

Konstitutionalismus ohne Geschichte, Kultur und Ethos:
Die Verfassungsaufsicht des EuGH über die Mitgliedstaaten

Inhaltsverzeichnis

I. Ideologische Fixpunkte des EU-Konstitutionalismus	2
1) <i>Historische Alternativlosigkeit</i>	2
2) <i>Notwendigkeit eines entpolitisierten Vorgehens</i>	2
3) <i>Die Menschen als Zuschauer.....</i>	3
4) <i>Ein Europa, das schützt</i>	3
II. Ausgewählte Entwicklungslinien des EuGH-Konstitutionalismus.....	4
1) <i>Unionsbürgerschaft als Aufsichts- und Steuerungsinstrument</i>	4
a) Staatsbürgerschaftsrecht	4
aa) Erwerb: Erwartungen an die Mitgliedstaaten, die die EU nicht erfüllen könnte	5
bb) Verlust: Weichspülung des mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeitsrechts.....	6
b) Anerkennung des personenstandsrechtlichen Status	7
c) Auf dem Weg zum umfassenden Förder- und Subventionsinstrument?	8
2) <i>Entwicklung von Art. 2 EUV zur allgemeinen Verfassungsaufsicht</i>	8
a) Die Entwicklung – ein Überblick	8
b) Wohl nur ein Zwischenschritt: Art. 2 EUV als Qualifikation anderweitiger Vertragsverstöße.....	9
c) Das Endziel: Maßstabsfreie Aufsicht über Art. 2 EUV?	10
3) <i>Einführung eines „Regressionsverbots“</i>	11
III. Die Regierung der Wenigen über die Vielen	12
1) <i>Repräsentative Herrschaft zwischen Oligarchisierung und demokratischer Rückbindung</i>	12
2) <i>Mechanismen der Sicherung von Demokratizität.....</i>	13
3) <i>Zur Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit.....</i>	14
4) <i>Systemische Demokratizität und das Selbstverständnis des EuGH.....</i>	16

I. Ideologische Fixpunkte des EU-Konstitutionalismus

Das Europaverfassungsrecht stellt sich als *theatrum mundi* dar: Es ist ein Spiegelsaal, in dem sich die Mannigfaltigkeit der Erscheinungsformen des Konstitutionalismus und die Entwicklung des Selbstverständnisses der Gerichte in schillernder und immer neuen Brechungen widerspiegeln. Die Akteure, die sich in diesem Spiegelsaal bewegen, bedienen sich der Orientierungsmuster, die den Konstitutionalismus seit seiner Entstehung im 18. Jahrhundert kennzeichnen: Man äußert Fortschrittsbeteuerungen, gibt Emanzipations- und Freiheitsversprechen ab und spricht von der besseren Zukunft. In diesem Raum ordnen Gerichte – und die dort wirkenden Richter – auf der Grundlage unbestimmter Texte und ohne Rückbindung in einen politischen Diskurszusammenhang – ihre Vision eines künftigen Europas an. Um sie herum tanzen Akteure, die institutionell in der Welt der Politik, der Wissenschaft oder der Wirtschaft verankert sind. Viele feuern die Gerichte an und begreifen sich als aktivistische Unterstützer. Kritische Stimmen werden in der blasenartigen Welt des Europaverfassungsrechts nicht gerne gehört. Im Selbstverständnis und im Handeln der Akteure lässt sich die ganze Breite der *conditio humana* beobachten: Vernunft *und* Unvernunft; die ernsthafte Suche nach den Bedingungen einer besseren Welt *und* Scharlatanerie; Gewissenhaftigkeit *und* narzisstische Eitelkeit; distanzierte Beobachtung *und* Anbiederei, ja Zelotismus. Während man in manchen Kreisen weiterhin die Tugenden der Ernsthaftigkeit, Nachdenklichkeit und Demut pflegt, hat man sich andernorts den Gepflogenheiten einer medialen Moderne angepasst, für die Undifferenziertheit, Lautstärke und Selbstentgrenzung oberste Werte sind.

Die Mehrzahl der Akteure, die sich in dem Spiegelsaal des EU-Konstitutionalismus bewegen, werden von vier Glaubenssätzen bewegt:

1) Historische Alternativlosigkeit

Sie sind der Überzeugung, dass der Weg einer weiteren Vertiefung der Integration und der Ausbau der EU zu einer staatsähnlichen Institution historisch richtig *und* alternativlos ist. Diesem politischen Denken zufolge geht es um einen Prozess, der politisch nicht verhandelbar ist. Es wird stark von „end of history“-Vorstellungen getragen, für die die Geschichte der Welt auf einen politisch definierbaren Endzustand hinläuft. Nirgendwo drückt sich dieses Denken besser aus als im Begriff der „Regression“: Wer auf dem Weg nicht mitmacht, ja vielleicht sogar eine abweichende gesellschaftspolitische Grundhaltung einnimmt, wird nicht nur als Gegner der europäischen Integration eingeordnet, sondern wird auch den Vorwurf einer „Regression“ konfrontiert. Nur eine Richtung ist danach normativ und politisch statthaft. Über andere Wege kann nicht sinnvoll diskutiert werden; sie sind vielmehr „regressive“ Fehlentwicklungen.¹

2) Notwendigkeit eines entpolitisierten Vorgehens

Die Akteure sind der Auffassung, dass das beschriebene Endziel unter Einsatz technokratisch-administrativer Organisationsformen, dem Verhandlungs- und Entscheidungsmodus einer apolitischen Vernunft und dem Steuerungsinstrument eines enthistorisierten und entkulturalisierten Rechts angestrebt werden könne – und angestrebt werden müsse. Diese Modi prägen nicht nur – das war immer schon so – die Arbeit der EU-Kommission. Sie haben sich auch in einem Europäischen Parlament festgesetzt, dessen Mitglieder zwar direkt gewählt werden, die dann

¹ Entwicklungen, wie sie zeitweilig in Polen und Ungarn zu beobachten waren, wurden als Abirrungen betrachtet, die in der Familie der EU-Staaten keinen Platz (mehr) haben können.

aber über fünf Jahre in einem Raum arbeiten, dessen Permeabilität gering ist: Einerseits gelingt es den Mitgliedern nicht, ihre hochtechnische Arbeit einer breiteren Bevölkerung zu vermitteln. Andererseits interessieren sich Unionsbürger, die nicht einen professionellen Grund haben, nicht für die Arbeit. In den mitgliedstaatlich besetzten Institutionen Europäischer Rat und Rat wird die Arbeit wesentlich von einem Reziprozitätsdenken beherrscht, demzufolge Nutzen und Kosten angemessen verteilt werden müssen.

3) Die Menschen als Zuschauer

Die Akteure sind sich einig, dass den „einfachen“ Menschen in diesem Prozess nur insoweit eine Rolle zugeschrieben werden kann, als es um Affirmation, Zuspruch und Akklamation geht. Das angestrebte Ziel ist zu wichtig, als dass unwissende, unvernünftige oder unaufgeklärte Menschen die Möglichkeit gegeben werden darf, Steine in den Weg zu legen. Die EU war und ist ein Unternehmen, das von den Mitgliedern einer geistesverwandten Gilde² vorangetrieben wird. Der idealistische Überschwang, mit dem man in den frühen 2000er-Jahren glaube, einen Prozess der Konstitutionalisierung unter Einbeziehung der Allgemeinheit vorantreiben zu können, ist längst verflogen. Die „schlechten“ Erfahrungen, die man mit Volksabstimmungen gesammelt hat, verstärken die Tendenz zur Abschottung. Wenn es Skeptikern und Gegnern des eingeschlagenen Wegs gelingt, in die Institutionen vorzustößen, werden sie weniger als politische Gegner und mehr als Eindringlinge behandelt.³ Vertragsänderungen, die die Notwendigkeit begründen, auch Menschen und Gruppen außerhalb der Blase gewinnen zu müssen, sind zum Anathema geworden. Man hat sich ganz in eine Blase zurückgezogen. Die zeitweilig ernsthaften Bemühungen um eine Stärkung der Demokratizität des Gebildes sind erloschen. Man glaubt, die Legitimitätsproblematik damit gelöst zu haben, dass man sich als Hüter von „EU-Werten“ begreift.

4) Ein Europa, das schützt

Inhaltlich wird der Prozess der europäischen Integration schon seit längerem von einem zutiefst paternalistischen Grundverständnis getragen. Die Zeiten, in denen im Zentrum des Prozesses Zielsetzungen der Emanzipation, der Freisetzung, der Überwindung von beschränkenden Ordnungsvorgaben und Bindungen standen, sind lange vorbei. Heute geht es darum, die Gefahren zu bewältigen, die die EU und ihre Bürger von außen und innen bedrohen - angefangen von den Verwerfungen, die von einer neuen geostrategischen und geoökonomischen Weltlage ausgehen, über die Bedrohung durch den Klimawandel und die Geschäftspraktiken der Digitalunternehmen bis hin zu den Gefahren seitens populistischer Verführer und illiberaler Regime. In allen EU-Institutionen hat sich die tiefe Überzeugung durchgesetzt, dass es inzwischen eine Hauptaufgabe ist, die EU-Bürger, ggf. auch gegen ihren eigenen unaufgeklärten Willen, durch Regulierung, Steuerung und Intervention zu schützen. Der Ausbau individueller Freiheit spielt in der EU keine wesentliche Rolle mehr; die Idee individueller Freiheit entfaltet nur dort eine sichtbare Rolle, wo es darum geht, ein individualistisches, von der Idee der Diversität getragenes Lebensmodell („The European Way of Life“) gegen tatsächliche und vermeintlich regressive Tendenzen zu beschränken.

² The Economist, Inside the Brussels deep state, 6. Mai 2026.

³ Vereinzelt wird vorgeschlagen, ihnen doch einfach das Stimmrecht zu entziehen. Es ist durchaus ironisch, dass Aktivisten auf dem Weg zum besseren Europa eine Robustheit und einen freizügiger Umgang mit dem Recht an den Tag legen, den sie ihren Gegnern vorhalten.

Versucht man, das Bild auf einen allgemeinen Nenner zu bringen, könnte man von einer Form des enthistorisierten, entkulturalisierten und entpolitisierten Konstitutionalismus sprechen, der nicht in die historisch reichen und kulturell tief verwurzelten Entwicklungswege der Mitgliedstaaten eingebettet ist, sondern „top down“ vor dem Hintergrund eines technokratisch-administrativen Grundverständnisses des Integrationsprozesses angeordnet wird.⁴

II. Ausgewählte Entwicklungslinien des EuGH-Konstitutionalismus

Die Form des Konstitutionalismus, die der EuGH seit einigen Jahren betreibt, fügt sich in dieses Bild reibungslos ein. Drei Entwicklungen sind von besonderer Bedeutung und sollen hier kurz skizziert werden.

1) Unionsbürgerschaft als Aufsichts- und Steuerungsinstrument

a) Staatsbürgerschaftsrecht

Im Zentrum der ersten Entwicklung steht die Entwicklung des Status der Unionsbürgerschaft (Art. 20 Abs. 1 AEUV). Im EU-Primärrecht wird dieser Status als derivativ konzipiert: Unionsbürger ist, wer die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats hat. In Abschnitt A des Beschlusses, den die im Europäischen Rat von Edinburgh vom 11. und 12. Dezember 1992 vereinigten Staats- und Regierungschefs zu bestimmten von Dänemark aufgeworfenen Problemen betreffend den Vertrag über die Europäische Union⁵ gefasst haben, findet sich diesbezüglich die folgende Erläuterung. „Mit den im Zweiten Teil des Vertrages über die Europäische Union enthaltenen Bestimmungen über die Unionsbürgerschaft werden den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten die in diesem Teil aufgeführten zusätzlichen Rechte und der dort spezifizierte zusätzliche Schutz gewährt. Die betreffenden Bestimmungen treten in keiner Weise an die Stelle der nationalen Staatsbürgerschaft. Die Frage, ob eine Person die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaats besitzt, wird einzig und allein auf der Grundlage des innerstaatlichen Rechts des betreffenden Mitgliedstaats geregelt.“ Ungeachtet dieser eindeutigen Festlegung ist der EuGH inzwischen dazu übergegangen, Art. 20 Abs. 1 AEUV zum (Steuerungs- und Kontroll-)Maßstab zu machen, mit dem mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeitsregelungen und deren Anwendung überprüft werden. Schon in dem Rottmann-Urteil (2010⁶) beanspruchte der EuGH die Befugnis, mitgliedstaatliche Entscheidungen über den Entzug der Staatsangehörigkeit einer unionsrechtlichen (Verhältnismäßigkeits-)Kontrolle unterwerfen zu können. Zum Erstaunen der Beobachter blieb die Entscheidung damals weitgehend

⁴ Ich habe an anderer Stelle den Begriff des „Frankenstein-Konstitutionalismus“ gewählt (vgl. Martin Nettesheim, European “Frankenstein Constitutionalism”: TEU Article 2 as a Federal Homogeneity Clause, *AJIL Unbound*, 118 (2024), 167 (DOI: <https://doi.org/10.1017/aju.2024.26>).

⁵ ABl. 1992, C 348, S. 1.

⁶ EuGH, 2. März 2010, C-135/08, Rottmann.

unbeachtet.⁷ Hierin mag einer der Gründe liegen, warum der EuGH dann wenige Jahre später zum Ausbau seiner Aufsicht schritt.⁸

aa) Erwerb: Erwartungen an die Mitgliedstaaten, die die EU nicht erfüllen könnte

Inzwischen liegen mehrere EuGH-Entscheidungen vor, in denen der EuGH sein Verständnis von der unionsrechtlichen Aufsicht näher entfaltet.⁹ Besondere Aufmerksamkeit hat eine Entscheidung des EuGH vom 29. April 2025¹⁰ gefunden, in der es um die Frage ging, ob EU-Mitgliedstaaten ihre Staatsangehörigkeit an Personen verleihen dürfen, die, ohne länger räumlich anwesend zu sein, in dem Staat Investitionen vornehmen oder auch nur eine Gebühr bezahlen. Der EuGH beanspruchte erstmalig, mitgliedstaatliche Entscheidungen über die Vergabe der Staatsangehörigkeit einer unionsrechtlichen Prüfung zu unterwerfen. Er bekräftigte zunächst, dass die Mitgliedstaaten die Regeln für die Verleihung der Staatsbürgerschaft grundsätzlich selbst festlegen könnten. Es kam dann allerdings der inzwischen bekannte Begründungsansatz, dass dabei die Vorgaben des (vom EuGH dann zu konkretisierenden) EU-Rechts zu beachten seien. Er vertrat die Auffassung, dass das von Malta betriebene Programm die Vergabe der Unionsbürgerschaft zum Gegenstand einer geschäftlichen Transaktion mache. Es fehle an einem Verbundenheits- und Loyalitätsverhältnis zwischen dem Mitgliedstaat und dem Antragsteller, das die Unionsbürgerschaft ihrem Wesen nach voraussetze. Sie gegen Zahlungen oder Investitionen zu verleihen, verstoße jedoch gegen den Grundsatz der loyalen

⁷ In der Lissabon-Entscheidung (BVerfGE 123, 267) legt das BVerfG ausführlich dar, dass das geltende EU-Vertragsrecht „nicht zu einer Überlagerung des primären Staatsangehörigkeitsrechts durch die Unionsbürgerschaft“ führe (Rdnr. 349). Es betont ferner: „Auch angesichts des Ausbaus der Rechte der Unionsbürgerschaft bewahrt das deutsche Staatsvolk solange seine Existenz, wie die Unionsbürgerschaft die Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten nicht ersetzt oder überlagert.“ (Rdnr. 350). Im Jahr 2009 konnte sich das Gericht offenkundig noch nicht vorstellen, dass Deutschland kurze Zeit später im Bereich seiner Staatsangehörigkeit einer unionsrechtlichen Aufsicht unterstellt würde. Bis heute ist nicht erkennbar, wie sich das Bundesverfassungsgericht zu diesem Verlust, der ohne Zweifel die vom Gericht 2009 entwickelte Konzeption der Verfassungsidentität antastet, verhält.

⁸ Der EuGH ging allerdings nicht so weit, den Versuch zu unternehmen, über Art. 20 Abs. 1 AEUV eine Korrektur der Folgen des Ausscheidens des Vereinigten Königreichs aus der EU vornehmen zu wollen. In einer Entscheidung vom 15. Juni 2023 (EuGH, 15. Juni 2023, C-499/21 P u.a.) stellte der EuGH fest, dass der Verlust des Status als Unionsbürger infolge des Brexits eine automatische Folge allein des vom Vereinigten Königreich souverän gefassten Beschlusses ist, aus der Union auszutreten. Mit drei gesonderten Klagen hatten britische Staatsbürger vor dem EuG und dem EuGH erfolglos das Brexit-Abkommen und den Beschluss des Rates angefochten. Sie machten geltend, hierdurch würden ihnen die Rechte genommen, die sie als EU-Bürger ausgeübt und erworben hätten. Der Gerichtshof wies die Rechtsmittel zurück: Der Verlust der Unionsbürgerschaft sei die Konsequenz der souveränen Entscheidung des Vereinigten Königreichs, nicht ein Verstoß gegen Unionsrecht.

⁹ Im Folgenden bleiben Entscheidungen unberücksichtigt, die an die Unionsbürgerschaft aufenthaltsrechtliche Konsequenzen knüpfen (vgl. z.B. EuGH, 8. Mai 2025, C-130/24, YC/Deutschland: Art. 20 AEUV ist so auszulegen, dass sich das abgeleitete Aufenthaltsrecht, das dem drittstaatsangehörigen Familienangehörigen eines Unionsbürgers auf der Grundlage dieser Bestimmung zusteht, unmittelbar aus dem Unionsrecht ergibt.).

¹⁰ EuGH, 29. April 2025, C-181/23, Kommission/Malta.

Zusammenarbeit unter Mitgliedstaaten.¹¹ Der EuGH entschied, dass Maltas Programm „Staatsbürgerschaft durch Investition“ gegen EU-Recht verstößt, insbesondere gegen Art. 20 AEUV (Unionsbürgerschaft) und Art. 4 Abs. 3 EUV (loyale Zusammenarbeit).

Der „Art. 20 AEUV-Konstitutionalismus“ des EuGH stößt vor allem deshalb auf Einwände, weil die Richter des EuGH nicht über substanzielle Maßstäbe verfügen, nach denen sich die Zugehörigkeit bzw. Nichtzugehörigkeit zur politischen Gemeinschaft in einem Mitgliedstaat bestimmen soll. Bei der Überprüfung mitgliedstaatlicher Verleihungsentscheidungen („Kommission/Malta“) sieht sich der EuGH deshalb genötigt, auf Lehrsätze zurückzugreifen, die man in einem schon etwas älteren Lehrbuch der allgemeinen Staatslehre finden könnte („Verbundenheits- und Loyalitätsverhältnis“). Die differenzierte Praxis der EU-Mitgliedstaaten, in der teilweise die vom EuGH verworfenen volkswirtschaftlichen Nützlichkeitsabwägungen, teilweise auch humanitäre Überlegungen dominieren, ist dem EuGH möglicherweise nicht bekannt; jedenfalls wird sie ausgeblendet. Besonders auffällig ist, dass das besondere „Verbundenheits- und Loyalitätsverhältnis“, das der EuGH als Voraussetzung für die Verleihung der mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit formuliert, im Fall der Unionsbürgerschaft und den Beziehungen der Menschen zur EU schwerlich vorliegt. Nimmt man die EuGH-Entscheidung zum Maß, dürfte die EU die Unionsbürgerschaft nach Art. 20 Abs. 1 AEUV gar nicht verleihen.

bb) Verlust: Weichspülung des mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeitsrechts

Erhebliche Bedeutung hat die unionsrechtliche Aufsicht inzwischen auch im Bereich der Verlust- und Entzugsgründe einer mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit. Im September 2023¹² entschied der EuGH in einem dänischen Fall, dass es zwar grundsätzlich Sache der einzelnen Mitgliedstaaten sei, die Voraussetzungen für den Erwerb und den Verlust der Staatsangehörigkeit festzulegen. Unter Hinweis darauf, dass es sich bei der Unionsbürgerschaft nach Art. 20 Abs. 1 AEUV um den „Grundstatus der Unionsbürger“ handelte, beanspruchte er aber, die Entscheidung des dänischen Gesetzgebers an unionsrechtlichen Maßstäben messen zu können. Im konkreten Fall ging es um eine in den USA geborene Tochter einer Dänin, die mit Vollendung des 22. Lebensjahrs automatisch die dänische Staatsangehörigkeit verloren hatte, ohne ausreichend über diese Rechtsfolge informiert worden zu sein. Die betroffene Person hatte keinen Bezug zur EU; sie hatte sich überhaupt nur wenige Wochen in der EU aufgehalten. Gleichwohl meinte der EuGH, den Fall zum Anlass einer Überprüfung des dänischen Rechts nehmen zu können. Nach Auffassung des EuGH durfte Dänemark die Beibehaltung der dänischen Staatsangehörigkeit vom Bestehen einer echten Bindung zu diesem Land abhängig machen. Er verlangte allerdings, dass die betroffene Person auch nachträglich nach die Möglichkeit haben müsse, die Rechts- und Verhältnismäßigkeit des Verlustes administrativ überprüfen lassen zu können, wenn der Verlust der dänischen Staatsangehörigkeit auch zum Verlust des Unionsbürgerstatus führen würde.

In einer Entscheidung vom 25. April 2024¹³ ging es um Personen, die, nachdem sie in Deutschland eingebürgert worden waren, ohne Wissen des deutschen Staats und ohne Genehmigung ihre zuvor abgelegte Staatsangehörigkeit eines Drittstaats (Türkei) wieder angenommen hatten. Nach Auffassung des EuGH soll das Unionsrecht grundsätzlich dem Verlust der

¹¹ Das Urteil erging entgegen den Schlussanträgen des Generalanwalts. Der Versuch der EU-Kommission, eine unionsrechtliche Aufsicht über Zugehörigkeitsfragen zu erlangen, stieß in der wissenschaftlichen Diskussion teils auf starke Einwände, teils auf Zustimmung.

¹² EuGH, 5. September 2023, C-689/21, Udlændingeog Integrationsministeriet (Dänemark).

¹³ EuGH, 25. April 2024, C-684/22 bis C-686/22, Stadt Duisburg (Deutschland).

deutschen Staatsangehörigkeit im Fall der Wiedererlangung der türkischen Staatsangehörigkeit nicht entgegenstehen. Der Gerichtshof erkannte ausdrücklich an, dass das Ziel der Vermeidung von Mehrstaatigkeit ein legitimes mitgliedstaatliches Interesse darstellt. Wenn dieser Verlust allerdings auch den Verlust der Unionsbürgerschaft mit sich bringt, müsse allerdings eine Einzelfallprüfung der Folgen dieses Verlusts für die betreffende Person durchgeführt werden können. Erforderlich sei, dass betroffenen Personen innerhalb eines angemessenen Zeitrahmens effektiver Zugang zu einem Verfahren für die Beibehaltung ihrer Staatsangehörigkeit gewährt wird und sie ordnungsgemäß über dieses Verfahren informiert werden.

Den Entscheidungen des EuGH, die der Entfaltung des „Grundstatus der Unionsbürger“ dienen, haftet ein Element des Surrealen an. Es spricht vieles für die Annahme, dass die betroffenen Personen vor ihrem Kampf um den Erhalt bzw. die Wiedererlangung einer mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit überhaupt nichts davon wussten, dass sie über den - angeblich konstitutiven und identitätsbildenden - Grundstatus zuschreibt. Es dürften kluge Anwälte gewesen sein, die die EU-Karte im Prozess gezogen haben. Es ist auch überaus merkwürdig, dass eine Person, die sich im ganzen Leben nur wenige Wochen in der EU aufgehalten hat, nunmehr ein unionsrechtliches Argument anführen können soll, um mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeitsentscheidungen angreifen zu können.

Mit Blick auf mitgliedstaatliche Verlust- bzw. Entzugsgründe zieht sich der enthistorisierte und entkulturalisierte Konstitutionalismus darauf zurück, prozedurale Vorkehrungen zu verlangen, mit denen das mitgliedstaatliche Staatsangehörigkeitsrecht weichgespült wird. Für die einen ist dies Grund, die Entscheidungen zu loben – sie sehen in dem Ausbau der Notwendigkeit einer Einzelfallbehandlung einen Gewinn an materialer Gerechtigkeit. Andere bezweifeln, dass diese Form der Einmischung einen Bezug zu den Zielen und Anliegen der europäischen Integration hat. Die vom EuGH mit großen Worten umschriebene Gehalt der Unionsbürgerschaft und ihr angebliches inhärentes Wesen verkümmern bei näherem Hinsehen zu einem richterlichen Mikromanagement.

b) Anerkennung des personenstandsrechtlichen Status

Inzwischen hat der EuGH der Unionsbürgerschaft noch eine zweite Bedeutung zugeschrieben. Er verwendet sie als Hebel, mit der er Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, einen im EU-Ausland erworbenen Rechtsstatus anzuerkennen. In einer Entscheidung vom 25. November 2025¹⁴ verpflichtete der EuGH den Mitgliedstaat Polen, eine in Deutschland geschlossene Ehe zweier (gleichgeschlechtlicher) Unionsbürger anzuerkennen und standesamtlich zu registrieren. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, den in einem anderen Mitgliedstaat rechtmäßig erworbenen Familienstand anzuerkennen. Verweigert ein Mitgliedstaat die Anerkennung einer Ehe zweier Unionsbürger, die rechtmäßig in einem anderen Mitgliedstaat geschlossen wurde, verletzt dieser den „Grundstatus“ der Unionsbürgerinnen, stelle den Wert des Freizügigkeits- und Aufenthaltsrechts in Frage und beeinträchtige Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens. Der EuGH hat damit einen neuen Hebel entwickelt, mit denen er – am europäischen Gesetzgeber und dem Sekundärrecht vorbei – unionsrechtliche Anerkennungspflichten schaffen kann. Es ist beispielsweise deutlich erkennbar, dass er damit die namensrechtlichen Vorgaben des EU-Rechts neu formulieren kann.

¹⁴ EuGH, 25. November 2025, C-713/23, Wojewoda Mazowiecki (Polen)

c) Auf dem Weg zum umfassenden Förder- und Subventionsinstrument?

Einen Endpunkt dieser Entwicklung der Unionsbürgerschaft (und des darin angeblich angelegten „Grundstatus“) zu einem Steuerungs- und Kontrollinstrument gibt es nicht. In den bislang ergangenen Entscheidungen ist der EuGH nicht nur dazu übergegangen, die Letztentscheidung über die Zugehörigkeit zur politischen Gemeinschaft der Mitgliedstaaten treffen zu können. Er leitet aus Art. 20 Abs. 1 AEUV auch unionsrechtliche Anerkennungspflichten ab, auf deren Grundlage mobile Unionsbürger einen irgendwo in der EU erworbenen Status unionsweit durchsetzen können. Es gibt letztlich aber keinen Grund, diese Begünstigung auf die statusrechtliche Anerkennung zu reduzieren. Wenn man den in der Rechtsprechung angelegten Weg weitergeht, könnte man Art. 20 Abs. 1 AEUV als Anspruchsgrundlage interpretieren, mit denen freizügigkeitsberechtigte Bürger eine sozialrechtliche Unterstützung verlangen können, um von ihrem Recht aus Art. 21 AEUV Gebrauch machen zu können (Reiseunterstützung). Man könnte auch darüber nachdenken, ob Art. 20 AEUV – über den bislang in Art. 18 i.V.m. Art. 20 AEUV angelegten Diskriminierungsschutz hinaus – nicht mobilen Unionsbürgern einen Anspruch gibt, in einer Weise sozialrechtlich unterstützt zu werden, die ihrer Menschenwürde (Art. 1 Abs. 1 der Grundrechte-Charta) entspricht. Irgendwann könnte dann Art. 20 Abs. 1 AEUV ein allgemeines Programm der umfassenden, vor allem grundrechtskonformen Absicherung der menschlichen Lebensführung entnommen werden. Der konstitutionellen Phantasie des EuGH sind keine Grenzen gesetzt. Die schon seit langem zu erkennende Tendenz, den Willen des EU-Gesetzgebers zu überspielen, kann auf der Grundlage von Art. 20 Abs. 1 AEUV radikalisiert werden.

2) Entwicklung von Art. 2 EUV zur allgemeinen Verfassungsaufsicht

Ein ähnlicher Prozess der Selbstentgrenzung lässt sich in der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 2 EUV erkennen. Die wesentlichen Wegschritte können hier als bekannt vorausgesetzt werden. Mehr als einer kurzen Rekapitulation bedarf es nicht.

a) Die Entwicklung – ein Überblick

In seiner wegweisenden Entscheidung vom 27. Februar 2018¹⁵ hatte der EuGH über einen eigentlich unspektakulären Fall zu entscheiden. Die Richter des portugiesischen Tribunal de Contas wandten sich gegen vorübergehende Gehaltskürzungen im Rahmen von Sparmaßnahmen. Der EuGH hätte die Vorlage ohne Probleme schon deshalb zurückweisen können, weil Fragen der Richterbesoldung nicht Gegenstand des EU-Rechts sind. Statt dessen entschied er sich dazu, eine Prüfung auf der Grundlage von Art. 19 Abs. 1 EUV vorzunehmen. Dabei bildete er aus dem operativen Prüfungsmaßstab des Art. 19 EUV (Unabhängigkeit der Gerichte) und der interpretativ herangezogenen Bestimmung des Art. 2 EUV (Wert der Rechtsstaatlichkeit) einen zusammengesetzten Maßstab. Es finden sich dann Ausführungen, in denen beschrieben wird, dass das Erfordernis der Unabhängigkeit der Gerichte dem Auftrag des Richters inhärent ist, zum Wesensgehalt des Rechts auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz gehört und als Garant für den Schutz sämtlicher dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsender Rechte sowie für die Wahrung der in Art. 2 EUV genannten Werte grundlegende Bedeutung hat. Offenkundig war dies mit Blick auf zeitgleiche Entwicklungen in Polen und Ungarn formuliert worden. Die Kürzungen der Richtergehälter verstießen im Ergebnis nicht gegen den Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit, da sie im Zusammenhang mit einer

¹⁵ EuGH, 27. Februar 2018, C-64/16, ASJP.

Portugal von der Europäischen Union gewährten Finanzhilfe erfolgten, allgemein einen großen Teil des portugiesischen öffentlichen Dienstes betrafen und nur vorübergehend galten. In einer Reihe von Folgeentscheidungen prüfte der EuGH dann die Veränderungen des polnischen Justizsystems an diesem Maßstab.¹⁶

Den zweiten Entwicklungsschritt zur Entgrenzung des Art. 2 EUV unternahm der EuGH dann in der Entscheidung vom 16. Februar 2022¹⁷ zur Überprüfung der „Konditionalitätsverordnung“¹⁸. In der vom Plenum des Gerichtshofs gefällten Entscheidung wird Art. 2 EUV als Bestimmung begriffen, die den EU-Mitgliedstaaten rechtlich bindende Verpflichtungen auferlegt. Der Gerichtshof betont, dass „die Achtung der in Art. 2 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat eine Voraussetzung für den Genuss aller Rechte ist, die sich aus der Anwendung der Verträge auf diesen Mitgliedstaat ergeben.“¹⁹ Das gegenseitige Vertrauen der Mitgliedstaaten, das letztlich Grundlage für die europäische Zusammenarbeit sei, gründe sich darauf, dass diese die gemeinsamen Werte der EU achten. Diese in Art. 2 EUV niedergelegten Werte würden der EU als Rechtsgemeinschaft ihr Gepräge geben. Den EU-Organen müsse daher die Befugnis zustehen, den Haushalt der EU vor Beeinträchtigungen und Schäden zu schützen, die ihre Ursache darin haben, dass in einem EU-Mitgliedstaat keine rechtsstaatlichen Verhältnisse herrschen. Der EuGH wies die Klagen Polens und Ungarns gegen die Konditionalitätsverordnung ab. Gleichzeitig markierte dieses Urteil eine wichtige Grenze: Verstöße gegen die Rechtsstaatlichkeit als solche können nicht nach der Konditionalitätsverordnung geahndet werden, da die Verordnung allein dem Schutz des EU-Haushalts dient. Soweit der Haushalt der EU nicht betroffen ist, kann die EU nicht auf die Konditionalitätsverordnung zurückgreifen.

b) Wohl nur ein Zwischenschritt: Art. 2 EUV als Qualifikation anderweitiger Vertragsverstöße

Den vorerst letzten Entwicklungsschritt hat der EuGH dann am 21. April 2026²⁰ gemacht: Er hat Art. 2 EUV zu einer unmittelbar anwendbaren Bestimmung gemacht, der sich Kontrollmaßstäbe für das Verhalten der EU-Mitgliedstaaten entnehmen lassen sollen. Dieses Urteil markiert den vorläufigen Kulminationspunkt der gesamten seit 2018 entfalteten Entwicklung. Gegenstand war das ungarische Gesetz Nr. LXXIX/2021, das unter dem Deckmantel des „Kinderschutzes“ die Darstellung von Homosexualität und Transidentität in Inhalten, die Minderjährige erreichen können, etwa im Schulunterricht oder in audiovisuellen Medien, verbietet und stark einschränkt. Die Kommission erhob 2022 eine Vertragsverletzungsklage, der sich 16 Mitgliedstaaten anschlossen. Der EuGH entschied in der Besetzung aller 27 Richter im Plenum — schon dies ein Zeichen für die verfassungsrechtliche Tragweite. Für die Feststellung der Europarechtswidrigkeit der ungarischen Regelung hätte es des Rückgriffs auf Art.

¹⁶ EuGH, 24. Juni 2019, C-619/18, Kommission/Polen (Oberstes Gericht); EuGH, 5. November 2019, C-192/18, Kommission/Polen (Ordentliche Gerichte); EuGH, 15. Juli 2021, C-791/19, Kommission/Polen (Disziplinarkammer); EuGH, 5. Juni 2023, C-204/21, Kommission/Polen (Unabhängigkeit der Richter und Privatleben); EuGH, 18. Dezember 2025, C-448/23, Kommission/Polen (Bindungswirkung der EuGH-Rechtsprechung).

¹⁷ EuGH, 16. Februar 2022, C-156/21 und C-157/21, Ungarn und Polen/Parlament und Rat.

¹⁸ Verordnung (EU, Euratom) 2020/2092 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2020 über eine allgemeine Konditionalitätsregelung zum Schutz des Haushalts der Union, ABl. 2020 L 433/1.

¹⁹ EuGH, 16. Februar 2022, C-156/21 und C-157/21, Ungarn und Polen/Parlament und Rat, Rdnr. 126.

²⁰ EuGH, 21. April 2026, C-769/22, Kommission/Ungarn (Werte der Union).

2 EUV nicht bedurft: Der EuGH stellte parallel Verstöße gegen eine Reihe anderer Vorgaben fest (audiovisuelle Mediendiensterichtlinie, E-Commerce-Richtlinie, Dienstleistungsfreiheit, DSGVO, Grundrechtecharta). In seinen Ausführungen zum sechsten Klagegrund stellte er dann aber fest, dass Art. 2 EUV justiziabel, d.h. gerichtlich durchsetzbar ist. Die in Art. 2 EUV verankerten Werte hätten als solche einen rechtsverbindlichen Charakter; es ergebe sich aus ihnen eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten und der Unionsorgane, sie zu achten und sie beizubehalten und zu fördern. Hinter dieses Vertragsverständnis wird – wohl in Reaktion auf Entwicklungen in der Rechtsprechung mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte – die Konstruktion einer „Identität der Europäischen Union“ gestellt. Eine Verletzung des Art. 2 EUV könne nur in besonders schweren Fällen in Betracht kommen. Im konkreten Fall lagen zudem – quasi als Anknüpfungspunkt für die Feststellung einer Verletzung von Art. 2 EUV – die zuvor festgestellten Verletzungen spezifischer Bestimmungen des Vertrags- und Sekundärrechts vor. Es steht damit außer Frage, dass der EuGH in der Entscheidung vom 21. April 2026 Art. 2 EUV noch nicht zu einem gänzlich freistehenden, die Kompetenzgrenzen verwischenden allgemeinen Kontrollmaßstab für mitgliedstaatliche Maßnahmen gemacht hat.²¹

Die Entscheidung ist bekanntlich auf ein geteiltes Echo gestoßen. Die Wissenschaftsaktivisten („scholar activists“), die den EuGH auf seinem Weg begleiteten und unterstützten, hielten mit ihrer Freude und Genugtuung nicht hinter dem Berg; die Entwicklung war für manche zum persönlichen Prestigeprojekt geworden. In der normalerweise eher bedächtigen Wochenzeitschrift „Die Zeit“ wurde den Mitgliedern des EuGH vorgeworfen, „Revolutzer in roten Roben“ zu sein.²² Die in der Wissenschaft tätigen Kritiker²³ werfen dem EuGH vor, dass er eine Vertragsbestimmung zur eigenständigen Kontrollnorm gemacht habe, deren Gehalt übermäßig unbestimmt ist, deren Maßstab er damit willkürlich bestimmen müsse und deren Anwendungsbereich tief in die vom Vertrag nicht angetasteten mitgliedstaatlichen Entscheidungssphären hineinreiche. Zudem sei es zu einer Entkernung von Art. 4 Abs. 2 EUV gekommen: Die nationale Verfassungsidentität werde von einer selbständigen Größe, die neben den Unionswerten stehe, zu einer Funktion von ihnen gemacht.

c) Das Endziel: Maßstabsfreie Aufsicht über Art. 2 EUV?

Noch steht der letzte Schritt der Entwicklung von Art. 2 EUV zu einem freistehenden, allumfassenden und beliebig anzuwendenden Kontrollmaßstab freilich aus. Erst wenn der EuGH noch einen weiteren Schritt geht und die Art. 2 EUV-Kontrolle vom Erfordernis des Vorliegens eines Rechtsverstoßes gegen Primär- oder Sekundärrecht ablöst, ist er vollständig in einer konstitutionalistischen Welt angekommen, in der er die Anwendung des Rechts beanspruchen kann, dabei aber keiner erkennbaren Rechtsbindung mehr unterliegt: Er würde dann über einen Kontrollmaßstab verfügen, in dem sechs unbestimmt ausformulierte Topoi (Art. 2 S. 1 EUV) bzw. sechs weitere sechs Leitideen nach dem subjektiven Dafürhalten eine umfassende Kontrolle mitgliedstaatlichen Handelns ermöglichen würde.

²¹ Bei dieser Gelegenheit schrieb der EuGH Art. 4 Abs. 2 EUV (Gebot der Achtung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten) eine neue Bedeutung zu: Die Verpflichtungen, die sich für die Mitgliedstaaten aus Art. 2 EUV ergeben, lassen sich, so der EuGH, nicht unter Berufung auf Art. 4 Abs. 2 EUV in Frage stellen. In der Sache wird die Klausel damit – über die bisherige Relativierung zu einem Abwägungsgesichtspunkt hinaus – zu einem konditionalen Anspruch der Mitgliedstaaten, über dessen Reichweite Art. 2 EUV entscheidet.

²² Die Zeit, 7. Mai 2026, S. 6.

²³ Z.B. Benedikt Riedl, Verordnete Werte. Art. 2 EUV nach dem Ungarn-Urteil, Verfassungsblog vom 21. April 2026.

3) Einführung eines „Regressionsverbots“

Die dritte hier interessierende Entwicklung hat, um eine oben verwendete Formulierung aufzugreifen, genuines „end of history“-Denken zum Gegenstand. In der Entscheidung vom 20. April 2021²⁴ hatte der EuGH darüber zu entscheiden, ob das System der Richterernennung in Malta mit den Vorgaben von Art. 2 EUV, Art. 19 EUV und Art. 47 der Charta der Grundrechte vereinbar ist. Malta hatte das System, das zum Zeitpunkt des Beitritts zur EU bestand, Er stellte das System dabei nicht nur in den Regelungskontext von Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und Art. 47 der Grundrechte-Charta, sondern zog auch die „Werte der EU“ (Art. 2 EUV) heran. Die integrationspolitische und dogmatische Bedeutung der Entscheidung liegt darin, dass der EuGH mit Blick auf den Werte der Rechtsstaatlichkeit ein „Regressionsverbot“ einführt: „Die Mitgliedstaaten müssen somit dafür Sorge tragen, dass sie jeden nach Maßgabe dieses Wertes eintretenden Rückschritt in ihren Rechtsvorschriften über die Organisation der Justiz vermeiden, indem sie davon absehen, Regeln zu erlassen, die die richterliche Unabhängigkeit untergraben würden.“²⁵ Der EuGH entnimmt Art. 2 EUV also nicht nur Mindeststandards, die die Mitgliedstaaten einhalten müssen. Hätte er diesen Argumentationsansatz gewählt, hätten die Mitgliedstaaten im übrigen – oberhalb der Mindeststandards – ihre konstitutionell-politische Entscheidungsfreiheit bewahrt. Der EuGH geht hierüber hinaus: Jeder Mitgliedstaat darf danach je individuell nicht unter ein einmal erreichtes „Niveau“ absinken.

Die Entscheidung ist in fünffacher Hinsicht kritikwürdig. Erstens führt sie zu Ungleichbehandlungen zwischen den Mitgliedstaaten, für die es keinen Grund gibt.

Zweitens lässt sich das vom EuGH entwickelte Regressionsverbot nur mit Schwierigkeiten, vielleicht sogar gar nicht, auf die sechs *Topoi* des Art. 2 EUV anwenden: Soll jedes mitgliedstaatliche Gesetz, das bislang nicht vorhandene Freiheitsbeschränkungen einführt,²⁶ als Verstoß gegen jenes Regressionsverbot angesehen werden, das den *Topos* „Freiheit“ schützt. Soll die Einführung von direktdemokratischen Elementen deshalb als regressive Entwicklung im Bereich „Demokratie“ angesehen werden, weil sie die Machtstellung der repräsentativ entscheidenden demokratischen Institutionen einschränkt? Oder soll (umgekehrt) Art. 2 EUV der Abschaffung einmal eingeführter direktdemokratischen Elemente entgegenstehen und so das Regierungssystem versteinern?

Drittens verkürzt sie den Gestaltungsspielraum demokratischer Gesetzgeber, ohne dass dies veranlasst ist: Wenn es richtig ist, dass ein angemessenes Gehaltsniveau der Richter für die Sicherung der persönlichen Unabhängigkeit notwendig ist, lässt sich auf der Grundlage der Prämissen des EuGH sicher aus Art. 19 Abs. 1 EUV ein Verbot der Absenkung unter ein *Mindestniveau* postulieren. Das „Regressionsverbot“ scheint demgegenüber auf ein Verbot hinauszulaufen, überhaupt je zu kürzen. Selbst wenn sich ein Mitgliedstaat in einer fiskalischen oder haushaltspolitischen Notlage befindet und darüber diskutiert, ob nicht für alle im öffentlichen Dienst beschäftigten Amtsträger eine geringe Gehaltskürzung angeordnet werden solle, müssen nach der Auslegung des Art. 19 Abs. 1 EUV durch den EuGH die Richter ausgespart bleiben. Es ist nicht ersichtlich, wie derartige Vorgaben den Prozess der Europäischen Integration wirklich fördern könnten.

²⁴ EuGH, 20. April 2021, C-896/19, Repubblica.

²⁵ EuGH, 20. April 2021, C-896/19, Repubblica, Rdnr. 64.

²⁶ Man denke an die Einführung eines neuen Straftatbestands.

Viertens läuft der Ansatz des EuGH schnell in Aporien hinein: Wenn sich ein Mitgliedstaat entschließt, bislang gewährte Grund- und Menschenrechte einzuschränken oder abzuschaffen, stellt sich das aus Sicht des in Art. 2 EUV aufgeführten Topos des Menschenrechtsschutzes als Regression dar. Zugleich gewinnt der demokratisch verantwortliche politische Gesetzgeber an Handlungsfreiheit (Topos der Demokratie). Welche der beiden Perspektiven soll maßgeblich sein?

Fünftens scheint der EuGH der Vorstellung anzuhängen, dass „mehr verfassungsrechtliche Bindung“ immer besser ist als mehr politisch-demokratische Gestaltungsfreiheit. Dieser Sichtweise stellen sich etwa die (gesetzgeberische oder richterrechtliche) Schaffung neuer verfassungsrechtlicher Rechte, die richterliche Schaffung neuer Bindungen des Gesetzgebers und die entpolitisierte Expertokratisierung des Herrschaftssystems immer als uneingeschränkter Gewinn dar. Diese sicherlich über Jahrzehnte verbreitete Ideologie ist zuletzt jedenfalls in Deutschland immer fragwürdiger geworden.²⁷ Vor allem fragt man sich, mit welchem Recht die Mitglieder der Europäischen Gerichtsbarkeit diese Ideologie über Art. 2 EUV den Mitgliedstaaten aufzuzwängen versuchen.

III. Die Regierung der Wenigen über die Vielen

1) Repräsentative Herrschaft zwischen Oligarchisierung und demokratischer Rückbindung

In großräumigen Regierungssystemen werden die Menschen immer von einer kleinen Gruppe von besonders ermächtigten Personen regiert: Die Wenigen herrschen über die Vielen. Das ist kein zu überwindender pathologischer Zustand. Man muss die Feststellung vielmehr zum Ausgangspunkt des Nachdenkens darüber machen, wie repräsentative Herrschaft so organisiert und ausgeübt werden kann, dass das Regierungssystem jenes Mindestmaß an Demokratie aufweist, das erforderlich ist, um ihm die Bezeichnung „demokratisch“ zuschreiben zu können. Die *realistische Demokratietheorie* hängt nicht der Illusion nach, das ein Zustand realisierbar ist (und deshalb angestrebt werden sollte), in dem die Menschen nur Gesetzen unterworfen sein werden, denen sie zugestimmt haben.²⁸ Sie meint auch nicht, das Politische dadurch verabschieden zu können, dass der Illusion des großen – diskursiv herstellbaren – Konsenses nachgegeben wird. Diese Form demokratietheoretischen Denkens weist zugleich einen Überidealismus zurück, der nur zu Enttäuschungen und Vertrauensverlusten führen kann, nimmt aber nicht die Position der Zyniker ein, die es für unmöglich oder unnötig erachten, der Masse überhaupt eine echte Mitsprachemöglichkeit einzuräumen.

Inzwischen kann man auf eine knapp zweihundertfünfzigjährige Geschichte der Bemühungen zurückblicken, wie sich das repräsentative Regierungssystem eines Flächenstaats für die Idee der demokratischen Selbstbestimmung der Mitglieder der politischen Gemeinschaft (öffentliche Autonomie) öffnen lässt. Die Beobachtungen führen vielfach zu Ernüchterung. Vor über 100 Jahren prägte der deutsch-italienische Soziologe Robert Michels – noch im Kaiserreich

²⁷ Philip Manow, Unter Beobachtung, 2024.

²⁸ Wer in diesen Maßstab anpasst und nurmehr verlangt, dass sie vernünftigerweise zustimmen können müssten, maßt sich eine Entscheidung darüber an, wann ein Mensch eine vernünftige Position einnimmt und wann er sich seiner Unvernunft hingibt. Man mag hierüber im philosophischen Seminar diskutieren: Einem demokratischen Regierungssystem, wie es Art. 10 Abs. 1 EUV oder Art. 20 Abs. 2 GG anstreben, ist eine derartige Einteilung fremd.

mit Blick auf die SPD – die Formel vom „ehernen Gesetz der Oligarchie“²⁹. Er beschrieb, wie sich in allen großen sozialen Organisationen Prozesse der Gruppenselektion des Führungspersonals, der Herausbildung bürokratisch-technokratischer Entscheidungsmodi und der Entwicklung von Mechanismen der Selbstabschließung abspielen. Für Demokratietheoretiker wie Giovanni Sartori haben diese Beobachtungen nichts von ihrem Beschreibungs- und Analysewert verloren. Die seither vergangenen Jahrzehnte lassen sich als Phase begreifen, in denen auf verschiedensten Ebenen Bemühungen angestellt wurden, das parlamentarische Regierungssystem, wie es sich im England des 18. Jahrhunderts herausgebildet hat, und sein präsidentielles Pendant demokratischen Einwirkungen zu öffnen. Manches spricht für die Annahme, dass diese Bemühungen in den 1970er Jahren einen Hochpunkt erreicht haben – und dass der Grad der Demokratizität der Regierungssysteme westlicher Staaten seither eher zurückgeht. Was die Mitgliedstaaten der EU angeht, liegt dies nicht zuletzt an den – politisch zweifelsfrei zu begrüßenden – Bemühungen um die Integration in das supranationale Herrschaftssystem der EU. Das Geschehen in „der Hauptstadt“³⁰ und in den Satellitenstädten³¹ wird von den Bürgerinnen und Bürgern auf absehbare Zeit (vielleicht auch niemals) nicht in dem Maße demokratisch steuerbar und kontrollierbar sein, wie dies ihnen in ihren großen und kleinen Mitgliedstaaten möglich ist. Dies gilt nicht nur an der schieren Masse der Herrschaftsunterworfenen (es geht um 450 Millionen), sondern auch an Strukturen, in denen sich die von Robert Michels beschriebenen Prozesse beinahe lehrbuchartig beobachten lassen.

2) Mechanismen der Sicherung von Demokratizität

In der realistischen Demokratietheorie kommen funktionalistisches Denken, meritokratisches Streben und Menschenskepsis zusammen. In den großen Flächenstaaten mit Millionenbevölkerungen kann gemeinwohlorientiertes gutes Regieren nicht anders gedacht werden als funktional spezialisiertes Regieren, das in der Hand dafür jeweils effektiver Institutionen liegt. Es muss darum gehen, die Ämter mit den jeweils fachlich Besten zu besetzen. Ein skeptisches Menschenbild wird darauf bestehen, dass Vorkehrungen getroffen werden, dass sich im Prozess der Amtsführung nicht Gruppeninteressen, Eigensucht und Gier oder Korruption bemerkbar machen. Für Josef Schumpeter ging es in erster Linie darum, die Parlamentsmandate mit den jeweils Besten zu besetzen. Im Zentrum seines demokratietheoretischen Denkens standen daher wettbewerblich organisierte Wahlen, verbunden mit der Erwartung, dass die Gewählten, die sich nach angemessener Zeit in neuen Wahlen einer kontrollierenden Bewertung stellen müssten, hinreichenden Anreiz hätten, ihr Amt gemeinwohlorientiert auszuüben.³²

Auch konstitutionalisch angereicherte realistische Demokratietheorien werden darauf bestehen, dass ein System, in dem Wenige über die Vielen herrschen, jedenfalls nur dann erträglich ist, wenn die Wenigen sich in ihren funktionalen Qualitäten über die Vielen herausheben. Sie werden es für zweckmäßig halten, dass dem Regierungssystem ein verfassungsrechtlicher Rahmen gegeben wird, in dem die Spielregeln für die Ausübung von Hoheitsgewalt festgelegt sind. Dazu gehört nicht nur eine Ordnung der Entscheidungskompetenzen und Entscheidungsverfahren der repräsentativ tätigen Träger von Staatsgewalt. Demokratische Steuerungs-, Rückkopplungs- und Kontrollmechanismen, mit denen die Mitglieder der politischen

²⁹ Robert Michels, Zur Soziologie des Parteiwesens in der modernen Demokratie, 1911.

³⁰ Robert Manesse, Die Hauptstadt, 2017.

³¹ Man denke vor allem an Luxemburg und Straßburg.

³² Für diese Demokratietheorie reduziert sich die Stellung der Mitglieder der politischen Gemeinschaft auf jene von Wahlbürgern, die in kompetitiven Wahlen darüber entscheiden können, wer sie in den nächsten Jahren – hoffentlich gemeinwohlorientiert – regiert.

Gemeinschaft auf die Repräsentanten einwirken können, sind für sie von zentraler Bedeutung: die Einrichtung kompetitiver Wahlen, in denen die Besten miteinander konkurrieren; die Festlegung hinreichend kurze Abstände zur nächsten Wahl; die Einrichtung und Pflege eines öffentlichen Raumes befürworten, in dem (zwischen den Wahlen) ein informierender und kritischer Austausch zwischen den Regierenden und den Regierten stattfindet. Für Anhänger einer realistischen Demokratietheorie erscheint es nachgerade naiv, zu glauben, dass Amtsträger sich bei der Wahrnehmung ihrer Entscheidungsbefugnisse im notwendigen Umfang an den in der politischen Gemeinschaft gepflegten Gemeinwohlgedee orientieren werden, wenn sie sich nicht verantworten müssen.

Die realistischen Demokratietheorien bewegen sich damit zwischen zwei Polen: Einerseits erachtet sie es als nachgerade systemkonstituierend, dass die Repräsentanten über Entscheidungsspielräume verfügen, auf deren Grundlage sie ihre Vorstellung davon realisieren können, wie sich das Gemeinwesen – gemeinwohlorientiert – in die Zukunft bewegen soll. Die Vorstellung, dass hier ein (hypothetischer) Konsens der Regierten im Spiel sein soll, erscheint diesem Denken abseitig. Andererseits schreiben diese Theorien dem Konzept der effektiven politischen Verantwortung der Regierenden eine zentrale Funktion zu. Sie begnügt sich nicht damit, dass die Repräsentanten in Sonntagsreden und sonstigen schönen Worten von ihrer demokratisch-ethischen Grundhaltung reden, dass sie wortreich, ja manchmal geschwätzig von ihrer Gemeinwohlorientierung sprechen und dass sie beanspruchen, das Beste für das Gemeinwesen und die Einzelnen anzustreben. Ein Regierungssystem, in dem einige über die anderen herrschen, kann demnach nur dann normativ gerechtfertigt sein, wenn die Regierten in ein System politischer Verantwortung integriert sind, das ihr Handeln einer hinreichenden Steuerung und Kontrolle unterwirft.³³ Den Trägern von Hoheitsgewalt, die sich nicht in diesem System bewegen, fehlt es an hinreichender Demokratizität – sie sind als Element einer oligokratischen Ordnung anzusehen. Wer eine analytische Perspektive einnimmt, kann, wie die vorstehenden Überlegungen deutlich machen, beim Blick auf ein Regierungssystem eine Mischung aus Elementen mit hinreichender Demokratizität und Elementen oligokratischer Natur erkennen. Es ist analytisch nicht sinnvoll, von einem Entweder-Oder auszugehen.

3) Zur Stellung der Verfassungsgerichtsbarkeit

Wie bauen realistische Demokratietheorien eine Verfassungsgerichtsbarkeit in ihr Theoriegebäude ein? Für ein Demokratieverständnis, das zunächst und vor allem auf gutes Regieren (und, aus der Sicht der Vielen: auf gutes Regiertwerden) setzt, ist die Einsetzung einer funktional spezialisierten Institution zur Überwachung der Spielregeln des politischen Prozesses gänzlich unproblematisch. Im Ausgangspunkt widerspricht es den Grundannahmen einer realistischen Demokratietheorie nicht, wenn richterliche Amtsträger ausgewählt wurden, über die Einhaltung der in der Verfassung niedergelegten Spielregeln wachen. Soweit die zuständigen Stellen („verfassungsgebende Gewalt“) sich dazu entschlossen haben, in einem Grundmanifest inhaltliche Vorgaben über die Entwicklung des Gemeinwesens zu formulieren, kann sich die Kontrolle selbstverständlich auch hierauf erstrecken.

Niemand, der ernsthaft über die Sicherung hinreichender Demokratizität von repräsentativen Regierungssystemen nachdenkt, wird in Frage stellen, dass die Institution und das Entscheidungsverhalten von Verfassungsgerichten die Demokratizität eines Regierungssystem auch

³³ Im Folgenden soll es nicht darum gehen, wie dieses System ausgestaltet sein muss, dass die gesetzgebenden Akteure, die Mitglieder der Gubernative und die Amtsträger in der vollziehenden Gewalt den genannten Anforderungen entsprechen.

beschädigen können. Die institutionellen Vorkehrungen, mit denen das Amt des Verfassungsrichters vom politischen Prozess abgeschirmt wird, sichern die Unabhängigkeit der Kontrolle der politischen und sonstigen Akteure. Verfassungsrichter werden regelmäßig nicht in einem kompetitiven Prozess ausgewählt; sie müssen sich und ihr Entscheidungsverhalten auch nicht in einem öffentlichen und transparenten Mechanismus verantworten. Solange ein Verfassungsgericht sich darauf beschränkt, vorgegebenes Recht in einem methodisch kontrollierten – und damit auch disziplinierten – *Rechtsanwendungsprozess* im Einzelfall anzuwenden, ist diese Stellung demokratietheoretisch unproblematisch. In dem Maße, in dem ein Gericht diese Bindungen abwirft und zur mehr oder weniger *freien Rechtsfortbildung* übergeht, besteht die Gefahr, dass es den Charakter einer oligarchischen Institution außerhalb der demokratischen Verantwortungs- und Kontrollstrukturen annimmt. Ein Gericht kann sich diesem Zusammenhang nicht dadurch entziehen, dass es einfach vorgibt, seine Entscheidung auf rechtliche Bestimmungen stützen zu können: Wenn schon ein Laie beim Blick auf den Wortlaut einer Bestimmung erkennen kann, dass das Entschiedene nicht dieser getragen wird, dann wecken die begründungstheoretische Taschenspielertricks und Täuschungsversuche eines Gerichts eher Mißtrauen und bewirken Vertrauensverlust. Es ist auch nicht von Bedeutung, dass seine Mitglieder behaupten, eine besondere Einsicht in das Notwendige zu haben oder nur das Beste zu wollen: Das ist eine Verteidigungsstrategie, derer sich auch Nichtdemokraten bedienen.

Ob die Herrschaft der Wenigen (hier: der wenigen Verfassungsrichter) tatsächlich in oligarchische Formen umschlägt, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab.³⁴ Ein wichtiger Faktor ist zunächst, über welche Zeit sich die rechtliche oder faktische Amtszeit der entscheidenden Richter erstreckt: Einer heute verbreiteten Sichtweise zufolge bietet eine Amtszeit von ca. 10 Jahren einen optimalen Rahmen für die Entfaltung der relevanten Faktoren (Sicherung von Unabhängigkeit, Erarbeitung von Sach- und Fachkunde, hinreichende Zeit für die Entfaltung einer Idee des Richtigen). Liegen Amtszeiten vor, die sich über deutlich mehr als ein Jahrzehnt erstrecken, verstärkt das die Gefahr der Herausbildung einer demokratietheoretisch schädlichen Abkoppelung. Ein weiterer wichtiger Faktor ist, inwieweit sich ein Verfassungsgericht bei rechtsfortbildenden Entscheidungen auf einen breiten gesellschaftlichen Konsens stützen kann. Diesbezüglich reicht es natürlich nicht aus, sich auf Stimmen zu berufen, die sich in der gleichen „bubble“ vernehmen lassen. Maßgeblich ist vielmehr, dass ein breiter, von den Medien strukturierter und die Allgemeinheit einbeziehender Diskurs geführt wurde. Richterlich vorangetriebene Verfassungsentwicklungen sind damit demokratietheoretisch umso unproblematischer, je mehr die vom Gericht entwickelte Position in gesellschaftlichen Diskursen einen Rückhalt findet. Ist es einem Verfassungsgericht möglich, die politische Vision zu artikulieren und rechtlich zu verfassen, die eine politische Gemeinschaft von ihrer eigenen Zukunft hat, dann werden sich auch ausgreifende (rechtsfortbildende) Entscheidungen in das Bild eines Regierungssystems einfügen, in dem zwar wenige herrschen, gleichwohl aber demokratische Zustände herrschen. Anders sieht es aus, wenn das Gericht seine partikularen Vorstellungen (oder jene, die in seiner „bubble“ dominieren), durchsetzen will.

³⁴ Die Anhänger realistischer Demokratietheorien werden einem gemeinwohlorientierten „living constitutionalism“ grundsätzlich nicht kritisch begegnen. Ebenso, wie sie den Repräsentanten der Gesetzgebung und der Regierung nicht nur zugestehen, sondern sogar ansinnen, die anstehenden Probleme tatkräftig, problemorientiert und effektiv anzugehen, werden sie auch Verfassungsrichtern erhebliche Gestaltungsspielräume zubilligen. Den Grundaxiomen eines verfassungsgerichtlichen „originalism“ müssen sie zwangsläufig distanziert, ja kritisch gegenüberstehen, und dies nicht nur aus methodisch-theoretischen Gründen. Gerade weil sich Verfassungsrichter nicht einer kompetitiven Wiederwahl stellen können (und müssen), müssen andere demokratietheoretische Verantwortungszusammenhänge hergestellt werden.

Nachgerade selbstverständlich ist es ferner, das ein Verfassungsgericht umso vorsichtiger agieren muss, umso weniger rechtliche oder faktische Möglichkeiten bestehen, seine rechtsgestaltenden Entscheidungen im politischen Prozess ggf. zu korrigieren. In einem demokratischen System darf es – insbesondere in kontroversen Fragen - keine hoheitlichen Entscheidungen geben, die rechtlich überhaupt nicht – oder nur in einem praktisch nicht gangbaren Verfahren – geändert werden können. Kein Verfassungsgericht darf seinen Entscheidungen eine Verbindlichkeit zuschreiben, die diese Korrekturmöglichkeit verhindert. Bewegt sich ein Verfassungsgericht in einem politischen Rahmen, in dem die Korrekturmöglichkeiten erschwert sind, ist große Zurückhaltung geboten. Die gelegentlich zu hörende Auffassung, in dieser Situation müssten die Verfassungsrichter („erst recht“) die politischen Blockaden umgehen dürfen, läuft auf einen oligokratischen Appell hinaus. Man kann ein derartiges Vorpreschen des Verfassungsgerichts für politisch richtig halten, muss es aber dann auch konzeptionell richtig einordnen.

4) Systemische Demokratizität und das Selbstverständnis des EuGH

Die weitere Diskussion sollte sich damit nicht nur mit der Frage befassen, wie groß die Demokratizität des Regierungssystems der EU ist. Sie muss sich vor allem der Frage stellen, ob der EuGH ein Selbst- und Rollenverständnis entwickelt, das ihn zu einem oligarchischen Element in dem EU-Regierungssystem werden lässt, das sich in Art. 10 Abs. 1 EUV als demokratisch beschreibt.
