Rechtsetzung der Union bereits voraussehbar bestimmt sein muß, also an sich Verordnungscharakter hat, so daß die weitere Delegation der Rechtsetzung darauf schließen läßt, daß die Ermächtigungen zu Gesetzen als weit und offen eingestuft werden, somit demokratiewidrig sind.

III. Unionsbürgerschaft

Die Unionsbürgerschaft baut der Europäische Gerichtshof allmählich zu einer vollintegrierten Bürgerschaft in einem Bundesstaat aus. Zu den Rechten

des Unionsbürgers gehört zur Zeit die in Art. 18 EGV geregelte generelle Freizügigkeit. Nach Art. 18 Abs. 1 EGV hat jeder Unionsbürger über die wirtschaftliche Freizügigkeit hinaus „das Recht, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten vorbehaltlich der in diesem Vertrag und in den Durchführungsvorschriften vorgesehenen Beschränkungen und Bedingungen frei zu bewegen und aufzuhalten“. Aus der Formulierung wird deutlich, daß das "Recht" aus Art. 18 Abs. 1 EGV unter einem gemeinschaftsrechtlichen Regelungsvorbehalt steht[710]. So unterliegt es dem Vorbehalt, daß Sozialhilfe nicht in Anspruch genommen wird[711] Art. I-10 Abs. 2 VV enthält zwar noch allgemeine Grenzen, die sich aus der Verfassung oder aus darauf gestützten Maßnahmen ergeben, aber keinen Regelungsvorbehalt mehr. Der Gerichtshof hat die Unionsbürgerschaft bereits als unmittelbar anwendbares[712] Recht angesehen. Art. I-10 Abs. 2 lit. a VV (bisher Art. 18 Abs. 1 EGV) garantiert ein vorbehaltloses Bewegungs- und Aufenthaltsrecht. 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.[713] 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.[714] Dieses Ergebnis widerspricht Art. 2 der Richtlinie 93/96, der zum Nachweis des Aufenthaltsrechts eine Aufenthaltserlaubnis verlangt. Vielmehr beruht es auf der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die sehr allgemein gehaltenen Schranken des Unionsbürgerrechts in Art. I-10 Abs. 2 VV tragen nichts zur Begrenzung und zur

---

[710] *R. Streinz*, Europarecht, Rdn. 52, S. 20; vgl. auch *M. Haag*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Art. 18 EG, Rdn. 7, 15 f., 17.

[711] Vgl. Art. 1 Richtlinie 90/364 des Rates vom 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht, ABl. Nr. L 180 vom 13.7.1990, S. 26 ff.

[712] 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.

[713] EuGH v. 12.05.1998 - Rs. C-85/96 (Martinez Sala), Slg. 1998, I-2691 (2726, Rdn. 65).

[714] EuGH v. 20.09.2001 - Rs. C-184/99 (Grzelcyk), Slg. 2001, I-6193 (6245, Rdn. 43).

Voraussehbarkeit der Entwicklung dieses Rechts bei. Die Unionsbürgerschaft ist „durch besondere Offenheit und Dynamik gekennzeichnet“[715]. Diese ergibt sich nicht nur aus den vertraglichen Ermächtigungen, sondern auch aus der Evolutivklausel in Art. 22 Abs. 2 EGV / Art. III-129 Abs. 2 VV, die es ermöglicht, die Unionsbürgerrechte nicht nur durch Vertragsänderung, sondern durch bloße Entscheidung des Rates (nach dem Verfassungsvertrag nach Zustimmung des Europäischen Parlaments und der Mitgliedstaaten nach ihren verfassungsrechtlichen Vorschriften) zu erlassen. 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.

K.

Zunehmende Demokratiedefizite in der Europäischen Union

I. Durch den Verfassungsertrag wird die politische Willensbildung der Europäischen Union durch den Verfassungsertrag weiter entdemokratisiert[716]. Das Europäische Parlament ist vor allem nicht demokratisch legitimiert, weil dessen Wahl nicht gleichheitlich (egalitär) ist. Diese „Versammlung“ (so noch Art. 137 EWGV) „der Vertreter der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten“ (Art. 189 Abs. 1 EGV) ist kein eigentliches Parlament. Wäre es ein Parlament, wäre das Grundprinzip der freiheitlichen De-

---

[715] *M. Haag*, in: v. d. Groeben/Schwarze, EU-/EG-Vertrag, Komm., 6. Aufl. 2003, Art. 17 EG, Rdn. 6

[716] 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.; vgl. auch *ders*., zum Prinzip der kleinen Einheit, Die Republik der Völker Europas, ARSP Beiheft 71 (1997), S. 173; *ders.*, Prinzipien des Rechtsstaates, S. 36, 51, 90, 255; wegweisend *Rousseau*, Vom Gesellschaftsvertrag, III, 4 (S. 77), III, 15 (S. 103, 105).

