

Professor Dr. Dietrich Murswiek, Freiburg i.Br.*

Paradoxa der Demokratie

Über Volkssouveränität und Normbindung

Diese Abhandlung ist zuerst in der Juristenzeitung (JZ) 2017, S. 53-61, erschienen. Die Seitenumbrüche in der JZ sind im folgenden Text in eckigen Klammern markiert. Zum Beispiel bedeutet [54|55], dass der Text vor der Klammer in der JZ auf Seite 54, nach der Klammer auf Seite 55 steht.

Demokratie bedeutet Volkssouveränität, und Volkssouveränität bedeutet, dass das Volk die Legitimationsquelle für die gesamte Staatsgewalt ist. Normative Bindungen der demokratisch legitimierten Staatsorgane scheinen hierzu in einem Spannungsverhältnis zu stehen und werden oft als rechtsstaatliche Korrektive und Begrenzungen der Demokratie verstanden. Dem wird hier die These entgegengestellt, dass es rechtliche Bindungen der Staatsgewalt gibt, die notwendige Bedingungen der Demokratie sind.

I. Einleitung: Paradoxa und Normbindung	2
II. Das Strukturparadoxon der Demokratie, ihr Ursprungparadoxon und das Selbstbindungsparadoxon	3
1. Demokratie als Volksherrschaft.....	3
2. Wer ist das Volk?.....	4
3. Bindung des Volkes an das Prinzip der Volkssouveränität	5
4. Unabänderlichkeit anderer Verfassungsprinzipien	6
III. Nichtparadoxe demokratienotwendige Normbindungen	7
1. Kontingente Organisations- und Verfahrensnormen	8
2. Verfassungsrechtliche Strukturprinzipien der Demokratie.....	8
3. Bindung der Exekutive an das Gesetz	9
4. Bindung supranationaler Organe an die Verträge, durch die sie ermächtigt werden ...	9
a) Kompetenznormen (begrenzte Einzelermächtigungen)	11
b) Materielles Recht (sofern als negative Kompetenznorm fungierend).....	12
c) Sonderfall Europäische Zentralbank.....	12
5. Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz.....	14
IV. (Schein)paradoxe demokratienotwendige Normbindungen	15
1. Schuldenbremse (Odysseus-Paradoxon).....	15
2. Sicherung der Voraussetzungen freier Parlamentsentscheidungen (WWU)	17
3. Konditionalität in der Rettungspolitik: Wir schädigen die Demokratie in den Krisenstaaten, um unsere eigene zu bewahren.	18
V. Schlussbemerkung	19

* Der Autor war Direktor des Instituts für Öffentliches Recht der Universität Freiburg. Der Text ist eine leicht überarbeitete Fassung der am 15.7.2016 in der Universität Freiburg gehaltenen Abschiedsvorlesung.

I. Einleitung: Paradoxa und Normbindung

Im Rechtsstaat ist die verfasste Staatsgewalt an Normen gebunden. Gewaltenteilung, Grundrechte, Normbindung bilden ein System der Bändigung, Mäßigung und Kontrolle staatlicher Macht und des Schutzes der individuellen Freiheit. Normbindung begrenzt die Macht, macht sie berechenbar und voraussehbar. Normbindung begrenzt damit auch die Entscheidungsmöglichkeiten der demokratisch legitimierten Staatsorgane. Der Rechtsstaat wird von denen, die darüber nachdenken, gemeinhin als Einschränkung der Demokratie verstanden, die rechtsstaatliche Demokratie somit als eine gemischte Staatsform, in der die rechtsstaatlichen Sicherungen die Demokratie davor bewahren, zur Willkürherrschaft, zur Tyrannei der Mehrheit zu werden. Verbreitet ist auch die Ansicht, die liberale Demokratie sei *die* Demokratie schlechthin, Grundrechte und Normbindung gehörten zum demokratischen Staat. Begründet wird dies aber kaum. Man setzt Demokratie in einen Gegensatz zur Diktatur und rechnet die Verfassungsnormen, die eine Diktatur verhindern sollen, der Demokratie zu. Diese Zurechnung bleibt aber schwach, solange sie nur auf dem Gedanken beruht, dass Demokratie gut, Diktatur hingegen schlecht sei. Gut und schlecht sind jedoch keine staatstheoretischen oder staatsrechtlichen Unterscheidungskriterien.

Ich möchte zeigen, dass die Normgebundenheit der gesamten öffentlichen Gewalt einschließlich des demokratisch legitimierten Gesetzgebers nicht als Begrenzung, sondern als notwendige Bedingung der Demokratie verstanden werden muss. Und ich möchte zeigen, dass es über die freiheitsverbürgenden rechtsstaatlichen Bindungen der Staatsgewalt hinaus in inter- und supranationalen Mehrebenensystemen zusätzlicher normativer Bindungen der öffentlichen Gewalt bedarf, um die Bedingungen demokratischer Legitimation aufrechtzuerhalten. Auf dem Weg zur Begründung dieser Thesen begegnen wir einigen Paradoxa, die ich Ihnen vorstellen möchte. Wir können dann überlegen, ob wir mit diesen Paradoxa leben müssen, ob sie sich als Scheinparadoxa erweisen oder ob es Diskursebenen gibt, auf denen sie sich auflösen lassen.

Wie kann man ein Paradoxon auflösen? Wir Juristen machen das durch Interpretation. Ich zeige Ihnen das am Beispiel des Klassikers für ein Selbstbezüglichkeits-Paradox: Epimenides sagt: „Alle Kreter lügen.“ Epimenides ist selbst ein Kreter. Wenn seine Aussage wahr ist, hat Epimenides gelogen, also ist sie unwahr. Dieses Paradox lösen wir auf, indem wir die Aussage so interpretieren, dass Epimenides zwar behauptet, dass alle Kreter Lügner seien. Aber selbst notorische Lügner lügen nicht immer. Folglich kann Epimenides die Wahrheit gesagt haben; der Satz ist – so verstanden – nicht selbstwidersprüchlich.

Die meisten Paradoxa¹ der Demokratie hängen mit dem Verständnis der Demokratie als Volkssouveränität zusammen. Nach Art. 20 Abs. 2 GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus. Das Grundgesetz legt uns damit auf das Prinzip der Volkssouveränität als Legitimationsprinzip fest. Souveränität bedeutet normative Ungebundenheit – jedenfalls in dem Sinne, dass der Souverän keinen von außen auferlegten Bindungen unterliegt. Er kann sich

¹ Das, soweit ich sehe, einzige Buch, das sich seinem Titel nach mit diesem Thema beschäftigt, spricht hiervon nur im Singular: *Chantal Mouffe*, *Das demokratische Paradox*, 2008 (engl. Original 2000). Sie sieht dieses Paradox in dem Spannungsverhältnis von Volkssouveränität und Menschenrechten, demokratischen und liberalen Denkansätzen, vgl. S. 11 ff., 21 ff.

selbst binden, zum Beispiel indem er Verträge schließt, aber er kann sich aus diesen Bindungen auch wieder lösen, zum Beispiel indem er Verträge kündigt. Ist das Volk durch von außen auferlegte Normen gebunden, ist es nicht souverän; hat es sich selbst gebunden, kann es diese Bindungen wieder lösen, ist also nicht wirklich gebunden. Ist also Volkssouveränität mit normativ[53|54]er Bindung des Volkes und der von ihm legitimierten Organe ohne Selbstwiderspruch vereinbar? Bevor darauf näher eingegangen wird, zunächst ein paar Bemerkungen zum Strukturparadoxon und zum Ursprungsparadoxon der Demokratie.

II. Das Strukturparadoxon der Demokratie, ihr Ursprungsparadoxon und das Selbstbindungsparadoxon

1. Demokratie als Volksherrschaft

Wir übersetzen „Demokratie“ mit „Volksherrschaft“, wohl wissend, dass jedenfalls in modernen Territorialstaaten schon aus praktischen Gründen das Volk in der Regel nicht selbst die Sachentscheidungen treffen kann, sondern dass die Herrschaft durch Organe ausgeübt werden muss, die vom Volk legitimiert sind und im Namen des Volkes handeln. Das Volk jedenfalls ist in der Demokratie zugleich Legitimationsgrund und Zurechnungssubjekt der öffentlichen Gewalt.

Wie aber artikuliert sich das Volk? Das Volk besteht ja aus der Summe seiner Angehörigen, und diese sind praktisch nie einer Meinung. Wir sprechen vom Volk als *dem* Subjekt der Demokratie, obwohl wir es mit einer Vielzahl von Einzelnen zu tun haben. Das Volk ist Einheit und Vielheit zugleich. Die Vielheit muss zunächst zur Einheit werden oder sie muss als Einheit aufgefasst werden können, damit das Volk überhaupt entscheiden kann. Sie werden sagen: Wo ist denn da das Problem? Es ist doch ganz einfach: Die Mehrheit entscheidet! Das ist die Entscheidungsregel, an die wir uns so sehr gewöhnt haben, dass viele sie als Synonym für Demokratie betrachten: Demokratie, so meinen viele, herrsche da, wo nach der Mehrheitsregel entschieden wird.

