

Prof. Dr. Ulrich Jan Schröder, Duisburg*

Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes

Der wesentliche Inhalt des Demokratieprinzips gehört zur Allgemeinbildung: Das Volk ist souverän, die Mehrheit entscheidet. An dieser intuitiven Definition zeigt sich, dass Demokratie mehr ist als ein Postulat, vielmehr geht es um die tatsächlichen Machtverhältnisse im Staat. Diese werden allerdings geformt und teilweise konstituiert durch das Recht und rechtlich strukturierte Verfahren.

Demokratie ist als „Staatsform“ mehr, als eine Norm erfassen kann. Die verfassungsrechtliche Bestimmung der Staatsform beschwört die alte Frage nach dem Verhältnis von Staat und Recht bzw. Verfassung herauf. Indem das GG die Demokratie in Art. 20 GG als Staatsstrukturprinzip eingefangen hat, hat es die Souveränitätsfrage rechtlich eingehegt – nicht der Ausnahmezustand entscheidet, wer der Souverän ist,¹ sondern die Verfassung.² Die freiheitliche demokratische Grundordnung³ gilt als das Gerüst des GG, an die etwa der Tatbestand für ein Parteiverbot anknüpft (Art. 21 II GG) und zu der sich jeder Beamte bekennen und für die er eintreten muss (vgl. § 60 BBG, § 33 BeamtStG). Das Demokratieprinzip wird durch Art. 79 III GG vor Verfassungsänderungen geschützt.⁴

Die normativen Grundlagen, Strukturen und wesentlichen Gehalte der Demokratie sollen im Folgenden dargestellt werden (A). Die Kritik an der Demokratie und deren vermeintliche Krise können vor diesem Hintergrund besser eingordnet werden (B).

A. GRUNDLAGEN UND GEHALTE DES DEMOKRATIEPRINZIPS

I. Relevanz der Demokratie im und durch das Recht

Das Demokratieprinzip wird im GG – anders als noch in der Weimarer Reichsverfassung – ausdrücklich erwähnt. Der wesentliche Gehalt – die Volkssouveränität bzw. Volksherrschaft – wird in die Worte gefasst „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus“.⁵ Der Begriff „Souveränität“ findet sich nicht im GG.⁶ Volksherrschaft (Demokratie) meint, dass das Volk die Staatsgewalt innehält und nicht der Fürst, ein Alleinherrscher, der Adel, Eliten, die Reichen (Monarchie, Autokratie bzw. Diktatur, Aristokratie, Oligarchie, Plutokratie). Nach der Präambel des GG hat sich das deutsche Volk kraft seiner verfassungsgebenden Gewalt (*pouvoir constituant*) dieses GG gegeben. Das ist historische Fiktion, insofern es keine direkte Volksentscheidung gab, doch hängt diese Einordnung von der Definition verfassungsgebender Gewalt ab, die auch mittelbar durch Repräsentanten ausgeübt werden könnte.⁷ Durch Art. 20 II GG werden zwei der drei Elemente, die einen Staat ausmachen, miteinander verbunden: Staatsvolk und Staatsgewalt. Daher rechtfertigt sich die Redeweise von der Demokratie als Staatsform bzw. Staatsstrukturprinzip. Die *normative* Feststellung, dass alle Staatsgewalt vom Volke ausgeht, muss mehr meinen als die bloße Beschreibung der faktischen Machtverhältnisse im Staat. Vielmehr geht es um die rechtliche Festschreibung dieser Machtverhältnisse, besonders um die Verteidigung der Volksherrschaft gegenüber staatlichen Anmaßungen. Art. 20 II 1 GG kann so gelesen werden: Alle Staatsgewalt muss vom Volk ausgehen.

II. Inhalt des Demokratieprinzips

Das Demokratieprinzip findet sich beschrieben in Art. 20 II GG, namentlich erwähnt in Art. 20 I GG. In der Präambel

und in Art. 146 GG geht es um die verfassungsgebende Gewalt (Entstehung und Ende des GG). In Art. 21 II, III, 23 I 2, 28 I, II GG wird im Wortlaut auf Demokratie Bezug genommen. Darüber hinaus enthält das GG an zahlreichen Stellen Ausformungen des Demokratieprinzips in Gestalt konkreter Regelungen wie etwa die Wahlrechtsgrundsätze des Art. 38 GG oder die Bestimmungen über eine Neugliederung des Bundesgebiets durch Volksentscheide (Art. 29 GG). Dem Schutz der Demokratie dienen unter anderem Vorbehalte für den parlamentarischen Gesetzgeber (in den Grundrechten, Organisationsnormen oder Art. 80 I 2 GG), die Gewaltenteilung und das in Art. 100 I GG wurzelnde Verwerfungsmonopol des BVerfG (das aufgrund teleologischer Reduktion nur für Gesetze des demokratisch legitimierten Gesetzgebers gilt). Auch die Grundrechte haben eine demokratische Dimension⁸ und sollen, so die Verfassungserwartung, im Sinne der Demokratie genutzt werden (zB die Versammlungsfreiheit, die teilweise eng als politisches Grundrecht ausgelegt wird, und die Meinungsfreiheit in der Tradition des Lüth-Urteils). Der als Telos in diesen Vorschriften zugrunde gelegte Demokratiebegriff muss aus den die Demokratie regelnden Vorschriften hergeleitet werden. Umgekehrt setzt Demokratie die Annahme voraus, dass die Bürger gleich und frei sind und selbstbestimmt handeln können.⁹ Dennoch darf demokratische Legitimation nicht im unmittelbaren Rückgriff aus individueller Selbstbestimmung und damit aus den Freiheitsrechten abgeleitet werden¹⁰ – damit würde ignoriert, dass Gleichheit und Solidarität ebenso konstitutiv für demokratische Legitimation sind. Eine teleologische Auslegung des Demokratieprinzips ist daher schwierig. Bei den Wurzeln des Demokratieprinzips muss die gegenseitige Sorge und Achtung (Solidarität) mitbedacht werden, was auch bedeutet, dass die Bürger für „ihren“ Staat verantwortlich sind. Während die Grundrechte die Trennung von Staat und Gesellschaft nachzeichnen, stellt das Demokratieprinzip eine Brücke zwischen Gesellschaft und Staat dar.

Fraglich ist, ob ein allgemeines Demokratieprinzip (wie es in Art. 20 I GG erscheint) neben Art. 20 II GG und anderen konkreten Normen überhaupt noch einen eigenständigen Regelungsgehalt besitzt.¹¹ Teilgehalte wie das Mehrheitsprinzip

* Der Verfasser ist Professor für öffentliches Recht an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung Nordrhein-Westfalen.

1 So aber Carl Schmitt, Politische Theologie, 8. Aufl. 2004, 13 (1. Aufl. 1922).

2 Auch die Notstandsfassung sowie Art. 146 GG belegen, dass die Verfassung den „rechtlösen“ Zustand möglichst weit von sich wegschiebt.

3 Vgl. Art. 10 II, 11 II, 18, 21 II, III, 87 a IV, 73, 91 I GG.

4 Zum Umfang des Schutzes s. unten A.III.3.

5 Art. 20 II 1 GG.

6 Wohl aber benutzt ihn das BVerfGE 123, 267 = NJW 2009, 2267. Vgl. auch Oeter, FS Steinberger, 2002, 259 ff. (noch wichtig im Völkerrecht, kaum noch im Staatsrecht).

7 Keine Volksentscheidung: v. Mangoldt, GG, 1953, 32; H. Schneider NJW 1954, 937; aA v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Präambel Rn. 19.

8 H. Dreier JURA 1994, 505 (507).

9 BVerfG NJW 2017, 611 (620) – NPD-Verbot; BVerfGE 44, 125 (142) = NJW 1977, 751: Demokratie Herrschaftsform der Freien und Gleichen, die auf der Idee der freien Selbstbestimmung aller Bürger beruhe. Vgl. auch BVerfGE 123, 267 (341) = NJW 2009, 2267; BVerfGE 2, 1 (12) = NJW 1952, 1407.

10 So auch Maunz/Dürig/Grzesick, GG, Stand: Januar 2010, GG Art. 20 Rn. 162.

11 Zur vergleichbaren Frage, ob das Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 I GG integral oder summativ zu verstehen ist, vgl. Isensee/Kirchhof/Isensee, Handbuch des Staatsrechts IX, 3. Aufl. 2011, § 190 Rn. 145 mwN.

ergeben sich aus einzelnen Vorschriften des GG,¹² müssen aber zugleich als (ungeschriebener) Grundsatz etwa für das Wahlrecht in Art. 20 II bzw. Art. 38 GG mitenthalten sein. Andere Teilgehalte wie der Schutz der parlamentarischen Minderheit sind im GG abschließend konkretisiert.¹³ Der Grundsatz der streitbaren/wehrhaften Demokratie wird aus einer Zusammenschau mehrerer GG-Artikel hergeleitet.¹⁴ Charakterisierungen wie parlamentarische oder repräsentative Demokratie bringen den Bestand an verfassungs- und einfachrechtlichen Regelungen auf einen Begriff, ohne – jedenfalls in dieser begrifflichen Allgemeinheit – ihrerseits Ableitungsgrundlage zu sein. Demokratische Öffentlichkeit staatlicher Verfahren ist ein aus Art. 20 I und II GG abgeleiteter Grundsatz, der in Kombination mit Art. 38 GG auch die Öffentlichkeit der Wahl gebietet.¹⁵ Art. 20 I GG dient somit höchstens als normatives Reservoir für untergeordnete Prinzipien und Regeln, die sich nicht schon aus Abs. 2 oder konkreten Vorschriften ergeben.

Der wesentliche Inhalt des Demokratieprinzips ist aus Art. 20 II GG zu erschließen: „Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“ Fraglich ist,

1. wer das Volk iSd Art. 20 II GG ist,
2. was unter Staatsgewalt zu verstehen ist,
3. wie Wahlen und Abstimmungen beschaffen sein müssen und
4. wie die Ausübung der Staatsgewalt durch die Staatsorgane erfolgen bzw. gebunden sein muss, damit sie demokatisch ist.