mokratie, der Republik, die Gleichheit in der Freiheit[717], 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. I-34 Abs. 1, Art. III-396 VV) durch den Verfassungsvertrag nicht bekommen. Das Europäische Parlament ist an den Rechtsetzungsverfahren mit Rechten zur Anhörung und zur Stellungnahme beteiligt, bis hin zum Recht, im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren den Standpunkt des Rates (nach Vorschlag der Kommission) mit der Mehrheit seiner Mitglieder (Art. III-396 Abs. 7 lit. b VV) oder im Vermittlungsverfahren sogar den gemeinsamen Entwurf des Vermittlungsausschusses mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen (Art. III-396 Abs. 10-14 VV) abzulehnen. Die wesentlichen Rechtsetzungsorgane in der Europäischen Union sind wie in der bisherigen Europäischen Gemeinschaft (Art. 251, 252 EGV)[718] die Kommission und der Rat (Art. III-396 VV), beides Exekutivorgane. 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. III-179 Abs. 2 ff. VV und im Haushaltsdisziplinierungsverfahren nach Art. III-184 VV 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 ihre Entwicklung auf dem Laufenden gehalten“ (Art. I-41 Abs. 8 VV). Das Europäische Parlament stützt die demo-

---

[717] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 4 f., 275 ff., 325 ff., 410 ff., 422 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 2. Kap., VI, VII, 5. Kap., II, 7. Kap., I, III; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 15 ff., insb. S. 24 ff.

[718] Vgl. *K. A. Schachtschneider*, Das Europäische Parlament, Der Rat, Die Kommission, in: ders./A. Emmerich-Fritsche, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, Lehrstuhl, Stand 2005, § 7, II, 2, § 8, III, § 9, II.

kratische Legitimation der Rechtsakte der Gemeinschaft, hat das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil[719] ausgesprochen, mehr nicht. Das ändert der Verfassungsvertrag trotz sprachlicher Aufwertung des Europäischen Parlaments zum Gesetzgeber (gemeinsam mit dem Rat, Art. I-20 Abs. 1, Art. I-23 Abs. 1 VV) in der Sache nicht, jedenfalls nicht wesentlich. Das vom Grundgesetz 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. I-46 Abs. 2 VV sind die „Bürgerinnen und Bürger auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten", das Art. I-20 Abs. 1 „gemeinsam mit dem Rat als Gesetzgeber" bezeichnet. Das Parlament soll somit nicht mehr Versammlung der Vertreter der Völker sein, sondern Gesetzgebungsorgan der Bürger der Europäischen Union, der Unionsbürgerschaft, welche dadurch gewissermaßen 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[720]; denn das Volk ist staatsrechtlich die Bürgerschaft eines existentiellen Staates, wie es Deutschland (noch) ist[721]. 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 existentiellen Staates, also der Europäischen Union als eines existentiellen Staates, der dann kein Staatenverbund mehr ist, sondern ein existentieller Bundesstaat, um durch die Konstituierung eines neuen Staatsvolkes, des Uni-

---

[719] BVerfGE 89, 155 (184).

[720] BVerfGE 83, 37 (50 ff.); 83, 60 71 f.); vgl. auch BVerfGE 89, 155 (184 ff.).

[721] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 16 f.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 51 f.; *ders*., Die Republik der Völker Europas, ARSP-Beiheft 71 (1997), S. 162; *ders*., Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 76 ff.; dazu oben A, I.

onsvolkes, 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[722]) 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 Verfassungsvertrages 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[723], nicht vom deutschen Volk, sondern von einem europäischen Unionsvolk herleitet. Das hat das Bundesverfassungsgericht zu der Dogmatik von der „begrenzten Einzelermächtigung“ gezwungen[724], die zumindest fingieren kann, daß die Rechtsakte der Gemeinschaft durch die nationalen Parlamente demokratisch legitimiert seien, weil diese die Politik der Gemeinschaft verantworten können würden, die im Wesentlichen in den Gemeinschaftsverträgen, denen die nationalen Parlamente

---

[722] *K. A. Schachtschneider*, Deutschland nach dem Konventsentwurf einer „Verfassung für Europa, FS W. Nölling, 2003, S. 289 ff.; dazu oben A, II.

[723] *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 637 ff., insb. S. 707 ff.

[724] 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. 67 ff.; *H. H. Rupp*, Maastricht und Karlsruhe, S. 108.

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.

Unmittelbar durch die Unionsbürgerschaft legitimierte Gesetzgebung beeinträchtigt rechtlich den Status der Bürger, weil diese, soweit das Europäische Parlament 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[725]. Die unmittelbare Vertretung der Bürger im Europäischen Parlament schließt die zusätzliche Vertretung der Bürger der 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[726], sein müssen, nunmehr Akte eines unmittelbar die Unionsbürger, also ein 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 Wil-

---

[725] 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*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 70 ff.

[726] Dazu *K. A. Schachtschneider,* Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 87 ff.

lensmacht 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[727] nach der Mehrheitsregel[728], 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[729]. Die Gesetzgebungsbefugnis des Europäischen Parlaments (gemeinsam mit dem Rat) nach Art. I-20 Abs. 1 und Art. I-23 Abs. 1 VV 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[730], 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 deut-

---

[727] 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.

[728] Zum Unterschied von Mehrheitsprinzip und Mehrheitsregel *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 106 ff.; *ders*., Freiheit in der Republik, 3. Kap., IV.

[729] 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 Staatlichkeit 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.

[730] Zur Vertretungsdogmatik bei der Gesetzgebung allgemein *K. A. Schachtschneider*, Res publica res populi, S. 637 ff. insb. 707 ff.

schen Vertreter im Europäischen Parlament ist keine Vertretung des Deutschen Volkes, sondern gehört zur Vertretung der Unionsbürger. Sie wird 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[731], hielte und darum durch den Verfassungsvertrag 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[732]. Die Unionspolitik ist aber in der Sache umwälzende Integrationspolitik, zumal die als Rechtsprechung konzipierte (funktionale) Rechtsetzung des Europäischen Gerichtshofs[733]. Die Ermächtigungen schon in den Gemeinschaftsverträgen und erst recht im Verfassungsvertrag[734], 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[735].

---

[731] BVerfGE 89, 155 (181 ff., 191 ff.).

[732] 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. 209 f., 307 f.

[733] Dazu näher F.

[734] Dazu näher B, C.

[735] BVerfGE 89, 155 (185 ff., 191 ff.); *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 111 ff.; *ders*., Prinzipien des Rechtsstaates, S. 68 f.

Diese demokratisch unabdingbare Dogmatik des Prinzips der „begrenzten Ermächtigung“ steht auch nur im deutschen Vertragstext (Art. I-11 Abs. 1 und 2 VV), wohl mit Rücksicht auf das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts. Im britischen Vertragsext steht „principle of conferral“, im französichen „le principe d’attribution“, das spricht lediglich aus, daß die Union keine originären Kompetenzen hat, sondern nur übertragene Kompetenzen. Der entscheidene demokratierechtliche Aspekt der Begrenztheit der Ermächtigungen, deren Bestimmtheit und damit der 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 und französischen Formulierungen ehrlicher; denn der Vertrag überträgt die Hoheitsrechte weit und offen, nicht aber begrenzt, bestimmt und verantwortbar. Daß der „Grundsatz der begrenzten Ermächtigung“ in Art. I-11 VV auch nicht mehr benennen soll, als das Prinzip der originären, sondern derivativen Hoheitsgewalt der Union, erweist auch Absatz 2 des Art. I-11 VV, 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 und französischen Text entspricht, läßt von demokratierechtlicher Bestimmtheit und damit von den nationalen Parlamenten verantwortbarer Unionspolitik nichts übrig, wie das auch der Praxis entspricht. Der Verfassungsvertrag ist unverbesserlich demokratiewidrig.

II. Der Europäische Gerichtshof trägt die wesentliche Grundrechteverantwortung. Der Europäische Gerichtshof hat, orientiert an der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte, aber auch an den „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“ (vgl. Art. 6 Abs. 2 EUV), eine gemeinschaftliche Grundrechteverantwortung 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 Europäische Gerichtshof 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 der Europäische Gerichtshof übernommen. Es kann in einem Staatenverbund, in dem die Gemeinschaftsorgane in die staatliche Organisation der Mitgliedstaaten integriert sind, nicht zweifache Maßstäbe des Rechts geben. 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[736], in Verbindung mit den aus den Grundfreiheiten ebenfalls vom Gerichtshof kreierten subjektiven[737] Rechten folgenden weiten Möglichkeiten, Harmonisierungsinteressen im Klagewege durchzusetzen, hat dem Eropäischen Gerichtshof eine außerordentliche Macht verschafft, die nicht demokratisch legitimiert ist (dazu F, VI). Die Vorabentscheidungsbefugnis des Gerichtshofs aus Art. 234 EGV (Art. III-369 VV)[738] 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 Gerichts-

---

[736] 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., S. 96 ff., 102 ff.; dazu F, I.

[737] 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).