Aber so sehr die Mehrheitsregel die demokratische Praxis prägt, so wenig kann sie mit Demokratie gleichgesetzt werden. Stünde die Mehrheitsregel für sich, dann ginge die Staatsgewalt nicht vom Volke aus, sondern von der Mehrheit. Das ist ein großer Unterschied. Die überstimmte Minderheit hätte an der Legitimation der Staatsgewalt keinen Anteil. Wie also kann das Volk als Einheit Entscheidungen treffen, obwohl es eine Vielheit ist, die sich nie einig ist? Als Demokratie lässt sich die Mehrheitsherrschaft nur dann begründen, wenn die Entscheidungen der Mehrheit dem ganzen Volk zugerechnet werden können. Wie ist das möglich? – Es ist nicht möglich durch einen normativen Regress. Man kann nicht argumentieren, die Mehrheitsregel stünde in der Verfassung, und die Verfassung sei doch vom Volk beschlossen worden. Denn selbst dort, wo dies zutrifft, ist doch auch die Entscheidung über die Verfassung eine Mehrheitsentscheidung gewesen. Als Volksherrschaft, als Demokratie, könnte man die Herrschaft der jeweiligen Mehrheit vielleicht dann ansehen, wenn zuvor das ganze Volk, die Gesamtheit seiner Angehörigen, übereingekommen wäre, der jeweiligen Mehrheit die Herrschaft zuzugestehen, weil stän-

diger Konsens in allen Angelegenheiten nicht erzielbar ist und die Mehrheitsherrschaft ein praktikabler Entscheidungsmodus ist. Diese Urübereinkunft aller wird in der staatsphilosophischen Literatur unter dem Stichwort „Gesellschaftsvertrag“ postuliert. Sie löst unser Paradoxon theoretisch auf, aber nicht praktisch, weil ein solcher Gesellschaftsvertrag eine Denkfigur ist, aber kein historisches Faktum.

Wir können zunächst festhalten: Das Strukturparadoxon der Demokratie, dass das Subjekt Einheit und Vielheit zugleich ist, lässt sich nicht praktisch auflösen, sondern nur *staatstheoretisch*. Auf dieser Basis funktioniert die Demokratie in der Praxis aber ganz gut.

Nun kann man sich fragen: Wenn doch unsere Demokratie ganz gut funktioniert, sind dann solche Überlegungen nicht bloß abgehobene Theoretisiererei? Ich meine: nein. Die Denkfigur des Gesellschaftsvertrages richtet unsere Aufmerksamkeit auf die Frage, unter welchen Konditionen alle Bürger, einschließlich derjenigen, die damit rechnen, dass sie zur Minderheit gehören werden – und damit sollten vernünftigerweise alle rechnen –, der Mehrheitsherrschaft zustimmen könnten. Solche Konditionen werden in der Praxis dann in einer verfassungsstaatlichen Verfassung festgeschrieben.

Der hier eingenommene staatstheoretische Ausgangspunkt ermöglicht es, diejenigen Verfassungsnormen zu identifizieren, die beachtet werden müssen, damit das Herrschaftssystem als Demokratie gelten kann. Das bringt uns dem Thema „Volkssouveränität und Normbindung“ näher.

2. Wer ist das Volk?

Zuvor aber ein Hinweis auf das Anfangsparadox der Volkssouveränität. „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“. Aber wer ist das Volk überhaupt? Wir sagen: das Staatsvolk, also die Gesamtheit der Staatsangehörigen. Und wer ist Staatsangehöriger? Das ergibt sich aus dem Staatsangehörigkeitsgesetz. Das Staatsangehörigkeitsgesetz ist vom demokratisch gewählten Parlament beschlossen worden, ist also demokratisch legitimiert. Aber bevor ein demokratisch gewähltes Parlament das Staatsangehörigkeitsgesetz beschließen konnte, musste bereits feststehen, wer zum Volk gehört und somit dieses Parlament wählen durfte. Man muss nur ein paar Schritte in der Geschichte zurückgehen, dann kommt man an einen Punkt, an dem jemand anders als das Volk entschieden hat, welches die maßgebliche politische Einheit ist und wer zu ihr gehört. Im Zusammenhang mit dem Selbstbestimmungsrecht der Völker hat der britische Völkerrechtler Sir Ivor Jennings dieses Paradoxon so formuliert: „The people cannot decide until somebody else decides who are the people“². Das trifft regelmäßig für demokratische Revolutionen ebenso zu wie für die Entstehung neuer Staaten. Auch vordemokratische Staaten hatten ein Staatsvolk. Die europäischen Demokratien sind innerhalb der Territorien früherer Monarchien oder Diktaturen entstanden. Das bereits zuvor existierende Staatsvolk war dann das Subjekt der neuen Demokratie. Wer dazu gehörte, hatte nicht das Volk selbst entschieden. Oder wenn wir an die Dekolonisierung denken, dann waren die Selbstbestimmungssubjekte in der Regel die Einwohner der jeweiligen Kolonie, deren Grenzen von der Kolonialmacht gezogen worden waren.

² Sir Ivor Jennings, *The Approach to Self-Government*, Cambridge 1956, S. 56 f.

Genau betrachtet kann die Konstituierung einer Gruppe zum Volk und somit zum Subjekt der Demokratie schon aus logischen Gründen nicht vom Volk vorgenommen werden³. Denn wenn eine Gruppe sagt, wir wollen uns als Volk verstehen und einen Staat gründen, dann ist diese Gruppe jedenfalls noch kein Staatsvolk. Sie würde es erst dadurch, dass ihr die Staatsgründung gelingt. Und ein Volk im Sinne des Selbstbestimmungsrechts der Völker wäre sie nur dann, wenn sie neben ihrem Willen, einen Staat zu bilden, noch [54|55] andere Kriterien erfüllte, über die sie nicht selbst entschieden hat, sondern die das Völkerrecht vorgibt.

Dennoch handelt es sich nur um ein Scheinparadox. Denn das Demokratieprinzip setzt voraus, dass das Subjekt der Demokratie, das Volk, bereits existiert. Es regelt nicht die Entstehung von Völkern. Existiert aber das Subjekt einmal, dann sind fürderhin alle Entscheidungen, die die Existenz des Subjekts und seine Zusammensetzung betreffen, selbstverständlich demokratisch legitimationsbedürftig. Die Entscheidung, kein Staatsvolk mehr sein zu wollen (und sich beispielsweise in eine größere politische Einheit einzugliedern), kann das Volk daher nicht auf ein anderes Subjekt delegieren. Die Regierung legitimiert sich nicht durch irgendein Volk, sondern durch ein ganz konkretes Volk. Sie hat nur begrenzte Kompetenzen innerhalb des Rahmens ihrer Legitimationsgrundlage, darf also die Legitimationsgrundlage nicht beseitigen. Dies hat das Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil richtig gesehen⁴. Anders als man dies bei einer rein „verfassungshandwerklichen“ Betrachtung⁵ annehmen könnte, ist dies nicht nur eine staatstheoretische Überlegung, sondern ein systematisches Argument innerhalb der Auslegung der Verfassung, hier also Art. 20 Abs. 2 GG⁶.

3. Bindung des Volkes an das Prinzip der Volkssouveränität

Bedeutet Demokratie, dass zumindest mittelbar-legitimatorisch das Volk entscheidet, stellt sich die Frage: Was, wenn das Volk entscheidet, dass nicht das Volk entscheiden soll, sondern jemand anders – ein König oder ein Politbüro? Das Grundgesetz legt uns auf die Demokratie fest. Mit keiner noch so großen Mehrheit darf das Demokratieprinzip beseitigt werden (Art. 79 Abs. 3 GG). Die Demokratie kann auch dann nicht legal durch eine Diktatur ersetzt werden, wenn das Volk dies will. Ist das undemokratisch?

³ Zu weiteren Identifikationen, die das Demokratieprinzip voraussetzt und die an dieser Stelle nicht besprochen werden, vgl. *Dietrich Murswiek*, Die verfassunggebende Gewalt des Volkes nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 64.

⁴ *BVerfG*, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 226 ff., insb. 228, 347 = *BVerfGE* 123, 267 (347 f., 404) – Lissabon.

⁵ Vgl. *Matthias Jestaedt*, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah? Verfassungshandwerkliche Anfragen an das Lissabon-Urteil des BVerfG, *Der Staat* 48 (2009), S. 497 (510 ff.).

⁶ Vgl. *Dietrich Murswiek*, Der Grundsatz der souveränen Staatlichkeit als unabänderliches Verfassungsprinzip, in: Kraus / Wolff (Hg.), *Souveränitätsprobleme der Neuzeit*. FG für Helmut Quaritsch, 2010, S. 95 ff.; zuvor bereits *ders.*, Maastricht und der Pouvoir Constituant. Zur Bedeutung der verfassunggebenden Gewalt im Prozeß der europäischen Integration, *Der Staat* 32 (1993), S. 161 (162 ff.); speziell zur positivrechtlichen Relevanz der verfassunggebenden Gewalt im Grundgesetz *ders.*, Kommentierung der Präambel, in: *Bonner Kommentar* (2005), Rn. 175 ff.

Verfassungsrechtlich lautet die Antwort ganz einfach: nein. Denn was Demokratie ist, bestimmt das Grundgesetz, und dieses bestimmt, dass das Demokratieprinzip unabänderlich ist. Die hierin liegende Einschränkung der Volkssouveränität ließe sich also nur verfassungstheoretisch kritisieren. Aber auch das ist nicht möglich. Das Volk kann sich seiner verfassunggebenden Gewalt nicht entäußern. Das demokratische Legitimationsprinzip ist eine Idee, die aus sich selbst heraus Geltung beansprucht. Und das kann sie, solange die Epoche unter ihrem Signum steht. Deshalb ist die Ausgangsfrage nur theoretisch: Solange die Demokratie das einzig in Betracht kommende Legitimationsprinzip ist, wird das Volk keine andere Legitimationsquelle bestimmen. Und sobald alle überzeugt sind, dass die Staatsgewalt nicht vom Volk, sondern – sagen wir: von Allah – ausgeht, spielt es keine Rolle mehr, ob es früher mal die Meinung gegeben hat, das Volk könne sich nicht gegen die Demokratie entscheiden. Problematisch ist nur die Zwischenperiode, in der ein großer Teil des Volkes den Willen des Volkes und ein anderer großer Teil des Volkes den Willen Allahs für maßgeblich hält. Dann wird das Problem nicht staatsphilosophisch gelöst, sondern im Bürgerkrieg. Oder es wird so gelöst, wie Houellebecq das in seinem Roman „Unterwerfung“ ausgemalt hat – aber solche Alternativen sind jetzt nicht mein Thema.

Das scheinbare Paradoxon, dass das Volk souverän ist, aber sich nicht gegen die Volkssouveränität entscheiden darf, löst sich auf, wenn man die Entscheidungszuständigkeit des Volkes in ihrer zeitlichen Dimension betrachtet. Bedeutet Volkssouveränität, dass es auf den Willen des Volkes ankommt beziehungsweise dass Entscheidungen durch das Volk legitimiert sein müssen, dann kann dies nicht nur für die je konkret anstehende Entscheidung gelten. Sondern dann muss die Herrschaftsgewalt so ausgeübt werden, dass auch künftig alle Entscheidungen demokratisch legitimiert sind. Umgekehrt folgt daraus, dass solche Entscheidungen mit dem Demokratieprinzip nicht vereinbar sind, die es ausschließen, dass künftige Entscheidungen der Legitimation des Volkes bedürfen. Kurz gesagt: Das Demokratieprinzip legitimiert nicht seine Abschaffung im Wege demokratisch legitimierter Entscheidungen.

4. Unabänderlichkeit anderer Verfassungsprinzipien

Nun entzieht das Grundgesetz aber auch noch andere Verfassungsprinzipien der Abänderung durch Mehrheitsentscheid. Für die Menschenwürdegarantie ist dies unproblematisch. Wir können, nachdem wir durch die Aufklärung gegangen sind, gar nicht mehr anders denken, als dass jedem Menschen Menschenwürde zukommt. Weil das so ist, haben wir aber auch keinen wirklichen Konflikt mit dem Demokratieprinzip, wenn wir die Menschenwürde absolut schützen. Es gibt Grundsätze, derer wir uns so gewiss sind, dass für sie der Satz aus der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung gilt: „We hold these truths to be self-evident.“ Wenn es solche Wahrheiten gibt, an denen niemand zweifelt, dann bezeichnen diese einen Tiefenschichten-Grundkonsens. Sie haben eine Eigenlegitimität, die unabhängig davon trägt, was das Volk jeweils will. Aber solange dieser Grundkonsens trägt, bleibt ein Konflikt beider Legitimitätsgründe eine nur theoretische Potentialität.

Unabänderlich ist nach dem Grundgesetz auch das Rechtsstaatsprinzip. Es steht mit seinen wichtigsten Teilprinzipien – dem Freiheitsprinzip, den organisatorischen Vorkehrungen gegen Machtmissbrauch und Willkürherrschaft oder dem Rechtsschutz durch unabhängige

Gerichte – zwar in enger Beziehung zur Menschenwürdegarantie, geht aber keineswegs darin auf. Entgegen einer verbreiteten Auffassung möchte ich das Rechtsstaatsprinzip dennoch nicht als Einschränkung der Volkssouveränität und somit als ein das Demokratieprinzip moderierendes Gegenprinzip verstehen, sondern als Bedingung der Demokratie.

Damit komme ich zurück auf das Problem der Mehrheitsherrschaft. Warum sollten in dem theoretisch angenommenen Gesellschaftsvertrag, der der Verfassung zugrunde liegt, die Menschen sich der Willkür der jeweiligen Mehrheit unterworfen haben? Sie werden vernünftigerweise mit der Herrschaft der Mehrheit nur unter der Voraussetzung einverstanden sein, dass die Verfassung ihre Freiheit wirksam schützt und dass sie in ihrer Freiheit nicht mehr als zur Verwirklichung des Gemeinwohls notwendig eingeschränkt werden. Die Mehrheitsherrschaft wird akzeptiert, weil jeder einsieht, dass es öffentliche Aufgaben gibt, für die man den [55|56] Staat benötigt, und weil der Staat konkrete Entscheidungen nicht im Konsens aller Bürger treffen kann. Aber diese Notwendigkeiten implizieren nicht die Notwendigkeit, die individuelle Freiheit vollständig dem Mehrheitswillen zu unterwerfen. Die demokratietheoretische Rechtfertigung der Mehrheitsherrschaft trägt somit nur so weit, wie dies mit der Wahrung der – institutionell abgesicherten – individuellen Freiheit vereinbar ist. Die verfassungsrechtliche Ausgestaltung des Rechtsstaats kann daher auch als rechtliche Konkretisierung der demokratietheoretischen Voraussetzungen der Mehrheitsherrschaft verstanden werden. In dieser Sichtweise sind Demokratie und Rechtsstaat keine tendenziell gegenläufigen Prinzipien, sondern der Rechtsstaat ist ein notwendiges Element der – sich organisatorisch als Mehrheitsherrschaft verfassenden – Demokratie.

Die Unabänderlichkeit von Bundesstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit lässt sich auf diese Weise nicht rechtfertigen. Sie sind nicht demokratienotwendig und stehen deshalb zur Disposition des *pouvoir constituant*. Ob das lediglich eine verfassungstheoretische oder – wie das Bundesverfassungsgericht im Lissabon-Urteil mit Blick auf Art. 146 GG angenommen hat – eine verfassungsrechtliche Erwägung ist⁷, hängt davon ab, ob der *pouvoir constituant* nur eine verfassungstheoretische Größe ist, oder ob die konkrete Verfassung ihn – neben oder besser über der verfassungsändernden Gesetzgebung – als eine zusätzliche Stufe der Hervorbringung von Verfassungsrecht inkorporiert hat⁸.

III. Nichtparadoxe demokratienotwendige Normbindungen

Neben den erwähnten scheinparadoxen Normbindungen des Volkssouveräns gibt es eine Vielzahl nichtparadoxaer normativer Bindungen der demokratisch legitimierten Organe. Ich spreche jetzt über solche nichtparadoxen Normbindungen, die für die Verwirklichung des Demokratieprinzips notwendig sind.

⁷ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 30.6.2009 – 2 BvE 2/08 u.a., Rn. 179, 217, 218, 228, 263, 323 ff. = *BVerfGE* 123, 267 (331 f., 343, 344, 347f., 349 f., 364) – Lissabon.

⁸ In diesem Sinne *Dietrich Murswiek*, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1978, S. 146 ff.; *ders.*, Kommentierung der Präambel, in: Bonner Kommentar (2005), Rn. 131-136, 175-179.

1. Kontingente Organisations- und Verfahrensnormen

Notwendige Normbindungen ergeben sich daraus, dass Demokratie ohne Organisations- und Verfahrensvorschriften nicht funktionieren kann. Keine Staatsform ist so sehr auf Konstitutionalisierung angewiesen wie die Demokratie. Da das Volk in der Regel nicht selbst entscheidet, muss geregelt sein, welche Organe gebildet werden, die für das Volk handeln können. Ihre Zusammensetzung und ihre Kompetenzen, ihre Kreation und ihre Entscheidungsprozeduren müssen normiert sein. Auch wo das Volk selbst handelt, sind rechtliche Regeln nötig – das Wahlrecht für Parlamentswahlen beispielsweise, oder Verfahrensregeln und Quoren für Volksentscheide.

Durch das Demokratieprinzip determiniert sind nur wenige dieser Regeln, insbesondere das Prinzip der Wahlrechtsgleichheit. Die meisten Regeln konnte der Gesetzgeber so gestalten, wie er sie gestaltet hat. Er hätte aber auch etwas anderes regeln können. Dennoch ist ihre Beachtung eine notwendige Bedingung für die demokratische Legitimation der Staatsgewalt. Denn Legitimation ist Zurechnung. Es kommt darauf an, ob die jeweils getroffene Entscheidung dem Volk zugerechnet werden kann – ob sie „vom Volke ausgeht“, wie Art. 20 Abs. 2 GG sagt. Diese Zurechnung ist rechtlich überhaupt nur möglich über die Zurechnungsregeln, die das Rechtssystem dafür zur Verfügung stellt.

Ein Beispiel: Ob ein Beteiligungsquorum für Volksabstimmungen bei 30 % der stimmberechtigten Bürger liegt oder etwa bei 40 %, ist aus dem Demokratieprinzip nicht ableitbar. Man kann politisch diskutieren, welche Regelung sinnvoll ist. Wenn eine solche Regelung aber gilt, dann ist die von der Mehrheit der sich an der Abstimmung beteiligenden Stimmberechtigten getroffene Sachentscheidung demokratisch legitimiert, sofern das konkret festgelegte Beteiligungsquorum erreicht ist. Liegt das gesetzlich bestimmte Quorum bei 30 %, kann die Gültigkeit der Abstimmung nicht damit angezweifelt werden, dass weniger als 50 % teilgenommen hätten. Haben aber nur 29 % teilgenommen, ist der Volksentscheid nicht zustande gekommen. Man kann nicht einwenden, dass in anderen Ländern eine Mindestbeteiligung von 20 % ausreicht.

Ob Sachentscheidungen oder Organe und Amtsträger demokratisch legitimiert sind, hängt somit davon ab, ob die Vorschriften beachtet worden sind, die die Legitimationszusammenhänge herstellen, und zwar auch dann, wenn diese Vorschriften demokratietheoretisch und verfassungsrechtlich kontingent sind.

Entsprechendes lässt sich für Kompetenzvorschriften sagen: Jedes Staatsorgan ist verfassungsrechtlich nur berechtigt, innerhalb seiner Kompetenzen zu handeln. Überschreitet es die Grenzen seiner Kompetenzen, handelt es nicht nur verfassungswidrig, sondern auch ohne demokratische Legitimation. Denn die vom Volk ausgehende Legitimation erstreckt sich immer nur auf den jeweiligen Kompetenzbereich des gewählten Organs.

2. Verfassungsrechtliche Strukturprinzipien der Demokratie

Dass demokratienotwendig auch die Bindung an diejenigen Verfassungsnormen ist, die die Strukturprinzipien der Demokratie konkretisieren – etwa die Begrenzung der Herrschaft auf Zeit, das Recht auf Bildung einer Opposition oder die Chancengleichheit der politi-

schen Parteien – versteht sich von selbst. Auch diese Vorschriften sind freilich teilweise kontingent. So könnte die Wahlperiode (Art. 39 Abs. 1 Satz 1 GG) von vier auf fünf Jahre ausgedehnt werden. Die geltende Regel könnte geändert werden. Solange sie gilt, reicht die durch die Bundestagswahl vermittelte Legitimität aber nur für vier Jahre.

3. Bindung der Exekutive an das Gesetz

Dass die Exekutive an das Gesetz gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG), gehört zu den rechtsstaatlichen Selbstverständlichkeiten. Die Gesetzesbindung der Exekutive hat aber auch demokratisch-legitimatorische Bedeutung. Sie bewirkt „sachlich-inhaltliche“ Legitimation⁹, nämlich Anbindung an den Willen des unmittelbar demokratisch legitimierten und das Volk repräsentierenden Parlaments. Während die Regierung legitimatorisch sozusagen auf eigenen Füßen steht, ist die personell kaum demokratisch legitimierte und durch die Einbindung in Weisungszüge nur sehr mittelbar an die parlamentarische Verantwortlichkeit gekoppelte Verwaltung auf diese Zusatzlegitimation angewiesen. [56|57]

Nicht nur für die Verwaltung, sondern auch für die Regierung wirkt die Gesetzesbindung dort *legitimitätsbegründend*, wo die Verfassung Exekutiventscheidungen unter den Vorbehalt des Gesetzes stellt. Der Vorbehalt des Gesetzes wirkt wie eine negative Kompetenzbestimmung: Wo er gilt, darf die Exekutive nicht aus eigener Kompetenz und somit nicht kraft ihrer Eigenlegitimation entscheiden, sondern nur dann und nur insoweit, wie der Gesetzgeber die Entscheidungsbefugnis konstitutiv eröffnet. Erst die gesetzliche Befugnisnorm vermittelt hier die demokratische Legitimation.

Wo die Regierung grundsätzlich ohne gesetzliche Grundlage handeln könnte, der Gesetzgeber aber eine Regelung getroffen hat, wirkt die Bindung an das Gesetz nicht legitimitätsbegründend, sondern -begrenzend. Die Regierung, die ohne das Gesetz frei hätte entscheiden können, darf nur noch im Rahmen des Gesetzes handeln. Nur noch innerhalb dieses Rahmens ist sie demokratisch legitimiert.

Im verfassungsstaatlichen Zurechnungssystem ist demokratische Legitimation also sehr viel komplexer als der im Ansatz ja richtige Gedanke, die Regierung erhalte ihre demokratische Legitimation über die Wahl des Bundeskanzlers durch das Parlament und durch die Verantwortlichkeit gegenüber dem Parlament, nahelegt. Dort, wo die Regierung Gesetze außer Acht lässt, handelt sie nicht nur rechtswidrig, sondern auch ohne demokratische Legitimation.

4. Bindung supranationaler Organe an die Verträge, durch die sie ermächtigt werden

In Deutschland ist es eine seltene Ausnahme, dass die Regierung sich offen über das Gesetz hinwegsetzt, auch wenn die Ära Merkel durchaus Anschauungsmaterial dafür bietet¹⁰.

⁹ Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 21.

¹⁰ Beispiele sind das „Atommoratorium“ 2011 (behördlich verfügte Einstellung des Leistungsbetriebs von Atomkraftwerken nach Fukushima ohne gesetzliche Grundlage; dazu z.B. *BVerwG*, Beschl. v. 20.12.2013 – 7 B 18.13; *Hess. VGH*, Urt. v. 27.2.2013 – 6 C 824/11.T), die Nichtanwendung des vom

In der Europäischen Union herrscht ein – sagen wir zurückhaltend – sehr viel unbefangener Umgang mit rechtlichen Regeln. Ich erinnere an zwei berühmte Politikerworte, bezogen auf den vorläufigen „Euro-Rettungsschirm“: Die damalige französische Finanzministerin *Christine Lagarde* sagte dazu: „Wir verletzen alle Rechtsvorschriften, weil wir einig auftreten und wirklich die Euro-Zone retten wollten.“¹¹ Zuvor hatte der französische Europaminister *Pierre Lellouche* erklärt, der Euro-Rettungsschirm sei durch die No-Bailout-Klausel ausdrücklich verboten. De facto habe man den Vertrag geändert. Die französische Regierung sei überzeugt, dass der Euro-Stabilisierungsmechanismus auf eine „fundamentale Revision“ der EU-Regeln hinauslaufe¹². Das hat der EuGH später anders gesehen¹³, was allerdings nicht für den EuGH spricht¹⁴. Wichtig ist für mich in diesem Zusammenhang, dass das Denken in Regeln und normativen Bindungen auf europäischer Ebene vielen Politikern fremd ist. Zuletzt ist Kommissionspräsident Jean Claude Juncker mit der Bemerkung aufgefallen, Frankreich müsse die Kriterien des Fiskalpakts nicht einhalten, „weil es Frankreich ist“¹⁵. Diese Wurstigkeit im Umgang mit Normen scheint auf EU-Ebene verbreitet zu sein. Der Stabilitätspakt wird seit Jahren permanent verletzt.

Dabei ist in einem Mehrebenensystem wie dem Staatenverbund der Europäischen Union die Einhaltung der vereinbarten Regeln für die demokratische Legitimation ganz besonders wichtig. Denn anders als in den Mitgliedstaaten haben die Wähler hier nicht die Möglichkeit, die Entscheidungsträger mit ihrer Stimmabgabe zur Verantwortung zu ziehen¹⁶. Zudem sind die Legitimationszusammenhänge hier noch viel komplizierter als innerhalb eines Staates. Und je länger die Legitimationsketten, desto größer die Fehleranfälligkeit des Systems. Das erfordert besondere Sorgfalt hinsichtlich der Beachtung der Regeln. Das

Bundestag beschlossenen Gesetzes über eine Internetsperre für Kinderpornographie (dazu z.B. *Dirk Heckmann*, Gutachterliche Stellungnahme im Rahmen der Sachverständigenanhörung, S. 21-23, <http://webarchiv.bundestag.de/cgi/show.php?fileToLoad=4420&id=1223>) oder zuletzt die Nichtanwendung der Vorschrift des Asylgesetzes, nach der aus sicheren Drittstaaten einreisende Ausländer an der Grenze zurückzuweisen beziehungsweise wenn sie im grenznahen Raum in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit einer unerlaubten Einreise angetroffen werden, zurückzuschieben sind (§ 18 Abs. 2, 3 AsylG – dazu z.B. *Udo Di Fabio*, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem [Gutachten], 2016, S. 94-96; *Hans-Jürgen Papier*, Asyl und Migration – Recht und Wirklichkeit, *VerfBlog* 18.1.2016, <http://verfassungsblog.de/asyl-und-migration-recht-und-wirklichkeit/> [abgerufen am 15.8.2016]; *Dietrich Murswiek*, Nationalstaatlichkeit, Staatsvolk und Einwanderung, in: *Deppenheuer / Grabenwarter* [Hg.], *Der Staat in der Flüchtlingskrise*, 2016, S. 123 [134 f.]; a.A. z.B. *Daniel Thym*, *Der Rechtsstaat und die deutsche Staatsgrenze*, *VerfBlog* 22.1.2016, <http://verfassungsblog.de/der-rechtsstaat-und-die-deutsche-staatsgrenze/> [abgerufen am 15.8.2016]).

11 Reuters-Meldung vom 18.12.2010.

12 FT.com 28.5.2010, <http://www.ft.com/cms/s/0/7e31e9cc-69ef-11df-a978-00144feab49a.html> (abgerufen am 5.6.2010).

13 *EuGH*, Urt. v. 27.11.2012 – Rs. C-370/12, Rn. 129-147 – Pringle.

14 Vgl. *Dietrich Murswiek*, *Die Eurokrise vor dem Bundesverfassungsgericht*, 2016, S. 53 i.V.m. S. 65-71, 115-124, 171-184.

15 Z.B. <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/stabilitaetspakt-euro-gruppen-chef-will-keine-weiteren-ausnahmen-fuer-frankreich-a-1095616.html> (abgerufen 6.7.2016).

16 Vgl. z.B. *Dieter Grimm*, *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*, 2016, S. 20 f., 41, 88.

Bundesverfassungsgericht hat diesen Zusammenhang gesehen und ihn zur Grundlage seiner Entscheidung zum OMT-Staatsanleihenankaufprogramm der EZB¹⁷ gemacht.

a) Kompetenznormen (begrenzte Einzelermächtigungen)

Die Organe der Europäischen Union haben Zuständigkeiten nur im Rahmen der ihnen durch die Verträge von den Mitgliedstaaten übertragenen begrenzten Einzelkompetenzen. Wo der EU keine Kompetenz übertragen worden ist, sind die Mitgliedstaaten zuständig. Daraus folgert das Bundesverfassungsgericht zutreffend, dass die demokratische Legitimation der EU-Organe nicht weiter reichen kann als ihre Kompetenzen. Die Zustimmungsgesetze der Mitgliedstaaten zu den Verträgen sind ein notwendiger Strang der Vermittlung demokratischer Legitimität in der Europäischen Union.

Dass Kompetenzüberschreitungen von EU-Organen nicht nur rechtswidrig, sondern auch undemokratisch sind, ist nicht nur politisch von Belang, sondern auch rechtlich. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts hat jeder stimmberechtigte Bürger ein Recht auf Teilhabe an der demokratischen Legitimation der Staatsgewalt¹⁸. Und dieses Recht wird durch strukturell bedeutsame Kompetenzüberschreitungen, vom Bundesverfassungsgericht auch Ultra-vires-Akte genannt, verletzt. Die eigenmächtige Inanspruchnahme von Kompetenzen durch EU-Organe, so das Bundesverfassungsgericht, verletze den Grundsatz, dass jede in Deutschland ausgeübte öffentliche Gewalt einer auf die Wähler zurückführbaren Legitimation bedarf¹⁹. [57|58] Auch für die Europäische Union gelte der Anspruch des Bürgers, nur einer solchen öffentlichen Gewalt ausgesetzt zu sein, die er auch legitimieren und beeinflussen kann²⁰. Fehle einem EU-Organ für sein Handeln eine hinreichende Legitimation durch das Zustimmungsgesetz, sei der Bürger nämlich einer öffentlichen Gewalt ausgesetzt, die er nicht legitimiert hat²¹; das verletze den Grundsatz der Volkssouveränität²². Daher habe der Bürger einen Anspruch auf Schutz gegen Kompetenzüberschreitungen durch EU-Organe, den er mit der Verfassungsbeschwerde geltend machen könne²³. Dies eröffnet dem Bundesverfassungsgericht die Möglichkeit, eine Ultra-vires-Kontrolle vorzunehmen, also zu überprüfen, ob ein EU-Organ seine Kompetenzen überschritten hat.

¹⁷ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Urteil, vgl. insb. Rn. 115-151.

¹⁸ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Urteil, Rn. 81 m. Hinw. auf BVerfGE 37, 271 (279); 73, 339 (375); 123, 267 (340); 132, 195 (238 Rn. 104); 135, 317 (399 Rn. 159).

¹⁹ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Urteil, Rn. 82, 133-135.

²⁰ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Urteil, Rn. 127-129, 133-135.

²¹ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Urteil, Rn. 135, 145.

²² BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Urteil, Rn. 132, 135.

²³ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Urteil, Rn. 129 f.; vgl. dazu bereits *Murswiek* (Fn. 14), S. 32-35, 72-76, 691-694.

Das Bundesverfassungsgericht schränkt diese Kontrolle freilich auf „offensichtliche und strukturell bedeutsame“ Kompetenzüberschreitungen ein²⁴. Das soll Ausdruck der „Europarechtsfreundlichkeit“ des Grundgesetzes sein²⁵ – was ein Thema für eine gesonderte Abhandlung wäre.

b) Materielles Recht (sofern als negative Kompetenznorm fungierend)

Im OMT-Verfahren ging es nicht nur darum, ob die Europäische Zentralbank (EZB) ihre Kompetenzen überschritten hat. Es ging auch um die Frage, ob ihr Staatsanleihenankaufprogramm gegen das Verbot der monetären Haushaltsfinanzierung verstößt. Das ist eine Frage des materiellen Rechts. Das Bundesverfassungsgericht hat sie aber im Rahmen seiner Ultra-vires-Kontrolle wie eine Kompetenzfrage behandelt²⁶ und ist davon ausgegangen, dass die EZB mit einem Verstoß gegen dieses Verbot ebenfalls das Demokratieprinzip verletzt hätte. Ein solches Verbot fungiert als negative Kompetenznorm²⁷. Die EZB hat das Mandat, Geldpolitik zu betreiben, aber nicht mit dem Mittel der Staatsfinanzierung. Auf den Einsatz dieses Mittels erstreckt sich die durch die Zustimmungsgesetze der Mitgliedstaaten vermittelte Legitimation somit nicht. Allgemein gesagt: Verstößt die Exekutive gegen ein an sie gerichtetes Handlungsverbot, fehlt ihr dafür die demokratische Legitimation.

c) Sonderfall Europäische Zentralbank

Die EZB ist im übrigen ein Sonderfall: Selbst wenn sie alle Regeln beachtet, ist sie nicht demokratisch legitimiert. Die personelle Legitimation ihrer Funktionsträger ist völlig unzureichend, und wegen ihrer Unabhängigkeit ist die EZB von der Legitimationsquelle der parlamentarischen Verantwortlichkeit abgeschnitten. Das Bundesverfassungsgericht hat dieses Demokratiedefizit akzeptiert. Die besondere Aufgabe einer Notenbank, die Geldwertstabilität zu sichern, rechtfertigt es, dass ihre Gremien mit Experten besetzt sind, die dem politischen Druck derer entzogen sind, die sich regelmäßig einer Wahl stellen müssen und daher in der Versuchung sind, sich beim Wahlvolk durch teure Wahlgeschenke beliebt zu machen²⁸. Die EZB besitzt somit keine demokratische, sondern eine expertokratische Legitimation²⁹.

Eine solche Ausnahme vom Demokratieprinzip zu rechtfertigen, ist nicht einfach. Das Bundesverfassungsgericht hat es sich ein wenig vereinfacht, indem es nicht von einer Aus-

²⁴ *BVerfG*, Urte. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Urteil, Rn. 129.

²⁵ *BVerfG*, Urte. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Urteil, Rn. 83, 156 ff.

²⁶ Vgl. z.B. *BVerfG*, Urte. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Urteil, Rn. 197-209; *BVerfG*, Beschl. v. 14.1.2014 – 2 BvR 2728/13 u.a. – Rn. 84-94 = *BVerfGE* 134, 366 (411-415) – OMT-Vorlagebeschluss.

²⁷ Vgl. *Murswiek* (Fn. 14), S. 42, 656 f., 671, sowie – bezogen auf das Bail-out-Verbot des Art. 125 Abs. 1 AEUV – S. 76, 188.

²⁸ Vgl. *BVerfGE* 89, 155 (208 f.) – Maastricht.

²⁹ *Murswiek* (Fn. 14), S. 452 ff., 507 f., 571.

nahme spricht, sondern von einer „Modifikation“ des Demokratieprinzips³⁰. Doch damit wird nur Nebel über das Problem geblasen. Ich sehe es so: Als der verfassungsändernde Gesetzgeber den Art. 88 Satz 2 ins Grundgesetz schrieb, der die Übertragung der Notenbankkompetenzen an die EZB erlaubt und deren Unabhängigkeit dabei zur Voraussetzung macht, handelten die Politiker in der Selbsterkenntnis, dass sie immer wieder den Verlockungen zu finanzieller Unsolidität unterliegen und daher nicht die geeigneten Hüter der Preisstabilität sind. Die demokratisch gewählten Politiker entdeckten eine Dysfunktionalität des demokratischen Legitimationssystems: Der Wettbewerb um Wählerstimmen reizt dazu an, genau das zu tun, was nach Meinung aller – oder zumindest nach Meinung der ganz großen Mehrheit, die diese Verfassungsänderung beschlossen hat – dem Gemeinwohl zuwiderläuft. Der demokratische Wettbewerb produziert paradoxerweise ein Ergebnis, das man insofern als undemokratisch betrachten kann, als es das Gegenteil von dem ist, worüber Konsens besteht. Diese Dysfunktionalität soll überwunden werden, indem ein unabhängiges Expertengremium zum Hüter der Preisstabilität bestimmt wird. Über das Ziel besteht demokratischer Konsens; das Mittel zu seiner Erreichung ist das Expertengremium. Die Demokratie überwindet ihr Funktionsdefizit mit einem undemokratischen Mittel und stellt so die Wahrung des demokratisch bestimmten Gemeinwohlziels sicher. – Dass der deutsche Gesetzgeber für dieses Modell die guten Erfahrungen mit der Bundesbank vor Augen hatte und mit der EZB dann den Bock zum Gärtner machte, ist eine andere Sache.

Im Zusammenhang mit dem hier erörterten Thema ist entscheidend: Die Kompetenzen eines demokratisch nicht legitimierten Organs müssen eng ausgelegt werden³¹, und die Überschreitung dieser Kompetenzen führt zu einem doppelten Demokratieproblem. Zum einen fehlt jenseits der Kompetenzgrenzen die demokratische Legitimation schon aus den Gründen, die auch für jedes andere Exekutivorgan gelten. Zum anderen trägt jenseits der Kompetenzgrenzen die Rechtfertigung nicht, die innerhalb dieser Grenzen die Ausnahme vom Erfordernis demokratischer Legitimation akzeptabel macht.

Die auch vom Bundesverfassungsgericht betonte Notwendigkeit, die Kompetenzen der EZB eng auszulegen und ihre Ausübung einer strengen gerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen³², nützt aber nichts, wenn die Rechtsbegriffe, mit denen die Kompetenzen festgelegt werden, so dehnbar sind, dass sie weit über das hinaus ausgedehnt werden können, was im Horizont des Gesetzgebers lag, und wenn das Bundesverfassungsgericht seine Ultra-vires-Kontrolle auf eine bloße Willkürkontrolle reduziert. Als der Vertrag von Maastricht geschlossen wurde, hat niemand auch nur im entferntesten daran gedacht, dass die EZB eines Tages mit Staatsanleihenkäufen in Finanzierungsschwierigkeiten befindlichen Staaten zur Hilfe kommen würde. Der EuGH meint jetzt, das sei vom geldpolitischen Mandat gedeckt, welches er nicht eng, sondern [58|59] extrem expansiv interpretiert³³. Das Bundesverfassungsgericht hält dies für falsch, akzeptiert es aber trotzdem, weil die Rechts-

³⁰ *BVerfGE* 89, 155 (207 ff.) – Maastricht; *BVerfG*, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Urteil, Rn. 189.

³¹ Vgl. *BVerfG*, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Urteil, Rn. 189.

³² S.o. Fn. 31.

³³ *EuGH*, Urt. v. 16.6.2015 – Rs. C-62/14 – Gauweiler u.a.; kritisch dazu *Murswiek* (Fn. 14), S. 625 ff.

anwendung des EuGH nicht völlig willkürlich sei³⁴. Im Ergebnis müssen wir deshalb eine demokratisch nicht legitimierte EZB-Politik hinnehmen, die für Steuerzahler, Sparer, Rentner und Pensionäre noch sehr teuer werden kann.

5. Bindung der Rechtsprechung an das Gesetz

Und wie sieht es mit der demokratischen Legitimation des Europäischen Gerichtshofs aus? Die personelle demokratische Legitimation der EuGH-Richter ist dünn und kaum der Rede wert. Das ist nicht zu beanstanden. Wie auch die Gerichte der Mitgliedstaaten schöpft der EuGH seine demokratische Legitimation fast ausschließlich aus der Bindung an das demokratische Gesetz. Richterliche Rechtsfortbildung ist zwar von der Rechtsprechungskompetenz umfasst, darf sich aber nicht aus dem Normprogramm entfernen. Sonst geht die legitimationsvermittelnde Bindung an das Gesetz verloren und Rechtsprechung wird zur undemokratischen Richterherrschaft. Wo insoweit die Grenzen verlaufen, ist ein äußerst umstrittenes und schwieriges Thema, das hier nicht näher behandelt werden kann. Skizziert seien – unter Berufung auf *Dieter Grimm* – lediglich ein paar Aspekte, unter denen die demokratische Legitimation des EuGH problematischer ist als die Legitimation nationaler Gerichte³⁵:

- Wenn auf nationaler Ebene der Gesetzgeber mit der Interpretation oder Fortentwicklung seiner Gesetze durch die Rechtsprechung nicht einverstanden ist, kann er das korrigieren, indem er das Gesetz ändert und präzisiert. Das ist in der EU praktisch nur dort möglich, wo es um die Auslegung von Richtlinien und Verordnungen geht. Allerdings kommt dort eine Änderung sehr viel schwerer zustande als die Änderung eines nationalen Gesetzes. Vor allem hat die – demokratisch sehr schwach legitimierte – Kommission das Initiativmonopol. Parlament oder Rat können eine Änderung gar nicht von sich aus beschließen.
- Wenn der EuGH am Maßstab des primären Unionsrechts entschieden und dabei eine Vertragsnorm so ausgelegt hat, wie dies nicht dem Willen der Vertragsstaaten entspricht, können diese die Rechtsprechung nur durch Vertragsänderung korrigieren. Vergleichbar ist dies mit Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, dessen Rechtsprechung nur durch den verfassungsändernden Gesetzgeber korrigiert werden kann. Aber das ist mit einer Zweidrittelmehrheit in Bundestag und Bundesrat immerhin möglich. Eine Änderung der EU-Verträge setzt hingegen Einstimmigkeit unter allen Mitgliedstaaten voraus – ein kaum zu überwindendes Hindernis.
- Und während Staatsverfassungen in der Regel nur die Staatsorganisation und die Grundrechte normieren und darüber hinaus entweder gar keine oder nur sehr wenige materiellrechtliche Vorschriften enthalten, sind im primären Unionsrecht ganze Rechtsmaterien normiert, die auf staatlicher Ebene nicht in der Verfassung, sondern im einfachen Gesetz geregelt würden. Das entrückt den EuGH jeder demokratischen Anbindung durch gesetzgeberisches Korrekturpotential.

³⁴ BVerfG, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Urteil, Rn. 174, 176, 181 ff., 190 ff.

³⁵ Dazu näher *Grimm* (Fn. 16), S. 17 f., 41.

Die demokratische Legitimation des EuGH wäre daher nur sichergestellt, wenn er sich in seiner Rechtsprechung sehr zurückhaltend verhielte und die Verträge mit ihren begrenzten Einzelermächtigungen strikt beachtete. Wir wissen, dass das Gegenteil der Fall ist. Der EuGH betreibt eine aktivistische Rechtsprechung; er ist – wie *Rainer Wahl* es formuliert hat – ein „Gericht mit einer Agenda“³⁶. Für Politik in Form der Rechtsprechung hat er aber kein demokratisches Mandat. Dennoch geriert er sich wie ein europäischer Verfassungsgeber, wenn er beispielsweise die Unionsbürgerschaft mit Inhalten auflädt, die sich aus den Verträgen nicht ergeben³⁷. Den Mitgliedstaaten werden auf diese Weise Pflichten insbesondere im Aufenthaltsrecht auferlegt, denen sie nie zugestimmt haben, und die Wähler haben nie die Chance, darauf zu reagieren.

IV. (Schein)paradoxe demokratienotwendige Normbindungen

Zum Schluss komme ich nochmals auf Normbindungen, die auf den ersten Blick als unvereinbar mit der Volkssouveränität erscheinen könnten.

1. Schuldenbremse (Odysseus-Paradoxon)

Zum Kern des Demokratieprinzips rechnet das Bundesverfassungsgericht die Haushaltsautonomie, die Budgethoheit des Parlaments. Der Bundestag müsse eigenverantwortlich über Einnahmen und Ausgaben entscheiden³⁸. Der Haushaltsgesetzgeber müsse diese Entscheidungen „frei von Fremdbestimmung seitens der Organe und anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union“ treffen und dauerhaft „Herr seiner Entschlüsse“ bleiben³⁹.

Indem nun der Bundestag dem Fiskalvertrag⁴⁰ zugestimmt hat, hat er sich seiner Budgethoheit in einem wesentlichen Punkt begeben: Er ist durch diesen unkündbaren Vertrag verpflichtet, für einen ausgeglichenen Haushalt zu sorgen und darf Haushaltsdefizite grundsätzlich⁴¹ nicht durch Schulden finanzieren (Art. 3 SKS-Vertrag). Um nicht missverstanden zu werden: Ich finde die internationale Verankerung einer solchen Schuldenbrem-

³⁶ *Rainer Wahl*, Das Recht der Integrationsgemeinschaft Europäische Union, in: FS Kloepfer, 2013, S. 233 (248).

³⁷ Dazu *Friedrich Schoch*, Europäisierung des Staatsangehörigkeits- und Aufenthaltsrechts durch den „Unionsbürgerstatus“, in: FS Hailbronner, 2013, S. 355-368.

³⁸ *BVerfG*, Urt. v. 21.6.2016 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Urteil, Rn. 211 m. Hinw. auf *BVerfGE* 70, 324 (355 f.); 79, 311 (329); 129, 124 (177); 132, 195 (239 Rn. 106); 135, 317 (400 Rn. 161).

³⁹ *BVerfG*, Urt. v. 18.3.2014 – 2 BvR 1390/12 u.a. = *BVerfGE* 135, 317 (Rn. 164) – ESM-Hauptsache m. Hinw. auf *BVerfGE* 129, 124 (179 f.); 132, 195 (240), Rn. 109.

⁴⁰ Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (SKS-Vertrag oder Fiskalvertrag) v. 13.9.2012, BGBl. II 1006.

⁴¹ Als ausgeglichen gilt der Haushalt nach Art. 3 Abs. 1 lit. b) allerdings schon bei einem strukturellen Defizit von nicht mehr als 0,5% des BIP, und dieses Ziel muss erst mittelfristig erreicht werden. Außerdem sind Ausnahmen für „außergewöhnliche Umstände“ vorgesehen, Art. 3 Abs. 1 lit. c) i.V.m. Abs. 3 lit. b).

se, wie wir sie zuvor schon in das Grundgesetz aufgenommen haben, politisch richtig. Dennoch muss man sich fragen, wie sie mit der Budgethoheit des Bundestages und also mit dem Demokratieprinzip vereinbar ist. Das Bundesverfassungsgericht hat dafür eine einfache und einleuchtende Erklärung: Die Selbstbindung der Parlamente und die damit verbundene fühlbare Beschränkung ihrer haushaltspolitischen Handlungsfähigkeit könnten gerade im Interesse einer langfristigen Erhaltung der demokratischen Gestaltungs[59|60]fähigkeit notwendig sein⁴². Die Schuldenbremse diene daher der Sicherung der Zukunft⁴³.

Das ist eine geradezu homerische Lösung. Wie Odysseus, der sich an den Mast des Schiffes binden lässt, um dem Gesang der Sirenen nicht zu erliegen, bindet sich der Haushaltsgesetzgeber selbst an den Fiskalvertrag. Er weiß, wie ihn die Verlockung, durch neue Schulden soziale Wohltaten zu finanzieren, immer wieder in die Klippen der Haushaltszerüttung zieht, und schützt sich gegen seine eigene Schwäche. Er gibt aus eigenem freiem Entschluss ein Stück seiner Entscheidungsfreiheit auf, um seine Entscheidungsfreiheit für die Zukunft zu wahren. Der Souverän bindet sich, um souverän zu bleiben. Das ist ein Stück Demokratieveredelung aus generationenübergreifender Zukunftsverantwortung⁴⁴.

Und doch kann der Fiskalvertrag auch homerisches Gelächter auslösen: Er war der Köder, mit dem man dem Deutschen Bundestag die Zustimmung zum Rettungsfonds ESM abgerungen hat, in den Deutschland 190 Mrd. Euro zur Rettung klammer Eurostaaten einzahlt. Damit Rettungsaktionen künftig nicht mehr nötig sein sollten, wurde dem ESM der Fiskalvertrag an die Seite gestellt. Von nun an sollten keine neuen Schulden mehr gemacht und die alten abgebaut werden. Solidarität gegen Solidität⁴⁵. Das Problem ist nur, dass zwar die Deutschen sich brav an die Schuldenbremse halten, die Problemstaaten⁴⁶ hingegen nicht. Dort wachsen die Staatsschulden nach wie vor⁴⁷. Für sie ist so eine völkerrechtliche Verpflichtung anscheinend nicht mehr als eine Empfehlung, an die man sich hält oder eben nicht.

⁴² BVerfG, Urt. v. 18.3.2014 – 2 BvR 1390/12 u.a. = BVerfGE 135, 317 (Rn. 169) – ESM-Hauptsache m. Hinw. auf BVerfGE 129, 124 (170).

⁴³ BVerfG, Urt. v. 18.3.2014 – 2 BvR 1390/12 u.a. = BVerfGE 135, 317 (Rn. 169) – ESM-Hauptsache.

⁴⁴ Kaum überzeugend ist hingegen, dass das BVerfG das Fehlen eines Kündigungsrechts auch mit den Möglichkeiten der Vertragsbeendigung nach den Regeln des allgemeinen Völkerrechts rechtfertigt, BVerfG, Urt. v. 18.3.2014 – 2 BvR 1390/12 u.a. = BVerfGE 135, 317 (Rn. 245) – ESM-Hauptsache m. Hinw. auf BVerfGE 132, 195 (285 ff., Rn. 214 ff.). Denn diese Regeln erlauben zwar eine Vertragsbeendigung unter den Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus*, nicht jedoch schon dann, wenn sich – z.B. nach einer Wahl – der Wille des Parlaments geändert hat.

⁴⁵ Vgl. z.B. Denkschrift zum Fiskalvertrag, BT-Drs. 17/9046, S. 18.

⁴⁶ Griechenland, Italien, Portugal, Spanien, Irland, Zypern, aber auch Frankreich.

⁴⁷ Ausgenommen Irland; vgl. Eurostat, Pressemitteilung 76/2016 v. 21.4.2016.

2. Sicherung der Voraussetzungen freier Parlamentsentscheidungen (WWU)

Eine völkerrechtlich vereinbarte Einschränkung der Haushaltsautonomie kann also durchaus demokratiekompatibel sein. Man kann sich sogar vorstellen, dass eine solche Einschränkung zur Wahrung der Demokratie nicht nur erlaubt, sondern sogar geboten ist.

Ein Beispiel hierfür war das Hilfeleistungsverbot, das sogenannte Bail-out-Verbot gemäß Art. 125 Abs. 1 AEUV. Danach dürfen Mitgliedstaaten nicht für die Verbindlichkeiten anderer Eurostaaten bürgen oder in anderer Weise überschuldeten Staaten finanziell zur Hilfe kommen. So jedenfalls die systematisch richtige und auch vom Bundesverfassungsgericht geteilte⁴⁸ Interpretation⁴⁹. Das Bail-out-Verbot sollte die Glaubwürdigkeit des Haftungsprinzips sicherstellen, des Prinzips also, dass der Eigenverantwortlichkeit der Mitgliedstaaten für ihre Wirtschafts-, Finanz- und Sozialpolitik – und damit für Einnahmen und Ausgaben des Staates – die alleinige Haftung des jeweiligen Staates für seine Schulden gegenübersteht. Auf diese Weise sollten die nötigen Anreize für eine solide Haushaltspolitik geschaffen werden.

Das Bundesverfassungsgericht hat dem Bail-out-Verbot im „Rettungsschirm“-Urteil eine demokratesichernde Funktion aus Sicht des Grundgesetzes zugemessen: Es rechnet das Bail-out-Verbot zu denjenigen Bestimmungen, die „unionsrechtlich verfassungsrechtliche Anforderungen des Demokratiegebots“ sichern. Damit solle eine die Legitimitätsgrundlagen des Staatenverbundes überdehnende Haftungsübernahme für finanzwirksame Willensentschließungen anderer Mitgliedstaaten – durch direkte oder indirekte Vergemeinschaftung von Staatsschulden – verhindert werden⁵⁰.

Man könnte denken, dass die Haushaltsautonomie des Bundestages doch auch ohne ein Hilfeleistungsverbot gewahrt sei. Es reiche doch aus, wenn keine *Pflicht* zur Gewährung von Finanzhilfen bestünde. Das Bundesverfassungsgericht hat aber erkannt, dass ohne ein striktes Verbot der politische und ökonomische Druck, Finanzhilfen zu leisten, so übermächtig werden kann, dass die rechtliche „Freiwilligkeit“ völlig bedeutungslos wird. Mit der demokratesichernden Funktion des Bail-out-Verbots ist also die Sicherung der realen Bedingungen wirklich freier Entscheidungen über die Verwendung des nationalen Budgets gemeint. Wer einer Währungsunion beitrifft, in der jeder einzelne Staat eigenverantwortlich Schulden machen kann, muss durch eine solche Regel abgesichert sein, um nicht bald in faktisch-politische, „alternativlose“ Zwänge zur Leistung massiver Finanztransfers zu geraten⁵¹.

⁴⁸ Vgl. *BVerfG*, Ur. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Rn. 129 = *BVerfGE* 129, 124 (181) – EFSF/EFSM; *BVerfG*, Ur. v. 12.9.2012 – 2 BvR 1390/12 u.a., Abs.-Nr. 232 f. = *BVerfGE* 132, 195 (247 f. Rn. 128 f.) – ESM-Eilentscheidung.

⁴⁹ Zur Auslegung von Art. 125 Abs. 1 AEUV ausführlich *Murswiek* (Fn. 14), S. 38, 47 f., 53, 67-71, 115-124 und vor allem S. 171-178 m.w.N.; anders hingegen der *EuGH*, Ur. v. 27.11.2012 – Rs. C-370/12 – Pringle, Rn. 129 ff.

⁵⁰ *BVerfG*, Ur. v. 7.9.2011 – 2 BvR 987/10 u.a. – Rn. 129 = *BVerfGE* 129, 124 (181 f.) – EFSF/EFSM.

⁵¹ *Murswiek* (Fn. 14), S. 244-246, 366-371.

Funktioniert hat das freilich nicht, weil die Eurostaaten schon beim ersten Belastungstest die Regel durchbrochen⁵² und sie danach ganz abgeschafft haben⁵³. Das Bundesverfassungsgericht wollte hernach von der Demokratienotwendigkeit des Bail-out-Verbots nichts mehr wissen. Die neue Regel, nach der über einen Stabilitätsmechanismus zur Wahrung der Finanzstabilität des ganzen Euro-Währungsgebiets Finanzhilfen geleistet werden dürfen, die strengen Auflagen unterliegen (Art. 136 Abs. 3 AEUV), befreie die Mitgliedstaaten nicht von der Verpflichtung zur Haushaltsdisziplin⁵⁴. Das ist zwar richtig, doch diene das Bail-out-Verbot der praktischen *Durchsetzung* der Haushaltsdisziplin. Der Verzicht auf dieses Durchsetzungsinstrument soll jetzt wohl durch die „strengen Auflagen“ kompensiert werden, die mit den Finanzhilfen verbunden werden⁵⁵. [60|61]

3. Konditionalität in der Rettungspolitik: Wir schädigen die Demokratie in den Krisenstaaten, um unsere eigene zu bewahren.

Das führt in ein weiteres Demokratieproblem, das in gewisser Weise als paradox erscheint. Die „strengen Auflagen“ der Finanzhilfen werden in Vereinbarungen über Haushaltskonsolidierungs- und Strukturreformprogramme festgelegt und von der aus EU-Kommission, EZB und IWF zusammengesetzten „Troika“ überprüft und durchgesetzt (Art. 13 Abs. 3, 7 ESMV). Frisches Geld gibt es nur gegen Reformfortschritte. Dass auf diese Weise eine solide Haushaltspolitik der Empfängerstaaten erzwungen und die Chance erhöht werden soll, das geliehene Geld zurückzubekommen und die Notwendigkeit künftiger weiterer Hilfeleistungen abzuwenden, dient auch der Haushaltsautonomie und damit der Demokratie in den Geberländern. Zugleich aber bedeutet es die Suspensierung der Demokratie in den Empfängerländern.

Griechenland beispielsweise ist seit Jahren kein demokratischer Staat mehr – jedenfalls wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht die Haushaltsautonomie zum unverzichtbaren Kern der Demokratie rechnet. Griechenland kann seinen Staatshaushalt nicht mehr gestalten wie es will, sondern steht unter der Herrschaft der Troika. Diese hat eine Art kommissarische Fiskaldiktatur über Griechenland errichtet. Sie bestimmt, dass öffentliche Infrastrukturen privatisiert, Renten gekürzt oder Steuern erhöht und Ausgaben reduziert werden müssen⁵⁶. Die Griechen können wählen, wen sie wollen – das Parlament muss vollziehen, was die Troika anordnet.

⁵² Vgl. z.B. *Murswiek* (Fn. 14), S. 24-26, 67-71, 116-124, 171-187.

⁵³ Einfügung von Art. 136 Abs. 3 in den AEUV durch Beschluss des Europäischen Rates vom 25.3.2011.

⁵⁴ *BVerfG*, UrT. v. 18.3.2014 – 2 BvR 1390/12 u.a. = BVerfGE 135, 317 (Rn. 180) – ESM-Hauptsache.

⁵⁵ Vgl. *BVerfG*, UrT. v. 18.3.2014 – 2 BvR 1390/12 u.a. = BVerfGE 135, 317 (Rn. 182) – ESM-Hauptsache; freilich ist in der Urteilsbegründung die Funktion von Argumenten wie „stabilitätsgerichtete Ausrichtung“, „Haushaltsdisziplin“ (Rn. 180) oder „restriktive Bedingungen“ (Rn. 182) unklar. Zur Erforderlichkeit der „strengen Auflagen“ vgl. auch *EuGH*, UrT. v. 27.11.2012 – Rs. C-370/12, Rn. 136 f. – Pringle, allerdings in anderem Kontext.

⁵⁶ Die Dokumente zu den Hilfsprogrammen für Griechenland sind hier veröffentlicht: http://ec.europa.eu/economy_finance/assistance_eu_ms/greek_loan_facility/index_en.htm (abgerufen am 8.9.2016).

Nun könnte man einwenden: Die Griechen könnten *doch* frei entscheiden. Sie könnten den Geberländern sagen, Euer Geld wollen wir nicht mehr. Dann wären sie halt pleite. Aber sie wären frei. Sie haben, so lautet der Einwand, sich freiwillig unter die Herrschaft der Troika begeben. Ihre demokratisch legitimierte Regierung und ihr vom Volk gewähltes Parlament haben das so beschlossen. Also, könnte man sagen, sei doch die Herrschaft der Troika vom griechischen Volk legitimiert. Aber schon im antiken Griechenland konnte die Demokratie sich erst entwickeln, nachdem Solon das Verbot erlassen hatte, sich in die Schuldknechtschaft zu verkaufen. Was dem Individuum verboten sein muss, damit es als gleichberechtigtes Subjekt an der Ausübung demokratischer Staatsgewalt teilhaben kann, muss auch für das Volk als Ganzes gelten.

Auch für das Bundesverfassungsgericht kommt es nicht darauf an, ob das Parlament sich freiwillig haushaltsrelevanten Entscheidungen anderer Staaten oder internationaler Organe unterwirft: Wenn es das tut, verletzt es selbst die Haushaltsautonomie und damit auch das Demokratieprinzip⁵⁷. Es entbehrt nicht einer gewissen Ironie, dass das Bundesverfassungsgericht mit seinen Entscheidungen zur „Euro-Rettung“ eine Lösung gebilligt hat, mit der die Geberstaaten ihre eigene Demokratie sichern, indem sie die Demokratie der Nehmerstaaten schädigen.

V. Schlussbemerkung

Mir ist klar, dass meine Thesen zum Zusammenhang von Volkssouveränität und Normbindung dem Einwand begegnen werden, das sei doch mal wieder typisch deutscher Normativismus. Aber ich frage mich, was denn die Alternative wäre. Solange wir es mit einfachen und überschaubaren Verantwortungsbeziehungen zu tun haben, brauchen wir demokratische Legitimation nicht mit Regelbindungen zu erklären. Es leuchtet dann ohne weiteres ein, ob sie gegeben ist oder nicht (auch wenn diese unmittelbare Evidenz in der Regel nur darauf beruht, dass man sich über die ihr zugrunde liegenden Rechtsnormen keine Gedanken macht). Solche Evidenz haben wir meist noch bei Parlamentswahlen oder Regierungsbildungen auf nationaler Ebene. Im Institutionengeflecht der Europäischen Union gibt es sie nicht. Dort lässt sich Legitimation nur überprüfen, wenn man die normativen Kanäle nachverfolgt, durch die sie fließen sollte. Dazu ist freilich der durchschnittliche EU-Bürger nicht in der Lage. Weil dies so ist – weil Legitimität auf EU-Ebene normvermittelt entsteht und die Entstehungszusammenhänge schwer durchschaubar sind –, hängt das Vertrauen der Öffentlichkeit in die demokratische Legitimation der EU wesentlich davon ab, ob es ein berechtigtes Vertrauen in die Einhaltung der Rechtsnormen gibt, auf die sich die Europäische Union gründet.

Eine Alternative hierzu ist das, was etwa Kommissionspräsident Juncker und vor allem französische Politiker immer wieder zum Ausdruck bringen: Wir beachten die Normen, solange uns das nützt. Und wenn nicht, dann eben nicht. Wenn jeder sich an gemeinsame Regeln nur hält, solange das im eigenen nationalen Interesse liegt, legitimiert ihn das viel-

⁵⁷ Vgl. die oben Fn. 38, 39 zitierten Entscheidungen.

leicht vor seinen nationalen Wählern. Eine europäisch-demokratische Legitimation ist so nicht möglich. Europa, so hat man oft gesagt, kann nur als Rechtsgemeinschaft gedeihen. Das gilt nach meiner Überzeugung auch für die demokratische Legitimation.