

Fachbereich Rechtswissenschaft

Arbeitspapier Nr. 15/2014

Zwischen „Volksdemokratie“ und menschenrechtlichem Demokratieverständnis: Zur Zukunftsfähigkeit „der Demokratietheorie“ des Bundesverfassungsgerichts

Astrid Wallrabenstein^{*}

Erscheint in: Rixen (Hrsg.), Demokratisierung der Biowissenschaften –
Demokratiethorie der Grundrechtskonkretisierung

Zusammenfassung: Das Bundesverfassungsgericht ist für seine Entscheidungen, die sich in besonderer Weise auf das Demokratieprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 2 GG stützen, viel kritisiert worden. Der Beitrag analysiert insbesondere die Entscheidungen zum Ausländerwahlrecht und zur Europäischen Integration im Hinblick darauf, ob sich neben dem vielfach kritisierten Demokratieverständnis, das ein monistisch verstandenes (deutsches) Volk zum Ausgangspunkt nimmt, auch offenere Demokratiemodelle zumindest zwischen den Zeilen dieser Entscheidungen entdeckt werden können. Das Ergebnis fällt allerdings ernüchternd aus. Jede Öffnung, die Alternativen neben dem monistischen Modell der Volkssouveränität andeutet, wird in den folgenden Sätzen dieser Entscheidungen sogleich wieder zurückgenommen.

^{*} Univ.-Prof. Dr. iur., Inhaberin der Professur für Öffentliches Recht mit einem Schwerpunkt im Sozialrecht, Fachbereich Rechtswissenschaft, Goethe-Universität Frankfurt am Main. Geschäftsführende Direktorin des Instituts für europäische Gesundheitspolitik und Sozialrecht (ineges).

I. „Volksdemokratie“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

1. Vom Verbot des Ausländerwahlrechts zum Anspruch auf Demokratie

Ausgangspunkt meines Beitrags ist – dies ist unschwer zu erkennen¹ – die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 1990 zum Ausländerwahlrecht in Hamburg und Schleswig-Holstein.² In diesen Entscheidungen legte das Bundesverfassungsgericht fest, dass das Demokratieprinzip des Art. 20 Abs. 2 GG verlangt, dass die Staatsgewalt unter dem Grundgesetz vom deutschen Staatsvolk ausgeht und dieses deutsche Staatsvolk ausschließlich aus Staatsangehörigen nach dem Staatsangehörigkeitsgesetz besteht (und heute obsolet: weiteren Deutschen i.S.d. Art. 116 GG). Dies war in mehrfacher Hinsicht richtungsweisend. Prominent sind die Fortführungen in der Maastricht-Entscheidung 1993:³ Der Bundestag dürfe sich seiner Aufgaben und Befugnisse nicht – auch nicht faktisch – entledigen, soweit sie als Ausdruck des Demokratieprinzips im Rahmen des Art. 79 Abs. 3 GG für unantastbar erklärt seien. Außerdem müsse die Europäische Union ihre Herrschaftsmacht als vom Volk ausgehend legitimieren können. Hierfür sah das BVerfG zwei Stränge: Einerseits („zuvörderst“) könnten die europäischen Organe ihre Legitimation auf die Parlamente der Mitgliedstaaten zurückführen – i.E. vermittelt durch die mitgliedstaatlichen Regierungsvertreter. Andererseits („zunehmend“) könnten sie sich über das Europäische Parlament legitimieren, das von den Bürgern der Mitgliedstaaten gewählt wird. Diese Linie hat das Bundesverfassungsgericht dann in der Lissabon-Entscheidung⁴ und den Entscheidungen zu Maßnahmen in der Europäischen Finanzkrise⁵ weiter ausbuchstabiert. Ausschlaggebend für diesen Beitrag ist zweierlei: Zum einen, dass „das demokratische Prinzip“ nach

¹ Er spielt an auf die m.E. unübertroffene Kritik der Entscheidungen zum Ausländerwahlrecht und zum Vertrag von Maastricht von B.-O. Bryde, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, in: Staatswissenschaften und Staatspraxis 1994, 305, an.

² BVerfGE 83, 37 und 60.

³ BVerfGE 89, 155.

⁴ BVerfGE 123, 267.