[738] Dazu *K. A. Schachtschneider/A. Emmerich-Fritsche*, Rechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof, in: dies., Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, Stand 2005, § 11, II, 1, S. 241 ff.

hofs zur Grundrechtejudikatur aus Art. 46 lit. d EUV i.V. mit Art. 6 Abs. 2 EUV. 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[739], vorangetrieben 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. I-27 Abs. 1 und 2 VV, bislang Art. 214 Abs. 2 EGV) und obwohl dieses Parlament die Kommission durch Mißtrauensvotum stürzen kann (Art. I-26 Abs. 8 in Verb. mit Art. III-340 VV, bislang Art. 201 EGV). Die Kommissare werden gemäß Art. I-26 Abs. 6 VV „in einem System der gleichberechtigten Rotation zwischen den Mitgliedstaaten ausgewählt". 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

---

[739] 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. 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.

EUV; Art. I-46 Abs. 3 VV), 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. 1-45 VV 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 Grundgesetz verlangt aber für alles Regierungshandeln ständige parlamentarische Kontrolle (Parlamentarisches Regierungssystem[740]).

IV. Nach Art. I-23 Abs. 1 VV wird der Rat (Ministerrat) gemeinsam mit dem Europäischen Parlament als Gesetzgeber tätig. Die „Rechtsakte" sind: Europäische Gesetze, Europäische Rahmengesetze, die Europäischen Verordnungen, Europäische Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungsnahmen (Art. I-33 VV). 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. III-344 VV, bislang Art. 207 Abs. 1 EGV), nicht einverständlich (A-Punkteverfahren) erledigt wurden[741]. Das wird (soll) sich in einem Ministerrat 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. I-23 Abs. 2 VV, bislang Art. 203 EGV). Das wäre in einem Konsenssystem demokratierechtlich gerade noch tragfähig, nicht aber im

---

[740] 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. 240 ff.

[741] Dazu *Th. Oppermann*, Europarecht, Rdn. 291, 295, S. 122, 123 f.; *K. A. Schachtschneider*, Der Rat, § 8, VIII.

Mehrheitssystem, in dem der Wille ganzer Völker entgegen dem Prinzip der Willensautonomie, der Freiheit also, ignoriert werden kann[742]. Das ändert sich auch durch die neuen Kriterien der qualifizierten Mehrheit im Ministerrat nach Art. I-25 Abs. 1 VV nicht wesentlich, wonach die Mehrheit im Ministerrat nicht nur der Mehrheit der Mitglieder des Rates (mindestens 55 % und mindestens 15 Mitglieder) entsprechen, sondern auch 65 % Bevölkerung der Union ausmachen muß[743]. 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.

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 Verfassungsvertrag außer den Staats- und Regierungschefs die Präsidenten des Europäischen Rates (Art. I-22 VV) und der Kommission angehören (Art. I-21 Abs. 2 VV). Bislang haben die Außenminister der Mitgliedstaaten den Europäischen Rat unterstützt, nach dem Verfassungsvertrag nimmt (nur noch) der Außenminister der Union (Art. I-28 VV) an der Arbeit des Europäischen Rates teil (Art. I-21 Abs. 2 S. 2 VV). 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 gewähr-

---

[742] Dazu *K. A. Schachtschneider*, Die existentielle Staatlichkeit der Völker Europas, S. 75 ff.

[743] Das gilt nur, wenn der Rat auf Vorschlag der Kommission (wie regelmäßig, Art. I-34 Abs. 1 VV) oder des Außenministers beschließt, sonst ist eine Mehrheit von 72 % der Mitglieder des Rates nötig (Art. I-25 Abs. 2 VV).

leistet[744]. 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. I-27 Abs. 3 VV).

2 Kopien anbei.

Prof. Dr. Karl Albrecht Schachtschneider

Anlagen

Vollmacht Dr. Peter Gauweiler

Erklärung Dr. Peter Gauweiler im Deutschen Bundestag vom 12. Mai 2005

Ausschuß für die Angelegenheiten der Europäischen Union, Unterrichtung der Bundesregierung vom 11.05.2005, BT-Drs. 154939

Arbeitsordnung der CDU/CSU-Bundestagsfraktion der 15. Wahlperiode vom 16. Oktober 2002, zuletzt geändert am 5. November 2002

Ich darf auf die mit der Verfassungsklage vom 25. April 2005 zum Aktenzeichen 2 BvE 1/05 und 2 BvR 636/05 überreichten Schriften *K. A. Schachtschneider,* „Prinzipien des Rechtsstaates“ und *W. Hankel*, „Keynes – und die Agenda 2010“ hinweisen.

---

[744] Dazu *K. A. Schachtschneider,* Res publica res populi, S. 637 ff.; *ders*., Das Europäische Parlament, § 7, III, S. 156 ff.