Zweiter Beratungsgegenstand:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

1. Bericht von Prof. Dr. Ingolf Pernice, Berlin

Inhalt

		Seite
I.	Einleitung	149
II.	Der "Postnationale" Verfassungsbegriff	155
	1. Der Verfassungsbegriff im europäischen Vergleich	156
	2. Funktionen der Verfassung	158
	3. Verfassung als Prozeß organisierter Selbstbestimmung.	160
III.		163
	1. Die "Verfassung" der Europäischen Union als Prozeß	165
	2. Die Form des völkerrechtlichen Vertrags	168
	3. Materielle Einheit von europäischem und	
	nationalem Verfassungsrecht	172
IV.	Rechtliche Konsequenzen	176
	1. Doppelwirkung der Vertragsänderung	178
	2. Die europäische Dimension des Art. 20 III GG	180
	3. Das Vorrangprinzip als Kollisionsnorm	182
	4. Mitverantwortung der nationalen Gerichte	
	für das Schutzgut des Art. 6 I EUV	184
	5. Verfassungshomogenität und wechselseitige	
	Stabilisierung	186
V.	Ausblick: Die Zukunft der Europäischen Verfassung	187

I. Einleitung

"Europäisches und nationales Verfassungsrecht": Wenn dieses Thema für deutsche Staatsrechtslehrer keine Provokation mehr ist, so symbolisiert es doch einen Wandel: "Verfassung" wird traditionell auf den Staat bezogen definiert,¹ Verfassungsrecht kann danach nur nationales Recht sein. Nach wie vor wird z.T. schon die Möglichkeit von "Verfassung ohne Staat" mangels Volk oder gemeinsamer Sprache ausgeschlossen.² Der Staat sei ihr "Gegenstand und ihre Voraussetzung".³ Die Europäische Union ist aber kein Staat. Von europäischem Verfassungsrecht zu sprechen, soll auch kein Vorgriff auf eine Staatswerdung

¹ Vgl. den Überblick bei *Stern* Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 2. Aufl. 1984, 61 ff., 70 ff. S. auch unten II. 3.

² Vgl. Grimm Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581, 587; Koenig Ist die Europäische Union verfassungsfähig? DÖV 1998, 268, 275.

³ So Isensee Staat und Verfassung, in: ders./Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. I, 1987, § 13 Rn 1: "Verfassung nicht zu verstehen ohne Staat. Dieser ist ihr Gegenstand und ihre Voraussetzung"; s. auch Kirchhof Die Identität der Verfassung in ihren unabänderlichen Inhalten, ebd § 19 Rn 18: Staat als Voraussetzung und Gegenstand der Verfassungsgebung: "Die Verfassung formt und festigt eine vorgefundene Gewalt und Ordnungsstruktur zu einem verfaßten Staat"; Böckenförde Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, 1999, 135 ff.: Murswiek Maastricht und der pouvoir constituant. Der Staat 52 (1993), 161, 168ff.; Widder Österreichs Verfassungsentwicklung. Der heutige Stand der Verfassung. Konsequenzen, in: Köck (Hrsg.), Grundprobleme des österreichischen Bundesverfassungsrechts in rechtspolitischer und rechtsdogmatischer Schau, 1996, 11, 12; daß der Staat eine notwendige Voraussetzung der Verfassung ist, entspricht nach Pauly/ Siebinger Der deutsche Verfassungsstaat, in: Ellwein/Holtmann (Hrsg.), 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland. Rahmenbedingungen - Entwicklungen - Perspektiven, 1999, 79 "einer spezifisch kontinentaleuropäischen Perspektive, die nicht zuletzt im Zuge der europäischen Integration in Frage gestellt wird". Für Frankreich: Beaud La puissance de l'Etat, 1994, 208f., und ders. Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel, in: Auer/ Flauss (Hrsg.), Le référendum européen, 1997, 125, 126 ff., 130. Die Wurzeln finden sich u.a. bei C. Schmitt Verfassungslehre, 1928, insb. 79, und ebd 3: "Das Wort , Verfassung' muß auf die Verfassung des Staates, d.h. der politischen Einheit eines Volkes beschränkt werden, wenn eine Verständigung möglich sein soll"; zur Kritik an dieser Verfassungslehre jüngst: Hennis Integration durch Verfassung?, JZ 1999, 485, 491 f.; s. auch Kägi Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945, 12, 36; weitere Nachw. bei Hertel Supranationalität als Verfassungsprinzip. Normativität und Legitimation als Elemente des Europäischen Verfassungsrechts, 1999, 46 ff., und rechtsvergleichend - Gerkrath L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe, 1997, 51 ff., 64 ff.

Europas⁴ sein, denn ein Super- oder Bundesstaat Europa ist nicht das Ziel.⁵

Der Gedanke, den Begriff der Verfassung auf die EG zu beziehen, ist aber keineswegs neu: Kaiser sprach 1960 von einem "zweiten Verfassungsgeber"⁶, der in Art. 24 I GG instituiert sei. Die Konstituierung der EG durch das Mittel des völkerrechtlichen Vertrages "zusammen mit den Verfassungsgebern anderer Mitgliedstaaten" sei (internationale) Verfassungsgebung; Träger des "pouvoir constituant" seien "die Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten".⁷ Dieser Gedanke findet sich auch in der frühen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁸ und der EuGH spricht seit 1986 von der "Verfassungsurkunde der Gemeinschaft".⁹ Besonders *Ipsen* hat den verfassungsrechtlichen Ansatz fortentwickelt¹⁰ und dabei den Staatsbezug des

⁴ Vgl. dazu Wildenmann (Hrsg.): Staatswerdung Europas?, Baden-Baden 1991; Schuppert Zur Staatswerdung Europas. Überlegungen zu Bedingungsfaktoren und Perspektiven der europäischen Verfassungsentwicklung, Stw&Stp 5 (1994), 35 ff.

⁵ Vgl. auch *Piris* Hat die Europäische Union eine Verfassung? Braucht sie eine?, EuR 2000, 311, 323 ff., 337, 347; *Zuleeg* Die föderativen Grundsätze der Europäischen Union, NJW 2000, 2846, 2851, mwN., den allerdings "die fast einhellige Aussage erstaunt". S. auch *Hertel* Die Normativität der Staatsverfassung und einer Europäischen Verfassungstheorie, JÖR NF 48 (2000), 233; v. *Bogdandy* Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses, Der Staat 39 (2000), 163, 183, nach dem "die europäische Einigung eben nicht auf eine Staatswerdung abzielt". S. auch *Pernice* Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung. Verfassungsrechtliche Ausgangslage und Vorschläge für die institutionelle Reform der Europäischen Union vor der Osterweiterung, JÖR NF 48 (2000), 205, 231; anders wohl: *Mancini* Europe: The Case for Statehood, ELJ 4 (1998), 29, mit der Entgegnung von *Weiler* Europe: The Case Against the Case for Statehood, ELJ 4 (1998), 43.

⁶ Kaiser Zur gegenwärtigen Differenzierung von Recht und Staat, Staatstheoretische Lehren der Integration, Österr. Z. öff. Recht 10 (1960), 414, 416.

⁷ Kaiser Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 34 (1964), 1, 17 ff.; zum "verfassungsrechtlichen Charakter" der Begründung der europäischen Wirtschaftsverwaltung vgl. auch Badura Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, ebd 34, 64; ders. Die föderative Verfassung der Europäischen Union, in: FS Heckel, 1999, 695, 699, beschreibt heute die Verträge als "föderative Verfassung der Europäischen Union".

⁸ BVerfGE 22, 293, 296 - EWG-Verordnung.

⁹ EuGHE 1986, 1339, 1365f. – Les Verts; vgl. im weiteren EuGHE 1991 I 6079, 6102 – EWR I: "Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft" sowie EuGH 1996, I-1759, 1789 – EMRK-Gutachten.

¹⁰ H.P. Ipsen Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 975 ff.; s. auch zum Verfassungscharakter des primären Gemeinschaftsrechts ebd 64 ff.

Verfassungsbegriffs als verengt bezeichnet.¹¹ Auch Autoren anderer Mitgliedstaaten sprechen von Verfassungsrecht in Bezug auf die EU.¹² Freilich variieren die Vorstellungen darüber, was dies ist oder sein sollte.¹³ Ist es erst im Werden,¹⁴ oder schon existent? Dabei wird regelmäßig das Primärrecht der EG oder der EU als Verfassung bezeichnet.¹⁵

¹¹ H.P. Ipsen Europäische Verfassung – nationale Verfassung, EuR 1987, 195, 196. Krit. zur "etatistischen Verengung des Verfassungsbegriffs" auch Schwarze Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, DVBl. 1999, 1677, 1682. Ähnl. Tsatsos Zum Prinzip einer gemeineuropäischen Verfassungsverantwortung – Am Beispiel der Revisionsproblematik der Europäischen Verträge, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.), Grundfragen der europäischen Verfassungsentwicklung, 2000, 117, 123 ff.

¹² Zu Frankreich vgl. Flauss Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung -Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht aus französischer Sicht, EuR Beiheft 1/2000, 31, und ders. Vers un droit constitutionnel européen. Ouel droit constitutionnel européen, RUDH 7 (1995), 357-468; zusammenfassend ders. Rapport français, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung. Das Ineinandergreifen von nationalem und europäischem Verfassungsrecht, 2000, 25, 103 ff., mwN.; Boulouis Droit institutionnel de l'Union européenne, 5. Aufl. 1995, 39; Simon Le système juridique communautaire, 1997, 33 ff., beschreibt das "système constitutionnel communautaire". Für Chaltiel La souveraineté de l'Etat et l'Union européenne, l'exemple français, 2000, 327 ff., allerdings ist auch der Vertrag von Amsterdam "en effet loin de consacrer une véritable Constitution européenne" (ebd 333). Zu Irland vgl. Temple Lang The Widening of Constitutional Law, in: Curtin/ O'Keeffe (Hrsg.), Constitutional Adjudication in European Community and National law, Essays for the Hon. Mr. Justice T.F. O'Higgins, 1992, 229ff., u. ebd 244f., wo im Blick auf die EMRK sogar von drei Verfassungen die Rede ist. Zu Großbritannien: Harden The Constitution of the European Union, Public Law 1994, 609, 613, als Beitrag zu einem britisch-französischen Kolloquium über "The European Constitution and National Constitutions" in London, 1994. Vgl. auch MacCormick Questioning Sovereignty. Law, State and Nation in the European Commonwealth, 1999, 137ff., 140f., der sie als "mixed constitution" bezeichnet (ebd 145 ff.); vorsichtiger, aber im Blick auf die Entwicklung ähnl. Lord Slynn of Hadley, The Contribution of National Constitutions to the Development of a Bi-Level Constitutional System: United Kingdom, in: Battis/Kunig/ Pernice/Randelzhofer (Hrsg.), Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung, 2000, 37 ff., 42.

¹³ Vgl. die Unterscheidungen und Nachweise bei *Gerkrath* Bibliographie de droit constitutionnel européen, RUDH 1995, 451 ff.

¹⁴ So angedeutet bei *Häberle* Verfassungsrechtliche Fragen im Prozeß der europäischen Einigung, EuGRZ 1992, 429, 434: "das werdende "Europaverfassungsrecht""; *Constantinesco* L'émergence d'un droit constitutionnel européen / Rapport de synthèse, RUDH 1995, 445 ff.; *Gerkrath* L'émergence (Fn. 3).

¹⁵ Vgl. etwa BVerfGE 22, 293, 296; *Oppermann* Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn 475: "EG-Verfassung", u. ebd Rn 617: "verfassungsrechtliche Gründungsakte"; *Bieber* Verfassungsentwicklung der Europäischen Union: Autonomie oder Konsequenz staatlicher

Andererseits fehlt es nicht an Initiativen, u.a. des Europäischen Parlaments, ¹⁶ eine neue, "echte" Verfassung für Europa zu schaffen. ¹⁷ Schließlich entwickeln sich – unter dem Einfluß der EMRK, ¹⁸ Standards

Verfassungsentwicklung, in: Müller-Graff/Riedel (Hrsg.), Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union, 1998, 209 ff.; Ress Les incidences du droit constitutionnel de la Communauté européenne sur les droits constitutionnels nationaux, en particulier sur la Loi fondamentale allemande, RUDH 1995, 434, 435; Schwarze Auf dem Wege (Fn. 11), 1681; Badura Die föderative Verfassung der Europäischen Union, in: FS M. Heckel. 1999, 695, 699; Tsatsos/Schiffauer Parlamente und Wissenschaft im Prozeß der Verfassungsgebung, in: Kloepfer/Pernice (Hrsg.), Entwicklungsperspektiven der europäischen Verfassung im Lichte des Vertrags von Amsterdam, 1999, 76, 78f.: "Verfassungsqualität"; Öhlinger Verfassungsrechtliche Aspekte eines Beitritts Österreichs zu den EG, 1988, 14f.; Pernthaler Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre, 2. Aufl. 1996. S. 29: Fernandez Esteban The Rule of Law in the European Constitution, 1999. 7 ff., mwN.; Jacqué La Constitution de la Communauté européenne, RUDH 1995, 397ff., 423; Boulouis Droit institutionnel (Fn. 12), 3: "La constitution de l'Union européenne est formée par l'ensemble des règles qui la fondent, aménagent ses organes, déterminent ses compétences et garantissent les libertés de ses citoyens"; s. auch Weiler The European Union: Enlargement, Constitutionalism and Democracy, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Reformen zur Erweiterung der Europäischen Union, 2000; Rodríguez Iglesias Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung, NJW 1999, 1, 2, speziell zu EuGHE 1996, I-1759 – EMRK-Gutachten: "Änderung der Gemeinschaftsverfassung nicht durch Gesetzgebung aufgrund der Generalklausel des Art. 235 EGV". S. auch Piris L'Union européenne a-t-elle une constitution? Lui en faut-il une?, RTDeur. 35 (1999), 599, 605f.; Schorkopf Homogenität in der Europäischen Union - Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV, 2000, 219 mwN. in Fn. 694. Nach Pauly/ Siebinger Der deutsche Verfassungsstaat, in: Ellwein/Holtmann (Hrsg.), 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland. Rahmenbedingungen - Entwicklungen - Perspektiven, 1999, 79, 88, entspricht dies indessen "dem modernen Verfassungsbegriff bei weitem nicht". Krit. auch Beaud Propos sceptiques (Fn. 3), 157: "wishful thinking".

¹⁶ Vgl. insbes. den Spinelli-Entwurf von 1984, EA 1984 D, 209 ff.; vgl. dazu: Dastoli/Pierlucci Verso una costitutzione democratica per l'europa. Guida al trattato di unione europea, 1984; Schwarze/Bieber (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, 1984; Pernice Verfassungsentwurf für eine Europäische Union, EuR 1984, 126. Krit. insbes. H.-P. Ipsen Europäische Verfassung (Fn. 11), 211 f.; vgl. auch Schneider Der Vertragsentwurf und der Föderalismus, Integration 1/1984, 3, 9, für den die "schlichte Übernahme nationalstaatlicher Modelle problematisch" ist. Ein zweiter Entwurf wurde mit dem Bericht von Herman vom 9.2. 1994 vorgelegt (RUDH 1995, 457 ff.); dazu die Resolution des Europäischen Parlaments v. 10.2. 1994 mit dem Text des Entwurfs einer Verfassung der Europäischen Union, RUDH 1995, 461 ff.

¹⁷ Vgl. den Überblick bei Hertel Normativität (Fn. 5), 22 f.

¹⁸ Vgl. dazu Flauss La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen, RUDH 1995, 373 ff., 375: "La promotion d'une superconstitutionnalité". S. auch die Entscheidung des EGMR, Loizidou/Türkei, A. 310, §§ 70, 75, 93, der die Konvention im

eines "gemeineuropäischen Verfassungsrechts",¹⁹ die ihrerseits auf die Auslegung des nationalen Verfassungsrechts zurückwirken.

Meine These ist, daß es eine Europäische Verfassung schon gibt. Damit bezeichne ich die Verbindung von nationaler und europäischer Verfassungsebene. Europäisches und nationales Verfassungsrecht bilden zwei Ebenen eines materiellrechtlich, funktional und institutionell zu einer Einheit verbundenen Systems. Dabei verstehe ich die primär intergouvernemental strukturierten und die supranationalen Elemente der Europäischen Union als zwei sich ergänzende Komponenten der europäischen Verfassungsebene.²⁰

Diese "Einheitsthese" stützt sich auf einen erweiterten, eher funktionalen Verfassungsbegriff. Seit der Kieler Tagung von 1964 wird eine "integrierte Wissenschaft von den Trägern öffentlicher Gewalt, von den Gemeinschaften wie von den Staaten"²¹ gefordert, ein "Neudurchdenken des Verfassungsbegriffs" (*Badura*),²² neue theoretische Mo-

Anschluß an die EMRK (RUDH 1991, 201, Ziff. 22) als "constitutional instrument of European Public order" bezeichnet. S. auch Ress Die EMRK und das europäische Gemeinschaftsrecht, ZEuS 1999, 471 ff.; Hoffmeister Die EMRK als Grundrechtsversasung und ihre Bedeutung für Deutschland, Der Staat (2001) iE. Von "Europäisierungdurch die EMRK" spricht v. Bogdandy, Zweierlei Versasungsrecht (Fn. 4), 169 f.

¹⁹ Grundlegend: Häberle Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, 261 ff.; vgl. auch ders., Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, in: Bieber/Widmer (Hrsg.), L'espace constitutionnel européen. Der europäische Verfassungsraum. The European constitutional area, 1995, 361 ff.; Heintzen Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union, EuR 1997, 1 ff.

²⁰ Zur Betrachtung des Gesamtwerks als Einheit vgl. v. Bogdandy/Nettesheim Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung, EuR 1996, 1; iE. ähnl. de Witte The Pillar Structure and the Nature of the European Union: Greek Temple or French Gothic Cathedral, in: Heukels/Blokker/Brus (Hrsg.), The European Union After Amsterdam. A Legal Analysis, 1998, 51 ff.; krit. Koenig Die Europäische Union als bloßer materiellrechtlicher Verbundrahmen, in: v. Bogdandy/Ehlermann (Hrsg.), Konsolidierung und Kohärenz des Primärrechts nach Amsterdam, EuR Beih. 2/1998, 139 ff.: "kohärenter Unionsrechtsverbund"; Kadelbach Einheit der Rechtsordnung als Verfassungsprinzip der Europäischen Union?, in: v. Bogdandy/Ehlermann (Hrsg.), Konsolidierung, ebd 51, 59 ff. Vedder Die Unterscheidung von Unionsrecht und Gemeinschaftsrecht nach dem Vertrag von Amsterdam, in: Müller-Graff/Schwarze (Hrsg.), Rechtsschutz und Rechtskontrolle nach Amsterdam, EuR Beih. 1/1999, 731 ff., 39 f. Griller Die Unterscheidung von Unionsrecht und Gemeinschaftsrecht nach Amsterdam, ebd 45 ff., 72, sieht die Union zwar als Rechtspersönlichkeit, aber beharrt auf der Trennung von Unions- und Gemeinschaftsrecht.

²¹ Kaiser Bewahrung (Fn. 7), 26f.

²² Vgl. Badura Bewahrung (Fn. 7), 95: der Vorgang der Begründung der EG als Rechtsgemeinschaft fügt "auch der Verfassung ein nichtstaatliches und übernationales Konstruktionselement ein, verlagert damit den Verfassungsprozeß partiell auf eine

delle²³ und, wie *Hesse* sagt, "neue Wege der Verfassungstheorie".²⁴ Im Blick auf Europäisierung und globale Herausforderungen in der "postnationalen Konstellation" (*Habermas*)²⁵ möchte ich im Anschluß an Arbeiten irischer und britischer Autoren²⁶ eine "postnationale Verfassungstheorie" entwerfen, die die "etatistische Verengung"²⁷ überwindet und nationales sowie europäisches Verfassungsrecht einfängt.²⁸ Auf dieser Basis erläu-

nichtstaatliche und übernationale Ebene und zwingt so zu einem Neudurchdenken des Verfassungsbegriffs"

²³ Vgl. auch *H.P. Ipsen* Verfassung (Fn. 11), 211; *Thürer* Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 97, 99, fordert eine "das Staatsrecht, Gemeinschaftsrecht und Völkerrecht zusammenordnende Theorie"; auch *Di Fabio* Das Recht offener Staaten, 1998, 139, sieht die EU als "Objekt theoretischer Durchdringung ... wie kein zweites".

²⁴ Hesse Die Welt des Verfassungsstaates. Einleitende Bemerkungen zu dem Baden-Badener Kolloquium am 13./14. Mai 1999 zum 60. Geburtstag von Peter Häberle, Manuskript, 6, iE. In diesem Sinn auch Häberle Europäische Verfassungslehre – ein Projekt, in: ders./Morlok/Skouris, Staat und Verfassung in Europa, 2000, 9.

²⁵ Habermas Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation, Politische Essays, 1998, 91 ff. Stichworte für den Gedanken mögen sein: Globalisierung (101 ff., 105 ff.), Selbstgesetzgebung (100, 152 f.) auf der Basis der Inklusion, d.h. einer "Politik der Anerkennung" und Einbeziehung des Anderen (112ff.), Solidarität auf der Grundlage des Verfassungspatriotismus (114ff.), postnationale Demokratie (134ff.), keine "Nation Europa", aber Solidarität der Bürger Europas (149 f., 154), für die EU eine "Charta in der Art eines Grundgesetzes" als Legitimitätsbedingung für postnationale Demokratie (151), europäischer Bundesstaat (137, 150, 156) in der Annahme, daß "kollektive Identität jenseits der Grenzen einer Nation" als "Legitimitätsbediungung(en) für eine postnationale Demokratie" möglich ist (ebd 136), S. auch Zürn The State in the Post-National Constellation - Societal Denationalization and Multi-Level Governance, ARENA Working Papers WP 99/35, im Internet unter: www.arena.uio.no; Schuppert Demokratische Legitimation jenseits des Nationalstaates. Einige Bemerkungen zum Legitimationsproblem der Europäischen Union, in: Heyde/Schaber (Hrsg.), Demokratisches Regieren in Europa? Zur Legitimation einer europäischen Rechtsordnung, 2000, 65, 76ff.: "Die postnationale Konstellation oder die EU als dynamisches Mehrebenensystem".

²⁶ Vgl. Curtin Postnational Democracy. The European Union in search of a political philosophy, 1997, 5, 48 ff., 51 ff.: "postnational is meant to express the idea that democracy is possible beyond the nation-state"; weitergehend, mit einem prozeduralen Ansatz: Shaw Postnational constitutionalism in the European Union, Journal of European Public Policy, 1999, 579, 586 ff., mwN.

²⁷ So die Kritik bei Schwarze Auf dem Wege (Fn. 11), 1682.

²⁸ In dieser Richtung vgl. schon die Ansätze bei Morlok Möglichkeiten und Grenzen einer europäischen Verfassungstheorie, in: Juristische Fakultät der Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf (Hrsg.), Düsseldorfer Rechtswissenschaftliche Schriften, Bd. 1, 1998, 113, 118 ff. S. auch Häberle Europäische Verfassungslehre – Ein Projekt, in: ders., Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien, 1999, 11. Zu eng, weil nur auf die EU bezogen: v. Bogdandy Skizzen einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung, in: v. Dan-

tere ich im zweiten Schritt das Konzept des Verfassungsverbundes und will schließlich einige der rechtlichen Konsequenzen daraus aufzeigen.

II. Der "Postnationale" Verfassungsbegriff

Eine Verfassungstheorie oder einen Verfassungsbegriff als "postnational" zu bezeichnen, soll die Abkehr vom traditionellen Begriff der Verfassung deutlich machen und dem Wandel, den das klassische Bezugsobjekt von Verfassung, der Staat, erlebt hat, Rechnung tragen: Der "postnationale" Verfassungsbegriff läßt Staat und Nation im klassischen Sinne hinter sich, so wie die Globalisierung neue Instrumente der Steuerung fordert, Politik also über den nationalen Rahmen hinausgeht.

Über letzteres herrscht Einigkeit: Staatlichkeit ist faktisch und rechtlich relativiert.²⁹ Für *Tomuschat* ist die Idee vom souveränen Staat ein Anachronismus.³⁰ Ein "europäischer Entstaatlichungsprozeß" macht nach *Hofmann* aus den Mitgliedstaaten "integrierte Verfassungsstaaten", der Staat ist zwar "noch nicht tot, aber entmythologisiert, entzaubert".³¹ Entsprechend pflanzt sich der Gedanke der "offenen Staatlichkeit" (*Vogel*)³² fort in Formeln, wie derjenigen des "Kooperativen Verfassungsstaates" (*Häberle*), der "integrierte(n) Staatlichkeit" (*Hilf*)³³ – "als Staatsstrukturprinzip" (*Kaufmann*)³⁴. Der Verfassungsbegriff kann hier-

witz u.a. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, 1993, 9, 24ff.; ebenso der "Beitrag zur Entwicklung einer Europäischen Verfassungstheorie" von Hertel Normativität (Fn. 5), 233 ff. Für einen gewandelten Verfassungsbegriff auch U. Di Fabio, Eine europäische Charta, JZ 2000, 737, 739.

²⁹ Isensee Nachwort: Europa – die politische Erfindung eines Erdteils, in: ders. (Hrsg.), Europa als politische Idee und als rechtliche Form, 1993, 103, 134.

³⁰ Tomuschat Die internationale Gemeinschaft, AVR 33 (1995), 1, 20: "Die wachsende Interdependenz zwischen allen Staaten und Völkern läßt den souveränen Staat, der seine Entscheidungen in selbstverantworteter Herrlichkeit trifft, zunehmend zu einem Anachronismus werden". Vgl. auch Walter Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, DVBl. 2000, 1, 7.

³¹ Hofmann Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung, JZ 1999, 1065. 1067.

³² Vogel Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für die internationale Zusammenarbeit. 1964, 33 ff.

³³ Hilf Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz, VVDStRL 53 (1994), 7, 8.

³⁴ Kaufmann Integrierte Staatlichkeit als Staatsstrukturprinzip, JZ 1999, 814ff.; zum Begriff der "integrierten Staatlichkeit" vgl. schon Hilf Europäische Union und nationale Identität der Mitgliedstaaten, GS E. Grabitz, 1995, 157, 164f.; ders. Europäische Union:

von nicht unberührt bleiben. Ist der Bezug allein auf den Staat nur historisch bedingt?³⁵ Wenn sich die Verfassung der Europäischen Union nach *Isensee* von einer Staatsverfassung "in Form und Inhalt" unterscheidet,³⁶ so könnte sie doch Verfassung sein. Daß der alleinige Bezug auf den Staat nicht begriffsnotwendig ist, ergibt sich aus einem Blick in andere Mitgliedstaaten und der Frage nach den Verfassungsfunktionen.

1. Der Verfassungsbegriff im europäischen Vergleich

"Verfassung" ist nach verbreiteter deutscher Lehre die rechtliche Grundordnung des Staates³⁷. In anderen Ländern Europas hat der Staat nicht dieselbe zentrale Bedeutung: In Frankreich steht die "nation" im Mittelpunkt, in Großbritannien ist es die "society"³⁸, der Staat hat in Großbritannien keine rechtliche Identität, ist kein rechtliches Konzept³⁹. Je nach Akzentsetzung ist insofern auch der Begriff der Verfas-

Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), 7, 8; s. auch *Badura* Föderative Verfassung (Fn. 15), 697.

³⁵ So insbesondere *Hertel* Supranationalität (Fn. 3), 34ff., 59; s. aber auch *Grimm* Verfassung (Fn. 2), 584; *Tsatsos/Schiffauer* Parlamente (Fn. 15), 78.

³⁶ Isensee Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte, FS Stern, 1997, 1239, 1263 mit Fn. 83;

³⁷ Vgl. Kägi Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, 1945; Grimm Die Zukunft der Verfassung, in: Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, 1994, 277, 291; Stern Staatsrecht (Fn. 1), 70f., 75, 78: "Verfassung ist die höchstrangige normative Aussage über die Grundprinzipien der Herrschaftsund Wertordnung im Staat". Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. Neudruck 1999, Rn 17 ff., bezieht den Begriff auf das Gemeinwesen, also auf Staat und Gesellschaft; ihm folgend u.a.: Schwarze Deutscher Landesbericht, in: ders. (Hrsg.), Entstehung (Fn. 12), 109. Nach Maurer Staatsrecht, 1999, Rn 32, wird Verfassung ein "besonderes Gesetz" genannt, in dem das Staatsrecht geregelt ist. S. auch oben, Fn. 3.

³⁸ Vgl. dazu näher Allott The Crisis of European Constitutionalism: Reflections on the Revolution in Europe, CMLRev. 34 (1997), 439, 444ff.; ähnl. Venter Constitution Making and the Legitimacy of the Constitution, in: Jyränki (Hrsg.), National Constitutions in the Era of Integration,1999, 9, 11; vgl. auch Pernice Fondements du droit constitutionnel européen, 2001 i.E., WHI-Paper 5/00, www.whi-berlin.de bei Fn. 13, 16ff.

³⁹ Birkinshaw British Report, in: Schwarze (Hrsg.), Entstehung (Fn. 12), 205: "the peculiar position of the statues of constitutional law in the EU, the absence of a written constitution and entrenched Bill of Rights and the fact that in British law the "state" has no legal identity and is not a legal concept". Vgl. auch ders., European Integration and United Kingdom Constitutional Law, in: Andenas (Hrsg.), English Public Law and the Common Law of Europe, 1998, 241, 242, 260; Allott Crisis (Fn. 38), 451: "no conception of the State in the internal sense. There is no 'British State'". S. aber Dicey Introduction to the Study of the Law of the Constitution (1885), 10. Aufl. 1959, 23: "Con-

sung unterschiedlich zentriert. Das Wort "constitution" deutet dabei stärker auf einen schöpferischen Akt, als das Wort "Verfassung", das sich auf etwas schon Bestehendes zu beziehen scheint.

So stehen in der britischen Literatur die Regeln und "arrangements" zur Regierung des Landes – "government" – im Vordergrund.⁴⁰ Verfassung sei ein Instrument, das ein neues Rechtssystem schafft, welches nicht in seiner Geltung von einem anderen Rechtssystem abgeleitet ist; entscheidend ist ihr schöpferischer, originärer Charakter.⁴¹ Es gibt keine geschriebene Verfassung, weil die Briten keine öffentliche Gewalt einführen wollen, die von jeder anderen gesellschaftlichen Macht systematisch getrennt oder unterschieden ist.⁴² In Frankreich steht die "nation" im Mittelpunkt. Sieyės bezieht den Begriff "constitution" auf die Schaffung eines Körpers: "corps", der durch die Verfassung geschaffen wird.⁴³ Heute wird als "constitution" das Regelwerk über die Bedingungen der Machtausübung nach innen wie nach außen unter Beachtung der Souveränität des Volkes bezeichnet.⁴⁴ In Belgien findet sich zwar der Bezug zum Staat, doch wird dieser – gewiß historisch bedingt – durch die Verfassung konstituiert.⁴⁵ Wenn andere Stimmen im europäischen Schrift-

stitutional law, as the term is used in England, appears to include all rules which directly or indirectly affect the distribution or the exercise of the sovereign power in the state".

⁴⁰ Allgemeiner heute: *Munro* Studies in Constitutional Law, 2. Aufl. 1999, 1: "Constitution in the original sense of the word, by which is meant the body of rules and arrangements concerning the government of the country".

⁴¹ Hartley Constitutional Problems of the European Union, 1999, 179. Noch weiter Watson The British Constitution and Europe, 1959, 65: "the whole complex of usages and practices governing the sovereignty of the British Parliament".

⁴² So Allott Crisis (Fn. 38), 449.

⁴³ Sieyès Qu'est-ce que le Tiers Etat?, Ausgabe 1970, 66 f.: "Il est impossible de créer un corps, pour une fin sans lui donner une organisation, des formes et des lois propres à lui faire remplir les fonctions auxquelles on a voulu le destiner. C'est que l'on appelle la constitution de ce corps. Il est évident qu'il ne peut pas exister sans elle. Il l'est donc aussi que tout gouvernement commis doit avoir sa constitution". Vgl. auch Vattel Le Droit des Gens, 1758, Kap. III § 27: "die grundlegende Regelung, welche die Art und Weise bestimmt, in der die öffentliche Autorität ausgeübt werden soll. In ihr wird die Form sichtbar, unter welcher die Nation als politische Körperschaft handelt; wie und durch wen ein Volk regiert werden soll, welches die Rechte und Pflichten der Regierenden sind. Die Verfassung ist im Grunde nichts als die Bestimmung der Ordnung, in welcher eine Nation sich vorsetzt, gemeinschaftlich die Zwecke und Vorteile der politischen Gesellschaft zu erreichen". S. dazu Stern Staatsrecht (Fn. 1), 69 f.

⁴⁴ Vgl. Beaud La souveraineté de l'Etat, le pouvoir constituant et le traité de Maastricht, RFDA 1993, 1046f.; s. auch Flauss Rapport français (Fn. 12), 26.

⁴⁵ Delpérée Droit Constitutionnel, tome I, les données constitutionnelles, 2. Aufl. 1987, S. 13 ff.: Verfassung als "die originäre juristische Regel, die eine oder mehrere politische Gesellschaften, die einen Staat begründen wollten, sich gegeben haben, um

tum die Verfassung stärker auf den Staat bezogen definieren, so wird doch nicht immer klar, ob sie diesen erst konstituiert oder aber voraussetzt. ⁴⁶ Das Schrifttum ist somit europaweit uneinheitlich, der Staatsbezug erscheint oft beiläufig, die Frage wird nicht eigens thematisiert. Der Focus muß sich daher auf die Funktionen der Verfassung richten.

2. Funktionen der Verfassung

Welches sind die wesentlichen Funktionen der Verfassung? Der klassische Konstitutionalismus setzt das Bestehen von Herrschaftsgewalt voraus, die sie ordnen und begrenzen soll, durch Gewaltenteilung und den Schutz der individuellen Freiheiten und anderen Grundrechte gegenüber dem Staat.⁴⁷ Ausdrücklich beschränkt sich Stern für die Staats-

eine wirksame Erfüllung des öffentlichen Wohls zu ermöglichen. Sie konstituiert den Staat rechtlich, ist Organisation, Grundgesetz des Staates, regelt die Entwicklung des Rechts, institutionalisiert die Gewalten und bestimmt das Verhältnis zu den Individuen" (übers. v. Verf.); vgl. auch Fernandez Esteban The Rule of Law (Fn. 15), 9f.: Verfassung als Metanorm der Schöpfung, Anwendung und Interpretation von Rechtsnormen, als norma normarum, sie konstituiert aber auch das Gemeinwesen, die "polity" und ist Ausdruck bestimmter fundamentaler Werte; ähnl. Garrorena Morales, Cuatro tesis y un cololario sobre el derecho constitucional, Revista Española de Derecho Constitucional, 1997, 37: "Constitutión entendida como norma fundamental del Estado cuya hoy a veces preterida cualidad diferencial consiste precisamente en "costituir" la comunidad política".

⁴⁶ Fernández Vega/Mariscal de Gante y Mirón, Diccionario de la Constitución, 1983, 78: "designa el conjunto de reglas relativas a la organización y a la actividad del Estado". Uttendaele Institutions fondamentales de la Belgique, 1997, 11, weist darauf hin, dass der belgische Staat der Verfassung vorauslag. Velu Droit public, tome premier, 1986, 146: "la constitution est l'ensemble des règles juridiques essentielles régissant au sein de l'Etat l'organisation, le fonctionnement et les attributions des organes supérieurs de la puissance publique ainsi que le contenu et les garanties des droits fondamentaux". Zur Auswechselbarkeit der Begriffe von Verfassungs- und Staatsrecht vgl. Kortmann Constitutioneel recht, 1997, 3 mit Fn. 1, der dem Begriff des "constitutioneel recht" allerdings wegen der konstituierenden Funktion der Vorzug gibt. Zu Irland vgl. Doolan Constitutional Law and Constitutional Rights in Ireland, 3. Aufl.1994, 2: "The constitution will usually locate, confer, distribute and limit authority and power among the organs of government of a state". Ähnl. Morgan Constitutional Law of Ireland. The Law of the Executive Legislature and Judicature, 1990, 11; Murphy/Twomey Introduction, in: dies. (Hrsg.), Ireland's Evolving Constitution, 1937-97: Collected Essays, 1998, vii: "Constitutions are codes of norms, which aspire to regulate the allocation of powers, functions, and duties among the various agencies and officers of government, and to define the relationship between these and the public".

⁴⁷ Turpin British Government and the Constitution. Text, Cases and Materials, 4. Aufl. 1999, 18: "idea of constitutionalism – of a constitutional order which acknowledges the necessary power of government while placing conditions and limits upon its

rechtswissenschaft auf einen Verfassungsbegriff, "der für die Bewältigung der ihr gestellten Aufgaben wesentlich ist".⁴⁸ Dem Bild eines modernen Konstitutionalismus⁴⁹ entspricht demgegenüber die Funktion, erst einmal Herrschaft, Kompetenz, öffentliche Verantwortung und Gewalt, ggf. den Staat, zu konstituieren,⁵⁰ zu organisieren⁵¹ und ihre Entscheidungen zu legitimieren.⁵² Es gibt, so *Häberle*, "nur so viel Staat, wie die *Verfassung* konstituiert".⁵³ Treffend beschreibt *Kortmann* als die wesentlichen Funktionen der Verfassung: Eine konstituierende hinsichtlich der Institutionen, eine zuweisende hinsichtlich der Kompetenzen und eine regulierende, mäßigende Funktion hinsichtlich der Gewalten zueinander und zu den Bürgern.⁵⁴

exercise". S. auch *Chubb* The Politics of the Irish Constitution, 1991, 5f. Zur Entwicklung vgl. *Stern* Staatsrecht (Fn. 1), 63 ff., für den der Begriff der Verfassung "ein kongenialer Begriff" zum Staat wurde (ebd 69).

⁴⁸ Stern Staatsrecht (Fn. 1), 70, gegenüber dem auf Vattel zurückführenden "abstrakten, zeitlosen Verfassungsbegriff".

⁴⁹ Vgl. Chubb The Politics (Fn. 47), 6: "Modern constitutionalism, with the emerging liberalism whose ideology it shares, predicates naturally free, apolitical, and rights-bearing individuals who need and therefore establish governments that they can, may, and should control". Vgl. schon Sieyès Tiers Etat (Fn. 43), 66f.; s. auch ders., Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen, in: ders., Ecrits politiques, 198: "La constitution embrasse à la fois la formation et l'organisation intérieures des pouvoirs publics".

⁵⁰ In diesem Sinne schon Kelsen La garantie juridictionnelle de la Constitution (La Justice constitutionnelle), Revue du Droit Public et de la Science Politique, 1928, 197, 204: "principe suprême déterminant l'ordre étatique tout entier et l'essence de la communauté constituée par cet ordre". Vgl. auch Grimm Entstehung und Wirkungsbedingungen des modernen Konstitutionalismus, in: ders. (Hrsg.), Die Zukunft der Verfassung, 1991, 31, 37; Haverkate Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, 1992, 40ff.; Morlok Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie, 1998, 114ff., 118; Hesse Grundzüge (Fn. 37), Rn 5ff., 16; besonders deutlich: Häberle Europa – Eine Verfassungsgemeinschaft?, in: ders. (Hrsg.), Einzelstudien (Fn. 28), 85, 90; Doolan Constitutional law (Fn. 46), 2: "The purpose of a constitution, apart from establishing the State and its institutions, is to limit the powers of government".

⁵¹ Vgl. Walter Globalisierung (Fn. 30), 5, 8ff., mit der Unterscheidung insbes. von Organisations- und Legitimationsfunktion, Begrenzungsfunktion (Grundrechte) und Integrationsfunktion.

⁵² S. etwa Swedish Riksdag (Hrsg.), Constitutional documents of Sweden, 1995, 9f.

⁵³ Vgl. Häberle Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998, 620; ders., Europäische Verfassungslehre (Fn. 28), 16. Ihm folgend: Hofmann Von der Staatssoziologie zur Soziologie der Verfassung?, JZ 1999, 1065, 1066; s. auch Sobotta Das Prinzip Rechtsstaat, 1997, 30ff.

⁵⁴ Vgl. Kortmann Constitutioneel (Fn. 46), 21 f., 25 ff.; ähnl. mit Hinweis auf den klassischen Gedanken der Konstituierung von Staat und Institutionen durch eine Art von Gesellschaftsvertrag auch: van der Pot/Donner Handboek van het Nederlandse staats-

Ersetzt man den Begriff "Staatsgewalt", wie schon bei Vattel.55 durch den der öffentlichen Autorität oder Gewalt, so bleiben die entscheidenden Elemente des Verfassungsbegriffs, funktional betrachtet,56 doch bestehen: Originäre Konstituierung, Legitimation, Organisation und Beoder Abgrenzung öffentlicher Gewalt unmittelbar gegenüber dem Bürger, als Statut der "Selbstgesetzgebung".57 Das Merkmal der öffentlichen Gewalt unterscheidet ihn vom Begriff der Verfassung, wie er für private Verbände verwendet wird, die Qualität des originären, unmittelbare Rechtsbeziehungen zum Bürger schaffenden Rechts von der "Verfassung" internationaler Organisationen.58 Verfassung konstituiert und legitimiert begrenzte Herrschaftsgewalt im Staat und über den Staat hinaus. Der Begriff ist offen für ergänzende, komplementäre, übergreifende Strukturen politischer Integration; als Antwort auf Zwecke, die Staat und Nation überfordern, er ist nicht mehr auf Staat und Nation zentriert, sondern auf die Selbstbestimmung des einzelnen – also "postnational".

3. Verfassung als Prozeß organisierter Selbstbestimmung

Wer vermittelt der Verfassung Legitimität? Legitimation kann heute nur in der Selbstbestimmung des Individuums begründet sein, getragen

recht, 13. Aufl. 1995, 141. S. auch Majerus L'Etat luxembourgeois, 1990, 43: "La Constitution a pour objet de déterminer les bases constitutives de l'Etat, de garantir les droits et les libertés des citoyens et d'organiser le pouvoirs publics"; Cuocolo Istituzioni di diritto pubblico, 6. Aufl. 1990, 140: "costituzione" si indica il complesso delle norme – anche non scritte – per le quali uno stato è quello che è un determinato momento storico, norme che, appunto, lo costituiscono"; López Guerra Derecho constitucional, vol. I, 3. Aufl. 1997, 19: traditionelle Aufgabe der Verfassung "... de organizar a la comunidad política espanola, de acuerdo con criterios que asigurasen la ordenación estable de los poderes públicos y la libertad de los ciudadanos" sowie heute: "sistema de valores" (ebd 20, 31 ff.).

⁵⁵ Vgl. oben Fn. 43.

⁵⁶ S. auch Walter Globalisierung (Fn. 30), 5f.

⁵⁷ Zur Konstruktion der Selbstgesetzgebung vgl. auch Stern Staatsrecht (Fn. 1), 75 mwN.; Habermas Postnationale Konstellation (Fn. 25), 112, zur Konstruktion ebd 97: "Bevor eine Gesellschaft politisch auf sich selbst einwirken kann, muß sich ein Teilsystem ausdifferenzieren, das auf kollektiv bindende Entscheidungen spezialisiert ist"; Morlok Verfassungstheorie (Fn. 28), 116: "Das Bezugsproblem der Verfassung ist die Rechtfertigung und Begrenzung der institutionalisierten politischen Herrschaft".

⁵⁸ Zur Verwendung des Verfassungsbegriffs insofern vgl. Gerkrath L'émergence (Fn. 3), 99 ff.; Hertel Supranationalität (Fn. 3), 61 ff., je mwN. Zu den Vereinten Nationen vgl. Faβbender UN Security Council Reform and the Right of Veto. A Constitutional Perspective, 1998, insbes. 37 ff., 89 ff.: "The UN Charter as a Constitution".

von der Achtung der Individualität und des Andersseins, der gleichen Rechte und Freiheiten der anderen.⁵⁹ Beides wurzelt in der Menschenwürde, beides findet in der Idee des Gesellschaftsvertrags über die demokratische Verfassung des Gemeinwesens die Grundlage.⁶⁰ Verfassung ist dabei nicht statisch, sondern die im "tagtäglichen Plebiszit"⁶¹ dynamisch sich entwickelnde Ordnung politischer Integration (Smend)⁶² oder "öffentlicher Prozeß", wie Häberle sagt, "immer neues Sich-Ver-

⁵⁹ In diesem Sinne, bezogen auf die Erfahrung der französischen Revolution Hofmann Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, JZ 1999, 1065, 1069: "Verfassung als das enthousiasmierende Pathos der Freiheit und der menschlichen Gleichheit. Diese Leidenschaft galt nur am Rande in einem negativen Sinne der Ausgrenzung und dem Schutz privater Freiräume, der Abwehr staatlicher Übergriffe. Was die Menschen überwältigte, war das positive Gefühl, durch eine Verfassung in einem allumfassenden Sinne zu Herren des eigenen Schicksals zu werden, allein und gemeinsam, jeder für sich und alle zusammen".

⁶⁰ Vgl. auch Isensee Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates. Stationen in einem laufenden Prozeß, JZ 1999, 265, 277: Ableitung der Staatsgewalt aus dem übereinstimmenden Willen aller Individuen über die Lehre vom Staatsvertrag. Der letzte und eigentliche Rechtfertigungsgrund ist der "Wille des Einzelnen", "Die Nation ist als Legitimationsgrund anerkannt. Dieser aber leitet sich ab aus der individuellen Selbstbestimmung ihrer Angehörigen, also aus menschenrechtlicher Freiheit". Bemerkenswert die Kritik von Holme Economic and Political Liberalism, in: Haseler (Hrsg.), Britain's Constitutional Future, 1991, 137, 139, am inflexiblen britischen System: "The reason is that we have in Britain a constitution which derives its main legitimacy from history and tradition rather than from any contractual notion of the people banding together for their common purposes". Krit. zum kontraktualistischen Ansatz: Frankenberg Die Verfassung der Republik. Autorität und Solidarität in der Zivilgesellschaft, 1997, 50 ff., 56, mit der Nuance, statt dessen von einer "grundlegenden Konvention" zu sprechen, wobei die "Verpflichtung zur Zivilität" aber doch auch "Resultat einer Übereinkunft ist, die immer nur temporär eingegangen wird, also jederzeit revisibel davon abhängt, daß die Beteiligten für sie eintreten". Diese Sicht kommt allerdings der hier vertretenen Vorstellung sehr nahe.

⁶¹ Renan Qu'est-ce qu'une nation?, Conférence faite en Sorbonne le 11 mars 1882, 1882, 26ff.: "plébiscite de tous les jours", der den Begriff freilich französischem Denken entsprechend (oben bei Fn. 38) auf die Nation bezieht.

⁶² Smend Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen, 3. Aufl. 1994, 119, 136 ff., mit Verweis auf Renan hier freilich bezogen auf den Staat. Verfassung ist für ihn die "Rechtsordnung des Staats, genauer ... seines Integrationsprozesses. Der Sinn dieses Prozesses ist die immer neue Herstellung der Lebenstotalität des Staates, und die Verfassung ist die gesetzliche Normierung einzelner Seiten dieses Prozesses" (ebd 187 ff., 189). Zur Elastizität und Dynamik ebd 190 f., wonach "ihr System sich gegebenenfalls von selbst ergänzt und wandelt". Mit Verweis hierauf s. auch Isensee Rechtfertigung (Fn. 60), 277: "Doch verbraucht sich der Wille des Einzelnen nicht unwiderruflich im gedachten Akt der Staatsgründung. Vielmehr muß er sich im tagtäglichen Plebiszit der nationalen Integration beweisen und erneuern, wenn er seine Legitimitätskraft bewahren soll".

tragen und sich Ertragen aller Bürger".63 Sie ist "Anregung und Schranke"64 der Einheitsbildung unter Anerkennung des Eigenwerts der gesellschaftlichen Vielfalt,65 wie sie u.a. die Grundrechte garantieren.66 Sie ist nicht einseitige Setzung, sondern, mit den Worten von Haverkate, "rechtlich vermittelte Gegenseitigkeitsordnung",67 freilich in einem dynamischen Sinne: Sie ist Ausdruck eines Wertekonsenses als Verfahrensergebnis und zugleich Verfahren immer neuer Integration, in dem Differenzen sozialer Gruppen und Widersprüche offengelegt, verhandelt und einer Lösung zugeführt werden.68

Damit ändern sich auch die Begriffe von Souveränität und Staat: Souveränität ist nicht mehr die (monarchische) Voll-Macht des Staates oder die Urgewalt eines Mythos Volk,69 sondern bedeutet heute Selbstbestimmung des einzelnen als Element der Menschenwürde:70 Staat ist kein "Naturgebilde"71, sondern Zweckverband,72 ein Stück Selbstorga-

⁶³ Häberle Europa (Fn. 50), 90. S. auch schon ders. Verfassung als öffentlicher Prozeß, 3. Aufl. 1998.

⁶⁴ Smend Verfassung (Fn. 62), 195.

⁶⁵ Zur Änderung der Paradigmen in der Postmoderne von "liberté, égalité, fraternité" in diejenigen des Kommunitarismus: "sécurité, diversité et solidarité" vgl. Denninger Menschenrechte und Grundgesetz, 1994; umfassende Beiträge in: Bizer/Koch (Hrsg.), Sicherheit, Vielfalt Solidarität. Ein neues Paradigma des Verfassungsrechts?, 1998; s. auch Fleiner Verfassungsbegriff, Verfassungsziele und Verfassungscharakteristika in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union und in der Europäischen Union, in: Müller-Graff/Riedel (Hrsg.), Verfassungsrecht (Fn. 15), 17, 23, mit der Konsequenz des "Europa der Vielfalt der Kulturen" (ebd 30).

⁶⁶ Zur besonderen Funktion der Grundrechte für die "Verfassung der Vielfalt" vgl. Pernice Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union, DVBI. 2000, 847, 850 f.

⁶⁷ Haverkate Verfassungslehre (Fn. 50), 47 ff.

⁶⁸ Vgl. näher *Shaw* Postnational constitutionalism (Fn. 26), 586 ff., mit einer Beschreibung der "postnational dimension". Die Gegensätzlichkeit von Recht als Wertekonsens und als Verfahrensergebnis, von der *v. Bogdandy*, Zweierlei Verfassungsrecht (Fn. 4), 181 ff., ausgeht, besteht danach nicht.

⁶⁹ Vgl. *Haverkate* Verfassungslehre (Fn. 50), 37: "Mythos Volk" als "schneidende Absage an demokratische Selbstbestimmung, da das Volk ... als metaphysische Größe aufgeführt wird, gegen den empirischen Volkswillen".

⁷⁰ Vgl. auch Rousseau La France, in: Maus/Passelecq (Hrsg.), Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales, 1998, 38, 39: Nicht der Staat sei souverän, "c'est le peuple ou la Nation qui disposent de ce pouvoir ultime de décision libre".

⁷¹ Marcic Recht - Staat - Verfassung. Eine Einführung in die Grundbegriffe und in die österreichische Lebensordnung, 1. Bd. Recht und Staat, 1970, 136f.

⁷² Vgl. treffend Saladin Wozu noch Staaten. Zu den Funktionen eines modernen demokratischen Rechtsstaats in einer zunehmend überstaatlichen Welt, 1995, 45: "gegen die Selbstzwecklichkeit des Staats", mwN., s. auch ebd 100: "Er ist nicht Selbst-

nisation der Gesellschaft.⁷³ Durch die Verfassung im kontraktualistischen Sinne, definiert sich eine auf einem Gebiet ansässige Menschengruppe als Bürger oder Volk⁷⁴ eines auf vereinbarte Werte gegründeten Gemeinwesens, schafft sich Organe, Verfahren etc. zur Erfüllung bestimmter oder nach den Verfahren zu bestimmender Zwecke und macht sich damit zugleich – selbstreflexiv – zum Träger des pouvoir constituant. Treffend sagt Preuß: "Erst der Prozeß der gemeinsamen Verfassungsgebung erzeugt, was die Verfassung voraussetzt, nämlich sich wechselseitig als Gleiche anerkennende "citizens".⁷⁵

III. Europäischer Verfassungsverbund

rechtlichen Akt der Verfassung abstellt.

Was folgt hieraus für Europa? Daß die EU kein Staat ist, kein vorgegebenes Volk hat,76 tut ihrer Verfassungsfähigkeit keinen Abbruch. Die europäischen Verträge erfüllen die wesentlichen Funktionen, die einer Verfassung zukommen: Sie konstituieren, legitimieren, organisie-

litik, in: ders. (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, 1994, 7, 27 ff. Der Einwand von Böckenförde Staat (Fn. 3), 136 f., daß wegen der schon vorausgesetzten Einheit Volk hierin ein Zirkelschluß liege, trägt nicht, wenn man auf den

zweck ... Der moderne Rechtsstaat ist Zweckgebilde, und er ist gerechtfertigt vor allem, sofern und soweit er seine Zwecke erfüllt".

73 Vgl. auch *Hesse* Grundzüge (Fn. 37), Rn 9, der von Industriegesellschaft spricht.

⁷⁴ Vgl. Habermas Postnationale Konstellation (Fn. 25), 99: "In den Grenzen des Territorialstaats konstituiert sich einerseits das Staatsvolk als potentielles Subjekt einer Selbstgesetzgebung demokratisch vereinigter Bürger, andererseits die Gesellschaft als das potentielle Objekt ihrer Einwirkung". S. schon Sieyès Reconnaissance (Fn. 49), 198: "La constitution d'un peuple n'est et ne peut être que la constitution de son gouvernement, et du pouvoir chargé de donner des lois, tant au peuple qu'au gouvernement ... ce n'est point la Nation qu'on constitue, c'est son établissement public. La Nation est l'ensemble des associés ...". Zum Verfassungskonzept des "new constitutionalism" in diesem Sinne Preuß Einleitung: Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Po-

⁷⁵ Preuß Begriff der Verfassung (Fn. 74), 29. Krit. Beaud Propos sceptiques (Fn. 3), 155: Diese Überlegungen "relèvent plus du projet de la société que du droit positif" – aber was ist das positive Recht?, zur EU ebd 158 f.: vor allem fehle es am pouvoir constituant, womit Beaud an Grimms Feststellung anschließt, daß es kein europäisches Volk gebe (s.u. bei Fn. 78).

⁷⁶ Koenig Verfassungsfähigkeit (Fn. 2), 274: Fehlen eines "demokratisch verfaßten und tatsächlich gelebten "Bürgerverbundes", ders. Anmerkung zur Grundordnung der Europäischen Union und ihrem fehlenden "Verfassungsbedürfnis", NVwZ 1996, 549 ff.; daß der Begriff europäisches Volk als die Menge der Unionsbürger durchaus gebraucht werden kann, zeigt Bryde Le peuple européen and the European people, in Auer/Flauss (Hrsg.), Le Référendum Européen, 1997, 251 261 ff., 273.

ren und begrenzen öffentliche Gewalt im Verhältnis der Organe zueinander und auch unmittelbar gegenüber dem einzelnen.⁷⁷ Für Grimm fehlt es am Volk, das sich durch die Verfassung selbst politische Handlungsfähigkeit beilegt; das primäre Gemeinschaftsrecht gehe auf die einzelnen Mitgliedstaaten zurück und bleibe von diesen abhängig: "Während Nationen sich selbst eine Verfassung geben", so führt er aus, "wird der Europäischen Union eine Verfassung von Dritten gegeben".⁷⁸ Aber: Die Staaten sind nicht Dritte gegenüber ihren Bürgern. Der demokratische Staat ist die Organisation seiner Bürger, nur sie können letztlich auch der supranationalen Gemeinschaft Legitimation vermitteln, von ihnen bezieht sie ihre Autorität.⁷⁹ Die EU ist wie der Staat Zweckverband, beides sind komplementäre Instrumente politischer (Selbst-) Steuerung der sich bildenden europäischen Gesellschaft.⁸⁰

Dieser Komplementarität entspricht die verfassungsrechtliche Konstruktion. Im Maastricht-Urteil unterstreicht das Bundesverfassungsgericht die Offenheit des Grundgesetzes für Bindungen "in dem engeren Rechtsverbund einer zwischenstaatlichen Gemeinschaft".⁸¹ Mehrfach hat es auf die funktionale Verschränkung bzw. normative Verklammerung europäischen und nationalen Rechts hingewiesen.⁸² Ich möchte das dadurch begründete System trotz der notwendigen Unterscheidung und formalen Autonomie des nationalen und des europäischen Rechts als Europäischen Verfassungsverbund zu bezeichnen.⁸³ Das heißt, ich ver-

⁷⁷ Insoweit ebenso: *Grimm* Vertrag oder Verfassung, Stw&StP 6 (1995), 512, 514: "Allerdings fehlt es an einer solchen Rechtsbindung der von der Europäische Gemeinschaft ausgeübten öffentlichen Gewalt nicht"; *Steinberg* Grundgesetz (Fn. 132), 366ff., zeigt, daß auch die "fünf Stufen der Verfassung" gegeben sind: Sicherheit, Rechtsstaat, Demokratie, Sozialstaat, und Ökologiegrundsatz.

⁷⁸ Grimm Vertrag (Fn. 77), 516; Koenig Verfassungsfähigkeit (Fn. 2), 268.

⁷⁹ Anders im Akzent *Piris* Verfassung (Fn. 5), 327f.: "Die EU bezieht ihre Autorität nicht unmittelbar von den Bürgern, sondern vielmehr von den Mitgliedstaaten".

⁸⁰ S. dazu Shaw Postnational constitutionalism (Fn. 26), 587 ff.

⁸¹ BVerfGE 89, 155, 183 - Maastricht (Hervorhebung nur hier).

⁸² Vgl. schon BVerfGE 52, 187 (200) – Absatzfonds: "Mitgliedstaatliche Rechtsordnung und Gemeinschaftsrechtsordnung stehen nicht unvermittelt und isoliert nebeneinander; sie sind in vielfältiger Weise aufeinander bezogen, miteinander verschränkt und wechselseitigen Einwirkungen ... geöffnet"; ähnl. BVerfGE 73, 339, 367 – Solange II: "funktionelle Verschränkung" und ebd 384: "normative Verklammerung". S. dazu jetzt Zuleeg Föderative Grundsätze (Fn. 5), 2849.

⁸³ Zum Begriff *Pernice* Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: Bieber/Widmer (Hrsg.), Verfassungsraum (Fn. 19), 225, 261 ff., und *ders.* Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, 27 ff.; weiterführend: *ders.* in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 2. Bd. 1998, Art. 23 Rn 20 ff.; s. auch *Häberle* Gemeineuropäisches Ver-

stehe die Entwicklung des Primärrechts als Verfassungsprozeß (dazu 1.), trotz der völkerrechtlichen Form (dazu 2.), und das entstehende europäisches Verfassungsrecht bildet zusammen mit dem nationalen Verfassungsrecht materiellrechtlich eine Einheit (dazu 3.).

1. Die "Verfassung" der Europäischen Union als Prozeß

Nicht nur der Verfassungsbegriff, sondern auch die geltende Verfassung muß offen sein, wenn es um die Begründung supranationaler öffentlicher Gewalt geht, die den Staat mit seiner Verfassung ergänzt, aber nicht ersetzt. Dieser Wille findet in den Integrationsklauseln Ausdruck. Früher Art. 24 I GG, jetzt präziser und wegen des Verweises auf Art. 79 II und III GG adäquater Art. 23 I GG öffnet das Grundgesetz für die Übertragung von Hoheitsrechten⁸⁴ zur Gründung und Entwicklung der

fassungsrecht (Fn. 19), 396; Scheuing Zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, 1997, 87 ff., 105; Bieber Die Europäisierung des Verfassungsrechts, ebd 71 ff., 93 ff.; Heintzen Verfassungsrecht (Fn. 19), 15 f.; v. Bogdandy Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam, 1999, 13 ff.; Steinberg Landesverfassungsgerichtsbarkeit und Bundesrecht, in: Eichel/Möller (Hrsg.), 50 Jahre Verfassung des Landes Hessen, 1997, 356ff., 360, in bezug auf den Bundesstaat; allg. ders. Grundgesetz und Europäische Verfassung, ZRP 1999, 365, 373; Kadelbach Einheit (Fn. 20), 58; Thürer Föderalistische Verfassungsstrukturen für Europa eine zweite Chance der Entfaltung, Integration 2000, 89, 92; zustimmend auch Zuleeg Frauen in die Bundeswehr, DÖV 1997, 1017, 1027; Wahl Die zweite Phase des öffentlichen Rechts in Deutschland. Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts, Der Staat 38 (1999), 495, 500f.; Eijsbouts Review Essay: Classical and baroque constitutionalisms in the face of Europe, CMLRev. 37 (2000), 213, 218 Schorkopf Homogenität (Fn. 15), 220; entsprechend: Walter Globalisierung (Fn. 30) 8; Hergenhan Le fédéralisme allemand et la construction européenne, Notre Europa (Hrsg.), Problématiques européennes nº 5, 2000, 31; Gutiérrez Gutiérrez, Un orden jurídico para Alemania y Europa, Teoría y Realidad Constitucional 3 (1999), 215, 218; Biaggini, Die Idee der Verfassung - Neuausrichtung im Zeitalter der Globalisierung, ZSR 119 (2000), 445, 467 f.; ders., Eine Verfassung für Europa? Perspektiven europäischer Verfassungstheorie, NZZ Nr. 264 v. 11./ 12. 11. 2000, 57; Pernice/Mayer, De la constitution composée de l'Europe, RTDeur. 36 (2000), 623, 631 ff.

84 Zum Begriff die Arbeiten von Flint Die Übertragung von Hoheitsrechten. Zur Auslegung der Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Art. 24 Abs. 1 GG, 1998, 112ff., 135, der im Übertragungsakt nach Art. 23 I, 24 I GG eine dem Zivilrecht analoge Abtretung sieht: "Unter Übertragung von Hoheitsrechten ist die Übertragung von Hoheitsrechten, d.h. ihre Abtretung zu verstehen"; Rauser Die Übertragung von Hoheitsrechten auf ausländische Staaten. Zugleich ein Beitrag zur Dogmatik des Art. 24 I GG, 1991, insb. S, 45 ff.; Hufeld Die Verfassungsdurchbrechung. Rechtsproblem der Deutschen Einheit und der

Europäischen Union. Ziel ist ein vereintes Europa, in welches sich das deutsche Volk nach der Präambel des Grundgesetzes eingliedern will. "Übertragung" kann vom Staat her gedacht werden, als Delegation von Herrschaft,⁸⁵ aber auch vom Individuum, vom Bürger her als Akt eines originären⁸⁶ Anvertrauens oder Zuweisens von Kompetenz⁸⁷ an die durch den Vertrag geschaffenen Organe.⁸⁸ Im Zustimmungsgesetz manifestiert sich dann der demokratisch gebildete Wille der Bürger, im Einklang mit dem Willen der Bürger der anderen beteiligten Staaten die

europäischen Einigung. Ein Beitrag zur Dogmatik der Verfassungsänderung, 1997; Pernice Art. 23 GG (Fn. 83) Rn 82 ff.

⁸⁵ So insbes. Flint Übertragung (Fn. 84), passim, insbes. 141: "Übertragung von Hoheitsrechten bedeutet Übertragung von Hoheitsrechten, d.h. Abtretung von Bestandteilen der Staatsgewalt ... "Übertragen" steht für Rechtsübertragung im klassisch privatrechtlichen Sinne" und ebd 151 ff.: "Ausdeutung als Abtretung von Hoheitsrechten". Gegen den Delegationsgedanken, weil die EG-Kompetenz immer eine andere ist, als die ursprünglich staatliche: Masclet Diskussionsbeitrag in: Maus/Passalecq (Hrsg.), Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales, 1998, 46, 48 f.

⁸⁶ Vgl. hierzu schon Badura Bewahrung (Fn. 7), 34, 57, mwN.; H.P. Ipsen Gemeinschaftsrecht (Fn. 10), 58 ff.; Oppermann Europarecht (Fn. 15), Rn 616 f.: "genuin europarechtliche" Begründung des Vorrangs; v. Bogdandy/Nettesheim in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Art. 1 EGV (Stand 1994), Rn 9; s. auch Nachw. bei Pernice Deutschland in der Europäischen Union, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII (1992), § 191 Rn 25, mwN.; ders. Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 20; zuletzt Walter Globalisierung (Fn. 30), 12; H. Dreier Kontexte des Grundgesetzes, DVBl. 1999, 667, 677: "selbständige, originäre, also nicht-(mitglied)staatliche Hoheitsgewalt".

⁸⁷ Art. 7 VI der portugiesischen Verfassung formuliert: "Portugal pude ... convencionar o exercício à construçã da união europeia", die belgische Verfassung sagt in Art. 25bis a.F., noch treffender "attribuer", vgl. dazu Delpérée La constitution belge, la constitution luxembourgeoise et le traité sur l'Union européenne, Annuaire de droit luxembourgeois 1992, 15, 20. Zuweisung und Anvertrauen ist verstanden im Sinne von: Hamilton/Madison/Jay The Federalist Papers (1787/88), Federalist No. 46: "The federal and state Governments are in fact but different agents and trustees of the people, instituted with different powers, and designated for different purposes".

⁸⁸ Vgl. schon Pernice Art. 23 GG (Fn. 83) Rn 82 ff.; ders. Konsolidierung (Fn. 5), 224 ff.; s. auch BVerfGE 37, 271, 279 f., wonach die Wendung "Übertragung von Hoheitsrechten" nicht wörtlich genommen werden kann; v. Simson Diskussionsbeitrag, VVDStRL 31 (1973), 129: "grenzüberschreitende Kompetenz, die neu geschaffen wird"; Schwarze Ist das Grundgesetz ein Hindernis auf dem Weg nach Europa?, JZ 1999, 637, 638: "Einbringung zur gemeinsamen Ausübung". S. auch v. Bogdandy The Legal Case for Unity: The European Union as a Single Organization with a Single Legal System, CMLRev. 36 (1999), 886, 899: "This original authority is based on a collective act of the citizens (now of the Union) in which they constituted this authority through the relevant procedures set out in their national constitutions"; s. auch ders. Die Europäische Union als einheitlicher Verband, in: ders./Ehlermann (Hrsg.), Konsolidierung (Fn. 20), 165, 166, 174.

Union zu gründen und zu entwickeln.⁸⁹ Unter den Bedingungen und nach den Verfahren, die die Integrationsklauseln festlegen, sind es die Bürger der Mitgliedstaaten, die durch sukzessive Vertragswerke supranationale Hoheitsgewalt konstituieren, indem sie Organe schaffen, einander zuordnen und mit bestimmten Kompetenzen ausstatten zur verbindlichen Entscheidung gegenüber Mitgliedstaaten, ihren Organe und Bürgern; sie legen Werte und Zielbestimmungen und Beschlußverfahren der europäischen Politik und Rechtsetzung fest, und sie definieren ihren rechtlichen Status als Unionsbürger und machen mit der Festlegung des Verfahrens der Vertragsänderung sich selbst zum Verfassungsgeber und Legitimationssubjekt der EU.

Die europäischen Verträge sind damit, weit weniger fiktiv als normale Verfassungen, Ausdruck eines europäischen contrat social.⁹⁰ Auch sie begründen eine Gegenseitigkeitsordnung zwischen den Menschen,⁹¹ dokumentieren den Willen der Bürger der Mitgliedstaaten, sich zu vertragen, immer neu zu vertragen, für das gemeinsame Wohl, und organisieren den Prozeß einer immer engeren Union, also europäischer Integration. Die Verträge sind "Verfassungsvertrag", freilich nicht im Sinne von Carl Schmitt.⁹² Sie konstituieren Hoheitsgewalt ebenso originär wie eine staatliche Verfassung.⁹³ Die Verfassung der EU thematisiert die Unionsbürgerschaft als ein zwischen den Bürgern der Mitgliedstaa-

⁸⁹ S. auch den Hinweis auf die "legitimierten Vertreter der europäischen Völker", die hinter dem übereinstimmenden Willen der Mitgliedstaaten bei Vertragsschluß stehen, bei *Tsatsos/Schiffauer* Parlamente (Fn. 15), 79.

⁹⁰ Vgl. schon *Pernice* Konsolidierung (Fn. 5), 210 ff.; s. auch *Häberle* Europa (Fn. 50), 95; *Fleiner* Versassungsbegriff (Fn. 65), 17 ff., 31, fordert "übergeordnete Sozialkontrakte", freilich wohl für die Zukunst, nicht als Interpretation des Bestehenden.

⁹¹ Huber Die politischen Parteien als Partizipationsinstrument auf Unionsebene, EuR 1999, 579, 592. S. auch schon ders. Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, in: Drexl/Kreutzer/ Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäische Demokratie, 1999, 27, 52: Charakter der Unionsrechtsordnung als "wechselseitiger Auffang- und Gegenseitigkeitsordnung", wobei freilich wohl an eine Ordnung zwischen Staaten gedacht ist.

⁹² Zur Unterscheidung treffend Walter Globalisierung (Fn. 30), 13.

⁹³ Zum originären Charakter des Gemeinschaftsrechts vgl. schon Badura Bewahrung (Fn. 7), 34, 57, mwN.; Frowein Die Verfassung der Europäischen Union aus Sicht der Mitgliedstaaten, EuR 1995, 315, 319: "unabhängige Ordnungen"; v. Bogdandy/Nettesheim in: Grabitz/Hilf, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 1 EGV (Stand 1994) Rn 9; s. auch Nachw. bei Pernice Deutschland (Fn. 86), Rn 25; ders. Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 20; zuletzt Walter Globalisierung (Fn. 30), 12; v. Bogdandy Unity (Fn. 82), 899: "... it is difficult to contest that they pass on to the institutions original authority through the relevant procedures set out in their national constitutions". S. auch Weiler Enlargment (Fn. 15), Rn 20ff.

ten "auf Dauer angelegtes rechtliches Band"⁹⁴ – und gestaltet sie als Statut rechtlicher Gleichheit aus, ⁹⁵ aber auch als Inbegriff individueller Freiheits- und politischer Mitwirkungsrechte der "postnationalen Demokratie". ⁹⁶

2. Die Form des völkerrechtlichen Vertrags

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und verbreiteter Lehrmeinung dagegen ist die EU völkerrechtliche Schöpfung,⁹⁷ ihre Hoheitsbefugnisse sind abgeleitet⁹⁸ und die innerstaatliche Geltung des Gemeinschaftsrechts gründet sich für den jeweiligen Rechtsakt im Zustimmungsgesetz als Rechtsanwendungsbefehl.⁹⁹

⁹⁴ So BVerfGE 89, 155, 184 - Maastricht.

⁹⁵ Borchardt Der sozialrechtliche Gehalt der Unionsbürgerschaft, Neue Juristische Wochenschrift 2000, 2057; EuGHE 1998, I-7637, Bickel und Franz; s. auch Rossi Das Diskriminierungsverbot nach Art. 12 EGV, EuR 2000, 197. Zur Bedeutung des Gleichheitsgrundsatzes als Grundlage des Europa der Bürger vgl. Lenaerts L'égalité de traitement en droit communautaire, CDE 1991, 3, 25: "principe d'égalité".

⁹⁶ Vgl. Curtin Postnational Democracy (Fn. 26), 48 ff.; zum Begriff "Volk" als "rechtlich bestimmt" im Sinne Kants: vgl. auch Steiger Der Vertrag von Amsterdam: Auf dem Wege zu einer europäischen Republik?, in: Weick (Hrsg.), Competition or Convergence. The future of European Legal Culture, 1999, 43 "daß gerade durch die Konstituierung eines gemeinsamen Repräsentationsorgans das "Volk" aus vielen Menschen unterschiedlichster Völker sich konstituiert".

⁹⁷ S. insbes. BVerfGE 89, 155, 186: "Ermächtigung souverän bleibender Staaten", 107: "Text eines völkerrechtlichen Vertrages", 190: "Staatenverbund, dessen Gemeinschaftsgewalt sich von den Mitgliedstaaten ableitet und ... nur kraft des deutschen Rechtsanwendungsbefehls verbindlich wirken kann", 200: "Der Vertrag über die Europäische Union trifft eine völkerrechtliche Vereinbarung über einen auf Fortentwicklung angelegten mitgliedstaatlichen Verbund"; s. auch BVerfGE 73, 339, 367 f. – Solange II; anders noch BVerfGE 37, 277 f. – Solange I: "Der Senat hält – insoweit in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs – an seiner Rechtsprechung fest, daß das Gemeinschaftsrecht weder Bestandteil der nationalen Rechtsordnung noch Völkerrecht ist, sondern eine eigenständige Rechtsordnung bildet, die aus einer autonomen Rechtsquelle fließt (BVerfGE 22, 293 (296); 31, 145 (173 f.)". Aus der Literatur vgl. Kokott Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, AöR 121 (1996), 599 ff.

⁹⁸ Vgl. BVerfGE 89, 155, 190 – Maastricht; vgl. auch Kirchhof Der Staat im Prozeß europäischer Integration, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII (1992), § 183 Rn 66ff.; besonders deutlich Flint Übertragung (Fn. 84), 112ff., 135, der im Übertragungsakt nach Art. 23 I, 24 I GG eine dem Zivilrecht analoge Abtretung sieht: "Unter Übertragung von Hoheitsrechten ist die Übertragung von Hoheitsrechten, d.h. ihre Abtretung zu verstehen".

⁹⁹ So seit BVerfGE 73, 339, 367f. – Solange II; besonders deutlich BVerfGE 89, 155, 188, 190 – Maastricht: "im deutschen Hoheitsbereich nur kraft des deutschen Rechtsanwendungsbefehls verbindlich wirken kann". Auf der Basis des völkerrechtlichen An-

Dieser Ansatz liegt auch dem Urteil des dänischen Obersten Gerichtshofs zu Maastricht zugrunde, 100 ebenso wie der Rechtsprechung des italienischen 101 und des spanischen Verfassungsgerichts. 102 In der Tat läßt sich die im wesentlichen völkerrechtliche Form von Vertragsverhandlung, Vertragsschluß und Ratifikation nicht leugnen. Auch völkerrechtliche Verträge zwischen demokratischen Staaten beziehen ihre Legitimation letztlich aber aus dem Willen der Bürger der beteiligten Staaten. Aus diesem leiten sich Inhalt, Umfang und Adressaten der Bindungswirkung ab, die in der Regel auf das Rechtssubjekt Staat beschränkt ist.

Diese Distanz oder Mediatisierung¹⁰³ fällt bei der EU weitgehend weg. Der EG-Vertrag durchbricht den Souveränitätspanzer der Staaten¹⁰⁴ und begründet ein unmittelbares Rechtsverhältnis zwischen den Einzelnen und der Union mit ihren Institutionen.¹⁰⁵ Art. 249 II und IV EGV sagt das für die Verordnung und die Entscheidung eindeutig. Art. 81 und 82 EGV zu Kartellverbot und Mißbrauch von Marktmacht

satzes vgl. *U. Fink*, Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, DÖV 1998, 133, 138ff., 140f. Krit. zu Recht *U. Everling*, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, 217, 225 f.

¹⁰⁰ Urteil v. 6.4. 1998 – Maastricht, EuGRZ 1999, 49, 50, 52 (deutsche Übersetzung), ausgehend von einer Einordnung der EG als "internationale Organisation" (Ziff. 9.2), heißt es dort (Ziff. 9.6 aE.), daß in einer Ausnahmesituation europäische Rechtsakte außerhalb der vom Beitrittsgesetz bewirkten Souveränitätsübertragung von dänischen Gerichten für unanwendbar erklärt werden können. Positiv zu der hier gefundenen Lösung: Schwarze Hindernis (Fn. 88), 641.

¹⁰¹ Corte Costituzionale, Entscheidung Nr. 183/73 - Frontini, Foro italiano, 1974, I, 314; CC Entscheidung Nr. 232/89 - Spa Fragd, Foro italiano, I, 1990, 1855

¹⁰² Vgl. etwa García de Enterría/Alonso García Spanish Report, in: Schwarze (Hrsg.), Entstehung (Fn. 12), 287, 297; ferner: Estella de Noriega, A Dissident Voice: The Spanish Constitutional Court Case Law on European Integration, EPL 1999, 269.

¹⁰³ Vgl. etwa K. Ipsen, Völkerrecht, 4. Aufl. 1999, § 7 Rn 1 ff.; Bleckmann Nationales und europäisches Souveränitätsverständnis. Strukturalistisches Modelldenken im Europäischen Gemeinschaftsrecht und im Völkerrecht, in: Ress (Hrsg.), Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980, 33, 37 f., 48. Von "Impermeabilität der Souveränität der Staaten spricht Stern Staatsrecht (Fn. 1), 478. Zur internationalen Organisation als Union zwischen Staaten vgl. etwa Verdross/Simma Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, 462 f.; Nguyen Quock/Daillier/Pellet Droit International Public, 5. Aufl. 1995, 558 ff.; zur "Impermeabilität der Souveränität der Staaten" s. auch Stern Staatsrecht (Fn. 1), 478.

¹⁰⁴ Zum Begriff vgl. *Bleckmann* Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980, 57; *ders.* Europarecht, 1. Aufl. 1976, 172 schreibt den Begriff noch *Ipsen* zu.

¹⁰⁵ Besonders deutlich EuGHE 1978, 629, 644 - Simmenthal II: die Bestimmungen des EG-Rechts sind "unmittelbare Quelle von Rechten und Pflichten".

weisen vom Wortlaut her in dieselbe Richtung. 106 Daß allein die Rechtsprechung zur unmittelbaren Anwendbarkeit 107 das Primärrecht im Sinne eines Konstitutionalisierungsprozesses vom Völkerrecht in Verfassungsrecht gewandelt habe, 108 trifft so im Ansatz nicht zu. Der den Charakter der neugeschaffenen Rechtsordnung prägende "Durchgriff", die Stellung des Bürgers als Rechts- und Pflichtensubjekt ist im Vertrag von Anfang an angelegt, wenn auch die folgende Rechtsprechung 109 und die Änderungen des Primärrechts die subjektiven Rechte und vor allem die Stellung des Bürgers unmittelbar als Legitimationssubjekt, aber auch als Hüter des Rechts 110 schrittweise verstärkt haben: Grundrechtsjudikatur und Staatshaftung, 111 Unionsbürgerschaft, Direktwahl und Mitentscheidung des Parlaments mögen als Stichworte genügen.

¹⁰⁶ Zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Art. 82 EGV vgl. EuGHE 1989, 803, 848 – Ahmed Saeed; Art. 81 EGV wurde noch in EuGHE 1962, 67, 111 – Bosch mangels Konkretisierung des Freistellungsverfahrens für nicht unmittelbar anwendbar erklärt, zur heutigen Situation vgl. Pernice in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Kommentar zur Europäischen Union, Art. 87 EGV (Stand 1997), Rn 3 ff.

¹⁰⁷ Grundlegend: EuGHE 1963, 1, 25 - van Gend & Loos. S. auch die Übersicht zuletzt bei Oppermann Europarecht (Fn. 15), Rn 556, 630 mwN.

¹⁰⁸ Vgl. Weiler The Transformation of Europe, Yale Law Journal 100 (1991), 2403, 2422 ff. jetzt auch in ders. The Constitution of Europe, 1999, 10, 19 ff.; s. auch Oeter Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozeß, ZaöRV 59 (1999), 901 ff.; Chalmers European Union. Law and EU Government, vol. 1, 1998, 271 ff., 276 f., mit Kritik ebd 326 ff.: "The Court of Justice has overstepped the functions of a court". Daß die These der "constitutionalisation" auf einem Mißverständnis des modernen Völkerrechts beruhe, argumentiert Spiermann The Other Side of the Story: An Unpopular Essay on the Making of the European Community Legal Order, EJIL 10 (1999), 763 ff.

¹⁰⁹ Grundlegend: EuGHE 1962, 1, 24 ff. Van Gend & Loos, mit einem Versuch der Dogmatik Kingreen/Störmer, Die subjektiv-öffentlichen Rechte des primären Gemeinschaftsrechts, EuR 1998, 263 ff.; s. auch schon Pernice, Grundrechtsgehalte im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990, 25 ff., 65 ff., 70 ff. passim. Zum Zusammenspiel mit den nationalen Gerichten bei der Verwirklichung dieser subjektiv-öffentlichen Rechte s. Slaughter/Sweet/Weiler The European Court and National Courts – Doctrine and Jurisprudence, 1998.

¹¹⁰ Vgl. den Überblick bei Rodriguez Iglesias Judicial Protection of the Citizen under European Law, in: Markesinis (Hrsg.), The Coming Together of the Common Law and the Civil Law. The Clifford Chance Millennium Lectures, 2000, 195: Des Gerichtshofs "decisive role in shaping the European Community as a Community of law and as a Community of peoples and citizens who are each holders of a set of rights to be protected"; eingehend: Masing Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, 1997.

¹¹¹ Grundlegend: EuGHE 1991, I-5357 – Francovich; s. auch Jarass Haftung für die Verletzung von EU-Recht durch nationale Organe und Amtsträger, NJW 1994, 881; Streinz Staatshaftung bei Verletzungen primären Gemeinschaftsrechts durch die Bundesrepublik Deutschland, EuZW 1993, 599.

Das nationale Zustimmungsgesetz ist damit nicht Rechtsanwendungsbefehl,¹¹² nicht die "Brücke", über welche allein das Europarecht die staatliche Rechtsordnung erreichen kann,113 schon gar nicht Grundlage einer "Transformation" in das innerstaatliche Recht. 114 wohl aber Form der Teilnahme am europäischen Gesellschaftsvertrag über die Verfassung, deren Normen aus sich heraus unmittelbar gegenüber dem Bürger gelten. In diesem Sinne ist Art. 48 EUV ein Verfahren zur Verfassungsänderung, nicht zum völkerrechtlichen Vertragsschluß. 115 Er sieht nicht nur die Verhandlung durch eine Regierungskonferenz und die Annahme jeder Vertragsrevision gemäß den verfassungsrechtlichen Bestimmungen der Mitgliedstaaten vor, sondern auch die Mitwirkung der EG-Organe einschließlich des Parlaments. 116 Die Erweiterung der EG nach Art. 49 EUV bedarf sogar der Zustimmung des Europäischen Parlaments. Insofern führt das vom völkerrechtlichen Souveränitätsdenken geprägte Bild, die Mitgliedstaaten seien nach wie vor die "Herren der Verträge",117 in die Irre; sie sind weder Herren, noch Herren der Verträge, 118 ja sie sind,

¹¹² So aber BVerfGE 89, 155, 190; ihm folgend die wohl hM., s. etwa *Streinz* Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rn 203 ff.; *P.M. Huber* Recht der europäischen Integration, 1996, § 5 Rn 24.

¹¹³ In diesem Sinne aber *Kirchhof* Integration (Fn. 98), Rn 65. Dagegen treffend *Everling* Rechtsfortbildung (Fn. 100), 225 f.

¹¹⁴ So Fink Staatlichkeit (Fn. 99), 140; wie hier: Oppermann Europarecht (Fn. 15), Rn 616.

¹¹⁵ Mit dem Hinweis auf Art. 48 EUV auch Lenaerts Respect for Fundamental Rights as a Constitutional Principle of the European Union, CJEL 6 (2000), 1, 2: "the Community legal order's constituent power – namely, the Intergovernmental Conference which has authority under Article 48 (ex Article N) of the Treaty on European Union to amend the Treaties on which the Union is founded". Treffender noch v. Bogdandy Supranationaler Föderalismus (Fn. 83), 42 f.: "Dieses Verfahren führt zu einem Gesamtakt gem. Art. N EUV n.F., in dem die Unionsbürger über die einschlägigen Verfahren sämtlicher mitgliedstaatlicher Verfassungen ihre Zustimmung erklären".

¹¹⁶ Vgl. schon *Thieme* Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften, VVDStRL18 (1960), 50 72f.

¹¹⁷ So etwa: BVerfGE 75, 223, 242 – Kloppenburg, BVerfGE 89, 155, 190 – Maastricht; ähnl. der dänische Oberste Gerichtshof, im Urteil v. 6.4. 1998 – Maastricht, EuGRZ 1999, 49, 50 (deutsche Übersetzung), Ziff. 9.2; s. auch etwa Steinberger Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Union, VVDStRL 50 (1991), 9, 16f. mit Fn. 21; Klein Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 56, 59; P.M. Huber, Recht der europäischen Integration, 1996, § 5 Rn 4ff., 19, Hertel Supranationalität (Fn. 3), 119 ff.; Kaufmann Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund, Der Staat 36 (1997), 521, 532: "Herren der Verfassung der EU"; Hartley Constitutional Problems (Fn. 41), 163.

¹¹⁸ Krit. auch Everling Sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften noch Herren der Verträge?, FS Mosler, 1983, 173 ff.; ders. Zur Stellung der Mitgliedstaa-

wie noch zu zeigen sein wird, nicht einmal mehr Herren ihrer eigenen Verfassungen.¹¹⁹

3. Materielle Einheit von europäischem und nationalem Verfassungsrecht

In völkerrechtlicher Tradition werden das Recht der EG und das nationale Recht als zwei getrennte, autonome Rechtsordnungen betrachtet. Indessen betont der Gerichtshof schon im Urteil Costa/ENEL, daß die Rechtsordnung der EG mit dem Inkrafttreten des EWG-Vertrags "in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen worden und von ihren Gerichten anzuwenden ist". Intoz der Autonomie der verschiedenen Rechtsquellen sind wegen der unmittelbaren Geltung des Gemeinschaftsrechts Legitimationssubjekt und Adressaten für jeden Mitgliedstaat dieselben Bürger. Europäische und nationale Verfassungen stellen Teilordnungen eines einheitlichen Systems dar, das für jeden Einzelfall letztlich eine rechtliche Lösung produziert. Wenn

ten der Europäischen Union als Herren der Verträge, in: FS Bernhardt, 1995, 1161 ff.; v. Bogdandy Skizzen (Fn. 28), 28; Häberle Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft, DVBl. 2000, 840, 846; weitere Nachw. bei Pernice Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 21. 119 Vgl. schon Pernice Bestandssicherung (Fn. 83), 263.

¹²⁰ Grundlegend EuGHE 1963, 1, 25 – Van Gend & Loos: "Neue Rechtsordnung des Völkerrechts"; EuGHE 1964, 1253, 1270 – Costa/ENEL, spricht von einer "autonomen Rechtsquelle", Frowein Verfassung (Fn. 93), 319: "unabhängige Ordnungen"; s. auch Grussmann Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäische Integration, in: v. Danwitz u.a. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit, 1993, 47, 56ff., 58ff., der das Nebeneinander zweier Grundnormen annimmt, womit ein Geltungskonflikt zwischen beiden Rechtsordnungen ausgeschlossen ist, ein "Verpflichtungskonflikt" aber durchaus bestehen kann. Sehr deutlich jetzt auch Frank Altes und Neues zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor staatlichem Recht, ZÖR 55 (2000), 1, 3 ff.

¹²¹ EuGHE 1964, 1253, 1269 – Costa/ENEL. Vgl. auch Hallstein Der unvollendete Bundesstaat, 1969, 35f.: "Träger der Gemeinschaft ist auch der Einzelne. Ihre Rechtsordnung geht ihn immer stärker unmittelbar an. Sie verleiht ihm Rechte und legt ihm Pflichten auf, so daß er als Staatsbürger und als Angehöriger der Gemeinschaft Rechtsordnungen verschiedener Abstufung unterworfen ist – so wie das aus den bundesstaatlichen Verfassungen bekannt ist."

¹²² Besonders deutlich in: EuGHE 1978, 629, 644f. – Simmenthal II, wonach sogar "ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte insoweit verhindert wird, als diese mit Gemeinschaftsnormen unvereinbar wären"; daß die unmittelbare Geltung eine Kollision zwischen beiden Rechtsordnungen erst möglich macht, betont zu Recht Mayer Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultravires-Akte in Mehrebenensystemen. Eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA, 2000, 74.

die Struktursicherungsklausel in Art. 23 I 1 GG fordert, daß die EU "föderativen Grundsätzen" entspricht, so ist damit nicht nur die Wahrung der nationalen Staatlichkeit und Identität gemeint, sondern auch der rechtliche Zusammenhalt, die Einheit, wie Zuleeg sagt, zweier Handlungsebenen im rechtlichen Verbund.¹²³

Der Begriff Europäischer Verfassungsverbund soll die Staaten und ihre supranationalen Einbindungen in ihrer Gesamtheit erfassen.¹²⁴ Vom Bürger aus gesehen ist die europäische Verfassung ein Mehrebenensystem, verfaßt und strukturiert gemäß unterschiedlich umfassenden Aufgabenstellungen im Sinne eines "multilevel constitutionalism".¹²⁵ Nationale und europäische Verfassungsebene verbinden sich in ihrem Aufeinander-Angewiesensein¹²⁶ zu einem einheitlichen System, euro-

¹²³ In dieser Richtung jetzt Zuleeg Die föderativen Grundsätze (Fn. 5), 2846ff.; entsprechend kann Steinberg Landesverfassungsgerichtsbarkeit (Fn. 83), 360, auch im Bund-Länder-Verhältnis von Verfassungsverbund sprechen. Treffend der revidierte Entwurf einer Entschließung der Kommission Institutionelle Fragen des Ausschusses der Regionen "Für eine Europäische Verfassung" Berichterstatterin Bresco CdR 152/99 rev. 1 (DE/IT) MV/DC/hi, vom 28. September 1999, Ziff. 5: "Die Hoheitsgewalt liegt in den Händen der Bürger, die das Recht haben, die Regierungsaufgaben den Institutionen zu übertragen, die sie am besten wahrnehmen können, sei es auf lokaler, regionaler, nationaler oder europäischer Ebene. Die Bürger Europas brauchen eine Union mit Institutionen, die imstande sind, die Aufgaben zu erfüllen, die die Mitgliedstaaten allein nicht mehr bewältigen können".

¹²⁴ Vgl. Thürer Verfassungsstaat (Fn. 23), 126, mit der Forderung nach einer Verfassungstheorie, Verfassungspolitik und Verfassungsdogmatik, die dies leistet. H.P. Ipsen Europäische Verfassung (Fn. 11), 211, spricht von einem: "Verfassungssystem der Politikverflechtung, wie es in dieser Weise bislang verfassungstheoretisch nicht beschrieben ist und sich in der Integration entwickelt".

¹²⁵ Vgl. Pernice Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and "Multilevel Constitutionalism", in: Riedel (Hrsg.), German Reports on Public Law Presented to the XV. International Congress on Comparative Law, Bristol, 26 July to 1 August 1998, 1998, 40-65, auch veröffentlicht in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.), Grundfragen der europäischen Verfassungsentwicklung, Forum Constitutionis Europae – Bd. 1, 2000, 11-36; ders. Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 20ff.; ders. Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?, CMLRev. 36 (1999), 703 ff.; s. jetzt auch Schuppert Legitimation (Fn. 25) 75; Thürer Verfassungsstrukturen (Fn. 83), 92; Schuppert, Anforderungen an eine Europäische Verfassung, in: Klingemann/Neidhardt, Zur Zukunft der Demokratie. Herausforderungen im Zeitalter der Globalisierung, 2000, 237, 256ff.; vgl. auch v. Bogdandy, A Bird's Eye View on the Science of European Law: Structures, Debates and Development Prospects of Basic Research on the Law of the European Union in a German Perspective, ELJ 6 (2000), 208, 226f.; Bauer, Europäisierung des Verfassungsrechts, JBl. 2000, 749 (751).

¹²⁶ Vgl. auch Schwarze Einführung, in: ders. (Hrsg.), Entstehung (Fn. 12), 11, 12: Das "Verhältnis sachlicher Verbindung und wechselseitiger Abhängigkeit von nationalem

päisches und nationales Verfassungsrecht bilden materiellrechtlich eine Einheit. 127 "Aus dem Zusammenspiel von nationalem Verfassungsrecht und grundlegenden Normen des europäischen Gemeinschaftsrechts" entsteht nach Schwarze eine "europäische Verfassungsordnung", 128 andere sprechen von einem "System der Verfassungsverflechtung", 129 von "Souveränitätsverbund", 130 oder "Verfassungsgemeinschaft", 131 und Steinberg nennt das Grundgesetz Teil der "Gesamtverfassung der Europäischen Union". 132

Bauprinzip dieser Verfassung ist die Subsidiarität,¹³³ Ziel die Sicherung von Frieden, Freiheit und nachhaltiger Entwicklung, sowie der

und europäischem Verfassungsrecht ist zu einem, wenn nicht gar zu dem maßgeblichen Gesichtspunkt moderner Verfassungsentwicklung geworden"; s. auch ders. Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, ebd 463, 464ff.; ähnl. Piris Constitution (Fn. 15): "I'UE est, et demeurera sans doute, presqu'entièrement dépendante de ses Etats membres et de leurs instances législatives, exécutives, administratives et judiciaires en premier lieu, pour inspirer les règles qu'elle adopte et, en second lieu, pour appliquer des règles et veiller à leur application".

¹²⁷ Vgl. schon *Pernice* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 53 (1994), 247; in diesem Sinne auch *P.M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, 1996, § 9 Rn 5ff., 12. Die Verbindung macht auch deutlich: *Masclet* Diskussionsbeitrag (Fn. 85), 49: Die Gemeinschaft "ne nous est pas étrangère, elle n'est pas 'autre' par rapport aux États. Elle est une partie des États eux-mêmes, de même que les États sont présents dans les institutions de l'Union européenne.

¹²⁸ Schwarze Einführung (Fn. 126), 14. Anders M. Kaufmann, Permanente Verfassungsgebung (Fn. 117), 530 ff., 546, der im Respekt der Staatlichkeit der Mitgliedstaaten ein "einheitliches System" nur aus der Sicht jeweils der Bürger der Mitgliedstaaten annimmt.

¹²⁹ Bieber Verfassungsentwicklung (Fn. 15), 215.

¹³⁰ Magiera Diskussionsbeitrag, VVDStRL 53 (1994), 137, 138

¹³¹ Häberle Werdende Verfassungsgemeinschaft (Fn. 118), 841, der den möglichen Schritt von den Teilverfassungen zur "europäischen Vollverfassung" aber erst für die Zukunft erwartet, "kraft des pouvoir constituant von mindestens 15 Völkern Europas, die "ein" (multiethnisches) Volk werden?" (ebd 846).

¹³² Steinberg Grundgesetz (Fn. 83), 366ff., 371 ff.

¹³³ Ähnl. Chiti, Das Ziel der europäischen Integration: Staat, internationale Union oder "monstro simile"? in: Nettesheim/Schiera, Der integrierte Staat, 1999, 177, 192. – Subsidiarität freilich als Zuweisungsregel, nicht allein als Kriterium der Kompetenzausübung iSd. Art. 5 II EGV, vgl. dazu das Protokoll Nr. 21 zum Amsterdamer Vertrag, über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit; s. auch Hartley Constitutional Problems (Fn. 41), 163.84ff., mit nützlichen Kriterien: mutual concessions, uniformity as an end in itself, transnational problems need transnational solutions, solidarity: joint action can achieve more (ebd 88ff.); zur praktischen Anwendung vgl. v. Borries/Hauschild Implementing the Subsidiarity Principle, ColJEL 5 (1999), 369ff.; eingehend Calliess Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union. Vorgaben für die Anwendung von Art. 5 (ex Art. 3b)EWGV nach dem Vertrag von Amsterdam, 2. Aufl. 1999.

(Rück-)Gewinn an Handlungsfähigkeit, Effizienz und demokratischer Kontrolle durch gemeinsames Handeln auf überstaatlicher Ebene. Die Ausübung der Souveränität wird auf zwei Ebenen verteilt: Geteilte Souveränität¹³⁴ heißt "gemeinsame Souveränität" der Bürger auf europäischer Ebene,¹³⁵ vertikale Gewalten- und Funktionenteilung, Aufgaben- und Arbeitsteilung im Dienste der Bürger, organisiert und strukturiert durch die europäische Mehrebenenverfassung.¹³⁶

Der in der österreichischen Lehre verwendete Begriff der Doppelverfassung¹³⁷ trägt der gegenseitigen Ergänzung und Abhängigkeit, dem fragmentarischen Charakter beider Ebenen¹³⁸ ebenso wenig Rechnung, wie das in Irland verwendete Bild der "second constitution" oder das

¹³⁴ Frowein Verfassung (Fn. 93), 318, 320: "Ausgliederung von Teilsouveränitäten", die "Europäische Union soll echte eigene Zuständigkeiten, Teilsouveränitäten, ausüben ...". Von "Souveränitätsteilung von Europa und Nationalstaat" spricht Fischer Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, in: Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Reformen zur Erweiterung der Europäischen Union, 2000, 171, 177 (Rn 33 f., 38), auch in: Integration 2000, 149, 153 f.; aus irischer Sicht: Whelan National Sovereignty in the European Union, in: Murphy/Twomey (Hrsg.), Ireland (Fn. 46), 277, 287 ff., 292: "arguments ... for acceptance in Irish constitutional law of the partial, autonomous sovereignty of the Community legal order". Krit. Hobe Der kooperationsoffene Verfassungsstaat, Der Staat 37 (1998), 521, 545: Keine "Teilung von Souveränität bzw. Staatsgewalt; diese ist und bleibt, wie bereits Jean Bodin zutreffend erkannt hat, unteilbar".

135 Chirac Notre Europe – Discours prononcé par Monsieur Jacques Chirac, Président

de la République Française devant le Bundestag, 27.6.2000, www.botschaft-frankreich.de, 12., abgedr. in: FAZ Nr. 147 v. 28.6.2000, 10, 11: mit EZB, EuGH und Mehrheitsentscheidungen im Rat bestehen bereits jetzt in der EU "Elemente einer gemeinsamen Souveränität". *Masclet* Diskussionsbeitrag (Fn. 85), 49, regt ein Nachdenken über eine "souveraineté partagée" oder "l'exercice en commun de la souveraineté" an.

¹³⁶ Zur Nutzung der Mehrebenenmetapher im europäischen Rahmen vgl. Jachten-fuchs/Kohler-Koch Einleitung: Regieren im dynamischen Mehrebenensystem, in: dies. (Hrsg.), Europäische Integration, 1996, 15 ff.; Zürn Regieren jenseits des Nationalstaats, 1998, 234f.; Harding The Identity of European Law: Mapping Out the European Legal Space, ELJ 6 (2000), 129, 144f.; zur ihrer Anwendung im juristischen Kontext s. jetzt Mayer Kompetenzüberschreitung (Fn. 122), 35 ff.

¹³⁷ Vgl. Pernthaler Die neue Doppelverfassung Österreichs, in: FS G. Winkler, 1997, 773 ff., und Öhlinger Die Verfassung im Schmelztiegel der europäischen Integration: Österreichs neue Doppelverfassung, in: ders., Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, 1999, 165 ff., 215 f. Ähnlich zur "doppelten Verfaßtheit der Bürger Europas" Läufer Zur künftigen Verfassung der Europäischen Union – Notwendigkeit einer offenen Debatte, Integration 1994, 204, 208, sowie Schröder Demokratie, Transparenz und die Regierungskonferenz – Überlegungen zur Legitimität der Europäischen Union, KritV 1998, 423, 439 – wobei freilich nicht die Bürger, sondern die Staaten bzw. die EU "verfaßt" sind.

¹³⁸ So besonders deutlich: v. Bogdandy Zweierlei Verfassungsrecht (Fn. 5), 166, 171.

der "dualen Verfassung" in Frankreich.¹³⁹ Als Komplementär-¹⁴⁰ oder Teilverfassung¹⁴¹ verbindet das europäische Primärrecht die Vielfalt der nationalen Verfassungen zur Einheit der europäischen Verfassung. In jedem Mitgliedstaat gilt "zweierlei Verfassungsrecht",¹⁴² aber als Komponenten eines Systems. Art. 79 III GG steht dem nicht entgegen,¹⁴³ denn nach der Präambel und Art. 23 I GG ist die im Grundgesetz vorausgesetzte Staatlichkeit diejenige eines Gliedes in einem vereinten Europa.¹⁴⁴

IV. Rechtliche Konsequenzen

Was folgt aus all dem? Die wenigsten Bürger der sechs Gründerstaaten haben sich 1957 als Verfassungsgeber der neuen europäischen Ordnung gefühlt, vielleicht niemand. Und doch: Was entstand und sich entwickelte, kann in den beteiligten Demokratien niemand anders zugerechnet werden, als den Bürgern. In ihrer doppelten Identität sind sie Staats- und Unionsbürger, von ihnen geht in der "Mehrebenendemokratie"¹⁴⁵ die Legitimation für beide Ebenen aus. ¹⁴⁶ Dem entspricht eine

¹³⁹ In diesem Sinne auch O'Leary The Reciprocal Relationship Between Irish Constitutional Law and the Law of the European Communities, in: Murphy/Twomey (Hrsg.), Ireland (Fn. 46), 293, mit Verweis auf Henchy The Irish Constitution and the EEC, DULJ 1977, 20, 21, 23: "It is as if the people of Ireland had adopted Community law as a second but transcendent Constitution". Zu Frankreich vgl. J.F. Flauss, Wechselwirkungen (Fn. 12), S. 34.

¹⁴⁰ Zum Begriff s. schon Läufer Verfassung (Fn. 137), 209.

¹⁴¹ Frowein Verfassung (Fn. 93), 318: "Wir haben in allen Unionsstaaten eine gleichermaßen geltende Teilverfassung für die ausgegliederten Souveränitätsrechte". Von den staatlichen Verfassungen als "Teilordnungen" spricht auch Häberle Verfassungslehre (Fn. 24), 13; ders. Verfassungsgemeinschaft (Fn. 118), 841: "Teilverfassungen bzw. sektorenhafte Verfassungsverträge".

¹⁴² Vgl. v. Bogdandy Zweierlei Verfassungsrecht (Fn. 5), 167.

¹⁴³ Kaufmann Permanente Verfassungsgebung (Fn. 117), 528, hält "diese Konstruktion aus Sicht des Grundgesetzes wegen Verstoßes gegen Art. 79 Abs. 3 GG (für) verfassungswidrig, da sie gegen dessen kardinales Schutzgut der souveränen Staatlichkeit verstößt". Ähnlich dürfte Kirchhof Integration (Fn. 98), § 183 Rn 57, denken, wenn er feststellt: "Die Staatlichkeit Deutschlands steht im Rahmen der europäischen Einigung nicht zur Disposition".

¹⁴⁴ Vgl. schon *Pernice* Deutschland (Fn. 86), Rn 20ff.; *ders.* Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 18f.; vorsichtiger noch *H.P. Ipsen* Europäische Verfassung (Fn. 11), 198: "deutsche "Identität" ... als eine zur internationalen Öffnung bereite Staatlichkeit".

¹⁴⁵ Vgl. *Di Fabio* Recht (Fn. 23), 139 ff.; *ders*. Eine europäische Charta, JZ 2000, 737, 741 ff.

¹⁴⁶ Krit. noch *H.P. Ipsen* Europäische Verfassung (Fn. 11), 206; von den Staaten bzw. Völkern ausgehend: *Kaufmann* Demokratieprinzip (Fn. 34), insbes. 337 ff., 347 ff.; daß

doppelte Loyalität: Wie sich die nationalen Richter auch als europäische Richter verstehen müssen,¹⁴⁷ ist jeder Beamte der nationalen Verwaltung in der Anwendung des Gemeinschaftsrechts funktional auch europäischer Beamter,¹⁴⁸ jede Regierung verantwortet als Mitglied im Rat die europäische Politik mit, und als Kreations- und Kontrollorgane sind die nationalen Parlamente auch europäische Parlamente,¹⁴⁹ so wie die nationalen Parlamentswahlen je nach Bedeutung der europäischen

aber der einzelne, nicht ein Kollektiv "Volk" Bezugspunkt der Demokratie ist, betont treffend P.M. Huber Parteien (Fn. 91), 580f., 586. S. auch Steinberg Grundgesetz (Fn. 83), 368 ff.; Bryde Le peuple européen and the European people, in: Auer/Flauss (Hrsg.), Référendum (Fn. 3), 251 ff.; mit Verweis auf Rousseau: Piris Constitution (Fn. 15), 611: "Il n'y a plus, aujourd'hui, de Français, d'Allemands, d'Espagnols, d'Anglais même, quoi qu'on dise: il n'y a que des Européens" (Considérations sur le gouvernement de Pologne, et sur sa réformation projetée, avr. 1772).

147 Vgl. Pernice Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 26ff.; ders. Multilevel Constitutionalism (Fn. 125), 724; entsprechend benutzen Weiler/Slaughter/Sweet Prologue - The European Courts of Justice, in: Slaughter/Sweet/Weiler The European Court (Fn. 109), v. ausdrücklich den Plural "Courts of Justice"; s. auch Nowak, Das Verhältnis zwischen zentralem und dezentralem Individualrechtsschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht - Verwirrspiel zwischen Wechselwirkung und Beziehungslosigkeit -, EuR 2000, 724, 725: "nationale Gerichte als "Gemeinschaftsgerichte" im funktionalen Sinn"; s. auch Hirsch Kompetenzverteilung zwischen EuGH und nationaler Gerichtsbarkeit, NVwZ 1998, 907, 910; Temple. Lang The Duties of National Courts under Community Constitutional Law, ELRev. 22 (1997), 3: "Every national court in the European Community is now a Community law court"; Rideau Rapport introductif, in: Maus/Passalecq (Hrsg.), Le traité d'Amsterdam face aux constitutions nationales, 1998, 12, 13. Folge ist etwa die Verwerfungsbefugnis bzw. -pflicht gegenüber gemeinschaftswidrigem nationalem Recht vgl. BVerfGE 31, 145, 174 - Milchpulver. Vgl. auch Streinz Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rn 223a; Pietzker Zur Nichtanwendung europarechtswidriger Gesetze seitens der Verwaltung, FS Everling, 1995, 1095.

148 H.P. Ipsen Europäische Verfassung (Fn. 11), 210, spricht von "Indienststellung" des nationalen Systems für die Durchsetzung der Gemeinschaftsrechtsordnung"; zur "dual capacity", in der die nationalen Zentralbanken handeln, vgl. Smits The European Central Bank, 1997, 94; ähnl. Louis CMLRev. 35 (1998), 33, 50f., 73: "NCB's are agents of the System, in the implementation of tasks related to it". Die Folge der europäischen Loyalität nationaler Behörden ist, daß die Verantwortung bzw. Haftung für ihr Handeln "im Dienste der EG" auf die EG übergeht, vgl. EuGHE 1986, 753, 768 Rn 21 ff. – Krohn: Handeln der BALM auf Weisung der Kommission. Vgl. EuGHE 1989, 1839, 1869 ff. – Costanzo. Zur Verwerfungskompetenz der Verwaltung in diesem Sinne: Streinz Vollzug des Europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII (1992), § 182 Rn 64; s. auch Pernice Deutschland (86), Rn 25; ders. Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 23 ff.; Pernice/Kadelbach Verfahren und Sanktionen im Wirtschaftsverwaltungsrecht, DVBI. 1996, 1100; ablehnend: Frank Vorrang (Fn. 120), 41 ff.

¹⁴⁹ Über sie läuft, trotz des wachsenden Einflusses des Europäischen Parlaments, die primäre Legitimation für die Rechtsetzung der EG BVerfGE 89, 155, 185 f. – *Maastricht*.

Gesetzgebung für das innerstaatliche Recht, mehr und mehr zu den wirklichen Europawahlen werden.¹⁵⁰ Nationale Loyalitätsverhältnisse verknüpfen sich mit europäischen,¹⁵¹ nationale Werte und Grundrechte mit europäischen, nationale Politik mit europäischer. Es geht darum, diese Doppelung von Identität und Loyalität bewußt zu machen, verfassungstheoretisch zu erklären und die Konsequenzen auszuloten. Ich beschränke mich auf fünf Aspekte, für die die Deutung des europäischen Systems als Verfassungsverbund einen Erklärungswert haben könnte:

1. Doppelwirkung der Vertragsänderung

Erstens: Die Gründung und Entwicklung der EG bzw. EU bewirkt bekanntermaßen die materielle Änderung, eine Mutation der nationalen Verfassung. Die Entwicklung der Europäischen Union wird daher als "Bestandteil des Verfassungsprozesses der Mitgliedstaaten" angesehen. 153 Nach Frowein besteht ein "dialektisches Verhältnis zwischen der nationalen und der europäischen Verfassungsentwicklung". 154 Konse-

¹⁵⁰ Daß Demokratie in Europa über zwei Stränge laufen muß und die nationalen Parlamente dabei eine wesentliche Rolle spielen, betonen etwa BVerfGE 89, 155, 184 ff.; Di Fabio Charta (Fn. 145), 742; P.M. Huber Demokratie (Fn. 91), 53 ff.; ders. Parteien (Fn. 91), 593 ff.; s. auch schon Pernice Maastricht, Staat und Demokratie, Die Verwaltung 1993, 449, 488 ff.

¹⁵¹ Die "europäische Loyalität" schließt die Beachtung der "objektiven" Wirkung nicht umgesetzter Richtlinien ein, vgl. dazu EuGHE 1995, I-2189 – Großkrotzenburg, Rn 26; dazu Erbguth/Stollmann Die Bindung der Verwaltung an die FFH-Richtlinie, DVBI. 1997, 453, 455; Calliess Zur unmittelbaren Wirkung der EG-Richtlinie über die UVP und ihrer Umsetzung im deutschen Immissionsschutzrecht, NVwZ 1996, 339; Epiney Unmittelbare Anwendbarkeit und objektive Wirkung von Richtlinien, DVBI. 1996, 409, 412.

¹⁵² BVerfGE 58, 1, 36: "Eingriff in und eine Veränderung der verfassungsrechtlich festgelegten Zuständigkeitsordnung und damit materiell eine Verfassungsänderung". Zum Gedanken der Mutation: *H.P. Ipsen* Als Bundesstaat in der Gemeinschaft, in: FS Hallstein, 1966, 248, 264; *ders.* Europäische Verfassung (Fn. 11), 202; *Tomuschat* Die staatsrechtliche Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII (1992), § 172 Rn 72: "Mutation der Staatsverfassung durch Integration"; konkret für das Kommunalwahlrecht der Unionsbürger in Belgien und Luxemburg, s. *Delpérée* La constitution (Fn. 87), 22 ff.

¹⁵³ Vgl. *Badura* Bewahrung (Fn. 7), 95, s. das Zitat oben Fn. 22; *Frowein* Verfassung (Fn. 93), 322: "Der Verfassungsprozeß der Gemeinschaft, der gleichzeitig Verfassungsprozeß der Mitgliedstaaten ist".

¹⁵⁴ Frowein Wesentliche Elemente einer Verfassung, in: Bieber/Widmers (Hrsg.), Verfassungsraum (Fn. 19), 71, 83; ihm folgend Badura Föderative Verfassung (Fn. 15), 695, 696. S. auch Schwarze Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, in: ders. (Hrsg.), Entstehung (Fn. 12), 463, dessen vergleichender Studie zufolge die "Ein-

quent nennt Art. 23 I 3 GG die Akte der Vertragsrevision "Regelungen, durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird, und unterwirft sie dem Verfahren des Art. 79 II GG. 155 Auch die Integrationsklauseln anderer, wenn nicht aller Mitgliedstaaten, 156 sehen erhöhte Anforderungen für die Zustimmung zu Vertragsänderungen vor. 157 In Österreich wurde der Beitritt zur EU per se als Gesamtänderung der Bundesverfassung behandelt und einem Referendum unterworfen. 158 Nationales Verfassungsrecht kann heute nicht mehr ohne den Blick auf das europäische Recht vollständig erfaßt werden.

Dabei ist bedeutsam, daß Art. 23 I GG nicht auf das Textänderungsgebot des Art. 79 I 1 GG verweist, also eine ausdrückliche Änderung des Verfassungstextes im Falle der Vertragsrevision nicht erforderlich ist. Die Anpassung der Art. 28 I (Kommunalwahlrecht für Unionsbürger) und 88 GG (Bundesbank) war als Klarstellung nützlich, aber nicht unentbehrlich.¹⁵⁹ Der Funktionszuwachs staatlicher Organe findet im Text der nationalen Verfassungen ebenso sporadisch seinen Niederschlag, wie die vielbeklagte Verlagerung der Kompetenzen auf die EG.¹⁶⁰ Zwar kann, anders als etwa in Deutschland und in den Nieder-

bindung der Mitgliedstaten in den europäischen Integrationsprozeß in allen nationalen Verfassungssystemen mehr oder minder zu einem zentralen Faktor oder gar einem Wesenselement der Verfassungsentwicklung geworden" ist.

¹⁵⁵ Vgl. dazu Selmayr/Prowald Abschied von den "Solange"-Vorbehalten – Die wahre Bedeutung des "Kooperationsverhältnisses" des BVerfG zum EuGH, DVBl. 1999, 269f., 271 f.: "verfassungsändernde Qualität des Zustimmungsgesetzes".

¹⁵⁶ So etwa Großbritannien, die Niederlande: Gesetz (Art. 91, 2/3-Mehrheit bei Abweichung von der Verfassung); Portugal: Beschluß der Versammlung der Republik (Art. 164 lit. j iVm. Art. 169 V und 7 VI), Frankreich: Gesetz (Art. 53, bei Verfassungsverstoß nur mit Verfassungsänderung, Art. 54), Österreich: Gesetz oder Genehmigung durch Nationalrat (Art. 9 II, iVm. Art. 50 I; evtl. bei Gesamtänderung der Bundesverfassung: Art. 44 III).

¹⁵⁷ Vgl. Spanien: verfassungsausführendes Gesetz (Art. 93, bei Verfassungsverstoß Art. 95), Überblick bei *de Berranger* Constitutions nationales et construction européenne, 1995, 47 ff.; *Pernice* Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 10.

¹⁵⁸ Zur Frage der Anwendung des Art. 44 III österr. B-VG schon: Öhlinger Verfassungsrechtliche Aspekte (Fn. 15), 19ff.; s. auch *Pernthaler* Allgemeine Staatslehre (Fn. 15), 29; ders. Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Österreich, in: Battis/Tsatsos/Stephanou, Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, 1995, 437, 444 ff.

¹⁵⁹ Vgl. näher *Pernice* Implications (Fn. 125), 54-65; anders etwa: *Scholz* Europäische Union und Verfassungsreform, NJW 1993, 1690 (1691 f.);

¹⁶⁰ Ansätze werden sichtbar etwa in Art. 23 II-VII, 45 und 53 IIIa GG, Art. 88.4 der französischen Verfassung, Art. 23a-f öst. B-VG. Die Kompetenzverteilung nach Art. 30, 73 ff., 83 ff. GG ist ggf. für die Umsetzung des EG-Rechts weiter von Bedeutung.

landen¹⁶¹ die Zustimmung zu Vertragsänderungen, die mit dem Text der Verfassung unvereinbar wären, in Frankreich, Spanien und Portugal erst nach einer expliziten Verfassungsänderung erfolgen.¹⁶² Doch der durch die Ausübung der Kompetenzen der EG bedingte Verfassungswandel auf nationaler Ebene läßt sich in keinem Falle textlich nachvollziehen.¹⁶³

2. Die europäische Dimension des Art. 20 III GG

Die Auswirkung auf den Inhalt und auf den Begriff von "Gesetz und Recht" iSd. Art. 20 III GG ist, zweitens, unmittelbar. Er meint aufgrund der Gründung und Entwicklung der Europäischen Union neben dem deutschen Recht das gesamte Primär- und Sekundärrecht der EG, einschließlich der Kollisionsregel. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs, der nach Art. 220 EGV die Wahrung des "Rechts" sichert, wird zusammen mit der betreffenden Norm bindender Maßstab und Legitimationsgrundlage behördlichen und richterlichen Handelns in den Mitgliedstaaten. Der richterliche Dialog nach Art. 234 EGV gewährleistet eine abgestimmte, europaweit einheitliche Anwendung des Rechts durch die staatlichen Stellen.

Auch die "verfassungsmäßige Ordnung" iSd. Art. 20 III GG unterliegt dem besagten Inhaltswandel: Die Verfassung der Union mitsamt dem abgeleiteten Recht bindet als Teil der "verfassungsmäßigen Ordnung" auch den Gesetzgeber.¹⁶⁴ Das Zusammenspiel beider Normen begründet insofern die Einheit der europäischen Verfassung, für die das Grundgesetz offen und nur Teilverfassung ist. Diese "europäische" Auslegung des

¹⁶¹ Vgl. Art. 91 III niederländ. Verfassung, dazu Malanczuk Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in den Niederlanden, in: Battis/Tsatsos/Stephanou (Hrsg.), Europäische Integration (Fn. 158), 346, 353. Dasselbe gilt für Belgien, vgl. Wils Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, ebd 13, 21 f.; zu Portugal s. de Quadros Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, ebd 375, 380 ff.

¹⁶² Vgl. zur betreffenden Rechtsprechung des französischen Conseil constitutionnel Fromont Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Frankreich, in: Battis/Tsatsos/Stephanou (Hrsg.), Europäische Integration (Fn. 158), 127, 131 ff.; Dutheil de la Rochère The French Conseil Constitutionnel and the constitutional development of the European Union, in: Kloepfer/Pernice (Hrsg.), Entwicklungsperspektiven (Fn. 15), 43 ff., Pernice Aspects (Fn. 38), § 3.2.d; Gundel Die Einordnung des Gemeinschaftsrechts in die französische Rechtsordnung, 1997, 165 ff. Zu Spanien s. Art. 95 I der span. Verfassung, dazu Puente Egido Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht in Spanien, in: Battis/Tsatsos/Stephanou (Hrsg.), ebd 391, 405 ff.; García de Enterria/Alfonso García Spanish Report, in: Schwarze (Hrsg.), Entstehung (Fn. 12), 287, 297.

¹⁶³ S. auch *Machado* Espagne, in: Masclet/Maus (Hrsg.), Les constitutions nationales à l'épreuve de l'Europe, 1993, 43, 63 f.

¹⁶⁴ S. schon *Pernice* Implications (Fn. 125), 27.

Art. 20 III GG erklärt einen Prozeß, der unter dem Stichwort "Europäisierung" vielfach beobachtet und beschrieben wird: Die Einwirkung des Europarechts auf die innerstaatliche Rechts- und Verfassungsordnung. 165 Längst schon wurde die Europäisierung des Verwaltungsrechts, 166 des Privatrechts 167 oder des Handelsrechts 168 beobachtet. Ebenso wird die "Europäisierung der Staatsrechtslehre", 169 bzw. des deutschen Verfassungsrechts thematisiert, 170 Rupert Scholz faßt die Herausforderungen, vor denen das Grundgesetz heute steht, unter dem Stichwort der "Europäisierung der Verfassung" zusammen, 171 und auch in Frankreich wird man sich dieser Entwicklung bewußt. 172 Sogar das Staatsangehörigkeitsrecht könnte betroffen sein: Unionsbürger gelten in den Augen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte im jeweils anderen Mitgliedstaat nicht mehr als Ausländer iSd. Art. 16 EMRK. 173

¹⁶⁵ Vgl. den Überblick bei Ress Incidences (Fn. 15), 435 ff.; s. auch H. Dreier Kontexte des Grundgesetzes, DVBl. 1999, 667, 677 ff.: "Gemeinschaftsrechtlich induzierte und bewirkte Veränderungen des Grundgesetzes"; Klein Gedanken zur Europäisierung des deutschen Verfassungsrechts, in: FS Stern, 1997, 1301, 1303 ff.

¹⁶⁶ Vgl. Schmidt-Aβmann Allgemeines Verwaltungsrecht in europäischer Perspektive, ZÖR 55 (2000), 159, 165 ff.; eingehend: Schwarze (Hrsg.), Das Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß. Zur Konvergenz der mitgliedstaatlichen Verwaltungsrechtsordnungen in der Europäischen Union, 1996; Kadelbach Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999; Wahl Zweite Phase (Fn. 83), 495 ff.; s. auch Zuleeg und Rengeling Deutsches und europäisches Verwaltungsrecht – Wechselseitige Einwirkungen, VVDStRL 53 (1994), 154 ff. u. 202 ff.; Jarass Europäisierung des Planungsrechts, DVBl. 1999, 945 ff.; zuletzt: P.M. Huber Europarecht und Europäisierung in den Jahren 1998/99, DVBl. 1999, 1559, 1564 ff.: "Europäisierung des deutschen öffentlichen Rechts".

¹⁶⁷ Vgl. dazu etwa Müller-Graff Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999 und die jährlichen Berichte der ZEuP über "Gemeinschaftsrecht und Privatrecht: Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahr …".

¹⁶⁸ Vgl. *Grundmann* Europäisches Handelsrecht – vom Handelsrecht des laissez faire im Kodex des 19. Jahrhunderts zum Handelsrecht der sozialen Verantwortung, ZHR 163 (1999), 635 ff.

¹⁶⁹ Häberle Diskussionsbeitrag, VVDStRL 50 (1991), 156f.

¹⁷⁰ Klein Gedanken (Fn. 165), 1301 ff.

¹⁷¹ Scholz Der Verfassungsstaat im Wandel: Europäisierung der Verfassung im Prozeß der Verfassung Europas, dargestellt am Beispiel des Grundgesetzes, in: Battis/Randelzhofer/Pernice/Randelzhofer (Hrsg.), Grundgesetz (Fn. 12), 21.

¹⁷² Nach *Flauss* Auf dem Wege (Fn. 12), 31, ist "seit langem ... die "Europäisierung" des französischen Verfassungsrechts nachweislich keine Utopie mehr, sondern eine feststehende Tatsache".

¹⁷³ EGMR, Urt. v. 27.4.1995 – Piermont/France, Série A.314; dazu die Anmerkung von Flauss Observations. Liberté d'expression politique des étrangers et protection des droits fondamentaux dans les Territoires d'Outre-mer, RTDH 1996, 364; s. auch Constantinesco Je t'aime, moi non plus! La société européenne en quête d'affection?, in: Mélanges en l'honneur de F. Borella, 1999, 143, 154. Zur "Europeanization of national

3. Das Vorrangprinzip als Kollisionsnorm

Drittens: Die Einheit des Rechtssystems bedingt die Anerkennung einer Kollisionsnorm für Konflikte zwischen europäischem und nationalem Normbefehl.¹⁷⁴ Auch die Konformauslegung¹⁷⁵ beruht auf dem Gedanken der Einheit der Rechtsordnung.¹⁷⁶ Das vom Gerichtshof in aller Schärfe verteidigte und im Grundsatz von allen Mitgliedstaaten anerkannte¹⁷⁷ Prinzip des Anwendungsvorrangs des Gemeinschaftsrechts¹⁷⁸ ist damit ein Grundpfeiler der Verfassungsarchitektur der EU.¹⁷⁹ Es wird in Ziff. 2 des Subsidiaritätsprotokolls von Amsterdam erstmals primär-

citizenship" vgl. Kastakopolou Nested "old" and "new" Citizenship in the European Union: Bringing out the Complexity, ColJEL 5 (1999), 389 ff., 402.

¹⁷⁴ Vgl. schon *Pernice* Constitutional Law (Fn. 125), 43 f.; skeptisch: *Stettner* Europäisches Gemeinschaftsrecht als Quelle der Rechtsfindung deutscher Gerichte 1974–1984, AöR 111 (1986), 537, 540. *Frank* Vorrang (Fn. 120), 4, wendet sich ausdrücklich gegen das Bestehen einer geschlossenen Gesamtrechtsordnung oder Gesamtverfassung; trotz der Autonomie seien aber "im Hinblick auf die Identität des territorialen Anwendungsbereichs" Konflikte vorprogrammiert (ebd, 6f.).

¹⁷⁵ Vgl. dazu Zuleeg Verwaltungsrecht (Fn. 166), 165 f., als Mittel der Konfliktvermeidung; Jarass Richtlinienkonforme bzw. EG-rechtskonforme Auslegung nationalen Rechts, EuR 1991, 211, 213 ff., nimmt eine richtlinienkonforme Auslegung nur kraft nationalen Rechts an (ebd 217) und nach Ablauf der Umsetzungsfrist; krit. auch Di Fabio Richtlinienkonformität als ranghöchstes Auslegungsprinzip? NJW 1990 947 ff., der eine richtlinienkonforme Auslegung bei nicht unmittelbar geltenden Richtlinien ablehnt (ebd 952 f.).

¹⁷⁶ Vgl. etwa Hesse Grundzüge (Fn. 37), Rn 81; aA. wohl Di Fabio Richtlinienkonformität (Fn. 175), 949, der statt dem "monistisch zu verstehenden Verhältnis" beider Normensysteme bei der "These zweier Parallelrechtsordnungen" bleibt (ebd 951) und ein Gebot richtlinienkonformer Auslegung für verfassungsrechtlich "nicht zu legitimieren" ansieht (ebd 953).

¹⁷⁷ S. dazu den ausführlichen Überblick bei *Mayer* Kompetenzüberschreitung (Fn. 122), 140–271. S. auch *Rothley* Europa alle tedesca. Das Bundesverfassungsgericht, das Grundgesetz, die Gemeinschaft, in: 17. FIDE Kongreß, Bd. 1, Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne, 1996, 22, 36 ff.; *Pernice* Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 26 ff.

¹⁷⁸ Vgl. EuGHE 1964, 1251, 1269 f. – Costa/ENEL; EuGHE 1970, 1125, 1135 – Internationale Handelsgesellschaft; entgegenstehendes nationales Recht wird "unanwendbar": EuGHE 1978, 629, 644 – Simmenthal II; EuGHE 1990 I-2243, 2473 – Factortame; Anwendungsvorrang gegenüber einem diskriminierenden Tarifvertrag: EuGHE 1991, I-297, 321 – Nimz; eingehend dazu Zuleeg Verwaltungsrecht (Fn. 166), 159 ff.

¹⁷⁹ Vgl. auch *O'Leary* Relationship (Fn. 139), 293: "The principle remains one of the fundamental pillars of the constitutional architecture of the European Communities". Vgl. auch *Frank* Altes und Neues zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor staatlichem Recht, ZÖR 55 (2000), 1, 3, spricht von "Strukturprinzip", mwN.

rechtlich bestätigt.¹⁸⁰ Eine Entsprechung auf nationaler Ebene enthält nur Art. 29.4.5 der irischen Verfassung, wo der Vorrang des Gemeinschaftsrechts ausdrücklich angeordnet ist, auch vor der Verfassung selbst.¹⁸¹ Ein Widerruf ist nach irischer Lehre nur denkbar durch eine "domestic constitutional revolution".¹⁸² Ähnlich räumt Art. 94 der niederländischen Verfassung in monistischer Tradition dem EG-Recht wie Völkerrecht überhaupt einen unbeschränkten Vorrang ein.¹⁸³

Für den Vorrang kommt es auf die nationalen Verfassungen indessen nur an, soweit die Geltung des Gemeinschaftsrechts in den Mitgliedstaaten auf sie begründet wird. Nach dem hier entwickelten Ansatz originärer Verfassungsgebung können nur Inhalt und Zweck der verfassenden Verträge selbst maßgeblich sein. 184 Dem entspricht die Metten-

¹⁸⁰ Vgl. auch: Piris Constitution (Fn. 15), 603, mit Verweis auf Ziff. 2 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, die Verfassungsrang besitzt; ders. Verfassung (Fn. 5), 321; auch für Alber Rechtsfragen der Europäischen Union, ZeuS 1999, 487, 495, wird im Protokoll zur Subsidiarität der Vorrang erstmals schriftlich von den Vertragsstaaten anerkannt; ähnl. McCormick Questioning Sovereignty (Fn. 12), 137 ff.

¹⁸¹ Vgl. auch Beytagh Constitutionalism in Contemporary Ireland. An American Perspective, 1997, 128. Zur Anerkennung des Vorrangs und dem Ausschluß der Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit von Akten der EG nach der Rechtsprechung des Supreme Court in Irland: Doolan Constitutional law (Fn. 46), 17, mwN.

¹⁸² Whelan National Sovereignty (Fn. 134), 292. Das Gemeinschaftsrecht, einschließlich des Vorrangprinzips wird so als besonderes Element des irischen Versassungsrechts betrachtet, zur Problematik vgl. Mayer Kompetenzüberschreitung (Fn. 122), 206 ff.

¹⁸³ Vgl. Besselink An open Constitution and European Integration: The Kingdom of Netherlands, in: 17. FIDE-Kongreß, Bd. 1, Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne, 1996, 361, 388 ff.; für die anderen Mitgliedstaaten vgl. den Überblick bei de Berranger Constitutions (Fn. 157), 181 ff.; s. auch Pernice Fondements (Fn. 38), 52 ff.

¹⁸⁴ In diesem Sinne auch Frank Vorrang (Fn. 120), 18f., für den unter Verweis auf Ipsen die Vorrangregel ausschließlich im Gemeinschaftsrecht zu verorten ist. Tendenziell ähnl. das Zitat von Jacobs (1995) bei Rothley Europa alle tedesca (Fn. 177), 35: "the relationship cannot be looked at exclusively from the perspective of a national constitution. It must also be looked at from the perspective of the Community legal system itself". Hinsichtlich dieser Verortung des Vorrangprinzips im EG-Vertrag selbst unterscheide ich mich von denjenigen, die zwar eine Einheit von europäischem und nationalem Recht annehmen, diese aber von der staatlichen Verfassung her begreifen: P.M. Huber Recht der europäischen Integration, 1996, § 5 Rn 24, § 7 Rn 6 und 9, mit der Folge einer Normenpyramide, an deren Spitze das GG steht (ebd § 9 Rn 12); Kaufmann Permanente Verfassungsgebung (Fn. 117), 530ff., 538ff., für den die "genuin europarechtliche" Konstruktion die "Annahme einer supranationalen Grundnorm" voraussetzt, was er gegenüber der "Annahme staatlich abgeleiteter Geltung des Unionsrechts" für keine "rechtlich vertretbare Alternative" ansieht, s. auch ebd 545 f. Auch für Selmayr/Prowald Abschied (Fn. 155), 271, ist das Gemeinschaftsrecht "heute integraler Bestandteil der Verfassungsordnung".

Entscheidung des niederländischen Staatsrats. Sie begründet den Vorrang – auch vor der Verfassung – zutreffend allein aus dem Gemeinschaftsrecht. Sachlich liegt der Grund in der Sicherung der Funktionsfähigkeit der EG. Darauf sind Gründungs- und Beitrittsakte gerichtet, sie zielen auf eine *Rechts*gemeinschaft, die den Bürgern effektiv gleiche Rechte und Pflichten gibt. Dies entspricht indessen zugleich dem Gegenseitigkeitsprinzip, wie es in den Integrationsklauseln einiger Mitgliedstaaten verankert ist. Se bringt in der EU die berechtigte Erwartung jedes Unionsbürgers zum Ausdruck, daß das gemeinsam gesetzte Recht gemäß Art. 10 EGV in jedem Mitgliedstaat getreulich angewendet wird und die Berechtigung des Bürgers aus der EG-Norm allen gleich und effektiv zugute kommt. Be Die Erwartung der Rechtstreue ist Grundlage des europäischen *contrat social*. Sie verlangt, daß das gemeinsam gesetzte Recht sich durchsetzt.

Mitverantwortung der nationalen Gerichte für das Schutzgut des Art. 6 I EUV

Zu fragen ist, viertens, ob nicht auf derselben Grundlage ein Vorbehalt zum Vorrang angenommen werden muß: Im extremen Fall evidenter genereller Mißachtung des unabdingbaren Grundrechtsstandards wäre damit als ultima ratio die innerstaatliche Anwendung eines Rechtsakts der EG durch ein nationales Verfassungsgericht auszusetzen, wenn selbst der richterliche Dialog nach Art. 234 EGV erfolglos war. 189

¹⁸⁵ Afdeling bestuursrechtspraak Raad von State, Urt. v. 7.7.1995, Nr. RO1.093. 0067 – *Metten* Nederlands Juristenblad (NJB-katern) 1995, 426, engl. in MJ 3 (1996), 179; zur Bedeutung vgl. *Mayer* Kompetenzüberschreitung (Fn. 122), 191 f.; die Kritik bei *Besselink* Open Constitution (Fn. 183), 390 f., mit Fn. 80: "somewhat like Münchhausen", greift auf der Grundlage des hier vorgeschlagenen Ansatzes nicht.

¹⁸⁶ In diesem Sinne auch *Hirsch* Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation?, NJW 1996, 2457, 2462ff.

¹⁸⁷ Vgl. Art. 20 I dän. Verfassung, Abs. 15 der Präambel der franz. Verfassung von 1946 und jetzt Art. 88–2 franz. Verfassung, Art. 28 III griech. Verfassung, Art. 7 VI portug. Verfassung, sowie mit der Bedingung der Gleichheit: Art. 11 ital. Verfassung. Vgl. allgemein *de Berranger* Constitutions (Fn. 157), 74 ff.

¹⁸⁸ S. hierzu näher Pernice Fondements (Fn. 38), 56.

¹⁸⁹ Konsequent, aber ohne Anknüpfung an Art. 6 EUV, jetzt der Beschluß des BVerfG v. 7.6.2000, 2 BvL 1/97 – Bananenmarkt, insbes. Rn 62 ff., www.bverfg.de/, EuR 2000, 799, 809; ähnl. restriktiv Ziff. 9.6 das dänische Oberste Gericht (Fn. 100). Treffend spricht Scheuing Europäisierung (Fn. 83), 105, von "Extremfallvorbehalt". Zum ultima ratio-Maßstab vgl. Kaufmann Permanente Verfassungsgebung (Fn. 117), 544, mwN.; s. auch Pernice Art. 23 GG (Fn. 83), Rn 29 ff., 31, mit Hinweis ein ggf. notwendiges

Als Maßstab und Kriterium kann dafür freilich nicht jedes nationale Verfassungsrecht für sich gelten, sondern nur der in Art. 6 I EUV festgelegte Standard. Art. 6 I EUV drückt aus – als "ius cogens",¹⁹⁰ was der Kerngehalt "gemeineuropäischen Verfassungsrechts"¹⁹¹ ist. Eine solche mitgliedstaatliche "Not-Kompetenz" wäre dann Teil des Systems wechselseitiger Verfassungsstabilisierung, wie es den Verfassungsverbund kennzeichnet.¹⁹² Sie zwingt zur effektiven Achtung der gemeinsamen Grundrechte auf beiden Ebenen, ihre Ausübung kann Anstoß sein zur Überprüfung der gemeinsamen Politik, ohne daß die Gültigkeit des betreffenden Aktes in Frage gestellt würde. Die Entscheidung über die Gültigkeit bleibt allein Sache des EuGH bzw. EuG.¹⁹³

Insofern impliziert das Prinzip des Anwendungsvorrangs auch kein Über- Unterordnungsverhältnis von europäischem und nationalem (Verfassungs-)Recht im Sinne einer Normenhierarchie. Für den Verfassungs verbund ist gerade charakteristisch, daß er nicht hierarchisch strukturiert ist 195 – trotz seiner Mehrebenenstruktur. 196 Weder der Mitgliedstaat noch die EU tragen ihren Zweck in sich selbst, nicht Konkurrenz, sondern Kooperation 197 der Ebenen entspricht dem Interesse der Bürger in der Unionsrechtsordnung als "wechselseitiger Auffang- und Gegenseitigkeitsordnung". 198 Wenn das BVerfG jetzt im Bananen-Beschluß vom "Ineinandergreifen des gerichtlichen Grundrechtsschutzes auf europäischer Ebene durch nationale Gerichte und Gerichte der Ge-

politisches Schlichtungsverfahren. Art. 79 III GG als alleinigen Maßstab sehen an: Selmayr/Prowald Abschied (Fn. 155), 274, 276 f.

¹⁹⁰ So *Harding* Identity (Fn. 136), 141.

¹⁹¹ Vgl. oben, Fn. 19.

¹⁹² Vgl. dazu unten, IV. 5.

¹⁹³ Vgl. EuGHE 1987, 4199, 4232 - Foto Frost.

¹⁹⁴ Krit. schon *Bieber/Salomé* Hierarchy of Norms in European Law, CMLRev. 33 (1996), 907, 912, mit dem Hinweis auf die übergeordnete Stellung der Mitgliedstaaten als "Gesetzgeber" der ihnen wieder hierarchisch übergeordneten Normen.

¹⁹⁵ Vgl. mit der Abgrenzung vom Verband: v. Bogdandy Die Europäische Union als supranationale Föderation, Integration 1999, 95, Fn. 4 und 5.

¹⁹⁶ Zur Betrachtung der Ebene als "Plattformen …, die nebeneinander auf gleicher Höhe stehen können …", vgl. Mayer Kompetenzüberschreitung (Fn. 122), 37; vgl. auch Benz Verwaltungskooperation in Mehrebenensystem der Europäischen Union – Das Beispiel der regionalen Strukturpolitik, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Strukturen des Europäischen Verwaltungsrechts, 1999, 45, 46f., mwN.

¹⁹⁷ Vgl. dazu *Pernice* Einheit und Kooperation: Das Gemeinschaftsrecht im Lichte der Rechtsprechung von EuGH und nationalen Gerichten. Randbemerkungen zu einem ungeklärten Verhältnis, in: GS Grabitz, 1995, 523, 527 ff.

¹⁹⁸ P.M. Huber Demokratie (Fn. 91), 52; ders. Recht der Europäischen Integration, 1996, § 9 Rn 7f.

meinschaft" spricht,¹⁹⁹ so thematisiert es auch die Mitverantwortung der nationalen (Verfassungs-)gerichte für die kooperative Sicherung der essentiellen gemeinsamen Grundwerte iSd. Art. 6 I EUV. Das dient der Stabilität der Gesamtordnung.

5. Verfassungshomogenität und wechselseitige Stabilisierung

In dieser Gesamtordnung bilden, fünftens, die Struktursicherungsklauseln der nationalen Verfassungen einerseits (Art. 23 I 1 GG) und die Homogenitätsklausel des Art. 6 I EUV mit dem Sanktionsmechanismus des Art. 7 EUV andererseits ein System wechselseitiger Verfassungsstabilisierung.²⁰⁰ es ist Existenzbedingung des europäischen Verfassungsverbunds.²⁰¹ Ein System, in dem die Willensbildung und auch der Vollzug des gesetzten Rechts ganz wesentlich über mitgliedstaatliche Institutionen laufen, kann überhaupt nur funktionieren, wenn ein gemeinsamer Standard betreffend Demokratie, Grundrechtsschutz und Rechtsstaatlichkeit in allen Mitgliedstaaten garantiert ist.²⁰² Die Gewährleistung der gemeinsamen Grundwerte, wie sie in Art. 6 EUV sowie in zahlreichen anderen Bestimmungen der europäischen Verträge verbürgt sind, setzt damit notwendig auch der nationalen Verfassungsautonomie Grenzen.²⁰³ Daher und wegen der Zuweisung weitgehender Zuständigkeiten an die europäischen Institutionen sowie der unmittelbar anwendbaren Verbote im EG-Vertrag wird schließlich die Vorstellung staatlicher Kompetenz-Kompetenz in der EU zum Relikt überholten Souveränitätsdenkens.204

¹⁹⁹ BVerfG (Fn. 189), S. 810.

²⁰⁰ Vgl. auch v. Bogdandy Europäische Union (Fn. 20), 1ff.; s. auch Zemanek Mittelund Osteuropa vor dem EU-Beitritt: Erwartungen an die Europäische Union und rechtliche Bedingungen für den Verzicht auf die nationale Souveränität, in: Kloepfer/Pernice (Hrsg.), Entwicklungsperspektiven (Fn. 15), 132, 136; Machete Le droit constitutionnel national et l'intégration européenne, in: F.I.D.E 17 (1996), 394, 395. Näher Pernice Multilevel Constitutionalism (Fn. 125), 715 ff.; s. auch das Vorwort in: Battis/Kunig/Pernice/Randelzhofer (Hrsg.), Grundgesetz (Fn. 12), 7ff., sowie Oppermann Nationale Verfassungsautonomie und supranationale Bindung innerhalb der Europäischen Union, ebd 117, 119: "eine Realität".

²⁰¹ S. schon *Pernice* Bestandssicherung (Fn. 83), 261 ff.

²⁰² Schon nach *Badura* Bewahrung (Fn. 7), 95, muß deshalb der "demokratische Charakter dieser öffentlichen Gewalt bis zu einem gewissen Grade zur Funktion des demokratischen Charakters der Mitgliedstaaten werden".

²⁰³ Vgl. zusammenfassend *Pernice* Grundrechte-Charta (Fn. 66), 852; näher s. *ders.* Fondements (Fn. 38), §2.3.

²⁰⁴ Schon *Grabitz* Der Verfassungsstaat in der Gemeinschaft, DVBl. 1977, 786, 790, folgert unter Bezugnahme auf Hermann Heller, Rudolf Smend und Konrad Hesse, in

V. Ausblick: Die Zukunft der Europäischen Verfassung

Nach einer Umfrage von Eurobarometer vom 24.7.2000 wünschen 70 % der Unionsbürger eine Europäische Verfassung, selbst in England sind es 47 %, bei 47 % "weiß nicht"-Antworten und nur 6 % Gegenstimmen.²⁰⁵ Die politische Debatte hierüber ist in vollem Gange, Schäuble/Lamers, Rau und Ciampi, Fischer, Chirac u.a. haben das Thema aufgegriffen.²⁰⁶ Eine neue Verfassung nach altem Muster aber wäre ein Rückschritt ins letzte Jahrhundert. Der Ruf nach ihr delegitimiert die EU. Tatsächlich ist der Prozeß europäischer Verfassungsgebung seit langem im Gang, nur erfüllen die Verträge nicht das traditionelle Vorstellungsbild von Verfassung. Es muß bewußt werden, daß die Reformen zusammen mit der Erweiterung ein revidierter contrat social werden, dann unter Einbeziehung der Bürger der neuen Mitgliedstaaten. Dabei sind, primär, bestehende Defizite an Transparenz,

Abgrenzung zu Carl Schmitt, daß am Begriff der Kompetenz-Kompetenz im Sinne einer unbeschränkten Aufgabenwahl für den modernen freiheitlichen Verfassungsstaat nicht mehr festgehalten werden kann. Krit. auch H.P. Ipsen Europäische Verfassung (Fn. 11), 202: "Die staatliche Kompetenz-Kompetenz hat sich durch den Beitritt zur Gemeinschaft selbst beschränkt". Frowein Verfassung (Fn. 93), 319: "Keine hat eine rechtlich anerkannte Kompetenz-Kompetenz"; s. auch van der Tang Soevereiniteit, in: Holterman u.a. (Hrsg.), Algemene begrippen staatsrecht, 1991, 5, 28f., hinsichtlich der Beschränkungen durch das europäische Recht.

²⁰⁵ In Deutschland stimmten 68% für, 23% gegen eine Verfassung, bei 9% Unentschiedenen. In Frankreich war das Verhältnis 75:6:19, in Italien 84:3:13, in den Niederlanden 88:4:8; vgl. die 53. Eurobarometer-Umfrage v. 24.7.2000, zur Frage: Do you think that the European Union should or should not have a constitution, that is a core document which brings together the various current Treaties?, http://europa.eu.int/comm/dg10/epo/ch/eb53/highlights.html, s. auch EU-Verfassung findet breite Zustimmung, Financial Times Deutschland v. 25.7.2000.

²⁰⁶ Schäuble/Lamers Europa braucht einen Verfassungsvertrag, FAZ Nr. 103 v. 4.5. 1999; Schäuble Europa vor der Krise? FAZ Nr. 132 v. 8.6. 2000, 10. Rau Die Quelle der Legitimation deutlich machen. Eine föderale Verfassung für Europa, FAZ Nr. 257 v. 4. Nov. 1999, 16; jetzt ders. "Wir brauchen eine europäische Verfassung", Die Welt v. 18. 9. 2000, www.welt.de/daten/2000,/09/15/0915eu1915eu-191092.htx. Ciampi Rede anläßlich der Verleihung der Ehrendoktorwürde der Universität Leipzig (5.-6. Juli 2000): "Die europäische Integration ist im Begriff, sich aus einer wirtschaftlichen und monetären zu einem echten Band demokratischer Solidarität auszuweiten. Dieser Prozeß macht eine Europäische Verfassung erforderlich". Fischer Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, FCE-Spezial 2/2000, www.whi-berlin.de/fischer.htm, Rn 56; Chirac Mit Deutschland und Frankreich eine "Avantgarde-Gruppe" bilden. Die Europa-Rede des französischen Staatspräsidenten Jacques Chirac vor dem Deutschen Bundestag in Berlin, FAZ Nr. 147 v. 28.6. 2000, 10, 11.

Rechtssicherheit und demokratischer Verantwortlichkeit abzubauen. etwa durch die Konsolidierung der Verträge zu einem einheitlichen Text mit Grundrechte-Charta,²⁰⁷ systematischer Liste der Kompetenzen²⁰⁸ und Stärkung des Europäischen Parlaments. Angesichts des auch internen Wandels des Staates zum "kooperativen Verwaltungsstaat"209 und der wachsenden Bedeutung der Bürgergesellschaft auf allen Ebenen, sollten aber auch Überlegungen zum Tragen kommen, die auf neue Strukturen gerichtet sind, wie man sie unter dem Stichwort "governance" diskutiert und die hierarchisches Regieren noch stärker durch gesellschaftliche Selbststeuerung in kooperativen Netzwerken ergänzen sollen. 210 Darum sollte es gehen, wenn Böckenförde fordert, "Formen und Vorkehrungen zu installieren oder auszubauen, die den Völkern und Menschen in Europa die Erfahrung vermitteln, daß das Handeln der europäischen Institutionen, ja die europäische Politik, nicht etwas für sie Fernes und Fremdes ist, sondern auch ihre Sache, an der sie beteiligt sind, die sie mitkonstituieren (!) und auch kontrollieren".211

²⁰⁷ Der vorläufige Text ist abgedruckt in: FAZ Nr. 181 v. 12.8.2000, 12; s. dazu *Tomuschat* Manche Rechte bedürfen der Konkretisierung, FAZ Nr. 181 v. 12.8.2000, 13; sehr krit. *Schachtschneider* Ein Oktroi, nicht die gemeinsame Erkenntnis freier Menschen von ihrem Recht, FAZ Nr. 206 v. 5.9.2000, 9f.; zur Diskussion im Vorfeld s. etwa *Däubler-Gmelin* Vom Marktbürger zum EU-Bürger, FAZ Nr. 7 v. 10. 1.2000, 11; *Weber* Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, NJW 2000, 537; *Pernice* Grundrechte-Charta (Fn. 66), 847; *Hirsch* Eine Grundrechtscharta für Europa?, in: Walter-Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (Hrsg.), Grundfragen der europäischen Verfassungsentwicklung, 2000, 55 ff.; *Di Fabio* Charta (Fn. 145), 737 ff.

²⁰⁸ Vgl. dazu *Pernice* Kompetenzabgrenzung im europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 737 mwN.

²⁰⁹ Vgl. Schuppert Legitimation (Fn. 25), 78 f., mit Hinweis auf die Parallelität der Entwicklung an der "Innenfront" zum kooperativen Staat und an der "Außenfront" zum kooperativen Verfassungsstaat. S. auch Schulze-Fielitz Der Leviathan auf dem Wege zum nützlichen Haustier? In: Voigt (Hrsg.), Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?, 1993, 95 ff., 119 f.: "Abschied vom Staat' als Entwicklungsprozeß", der ebenso den Wandel im Inneren zusammen mit den Kompetenzverlusten an Europa sieht, die "das Problem der pluralistischen Vielfalt in der (über-) staatlichen Einheit ganz neu stellen".

²¹⁰ Hierzu hat Kommissionspräsident *Prodi* für das Frühjahr 2001 ein Weisbuch angekündigt: "Livre blanc sur la gouvernance: Approfondir la Democracie en Europe". In dieser Richtung auch die Empfehlungen: *Europäisches Beratendes Forum für Umwelt und nachhaltige Entwicklung*, Zukunftsfähiges Regieren. Institutionelle und verfahrenstechnische Aspekte der Nachhaltigkeit, 2000.

²¹¹ Böckenförde Staat (Fn. 3), 91. Zur jüngsten Diskussion im "Post-Nizza Prozess" vgl. die öff. Anhörung des Europa-Ausschusses des Deutschen Bundestages v. 14. 3. 2001: "Zur Verfassungsdiskussion in der Europäischen Union".

Leitsätze des 1. Berichterstatters über:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

I. Einleitung

- 1. Das Thema "Europäisches und nationales Verfassungsrecht" symbolisiert einen Wandel von Staatsfunktion und Verfassungsbegriff im Zuge der europäischen Integration, der trotz früher Ansätze in der Verfassungstheorie bislang noch nicht ausreichend berücksichtigt worden ist.
- 2. Europäische Verfassung ist die Verbindung von nationaler und europäischer Verfassungsebene im Europäischen Verfassungsverbund, in dem europäisches und nationales Verfassungsrecht aufeinander bezogen sind und materiellrechtlich als einheitliches System betrachtet werden.

II. Der "Postnationale" Verfassungsbegriff

3. Dem Wandel des Staates in der "postnationalen Konstellation" (Habermas) entspricht eine "postnationale Verfassungstheorie", in der der Begriff der Verfassung funktional bestimmt ist. Der "postnationale Verfassungsbegriff" geht über Staat und Nation als Bezugsobjekt von Verfassung hinaus, so wie Politik heute über den nationalen Rahmen hinausgeht.

1. Der Verfassungsbegriff im europäischen Vergleich

4. Der "Staat" hat in anderen Ländern Europas nicht dieselbe zentrale Bedeutung wie für die deutsche Lehre. Oft wird "Verfassung" auf "government", Nation oder Gesellschaft bezogen. Da das Schrifttum europaweit uneinheitlich und der Staatsbezug oft beiläufig ist, richtet sich der Focus auf die Funktionen der Verfassung.

2. Funktionen der Verfassung

5. Die wesentlichen Funktionen der Verfassung als Statut der "Selbstgesetzgebung" sind die originäre Konstituierung, Legitimation, Organisation und Be- oder Abgrenzung öffentlicher Gewalt unmittelbar gegenüber dem Bürger im Staat oder auch über den Staat hinaus, jeweils in bezug auf Zwecke, die Staat und Nation erfüllen können oder überfordern.

3. Verfassung als Prozeß organisierter Selbstbestimmung

- 6. Die legitimierende Funktion der Verfassung gründet sich auf die Selbstbestimmung der durch sie im Gemeinwesen verbundenen Bürger; Verfassung als "contrat social" ist Verfahrensergebnis und Verfahren immer neuer Einheitsbildung, in dem bei Anerkennung des Eigenwerts gesellschaftlicher Vielfalt Widersprüche offengelegt, verhandelt und einer Lösung zugeführt werden.
- 7. Souveränität ist die in der Menschenwürde wurzelnde Selbstbestimmung des einzelnen. Durch die Verfassung wird ihre Ausübung nationalen oder anderen Trägern öffentlicher Gewalt anvertraut, durch die Verfassung definieren sich die einzelnen als Bürger und Träger des pouvoir constituant ihres Gemeinwesens.

III. Europäischer Verfassungsverbund

8. Verfassungsgeber der Europäischen Union sind nicht die Staaten, nicht Dritte, sondern die Völker, letztlich die Bürger der Mitgliedstaaten. Nur sie können ihr Legitimation vermitteln, von ihnen bezieht sie ihre Autorität. Sie ist wie der Staat Zweckverband, beides sind komplementäre Instrumente politischer (Selbst-)Steuerung der sich bildenden europäischen Gesellschaft.

1. Die "Verfassung" der Europäischen Union als Prozeß

- 9. "Übertragung von Hoheitsgewalt" ist vom Individuum her als Akt eines originären Anvertrauens oder Zuweisens von Kompetenz zu begreifen. Unter den Bedingungen und nach den Verfahren, die die Integrationsklauseln festlegen, sind es die Bürger der Mitgliedstaaten, die durch sukzessive Vertragswerke supranationale Hoheitsgewalt originär konstituieren.
- 10. Die europäischen Verträge sind, weit weniger fiktiv als staatliche Verfassungen, Ausdruck eines europäischen "contrat social". Sie begründen eine Gegenseitigkeitsordnung zwischen den Menschen, dokumentieren den Willen der Bürger der Mitgliedstaaten, sich zu vertragen, immer neu zu vertragen, im gemeinsamen Interesse, und organisieren den Prozeß einer immer engeren Union, also europäischer Integration.
- 11. Die Verfassung der EU thematisiert die Unionsbürgerschaft als ein zwischen den Bürgern der Mitgliedstaaten "auf Dauer angelegtes rechtliches

Band" (BVerfG) – und gestaltet sie als Statut rechtlicher Gleichheit aus, aber auch als Inbegriff individueller Freiheits- und politischer Mitwirkungsrechte der "postnationalen Demokratie" (Curtin).

2. Die Form des völkerrechtlichen Vertrags

- 12. Die völkerrechtliche Form steht der Begründung eines unmittelbaren Rechtsverhältnisses zwischen den Einzelnen und der EG und damit dem Verfassungscharakter der Verträge nicht entgegen. Der das europäische Recht prägende "Durchgriff" und die Stellung des Bürgers als Rechts- und Pflichtensubjekt sind im Vertrag von Anfang an angelegt.
- 13. Das Zustimmungsgesetz ist nicht Rechtsanwendungsbefehl, sondern Modus der Teilnahme der Bürger am europäischen "contrat social" über die Verfassung der Union, deren Normen aus sich heraus unmittelbar für die durch sie konstituierten Organe, die Mitgliedstaaten und für die einzelnen gelten.

3. Materielle Einheit von europäischem und nationalem Verfassungsrecht

- 14. Trotz der Autonomie der verschiedenen Rechtsquellen sind Legitimationssubjekt und Adressaten des europäischen und nationalen Rechts je in ihrem Staat dieselben Bürger. Europäische und nationale Verfassungen stellen Teilordnungen eines einheitlichen "föderativen Grundsätzen" entsprechenden Systems dar, zwei Handlungsebenen im rechtlichen Verbund.
- 15. Bauprinzip der europäischen Verfassung ist die Subsidiarität. Sie steuert die Verteilung der Funktionen und Befugnisse auf zwei Ebenen. Geteilte Souveränität heißt gemeinsam ausgeübte Souveränität durch europäische Rechtsetzung und idR. nationalen Vollzug, strukturiert im System von europäischem und nationalem Verfassungsrecht.

IV. Rechtliche Konsequenzen

16. Folge sind doppelte Identitäten und Loyalitäten der Bürger und Parlamente, der Gerichte, der Verwaltungen und der Regierungen, bis hin zur Funktion der nationalen Wahlen auch als "Europawahlen". Europäisches Verfassungsrecht ist auf die nationalen Verfassungen angewiesen, so wie diese ohne das europäische Recht nicht mehr vollständig erfaßt werden können.

1. Doppelwirkung der Vertragsänderung

17. Die Entwicklung der Europäischen Union durch Vertragsanwendung und -änderungen bewirkt eine materielle Änderung, eine Mutation des nationalen Verfassungsrechts, ohne daß dies textlich zum Ausruck käme. Die Interdependenz des Verfassungsprozesses beider Ebenen wurzelt in der Einheit des Gesamtsystems.

2. Die europäische Dimension des Art. 20 III GG

18. "Gesetz und Recht" sowie "verfassungsmäßige Ordnung" iSd. Art. 20 III GG umfassen neben dem deutschen Recht das gesamte Primär- und Sekundärrecht der EG, einschließlich der bindenden Rechtsprechung des EuGH sowie der Kollisionsregel. Die "Europäisierung" des nationalen Rechts ist der Reflex der Integration der nationalen Rechtskulturen auf europäischer Ebene.

3. Das Vorrangprinzip als Kollisionsnorm

19. Das Prinzip des Anwendungsvorrangs ist ein Grundpfeiler der Verfassungsarchitektur der EU. Es hat seine Grundlage in Inhalt und Zweck der Verträge selbst, als Verfassung einer Rechtsgemeinschaft. Das gegenseitige Vertrauen der Bürger auf die gleiche und effektive Geltung des Rechts ungeachtet aller Widersprüche zum nationalen Recht ist Grundlage des europäischen "contrat social".

4. Mitverantwortung der nationalen Gerichte für das Schutzgut des Art. 6 I EUV

20. Aus demselben Grund kann ein Vorbehalt für den Fall evidenter Mißachtung unabdingbarer Verfassungsgarantien angenommen werden, nach dem nationale Verfassungsgerichte die Anwendung einer EG-Norm aussetzen können. Der in Art. 6 I EUV vereinbarte Mindeststandard "gemeineuropäischen Verfassungsrechts" (Häberle) wäre damit Maßstab kooperativer Rechtswahrung im nichthierarischen System.

5. Verfassungshomogenität und wechselseitige Stabilisierung

21. Die Struktursicherungsklauseln der nationalen Verfassungen einerseits und die Homogenitätsklausel des Art. 6 I EUV andererseits bilden ein System wechselseitiger Verfassungsstabilisierung, das durch den Sanktionsmechanismus des Art. 7 EUV verstärkt wird. Mit ihm findet die nationale

Verfassungsautonomie rechtliche Grenzen und wird die nationale "Kompetenz-Kompetenz" vollends fragwürdig.

V. Ausblick: Die Zukunft der Europäischen Verfassung

22. Die institutionellen Reformen werden zusammen mit der Erweiterung zu einer neuen Stufe des europäischen "contrat social" führen, unter Einbeziehung der Bürger der neuen Mitgliedstaaten. Ziel ist, die Europäische Verfassung so fortzuentwickeln, daß das Staat und EU umfassende System als Form kooperativer "governance" für den Bürger durchschaubarer, kontrollierbarer und effektiver wird.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

2. Bericht von Prof. Dr. Peter M. Huber, Jena

Inhalt

		Seite
I.	Themenabgrenzung	196
II.	Der Verfassungscharakter des Primärrechts	196
III.	Die Einbindung der unionalen und der nationalen	
	Ebene in einen Verfassungsverbund	199
	1. Die Erfüllung der Verfassungsfunktionen in der EU	199
	a) Ordnungsfunktion	200
	b) Bestandssicherungsfunktion	202
	c) Schutzfunktion	202
	d) Programmatische Funktion ("Entwurfs"-Charakter) .	204
	e) Legitimationsfunktion	206
	f) Integrationsfunktion	207
	2. Die Komplementarität von unionaler und nationaler	201
	Teilverfassung	208
IV.	Die Europäische Rechtsordnung als Auffang- und	200
1 4.	Kooperationsordnung	209
	Das Verhältnis von unionalem und nationalem	207
	Recht	211
	a) Dualismus vs. Monismus	211
	b) Autonomie der Unionsrechtsordnung	213
		213
	c) Präponderanz des nationalen Rechtsanwendungs- befehls	214
		214
	d) Eigene Stellungnahme	219
	2. Die wechselseitige Beeinflussung von unions-	
	spezifischem und nationalem Verfassungsrecht	222
	a) Die Öffnung des nationalen Verfassungsrechts	
	für seine Europäisierung	222
	b) Das nationale Verfassungsrecht als Bezugs- und	
	Rezeptionsreservoir für das Unionsrecht	225
	c) Der wechselseitige Einfluß auf Auslegung und	
	Anwendung des Verfassungsrechts	226

	3. Die Kooperation zwischen den Verfassungsorganen	
	als Charakteristikum	228
	a) Das Kooperationsverhältnis im Bereich der	
	Legislative	228
	b) Das Kooperationsverhältnis im Bereich des	
	Vollzuges	230
	c) Das Kooperationsverhältnis im Bereich der	
	Judikative	231
V.	Konsequenzen für die Verfassungsentwicklung der EU	233
	1. Verfassungsvertrag statt Verfassung	234
	2. Zur Zweiteilung der Verträge	235
	3. Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten .	236
	4. Institutionelles Gleichgewicht, Mehrheitsentscheidungen	
	und Stimmgewichtung	236
	5. Grundrechtscharta	239
VI.	Der Staatenverbund als flexibler Ordnungsrahmen	
	für die immer engere Union der Völker Europas	240

I. Themenabgrenzung

Über europäisches und nationales Verfassungsrecht zu sprechen, ist ein gewagtes Unterfangen. Das gilt weniger, wenn man den Quellen des "gemeineuropäischen Verfassungsrechts" (Häberle)¹ in den nationalen Verfassungsordnungen nachspürt, die Konvergenztendenzen² zwischen diesen zu skizzieren sucht oder ihre Europäisierung in den Mittelpunkt der Überlegungen stellt. Es gilt aber, wenn man – europäisches und unionales Verfassungsrecht gleichsetzend – dessen Verhältnis zum nationalen Verfassungsrecht thematisiert und damit zugleich unterstellt, daß es europäisches Verfassungsrecht bereits gibt.

II. Der Verfassungscharakter des Primärrechts

Für weite Teile des Schrifttums,³ aber auch für den EuGH ist das eine bare Selbstverständlichkeit. Immer beherzter hat er zur Charakterisierung der EG auf eine Verfassungsrhetorik zurückgegriffen⁴ und damit einen Paradigmenwechsel vollzogen, den die englischsprachige Literatur als "Constitutionalization"⁵ beschreibt. Die Charakterisierung der

¹ Häberle Gemeineuropäisches Verfassungsrecht und "Verfassung" der EG, in: Schwarze (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas, 1998, 11 ff., 18 f.

² Krit. dazu *Legrand* European legal Systems are not converging, The International and Comparative Law Quarterly 45 (1996), 52ff. aus erkenntnistheoretischem Blickwinkel.

³ Pernice Europäisches Verfassungsrecht im Werden, in: Bauer u.a. (Hrsg.), Ius Publicum im Umbruch, 2000, 25, 30 ff., Flauss Rapport français, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 25, 104, spricht von den "auteurs communautaristes"; Steinberg Grundgesetz und Europäische Verfassung, ZRP 1999, 365, 371 f.; von einer europäischen Wirtschaftsverfassung spricht Badura Wandlungen der europäischen Wirtschaftsverfassung, EuR 2000, Beiheft 1, 45 ff. Skrupulösere Stellungnahmen verwenden den Verfassungs-Begriff mit Blick auf das Primärrecht nur in Anführungszeichen (Oppermann Europarecht, 2. Aufl. 1999, § 6 Rn 464, 473 ff.; Iglesias Zur "Verfassung" der Europäischen Gemeinschaft, in: Schwarze (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas, 1998, 45) oder relativieren ihn in sonstiger Weise (BVerfGE 22, 293, 296: "gewissermaßen die Verfassung dieser Gemeinschaft dar"; Schuppert Zur Staatswerdung Europas, StWiss 5 [1994], 35, 37).

⁴ EuGHE 1986, 1339, 1365 – Les Verts, Rn 23: "mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag ...".

⁵ v. Bogdandy Zweierlei Verfassungsrecht, Der Staat 39 (2000), 163, 176 – bezogen auf die Grundrechtsjudikatur des EuGH; Weiler The autonomy of the Community legal order: through the looking glass, in: ders., The constitution of Europe, 1999, 286, 295;

Verträge als Verfassung,⁶ die Entdeckung des "institutionellen Gleichgewichts" als Chiffre für eine Art Gewaltenteilung, die Rede vom Demokratieprinzip,⁷ vom "Gemeinschaftsgesetzgeber"⁸ und nicht zuletzt die Selbstapostrophierung als "Verfassungsgericht"⁹ sprechen insoweit eine unmißverständliche Sprache.

Es gibt aber – nicht nur in Deutschland¹⁰ – auch eine schroffe Ablehnung dieser Begriffswahl.¹¹ Sie beruht auf der Annahme, daß eine Verfassung die Existenz eines Staates voraussetze¹² und die EU nun einmal kein Staat sei. Staat und Verfassung lebten zudem von Voraussetzungen, die sie selbst nicht schaffen könnten¹³ und an denen es der EU fehle –

Mancini The Making of a Constitution for Europe, CMLRev. 26 (1989), 595 ff.; Stein Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, AJIL 75 (1981), 1 ff.

⁶ EuGHE 1986, 1339, 1365 – Les Verts, Rn 23: "mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag ..."; 1991, I – 6079, 6102 – EWR-Gutachten, Rn 21: der EWG-Vertrag stelle, obwohl er in der Form einer völkerrechtlichen Übereinkunft geschlossen wurde, nichtsdestoweniger die Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft dar; Everling Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 2000, 217, 220.

⁷ EuGHE 1980, 3333, 3360 - SA Roquette Frères/Kommission (Isoglucose), Rn 33; 1990, I - 2041, 2072ff. - Tschernobyl, Rn 21 ff.; 1991, I - 2867, 2900 - Titandioxyd, Rn 20.

⁸ Badura Supranationalität und Bundesstaatlichkeit durch Rangordnung des Rechts, in: Schwarze (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas, 1998, 63, 67; Everling Die Stellung der Judikative im Verfassungssystem der Europäischen Gemeinschaft, ZSR 112/I (1993), 337, 340 f.

⁹ EuGHE 1996, I – 1759, 1789 – Beitritt zur EMRK, Rn 34f.; Everling Die Gerichtsbarkeit in der erweiterten Europäischen Union, in: Schwarze (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungsgerichtsbarkeit im Zeichen Europas, 1998, 199, 219f. de lege ferenda; dazu paßt es, daß gegen eine Übernahme der EMRK durch die EU eingewandt wird, der EuGH würde dadurch zu sehr an die Rechtsprechung des EGMR gebunden; Weber Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, NJW 2000, 537, 539; Weiler (o. Fn. 5), 286, 295.

¹⁰ Flauss (o. Fn. 3), 25, 104: "terminologie incontrôlée"; Favoreu Quel(s) modèle(s) constitutionnelle(s), in: Flauss (Hrsg.), Vers un droit constitutionnel européen. Quel droit constitutionnel européen, RUDH 1995, 359.

¹¹ Pernice (o. Fn. 3), 25, befürchtet, daß der Begriff "Europäisches Verfassungsrecht" für manchen deutschen Staatsrechtslehrer eine Provokation sei.

¹² Grimm Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581, 591; Isensee in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR I, 1987, § 13 Rn 1; Kirchhof ebd, § 19 Rn 18.

¹³ Böckenförde Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, 60; Kirchhof Die Einheit des Staates in seinen Verfassungsvoraussetzungen, in: Depenheuer/Heintzen/Jestaedt u.a. (Hrsg.), Die Einheit des Staates, Symposion aus Anlaß der Vollendung des 60. Lebensjahres von Josef Isensee, 1998, 51 f.; früher schon Anschütz Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1921, Einleitung 11, 14. Aufl. 1933 (Nachdruck 1968), Einleitung 6 unter Hinweis auf G. Jellinek Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1913, 5. Neudr. 1966, 337; zu den geistesgeschichtlichen Wurzeln P.M. Huber Das Staatskirchenrecht – Übergangsord-

Kultur, Sprache, Öffentlichkeit.¹⁴ Das sind – zumal, wenn man die Vision eines europäischen Bundesstaates nicht teilt – gute Gründe, um bei dieser Begriffswahl Vorsicht walten zu lassen. Gerade in dem dynamischen Unionsrecht sind Begriffe nicht selten Programm, wie die "Karriere" des "Europäischen Parlaments" eindrucksvoll belegt.¹⁵

Die begriffliche Koppelung von Staat und Verfassung mündet andererseits in der alten, nicht sehr ergiebigen Frage nach der Eigenstaatlichkeit der EU, und damit in einem Dezisionismus, der Gefahr läuft, die unionsrechtliche Wirklichkeit nicht angemessen zu erfassen. Auch die Hinweise auf das Fehlen einer gemeinsamen Sprache, 16 einer gemeinsamen politischen Kultur oder fehlende gesellschaftliche Homogenität beinhalten einen gewissen Subjektivismus, dem der Abbau grenzüberschreitender Kommunikationsbarrieren ebenso subjektiv entgegengehalten werden kann¹⁷ wie die sozialwissenschaftlich nachweisbaren Ansätze zur Herausbildung einer europäischen Identität. 18

Erkennt man hingegen, daß der Verfassungsbegriff vor allem deshalb auf den Staat bezogen ist, weil der Staat eben die Form politischer Herrschaft war, die es mit Hilfe der Verfassung seit dem 17. Jahrhundert zu

nung oder Zukunftskonzept, in: Eichenhofer, 80 Jahre Weimarer Reichsverfassung – Was ist geblieben?, 1999, 117, 125; *Isensee* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR V, 1992, § 115 Rn 28f. m.w.N.

¹⁴ Grimm JZ 1995, 581, 587 ff.; Koenig Ist die Europäische Union verfassungsfähig?, DÖV 1998, 268 ff.; ders. Anmerkungen zur Grundordnung der Europäischen Union und ihrem fehlenden "Verfassungsbedarf", NVwZ 1996, 549, 551; grundsätzlich ablehnend zu diesem Ansatz Mancini Europa: Gründe für einen Gesamtstaat, KritV 81 (1998), 386, 394 ff., der dahinter eine verkappte Blut- und Boden-Ideologie wähnt.

¹⁵ Die frühzeitige (vertragswidrige) Reklamation dieses Begriffs durch die Versammlung hat nicht nur dazu beigetragen, daß ihr – ebenfalls gegen den Wortlaut des Vertrages – vom EuGH eigenständige Klagerechte zuerkannt wurden, EuGHE 1980, 3333, 3360 – SA Roquette Frères/Kommission (Isoglucose), Rn 33; sie hat auch die Denkmuster der politischen Akteure geprägt, und damit das institutionelle Gewicht dieses Organs erhöht und mit einer besonderen Dignität versehen; krit. dazu Kirchhof Die Gewaltenbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen, JZ 1998, 965, 972: "die europäische Versammlung, die sich "Parlament" nennt".

¹⁶ Dazu aus sozialpsychologischer Sicht Chryssochoou in: Breakwell/Speri, Changing European Identities, 1996, 297, 306.

¹⁷ Steinberg ZRP 1999, 365, 369.

¹⁸ Dabei überwiegen – mit Ausnahme Italiens – eher nüchterne Kosten-/Nutzen-Erwägungen Cinirella A Social Identity Perspective on European Integration, in: Breakwell/Speri, Changing European Identities, 1996, 253, 267; Hilton/Erb/Dermot/Molian Social Representation of History an Attitudes to European Unification in Britain, France and Germany, ebd 275, 293; s. ferner Roellecke Schließt die Identität der europäischen Staaten einen europäischen Bundesstaat aus?, in: Kroker/Dechamps (Hrsg.), Das Menschenbild der freien Gesellschaft, 2000, 213, 224ff.

ordnen und in Schranken zu weisen galt, dann entgeht man dieser Aporie. Ist das eigentliche Bezugsproblem der Verfassung nämlich weniger die Existenz des überkommenen (National-)Staates, der in Großbritannien bezeichnenderweise bis heute nicht als Rechtsperson begriffen wird,¹⁹ als vielmehr die institutionalisierte politische Herrschaft,²⁰ dann spricht dies für einen weiten Verfassungsbegriff, der auf den Staat bezogen sein kann, aber nicht muß.²¹ Da das Primärrecht²² die Aufgabe erfüllt, die öffentliche Gewalt der EU im Interesse der Bürger zu ordnen und zu begrenzen und damit praktisch allen Anforderungen des formellen und materiellen Verfassungsbegriffs²³ gerecht wird,²⁴ erscheint seine Bezeichnung als "Verfassung" plausibel. Viel gewonnen ist damit freilich noch nicht.

III. Die Einbindung der unionalen und der nationalen Ebene in einen Verfassungsverbund

1. Die Erfüllung der Verfassungsfunktionen in der EU

Bedeutung und Stellenwert einer Verfassung erschließen sich nur, wenn man unter Zugrundelegung eines funktionalen Verfassungsbe-

¹⁹ Birkinshaw British report, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 205, 218.

²⁰ Morlok Grundfragen einer Verfassung auf europäischer Ebene, in: Häberle/Morlok/Skouris (Hrsg.), Staat und Verfassung in Europa: Erträge des Wissenschaftlichen Kolloquiums zu Ehren von Prof. Dr. Dimitris Th. Tsatsos aus Anlass seines 65. Geburtstages, 2000, 73, 74f.

²¹ Pernice (o. Fn. 3), 25, 29, betont den gesellschaftlichen Anknüpfungspunkt; Morlok (o. Fn. 20), 81 hält es für "subrational", den Verfassungsbegriff auf die Umstände seiner Formierungsepoche zu begrenzen; Schwarze Deutscher Landesbericht, in: ders. (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 109, 193; Steinberg ZRP 1999, 365, 369. Zur "Verselbständigung des Politischen" als Ergebnis sozialer Ausdifferenzierung Di Fabio Das Recht offener Staaten, 1998, 16ff.; zur Weiterentwicklung im Bereich der Grundrechte 34, 65.

²² Sowie die für die politische Ordnung wesentlichen Rechtsakte, z.B. den Beschluß und Akt des Rates über allgemeine und unmittelbare Wahlen der Versammlung vom 1.1. 1995, ABI.EG Nr. L 1/1, ber. ABI.EG 1997 Nr. L 179/12; der Beschluß über das System eigener Mittel, Beschluß 2000/597/EG; Streinz Europarecht, 4. Aufl. 1999, Rn 581.

²³ Badura Staatsrecht, 2. Aufl. 1996, A 7; s. die klassische Definition bei Jellinek (o. Fn. 13), 505.

²⁴ Öhlinger Die Verfassung im Schmelztiegel der europäischen Integration: Österreichs neue Doppelverfassung, in: ders., Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, 1999, 165, 222 f. mit Zweifeln hinsichtlich des materiellen Verfassungsbegriffs.

griffs danach fragt, inwieweit sie die politische Einheitsbildung der Gesellschaft stets aufs Neue aktualisiert,²⁵ wenn man sie also "von der Aufgabe und der Funktion ... in der Wirklichkeit geschichtlich-konkreten Lebens her"²⁶ zu erfassen sucht. Vor diesem Hintergrund muß es im folgenden um den Beitrag des unionalen Verfassungsrechts zur Erfüllung der wesentlichen Verfassungsfunktionen²⁷ gehen und – damit zusammenhängend – um sein Verhältnis zu den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten.

a) Ordnungsfunktion

Das unionale Verfassungsrecht errichtet nicht nur ein Institutionengefüge mit klar definierten Organisations- und Verfahrensregelungen; es statuiert auch eine Reihe allgemeiner Rechtsgrundsätze – Grundrechte, Rechtsstaatlichkeit und Demokratie (Art. 6 Abs. 1 und 2 EU)²⁸ – und versucht in vertikaler Hinsicht, die Zuständigkeiten zwischen der europäischen und der nationalen Ebene durch ein System (theoretisch)²⁹ begrenzter Einzelkompetenzen³⁰ zu verteilen. Seine Ordnungsfunktion besitzt allerdings auch offene Flanken: in den Anknüpfungen an das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten, in der personellen Rückkoppelung von Kommission, EuGH und Rat an deren Regierungen sowie in der Bindung der Ratsvertreter an das nationale (Verfassungs-)Recht.³¹

²⁵ Hesse Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn 6.

²⁶ Hesse (o. Fn. 25), Rn 5.

²⁷ Schulze-Fielitz Die deutsche Wiedervereinigung und das Grundgesetz. Zur Theorie und Praxis von Verfassungsentwicklungsprozessen, in: Hesse/Schuppert/Harms (Hrsg.), Verfassungsrecht und Verfassungspolitik in Umbruchsituationen, 1999, 65, 66ff.; Steinberg ZRP 1999, 365ff.; ders. Der ökologische Verfassungsstaat, 1998, 41 ff., der allerdings eher Staatszwecke als Verfassungsfunktionen im Blick hat.

²⁸ Schilling Bestand und allgemeine Lehren der bürgerschützenden allgemeinen Rechtsgrundsätze des Gemeinschaftsrechts, EuGRZ 2000, 3 ff.

²⁹ So kann die Kommission etwa Verstöße gegen Art. 86 EG entweder auf der Grundlage von Art. 86 Abs. 3 EG oder mit Hilfe eines Vertragsverletzungsverfahrens nach Art. 226 EG ahnden und hat insoweit ein Wahlrecht; EuGHE 1992, I – 565, 635 ff. – Niederlande / Kommission, Rn 27 ff.; zum extensiven Ansatz des EuGH bei der Wahrnehmung seiner Prüfungskompetenzen s. EuGHE 1998, I – 2763, 2787 f. – Kommission / Rat (Transit auf Flughäfen, 3. Säule), Rn 12 ff.; 1998, I – 1831 ff. – Decker / Caisse de maladie des employés privés; 1998, I – 1931 ff. – Kohll / Union des caisses de maladie (Sozialversicherungssystem); EuGH, DÖV 2000, 421 – Tanja Kreil, Rn 15 (nationale Verteidigung); krit. auch Schwarze (o. Fn. 21), 109, 198 ff.

³⁰ Art. 5 EU, Art. 5 UAbs. 1 EG; BVerfGE 89, 155, 189f. - Maastricht.

³¹ Deutschland: BVerfGE 92, 203, 230ff. – Rundfunkrichtlinie; Frankreich: Die Entscheidung des CC No. 98-400 DC vom 20.5.1998 betreffend die Umsetzung der RL 94/180/EG (Kommunales Ausländerwahlrecht) durch eine "Loi organique" setzt

Umgekehrt büßt die Ordnungsfunktion des nationalen Verfassungsrechts zunehmend an Bedeutung ein. Seine Differenzierung zwischen Menschen- und Bürgerrechten ist im Anwendungsbereich der Verträge praktisch überholt,³² die Beschränkung des Grundrechtsschutzes auf inländische juristische Personen nurmehr durch interpretatorische Kunstgriffe aufrechtzuerhalten.³³ Demokratie-, Rechtsstaats- und Bundesstaatsprinzip haben unter dem Eindruck der Europäisierung ebenso tiefgreifende Modifikationen erfahren wie die von den nationalen Verfassungen etablierte Funktionenordnung. Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitsdoktrin sind nurmehr ein Schatten ihrer selbst,³⁴ die Bindung der Exekutive wie der Gerichte³⁵ an das nationale Gesetz ist angesichts des dem Unionsrecht zukommenden Anwendungsvorrangs erheblich gelokkert. Die von manchen Verfassungen intendierte Konnexität von Staatsangehörigkeit und öffentlichem Dienst³⁶ ist ebenso Makulatur wie die explizite Verfassungsvorgabe des Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG.³⁷

eine Bindung an das nationale Verfassungsrecht voraus, weil es sonst zu keiner Überprüfung hätte kommen dürfen; daß der CC dabei vor allem auf das Einstimmigkeitserfordernis in Art. 19 Abs. 1 EG [ex Art. 8b Abs. 1 EGV] abstellt, ändert daran nichts; Gaía Le droit constitutionnel national et l'integration européenne, 17. F.I.D.E-Kongreß, 1996, 231, 286 unter Hinweis auf Rapport d'information No. 2630, A.N., 11.3.1996 (Pierre Mazeaud); a.A. Gundel Die Kontrolle der europäischen Integration durch den französischen Verfassungsrat, EuR 33 (1998), 371, 375.

³² Deutschland: Bauer/Kahl Europäische Unionsbürger als Träger von Deutschen-Grundrechten?, JZ 1995, 1077 ff.; Schweden: § 5:1 Schwed. (Verfassungs-)Gesetz über die Pressefreiheit, eröffnete im Gefolge des EU-Beitritts Ausländern erstmals die Möglichkeit, sich in Schweden als Verleger von Presseerzeugnissen zu betätigen, Bernitz Swedish report, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 389, 442.

³³ P.M. Huber in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. I, 4. Aufl. 1999, Art. 19 Abs. 3 Rn 324ff.

³⁴ Kohnen Die Zukunft des Gesetzesvorbehalts in der Europäischen Union, 1998.

³⁵ Frankreich: Conseil d'Etat vom 20. 10. 1989, "Nicolo", Rec. Lebon 1989, p. 190; Fromont Frankreich und die Europäische Union, DÖV 1995, 481, 483; Großbritannien: EuGHE 1990, I – 2433 ff. – The Queen / Secretary of State for Transport.

³⁶ Deutschland: Art. 12, 33 GG, Art. 39 Abs. 4 EG; *P.M. Huber* Der Staatsangehörigenvorbehalt im deutschen Beamtenrecht, in FS Leisner, 1999, 937, 943 ff.; *Jachmann* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 4. Aufl. 2000, Art. 33 Abs. 2 Rn 14; a.A. *Kunig* in: v. Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. II, 1995, Art. 33 Rn 19; *Lübbe-Wolff* in: Dreier, Bd. II, 1998, Art. 33 Rn 37; *Rieckhoff* Die Entwicklung des Berufsbeamtentums in Europa, 1993, 22f.; Spanien: Art. 23 Abs. 2 SpanVerf.; *Carcía de Entería/García* Spanish report, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 287, 292; *de Albornoz* Die verfassungsrechtlichen Auswirkungen des Vertrages über die Europäische Union in Spanien und Frankreich, DV 1995, 225.

³⁷ EuGH, DÖV 2000, 421 f. - Tanja Kreil.

b) Bestandssicherungsfunktion

Das komplizierte Verfahren des Art. 48 EU verleiht dem unionalen Verfassungsrecht zudem ein erhebliches Maß an Stabilität,³⁸ während die Bestandssicherungsfunktion des nationalen Verfassungsrechts erodiert – wenn nicht de iure, so doch de facto. Die Einführung des kommunalen Ausländerwahlrechts für Unionsbürger bedurfte in Deutschland,³⁹ Frankreich und Spanien⁴⁰ einer Verfassungsänderung, in Deutschland und Frankreich auch die Übertragung der Währungshoheit.⁴¹ Unional induzierte Verfassungsänderungen werden in Deutschland derzeit für den Bereich der Bürgerrechte, Art. 19 Abs. 3, Art. 33⁴² und Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG diskutiert. Dabei gelten zwar unverändert die hohen Quoren des Art. 79 Abs. 2 GG. Aber hat der verfassungsändernde Gesetzgeber überhaupt eine Wahl?⁴³

c) Schutzfunktion

Betrachtet man die historisch primäre Schutzfunktion der Verfassung,⁴⁴ so bietet grundsätzlich nur das Unionsrecht Schutz vor den EG-Organen – über das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, die Vertragsmäßigkeit des Gemeinschaftshandelns, die Grundsätze der Ver-

³⁸ Sieht man von den Erweiterungsrunden ab, so gab es seit 1990 erst zwei Eingriffe in den europäischen Grundkonsens (dazu *Hofmann* Recht – Politik – Verfassung, 1986, 261, 277; *Schulze-Fielitz* [o. Fn. 27], 65, 67; *Schuppert* Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht. Überlegungen zur Steuerungsfunktion in normalen wie in "schwierigen" Zeiten, AöR 120 [1995], 32, 57f.); während das Grundgesetz im gleichen Zeitraum zehnmal geändert wurde, die französische Verfassung sechsmal, *Gundel* EuR 33 (1998), 371, 377 Fn. 42.

³⁹ Das war jedenfalls die Auffassung des verfassungsändernden Gesetzgebers; richtigerweise hätte Art. 23 Abs. 1 GG eine entsprechende Modifikation von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 GG auch ohne Textänderung zugelassen, *Enders* Offene Staatlichkeit unter Souveränitätsvorbehalt – oder: Vom Kampf der Rechtsordnungen nach Maastricht, in: FS Böckenförde, 1995, 29, 38, Fn. 65.

⁴⁰ Deutschland: Art. 28 Abs. 1 Satz 3 GG; BVerfGE 83, 37, 59 – Ausländerwahlrecht S.H.; Frankreich: Art. 88–3 FrzVerf.; CC No. 92–308 DC du 9. 4. 1992; No. 98–400 DC du 20. 5. 1998 (RL 94/80/EG); Spanien: Art. 13 Abs. 2 SpanVerf.; Trib. Const., EuGRZ 1993, 285 ff.

⁴¹ Deutschland: Art. 88 Satz 2 GG; Frankreich: Art. 88-2 FrzVerf.; CC No. 92-308 DC vom 9.4. 1992, EuGRZ 1993, 187, 191 f.

 ⁴² Scheuing Nationales Verfassungsrecht mit Blick auf die europäische Integration, in:
 17. F.I.D.E Kongreß, 1996, 70, 110.

⁴³ Optimistischer zu Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG insoweit *Scholz* Frauen an die Waffe kraft Europarechts?, DÖV 2000, 417, 420.

⁴⁴ Schulze-Fielitz (o. Fn. 27), 65, 67.

hältnismäßigkeit,⁴⁵ des Vertrauensschutzes und nicht zuletzt durch die vom EuGH prätorisch entwickelten Grundrechte.⁴⁶ Für einen Rückgriff auf das nationale Verfassungsrecht, insbesondere auf nationale Grundrechtsgewährleistungen, bleibt dabei i.d.R. kein Raum.⁴⁷ Selbst beim indirekten und mittelbaren Vollzug des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten wächst das unionale Verfassungsrecht zunehmend in die Rolle des maßgeblichen Bezugsrahmens hinein.⁴⁸

Daß das nationale Verfassungsrecht seine Schutzfunktion dagegen mehr und mehr einbüßt, liegt vor diesem Hintergrund angesichts von über 120000 Gemeinschaftsakten⁴⁹ auf der Hand. Die nationalen Grundrechtsgewährleistungen sind insoweit zu einer Reserveordnung verkümmert, auf die allenfalls dann noch zurückgegriffen werden kann, wenn der nationalstaatlich garantierte Wesensgehalt⁵⁰ oder vergleichbare Garantien⁵¹ beeinträchtigt werden.⁵² Das ist nach h.M. eher unwahrscheinlich,⁵³ obwohl das Unionsrecht gerade beim Schutz der Freiheitsrechte gegenüber den EG-Organen durchaus ins Gewicht fallende

⁴⁵ Art. 5 UAbs. 3 EG.

⁴⁶ Art. 6 Abs. 2 EU.

⁴⁷ EuGHE 1970, 1125, 1135 – Internationale Handelsgesellschaft, Rn 3; 1978, 629 ff. – Simmenthal, Rn 17.

⁴⁸ Denn nach der Rechtsprechung des EuGH gelten die EU-Grundrechte "im (gesamten) Rahmen des Gemeinschaftsrechts", EuGHE 1989, 2609 – Wachauf, Rn 19; 1991, I – 2925, 2964 – ERT, Rn 43; 1992, I – 2575, 2609 – Arzneimittelimporte, Rn 23f.; 1997, I – 3689, 3717 – Familiapress, Rn 24ff.; *P.M. Huber*, Recht der Europäischen Integration, 1996, § 6 Rn 39; *Streinz* (o. Fn. 22), Rn 368; für eine restriktive Interpretation der EuGH-Rechtsprechung *Schilling* EuGRZ 2000, 3, 34.

⁴⁹ Hirsch EG: Kein Staat, aber eine Verfassung?, NJW 2000, 46.

⁵⁰ BVerfGE 37, 271, 280 ff.; 73, 339, 376 f.; 89, 155, 174 f.; *P.M. Huber* Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof als Hüter der gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzordnung, AöR 116 (1991), 210, 235 f.; *ders.* (o. Fn. 48), § 3 Rn 19; *ders.* (o. Fn. 33), Art. 19 Abs. 2 Rn 196 ff.

⁵¹ Rothley Europa alla tedesca, Das Bundesverfassungsgericht, das Grundgesetz, die Gemeinschaft, 17. F.I.D.E-Kongreß, 1996, 22, 40; Cort.Cost. No. 183/1973, FI 1974, I, 314; No. 170/1984, FI 1984, I, 2062; No. 232/1989, FI 1990; i, 1855; Bartole/Daniele National Constitutional Law and European Integration, 17. F.I.D.E-Kongreß, 1996, 330, 338f.

⁵² Das spanische Verfassungsgericht hat sich allerdings nicht nur die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des Unionsrechts ausdrücklich vorbehalten, *Schwarze* Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, in: ders. (Hrsg.), ebd, 463, 504, sondern auch die aller nationalen Umsetzungs- und Vollzugsakte, *Schwarze* ebd, 463, 536.

⁵³ Schwarze (o. Fn. 52), 463, 549ff. m.w.N.; Deutschland: ders. (o. Fn. 21), 109, 174f. ("hypothetische, schwerlich zu erwartende Situation"); Italien: Bartole/Daniele (o. Fn. 51), 330, 339 ("unlikely but not impossible").

Defizite aufweist.⁵⁴ Der jüngste Beschluß des BVerfG zur Bananenmarktordnung⁵⁵ zeigt jedenfalls, daß es sich bei der Reservefunktion des nationalen Verfassungsrechts um eine zur Einmottung anstehende "Fleet in being" handelt, auf deren Beistand man keine allzu großen Hoffnungen mehr setzen sollte.

d) Programmatische Funktion ("Entwurfs"-Charakter⁵⁶)

Was die Fähigkeit anlangt, öffentliche Gewalt "durch Recht, also nicht nur moralisch oder politisch-programmatisch"⁵⁷ zu steuern, erscheint das unionale Verfassungsrecht angesichts der Technik finaler Aufgabenzuweisung (Art. 2 EU, 2 EG) geradezu als Prototyp.⁵⁸ Mit dem "effet utile" hat es dies auch methodisch wirkungsvoll unterlegt, wie ein Blick auf die unbekümmerte Zentralisierung von Entscheidungszuständigkeiten bei den EG-Organen im Beihilfenrecht,⁵⁹ im Verwaltungsor-

⁵⁴ P.M. Huber (o. Fn. 48), § 6 Rn 43 ff.; ders. Das Kooperationsverhältnis zwischen BVerfG und EuGH in Grundrechtsfragen – Die Bananenmarktordnung und das Grundgesetz –, EuZW 1997, 517, 520; Selmer Die Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards durch den EuGH, 1998, 118 ff.; eine gewisse Berechtigung der Kritik anerkennend Schwarze (o. Fn. 52), 463, 549; a.A. v. Bogdandy Der Staat 39 (2000), 163, 180; Schilling EuGRZ 2000, 3, 31. Der Gleichheitssatz aus Art. 12, 141 EG (Zum Zusammenwirken von Art. 141 Abs. 3 EG und der RL 76/207/EWG Schilling a.a.O., 15 f.) und die Grundfreiheiten haben sich hingegen vor allem in ihrer Schutzfunktion gegenüber den Mitgliedstaaten als außerordentlich effektiv erwiesen: Von der Beseitigung lebensmittelrechtlicher Rezepturvorschriften (EuGHE 1979, 649 ff. – Rewe [Cassis de Dijon]; 1987, 1227 ff. – dt. Reinheitsgebot für Bier; 1988, 4233 ff. – Drei Glocken) über die Liberalisierung reglementierter Berufstätigkeiten, die Gleichberechtigung von Männern und Frauen beim Zugang zur Laufbahn des Berufssoldaten (EuGH, DÖV 2000, 421 f. – Tanja Kreil) bis zur Aufwertung der Teilzeitarbeit (EuGHE 1997, I – 5253 ff. – Gerster / Freistaat Bayern).

⁵⁵ BVerfG, NJW 2000, 3124ff.

⁵⁶ Badura Verfassung und Verfassungsgesetz, in: Festschrift für Ulrich Scheuner zum 70. Geburtstag, 1973, 19, 33 f.; Grimm Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, 326; Schuppert AöR 120 (1995), 32, 50.

⁵⁷ Badura Die Verfassungsidee in Deutschland – Politische Wirkungen in Geschichte und Gegenwart, in: Die Verfassung des Bundesstaates Deutschland in Europa. Zwei Reden zur Reform des Grundgesetzes, 1993, 19, 20.

⁵⁸ Ipsen Die Verfassungsrolle des Europäischen Gerichtshofs für die Integration, in: Schwarze (Hrsg.), Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz, 1983, 29, 50f.; Schuppert AöR 120 (1995), 32, 96f.

⁵⁹ EuGH, EuZW 1997, 217 – Spanien / Kommission; *P.M. Huber* "Beihilfen" (Art. 87, 88 EGV 1999) und Vertrauensschutz im Gemeinschaftsrecht und im nationalen Verwaltungsrecht, KritV 82 (1999), 359, 376f.; *Puttler* Haushaltsautonomie der Länder, Habil.Schr. Jena, 1999.

ganisationsrecht⁶⁰ oder im Recht des vorläufigen Rechtsschutzes⁶¹ zeigt. Nüchterner wird man diese Funktion jenseits der Zentralisierungsdimension betrachten müssen. Zwar fixiert es von der Förderung des wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts über die Verbesserung der Umweltqualität bis zum wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt zwischen den Mitgliedstaaten⁶² Ziele von einer programmatischen Bandbreite,⁶³ vor der selbst die eloquenteste Landesverfassung verstummen muß. Das Ausmaß der dadurch erreichten rechtlichen Bindung der EG-Organe ist jedoch eher gering.⁶⁴

Freilich sollte auch das programmatische Gewicht des nationalen Verfassungsrechts nicht überschätzt werden,65 zumal es angesichts zunehmender Integrationsdichte erodiert.66 Neue Dynamik gewinnt es aber durch die Koppelung mit dem Unionsrecht. So kann etwa über Struktursicherungsklauseln wie Art. 23 Abs. 1 GG oder Art. 7 Abs. 6 PortVerf. das anämische Subsidiaritätsprinzip67 mit Leben erfüllt werden, besitzen diese doch nicht nur für das Ratifikationsverfahren Bedeutung, sondern auch für die sekundärrechtliche Rechtsetzungstä-

⁶⁰ EuGHE 1997, I – 5815, 5843 ff. – Kommission / Frankreich (EdF), Rn 94, 101; 1991, I – 1979 ff. – Höfner u. Elser; 1997, I – 7119, 7147 – Job Centre, Rn 28; Bauer Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, VVDStRL 54 (1996), 243, 261; Brenner/Huber Europarecht und Europäisierung im Jahr 1997, DVBl 1999, 764, 772.

⁶¹ EuGHE 1990, I - 2879, 2906 - Tafelweindestillation; 1995, I - 3761, 3790 ff. - Atlanta; 1996, I - 6065, 6104 - T. Port, Rn 53.

⁶² Art. 2 EU, Art. 2 EG.

⁶³ Badura Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), 34, 94 ff.; Steinberg ZRP 1999, 365, 370 f.

⁶⁴ Eher einen Ausnahmefall dürfte EuGHE 1985, 1513 – Europäisches Parlament / Rat (Gemeinsame Verkehrspolitik), Rn 64, darstellen, wo Art. 71 [75] lit. a) und b) EG für justitiabel gehalten wurden.

⁶⁵ Kirchhof JZ 1998, 965, 970.

⁶⁶ Zu den auch integrationsinduzierten Sachzwängen des Wettbewerbs der Systeme in der Wirtschafts- und Sozialpolitik *Meessen* Politische Identität in Europa, EuR 34 (1999), 701, 705 f.; zum Umweltrecht *Schulze-Fielitz* in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. II, 1998, Art. 20a Rn 15 f.; *Murswiek* in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 20a Rn 55.

⁶⁷ Art. 2 Satz 2 EU, Art. 5 UAbs. 2 EG. Der EuGH hat dieses Prinzip bisher erst zweimal angesprochen, EuGHE 1996, I – 5755, 5808, 5811 – Vereinigtes Königreich / Rat, Rn 46, 55; EuGH, EuZW 1997, 436, 438, ohne sich damit jedoch wirklich auseinanderzusetzen; skeptisch auch *Frowein* Legitimation und Wirkung des Rechts der Europäischen Union/Gemeinschaft, in: Müller-Graff (Hrsg.), Perspektive des Rechts in der EU, 1998, 105, 109; *Pernice* Kompetenzabgrenzungen im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 866, 869. In der Tat zeigt schon der Blick auf Art. 72 Abs. 2 GG a.F./n.F., daß die Hoffnungen auf die isolierte Steuerungskraft eines solchen Prinzips nicht allzu hoch geschraubt werden sollten.

tigkeit des Rates.⁶⁸ In ähnlicher Weise kann das schwedische Verfassungsrecht dem Grundsatz der Aktenöffentlichkeit (Art. 255 EG)⁶⁹ und dem Institut des Ombudsmanns (Art. 195 EG)⁷⁰ Impulse vermitteln, oder Art. 20a GG dem umweltrechtlichen Vorsorgeprinzip des Art. 174 Abs. 2 EG.⁷¹

e) Legitimationsfunktion

Nach wie vor problematisch ist jedoch die Legitimationsfunktion des unionalen Verfassungsrechts.⁷² Legitimität läßt sich einer politischen Ordnung heute nurmehr demokratisch vermitteln. Sie ist deshalb auf die von der Herrschaft betroffenen Menschen bezogen, die diese als rechtmäßig anerkennen müssen. Das setzt entweder einen hinreichend dichten Grundkonsens darüber voraus, daß Konflikte "... in konsentierten Verfahren zur Verfolgung gemeinsamer Ziele"⁷³ erfolgreich bewältigt werden können und die durch Erfahrung gesättigte Bereitschaft, "sich durch kompakte regionale oder soziale Gruppen über Jahrzehnte hinweg majorisieren zu lassen",⁷⁴ oder den Konsens in der Sache.⁷⁵ Da es einen solchen Grundkonsens in der EU allenfalls in Ansätzen gibt,⁷⁶ kommt dem Konsens in der Sache ein umso höherer Stellenwert zu.

⁶⁸ Deutschland: BVerfG 92, 203, 235 ff. – Fernsehrichtlinie; Frankreich: Gaia (Fn. 31), 231, 286, insb. Fn. 75.

⁶⁹ Schwed. Freedom of the Press Act, *Bernitz* (o. Fn. 32), 389, 412, 440; *Schwarze* (o. Fn. 52), 463, 479.

⁷⁰ Zu seinen Grundlagen in Schweden Bernitz (o. Fn. 32), 389, 416f.

⁷¹ Zum Gleichlauf von nationalem und unionalem Umweltverfassungsrecht *Epiney* in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 4. Aufl. 2000, Art. 20a Rn 113, 117.

⁷² Dazu Schulze-Fielitz (o. Fn. 27), 65, 69.

⁷³ v. Bogdandy Der Staat 39 (2000), 163, 181, der allerdings verkennt, daß eine "Legitimation durch Verfahren" einen auf die Akzeptanz des Verfahrens bezogenen Grundkonsens erfordert.

⁷⁴ Meessen EuR 34 (1999), 701, 702 unter Hinweis auf Potter The Historian's Use of Nationalism, in: Riasanovsky/Riznik (Hrsg.), Generalizations in Historical Writing, 1963, 114, 125; Kluth Europa der Bürger oder Europa der Bürokraten? – Transparenz und Bürgernähe in der Europäischen Union nach dem Amsterdamer Vertrag, in: ders. (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Amsterdamer Vertrag, 2000, 73, 81.

⁷⁵ Die Legitimation durch Konsens betont im Hinblick auf die Schweizer Konkordanzdemokratie *Frowein* Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten, EuR 30 (1995), 315, 324; *ders.* (o. Fn. 67), 105, 112; *Rhinow* Parteienstaatlichkeit – Krisensymptome des demokratischen Verfassungsstaats, VVDStRL 44 (1986), 83, 86ff.

⁷⁶ Habermas Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, 650f.; Kluth (o. Fn. 74), 73, 84; Meessen EuR 34 (1999), 701, 708ff.; optimistischer Pernice JZ 2000, 866, 869 unter Berufung auf Weiler und dessen "principle of tolerance".

Deshalb sieht der CC die "conditions essentielles d'exercice de la souveraineté nationale" vor allem dort berührt, wo es um den Übergang zu Mehrheitsentscheidungen geht,⁷⁷ und deshalb spricht auch das BVerfG davon, daß das Mehrheitsprinzip "in den Verfassungsprinzipien und elementaren Interessen der Mitgliedstaaten" eine Grenze finde.⁷⁸ Dem trägt das Unionsrecht durch Einstimmigkeitserfordernisse im Rat,⁷⁹ das hohe Quorum für die qualifizierte Mehrheit (Art. 205 Abs. 2 EG), nicht zuletzt aber auch durch die Kompromisse von Luxemburg⁸⁰ und Ioannina⁸¹ Rechnung und erkennt damit implizit an, daß es seine Legitimität primär⁸² über die nationalen Verfassungen erhält.⁸³

Deren Legitimationsfunktion läßt angesichts schwindender mitgliedstaatlicher Kompetenzen andererseits erkennbar nach⁸⁴ und ist – so die zentrale Einsicht des deutschen Maastricht-Urteils⁸⁵- zunehmend auf eine "Legitimationsabstützung" durch die EU angewiesen. Sie wird umso leichter fallen, je mehr der Grundkonsens der Unionsbürger an Dichte und Substanz gewinnt.

f) Integrationsfunktion

Wie stark die EU nach wie vor auf ihr nationales Standbein angewiesen ist, 86 wird schließlich deutlich, wenn man danach fragt, inwieweit

⁷⁷ CC No. 92-308 DC vom 9.4.1992, EuGRZ 1993, 187, 192 - Maastricht I; No. 97-394 DC vom 31.12.1997, EuGRZ 1998, 27, 30ff. - Amsterdam, Rn 24f., 28ff.

⁷⁸ BVerfGE 89, 155, 184.

⁷⁹ Daß sie bei einer Gewichtung der Materien das Entscheidungssystem der EU nach wie vor prägen, betont *Seidel* Die Einstimmigkeit im EU-Rat – eine leidige, aber nicht dispensable Regel, EuZW 2000, 65.

⁸⁰ P.M. Huber (o. Fn. 48), § 2 Rn 15; Streinz Die Luxemburger Vereinbarung, 1984; die wohl überwiegende europarechtliche Auffassung, daß der Luxemburger Kompromiß nicht zu Gewohnheitsrecht erstarkt sei, s. nur Wichard in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 1999, Art. 205 Rn 9, erscheint in einem andern Licht, wenn man berücksichtigt, daß das nationale Verfassungsrecht mehrerer Mitgliedstaaten eine teilweise Beibehaltung des Einstimmigkeitserfordernisses erfordert. Zu dessen Kodifikation in der 2. Säule s. Art. 23 Abs. 2 EU; Pechstein/Koenig Die Europäische Union, 3. Aufl. 2000, Rn 292.

⁸¹ Dazu Schuppert StWiss 5 (1994), 35, 52.

⁸² Zur Korrelation von Verfahrensregeln und Integrationsstand Meng Das Recht der Internationalen Organisationen – eine Entwicklungsstufe des Völkerrechts, 1979, 106.

⁸³ Iglesias (o. Fn. 3), 45, 59.

⁸⁴ Di Fabio (o. Fn. 21), 1997, 97, der hierfür neben der europäischen Integration auch die parteienstaatliche Überformung der demokratischen Institutionen verantwortlich macht.

⁸⁵ BVerfGE 89, 155, 183 f.

⁸⁶ Schwarze (o. Fn. 52), 463, 544, spricht von den nationalen Verfassungsordnungen als "Rahmen und Voraussetzung für die europäische Verfassungsentwicklung".

das Primärrecht tatsächlich⁸⁷ zur Einheitsfindung der Bürger beiträgt.⁸⁸ Zwar ermöglichen das Wahlrecht zum Europäischen Parlament, die Grundrechte und Grundfreiheiten, der Zugang zu EuG und EuGH, der Bürgerbeauftragte (Art. 195 EG) und mittelfristig vielleicht auch die politischen Parteien auf europäischer Ebene (Art. 191 EG) den Unionsbürgern in Ansätzen eine Einheitsbildung.⁸⁹ Die nationale Gliederung des Europäischen Parlaments, die durch die Bildung von Fraktionen allenfalls oberflächlich kaschiert wird, die Tatsache, daß die Wahlkämpfe zum Europäischen Parlament bislang fast ausschließlich unter nationalen Aspekten geführt werden,⁹⁰ und nicht zuletzt die niedrigen Wahlbeteiligungen – bei der Europawahl 1999 von z.T. unter 30 v.H.⁹¹ – belegen jedoch, daß demokratische Prozesse bislang nur im Rahmen des nationalen Verfassungsrechts einigermaßen funktionieren.⁹²

2. Die Komplementarität von unionaler und nationaler Teilverfassung

Weder das unionale noch das an die Grenzen seiner Leistungsfähigkeit stoßende⁹³ nationale Verfassungsrecht sind also heute (noch) allein zur gesellschaftlichen Einheitsbildung in der Lage. Erst aus ihrer Zusammenschau erschließt sich die Grundordnung des politischen und sozialen Lebens in der EU. Insoweit sind sie in der Tat "Komplementärverfassungen",⁹⁴ auf gegenseitige Ergänzung angelegte Teile eines Mehr-Ebenen-Verfassungsverbundes⁹⁵ und auf die Rolle einer Teilver-

⁸⁷ Isensee in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 1992, § 162 Rn 106.

⁸⁸ Zum ganzen *Smend* Verfassung und Verfassungsrecht, in: Staatsrechtliche Abhandlungen, 2. Aufl. 1968, 119, 136ff., 187ff.; den Ansatz konkretisierend und variierend *Badura* (Fn. 56), 19, 35; *Denninger* Verfassung und Gesetz, KritV 69 (1986), 291, 309; *Isensee* (o. Fn. 87), § 162 Rn 34f., 103ff.

⁸⁹ P.M. Huber Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union –, in: Drexl/Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäische Demokratie, Ius Europaeum, Bd. 6, 1999, 27, 39ff.

⁹⁰ Weiler Der Staat "über alles", JöR 44 (1996), 91, 107.

⁹¹ S. Hrbek Europawahl '99: Ein stärker politisiertes EP, integration 22 (1999), 157, 159.

⁹² Habermas (o. Fn. 76), 645.

⁹³ Di Fabio (o. Fn. 21), 1998, 5; Schwarze (o. Fn. 21), 109, 181; Steinberg ZRP 1999, 365, 373; ders. (o. Fn. 27), 387 ff.

⁹⁴ Pernice (o. Fn. 3), 25, 35; ders. in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 1998, Art. 23 Rn 20.

⁹⁵ Zum Begriff des "Verfassungsverbundes" s. *Pernice* (o. Fn. 3), 25, 26f., 33; *ders.* (o. Fn. 94), Art. 23 Rn 20; *ders.* JZ 2000, 866, 870; zum vor allem in der Politikwissenschaft verbreiteten Begriff des "Mehrebenensystems" *Morlok* (o. Fn. 20), 73, 88.

fassung⁹⁶ reduziert. Verklammert werden sie durch das Primärrecht. An der Schnittstelle zwischen nationalem Verfassungsrecht und Sekundärrecht gelegen, erweist es sich als ein Instrument "struktureller Koppelung",⁹⁷ durch das die 15 Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten miteinander verbunden und auf das "Integrationsprogramm"⁹⁸ ausgerichtet werden. In ihm besitzen sie eine identische und grundsätzlich vorrangige Teilverfassung. Daraus erhellt zugleich, daß eine Lösung aus der Union – sofern zulässig – der Sache nach auf eine Art Gesamtrevision der jeweiligen Verfassungsordnung hinausliefe,⁹⁹ der in einer Reihe von Mitgliedstaaten zudem explizite verfassungsrechtliche Hindernisse entgegenstehen.¹⁰⁰

IV. Die Europäische Rechtsordnung als Auffang- und Kooperationsordnung

Es ist eine Binsenweisheit, daß die juristische Bewältigung dieses Befundes nicht in den ausgetretenen Pfaden der Staatslehre zu leisten ist. ¹⁰¹ Es hat auch nicht an Versuchen gefehlt, die Besonderheiten der europäischen Integrationsgemeinschaften auf den Begriff zu bringen, ¹⁰² wobei *Pufen*-

⁹⁶ Zur Vorstellung des Grundgesetzes als bloßer "Teilverfassung" v. Bogdandy Der Staat 39 (2000), 163, 166 (fragmentarische Ordnung); Pernice (o. Fn. 3), 25, 26f., 33; Steinberg ZRP 1999, 365, 373.

⁹⁷ Di Fabio (o. Fn. 21), 99.

⁹⁸ Dazu BVerfGE 89, 155, 188; 58, 1, 37; P.M. Huber (o. Fn. 48), § 12 Rn 3, 8, 13 f.; ders. (o. Fn. 33), Art. 19 Abs. 4 Rn 434 f.

⁹⁹ Klar insoweit Öhlinger (o. Fn. 24), 165, 177: "... der Austritt aus der EU bedürfte ... seinerseits eines Verfahrens nach Art. 44 Abs. 3 B-VG"; ähnlich de Albornoz DV 1995, 225, 229.

¹⁰⁰ Deutschland: Art. 23 Abs. 1, 25 GG; Zuleeg Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, in: Drexl/ Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäische Demokratie, Ius Europaeum, Bd. 6, 1999, 11, 14; Österreich: Öhlinger (o. Fn. 24), 165, 177.

¹⁰¹ S. dazu das leicht polemische Resümee von *Pernice* Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, AöR 120 (1995), 100, 119 f.; *Zuleeg* (o. Fn. 100), 11, 24 f.

¹⁰² Zur Bedeutung begrifflicher Fixierung Badura Die Methoden der neueren Allgemeinen Staatslehre, 2. Aufl. 1998, 15: "Durch die begriffliche Fassung können die Vorstellungen gemäß der Natur ihrer Inhalte in festen Verhältnissen geordnet werden und dadurch unterscheidet sich subjektives Meinen von objektiver Erkenntnis."; klassisch Hegel Phänomenologie des Geistes, Werke 3, Suhrkamp taschenbuch, 1986, 51 ff.

dorfs "monstro simile"¹⁰³ stets gegenwärtig war.¹⁰⁴ Am besten ist dies m. E. mit dem Begriff des Staatenverbundes¹⁰⁵ gelungen,¹⁰⁶ dessen überwiegend ungnädige Aufnahme¹⁰⁷ im Schrifttum mehr mit dem Duktus des Maastricht-Urteils zu tun haben dürfte als mit mangelnder begrifflicher Schärfe. Denn er impliziert die Vorstellung einer zwischen den Mitgliedstaaten und der EU geteilten Souveränität¹⁰⁸ und reflektiert damit das den Verfassungsverbund prägende Phänomen aufeinander bezogener und miteinander verklammerter Teilverfassungen. Als eigenständige Kategorie ernstgenommen,¹⁰⁹ muß er allerdings auf die Ebene konkreter Rechtsfragen heruntergebrochen werden. Hier fordert er Strukturadäquanz¹¹⁰ –

¹⁰³ Krit. besetzt bei *Jellinek* Die Lehre von den Staatenverbindungen, 1882, hrsg. von Pauly/Keip 1996, 142 ff.; positiv konnotiert bei *Frowein* EuR 30 (1995), 315, 319.

¹⁰⁴ BVerfGE 22, 293, 296 "im Prozeß fortschreitender Integration stehende Gemeinschaft eigener Art"; Oppermann (o. Fn. 3), § 4 Rn 152: "besondere Kategorie intensiver, staatsnaher Verbindung"; Streinz (o. Fn. 22), § 3 Rn 113: "Entwicklungsstufe des Rechts der internationalen Organisationen im Sinne des Völkerrechts …, allerdings als eine qualitativ neue".

¹⁰⁵ BVerfGE 89, 155, 188; Kirchhofin: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 1992, § 183 Rn 38.

¹⁰⁶ In diesem Sinne auch P.M. Huber, (o. Fn. 48), § 5 Rn 11 f.; Pauly Souveräner Staat und Staatenverbindungen, in: Jellinek (Hrsg.), Die Lehre von den Staatenverbindungen, XXVI; Scholz Der Verfassungsstaat im Wandel: Europäisierung der Verfassung im Prozeß der Verfassung Europas, dargestellt am Beispiel des Grundgesetzes, in: Battis/Kunig/Pernice/Randelzhofer (Hrsg.), Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung, 2000, 21, 25.

¹⁰⁷ Pernice (o. Fn. 3), 25, 34; Frowein (o. Fn. 67), 105, 124f.; Schuppert StWiss 5 (1994), 35, 55; Schwarze Europapolitik unter deutschem Verfassungsrichtervorbehalt, Anmerkungen zum Maastricht-Urteil des BVerfG vom 10. 12. 1993, NJ 1994, 1, 3.

¹⁰⁸ Bogdanor Britain and the European Community, in: Jowell/Oliver (Hrsg.), The changing Constitution, 3. Aufl. 1994, 19: "Yet, there is a third alternative, a genuine division and sharing of powers between the community and the Member States, so that each complements but neither controls of other. Indeed the whole raison d'être of the Community is that power can be shared an sovereignty divided so as to create a political entity capable of carrying out common policies without compromising the identity of the component units." Die Vorstellung geteilter Souveränität kann festgemacht werden an der zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilten Rechtsetzungsmacht und an der nur noch eingeschränkten Möglichkeit der Mitgliedstaaten, unionsrechtliche Verpflichtungen innerstaatlich zu mißachten. Für Mehr-Ebenen-Systeme ist sie seit Tocqueville geläufig. Ihren Bezugspunkt allerdings findet sie in der Volkssouveränität; instruktiv Oeter Souveränität und Demokratie als Probleme in der "Verfassungsentwicklung" der Europäischen Union, ZaöRV 55 (1995), 695, 697 ff.

¹⁰⁹ Di Fabio (o. Fn. 21), 140 f.; zum Staatenverbund Schwarze (o. Fn. 21), 109, 183; H.P. Ipsen in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR VII, 1992, § 181 Rn 98.

¹¹⁰ Für den Bereich der demokratischen Legitimationsgrundlagen *P.M. Huber* (o. Fn. 89), 27, 55.

mit Blick auf Rang und Geltung der unionalen wie nationalen Rechtsnormen,¹¹¹ die Zuständigkeitsverteilung zwischen der EU und den Mitgliedstaaten,¹¹² das institutionelle Gefüge der EU sowie ihre Entscheidungsverfahren.¹¹³

1. Das Verhältnis von unionalem und nationalem Recht

Seit Beginn der 60er Jahre ist das Europarecht durch einen Grundsatzkonflikt gekennzeichnet, der sich zwar auf die praktische Abwicklung des Integrationsprogramms kaum ausgewirkt hat,¹¹⁴ einer allgemeinen Konsolidierung des europäischen Verfassungsrechts¹¹⁵ jedoch im Wege steht;¹¹⁶ den Konflikt um das Verhältnis von unionalem und nationalem Recht.

a) Dualismus vs. Monismus

So findet sich in den Mitgliedstaaten, die dem dualistischen Konzept folgen,¹¹⁷ nach wie vor die Vorstellung,¹¹⁸ daß es sich bei unionaler und nationaler Rechtsordnung um zwei unterschiedliche Rechtsordnungen handele. Wie der EuGH hatten auch die italienische Corte Costituzionale¹¹⁹ und das BVerfG davon gesprochen, daß die von den EG-Organen erlassenen Rechtsvorschriften "... weder Völkerrecht noch nationales Recht der Mitgliedstaaten" seien, und daß "das vom EWG-Vertrag ge-

III Grundlegend Schilling Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994, insb. 181 ff.

¹¹² Für das Verhältnis zwischen dem EuGH und den Verfassungsgerichten der Mitgliedstaaten s. v. Bogdandy Der Staat 39 (2000), 163, 183.

¹¹³ So zu Recht *Pernice* (o. Fn. 3), 25, 32.

¹¹⁴ Enders (o. Fn. 39), 29, 43.

¹¹⁵ Verstanden als das die unionale wie die nationalen Verfassungen umgreifende Gesamteuropäische Verfassungssystem; ähnl. *Pernice JZ* 2000, 866, 871; *ders.* Multilevel constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution – making Revisited?, CMLR 36 (1999), 703 ff.

¹¹⁶ Kadelbach Gemeinschaftsrecht und (vorläufiger) verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz, KritV 82 (1999), 378, 384f.

¹¹⁷ Deutschland, Großbritannien, Irland, Italien: Capelli Die Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Italien, 1993, 15; Schweden.

¹¹⁸ Isensee Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens, in: Verfassungsstaatlichkeit, FS Stern, 1997, 1239, 1262; Di Fabio (o. Fn. 21), 141, Fn. 38; Steinberg ZRP 1999, 365, 373, spricht einerseits von "zwei Verfassungsordnungen", andererseits – zu Recht – von der "materiellen Einheit von Unions- und nationalem Verfassungsrecht"; Folz Demokratie und Integration, 1999, 33.

¹¹⁹ Corte Cost., Giurispr. Cost. 1984, 1098, 1113 - Granital "i due sistemi sono configurati come autonomi e distinti ...".

schaffene Recht ... aus einer 'autonomen Rechtsquelle" fließe, Gemeinschaftsrecht und innerstaatliches Recht also "zwei selbständige, voneinander verschiedene Rechtsordnungen"¹²⁰ bildeten.

Die unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts, der Durchgriff auf den Einzelnen. 121 sein von jeder nationalen Instanz zu beachtender Vorrang sowie seine flächendeckende Verzahnung mit dem nationalen Recht haben dieser Sicht jedoch den Boden entzogen.¹²² Corte Costituzionale¹²³ und BVerfG sprechen heute denn auch davon, daß unionales und nationales Recht "nicht unvermittelt und isoliert nebeneinander" stünden, sondern "in vielfältiger Weise aufeinander bezogen, miteinander verschränkt und wechselseitigen Einwirkungen ... geöffnet" seien. 124 Im britischen Schrifttum wird Lord Diplock's berühmte Metapher zum Verhältnis von "Law and Equity" bemüht¹²⁵: wie sich die Wasser von Rhône und Saône nach ihrem Zusammenfluß nicht mehr unterscheiden ließen, sondern einen einzigen großen Strom bildeten, so seien auch unionales und nationales Recht nicht mehr voneinander zu trennende Teile einer einheitlichen Verfassungsordnung. Für monistisch geprägte Rechtsordnungen versteht sich dies von selbst. Daher dominieren heute monistische Erklärungsversuche des Verfassungsverbundes,126 wenn auch konträre,127

¹²⁰ BVerfGE 22, 293, 296 unter Hinweis auf EuGHE 1964, 1251, 1270 - Costa / E.N.E.L

¹²¹ Das ist schon in den Federalist Papers als maßgebliches Chrarakteristikum einer bundesstaatlichen Ordnung betont worden, *Hamilton* The Federalist Papers, First Mentor Printing, 1999, No. 15-17, 20 a.E., 77 ff.

¹²² In diesem Sinne *Thürer* Völkerrecht und Landesrecht, SZIER 1999, 217 ff. mit dem Plädoyer für eine "holistische" Betrachtungsweise.

¹²³ Corte Cost. No. 389/1989 v. 11.7. 1989, RIdDPC 1991, 1065, 1068; krit. zur nicht hinreichend entschiedenen monistischen Linie der Corte Cost. *Chiti* Der Vertrag über die Europäische Union und sein Einfluß auf die italienische Verfassung, Der Staat 33 (1994), 1, 6f.

¹²⁴ BVerfGE 52, 197, 200 - Absatzfonds; 73, 339, 367 f. - Solange II.

¹²⁵ Birkinshaw (o. Fn. 19), 205, 237 unter Hinweis auf USH Ltd v. Burnley B.C. [1978] AC 904 at 924 per Lord Diplock.

¹²⁶ Deutschland: P.M. Huber (o. Fn. 48), § 9 Rn 8; Pernice Aussprache, VVDStRL 53 (1994), 247; Großbritannien: R v HFEC ex p. Blood [1997] 2 AII ER 687 at 691 j – EC law as part of English law; Curtin The constitutional structure of the Union: A Europe of bits and pieces, CMLR 30 (1993), 17, 67, spricht von Unionsrecht, "which enters into ... national legal systems as an integral part of those systems ..."; Österreich: Holzinger Die Auswirkungen der österreichischen EU-Mitgliedschaft auf das österreichische Verfassungsrecht, JRP 1996, 163; Thun-Hohenstein Das Verhältnis zwischen österreichischem Recht und dem Recht der Europäischen Union, SWA-Studienarbeit, Nr. 107 (1995), 72ff.; Baumgartner EU-Mitgliedschaft und Grundrechtsschutz, 1997,

b) Autonomie der Unionsrechtsordnung

Der EuGH und die sog. Autonomisten¹²⁸ gehen bekanntlich von der Autonomie der unionalen Rechtsordnung¹²⁹ aus. Während es in der Rs. Costa/E.N.E.L noch eher vorsichtig hieß, der EWG-Vertrag habe "eine eigene Rechtsordnung geschaffen, die bei seinem Inkrafttreten in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen¹³⁰ "worden sei,¹³¹ ist später nurmehr von der "eigenen" Rechtsordnung der Gemeinschaft die Rede,¹³² freilich nicht im Sinne einer dualistischen Grundkonzeption,¹³³ sondern um deutlich zu machen, daß ihre dogmatische "Nabelschnur" zu den nationalen Verfassungen längst gekappt sei.¹³⁴ Insbesondere unter dem Gesichtspunkt "what judges did"¹³⁵ wird deutlich, daß hinter der Rede von der Autonomie der unionalen Rechtsordnung nichts anderes steht als ein kaum kaschierter Suprematieanspruch. Die dem Vorrang des Unionsrechts¹³⁶ zugemessenen Rechtsfolgen unterscheiden sich kaum von denen des Art. 31 GG,¹³⁷ ja sie gehen – was etwa die Maß-

⁶²ff.; a.A. Öhlinger (o. Fn. 24), 165, 194 Fn. 135; Frankreich: CC No. 92-308 DC 9.4.1992, EuGRZ 1993, 187, 190: die unionale Rechtsordnung sei in die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten eingebunden.

¹²⁷ Isensee (o. Fn. 118), 1239, 1262.

¹²⁸ Grundlegend die "Gesamtaktstheorie", BVerfGE 22, 293, 296; H.P. Ipsen Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 61 f.

¹²⁹ Zuleeg Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, JZ 1994, 1, 2.

¹³⁰ Hervorheb. d. Verf.

¹³¹ EuGHE 1964, 1251 ff. - Costa / E.N.E.L, Rn 8, 9: "Diese Aufnahme der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts in das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten …".

¹³² EuGHE 1969, 1, 14 - Wilhelm / BKartA; 1970, 1125, 1135 - Internationale Handelsgesellschaft, Rn 3.

¹³³ So klar schon *Ritterspach* Corte Costituzionale, Rom – Rechtsprechungsbericht 1984 Nr. 5-6, EuGRZ 1985, 98, 99 f.

¹³⁴ EuGHE 1978, 629 ff. - Simmenthal, Rn 17; so auch *Pernice* (o. Fn. 94), Art. 23 Rn 21, 26.

¹³⁵ Dworkin Law's Empire, 1986, 247 f.: "Fitting what judges did is more important than fitting what they said".

¹³⁶ Im Englischen mit "Community Law's Supremacy" umschrieben, *Birkinshaw* (o. Fn. 19), 205, 236ff.

¹³⁷ EuGHE 1978, 629 ff. – Simmenthal, Rn 17, 18: nationales Recht werde allein durch das Inkrafttreten von Rechtsakten der EG-Organe "ohne weiteres unanwendbar" und verhindere zudem "ein wirksames Zustandekommen neuer staatlicher Gesetzgebungsakte"; zurückhaltender jüngst EuGH, JZ 1999, 196, 197 – IN.CO.GE.'90 Srl; Brenner/Huber Europarecht und Europäisierung in den Jahren 1998/1999, DVBI 1999, 1559, 1565; zu der grundgesetzlichen Parallele P.M. Huber in: Sachs (Hrsg.), GG, 2. Aufl. 1999, Art. 31 Rn 13.

stabsfunktion der nationalen Grundrechte beim Vollzug des Unionsrechts anlangt – ¹³⁸ sogar darüber hinaus. Für eine Rücksichtnahme auf nationale Verfassungsstrukturen ist insoweit – wie die Fälle *Internationale Handelsgesellschaft*, *Nold*, *Hauer*, *Factortame*, ¹³⁹ *Lawrie Blum*, ¹⁴⁰ *Tanja Kreil* ¹⁴¹ u.v.a. gezeigt haben – kein Raum. ¹⁴² Die Konstitutionalisierung der EU paßt dabei ebenso ins Bild wie die Versuche des EuGH, die Herrschaft der Mitgliedstaaten über die Verträge zu begrenzen. ¹⁴³

c) Präponderanz des nationalen Rechtsanwendungsbefehls

Schon ein flüchtiger Blick auf das nationale Verfassungsrecht zeigt hingegen, daß dort von einer Unterordnung unter das Unionsrecht keine Rede sein kann. Im Gegenteil, daß der im Zustimmungsgesetz zu den Verträgen enthaltene nationale Rechtsanwendungsbefehl bzw. der nationale Rezeptionsakt die Grundlage für die Geltung des Unionsrechts im jeweiligen Mitgliedstaat darstellt, folgt für Deutschland heute aus Art. 23 Abs. 1 GG und bildet die theoretische Basis der Solange- und Maastricht-Doktrin des BVerfG. ¹⁴⁴ In Großbritannien beruht die Geltung des Unionsrechts, wie das House of Lords in einem obiter dictum zur "Rees Mogg"-Entscheidung bekräftigt hat, ¹⁴⁵ auf section 2 des European Communities Act 1972 und in Italien auf dem Zustimmungsgesetz, das auf der Grundlage von Art. 11 ItalVerf. ergangen ist. ¹⁴⁶ Auch Dänemark, ¹⁴⁷

¹³⁸ Vgl. EuGHE 1970, 1125, 1135 - Int. Handelsgesellschaft, Rn 3; 1974, 491 ff. - Nold, Rn 12f.; 1979, 3727, 3744 - Hauer, Rn 13. f.; BVerfGE 96, 345, 366f., 373; *P.M. Huber* (o. Fn. 137), Art. 31 Rn 3.

¹³⁹ EuGHE 1990, 2433 ff. - The Queen / Secretary of State for Transport.

¹⁴⁰ EuGHE 1986, 2121 ff. - Lawrie Blum; 1991, I - 5627 ff. - Annegret Bleis.

¹⁴¹ EuGH, RIW 2000, 220 ff. – Tanja Kreil / Bundesrepublik Deutschland; krit. dazu Scholz RIW 2000, 222 f.

¹⁴² S. aber unter IV.2.c).

¹⁴³ EuGHE 1991, I - 6079 ff. - EWR-Gutachten; Classen in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. II, 4. Aufl. 2000, Art. 24 Abs. 1 Rn 13 ff. mit Kritik an der dualistischen Konstitution.

¹⁴⁴ BVerfGE 37, 271, 280 ff.; 73, 339, 376 ff.; 89, 155, 174 f.

¹⁴⁵ R. v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs ex p. Rees Mogg [1994] 1 AII ER 457 at p. 467 g.; *Birkinshaw* (o. Fn. 19), 205, 234 ff.

¹⁴⁶ Corte Cost. Sent. No. 183 vom 27.12.1973, Giurispr. Cost. 1973, 2401, 2414 – Frontini: "... la disposizione dell'Art. 11 Cost. significa che, quando ne ricorrano i presupposti, è possibile stipulare trattati i quali comportino limitazione della sovranità, ed è consentito darvi esecuzione con legge ordinaria".

¹⁴⁷ § 20 DänVerf.; Gesetz No. 447 vom 11. 10. 1972, akt. Fassung in: Gulmann/ Hagel-Sørensen, EU-ret, 425 ff.; *Thomas* Das Maastricht-Urteil des dänischen Obersten Gerichtshofs vom 6. April 1998, ZaöRV 58 (1998), 879, 880 f.; *Zahle* National constitutional law and the European integration, 17. F.I.D.E-Kongreß, 1996, 60, 66.

Irland¹⁴⁸ und Schweden folgen dieser Sicht. Für Spanien folgt Vergleichbares aus Art. 93 SpanVerf., für Belgien aus Art. 34 BelgVerf., für Österreich aus dem EU-BeitrittsB-VG¹⁴⁹ und für Frankreich aus Art. 88-1 ff. FrzVerf.¹⁵⁰

- aa) Wenn die Geltung des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten auf einem nationalen Rechtsanwendungsbefehl beruht, kann sie durch einen solchen auch wieder beseitigt werden. Das ist die das Verfassungsrecht aller Mitgliedstaaten kennzeichnende Sicht.¹⁵¹ Gleichwohl ist klar, daß es sich dabei um eine eher hypothetische Möglichkeit handelt, die unionsrechtlich nur einvernehmlich oder unter den engen Voraussetzungen der clausula rebus sic stantibus in Betracht kommt.¹⁵²
- bb) Wenn das Unionsrecht auf einem nationalen Rechtsanwendungsbefehl oder Rezeptionsakt beruht, dann liegt es auf der Hand, daß dieser durch das nationale Verfassungsrecht gesteuert wird und auch dessen verfahrensrechtliche und soweit vorhanden sachlich-inhaltliche Vorgaben beachten muß. 153 Welchen Umfang diese haben, ist von Mit-

¹⁴⁸ Supreme Court, v. 9.4. 1987, [1987] ILRM 400, 402f. - Crotty.

¹⁴⁹ Das gilt jedenfalls, wenn man sich an dessen Materialien orientiert, 1546 BlgNR XVIII. GP, 4; Giller Der Anwendungsvorrang des EG-Rechts, ecolex 1996, 639, 643: "Das EU-BeitrittsB-VG öffnet die österreichische Rechtsordnung nach Maßgabe von deren Geltungs- und Anwendungsanspruch"; Öhlinger (o. Fn. 24), 165, 176: "Es lag in der Absicht des EU-BeitrittsB-VG, die österreichische Rechtsordnung gegenüber der Rechtsordnung der EU in der Weise zu öffnen, wie sich dies aus deren besonderem Geltungsanspruch – der vor allem vom Vorrang und von der "Druchgriffswirkung" des Gemeinschaftsrechts bestimmt ist – ergibt", 202; Schäffer Österreichischer Landesbericht, in: Schwarze (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 339, 364.

^{150 &}quot;... par l'effet de transfèrs de compétence consentis par les Etats membres"; CC Entscheidung No. 92-308 DC vom 9.4. 1992 – Maastricht I; Entscheidung No. 97-394 DC vom 31. 12. 1997 – Amsterdam; *Flauss* (o. Fn. 3), 25, 47 f.

¹⁵¹ Deutschland: BVerfGE 89, 155, 190; Di Fabio (o. Fn. 21), 124; P.M. Huber Maastricht – ein Staatsstreich?, 1993, 40f.; ders. (o. Fn. 48), § 5 Rn 18f.; Großbritannien: Bogdanor (o. Fn. 108), 3, 5, 19f.; Cullen Die flexiblen Briten: Rechtsstellung eines Außenseiters in der EU, Veröff. des Zentrums für Europäisches Wirtschaftsrecht Bonn, Nr 99, 1998, 9ff.; MacCormick Das Maastricht-Urteil – Souveränität heute, JZ 1995, 797f.; Österreich: Öhlinger (o. Fn. 24), 165, 177.

¹⁵² Oppermann (o. Fn. 3), Rn 219; Streinz (o. Fn. 22), Rn 91 - str. - s. auch Art. 62 Abs. 1 WVRK.

¹⁵³ Frankreich: Art. 55 FrzVerf.; CC No. 97-394 DC vom 31. 12. 1997, 7. Erwägungsgrund, EuGRZ 1998, 27, 29: "Allerdings auch in der Erwägung, daß für den Fall, daß die zu diesem Zweck eingegangenen internationalen Verpflichtungen eine verfassungswidrige Vorschrift enthalten oder die für die Ausübung der nationalen Souveränität es-

gliedstaat zu Mitgliedstaat sehr unterschiedlich: Ist die Integrationsklausel – wie in Frankreich oder Irland¹⁵⁴ – eher eng gefaßt –, so erfordert jede wesentliche Fortschreibung des Integrationsprogramms eine vorgängige Verfassungsänderung. In Deutschland und Schweden ist sie zwar weiter, durch die Struktursicherungsklausel¹⁵⁵ aber inhaltlich konditioniert. Darüber hinaus werden der EU-Mitgliedschaft in Dänemark durch das Erfordernis souveräner Staatlichkeit,¹⁵⁶ in Deutschland durch die Identität des Grundgesetzes,¹⁵⁷ in Großbritannien durch die Sovereignty of Parliament,¹⁵⁸ in Italien und Frankreich¹⁵⁹ durch die republikanische Staatsform und in Österreich durch die Grundprinzipien der Bundesverfassung¹⁶⁰ äußerste Grenzen gezogen.

cc) Im nationalen Rechtsanwendungsbefehl findet konsequenterweise auch der Anwendungsvorrang des Unionsrechts seine Grund-

sentiellen Bedingungen in Frage stellen, die Ermächtigung zur Ratifikation eine Verfassungsänderung voraussetzt ..."; Gundel EuR 33 (1998), 371, 378f.; Spanien: Art. 95 SpanVerf.; TC, Entscheidung vom 14. 2. 1991 – 28/1991; Entscheidung vom 22. 3. 1991 – 64/1991: "infraconstitucional"; de Albornoz DV 1995, 225, 231, 234.

¹⁵⁴ Supreme Court [1987], Irish Law Reports Monthly 400, 402 ff. – Crotty: "... and any such binding treaty would require ratification by the People, who were the ultimate guardians of the Constitution, by amendment of the constitution."

¹⁵⁵ Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG; Kapitel 10 § 5 SchwedVerf.

¹⁵⁶ Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6.4.1998 I 361/1997, EuGRZ 1999, 49, 52 Rn 9.8; *Thomas* ZaöRV 58 (1998), 879, 898.

¹⁵⁷ Art. 23 Abs. 1 Satz 3, 79 Abs. 3 GG.

¹⁵⁸ Parlamentssouveränität (Sovereignty of Parliament) bedeutet, daß das jeweils spätere Gesetz des durch freie Wahlen legitimierten Parlaments die höchste Norm ist; Pickin vs. British Railways Board [1974] AC 765, 789; Madzimbamuto v. Lardner-Burke [1969], 1 AC 645, 723; Dicey The law of the Constitution, 1885, 10th ed. 1959, 40: The Queen in Parliament (the legislature) has "the right to make or unmake any law whatever", and no person or body outside the legislature "is recognised by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of parliament". Die Doktrin gründet sich auf das Common Law und die Tatsache, daß Großbritannien nicht über eine geschriebene Verfassung verfügt, Bradley The Sovereignty of Parliament – in Perpetuity?, in: Jowell/Oliver (ed.), The changing constitution, 3. Aufl. 1994, 79, 85 ff.; krit. Cullen (o. Fn. 151), 10, Fn. 15.

¹⁵⁹ Art. 89 FrzVerf.; Flauss (o. Fn. 3), 79: "... la principe de la souveraineté du peuple français ou/et le principe démocratique ne pourraient être abroges que par le corps électoral agissant non pas dans le cadre d'un acte de révision constitutionnelle, mais au moyen d'un acte constituant nullifiant la constitution préexistante".

¹⁶⁰ Öhlinger (o. Fn. 24), 165, 179. