

Politische Gestaltung durch Repräsentativorgane

Herausgegeben von
J. MASING und M. JESTAEDT
O. JOUANJAN und D. CAPITANT

Mohr Siebeck

Politische Gestaltung durch Repräsentativorgane



Politische Gestaltung durch Repräsentativorgane

Die Funktionsweise von Repräsentativorganen
(Parlamente, Kommunalvertretungen)

Dokumentation des 8. Treffens des
Deutsch-Französischen Gesprächskreises
für Öffentliches Recht

Herausgegeben von

Johannes Masing und Matthias Jestaedt
Olivier Jouanjan und David Capitant

Mohr Siebeck

Johannes Masing ist Professor für Öffentliches Recht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br. und Richter des Bundesverfassungsgerichts.

Matthias Jestaedt ist Professor für Öffentliches Recht und Rechtstheorie an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

Olivier Jouanjan ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Paris II Panthéon-Assas und Honorarprofessor an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg i. Br.

David Capitant ist Professor für Öffentliches Recht an der Universität Paris I Panthéon-Sorbonne und Präsident der Deutsch-Französischen Hochschule/Université franco-allemande.

ISBN 978-3-16-158972-0 / eISBN 978-3-16-158973-7
DOI 10.1628/978-3-16-158973-7

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2019 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Minion gesetzt und von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Inhalt

<i>Andreas von Arnould</i> Politische Leitung und Kontrolle der Regierung durch das Parlament auf nationaler Ebene	1
<i>Armel Le Divillec</i> Das Parlament als politisches Leitungs- und Kontrollorgan der Regierung	19
<i>Dieter Kugelmann</i> Macht und Ohnmacht von Repräsentativorganen und Vertretungs- körperschaften unterhalb der Ebene des Zentralstaates – Politische Gestaltung durch Repräsentativorgane	43
<i>Matthias Ruffert</i> Politische Gestaltung durch das Europäische Parlament	63
<i>Aurore Gaillet</i> Politische Gestaltung durch das Europäische Parlament (Kommentar)	77
Autorinnen- und Autorenverzeichnis	93

Vorwort

Mit vorliegendem Band möchten wir die Beiträge der 8. Tagung des Deutsch-Französischen Gesprächskreises für Öffentliches Recht der Fachöffentlichkeit zugänglich machen.

Der Deutsch-Französische Gesprächskreis für Öffentliches Recht ist ein Zusammenschluss von Rechtswissenschaftlern aus Frankreich und Deutschland, die ein besonderes Interesse an der Entwicklung des Öffentlichen Rechts im jeweils anderen Land haben und ein besseres Verständnis der verschiedenen Problemsichten auf im Kern oftmals gemeinsame Fragen suchen. Hintergrund des Gesprächskreises ist die Erfahrung, dass trotz der geographischen Nähe, der engen geschichtlichen – auch rechtsgeschichtlichen – Verflechtung und intensiver freundschaftlicher politischer Beziehungen der Zugriff auf rechtliche Probleme oftmals von grundlegend verschiedenen Perspektiven, Lehren und Lösungsansätzen geprägt ist. Nur wenig berührt vom Zusammenwachsen Europas und einer zunehmenden Masse vergemeinschafteter Rechtsmaterien, verbleibt der Fachdialog überwiegend in nationalen Diskursen und herrscht zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen nicht selten Kommunikationslosigkeit. Hieran hat sich, auch wenn das gegenseitige Interesse immerhin zuzunehmen scheint, im Wesentlichen nichts geändert. Dem entgegenzuwirken hat sich der Deutsch-Französische Gesprächskreis zum Ziel gesetzt. Er greift auf seinen im Zweijahresturnus stattfindenden Tagungen aktuelle, aber zugleich grundlagenbezogene Themen zum Verwaltungs-, Verfassungs- und Europarecht auf und verhandelt dieses auf der Grundlage von thematischen Parallelreferaten oder nach dem dialogischen Modell von Bericht und Kommentar.

Die Beiträge des vorliegenden Bandes waren Gesprächsgrundlage der 8. Tagung des Deutsch-Französischen Gesprächskreises für Öffentliches Recht, die am 18. und 19. November 2016 in München stattfand. Sie sind im Wesentlichen auf dem Stand der Literatur und Rechtsprechung der damaligen Tagung. Unter dem Thema „Politische Gestaltung durch Repräsentativorgane“ wurden Fragestellungen zur Funktionsweise von Parlament und Kommunalvertretung als Repräsentationsorgane verhandelt.

Die ersten beiden Beiträge widmen sich dabei der Frage nach der politischen Leitung und Kontrolle der Regierung durch nationale Parlamente. Die hierbei aufkommenden Fragen werden sowohl aus der deutschen als auch aus der französischen Perspektive beleuchtet. Die Parallelreferate verdeutlichen die recht-

lichen und machtpolitischen Rahmenbedingungen, in denen sich die nationalen Parlamente jeweils bewegen. Ausgehend von diesen, ergeben sich unterschiedliche Möglichkeiten der politischen Leitung und Kontrolle. Behandelt wird in diesem Zusammenhang auch die Rolle der Parlamente, die diese mit Blick auf die Europäisierung einnehmen.

Ein weiterer Beitrag stellt die Frage nach der politischen Gestaltung durch Repräsentativorgane unterhalb der Ebene des Zentralstaats. Dabei werden die Gewaltenteilung und die Machtverteilung im deutschen Bundesstaat nachgezeichnet und hierdurch die Gestaltungsmöglichkeiten der Länder gegenüber dem Bund aufgezeigt. Dies wird dann als das maßgebliche Bezugsfeld für die Bedeutung der Kommunen im Staatsaufbau der Bundesrepublik verstanden – und damit ein Spannungsgeflecht aufgezeigt, für das es in Frankreich keine Parallele gibt. Das Koreferat aus französischer Sicht hatte Gerard Marcou zugesagt. Er ist kurz vor der Tagung verstorben. Die Lücke in dem Programm und in diesem Tagungsband steht für die Lücke, die sein Tod in den Kreis selbst gerissen hat. Er war ein von allen sehr geschätzter Wissenschaftler, der von Beginn an in dem Kreis engagiert mitgewirkt und mit vielen Beiträgen in diesen hineingewirkt hatte und uns sehr fehlen wird.

Der politischen Gestaltung durch das Europäische Parlament widmet sich ein weiterer Beitrag. Zunächst wird dabei aus einer deutschen Perspektive heraus dessen Position als Repräsentationsorgan bestimmt, dessen Repräsentationsdefizite herausgestellt und der Frage nach Repräsentationsgrenzen nachgegangen. Sodann wird das Thema im Rahmen eines Kommentars aus einer deutsch-französischen Sicht behandelt. Dabei wird einmal mehr deutlich, wie derselbe Gegenstand vor dem Hintergrund eigener historischer, rechtlicher und politischer Bedingungen unterschiedlich betrachtet werden kann und wie gewinnbringend der Austausch hierüber für alle ist.

Die Beiträge sind die Frucht einer Tagung, deren Organisation nur durch die großartige Unterstützung unseres Kollegen Christian Walter, Ludwig-Maximilians-Universität München, möglich war. Dank gebührt auch der Deutschen Forschungsgemeinschaft, die die Tagung großzügig unterstützt hat. Besonderer Dank gilt für Übersetzungs- und redaktionelle Arbeiten darüber hinaus David Freudenberg, Dr. Angela Reinthal, Helene Jaschinski und Sabine Klostermann. Zu danken ist schließlich und nicht zuletzt dem Verlag Mohr Siebeck, namentlich Frau Dr. Julia Caroline Scherpe-Blessing sowie Frau Ilse König, für die Aufnahme dieser Schrift in das Verlagsprogramm sowie für eine hervorragende verlegerische Betreuung des Bandes.

Freiburg, im November 2019
Johannes Masing
Matthias Jestaedt

Paris, im November 2019
Olivier Jouanjan
David Capitant

Politische Leitung und Kontrolle der Regierung durch das Parlament auf nationaler Ebene

Andreas von Arnould

A.	Die Funktion der Funktion	1
B.	Politische Leitung durch den Deutschen Bundestag	3
I.	Phase 1: „Demokratisierung“ des Traditionsbestandes	3
1.	Die Diskussion um den Vorbehalt des Gesetzes	4
2.	Politische Leitung jenseits des Parlamentsvorbehalts	5
II.	Phase 2: „Europäisierung“ des Traditionsbestandes	6
1.	Vom Entscheidungs- zum Nachvollzugsorgan?	6
2.	Ausbau der Beteiligungsrechte in der EU-Politik	8
3.	Auswirkungen auf die Arbeitsweisen von Regierung und Parlament	9
C.	Kontrolle der Bundesregierung durch den Bundestag	11
I.	Vom Organ dualismus zum Parteiendualismus	11
II.	Parlamentarische Kontrolle zwischen Organ- und Parteiendualismus	12
III.	Kontrolle als Element der kooperativen Staatsleitung	13
D.	Information als Mitwirkungs- und Kontrollressource	14
I.	Informationsrechte des Bundestages gegenüber der Bundesregierung	14
II.	Auswirkungen auf die parlamentarische Praxis	16
III.	Gubernativreservate? Abwehrreaktionen der Bundesregierung	16
E.	Die Verfassung als Palimpsest	18

A. Die Funktion der Funktion

Am 3. November 2016 verkündete der High Court of England and Wales sein Urteil in der Rechtssache *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union*: Die Entscheidung über den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union müsse vom britischen Parlament getroffen werden. Die Regierung könne sich nicht auf die *royal prerogative* stützen, um ein Parlamentsgesetz (den *European Communities Act 1972*) zu widerrufen, ohne die Parlamentsouveränität zu verletzen.¹

Deutlicher kann die politische Leitungsfunktion wohl kaum vor Augen geführt werden. Natürlich genießt das britische Parlament in der ungeschriebenen Verfassung des Königreichs einen besonderen Platz, der nach dem *common sense*

¹ *R (Miller) v Secretary of State for Exiting the European Union* [2016] EWHC 2768. Im Wesentlichen bestätigt durch Urteil des UK Supreme Court vom 24. Januar 2017, [2017] UKSC 5.

der deutschen Staatsrechtslehre dem Deutschen Bundestag nicht zukommt. Eine „Organsouveränität“, für die namentlich *Dietrich Jesch* mit Nachdruck eingetreten ist,² wird für Deutschland ganz überwiegend abgelehnt.³ Das BVerfG betont in ständiger Rechtsprechung, dass das Parlament keinen „allumfassenden“ Vorrang vor den anderen Gewalten besitze.⁴ Freilich formuliert es an anderer Stelle auch: „Nur das Parlament besitzt die demokratische Legitimation zur politischen Leitentscheidung.“⁵

So überzeugt dies klingen mag: das Grundgesetz kennt den Begriff der „politischen Leitung“ nicht.⁶ Nur wenig besser steht es um den Begriff der parlamentarischen Kontrolle. Wir begegnen ihm in vereinzelten Bestimmungen,⁷ die kaum die Kontrollfunktion in ihrer Gesamtheit erfassen.⁸ Dieser Textbefund wirft die Frage nach der Funktion der Funktion auf. Seit *Walter Bagehot* für das *House of Commons* stilbildend Parlamentsfunktionen beschrieb,⁹ finden sich ähnliche Zuschreibungen auch für den Deutschen Bundestag – nicht nur in der politikwissenschaftlichen Literatur, sondern auch in der juristischen, vor allem in Handbüchern und in Kommentaren.¹⁰ Solche Zuschreibungen fungieren als verfassungsrechtliche und zugleich verfassungspolitische Leitbilder.¹¹ Als jurisgenerative Figuren greifen sie über den Verfassungstext hinaus, sie knüpfen an Traditionsbestände

² *Dietrich Jesch*, *Gesetz und Verwaltung*, 1961, 92 ff. Sehr weitgehend auch *Konrad Hesse*, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Aufl. 1995, Rn. 572: Aufgabe „demokratischer Gesamtleitung, Willensbildung und Kontrolle“.

³ Statt vieler und m. w. N. *Siegfried Magiera*, *Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, 1979, 160 ff.; *H. H. Klein*, *Stellung und Aufgaben des Bundestags*, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (HStR), Bd. III, 3. Aufl. 2005, § 50 Rn. 2.

⁴ Besonders hebt es hinsichtlich Vorbehalt und Vorrang des Gesetzes die Unterschiede zwischen Verwaltung und Regierung hervor: BVerfGE 49, 89 (124 f.).

⁵ BVerfGE 34, 52 (59).

⁶ *Magiera* (Fn. 3), 14 zum verwandten Begriff der „Staatsleitung“. Von „Leitung“ ist allein in Art. 65 GG zweimal die Rede: in Bezug auf die Führung der Ressorts durch die Bundesminister und in Bezug auf die Leitung der Geschäfte der Bundesregierung durch den Bundeskanzler. Von „politischer Leitung“ in einem übergreifenden Sinn liest man nichts.

⁷ Seit 1956 in Bezug auf den Wehrbeauftragten des Bundestages (Art. 45b GG); seit 1998 in Bezug auf die Kontrolle der Praxis sog. Lauschangriffe (Art. 13 Abs. 6 GG); seit 2009 in Bezug auf die Kontrolle der Nachrichtendienste (Art. 45d GG).

⁸ Vertiefend *Karl-Ulrich Meyn*, *Kontrolle als Verfassungsprinzip: Problemstudie zu einer legitimationsorientierten Theorie der politischen Kontrolle in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes*, 1982, 179 ff., 363 ff.; *Walter Krebs*, *Kontrolle in staatlichen Entscheidungsprozessen: ein Beitrag zur rechtlichen Analyse von gerichtlichen, parlamentarischen und Rechnungshof-Kontrollen*, 1984, 120 ff.

⁹ *Walter Bagehot*, *The English Constitution* (1867), hrsg. von Paul Smith, 2001, 95 ff.: elective, expressive, teaching, informing, legislative functions.

¹⁰ Statt vieler und m. w. N. *H. H. Klein* (Fn. 3), Rn. 15 ff.; *Utz Schliesky*, *Parlamentsfunktionen*, in: *Martin Morlok/Utz Schliesky/Dieter Wiefelspütz* (Hrsg.), *Parlamentsrecht. Praxishandbuch*, 2016, § 5.

¹¹ Vgl. *Uwe Volkmann*, *Leitbildorientierte Verfassungsanwendung*, AöR 134 (2009), 157–196.

des Verfassungsrechts und der Verfassungstheorie¹² an, um den Normen der Verfassung Sinn und Richtung zu geben.

Dabei wohnt solchen Funktionszuschreibungen die latente Gefahr einer Versteinering inne. Indem sie vom Verfassungstext abstrahieren und auf bereits etablierte Funktionen des Parlaments zurückgreifen, erzeugen sie einen Traditionsbezug, der angesichts der vielfach gebrochenen deutschen Verfassungsentwicklung gerade beim Grundgesetz in die Irre führen kann. Wenn etwa das BVerfG außenpolitische Prärogativen der Bundesregierung auf die deutsche Staatspraxis „seit jeher“ stützt,¹³ wird damit eine Traditionslinie gezeichnet, die von den konstitutionell-monarchischen Verfassungen des 19. Jahrhunderts über die semi-präsidentiale Verfassung der Weimarer Republik bis in die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes hinein verlängert wird. Damit wird es zur Aufgabe der „offenen Gesellschaft der Verfassungsinterpreten“¹⁴, die Stellung des Parlaments aus den Zwängen einer Tradition zu befreien, wo diese dem verfassungsrechtlichen und politischen *setting* der Gegenwart nicht mehr gerecht wird.

B. Politische Leitung durch den Deutschen Bundestag

Im Bereich der politischen Leitung lassen sich zwei markante Phasen ausmachen, in denen im Zusammenwirken von Verfassungsrechtsprechung und Rechtswissenschaft die Rolle des Deutschen Bundestages neu bestimmt wurde. Die erste Phase, in der eine „Demokratisierung“ des Traditionsbestandes stattfand, verbindet sich mit der Diskussion über den Vorbehalt des Gesetzes. Sie ist Teil der juristischen Zeitgeschichte. Die zweite Phase dauert noch an: die „Europäisierung“ des Traditionsbestandes. Hier hat eine Reihe von Urteilen des BVerfG zu markanten Neujustierungen geführt, mit denen die Rolle des Bundestags als Leitungsorgan in der Europapolitik aufgewertet wurde.¹⁵

I. Phase 1: „Demokratisierung“ des Traditionsbestandes

Traditionell ist die politische Leitung Domäne der Regierung. Schon der Begriff der Leitung evoziert pyramidale Strukturen, eine Hierarchie, wie sie typisch ist für die Regierung als Spitze der Exekutive, nicht aber für das Parlament als Versammlung freier und gleicher Abgeordneter. Für das Parlament Teilhabe an der poli-

¹² Zu Gegenstand und Funktion der Verfassungstheorie *Martin Morlok*, Was heisst und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie?, 1988; *Matthias Jestaedt*, Die Verfassung hinter der Verfassung. Eine Standortbestimmung der Verfassungstheorie, 2009.

¹³ BVerfGE 68, 1 (83).

¹⁴ Prägend *Peter Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und „prozessualen“ Verfassungsinterpretation, JZ 1975, 297–305.

¹⁵ Dazu im Überblick *Stefan Sinner*, Der Deutsche Bundestag als zentrales Verfassungsorgan nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, ZParl 43 (2012), 313–323.

tischen Leitung zu reklamieren, fordert bewusst tradierte Denkmuster heraus.¹⁶ Nicht überraschend stieß *Ernst Friesenhahn* daher zunächst auf Widerstand, als er 1957 vor der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer davon sprach, Regierung und Parlament sei die „Staatsleitung [...] zur gesamten Hand“ anvertraut.¹⁷ Dass dieser Widerstand mittlerweile (zumindest im Grundsatz) verbreiteter Zustimmung gewichen ist,¹⁸ deutet an, dass ein Umdenken stattgefunden hat.

1. Die Diskussion um den Vorbehalt des Gesetzes

Angelpunkt war dabei die Diskussion um den Vorbehalt des Gesetzes. Für verschiedene Maßnahmen von Gewicht verlangt das Grundgesetz ausdrücklich den Erlass eines förmlichen Parlamentsgesetzes. Namentlich die grundrechtlichen Gesetzesvorbehalte bestimmen, dass Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur durch oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen dürfen. Die Formel von „Freiheit und Eigentum“ geht auf den Dualismus zwischen Volksvertretung und monarchischer Exekutive im 19. Jahrhundert zurück. Sie bedurfte unter den Bedigungen einer durch das Parlament legitimierten Regierung der Neuinterpretation. In den 1960er und 1970er Jahren wurde in der Staats- und Verwaltungsrechtslehre intensiv darüber diskutiert, wie der Vorbehalt des Gesetzes in die Organ- und Funktionsordnung des Grundgesetzes angemessen einzupassen sei.¹⁹

Unter Bezugnahme auf diese Debatte wechselte das BVerfG nun seinerseits in den 1970er Jahren die Begründung des Vorbehalts aus: vom Dualismus von Volk und Krone zur unmittelbaren demokratischen Legitimation des Parlaments durch Direktwahl und der Bindung der Verwaltung an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG). Offen thematisiert und verteidigt das Gericht diese „modernisierte“ Lesart in seinem Beschluss zum Sexualkundeunterricht (1977):²⁰

„Als entscheidender Fortschritt dieser Rechtsauffassung ist es anzusehen, daß der Vorbehalt des Gesetzes von seiner Bindung an überholte Formeln (Eingriff in Freiheit und Eigentum)

¹⁶ Provokativ zugespitzt *Magiera* (Fn. 3), 63: „Liquidationsproblem überkommener monarchischer Herrschaftsgewalt“.

¹⁷ *Ernst Friesenhahn*, Parlament und Regierung im modernen Staat, VVDStRL 16 (1958), 9–73 (38).

¹⁸ Siehe etwa, mit je unterschiedlicher Akzentsetzung, *Magiera* (Fn. 3), 246 ff.; *Peter M. Huber*, Regierung und Opposition, HStR V, 3. Aufl. 2005, § 47 Rn. 14; *H. H. Klein* (Fn. 3), Rn. 9; *Ralph Alexander Lorz/Maike Richterich*, Regierung im Parlament, in: *Morlok/Schliesky/Wiefelspütz* (Fn. 10), § 35 Rn. 2.

¹⁹ Siehe v. a. *Jesch* (Fn. 2), 205 f.; *Hans Heinrich Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, 104 ff.; *Fritz Ossenbühl*, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, 208 ff.; *ders.*, Gutachten B zum 50. Deutschen Juristentag, 1974, 155 ff.; *Gunter Kisker*, Neue Aspekte im Streit um den Vorbehalt des Gesetzes, NJW 1977, 1313–1320; *Joseph Listl*, Die Entscheidungsprärogative des Parlaments für die Errichtung von Kernkraftwerken, DVBl. 1978, 10–17; *Norbert Niehues*, Schul- und Prüfungsrecht, 1976, 37 ff. Weitere Nachweise bei *Magiera* (Fn. 3), 246 ff.

²⁰ BVerfGE 47, 46 (78 f.). Abweichende Begründung bei *Magiera* (Fn. 3), 182: „Das Gesetzgebungsverfahren als das aufwendigste Erzeugungsverfahren des Grundgesetzes umfaßt [...] den Bereich der bedeutsamen Regelungen im Rahmen der Verfassungsordnung des Grundgesetzes.“

gelöst und von seiner demokratisch-rechtsstaatlichen Funktion her auf ein neues Fundament gestellt wird, auf dem aufbauend Umfang und Reichweite dieses Rechtsinstituts neu bestimmt werden können.“

Zur Neubestimmung von Umfang und Reichweite des Vorbehalts des Gesetzes entwickelte das BVerfG seine sog. Wesentlichkeitstheorie. Danach hat der parlamentarische Gesetzgeber die wesentlichen politischen Fragen durch Gesetz zu regeln und darf der Verwaltung umso geringere Spielräume belassen, je wichtiger eine zu regelnde Materie ist, insbesondere für die Ausübung von Grundrechten.²¹ Über seine Wesentlichkeitsjudikatur hat das BVerfG den Bundestag formal in die Staatsleitung eingesetzt.²² Die traditionelle *Legislativfunktion* des Parlaments wurde so aus ihrem auf Gewaltentrennung und Kontrolle bezogenen konstitutionalistischen Kontext gelöst und als spezifischer Beitrag des Parlaments zur kooperativen Staatsleitung neu interpretiert.

2. Politische Leitung jenseits des Parlamentsvorbehalts

An der politischen Leitung hat der Gesetzgeber aber nicht nur bei den ihm vorbehaltenen Fragen teil.²³ Zum Vorbehaltsbereich tritt der Zugriffsbereich²⁴ hinzu, in dem der Bundestag Gesetze erlassen kann, ohne dass diese Fragen für ihn reserviert wären. Der Anwendungsbereich des Vorrangs des Gesetzes ist weiter als der des Vorbehalts des Gesetzes. Ein weiteres Instrument der politischen Leitung sind – zumindest in der Theorie – neben Gesetzen sog. schlichte Parlamentsbeschlüsse.²⁵ Diese sind zwar nicht rechtsverbindlich, wohl aber eröffnen sie dem Bundestag die Gelegenheit, politisch Stellung zu beziehen. Solche Entschließungsanträge sind gemäß § 75 Abs. 2 lit. c GO-BT unselbständige Vorlagen, d. h. sie müssen sich auf Gesetzentwürfe, Regierungserklärungen, Große Anfragen u. a. beziehen. Damit dienen sie vor allem dazu, konkrete Vorhaben in einen größeren politischen Zusammenhang zu rücken.

In der Praxis handelt es sich hierbei jedoch in erster Linie um ein Instrument der Opposition. Von den 22 Anträgen in der 17. Legislaturperiode (2009–2013) wurden nur drei von den Mehrheitsfraktionen eingebracht und waren damit im Ergebnis erfolgreich.²⁶ Noch eindrücklicher tritt der oppositionelle Charakter in Zeiten Großer Koalitionen hervor. Die Parlamentsdatenbank verzeichnet allein für

²¹ BVerfGE 47, 46 (78 f.); 49, 89 (126 f.); 83, 130 (142); 88, 103 (116); 108, 282 (311); st. Rspr.

²² Vgl. H. H. Klein (Fn. 3), Rn. 22 f. Vgl. auch Gerhard Leibholz, Regierung und Parlament (1932), in: ders., Strukturprobleme der modernen Demokratie, 3. Aufl. 1967, Neuausgabe 1974, 160–167 (162): zur „Doppelstellung der gesetzgebenden Instanzen“, „zugleich politische Entscheidung im Sinne von Regierung und Rechtsetzung“.

²³ Im Überblick Schliesky (Fn. 10), Rn. 79.

²⁴ Zum Begriff Magiera (Fn. 3), 299 f.

²⁵ Näher Magiera (Fn. 3), 210 ff.

²⁶ Einer davon ein fraktionenübergreifender Antrag zur Aufbauhilfe nach der Hochwasserkatastrophe im Frühjahr 2013: BT-Drs. 17/14265.

den Zeitraum vom 1. Oktober 2015 bis zum 1. Oktober 2016 nicht weniger als 90 Anträge, von denen nur ein einziger erfolgreich war; er war von Teilen der Opposition gemeinsam mit den Mehrheitsfraktionen eingebracht worden.²⁷

Allein 21 Anträge wurden im Zusammenhang mit dem Beschluss des Bundeshaushalts für das Jahr 2016 gestellt. Dies erinnert daran, welche Bedeutung der Staatshaushalt für unser Thema hat: Dass der Haushaltsplan in Gesetzesform zu beschließen ist, räumt dem Bundestag die Möglichkeit ein, auf die Regierungspolitik einzuwirken;²⁸ zugleich sind die Haushaltsberatungen ein traditioneller Ort der Regierungskontrolle. Praktisch der gesamte Beitrag ließe sich *sub specie* des Haushaltsrechts reformulieren. Mit diesem Hinweis soll es hier indes sein Bewenden haben.

II. Phase 2: „Europäisierung“ des Traditionsbestandes

1. Vom Entscheidungs- zum Nachvollzugsorgan?

Diese zweite Phase der Neujustierung nimmt ihren Ausgang bei der traditionell beschränkten Rolle des Parlaments in der Außenpolitik.²⁹ Die auswärtige Gewalt ist im Grundgesetz nur fragmentarisch geregelt.³⁰ Die leitende Rolle der Bundesregierung wird meist unter Rückgriff auf Verfassungstraditionen und die sog. Allgemeine Staatslehre begründet.³¹ Wie eine solche Anknüpfung den Bundestag marginalisiert, wird deutlich, wenn das BVerfG die nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG

²⁷ BT-Drs. 18/9796 zum Bericht der Bundesregierung über die auswärtige Kultur- und Bildungspolitik.

²⁸ Als Verwischung der Grenzen zwischen Haushaltsgesetzgebung und Haushaltsvollzug (und damit als Einbruch in den Kernbereich der Exekutive) wird teilweise die Einrichtung sog. qualifizierter Sperrvermerke (§ 22 S. 3 BHO) kritisiert, mit denen die Freigabe von Ausgaben oder Verpflichtungsermächtigungen von einem Beschluss des Bundestages abhängig zu machen ist. Die innere Rechtfertigung liegt darin, dass bei Beschluss des Haushalts noch nicht absehbar ist, ob die betreffenden Mittel tatsächlich benötigt werden. Indem die Einwilligung in der Regel auf den Haushaltsausschuss delegiert wird, wandelt sich dieser von einem primär beratenden zu einem beschließenden Ausschuss. Zum Ganzen m. w. N. *Markus Heintzen*, Staatshaushalt, HStR V, 3. Aufl. 2007, § 120 Rn. 74 f.

²⁹ Vgl. klassisch *John Locke*, *Two Treatises of Civil Government* (1690), Book II, Chapter XII, sect. 147: „And though this federative power in the well or ill management of it be of great moment to the common-wealth, yet it is much less capable to be directed by antecedent, standing, positive laws, than the executive; and so must necessarily be left to the prudence and wisdom of those, whose hands it is in, to be managed for the public good.“

³⁰ Art. 59 Abs. 1, wonach der Bundespräsident die Bundesrepublik Deutschland völkerrechtlich vertritt, gibt nur die protokollarische Realität wieder. Vgl. vertiefend *Volker Röben*, Außenverfassungsrecht: Eine Untersuchung zur auswärtigen Gewalt des offenen Staates, 2007; *Christian Tietje/Karsten Nowrot*, Parlamentarische Steuerung und Kontrolle des internationalen Regierungshandelns und der Außenpolitik, in: *Morlok/Schliesky/Wiefelspütz* (Fn. 10), § 45 Rn. 7 ff.

³¹ Vgl. z. B. BVerfGE 68, 1 (83 ff.), den Hinweis auf die „traditionelle Staatsauffassung“ in BVerfGE 131, 152 (195) sowie BVerfGE 143, 101 (140): „Außenpolitik ist eine Funktion der Regierung.“ Kritisch *Röben* (Fn. 30), 74 ff. Schon 1953 charakterisierte *Eberhard Menzel* die aus-

geforderten Zustimmungsgesetze zu völkerrechtlichen Verträgen als „Regierungsakte in Form eines Bundesgesetzes“ bezeichnet.³² Die jüngere Verfassungsrechtsprechung freilich hat die Rolle des Bundestages in der Außenpolitik in Teilbereichen gestärkt, am deutlichsten bei Auslandseinsätzen der Bundeswehr. Indem für solche Einsätze ein konstitutiver Beschluss des Bundestages erforderlich ist,³³ geht das deutsche Verfassungsrichterrecht (im ParlBetG kodifiziert) weit über eine verbreitete parlamentarische *Kontrolle* der Streitkräfte hinaus und bezieht den Bundestag in die politische Leitung ein.³⁴

Dessen ungeachtet führt die zunehmende Internationalisierung und Europäisierung des Rechts zu einer Entparlamentarisierung auf nationaler Ebene.³⁵ Beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge hat der Bundestag keinen Einfluss auf die Verhandlungen,³⁶ sondern kann lediglich einem von der Regierung ausgehandelten Abkommen zustimmen oder es ablehnen.³⁷ Echte politische Gestaltung wird durch Zustimmung *post festum* ersetzt, zu einem Zeitpunkt, zu dem die Ablehnung eines Vertrages nur noch zu einem hohen politischen Preis zu haben ist. Immer mehr in diese vom BVerfG so genannte „Ratifikationslage“³⁸ gedrängt, droht das Parlament von einem Leitungsorgan zu einem Nachvollzugsorgan zu werden. Da nach h. M. der Bundestag auch nicht die Möglichkeit hat, von der Bundesregierung die Kündigung eines einmal ratifizierten Vertrages zu verlangen, hat das BVerfG jüngst entschieden, dass der Bundesgesetzgeber das Recht behalten soll, „innerhalb seines Kompetenzbereichs vom völkerrechtlich Vereinbarten abweichende Gesetze zu erlassen“ (sog. *treaty override*).³⁹

wärtige Gewalt unter dem Grundgesetz als „kombinierte Gewalt“: Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik, VVDStRL 12 (1954), 179–220 (195 ff.).

³² BVerfGE 1, 372 (Ls. 7). Erneut aufgegriffen in BVerfGE 90, 286/357. Kritisch *Martin Nettesheim*, in: Theodor Maunz/Günter Dürig (Begr.), GG-Kommentar, Art. 59 Abs. II (Stand: 54. EL, Jan. 2009), Rn. 91.

³³ BVerfGE 90, 286 (381 ff. und Ls. 3a); BVerfGE 121, 135 (153 ff.); BVerfGE 140, 160 (187 ff.).

³⁴ Weitere Ausbauten der Mitentscheidungsrechte durch die Verfassungsjudikatur betreffen die programmatische Fortentwicklung von Integrationsverträgen (BVerfGE 118, 244 [258 f.]) sowie den Abschluss von Verträgen in einem besonderen Näheverhältnis zum Recht der Europäischen Union (BVerfGE 131, 152 [199 ff. und Ls. 1]). Hierzu und zu weiteren Instrumentarien außenpolitischer Mitwirkung und Kontrolle durch den Bundestag *Tietje/Nowrot* (Fn. 30), Rn. 15, 23 ff.

³⁵ *Thomas Puhl*, Entparlamentarisierung und Auslagerung staatlicher Entscheidungsverantwortung, HStR V, 3. Aufl. 2005, § 48 Rn. 3 ff.; *Andreas v. Arnould*, Parlamentarismus und Föderalismus in der EU, in: ders./Ulrich Hufeld (Hrsg.), Systematischer Kommentar zu den Lissabon-Begleitgesetzen, 2. Aufl. 2017, § 2 Rn. 3 ff.

³⁶ Die Bundesländer konnten dagegen 1957 im Rahmen des sog. Lindauer Übereinkommens erreichen, in den Prozess der Aushandlung völkerrechtlicher Verträge des Bundes eingebunden zu werden.

³⁷ Vertiefend und differenzierend *Tietje/Nowrot* (Fn. 30), Rn. 23 ff., 37.

³⁸ BVerfGE 131, 152 (196); BVerfGE 140, 160 (194).

³⁹ BVerfGE 141, 1 (23). Auffällig sind die Ähnlichkeiten mit dem Konzept der *continuing sovereignty* des britischen Verfassungsrechts. Klassisch *H. William R. Wade*, *The Basis of Legal Sovereignty*, *Cambridge Law Journal* 13 (1955), 172–197 (186 ff.). Vertiefend *Christian Behrendt*,

Die Entparlamentarisierung spitzt sich zu, wo durch völkerrechtliche Verträge internationalen und supranationalen Organisationen Hoheitsrechte übertragen werden (Art. 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 GG). Zum einen, weil hier Entscheidungskompetenzen auf eine Ebene jenseits des Staates verlagert werden, zum anderen, weil solche Organisationen ihre Beschlüsse in aller Regel in Organen fassen, die sich aus Regierungsvertretern zusammensetzen, wie namentlich im Rat der EU. Dies verändert die Machtbalance zwischen Regierung und Parlament zusätzlich zulasten des Bundestages.

2. Ausbau der Beteiligungsrechte in der EU-Politik

Auf die zunehmende Erosion der Bedeutung von Bundestag und Bundesrat im Zuge der europäischen Integration reagierte der verfassungsändernde Gesetzgeber 1992. Seitdem räumt der neue „Europa-Artikel“ 23 GG Bundestag und Bundesrat Mitwirkungsrechte im Bereich der Europapolitik ein. Impulsgeber für diese Verfassungsänderung waren damals die Bundesländer; der Bundestag schloss sich in letzter Minute deren Initiative an,⁴⁰ ohne rechte Leidenschaft, wie man meinen möchte. Denn auf die Stellung des Bundestages in der Verfassungspraxis hatte der neue Art. 23 GG zunächst kaum Auswirkungen.⁴¹ Hier bedurfte es mehrfacher „edukatorischer“ Interventionen aus Karlsruhe, um den Bundestag in die Verantwortung zu nehmen.⁴² Beginnend mit dem Lissabon-Urteil von 2009 hat das BVerfG in einer Serie von Entscheidungen die Rolle des Bundestages in der Europapolitik ausgebaut, sekundiert von einer im Wesentlichen zustimmenden Staatsrechtslehre.⁴³ Der Prozess folgt keinem vorformulierten Bauplan, sondern empfängt seine Impulse aus konkreten politischen Konflikten. Aus diesen werden Streitfälle, die in Verfassungsrichtersprüche münden. Die Leitungsfunktion des Parlaments verdankt sich hier somit – nicht ohne Ironie – der leitenden Rolle des BVerfG.⁴⁴

La notion de «parliamentary sovereignty» en droit constitutionnel anglais: fondements, paradoxes et problèmes contemporains, *Revue de Droit International et de Droit Comparé* 79 (2002), 221–289 (233 ff., 241 ff.); *Gernot Sydow*, *Parlamentssuprematie und Rule of Law: Britische Verfassungsreformen im Spannungsfeld von Westminster Parliament, Common-Law-Gerichten und europäischen Einflüssen*, 2005.

⁴⁰ Zur Entwicklung der europapolitischen Mitwirkungsrechte des Bundestages *Cordula Janowski*, *Die Rolle von Bundestag und Bundesrat in der europäischen Gesetzgebung*, in: Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Deutschlands Rolle in der Europäischen Union*, 2. Aufl. 2009, 287–327 (302 ff.); *Franziska Brandt*, *Europapolitische Kommunikation zwischen Bundestag und Bundesregierung: Die Umsetzung der parlamentarischen Mitwirkungs- und exekutiven Kooperationspflicht nach Art. 23 Abs. 2 und Abs. 3 GG*, 2015, 63 ff.

⁴¹ *Huber* (Fn. 18), Rn. 23.

⁴² Siehe v. a. BVerfGE 89, 155 – Maastricht, 113, 273 – EU-Haftbefehl, 123, 267 – Lissabon.

⁴³ *Brandt* (Fn. 40), 16 ff., 48 ff.

⁴⁴ Vgl. *Roland Lhotta*, *Europäische Mehrebenengovernance und das Bundesverfassungsgericht*, in: v. Arnould/Hufeld (Fn. 35), § 5 Rn. 20 ff.

Von offenen und verdeckten Änderungen des Primärrechts⁴⁵ über Rechtssetzungsakte der EU⁴⁶ bis hin zu Fragen mit Auswirkungen auf den Bundeshaushalt⁴⁷ – ohne hier ins Detail gehen zu können, kann man generalisierend sagen, dass heute in wesentlichen Fragen der Europapolitik die Bundesregierung nur auf Grundlage eines Mandats des Bundestages tätig werden darf. Instrumente hierzu sind neben Gesetzen verbindliche Parlamentsbeschlüsse. Die Leitlinien dieser Rechtsprechung sind nachführend in sog. Begleitgesetze übernommen und dort weiter konkretisiert worden (EUZBBG, IntVG, StabMechG, ESMFinG). Selbst dort, wo eine Entscheidung dem Bundestag nicht vorbehalten ist, bindet dessen Stellungnahme die Bundesregierung grundsätzlich bei ihrer Mitwirkung an Rechtssetzungsakten der Union (Art. 23 Abs. 3 GG i. V. m. § 8 Abs. 4 EUZBBG).

„Wesentliche“ und dem Bundestag „vorbehaltene“ Fragen: die soeben verwendeten Begriffe zeigen bereits an, dass das BVerfG in den letzten Jahren den Vorbehalt des Gesetzes schrittweise „europaverfassungsrechtlich“ reformuliert hat. Konzeptionelle Grundlage dessen ist die „Integrationsverantwortung“, die dem Gericht zufolge allen am Integrationsprozess beteiligten Staatsorganen obliegt, zuvörderst der Bundesregierung, dem Bundesrat und dem Bundestag.⁴⁸ Ursprünglich vor allem auf die weitere Übertragung von Hoheitsrechten bezogen, überwölbt dieses Konzept inzwischen die deutsche Europapolitik insgesamt⁴⁹ und dient so als Schlüsselfigur im Modell einer kooperativen Staatsleitung „zur gesamten Hand“.⁵⁰ Wo die „besondere“ Integrationsverantwortung des Bundestages⁵¹ angerufen wird, schwingt in diesem Kooperationsverhältnis die Vorbehaltsidee mit. Freilich klingt im Begriff der „Verantwortung“ der edukatorische Grundton stets mit: während der „Vorbehalt“ Kompetenzreservate kennzeichnet, nimmt die „Verantwortung“ auch in die Pflicht.⁵²

3. Auswirkungen auf die Arbeitsweisen von Regierung und Parlament

Der Ausbau der Beteiligungsrechte des Bundestages hat Auswirkungen auf die Gestaltung von Organisation und Verfahren. Die deliberative Funktionslogik des Parlaments trifft auf diejenige intergouvernementaler Politik.⁵³ Dort finden wir

⁴⁵ BVerfGE 123, 267 (351 f., Ls. 2a).

⁴⁶ *Andreas Voßkuhle*, Die Integrationsverantwortung des Bundesverfassungsgerichts, Die Verwaltung, Beiheft 10, 2010, 229–240 (233, 236); *Wolfgang Durner*, Verfassungsbindung deutscher Europapolitik, HStR X, 3. Aufl. 2012, § 216 Rn. 34 f.; *Rainer Wernsmann/Marcel Sandberg*, Parlamentarische Mitwirkung bei unionaler Sekundärrechtsetzung, DÖV 2014, 49–57 (50); *Brandt* (Fn. 40), 51.

⁴⁷ Z. B. BVerfGE 135, 137 (399 ff.).

⁴⁸ BVerfGE 123, 267 (351, Ls. 2a).

⁴⁹ Vgl. BVerfGE 129, 124 (181); 132, 195 (241); 135, 317 (402).

⁵⁰ *Brandt* (Fn. 40), 240.

⁵¹ BVerfGE 123, 267 (353 ff.); 129, 124 (172); 135, 317 (399 ff.).

⁵² Vertiefend *Brandt* (Fn. 40), 20 f., 242 ff.

⁵³ *Brandt* (Fn. 40), 218.

Aushandlungsprozesse, bei denen sich in einem inkrementellen Verfahren Schritt für Schritt das Ergebnis herauschält. In *organisatorischer* Hinsicht führt die Parlamentarisierung der nationalen Europapolitik zu Veränderungen der traditionellen Arbeitsweisen, vor allem im Bereich des Parlaments selbst. Um sich an die inkrementellen Prozesse auf Unionsebene anzupassen, drängt parlamentarische Europapolitik zunehmend aus dem Plenum in die Ausschüsse oder in besondere parlamentarische Gremien. Diese Entwicklung tritt unweigerlich in ein Spannungsverhältnis zum Grundsatz des gleichen Mandats.⁵⁴

In *prozeduraler* Hinsicht versucht für die Beteiligung des Bundestages an der Unionsrechtsetzung das EUZBBG, die unterschiedlichen Funktionsweisen so weit es geht zu synchronisieren, indem es dem Bundestag das Recht einräumt, seine Stellungnahme im Verlauf der Beratung im Rat anzupassen (§ 8 Abs. 3). Es lässt sich indes nicht ganz verhindern, dass die Parlamentsbeteiligung Zäsuren in die Verhandlungen einfügt. Ist ein Beschluss des Bundestages „in einem seiner wesentlichen Belange nicht durchsetzbar“, so hat die Bundesregierung gemäß § 8 Abs. 4 in den Verhandlungen im Rat einen sog. Parlamentsvorbehalt einzulegen, d. h. die Ratssitzung zu unterbrechen, um sich mit dem Bundestag zu beraten. Die Regierung muss sich dabei bemühen, Einvernehmen herzustellen, behält aber das Recht, „aus wichtigen außen- oder integrationspolitischen Gründen abweichende Entscheidungen zu treffen“. Mit Blick auf die Mehrheitsverhältnisse im Bundestag dienen diese Stellungnahmen in der Praxis primär dazu, der Bundesregierung in den Verhandlungen im Rat den Rücken zu stärken;⁵⁵ nur sehr gelegentlich scheinen Spannungen auf, nämlich wo der Bundestag auf seine Beteiligungsrechte pocht.⁵⁶ Nicht gänzlich überraschend münden daher überhaupt nur etwa 5 % der Unionsvorlagen in Beschlussempfehlungen der Ausschüsse;⁵⁷ in den anderen Fällen wird

⁵⁴ Das BVerfG gestattet solche Verlagerungen von Entscheidungsbefugnissen daher „nur zum Schutz anderer Rechtsgüter mit Verfassungsrang und unter strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit“: BVerfGE 130, 318 (Ls. 3). Dazu näher *Franz C. Mayer*, Regelungen des Artikels 23 GG, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Fn. 10), § 43 Rn. 121 ff.

⁵⁵ *Brandt* (Fn. 40), 110. In der 17. Legislaturperiode standen 45 Beschlussanträgen der Opposition 6 Anträge der Mehrheitsfraktionen (BT-Drs. 17/1758 zur Wachstums- und Beschäftigungsstrategie, BT-Drs. 174082 zur Irland-Hilfe, BT-Drs. 17/5194 zum Katastrophenschutz, BT-Drs. 17/6456 zur Versicherungsaufsicht, BT-Drs. 17/10783 zur Fischereipolitik, BT-Drs. 17/11325 zur Datenschutz-Grundverordnung) sowie ein gemeinsam mit der Opposition eingebrachter Antrag (BT-Drs. 17/12183 zum Schutz von Arzneimittelprobanden) gegenüber. In der 18. Legislaturperiode wurden bis Ende 2016 15 oppositionelle Anträge, 3 Anträge der „Regierungsfractionen“ (BT-Drs. 18/4807 zur Kapitalmarktunion, BT-Drs. 18/4929 zum Fonds für strategische Investitionen, BT-Drs. 18/9663 zum Freihandelsabkommen mit Kanada, CETA) und ein fraktionenübergreifender Antrag (BT-Drs. 18/4808 zum Klonen von Tieren) gestellt. In BT-Drs. 18/4807 ist sogar die Kommission Adressat der Stellungnahme, die doch eigentlich an die Bundesregierung gerichtet sein sollte.

⁵⁶ Vgl. z. B. BT-Drs. 17/1179 (zur Zusammensetzung des Europäischen Parlaments in der Übergangsphase nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon) und BT-Drs. 18/9663 (zum Freihandelsabkommen mit Kanada, CETA).

⁵⁷ Kritisch *Brandt* (Fn. 40), 182 ff.