1. Wer ist das Volk?

Das Volk iSd Art. 20 II GG ist Träger der Souveränität und damit das „Zurechnungssubjekt“ der demokratischen Legitimation. Nach überkommener Auffassung ist dies das deutsche Volk, also die deutschen Staatsbürger sowie die nach Art. 116 I GG gleichgestellten Personen (Statusdeutschen).¹⁶ Fraglich ist, ob nicht der Sinn der Demokratie auch auf die Auslegung des Volksbegriffs zurückwirkt. In anderen Worten: Der Demokratie ist nicht egal, wer der Demos (das Volk) ist. Das ist der Ansatz der Betroffenen-Demokratie: Träger der Demokratie und damit wahl- und abstimmungsberechtigt sollen diejenigen sein, die (dauerhaft) von der legitimationsbedürftigen Staatsgewalt betroffen werden. Das erfasst jedenfalls die deutschen Staatsbürger, die in Deutschland leben oder im Ausland von deutscher Staatsgewalt betroffen werden, aber auch Ausländer, die dauerhaft in Deutschland leben.¹⁷ Das BVerfG hat 1993 dieser Auffassung noch eine Absage erteilt, aber die Verleihung der deutschen Staatsangehörigkeit als Schlüssel für eine Öffnung des Staatsvolks hervorgehoben.¹⁸ Ob das Demokratieprinzip eine Verleihung der Staatsbürgerschaft an dauerhaft in Deutschland lebende Ausländer gebietet, ist die sich anschließende, vom BVerfG offengelassene Frage.¹⁹

a) Wahlrecht ohne Staatsangehörigkeit

Wenn das Volk iSv Art. 20 II GG das deutsche Volk ist, kommt noch ein Wahlrecht ohne deutsche Staatsangehörigkeit in Betracht: Das wird gem. Art. 28 I 3 GG bei Kommunalwahlen den EU-Bürgern gewährt; bezüglich Landtags- und Bundestagswahlen und für Nicht-EU-Bürger ist die Einräumung eines Wahlrechts ohne Staatsangehörigkeit nach einer Ansicht nicht einmal durch GG-Änderung zulässig,²⁰

nach aA wegen des anderen Verständnisses von Demokratie sehr wohl.²¹

Allerdings hat sich das einfachgesetzliche Staatsangehörigkeitsrecht seit 2000 grundlegend gewandelt: Unter anderem wurde das Abstammungsprinzip (*ius sanguinis*) um Elemente des Geburtsortsprinzips (*ius soli*) ergänzt. Die sog. Optionslösung sieht vor, dass sich junge Menschen (aus Nicht-EU-Staaten) zwischen der durch Geburt erworbenen deutschen und ihrer weiteren durch Abstammung erworbenen Staatsangehörigkeit entscheiden müssen. Keine Optionspflicht besteht seit 2014 für im Inland aufgewachsene Deutsche (§ 29 I StAG), sodass sie eine doppelte Staatsangehörigkeit haben dürfen („Doppelpass“) und wahlberechtigt sind.

b) Volkszugehörigkeit ohne Wahlrecht

Umgekehrt gibt es *de lege lata* Volkszugehörigkeit ohne Wahlrecht: Kinder, Menschen mit Behinderung bei Vollbetreuung,²² strafgerichtlich Verurteilte (§ 45 V StGB), uU Auslandsdeutsche (wenn sie in den letzten 25 Jahren nicht zumindest drei Monate ununterbrochen in Deutschland waren).²³ Die Regelungen sind an der Allgemeinheit der Wahl zu messen (Art. 38 I 1 GG bzw. Landesverfassungsrecht iVm Art. 28 I 1 GG). Das Mindestalter für die Wahlberechtigung zum Bundestag liegt gem. Art. 38 II GG bei 18 Jahren, die Landesgesetzgeber haben im Rahmen des Art. 28 I 2 GG Spielräume zur Absenkung des Wahlalters für Landtags- und Kommunalwahlen, teilweise liegt es bei 16 Jahren²⁴ (eine strikte Korrespondenz etwa zwischen früherer Wehrpflicht/unbeschränkter Geschäftsfähigkeit einerseits und aktivem Wahlrecht andererseits ist nicht geboten). Ein Familienwahlrecht, in dem Eltern je nach Kinderzahl mehrfach gewichtete Stimmen haben oder die ihrer nicht wahlberechtigten Kinder treuhänderisch abgeben, wird immer wieder diskutiert, dürfte aber – selbst bei GG-Änderung – wegen Verstoßes gegen Art. 79 III iVm Art. 20 I, II GG verfassungswidrig sein, weil die Zählwertgleichheit nicht zugunsten familienpolitisch oder demographisch wünschenswerter Förderung durchbrochen

12 Vgl. Art. 42 II 1, 52 III 1, 54 VI, 63 II 1 GG.

13 Vgl. BVerfG NVwZ 2016, 922 – einer gesetzlichen Absenkung der Quoren von einem Drittel (Art. 39 III 3 GG) oder Viertel (Art. 23 I a 2, Art. 44 I 1, Art. 45 a II 2 und Art. 93 I Nr. 2 GG) der Mitglieder des Bundestages für die Ausübung parlamentarischer Minderheitenrechte stehe die Entscheidung des GG entgegen.

14 Vgl. Art. 18, 20 IV GG sowie den durch Neufassung des Art. 21 III GG vorgesehenen Ausschluss von Parteien von staatlicher Finanzierung, wenn sie darauf ausgerichtet sind, die freiheitliche demokratische Grundordnung zu beeinträchtigen oder zu beseitigen (BGBl. 2017 I 2346).

15 BVerfGE 123, 39 (68 f.) = NVwZ 2009, 708 – Wahlcomputer: Demnach müsse jeder Bürger die zentralen Schritte der Wahl ohne besondere technische Kenntnisse nachvollziehen können. Zum Grds. der demokratischen Öffentlichkeit staatlicher Verfahren Maunz/Dürig/Grzesick, Stand: Januar 2010, GG Art. 20 Rn. 21 ff.

16 Statt vieler Maunz/Dürig/Herdegen, Stand: Juli 2014, GG Art. 79 Rn. 135.

17 Vgl. Masing, Wandel im Staatsangehörigkeitsrecht vor den Herausforderungen moderner Migration, 2001, 24 (Parallelität von Staatsvolk und Gebietsansässigen); vgl. auch Habermas, Zur Verfassung Europas, 2011, 49: Demokratische Selbstbestimmung bedeutet, dass die Adressaten der Gesetz setzt auch deren Autoren sind.

18 BVerfGE 83, 37 (52 f.) = BeckRS 9998, 47877; in der Maastricht-Entscheidung wird das Volk als relativ homogener Personenverband charakterisiert, BVerfGE 89, 155 (186) = BeckRS 1993, 08465. Krit. Lübbe-Wolff ZAR 2007, 121 ff.; Röper DÖV 2010, 285 (289 ff.).

19 Zu den einfachgesetzlichen Voraussetzungen s. § 10 I StAG.

20 Isensee/Kirchhof/Böckenförde, Handbuch des Staatsrechts II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 28; Maunz/Dürig/Herdegen, Stand: Juli 2014, GG Art. 79 Rn. 136.

21 So etwa Wallrabenstein, Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit, 1999, 102 ff.; Bryde JZ 1989, 257 ff. Zur sogen. „Denizenship“ (Wohnbürgerschaft), dh Rechten ohne egalitäre politische Partizipation, Bast ZAR 2013, 353 ff.

22 § 13 BWahlG. Dazu Lang ZRP 2013, 133 ff.

23 § 12 II BWahlG. Vgl. auch BVerfGE 132, 39 = NVwZ 2012, 1167.

24 Zum Wahlalter bei Gemeinderatswahlen VG Karlsruhe BeckRS 2016, 55405. Krit. v. Münch NJW 1995, 3165. Vgl. auch BVerfG NVwZ 2002, 69 (das GG gebietet keine weitere Herabsetzung des Wahlalters).

werden darf.²⁵ Es gibt andere Instrumente zur Familienförderung. Ebenso darf nicht die individuelle Steuerleistung als Beitrag zum Gemeinwesen mit einem erhöhten Stimmengewicht „belohnt“ werden (wie im Drei-Klassen-Wahlrecht).

c) Bundesvolk und Landesvölker

In der bundesstaatlich „gegliederten Demokratie“²⁶ des GG geht die Staatsgewalt des Bundes vom Bundesvolk, die Staatsgewalt der Länder vom jeweiligen Landesvolk aus. Das Bundesvolk ist nicht die Summe der Landesvölker, sondern ergibt sich autonom aus Art. 20 I GG. Die verfassungsgebende Gewalt liegt gemeinsam bei Bund und Ländern (Landesvölkern).²⁷ Die „Staatsgewalt“ der Bundesländer legitimiert aber keine Sezession vom Bund.²⁸ Die – vom BVerfG betonte – Eigenstaatlichkeit der Bundesländer schließt keine dem jeweiligen Landesvolk zustehende Kompetenz-Kompetenz ein.²⁹ Die Begrenzung der Landesvölker auf Deutsche wird wegen des mit Art. 20 II 1 GG gleichlaufenden Begriffs „Volk“ in Art. 28 I 1 GG als zwingend angesehen (ohne dass es noch auf das Homogenitätsgebot ankäme),³⁰ was voraussetzt, dass man die hergebrachte Auffassung vertritt, dass das (Bundes-)Volk iSv Art. 20 II 1 GG tatsächlich ausschließlich das deutsche Volk meint.

d) Volk in Kreisen und Gemeinden

Das Volk in den Kreisen und Gemeinden muss eine Vertretung haben (Art. 28 I 2 GG). Das Volk iSv Art. 28 I 2 GG ist nach Auffassung des BVerfG das deutsche Volk, sodass die Landesgesetzgeber kein kommunales Wahlrecht für Ausländer einführen dürfen.³¹ EU-Recht³² gebietet die Wahlberechtigung von EU-Bürgern bei den Wahlen in Kreisen und Gemeinden (umgesetzt in Art. 28 I 3 GG). Über den auf Wahlen begrenzten Wortlaut hinaus sind EU-Bürger in den Kommunen auch abstimmungsberechtigt (was – wenn nicht aus dem GG selbst – so doch aus dessen richtlinienkonformer Auslegung folgt).³³

Die Gemeinden gelten als Keimzelle der Demokratie. Dennoch ersetzt die Legitimation durch das Kommunalvolk nicht den Vorbehalt des Parlamentsgesetzes (vor allem für Grundrechtseingriffe); Gemeindevertretungen sind keine Parlamente im Rechtssinn. Die Gemeinden sind daher in der misslichen Lage, dass ihre Organe unmittelbar demokratisch legitimiert sind und ihre Hoheitsbefugnisse verfassungsunmittelbar garantiert werden (Art. 28 II 1 GG), dass sie aber vom parlamentarischen Gesetzgeber mit Ermächtigungsgrundlagen ausgestattet werden müssen (auch für die Satzungsgabeung³⁴).

e) Teilvolk der Selbstverwaltung

In der funktionalen Selbstverwaltung (zB Wasserverbände, Industrie- und Handelskammern, Kammern der Anwälte, Ärzte, Handwerker) wählen die Verbandsmitglieder regelmäßig eine satzungsggebende Versammlung, welche ihrerseits die Verbandsleitung wählt. Fraglich ist, ob die Verbandsmitglieder ein „Teilvolk“ sind, das dem Verband selbstständig demokratische Legitimation vermittelt. Das könnte eine Lockerung des Gesetzesvorbehalts zur Folge haben und eine Reduzierung von Rechts- und Fachaufsicht rechtfertigen. Beides entspricht dem Wesen der Selbstverwaltung. Das BVerfG hat die Konstruktion eines legitimierenden „Teilvolks“ nicht mit letzter Konsequenz gutgeheißen (auch nicht in der Variante, dass der Gesetzgeber das Teilvolk kollektiv legitimiert), hält aber die die Selbstverwaltung prägende Autonomie grundsätzlich nicht für eine Ausnahme vom, son-

dern für eine Verstärkung des Demokratieprinzips. Es handelt sich nach dieser Argumentation um eine demokratische Legitimation neben Art. 20 II GG, die aber nicht ganz ohne eine – wenn auch reduzierte – (personelle und sachliche) Legitimation aufgrund von Art. 20 II GG auskommt. Das Gericht begründet die Zulässigkeit einer solchen Legitimation auch unter Rekurs auf die vom Verfassungsgeber anerkannten (vgl. Art. 86, 87 II, 130 III GG) gewachsenen Organisationsformen funktionaler Selbstverwaltung,³⁵ sodass von einem Verfassungsvorbehalt für die Senkung der Anforderungen des Art. 20 II GG auszugehen ist. Die Selbstverwaltungsorgane dürfen vom Gesetzgeber auch zur Ausübung von Hoheitsgewalt gegenüber Nichtmitgliedern ermächtigt werden.³⁶ Eine Rückbindung an eine personell-demokratisch legitimierte Aufsicht ist in jedem Fall nötig.³⁷ Der Gesetzesvorbehalt gilt ebenfalls, schließt aber eine Satzungsgewalt der Selbstverwaltungsorgane nicht aus, die nicht so eng gebunden sind wie der Verordnungsgesetz durch Art. 80 I 2 GG.³⁸

Die grundrechtlich fundierte Selbstverwaltung (insbesondere der Universitäten und Rundfunkanstalten) hat wiederum Eigenheiten: Die sog. „Gruppenuniversität“ ist nicht demokratisch geboten (stattdessen darf es auch die Management-Universität geben³⁹), nicht aber eine von den Studierenden „basisdemokratisch“ bestimmte Universität. In der Gruppen-Universität vertreten die einzelnen Statusgruppen von GG wegen nicht ihre Gruppe, sondern es geht um die Wissenschaftsadäquanz und damit Funktionsgerechtigkeit der die Hochschule betreffenden Entscheidungen (daher ist ein Übergewicht der Hochschullehrer nicht zu beanstanden, sondern geboten).⁴⁰ Ähnliches gilt für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten: Die Gremien, die die Anstalt beaufsichtigen, sollen binnenplural zusammengesetzt sein mit Vertretern verschiedener gesellschaftlicher Gruppen, dabei aber jeweils Sachwalter des Interesses der Allgemeinheit sein, die unabhängig von Staatsorganen sind, Erfahrungen aus verschiedenen Bereichen einbringen und die Vielfalt des Programms überwachen.⁴¹

25 Zur Beurteilung einer Verfassungsänderung zugunsten eines Familienwahlrechts einerseits *Quintern*, Das Familienwahlrecht, 2010, 167 ff. (238: originäres Elternwahlrecht wäre unzulässig, derivatives zulässig), andererseits *Müller-Franken*, Familienwahlrecht und Verfassung, 2013, 47 ff. (77 ff.: auch eine GG-Änderung zugunsten eines derivativen Elternwahlrechts wäre wegen Verletzung der durch Art. 79 III GG geschützten, in Art. 20 GG wurzelnden Höchstpersönlichkeit der Wahl unzulässig); vgl. auch *Holste* DÖV 2005, 110 ff. (widerspricht der egalitären Demokratie des GG).

26 So v. Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann, 6. Aufl. 2010, GG Art. 20 Rn. 21.

27 Vgl. Maunz/Dürig/Grzesick, Stand: März 2006, GG Art. 20 Rn. 52.

28 Denkbar kurz BVerfG BeckRS 2016, 110070 (Bestätigung der Nichtzulassung einer Volksabstimmung in Bayern über den Austritt Bayerns aus Deutschland).

29 Das BVerfG spricht auch (ambivalenter) vom Nebeneinander der Verfassungsbereiche, vgl. BVerfGE 96, 345 (368) = NJW 1998, 1296.

30 BVerfGE 83, 37 (53) = BeckRS 9998, 47877; BremStGH NVwZ-RR 2014, 497, abw. Meinung Sacksofsky.

31 BVerfGE 83, 37 = BeckRS 9998, 47877.

32 Richtlinie 94/80/EG.

33 BayVerfGH, BayVBl. 2014, 17; bestätigt durch BVerfG NVwZ-RR 2016, 521.

34 Nach hM reicht keine allgemeine Satzungsermächtigung (zB nach Art des § 7 I GO NRW), sondern die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte erfordern spezifische Ermächtigungen (zB für Anchluss- und Benutzungszwang nach Art des § 9 GO NRW).

35 BVerfGE 107, 59 (90) = BeckRS 2012, 56125 – Wasserverbände. Zur Selbstverwaltung in der Sozialversicherung *Muckel* NZS 2002, 118 ff.

36 BVerfGE 107, 59 (94) = BeckRS 2012, 56125. Zum Satzungsrecht gegenüber Dritten *Petersen* NVwZ 2013, 841 ff.

37 BVerfGE 107, 59 (94) = BeckRS 2012, 56125.

38 BVerfGE 33, 125 (159) = NJW 1972, 1504 – Facharzt.

39 Vgl. *Battis* DÖV 2006, 498 (501); *Groß* DÖV 2016, 449 f.

40 Vgl. BVerfG NVwZ 2015, 1370 (1375).

41 Vgl. BVerfGE 136, 9 (31 f.) = NVwZ 2014, 867.

2. Was ist Staatsgewalt?

Das Staatsvolk soll die (Ausübung der) Staatsgewalt legitimieren. Diese ist legitimationsbedürftig. Der Begriff wird weit verstanden und erfasst nicht nur hoheitliches Tun (und nicht nur öffentlich-rechtliche Handlungsformen), sondern auch faktisches und privatrechtsförmiges Handeln des Staates und seiner Einrichtungen, sei es nun verwaltungsprivatrechtlich im engeren Sinn oder fiskalisches Handeln,⁴² ob es Außenwirkung oder bloß Innenwirkung⁴³ hat. Einen Bagatellvorbehalt für Verhalten, das dann nicht oder nicht so streng demokratisch legitimiert werden müsste, hat das BVerfG früher einmal angedeutet,⁴⁴ aber nicht wieder aufgegriffen. Das Legitimationserfordernis erstreckt sich auf das Handeln von Beamten, öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich Angestellten, Beliehenen oder Verwaltungshelfern.⁴⁵

3. Durch Wahlen und Abstimmungen und ...

Der Transmissionsriemen der Demokratie sind Wahlen (Personalentscheidungen) und Abstimmungen (Sachentscheidungen). Durch diese Entscheidungen spendet das Volk Legitimation und stellt einen Legitimationszusammenhang zu den staatlichen Organen her. Andere Formen der Legitimation durch das Volk sind im GG nicht vorgesehen. Ob man daraus schließen kann, das Volk dürfe nicht unverbindlich befragt werden (sog. „konsultative“ Volksbefragungen,⁴⁶ ähnlich auch die kommunalen „Bürgerhaushalte“⁴⁷), ist zweifelhaft, denn besser als gar keine ist eine schwache Beteiligung – der Souverän wird dadurch nicht entwertet. Das Maß demokratischer Legitimation ist einfach nur gering, wenn es sich um keine „Entscheidung“ handelt.

Eine andere Frage ist, ob eine „stärkere“ demokratische Legitimation auch ein besonders hohes Maß an Befugnissen gebietet. Das demokratisch bestens, nämlich unmittelbar legitimierte Parlament verfügt mit dem Vorbehalt des Gesetzes in der Tat über eine besonders starke Position. Darüber hinaus bestehen aber (besonders für den verfassungsändernden Gesetzgeber) große Spielräume (sodass selbst eine Direktwahl eines weiterhin bloß repräsentativen Bundespräsidenten zulässig wäre, wenn auch verfassungspolitisch nicht sinnvoll).

a) Verhältnis von Wahlen und Abstimmungen

Art. 20 II GG sieht keine Gewichtung zwischen Wahlen und Abstimmungen vor. Doch regelt das GG nur wenige Fälle von Volksentscheiden (Plebisziten),⁴⁸ woraus geschlossen wird, dass das Demokratieprinzip eine repräsentative parlamentarische Demokratie meine. Daraus wiederum (und aus der Regelung der Gesetzgebung in den Art. 76 ff. GG) wird gefolgert, weitere Plebiszite jedenfalls auf Bundesebene bedürften einer Änderung des GG (es gelte also ein Vorbehalt der Verfassung).⁴⁹ Nach noch strengerer Auffassung sperrt Art. 79 III GG selbst dies, weil die Mitwirkung der Länder an der Gesetzgebung berührt wird.⁵⁰ Dagegen spricht, dass zB Länderquoren vorgesehen werden können. Nach vereinzelter Auffassung reicht für einen Volksentscheid ein einfaches Bundesgesetz.⁵¹ Verbindliche Referenden über den Verbleib Deutschlands in der EU oder über den Umbau Deutschlands zu einer präsidialen Demokratie bedürften also nach hM einer GG-Änderung. Vom GG ermöglicht wird in Art. 146 GG ein Volksentscheid über eine neue Verfassung (wobei für die Festlegung des Verfahrens auch eine GG-Änderung gefordert wird⁵²) – das Volk ist dann nicht an Art. 79 III GG gebunden.⁵³ Wenn die EU ein Bundesstaat werden soll, sodass Deutschland seine Kompetenz-Kom-

petenz verlöre, betrifft dies laut BVerfG nicht nur die souveräne Staatlichkeit, sondern auch das Demokratieprinzip, mithin die von Art. 79 III GG vor Verfassungsänderungen geschützte Verfassungsidentität.⁵⁴ Dann könnte immer noch ein Volksentscheid gem. Art. 146 GG den Weg zur Teilnahme am europäischen Bundesstaat ebnen.

Für das Verhältnis von Volks- bzw. Bürgerentscheid und späterem Gesetz bzw. Gemeinderatsbeschluss gilt der Grundsatz *lex posterior derogat legi priori*,⁵⁵ dh. Volksgesetz und Parlamentsgesetz bzw. Bürgerentscheid und Gemeinderatsbeschluss sind grds. gleichrangig. Die Landesverfassungen enthalten keine Regelung für die Gesetzgebung, wohl aber die Gemeindeordnungen für das Verhältnis zwischen Volksentscheid und späterem Beschluss der Gemeindevertretung.⁵⁶

Gerade in der Wiederkehr der Wahlen kommt zum Ausdruck, dass die Staatsgewalt nur vom Souverän „geliehen“ ist als „Herrschaft auf Zeit“. Die Macht ist rückholbar. Zur Absicherung gilt der Grundsatz der Diskontinuität. Legislaturperioden dürfen nicht zu lange dauern. Amtierende Parlamente dürfen sich nicht selbst „verlängern“. Gesetze früherer Legislaturperioden können grundsätzlich – wenn nicht zB Vertrauenschutz entgegensteht – vom aktuellen Parlament wieder aufgehoben werden. Die demokratisch begründete *Lex-posterior*-Regel erlaubt auch die Abweichung von durch Bundesgesetz gem. Art. 59 II 1 GG umgesetzten völkerrechtlichen Verträgen.⁵⁷

b) Wahlrecht

Das GG normiert explizit Wahlrechtsgrundsätze (für die Bundestagswahlen Art. 38 I 1, für die Landtagswahlen Art. 28 I 2), aber kein Wahlsystem wie noch die Weimarer Reichsverfassung (Art. 22).⁵⁸ Das einfache Recht (BWahlG) sieht für die Bundestagswahlen ein System personalisierter Verhältniswahl vor, in dem grundsätzlich das Verhältnis der jeweils für eine Partei abgegebenen Zweitstimmen über die Sitze der Parteien im Parlament entscheidet. Besonders die sog. Überhangmandate standen in der Kritik,⁵⁹ da sie eine Abweichung vom Zweitstimmenergebnis und damit eine Beeinträchtigung der Erfolgswertgleichheit der Stimmen bedeuteten. Inzwischen werden sie vollständig durch Ausgleichsmandate ausgeglichen.⁶⁰ Eine Korrektur des Verhältniswahl-

42 Das dem Verwaltungsprivatrecht im weiteren Sinne unterliegt.

43 Sachs/Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, GG Art. 20 Rn. 29; Jarass/Pieroth/Pieroth, GG, 14. Aufl. 2016, GG Art. 20 Rn. 5.

44 BVerfGE 47, 253 (274) = NJW 1978, 1967.

45 Zu diesen Maunz/Dürig/F. Kirchhoff, Stand: Januar 2009, GG Art. 83 Rn. 116.

46 BayVerfGH NVwZ 2017, 319; Martini DÖV 2015, 981 ff.

47 Vgl. Thormann DÖV 2013, 325.

48 Art. 29, 118, 118a GG.

49 Vgl. Isensee/Kirchhoff/Isensee, Handbuch des Staatsrechts XII, 3. Aufl. 2014, § 258 Rn. 88; Jung, FS v. Arnim, 2004, 352.

50 Engelken DÖV 2006, 550 (555).

51 H. Meyer JZ 2012, 538 ff.

52 Sachs/Huber, 7. Aufl. 2014, GG Art. 146 Rn. 16.

53 Vgl. aber BVerfGE 123, 267 (343) = NJW 2009, 2267.

54 BVerfGE 123, 267 (343 ff.) = NJW 2009, 2267.

55 HmbVerfG DVBl. 2005, 439 (442); VerfGH Sachs NVwZ 2003, 472; BayVerfGH NVwZ-RR 2000, 401 (402); VerfGH Saarl NVwZ 1988, 245; differenzierend Jacobsen DÖV 2007, 949 (958 f.): Bindung des Parlaments für die Legislaturperiode. AA Peine Der Staat 1979, 375 f.: nur durch Volksgesetz.

56 Vgl. § 8 b VII 2 HessGO: Karenzzeit von drei Jahren.

57 BVerfGE 141, 1 = NJW 2016, 1295; aA Sondervotum König (Abwägung zwischen Demokratieprinzip und Rechtsstaatsprinzip iVm dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit).

58 Die Verhältniswahl. Vgl. dazu U.J. Schröder/v. Ungern-Sternberg/v. Ungern-Sternberg, Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre, 2011, 189 ff.

59 Vgl. BVerfGE 131, 316 = NVwZ 2012, 1101; BVerfGE 95, 335 = NJW 1997, 1553; BVerfGE 79, 169 = NJW 1989, 1348.

60 Vgl. § 6 BWahlG.

rechts durch einen „Siegerbonus“, der die Bildung großer Koalitionen entbehrlich machen soll,⁶¹ wäre ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in die Erfolgswertgleichheit. Andere verfassungsrechtlich ebenfalls zulässige einfachgesetzliche Wahlsysteme wären ein reines Mehrheitswahlrecht (nur Direktkandidaten aus Wahlkreisen werden ins Parlament gewählt) oder ein Grabensystem (das Parlament setzt sich je zur Hälfte aus direkt und über Listen gewählten Vertretern zusammen).⁶² Der Gesetzgeber hat weiten Gestaltungsspielraum. Besonders das Mehrheitswahlrecht wird gerne als Möglichkeit ins Spiel gebracht, die – grds. gem. Art. 21 GG erwünschte – Macht der Parteien im Staat zu dämpfen. Nicht übersehen werden darf, dass bereits die Kandidatur als Direktkandidat schon für Parteiangehörige einen immensen finanziellen Aufwand mit sich bringt, dass ferner die Parteien bei aller berechtigten Kritik an der Parteidemokratie notwendige Bündelungen gesellschaftlicher Interessen darstellen.

Die sog. Sperrklauseln (für Bundestagswahlen besteht gem. § 6 III 1 BWahlG eine 5 %-Klausel) stellen eine Beeinträchtigung der Wahlrechtsgleichheit dar (nicht der Zählerwert-, aber der Erfolgswertgleichheit), die mit der Effektivität der Parlamentsarbeit bzw. dem Erfordernis stabiler Mehrheiten gerechtfertigt wird. Das BVerfG hat Fünf-Prozent-Sperrklauseln im Kommunalwahlrecht im Blick auf die elastischere Funktionsweise kommunaler Volksvertretungen auch schon für verfassungswidrig gehalten.⁶³

Freiheit der Wahl in Art. 38 I 1 GG meint Freiheit vom Zwang, nicht die (negative) Freiheit, nicht zu wählen. Nach aA wird auch die Nichtwahl geschützt. Die Einführung einer Wahlpflicht bedürfte, je nach Auffassung, eines Gesetzes oder einer Verfassungsänderung.⁶⁴ Fraglich ist, ob und gegebenenfalls wann eine geringe Beteiligung an Parlamentswahlen die demokratische Legitimation rechtlich unverbindlich macht. Für Volks- und Bürgerentscheide sehen die Landesverfassungen und Gemeindeordnungen Quoren vor, die aber auch vor dem Hintergrund bestehen, dass diese Entscheide anstelle der demokratisch gewählten Volksvertretungen bzw. Gemeinderäte ergehen.

c) Andere demokratische Legitimationsformen

Die Legitimation „durch Wahlen und Abstimmungen“ schließt eine zusätzliche Legitimation nicht aus. Ausgangspunkt für andere Legitimationsmodi ist unter anderem die Kritik an der Schwäche der sachlichen demokratischen Legitimation, welche die Steuerungskraft des Gesetzes überschätze.⁶⁵ Die Versteifung auf einen „Legitimationskettenfetischismus“⁶⁶ verkenne die vielfältigen Spielräume jeder Entscheidungsebene (zB Ermessen und Beurteilungsspielräume), durch die sich der ursprüngliche Volkswille ohnehin verdünnt. Dann geht es aber nicht mehr nur um zusätzliche, sondern um alternative Legitimation, welche Defizite in der durch Wahlen vermittelten Legitimation, also Schwächen der Legitimationskette (zu dieser s. unten sub 4), kompensieren soll. Fraglich ist, ob andere Legitimationsmodi gerade *demokratisch* legitimieren können.⁶⁷ Falls nicht, können sie nicht nur demokratische Defizite nicht kompensieren, sondern rufen diese unter Umständen noch hervor (zB bei der Beteiligung unmittelbar Betroffener an der Entscheidung).

Als andere Modi von Legitimation werden

- Output-Legitimation,
- „autonome“ Legitimation,
- Partizipation und
- plurale Besetzung von Verwaltungsstellen in Betracht gezogen.⁶⁸

aa) Output-Legitimation. Eine Legitimation durch die Richtigkeit bzw. Zweckmäßigkeit des Ergebnisses (sog. *Output-Legitimation*) kann die Anforderungen des Art. 20 II GG nicht erfüllen und sie nicht ersetzen. Die Richtigkeit iSv Rechtskonformität muss ohnehin gewährleistet sein. Ein demokratischer Mehrwert gegenüber den Legitimationsketten liegt in dieser Gewährleistung nicht.

bb) „Autonome“ Legitimation. Eine „*autonome*“ Legitimation kommt in der funktionalen Selbstverwaltung in Betracht. Das BVerfG hält dies für „demokratisch“, wenn auch nicht iSv Art. 20 II GG. Da diese eigengeartete Legitimation nach BVerfG wohl unter Verfassungsvorbehalt steht, stellt sich die Frage, inwieweit neuartige Formen funktionaler Selbstverwaltung (zB Zwangsmitgliedschaft und Abgabenhoheit sog. Business-Improvement-Distrikte) zulässig sind.

cc) Partizipation. Die *Beteiligung/Partizipation Betroffener* an Verwaltungsentscheidungen kommt vielfach vor: durch Anhörung, die Möglichkeit von Einwendungen und Öffentlichkeitsbeteiligung⁶⁹ sowie durch die Kontrolle seitens der Bürger (etwa durch Informationsansprüche). Eine stärkere Partizipation erfolgt durch vorübergehende Mitwirkung an der Ausübung von Staatsgewalt (etwa von sachkundigen Bürgern in den Gemeinden, Wahlhelfern, in der Bundeswehr früher vermittels Wehrpflicht).⁷⁰ Auch die Mitbestimmung der im öffentlichen Dienst Beschäftigten mag als Partizipation verstanden werden. In der Gerichtsbarkeit wirken ehrenamtliche Laienrichter mit (zB Schöffen im Strafprozess). Das alles ist demokratisch im weiteren Sinne und hat unter Umständen auch eine grundrechtliche Dimension (Schutz durch Verfahren), bedeutet aber eine Unterbrechung der Legitimationsketten, die Art. 20 II GG nach hM erfordert, und ist insoweit rechtfertigungsbedürftig.

dd) Plurale Besetzung von Verwaltungsstellen. Die soeben geschilderte Partizipation überschneidet sich mit der *pluralen bzw. repräsentativen Besetzung* von Verwaltungsstellen (wie dem Rundfunkrat oder der Bundesprüfstelle für jugendgefährdende Medien)⁷¹ mit Vertretern verschiedener gesellschaftlicher Gruppen/Verbände (aus Religionsgemeinschaften, Gewerkschaften etc.) oder der „paritätischen“ Besetzung von Gerichten mit ehrenamtlichen Richtern konträrer Interessengruppen (am Arbeits- und Sozialgericht).⁷² Schon nach der einfachgesetzlichen Konstruktion dient die Besetzung meist nicht der Repräsentation von Interessen, sondern der Einspeisung von Sachverständ – allerdings kann beides nicht scharf getrennt werden, besonders wenn es um die Bildung von Werturteilen und Ermessensentscheidungen geht. Die Bündelung von Interessengruppen in einem Ver-

61 Dafür *Best ZParl* 2015, 82 ff.; dagegen *Behnke ZParl* 2015, 426 (431 f.).

62 BVerfGE 95, 335 (354) = NJW 1997, 1553.

63 BVerfGE 120, 82 = BeckRS 2008, 31919.

64 Vgl. *Labrenz ZRP* 2011, 214 ff. mwN.

65 Zur Kritik an der Steuerungskraft *Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999.

66 Begriff bei *Bryde* *StWiStP* 5 (1994), 305 (324).

67 Diese Frage betrifft bereits die Ausschließlichkeit des Volks als Legitimationssubjekt.

68 Vgl. auch *Maunz/Dürig/Grzesick*, Stand: Januar 2010, GG Art. 20 Rn. 152–154 mwN.

69 Etwa durch die frühzeitige Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Planung von Großvorhaben (§ 25 III VwVfG), die unter dem Eindruck der Proteste gegen den Bahnhof Stuttgart 21 normiert wurde, vgl. *Ziekow* NJW-Beil. 2012, 91. Zur Reformdiskussionen rund um Stuttgart 21 *Groß DÖV* 2011, 512 ff.; *Ziekow*, DJT 2012, Gutachten D. Vgl. auch *Waechter* und *Mann* *VVDStRL* 72 (2013), 499 ff. und 544 ff.

70 Ausf. *Jestaedt*, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993.

71 § 21 ZDF-Staatsvertrag, § 19 JuSchG.

72 § 16 ArbGG, § 12 SGG.

waltungsgremium läuft wiederum der Legitimation durch „das“ Volk zuwider. Im Fall von Rundfunkanstalten und Universitäten ist allerdings zu beachten, dass Grundrechts-träger organisatorisch „ausgestaltet“ werden, die – zumindest im Fall von Grundrechtsausübung – keine (legitimationsbedürftige) Staatsgewalt ausüben.

Von einer demokratischen Legitimation iSd Art. 20 II GG kann in den genannten Fällen nicht die Rede sein, weil die Legitimation nicht vom Volk ausgeht. Die Bürgerbeteiligung als solche rechtfertigt nicht, dass auf Aufsichts- und Weisungsbefugnisse verzichtet wird (etwa Einschränkung von Rechtsmitteln gegen Gerichtsentscheidungen, die mit Schöffen gefällt wurden) oder dass die personelle demokratische Legitimation gleichsam abgekürzt wird und die Entscheidung nur durch den Kreis der unmittelbar Betroffenen gefällt wird. Aber die Grundrechte (namentlich die Rechtfertigung von Eingriffen und der Schutz durch Verfahren) gebieten unter Umständen eine Beteiligung der unmittelbar Betroffenen, wobei die Letztentscheidung bei der staatlichen Stelle verbleiben muss (in Betracht kommen daher vor allem Anhörungsrechte).

Alternativen zu Art. 20 II GG sind wegen dessen Wortlauts („alle Staatsgewalt“) ausgeschlossen. Durch ihren (vermeintlichen) Prinzipiencharakter scheint die Demokratie offen für andere „Legitimationsmodi“ zu sein. Allerdings ist Art. 20 II GG gerade nicht prinzipiell, sondern apodiktisch formuliert.⁷³ Denkbar ist noch, von einem übergeordneten „Demokratieprinzip“ auszugehen, das auch alternative Legitimationsmodi umfasst: Schließlich spricht auch das BVerfG vom „demokratischen Gedanken“ der Partizipation bzw. Mitbestimmung der Betroffenen (Bürger oder Bediensteten). Dennoch bleibt auch ein solcher Gedanke regelungstechnisch eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme von Art. 20 II GG, da dieser eine Legitimation durch das Volk verlangt, die Gruppe von einer Verwaltungsentscheidung Betroffener aber kein Volk ist und Abweichungen höchstens zugunsten kollidierenden Verfassungsrechts ge-rechtfertigt sind.

4. Durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung

Diese Formulierung gilt als Festlegung repräsentativer bzw. mittelbarer im Unterschied zu plebisziärer bzw. unmittelbarer Demokratie und damit als Argument für einen Verfassungsvorbehalt von Plebisziten. Sie kann aber auch lediglich als Hinweis auf die ebenfalls im GG geregelten Zuständigkeiten der genannten staatlichen Organe gelesen werden.

a) Legitimationsketten

Die Legitimation, die das Volk in (rechtmäßigen) Wahlen und Abstimmungen spendet, muss innerhalb der staatlichen Organisation weitergereicht werden. So wählt das Volk den Bundestag, dieser den Kanzler (Art. 63 GG), dieser schlägt dem Bundespräsidenten die Regierungsmitglieder vor (Art. 64 GG), die Regierung insgesamt ist dem Bundestag verantwortlich (vgl. Art. 43 I, 44, 67 GG); der Bund ist Dienstherr und damit auch weisungsbefugt gegenüber seinen Beamten. Das BVerfG hat in Anlehnung an Böckenförde⁷⁴ die Legitimation als eine – im Idealfall – ununterbrochene Kette beschrieben. Dabei bestehe die *organisatorisch-personelle* demokratische Legitimation darin, dass jede Ernennung sich auf die Wahl zurückführen lässt, also nur derjenige ernannt, der von jemandem ernannt wurde, der vom Volk gewählt wurde. Die *sachlich-inhaltliche* demokra-

tische Legitimation liegt darin, dass die Entscheidungen der nachgeordneten Stellen einerseits durch Gesetze, Verordnungen, Satzungen etc. mehr oder weniger vorgezeichnet sind, andererseits die vorgeordneten Stellen im Einzelfall korrigierend eingreifen können (durch Weisungen, Aufhebung, Selbsteintritt). Geboten sind grds. sowohl die personelle als auch die sachliche demokratische Legitimation. Das BVerfG lässt es zu, dass Defizite des einen Legitimationsstrangs durch ein Plus im anderen kompensiert werden, wenn sich nur in der Summe ein ausreichendes (effektives) Legitimationsniveau ergibt:⁷⁵ Zum Beispiel können Entscheidungsbefugnisse mit großem Beurteilungsspielraum (also schwacher Gesetzesbindung) Beamten vorbehalten sein, die aufgrund des Beamtenrechts besonders weisungsabhängig sind.⁷⁶ Das erlaubt allerdings nicht, dass auf einen Strang ganz verzichtet wird.⁷⁷

b) Abweichungen aufgrund GG und EU-Rechts

Erfüllt wird die zweispurige Legitimation typischerweise in der Hierarchie der Ministerialverwaltung. Problematisch sind dagegen unter anderem die sog. ministerialfreien Räume, unabhängige Stellen in der Verwaltung und die funktionale Selbstverwaltung. Wenn das GG selbst eine Abweichung vorsieht, ist dies verfassungsrechtlich abgesichert (wie etwa die Unabhängigkeit der Richter in Art. 97) – das ist gemeint, wenn von funktioneller bzw. institutioneller demokratischer Legitimation die Rede ist (die also keine eigenständige demokratische Legitimation darstellt, sondern die Anforderungen an die Legitimation funktionsbezogen definiert, gegebenenfalls senkt)⁷⁸. Art. 88 GG sieht vor, dass die Befugnisse der Bundesbank der Europäischen Zentralbank übertragen werden dürfen, die unabhängig ist. Die Unabhängigkeit der Bundesbank gegenüber Weisungen der Bundesregierung ist nur einfachgesetzlich gewährleistet (vgl. § 12 BBankG).⁷⁹ Die Mitglieder des Bundesrechnungshofs besitzen gem. Art. 114 II 1 GG richterliche Unabhängigkeit, was sachliche Unabhängigkeit, vor allem Weisungsfreiheit (mithin bloße Gesetzesbindung), und persönliche Unabhängigkeit einschließt. Vorbild ist die in Art. 97 GG garantierte richterliche Unabhängigkeit, die sich auf die Tätigkeit der Rechtsprechung bezieht. Die Weisungsfreiheit der Richter wird durch die Aufgabe, die Gesetzesbindung durchzusetzen, kompensiert. Die (im GG in Art. 95 II, 98 IV skizzierte) Richterwahl muss die personelle demokratische Legitimation sicherstellen, doch ist die Auslegung der Vorgaben des GG umstritten: Das betrifft bereits die Fragen, ob die anstelle alleiniger ministerieller Entscheidung von Art. 98 IV GG zugelassene Einrichtung von Richterwahlausschüssen andere Modelle (wie etwa die reine Richterwahl/Kooperation ohne Mitbestimmung des Justizministers) ausschließt⁸⁰ und wie

73 Zur Kritik der „Prinzipialisierung“ Unger, Das Verfassungsprinzip der Demokratie, 2008, 122.

74 Isensee/Kirchhof/Böckenförde HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 14 ff.

75 BVerfGE 93, 37 (67) = NVwZ 1996, 574.

76 Dieser Gedanke liegt dem Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG zugrunde.

77 AA Maunz/Dürig/Grzesick, Stand: Januar 2010, GG Art. 20 Rn. 130 (beide Legitimationsstränge haben denselben Ursprung).

78 Vgl. Isensee/Kirchhof/Böckenförde HStR II, 3. Aufl. 2004, § 24 Rn. 15.

79 Differenzierend BeckOK GG/Remmert, Beck'scher Online-Kommentar GG, 33. Ed. 1.6.2017, Art. 88 Rn. 14–16 (verfassungsrechtliche Gewährleistung der Unabhängigkeit, soweit Bundesbank Teil des ESZB ist). Zur Abberufung von Vorstandsmitgliedern der Deutschen Bundesbank Häde WM 2005, 205 ff.

80 So Sachs/Detterbeck, 7. Aufl. 2014, GG Art. 98 Rn. 21–24; Ehlers, Verfassungsrechtliche Fragen der Richterwahl, 1998, 16, 28, 43. AA Böckenförde, Verfassungsfragen der Richterwahl, 2. Aufl. 1998, 16 ff. Zur Unzulässigkeit einer Volkswahl des Richterwahlausschusses (in Bremen) Wrobel NordÖR 2016, 50.

das Kräfteverhältnis von durch den Landtag und durch die Richterschaft bestimmten Mitgliedern des Richterwahlauschusses beschaffen sein muss (oder ob dessen Zusammensetzung weniger streng personell demokratisch legitimiert sein muss, weil man stets noch die Zustimmung des Justizministers zu Richterernennungen für vom GG geboten erachtet). Eine Selbstverwaltung der Gerichte ist durch Art. 97 GG nicht mitgarantiert, wird aber intensiv diskutiert (in Form von Budgethoheit sowie – zumindest *de constitutione ferenda* – in Personalangelegenheiten).⁸¹ Eine quasi-richterliche Unabhängigkeit genießen die organisatorisch in die Verwaltung eingegliederten Vergabekammern (§ 157 I GWB), was bereits EU-rechtlich vorgezeichnet ist.⁸² Die Datenschutzbeauftragten müssen gem. EU-Sekundärrecht ihre Aufgaben sogar in „völliger Unabhängigkeit“ wahrnehmen,⁸³ wodurch nach EuGH eine staatliche Aufsicht weitgehend ausgeschlossen ist.⁸⁴ Gegenüber dem EU-Recht hat das deutsche Demokratieprinzip eine offene Flanke: Eine EU-rechtlich gebotene Unabhängigkeit provoziert ein demokratisches Defizit, das sachlich⁸⁵ nicht (jedenfalls) durch das GG gerechtfertigt ist, aber vom Anwendungsvorrang des EU-Rechts erzwungen wird (bis an die Grenze des über Art. 23 I 3 beachtlichen Art. 79 III GG).⁸⁶ Das Defizit besteht im Vergleich mit dem Demokratieprinzip des GG darin, dass der unionsrechtliche Grundsatz der Demokratie (Art. 2, 10 EUV) prinzipiell keine Weisungsabhängigkeit im klassischen hierarchischen Verwaltungsaufbau verlangt. Die gerichtliche Kontrolle der Staatsgewalt wird in ihrer Legitimationswirkung stärker gewichtet.⁸⁷ Auch parlamentarische Einflussmöglichkeiten muss es nach EU-Recht geben (zB durch Ernennung des Leitungspersonals, gesetzliche Festlegung der Kompetenzen oder Rechenschaftspflichten der öffentlichen Stelle).⁸⁸ Das Unionsrecht stellt solche von der Regierung unabhängigen öffentlichen Stellen nicht unter Verfassungs- bzw. EU-Primärrechtsvorbehalt, während für sie im deutschen Recht wohl überwiegend ein Verfassungs vorbehalt angenommen wird. Das EU-Sekundärrecht ist dagegen eine mögliche Quelle immer neuer unabhängiger Stellen.

c) Einfachgesetzliche Abweichungen

Auch jenseits des EU-Rechts ist in der klassisch hierarchischen Verwaltung die gleichermaßen personelle wie sachliche demokratische Legitimation nicht bruchlos möglich oder steht im Zielkonflikt mit anderen Werten. Besonders deutlich wird dies bei der Mitbestimmung der Beschäftigten (nach Maßgabe der Personalvertretungsgesetze bzw. in der privatrechtlich organisierten Verwaltung nach dem Betriebsverfassungsgesetz). In Personalangelegenheiten darf die Mitbestimmung größer sein als bei nach außen wirkenden staatlichen Leitungentscheidungen.⁸⁹ Die Letztentscheidung muss in beiden Fällen einem dem Parlament verantwortlichen Verwaltungsträger verbleiben.⁹⁰ Die gesetzlichen Vorehrungen dafür sind defizitär.⁹¹ Mit dem sog. Neuen Steuerungsmodell, das in das Verwaltungs-, vor allem Kommunalrecht zusammen mit einem neuen Rechnungswesen (Doppik) Einzug gehalten hat, werden dezentrale Stellen mit eigener Budgethoheit ausgestattet. Da das Budgetrecht traditionell der Zügel ist, mit dem das demokratisch gewählte Parlament Regierung und Verwaltung kontrollieren kann, ist eine Verlagerung haushaltswirtschaftlicher Entscheidungen auf die Verwaltung (aber auch von der Gemeindevertretung auf den Gemeindevorstand) demokratisch problematisch und muss – etwa durch Befristung und Entscheidungsvorbehalte – eingegrenzt werden.⁹²

Demokratie gebietet, dass die staatlichen Stellen verantwortlich gemacht werden können (vor Gericht, durch Rechts- und Fachaufsicht, Parlament und Wähler). Das wiederum erfordert eine möglichst eindeutige Zurechenbarkeit staatlichen Handelns, die durch Abgrenzung der Kompetenzen erfolgt. Die horizontale Trennung der Staatsgewalten muss daher aus demokratischen Gründen präzise sein (dem Demokratieprinzip lässt sich auch Inhaltliches zur Gewaltenteilung entnehmen: die wesentlichen Entscheidungen müssen vom demokratisch am besten – nämlich unmittelbar – legitinierten Staatsorgan getroffen werden). Dieses Gebot eindeutiger Zurechenbarkeit gilt auch für die vertikale Gewalten teilung zwischen Bund und Ländern, zwischen denen eine Mischverwaltung unzulässig ist, wenn sie nicht im GG erlaubt wird.⁹³ Hält man eine Mischverwaltung unter den Ländern nicht für grundsätzlich unzulässig, wird das Demokratieprinzip zur wichtigsten materiell-rechtlichen Barriere.⁹⁴

III. Regelungsebenen und -bereiche

1. Demokratieprinzip und einfaches Gesetz

Das Demokratieprinzip ist einerseits auf (vor allem gesetzgeberische) Ausgestaltung (etwa des Wahlrechts) angewiesen und gilt andererseits als Prinzip, das im Unterschied zu einer „starren“ Regel aufgrund einer Güterabwägung überwindbar ist. Letzteres ist allerdings missverständlich, soweit es um das in Art. 20 II 1 GG verankerte – unbedingte – Gebot demokratischer Legitimation geht. Nur die Art der Legitimation (sachlich bzw. personell), nicht aber deren gebotenes Niveau ist flexibel. Ob dennoch eine Absenkung des insgesamt von Art. 20 II 1 GG gebotenen Legitimationsniveaus zulässig ist, steht demnach nicht unter Gesetzesvorbehalt, sondern unter Verfassungsvorbehalt. In Betracht kommt eine partielle Absenkung bei der funktionalen Selbstverwaltung oder im Zuge der europäischen Integration. Ob einer der beiden Legitimationsmodi (sachliche bzw. personelle Legitimation) den anderen ganz kompensieren kann, ist umstritten.⁹⁵

2. Demokratieprinzip in den Bundesländern

Art. 20 I und II GG gelten unmittelbar für den Bund. Die Bundesländer werden über Art. 28 I 1 GG an das Demokratieprinzip des GG gebunden, wobei der Gehalt nicht identisch („uniform“) sein muss, sondern lediglich Homogenität

81 Vgl. Wittreck und Brosius-Gersdorf VVDStRL 74 (2015), 115 (144 ff.) bzw. 169 (208 ff.); Papier NJW 2002, 2585; Sennekamp NVwZ 2010, 213; Wittreck, Die Verwaltung der Dritten Gewalt, 2006.

82 So bereits Art. 2 IX UA 2 RL 89/665/EWG – Rechtsmittelrichtlinie.

83 Art. 28 I UAbs. 2 RL 95/46/EG. Inzwischen gilt Art. 52 VO (EU) 2016/679 – Datenschutz-Grundverordnung.

84 EuGH NJW 2010, 1265; BeckEuRS 2012, 690024.

85 Wie in den Fällen funktioneller bzw. institutioneller demokratischer Legitimation (etwa richterlicher Unabhängigkeit gem. Art. 97 GG).

86 Auch Art. 4 II 1 EUV verlangt die Achtung der verfassungsmäßigen Strukturen der Mitgliedstaaten, gebietet damit aber nicht die zwingende Beachtung des nationalen Demokratieprinzips in jeder Verästelung.

87 So EuGH NJW 2010, 1265 (1267); das unionsrechtliche Demokratieprinzip muss bei der Auslegung des Sekundärrechts berücksichtigt werden.

88 EuGH NJW 2010, 1265 (1267).

89 Vgl. die Auseinandersetzung zwischen Bundespräsidialamt und Personalrat um die Neubesetzung von Stellen im Juni 2017 (FAZ.NET v. 15.6.2017).

90 BVerfGE 93, 37 (70) = NVwZ 1996, 574.

91 Vgl. dazu und zum Meinungsstand Ehlers/Pünder/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 1 Rn. 32 f.

92 Pünder DÖV 2001, 70 (73 f.); Pünder, Haushaltrecht im Umbruch, 2003, 434–448; allg. Mehde, Neues Steuerungsmodell und Demokratieprinzip, 2000.

93 BVerfGE 108, 169 (182) = NVwZ 2003, 1497.

94 Vgl. BayVerfGH Entsch. v. 25.9.2015 – Vf. 9-VII-13 ua Rn. 132–162 (Glücksspielkollegium).

95 S. oben in und bei Fn. 77.

geboten ist: Zum Beispiel dürfen die Landesverfassungen mehr plebisitäre Elemente anbieten, als es das GG für den Bund tut;⁹⁶ eine parlamentarische Monarchie in einem Land wäre hingegen unzulässig.⁹⁷ Die Verfassungen der Bundesländer normieren ihrerseits ein Demokratieprinzip, das von den Landesverfassungsgerichten meist identisch wie das Demokratieprinzip des Art. 20 I GG (und damit auch in Anlehnung an die Rspr. des BVerfG) ausgelegt wird. Der Spielraum, den Art. 28 I 1 GG erlaubt, wird somit nicht ausgeschöpft.

3. Demokratie und Ewigkeitsgarantie

Art. 79 III GG zufolge ist eine Verfassungsänderung, durch welche die in Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze berührt werden, unzulässig. Geschützt sind das in Art. 20 I GG genannte Prinzip sowie Art. 20 II 1 und 2 GG. Soweit man in Art. 20 I GG Teilgehalte (wie das Mehrheitsprinzip) hineinliest, ist nicht schon jede verfassungsrechtliche Einengung solcher ausgestaltungsbedürftigen Teilgehalte ein Verstoß gegen Art. 79 III GG. Das BVerfG hat erst eine „prinzipielle Preisgabe“ der Grundsätze für unzulässig gehalten,⁹⁸ aber auch gefordert, dass es sich um systemimmanente bzw. aus sachgerechten Gründen gerechtfertigte Modifikationen handeln muss.⁹⁹ Selbst wenn sich das deutsche Volk gem. Art. 146 GG eine neue Verfassung gibt und damit Art. 79 III GG nicht mehr greift, könnte es dem BVerfG zufolge an ein universales Demokratieprinzip gebunden sein.¹⁰⁰

4. Voraussetzungen der Demokratie

Die Mitwirkung der Parteien an der Willensbildung des Volkes dient der Demokratie. Parteien müssen selbst demokratischen Grundsätzen entsprechen (Art. 21 I 3 GG).¹⁰¹ Freiheit und Gleichheit des Meinungsbildungsprozesses in der Gesellschaft sind weitere Säulen der Demokratie.¹⁰² Die Gewährung, aber auch und gerade die Ausübung der Grundrechte (besonders mit politischem Bezug: Versammlungs- und Meinungsfreiheit) bilden eine Voraussetzung für funktionierende Demokratie. Das gilt erst recht für die Gewährung und Ausübung der politischen Rechte. Der allgemeine Zugang zu öffentlichen Ämtern und Parlamenten (Art. 33 II, Art. 38 II GG) stellt sicher, dass der Staat den Bürgern „gehört“ – die Verwaltung rekrutiert sich nicht aus einem Dienstadel, der Bundestag ist kein Honoratiorenparlament. Nicht nur der Diskurs, sondern auch die Akzeptanz von Mehrheitsentscheidungen (auch von Gesetzen) gehört zur Demokratie. Hier wird der Bereich der rechtlich nicht erzwingbaren Verfassungsvoraussetzungen betreten. Auch eine funktionierende Opposition sowie die Kontrolle der Staatsgewalt durch Presse und Rundfunk (die „vierte Gewalt“) fördern die Demokratie. Die Gesellschaft sollte Raum für Diskurse und für die Bildung einer öffentlichen Meinung bieten, also über öffentliche „Arenen“ verfügen.¹⁰³ Das Demokratiedefizit der EU hat eine Wurzel im Fehlen einer europäischen Öffentlichkeit. Umgekehrt kann ein Staat in Parallelgesellschaften zerfallen. Pluralistische Gesellschaften brauchen daher einen Konsens über die demokratischen Verfahren und Regeln. Erziehung und Streitkultur in der Familie prägen auch die politische Kultur eines Landes.

5. Schutz der nationalen Demokratie vor der EU

Für die Übertragung von Hoheitsrechten durch den nationalen Gesetzgeber auf die EU gilt neben der Grenze des Übertragenen über Art. 23 I 3 GG auch die Grenze des Übertragbaren (Art. 79 III GG). Dabei hat das BVerfG das Demokratieprinzip so weit ausgelegt, dass Art. 79 III GG in Verbindung mit dem Demokratieprinzip auch die Staatlichkeit/Verfassungsidentität Deutschlands (gegenüber der EU) mitgeschützt: Das individuelle Wahlrecht zum Bundestag (Art. 38 GG) bedeutet, dass die Wahlberechtigten einen Bundestag wählen können müssen, der eines Parlaments würdig ist, was nur der Fall ist, wenn er inhaltlich und quantitativ Befugnisse hat, die einen Staat zum Staat machen.¹⁰⁴

6. Anforderungen des GG an die demokratische Legitimation der EU

Das Grundgesetz verlangt, dass die EU ihrerseits demokratischen Grundsätzen verpflichtet ist (Art. 23 I 1 GG). Die demokratischen Grundsätze müssen nicht identisch mit dem nationalen Demokratieprinzip sein. Art. 2 EUV nennt die Demokratie als einen Wert, auf den sich die EU gründet, Art. 10 EUV führt demokratische Grundsätze der EU auf, die noch in Einzelschriften (des Primär- und Sekundärrechts) weiter konkretisiert werden. Aus Art. 7 EUV wird ersichtlich, dass die EU auch von den Mitgliedstaaten die Einhaltung des Wertes der Demokratie in deren nationalem Kompetenzbereich verlangt.

7. Demokratieprinzip und Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale Organisationen

Für die Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale und andere supranationale Organisationen ist Art. 24 GG einschlägig. Diese Vorschrift verweist nicht explizit auf Art. 79 III GG, der aber nach ganz hm jedenfalls die letzte Grenze zieht. Strittig ist, ob nicht schon vorher materiell-rechtliche Grenzen zu beachten sind. Der durch Art. 79 III GG geschützte Art. 20 I, II 1 GG dürfte (ganz wie bei Art. 23 I GG) verlangen, dass einerseits die völkerrechtliche Organisation demokratischen Grundsätzen entspricht und dass andererseits die Rückwirkungen auf das deutsche Volk an dessen Legitimation rückgebunden sind (also unter anderem vom Gesetz gedeckt sind). Das Problem demokratischer Legitimation verschärft sich, wenn völkerrechtliche Verträge dynamisch, funktional, teleologisch ausgelegt werden¹⁰⁵ und ihr Regelungsgehalt sich von derjenigen Textfassung entfernt, über die der deutsche Gesetzgeber durch Zustimmungsgesetz gem. Art. 59 II 1 GG und durch Übertragungsgesetz gem. Art. 24 GG entschieden hat. Dies wird akut, wenn Organe der inter-/supranationalen Organisation Entscheidungsspielräume haben wie zB internationale Gerichtshöfe oder wenn Schiedsgerichte mit vielleicht schwacher personeller Legitimation letztinstanzlich entscheiden (dies war ein Thema der

96 Sachs/Nierhaus, 7. Aufl. 2014, GG Art. 28 Rn. 15; Pestalozza JURA 1994, 561 (576); abw. Isensee DVBl. 2001, 1161 (1164 f.): Grenze im republikanischen Grundsatz.

97 Wobei dies auch aus dem republikanischen Grundsatz abgeleitet wird, Sachs/Nierhaus, 7. Aufl. 2014, GG Art. 28 Rn. 14; Ley VR 1985, 312 (315).

98 BVerfGE 30, 1 (24).

99 Auch BVerfGE 30, 1 (24, 25), daran anknüpfend BVerfGE 109, 279 (310 f.) = NJW 2004, 999; BVerfGE 94, 49 (102 f.); 84, 90 (120 f.). Vgl. auch Maunz/Dürig/Herdegen, Stand: Juli 2014, GG Art. 79 Rn. 63.

100 BVerfGE 123, 267 (343) = NJW 2009, 2267.

101 Zur Erosion innerparteilicher Demokratie Schönberger/Schönberger F.A.Z. v. 22.6. 2017, Nr. 142, S. 7.

102 Vgl. Sachs/Sachs, 7. Aufl. 2014, GG Art. 20 Rn. 16–20.

103 Putnam Bowling alone, Journal of Democracy, Jan. 1995, 65.

104 BVerfGE 123, 267 (330) = NJW 2009, 2267. Krit. Nettesheim Der Staat 51 (2012), 313 ff.

105 Vgl. EGMR, Tyrer, § 31 (EMRK als living instrument); BVerfGE 104, 151 = NJW 2002, 1559 (zum NATO-Vertrag); der EuGH legt das Unionsrecht ohnehin stark teleologisch aus. Vgl. allg. Art. 31 III b Wiener Vertragsrechtskonvention.

Diskussion um das Freihandelsabkommen TTIP zwischen EU und USA¹⁰⁶).

8. Drittirkung und verwaltungsprivatrechtliche Wirkung des Demokratieprinzips

Von „demokratischen“ Strukturen wird auch in Bezug auf private Unternehmen, Verbände, Vereine gesprochen. Gemeint sind dann nur Mitbestimmung und Mehrheitsprinzip. Eine Drittirkung für den gesellschaftlichen Bereich hat die Demokratie – abgesehen von Art. 21 I 3 GG – nach ganz hM nicht.¹⁰⁷ Daher muss der Gesetzgeber Mitbestimmung und Mehrheitsprinzip nicht im gesellschaftlichen Bereich etablieren. Gleichwohl findet sich das Mehrheitsprinzip auch im Vereins- und Gesellschaftsrecht oder ist die betriebliche Mitbestimmung gesetzlich vorgeschrieben. Das ist aber etwas anderes als Demokratie. Teilweise entsprechen Mitwirkung und Mehrheitsprinzip auch der Privatautonomie, teilweise wäre ihre Normierung aber gerade ein Grundrechtseingriff (zB betrifft die gesetzliche Arbeitnehmermitbestimmung die Grundrechte des Unternehmers). Arbeitnehmermitbestimmung dient dem Schutz der Arbeitnehmer und verwirklicht insoweit eine grundrechtliche Schutzzdimension, nicht aber ein in die Gesellschaft wirkendes Demokratiegebot. Die freiheitliche demokratische Grundordnung des Staates wird allerdings auch gegen Übergriffe Privater geschützt (vgl. Art. 18, 20 IV GG, §§ 84 ff. StGB) und hat insoweit Drittirkung.

Die Frage, ob und inwieweit die privatrechtlich organisierten (Eigen-)Gesellschaften der öffentlichen Hand demokratischen Anforderungen unterliegen, hat nichts mit Drittirkung zu tun. Vielmehr geht es um die Reichweite öffentlich-rechtlicher Bindungen, die unter den Stichworten Verwaltungsprivatrecht und Verwaltungsgesellschaftsrecht diskutiert werden. Wenn die für privatrechtliche Gesellschaften geltenden Regelungen (wie zB das MitbestG) den für die Verwaltung geltenden Anforderungen nicht genügen, ist die Auflösung dieser Kollision umstritten: Dass Art. 20 II 1 GG zurücktritt, ist nicht vertretbar, weil es sich auch um Staatsgewalt im Sinne der Norm handelt; nach der Lehre vom Verwaltungsgesellschaftsrecht soll das entgegenstehende Privatrecht (zB das MitbestG) weichen, selbst wenn es zwingend ist;¹⁰⁸ nach aA darf der Staat keine Organisationsprivatisierung betreiben, wenn er dadurch einen Konflikt zwischen GG und zwingendem Privatrecht auslöst¹⁰⁹ – die Rechtswirklichkeit sieht anders aus, die Gemeindeordnungen enthalten zudem spezielle Regelungen.¹¹⁰

B. WANDEL, KRITIK UND KRISE

Die Demokratie ist im Wandel (I.), zumindest in der Diskussion (II.), vielfach wird ihr bescheinigt, gefährdet zu sein (III.).

I. Demokratie im Wandel

Wer im Völkerrecht Konstitutionalisierungsprozesse identifiziert, stößt zwangsläufig auf die Frage, welche Rolle das Demokratieprinzip völkerrechtlich spielt. Einerseits ist ein Bedürfnis nach demokratischer Legitimation völkerrechtlicher Institutionen ein Indiz für eben diese Konstitutionalisierung, andererseits gibt es kein überstaatliches Volk, das eine eigenständige Legitimation spenden könnte.¹¹¹ Das liegt unter anderem an der dogmatischen Verknüpfung von Volk und Staat. Im EU-Recht hat man sich mit der abgeleiteten Unionsbürgerschaft beholfen (Art. 20 I AEUV), außerdem vermitteln die demokratisch legitimierten Mitgliedstaaten Le-

gitimation.¹¹² Die EU verpflichtet sich selbst auf das Demokratieprinzip, und das GG fordert von der EU Demokratie (in Art. 23 I 1).

Die verbreiteten Möglichkeiten kurzfristiger digitaler Meinungsbildung und -äußerung haben den Begriff der liquiden oder Schwarmdemokratie aufkommen lassen. Den digitalen sozialen Netzwerken wird ein zusätzliches Legitimationspotential zugeschrieben, zugleich wird zB durch Online-Partizipation das bisherige Verhältnis von unmittelbarer und repräsentativer Demokratie infrage gestellt.¹¹³ Ein größerer Wandel könnte auch über eine Erweiterung von Einrichtungen funktionaler Selbstverwaltung erfolgen: entweder durch Ausgliederung von Aufgaben aus der unmittelbaren Staatsverwaltung oder durch Beileitung Privater mit Befugnissen für neue Aufgaben. Die größere Selbstständigkeit von Fachämtern in der Ressourcenverwaltung, wie es dem sog. Neuen Steuerungsmodell entspricht, hat vielfach nicht die gewünschten Effizienzgewinne gezeitigt und scheint nicht weiter auf dem Vormarsch.

II. Demokratie in der Kritik

Kritisiert werden rechtliche Ausgestaltung und tatsächliche Entwicklung unserer Demokratie: Der Einfluss von Verbänden und Lobbyisten auf Parlament und Regierung sei überrepräsentativ groß („Verbändestaat“); die Besetzung von Ämtern gehe vielfach nach Parteienproporz, die Parteien hätten sich des Staats bemächtigt („Parteienstaat“)¹¹⁴; die Schere zwischen Arm und Reich führe auch dazu, dass das Maß demokratischer Mitwirkung vom Portemonnaie abhänge („Plutokratie“ = Herrschaft des Geldes). Eine Verletzung des verfassungsrechtlichen Demokratieprinzips kann in diesen Fällen nur in Ambacht konkreter Umstände festgestellt werden: So sind Treffen zwischen Parlamentariern und Lobbyisten („parlamentarischer Abend“) nicht undemokratisch, weil sich Parlamentarier unmittelbar über Interessen informieren dürfen, sogar sollen¹¹⁵ – Bestechung und Bestechlichkeit der Abgeordneten sind (seit 2014, der Stimmenkauf seit 1994) strafbar;¹¹⁶ die temporäre Eingliederung externer Sachverständiger aus Unternehmen und Verbänden in die Ministerialverwaltung ist verfassungsrechtlich zumindest bedenklich,¹¹⁷ ebenso die Vorformulierung von Gesetzesvorlagen

106 Krit. *Fisahn/Ciftci* Kritische Justiz 2015, 251 ff. Ausf. v. *Bogdandy/Venzke* ZaÖRV 2010, 1 ff.; *Bogdandy/Venzke*, In wessen Namen?, 2014.

107 AA Stein/Frank/Stein, Staatsrecht, 17. Aufl. 2000, 59 ff.; AK-GG/Stein, Alternativkommentar zum GG, 3. Aufl. 2001, Art. 20 Rn. 61 ff.; Stein, Demokratisierung der Marktwirtschaft, 1995, 21 ff. Allerdings hat auch das BVerfG die mittelbare Drittirkung der Meinungsfreiheit in seinem Lüth-Urteil aus deren grundlegender Bedeutung für eine freiheitlich-demokratische Staatsordnung hergeleitet (BVerfGE 7, 198 [208] = NJW 1958, 257) und dabei den „demokratischen“ Kampf der Meinungen auch als einen Wesenszug der gesellschaftlichen Ordnung (und nicht nur des Staates) vorausgesetzt.

108 Kraft, Das Verwaltungsgesellschaftsrecht, 1982, 254 ff.

109 Ehlers/Pünder/Ehlers, Allgemeines Verwaltungsrecht, 15. Aufl. 2016, § 3 Rn. 86 mwN.

110 Vgl. zB § 108 a GO NRW.

111 Vgl. *Tschentscher* VVDStRL 75 (2016), 407 (433 f.). Zur Demokratie jenseits des Staates C. Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2008, 82 ff.; Heinig/Terhechte (Hrsg.), Postnationaler Demokratie, Postdemokratie, Neotatismus, 2013; Höffe, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 2002.

112 Zu dieser Teilung der konstituierenden Gewalt zwischen Völkern und EU-Bürgern Habermas, Zur Verfassung Europas, 2011, 62 ff.

113 Vgl. Kersten, Schwarmdemokratie, 2017; ferner die (zu großem Teil verwaltungs- und politikwissenschaftliche) Literatur zu „digitaler Demokratie“.

114 Krit. immer wieder v. Arniim, bspw.: Die Hebel der Macht und wer sie bedient, 2017; Volksparteien ohne Volk, 2009. Zu einer Demokratie ohne Parteien Towfigh, Das Parteien-Paradox, 2015, 187 ff.

115 Zur gebotenen Transparenz Pünder VVDStRL 72 (2013), 191 (235 ff.).

116 § 108 c StGB; vgl. Hoven NSZ 2015, 553–555. Zum rechtlichen Rahmen für Lobbyisten Gerig ZRP 2014, 247 ff.

117 Hartmann, Inklusive Verwaltung, 2014.

durch Rechtsanwaltskanzleien.¹¹⁸ Die Mitwirkung von Parteien im Staat ist verfassungsrechtlich erwünscht (Art. 21 GG), da sich politische Durchschlagskraft erst durch organisierte Bündelung von Interessen ergibt. Die politische Einflussnahme auf die Besetzung von Posten kann im Einzelfall gegen das Prinzip der Bestenauslese (Art. 33 II GG) verstossen.

Fundamental ist Kritik an der Demokratie als solcher bzw. an deren repräsentativem Charakter. Gründe dafür mögen in der Unzufriedenheit mit politischen Kompromissen, einer an der Wählergunst orientierten mutlosen Politik, einer Sehnsucht nach autoritären Regimen und in der mit diesen ermöglichten vermeintlich besseren Durchsetzbarkeit unpopulärer, aber wichtiger Ziele (zB Öko-Diktatur) liegen. Ein anderer Einwand geht dahin, dass Demokratie nicht mehr gerechtfertigt, sondern als Wert an sich vorausgesetzt wird. Aus der Sicht des GG ist die Demokratie alternativlos. Sie ist nicht mehr rechtfertigungsbedürftig. Für die Akzeptanz der Demokratie – und damit für eine wesentliche Verfassungsvoraussetzung – ist der andauernde Diskurs auch über die Grundlagen der Demokratie dagegen sehr wohl wichtig.

III. Demokratie in der Krise

National und international werden Gefahren für die Demokratie gesehen. Rechtspopulistische Parteien feiern Wahlerefolge in Deutschland und Europa. Verfassungsvorausset-

zungen wie die Familie und der gesamtgesellschaftliche Wertekonsens erodieren angeblich (wobei die Frage ist, wie es früher um sie bestellt war). Gewählte Abgeordnete auch unliebsamer Parteien verfügen über demokratische Legitimation. Sie sind in parlamentarische Prozesse eingebunden. Ansonsten suchen sich populistische Stimmungen ein Ventil in außerparlamentarischer Opposition, was gefährlicher sein dürfte.

C. SCHLUSS

Demokratie ist kein naturhaftes Geschehen, sondern bedarf rechtlich geregelter Verfahren. Das Recht bietet diejenigen Instrumente, die notwendig sind, damit sich die Staatsgewalt auf das Volk zurückführen lässt, wie dies Art. 20 II 1 GG fordert: Wahlrecht, Gesetzesbindung, Aufsicht, Weisungen, Rechtsschutz. Der Rechtsstaat ist auch die Grundlage für das Vertrauen der Bürger zu den Gesetzen, sodass die Staatsgewalt akzeptiert wird. Demokratie lebt darüber hinaus von Voraussetzungen in Familie und Gesellschaft, die wachsen, ohne dass sie erzwungen werden können.¹¹⁹ Vor allem braucht Demokratie Demokraten.

¹¹⁸ Vgl. Battis ZRP 2009, 201; Krüper JZ 2010, 655; Kloepfer NJW 2011, 131; aus der Praxis Schmieszek ZRP 2013, 175 (178: Zeitdruck in der Finanzkrise als Rechtfertigungsgrund).

¹¹⁹ Vgl. das Böckenförde-Diktum, FS Forsthoff, 1967, 75 ff. Zu dessen Ideengeschichte U. J. Schröder JZ 2010, 869.