⁵ BVerfGE 125, 260 (Vorratsdatenspeicherung); BVerfGE 126, 286 (Mangold); BVerfGE 129, 124 (EFS); BVerfG vom 14.1.2014 – 2 BvR 2728/13 (OMT-Vorlagebeschluss); BVerfG vom 18.3.2014 – 2 BvR 1390/12 (ESM-Hauptsache), Rn. 125; auch: BVerfGE 129, 300 (5-Prozent Sperrklausel); BVerfG vom 26.2.2014 – 2 BvE 2/13 u.a. (3-Prozent Sperrklausel).

dem Bundesverfassungsgericht unantastbar ist.⁶ Zum „unantastbaren Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes“ gehöre der „Grundsatz der demokratischen Selbstbestimmung und der gleichheitsgerechten Teilhabe an der öffentlichen Gewalt“, aber nicht die konkrete Ausgestaltung der politischen Willensbildung.⁷ Zum anderen die demokratiethoretische Aufladung des Wahlrechts zum Deutschen Bundestag: „Mit der allgemeinen, freien und gleichen Wahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages betätigt das Bundesvolk seinen politischen Willen unmittelbar. Es regiert sich regelmäßig mittels einer Mehrheit in der so zustande gekommenen repräsentativen Versammlung. Aus ihr heraus wird der Kanzler – und damit die Bundesregierung – bestimmt; dort hat er sich zu verantworten. Die Wahl der Abgeordneten ist auf der Bundesebene des vom Grundgesetz verfassten Staates die Quelle der Staatsgewalt – diese geht mit der periodisch wiederholten Wahl immer wieder neu vom Volke aus. Das Wahlrecht ist der wichtigste vom Grundgesetz gewährleistete subjektive Anspruch der Bürger auf demokratische Teilhabe (Art. 20 Abs. 1 und Abs. 2 GG). In der vom Grundgesetz gestalteten Staatsordnung kommt der Wahl der Abgeordneten des Deutschen Bundestages eine maßgebliche Bedeutung zu. Ohne freie und gleiche Wahl desjenigen Organs, das einen bestimmenden Einfluss auf die Regierung und Gesetzgebung des Bundes hat, bleibt das konstitutive Prinzip personaler Freiheit unvollständig.“⁸ „Das Recht der Bürger, in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen die öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen, ist der elementare Bestandteil des Demokratieprinzips. Der Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt ist in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert.“⁹ Ziel dieser Ausführungen ist die Entwicklung eines subjektiven, einklagbaren „Anspruchs auf Demokratie“.¹⁰

⁶ BVerfGE 123, 267, 343.

⁷ BVerfGE 123, 267, 344.

⁸ BVerfGE 123, 267, 340 f.

⁹ BVerfGE 123, 267, 341.

¹⁰ S. die Formulierung in BVerfG vom 18.3.2014 – 2 BvR 1390/12 (ESM-Hauptsache), Rn. 125: Neben der im Lissabon-Verfahren geprüften Frage, ob „durch einen Vorgang demokratische Grundsätze berührt werden, die Art. 79 Abs. 3 GG auch dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzieht“ (BVerfGE vom 18.3.2014 – 2 BvR 1390/12 (ESM-Hauptsache), Rn. 125) besteht noch eine Beschwerdebefugnis in Ultra-vires-Konstellationen (s. BVerfGE vom 14.1.2014 – 2 BvR 2728/13 u.a. – OMT-Vorlagebeschluss).

Vom Verbot des Ausländerwahlrechts also zum in der Würde des Menschen verankerten Anspruchs auf Demokratie. Ein bemerkenswerter Weg. Ich möchte deshalb anhand dieser – und weiterer – Entscheidungen der Frage nachgehen, ob die normative Schließung, die das Bundesverfassungsgericht mit der Ausländerwahlrechtsentscheidung vollzogen hat, inzwischen überholt ist – ob sich, um im Bild zu bleiben, die Tür wieder ein wenig geöffnet hat. Das Programm dieses Beitrags ist also optimistisch angelegt. Allerdings – dies sei zur Vorbeugung gegen allzu herbe Enttäuschungen vorweggenommen – fällt die Antwort letztlich nicht gerade positiv aus.

2. Die Schließungen dieser „Volksdemokratie“

Die normativen Schließungen, an denen sich mein Beitrag orientiert, lassen sich auf zwei Ebenen absichten – einer im engeren Sinne juristisch-dogmatischen und einer zweiten staatsrechtlichen.

a. Juristisch-dogmatische Schließungen

Die juristisch-dogmatischen Schließungen bewegen sich auf der Ebene der Auslegung der grundgesetzlichen Normen, einerseits des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG und andererseits des Art. 28 Abs. 1 GG.

aa. Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG: Demokratieprinzip

Das Bundesverfassungsgericht hat das Demokratieprinzip des Grundgesetzes, das es im Satz des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ zum Ausdruck gebracht ansieht, dezidiert auf ein bestimmtes Demokratiekonzept verengt. Dieses und kein anderes entspricht danach dem Grundgesetz.

Dass es unterschiedliche Vorstellungen von Demokratie und zahlreiche Modelle für eine demokratische Staatsorganisation gibt, ist evident. Ebenso evident ist, dass die Verfassungsordnung des Grundgesetzes eine Form demokratischer Staatsorganisation – mehr oder weniger differenziert – vorgibt.

Allerdings ist nicht evident, dass das Grundgesetz, namentlich Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG auf eine einzige Vorstellung von Demokratie verpflichtet. Ein Vergleich mit der dogmatischen Alternative macht dies deutlich: Anstelle der Annahme, dass der Satz „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“ eine bestimmte Bedeutung

hat, die sich zudem nicht unmittelbar aus dem Wortlaut ergibt, sondern erst unter Heranziehung der Präambel und Art. 146 GG erschließt,¹¹ hätte man auch zu der Auslegung gelangen können, dass dieser Satz unterschiedliche Deutungen und demzufolge unterschiedliche Vorstellungen von Demokratie zulässt. Als Verfassungsnorm hätte Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG dann den Normanwendern – also allen, die unter dem Grundgesetz staatliche Hoheitsgewalt ausüben – Gestaltungsspielräume belassen. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle hätte sich auf drei dogmatische Figuren beschränkt: Die Normanwendung – also etwa die Verabschiedung eines Kommunalwahlgesetzes – hätte bestimmte Grenzen nicht überschreiten dürfen, sie hätte bestimmte unabdingbare, von allen Demokratievorstellungen geteilte Grundsätze nicht verletzen dürfen und sie hätte keine der gewählten Demokratievorstellung widersprechende und nicht gerechtfertigte Ausnahmen oder Beschränkungen enthalten dürfen.

Das Bundesverfassungsgericht hat in der Ausländerwahlrechtsentscheidung dieses zurückgenommene Kontrollprogramm nicht gewählt. Dabei hätte es hierfür viele juristisch-dogmatische Argumente gegeben, die hier nicht ausgeführt werden können.¹²

Wichtig ist hier, dass diese Schließung der Debatte, die das Bundesverfassungsgericht „verordnet hat“, besonders schwer deshalb wiegt, weil die öffentliche und kontroverse Diskussion darum, was Demokratie ist, wie sie zu organisieren sei und eben auch, wen sie wie an welchen Entscheidungen zu beteiligen hat, zum Wesen von Demokratie gehört. Selbstreflexion und strukturelle Offenheit für Alternativen für Legitimationsfragen sind demokratieimmanent. Entsprechend gewichtig war die Kritik an der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, die sich nicht daraus speiste, „es besser zu wissen“, sondern die in erster Linie diese Schließung der Debatte verurteilte.¹³

¹¹ BVerfGE 83, 37 (51), vgl. A. Wallrabenstein, Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, 1999, S. 105 ff. m.w.Nw.

¹² Vgl. generell hierzu etwa P. Austermann, Die rechtlichen Grenzen des Bundesverfassungsgerichts im Verhältnis zum Gesetzgeber, DÖV 2011, 267 m.w.Nw.

¹³ Bryde (Fn 1); A. Rinke, Demokratie und Hierarchie, KritV 1996, 282; J.H.H. Weiler, Der Staat „über alles“, JöR n.F. 44 (1996), 91 ff.

bb. Art. 28 Abs. 1 GG: Homogenitätsgebot

Die zweite Schließung im Ausländerwahlrechtsurteil betrifft die Möglichkeit von Pluralität in der Bundesrepublik. Auch wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht 1989 in Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG eine Identität von Staatsvolk mit deutschen Staatsan- und Volkszugehörigen normiert sieht, so bedarf es eines weiteren Gedankenschrittes und einer weiteren Norm, um gleiches auch für die Länder, Kommunen und – womöglich – weitere Organisationsformen, die Staatsgewalt ausüben, anzunehmen.

Das Bundesverfassungsgericht hat Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG so interpretiert, dass die Verpflichtung auf den Grundsatz eines demokratischen Rechtsstaat sowohl die entsprechende Geltung des Satzes des Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG für das Landesvolk und die Landesstaatsgewalt enthält, als auch die Teilidentität des so angesprochenen Landesvolkes mit dem Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland verlangt.¹⁴

Wichtig ist die zweite Festlegung auf die Teilidentität zwischen Landes- und Bundesstaatsvolk. Sie stützt sich auf entsprechende Konstruktionen von Bundesstaatlichkeit in der Literatur.¹⁵ Sie ist aber nie unwidersprochen geblieben und die Kritik an dieser Konzeption ist auch nach dem Ausländerwahlrechtsurteil nicht verstummt.¹⁶ Auf Länderebene finden sich in jüngster Zeit politische Vorstöße, das demokratische Landesvolk nicht nur als Teilmenge der deutschen Staatsangehörigen zu bestimmen, sondern auch Ausländer einzubeziehen. Es verwundert nicht sehr, dass solche Vorstöße in Schleswig-Holstein und in Bremen debattiert werden.¹⁷ Im Landtag Schleswig-

¹⁴ BVerfGE 83, 37 (53 f.).

¹⁵ Im Urteil selbst: BVerfGE 83, 37, 56 f.; aus der heutigen, die Entscheidung des BVerfG bestätigenden Kommentarliteratur: B. Grzeszick in: Maunz/Dürig Grundgesetz, Lsbl., Stand: 2013, Art. 20 II Rn 79 ff.; J. Hellermann in: Epping/Hillgruber Grundgesetz, 2. Aufl. 2013, Art. 28 Rn 14; W. Löwer in: v. Münch/Kunig Grundgesetz, 6. Aufl. 2013, Art. 28 Rn 26 ff.; P. J. Tettinger/K.-A. Schwarz in: v. Mangoldt/Klein/Starck Grundgesetz, Bd. 2, 6. Aufl. 2010, Art. 28 Abs. 1 Rn 72 ff.; aktuell etwa M. Jestaedt, Radien der Demokratie in: Heinig/Terhechte (Hrsg.) Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neoetatismus – Wandel klassischer Demokratievorstellungen in der Rechtswissenschaft, 2013, 3 ff.

¹⁶ S. etwa Th. Groß, Postnationale Demokratie – Gibt es ein Menschenrecht auf transnationale Selbstbestimmung?, Rechtswissenschaft 2011, 125 ff.; ders. Das demokratische Defizit bei der Grundrechtsverwirklichung der ausländischen Bevölkerung, JZ 2011, 303; ders., We the people – Was ist ein Volk?, in: Bäuerle/Dann/Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven (FS Bryde), 2013, S. 157 ff.

¹⁷ Die Entscheidung BVerfGE 83, 37 war gegen das schleswig-holsteinische Recht gerichtet. Bremen hatte ebenfalls – ähnlich wie Hamburg, den Land, dessen Wahlrecht in BVerfGE 83, 60 verworfen wurde – ein Ausländerwahlrecht eingeführt, das aber der Bremer Staatsgerichtshof 1991 aufhob, BremStGHE 5, 36, 47 ff.

Holsteins wurde im Sommer 2013 erörtert, wie eine Beteiligung von Nicht-Unionsbürgern auf kommunaler Ebene und ein Landtagswahlrecht für Unionsbürger realisiert werden könnten. Dies ist allerdings bisher nur in die Absichtserklärung der Schleswig-Holsteinischen Landesregierung gemündet, verfassungsrechtliche Bedenken durch eine entsprechende Initiative zu Art. 28 GG im Bundesrat auf den Weg zu bringen.¹⁸ Vergleichbare Pläne hat die Bremische Bürgerschaft 2013 zu einem Gesetzentwurf veranlasst, den der Bremische Staatsgerichtshof mit Urteil vom 31.1.2014¹⁹ verworfen hat. Ein Sondervotum von Sacksofsky macht jedoch den Streitstand deutlich.

b. (Staats-)theoretische Schließungen

Die zweite Gruppe normativer Schließungen liegen auf der Ebene des Theoriemodells.²⁰ Die Demokratietheorie des Bundesverfassungsgerichts ist doppelt exklusiv angelegt.

aa. Exklusiv für deutsche Staatsangehörige: „demokratische Reinheitsgebot“²¹

Zum einen verlangte das Bundesverfassungsgericht nicht nur im positiven Sinne, dass alle Staatsgewalt vom deutschen Volk legitimiert sein muss. Es hat auch im negativen Sinne „verboten“, dass neben das deutsche Volk noch weitere Legitimationssubjekte treten. Es muss nicht nur gewährleistet sein, dass alle Deutschen wählen dürfen – was andernfalls auch ein Verstoß gegen den Grundsatz der Wahlrechtsgleichheit, Art. 38 Abs. 1 S. 1 GG, wäre. Sondern es darf auch niemand sonst als Wähler beteiligt sein.

Demokratiethoretisch knüpft dieses Gebot an den Repräsentationsgedanken an. Aber aus ihm allein heraus erklärt es sich noch nicht. Erst eine bestimmte Funktionszuweisung an das Repräsentationsorgan bzw. eine bestimmte Konzeption der parlamentsinternen Willensbildung kann die Argumentation vervollständigen. Die beiden wichtigen Annahmen des

¹⁸ Vgl. Innenminister Breitner, 26.4.2013 (http://www.schleswig-holstein.de/IM/DE/Service/Presse/PI/2013/130426_im_auslaenderwahlrecht.html, Abruf: 12.08.2014).

¹⁹ NVwZ-RR, 497 ff.

²⁰ Vgl. A. Wallrabenstein, Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, 1999, S. 143-163: „Demokratie als Partizipation in geschlossenen Systemen“.

²¹ Vgl. A. Wallrabenstein, Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, 1999, S. 129.

Bundesverfassungsgerichts hierbei sind zum einen die Idee, die Repräsentation müsse streng proportional sein. Diesen Gedanken verfolgt es insbesondere in den aktuellen Entscheidungen zum Europawahlrecht²² konsequent fort. Zwar spricht das Bundesverfassungsgericht stets davon, dass das Demokratieprinzip kein Verhältniswahlsystem vorgebe, sondern auch Mehrheitswahl und Mischsysteme zulasse. Gleichwohl kommt nach seinem Verständnis der Proportionalität eine hervorgehobene Bedeutung. Die zweite Annahme ist, dass der parlamentarische Willensbildungsprozess durch das Austarieren der unterschiedlichen Interessengewichte ganz unmittelbar entsprechend ihrem Anteil erfolge. Natürlich geht dies an der Realität weit vorbei. Gleichwohl benötigt das Bundesverfassungsgericht doch dieses Ideal vom Repräsentativität, um das Verbot der Beteiligung „Fremder“ am Wahlvorgang begründen zu können.

Plakativ ausgedrückt: „Es gilt das deutsche Reinheitsgebot. Vielleicht würden andere Zutaten nicht schaden – vielleicht würde das Ergebnis immer noch schmecken wie Bier. Aber aus Prinzip bleibt es beim deutschen Reinheitsgebot.“

bb. Einziger Legitimationsstrang: Wahl des Repräsentationsorgans Parlament

Die letzte hier vorgestellte Dimension normativer Schließung liegt ebenfalls auf der theoretischen Ebene, bezieht sich aber nicht auf die Frage des „In-put“, wer bei Wahlen beteiligt sein darf, sondern fokussiert die Exklusivität des Legitimationsmodells repräsentativer parlamentarischer Demokratie. Zwar hat das Bundesverfassungsgericht – entsprechend dem Wortlaut des Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG – neben den Wahlen die verfassungsrechtliche Zulässigkeit von Abstimmungen nicht verneint. Gleichwohl beruht die Konstruktion demokratischer Legitimation über das Parlament als Repräsentation des Legitimationssubjekts Volk auf der im Bund praktizierten Exklusivität und dem theoretischen Vorrang dieses Modells.

²² BVerfGE 129, 300; BVerfG vom 26.2.2014 – 2 BvE 2/13 u.a.

Aber neben parlamentarischer Repräsentation und direkter Demokratie²³ lassen sich konzeptionell noch weitere Legitimationsstränge ausmachen, wie die parteiinternen Willensbildung, die demokratische Funktion der Medien, fachliche Legitimation durch Sachverstand und oder qualifizierte Betroffenheit – um nur einige zu nennen. Indem das Bundesverfassungsgericht sein demokratisches Legitimationsmodell allein auf das repräsentative Prinzip stützt, treten diese Aspekte als demokratisches Legitimationselement zurück. Sie werden stattdessen (meist) im Kontext von Grundrechten, also als Freiheitsaspekt thematisiert. Diese Zuordnung mag verfassungsdogmatischen Erkenntniswert haben. Aber die deutsche Staatsrechtswissenschaft erschwert sich damit den Anschluss an interdisziplinäre Demokratiedebatten.

II. Zukunftsfähige Öffnungen in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts?

Ist dies unumstößlich? Oder lassen sich nach diesen Schließungen nicht doch auch (wieder) Anhaltspunkte für eine Öffnung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts finden? Drei Versuche seien unternommen:

1. Europa als Chance für die Demokratietheorie des BVerfG?

Eine Möglichkeit, sich dem allgemeinen Demokratiediskurs nicht zu verschließen aber gleichwohl an der bisherigen Rechtsprechung festzuhalten, besteht darin, die enge „Volksdemokratie-Konzeption“ *unter* dem Grundgesetz für verbindlich zu halten aber *über* dem Grundgesetz für Alternativen offen zu sein.

In der Maastricht-Entscheidung findet sich trotz der im Ergebnis engen Schließung des Bundesverfassungsgerichts insoweit eine Öffnung, als das Demokratiekonzept ausdrücklich auf den Nationalstaat bezogen wird und „daneben“ oder „darüber“ eine Legitimation europäischer Hoheitsgewalt zumindest in Zukunft für möglich gehalten wird.

Allerdings sieht das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil und deutlicher noch in späteren Entscheidungen nur das Europäische Parlament als

²³ Vgl. hierzu M. Möstl und M. Schuler-Harms, Elemente direkter Demokratie als Entwicklungsperspektive, VVDstRL 72 (2013), 355 und 417.

„eigenständige Legitimationsquelle des europäischen Rechts“.²⁴ Dies wäre nicht weiter problematisch, wenn damit eine Zustandsbeschreibung gemeint wäre und das Bundesverfassungsgericht Offenheit für die Entwicklung europäischer Demokratie erkennen ließe. Im Maastricht-Urteil kann man eine solche Offenheit noch darin sehen, dass das Bundesverfassungsgericht das europäische Parlament in einem Satz als „Repräsentation der Staatsvölker“ beschreibt, im nächsten Satz – zukunftsgerichtet – vom demokratischen Legitimationspotential der Unionsbürgerschaft spricht: „[...] Die von den Unionsbürgern ausgehende Einflussnahme kann in dem Maße in eine demokratische Legitimation der europäischen Institutionen münden, in dem bei den Völkern der Europäischen Union die Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.“²⁵ Diesen Pfad verfolgt das Bundesverfassungsgericht aber nicht weiter. Im Lissabon-Urteil statuiert das Bundesverfassungsgericht: „Das Europäische Parlament ist [...] kein Repräsentationsorgan eines souveränen europäischen Volkes. Dies spiegelt sich darin, dass es als Vertretung der Völker in den jeweils zugewiesenen nationalen Kontingenten von Abgeordneten nicht als Vertretung der Unionsbürger als ununterschiedene Einheit nach dem Prinzip der Wahlgleichheit angelegt ist.“²⁶ Demokratietheoretisch also die gleiche Schließung wie auf der nationalstaatlichen Ebene: Es gibt nur „Volksdemokratie“.²⁷

Bleibt die in der Lissabon-Entscheidung hergestellte Verknüpfung zwischen Demokratie und Menschenwürde.²⁸ Inwieweit kann zumindest hier ein Stück Öffnung ausgemacht werden? Wenn das Wahlrecht des einzelnen Bürgers als staatsrechtlicher Ausfluss seiner Menschenwürde angesehen wird, könnte man hierin eine Abkehr vom Volksdemokratiemodell erkennen? Nicht in einem

²⁴ BVerfGE 113, 273 (Europäischer Haftbefehl), 301.

²⁵ BVerfGE 89, 155, 184 f.

²⁶ BVerfGE 123, 267, 372.

²⁷ Die weiteren Schließungen in Rn. 281, die obendrein noch einen Konnex zwischen Volkssouveränität und parlamentarischem Regierungssystem herstellen, als ob es keine anderen Regierungssysteme gäbe, dabei nur parlamentarische Mehrheitsregierungen anerkennt, als ob es keine (mehr oder weniger auf wechselnde Mehrheiten angewiesenen) Minderheitsregierungen gäbe, und schließlich diese regierungsbildende Parlamentsmehrheit nur dann für demokratisch hält, wenn sie proportional zu einer „entsprechenden“ Bevölkerungsmehrheit ist, was nur noch unter apologetischen Hilfskonstruktionen für das Mehrheitswahlsystem möglich ist, können hier nicht vertieft werden. Sie haben ihre Fortschreibung freilich in den Entscheidungen zum Europawahlrecht (5% und 3%-Hürde) gefunden.

²⁸ S.o., BVerfGE 123, 267, 341.

staatstheoretischen Sinne. Die Konkretisierung eines Menschenrechts in einem Staatsangehörigenrecht ist in einer nationalstaatlich gegliederten Welt teil des Konzepts: Menschenrechte binden die Staaten insoweit, als sie sich verpflichten ihren Staatsangehörigen diese Menschenrechte einzuräumen. Ausländer kommen in dieser Konzeption zunächst – also im Modell – nicht vor.²⁹ Könnte dann zumindest insofern eine Öffnung festgestellt werden, dass *innerhalb* der volksdemokratischen Konzeption dem Einzelnen als Mensch ein höherer Stellenwert eingeräumt wird? Dies wäre ein Restfunken positiver Interpretation der Bundesverfassungsgerichtsrechtsprechung. Allerdings lässt er sich in der zitierten Passage des Lissabon-Urteils gerade nicht wiederfinden. Das in der Menschenwürde fundierte Wahlrecht wird nicht benötigt und benutzt, um den Stellenwert des Einzelnen im Staat und in Europa herauszustellen. Es führt vielmehr „nur“ zur Kontrolle staatsrechtlicher Kompetenzzuordnungen. Das Bundesverfassungsgericht hat dies in seinen jüngsten Entscheidungen weiter betont: Der Anspruch auf Demokratie erschöpft sich – jedenfalls prozessual – in einer Ultra-vires-Kontrolle von Hoheitsakten der Europäischen Union und einer Kontrolle mitgliedstaatlicher Kompetenzübertragungen an die EU an Art. 79 Abs. 3 GG.³⁰ Es ist nicht auszuschließen, dass der Satz vom Wahlrecht und der Menschenwürde³¹ weiterentwickelt wird. Aber bisher hat das Bundesverfassungsgericht hierzu noch keinerlei Anstalten gemacht.

2. Legitimation funktionaler Selbstverwaltung als Chance?

Die zweite Rechtsprechungslinie, die eine Öffnung des Demokratiemodells bedeuten könnte, liegt in der Entscheidung zum Lippe und Emscher Wasserband von 2002.³² Für bestimmte öffentliche Aufgaben kann nach dem Bundesverfassungsgericht der Gesetzgeber vorsehen, dass ihre Wahrnehmung

²⁹ Vgl. A. Wallrabenstein, S. 143 ff.

³⁰ BVerfG vom 18.3.2014, Rn. 125: „Einen „Anspruch auf Demokratie“ vermittelt Art. 38 Abs. 1 Satz 1 GG jenseits von Ultra-vires-Konstellationen (vgl. BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 14. Januar 2014 - 2 BvR 2728/13 u. a. -, juris, Rn. 53) nur insoweit, als durch einen Vorgang demokratische Grundsätze berührt werden, die Art. 79 Abs. 3 GG auch dem Zugriff des verfassungsändernden Gesetzgebers entzieht (vgl. BVerfGE 123, 267 340; 129, 124, 177; 132, 195, 238).“

³¹ BVerfGE 123, 267, Rn. 211: „Das Recht der Bürger, in Freiheit und Gleichheit durch Wahlen und Abstimmungen die öffentliche Gewalt personell und sachlich zu bestimmen, ist der elementare Bestandteil des Demokratieprinzips. Der Anspruch auf freie und gleiche Teilhabe an der öffentlichen Gewalt ist in der Würde des Menschen (Art. 1 Abs. 1 GG) verankert.“

³² BVerfGE 107, 59.

mit privater Interessenwahrnehmung verbunden und damit zielführender und effektiver erfüllt werden.³³ Rechtsform hierfür ist nach dem Bundesverfassungsgericht die funktionale Selbstverwaltung. Soweit mit ihr Hoheitsbefugnisse gegenüber Dritten verbunden sind, muss allerdings die „volksdemokratische“ Legitimation durch sachlich-inhaltliche Rückbeziehung auf das Parlament – also durch Parlamentsgesetz – und eine personelle Verbindung über eine staatliche und das heißt „volksdemokratisch“ legitimierte Aufsicht bestehen.³⁴

Ist dies eine Öffnung des geschlossenen Demokratiekonzepts? Verheißungsvoll klingen die Passagen, die Art. 20 Abs. 2 GG als Staatszielbestimmung und Verfassungsprinzip bezeichnen.³⁵ „Aufgrund seines Prinzipiencharakters ist Art. 20 Abs. 2 GG entwicklungs offen. Das ‚Ausgehen der Staatsgewalt‘ vom Volk muss für das Volk wie auch die Staatsorgane jeweils konkret erfahrbar und praktisch wirksam sein. Bei veränderten Verhältnissen können Anpassungen notwendig werden.“ Aber schon im kommenden Satz holt das Bundesverfassungsgericht den kühnen Gedanken wieder zurück: Dies wirkt sich nur außerhalb der unmittelbaren Staatsverwaltung und der gemeindlichen Selbstverwaltung aus. Konzeptioneller Ausgangspunkt ist das Ziel einer Effektiveren Aufgabenwahrnehmung.³⁶

Zum Zeitpunkt des Urteils – dem Jahr 2002 – stand die Organisations- und Aufgabenprivatisierung in Deutschland so gut wie auf ihrem Höhepunkt. Die verfassungsrechtliche Zulässigkeit öffentlich-rechtlicher Organisationsformen für bestimmte Aufgaben neben privatrechtlichen Konstruktionen mit dem gleichen Ziel ist für die Vielfalt von Verwaltungsorganisation sinnvoll und hilfreich. Aber kann man hierin eine demokratietheoretische Öffnung des Bundesverfassungsgerichts erblicken? Die wahre Frage nach dem Umfang autonomer Normsetzungskompetenz und ihrer Kontrolle wird nicht angesprochen. Das Bundesverfassungsgericht verlangt eine staatliche (Rechts-)Aufsicht, verliert aber kein Wort zum Rechtsschutz. Dabei stellen sich hier die tatsächlich relevanten Fragen, wie etwa bei den Entscheidungen der Zulassungsausschüsse über die Ermächtigung von Krankenhausärzten zur

³³ BVerfGE 107, 59, 92.

³⁴ BVerfGE 107, 59, 94.

³⁵ BVerfGE 107, 59, 91.

³⁶ BVerfGE 107, 59, 91.

ambulanten Versorgung,³⁷ oder bei den Kontrollmaßstäben für Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses.³⁸

Im Ergebnis steht also der Volksdemokratie ein flexibles „neues Verwaltungsrecht“ gegenüber, das aber die Abriegelung des Demokratiemodells durch das „alte Verwaltungsrecht“ nicht durchdringt.

3. Voraussetzungen von Demokratie?

Einen dritten Gedanken, der auf sein Potential zur Öffnung des Demokratiemodells des Bundesverfassungsgerichts hin beleuchtet werden soll, soll schließlich in Anknüpfung an das Kopftuchurteil³⁹ aufgeworfen werden.

Der zweite Senat hat die Frage nach dem Recht einer Lehramtsanwärterin, auch im Unterricht ein „muslimisches“ Kopftuch tragen zu dürfen, nicht nur schlicht grundrechtlich bearbeitet. Eine unbefangene⁴⁰ Fortschreibung etwa des Kreuzifixbeschlusses des ersten Senats⁴¹ hätte auch damit enden können, dass die Religionsfreiheit der Lehrerin „obsiegt“ hätte. Stattdessen beantwortet das Bundesverfassungsgericht im Kopftuchurteil die Frage „prozedural“, indem es bestimmt, *wer* die normative Entscheidung treffen muss: „Das unvermeidliche Spannungsverhältnis zwischen positiver Glaubensfreiheit eines Lehrers einerseits und der staatlichen Pflicht zu weltanschaulich-religiöser Neutralität, dem Erziehungsrecht der Eltern sowie der negativen Glaubensfreiheit der Schüler andererseits unter Berücksichtigung des Toleranzgebots zu lösen, obliegt dem demokratischen Landesgesetzgeber, der im öffentlichen Willensbildungsprozess einen für alle zumutbaren Kompromiss zu suchen hat.“⁴²

Diese Prozeduralisierung knüpft die Verbindung zur Demokratietheorie. Sie wird besonders deutlich, wenn anstelle des Landesgesetzgebers über potentielle

³⁷ Vgl. BVerfG, NJW 2005, 273.

³⁸ Statt vieler vgl. V. Christopeit, Die verfassungsrechtliche Bewertung der Rechtsetzung des Gemeinsamen Bundesausschusses am Beispiel der Methodenrichtlinien, 2013 m.w.Nw.; C. Zimmermann, Der Gemeinsame Bundesausschuss, 2011, m.w.Nw.; V. Neumann, Verantwortung, Sachkunde Betroffenheit, Interesse – Zur demokratischen Legitimation der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2010, 593; P. Axer, Zur demokratischen Legitimation in der gemeinsamen Selbstverwaltung – dargestellt am Beispiel des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, in: Schnapp (Hrsg.), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip, 2001, 115.

³⁹ BVerfGE 108, 282

⁴⁰ Und damit geradezu naiv-ahistorische.

⁴¹ BVerfGE 93, 1.

⁴² BVerfGE 108, 282, 302.

andere Entscheider und andere Verfahren nachgedacht wird. Bei der Frage nach dem Kreuz im Klassenzimmer wird von pädagogischer Seite häufig die Einbeziehung und gleichwertige Berücksichtigung der verschiedenen in einer Klasse vertretenen Religionen vorgeschlagen. Demokratietheoretisch reformuliert ist dies eine pluralistische Antwort auf der konkreten „Verbandsebene“. Denkbar ist auch eine Mehrheitsentscheidung auf eben dieser Ebene. Die Antwort des bayerischen Gesetzgebers auf den Kreuzfixbeschluss des Bundesverfassungsgerichts war – u.a. – die Zuweisung der Konfliktlösungsbefugnis an den Schulleiter, der auch den Willen der Mehrheit berücksichtigen soll.⁴³ Das Abstellen auf die Mehrheit beim Ausgleich von grundrechtlichen Schutzgütern ist keine gute Idee.⁴⁴ Dies gilt freilich für parlamentarische Entscheidungen nicht minder. Entscheidend an dieser Stelle ist nicht die grundrechtliche Begrenzung und „Ausrichtung“ von Demokratie, sondern zunächst der Blick darauf, dass das Bundesverfassungsgericht andere Entscheider gar nicht in den Blick genommen hat. Geradezu selbstverständlich ist es der demokratische Landesgesetzgeber, der „im öffentlichen Willensbildungsprozess“ das „unvermeidliche Spannungsverhältnis [...] lösen“ muss.

Auch hier lässt sich eine rechte Öffnung des Demokratiekonzepts nicht erkennen. Es war auch nicht zu erwarten,⁴⁵ aber eine Chance hätte die Fragestellung durchaus geboten.

Insgesamt lässt sich festhalten, dass es seit dem Ausländerwahlrechtsurteil Anlässe gegeben hat, das Demokratieverständnis des Bundesverfassungsgerichts wieder zu öffnen. Es finden sich auch Formulierungen in manchen Entscheidungen, die nach einer Öffnung der geschlossenen Demokratiekonzeption klingen. Aber sie werden meist im nächsten Satz schon wieder eingefangen. Das Nachdenken über Demokratie bleibt also einstweilen der Wissenschaft überlassen.

⁴³ Hierzu BVerwGE 109, 40; zu den unterschiedlichen Landesregelungen vgl. J. v. Blumenthal, Das Kopftuch in der Landesgesetzgebung, 2009.

⁴⁴ Vgl. H. Wißmann, JöR n.F. 60 (2012), 225, 239 f.

⁴⁵ Es ist ein anderes Thema dass just die Schule so demokratiefrei gedacht wird, obgleich der schulische Erziehungsauftrag maßgeblich auf die verantwortliche Bürgerrolle abstellt und zahlreiche Paragraphen der Schulgesetze das Miteinander der „Schulgemeinde“ ausbuchstabieren.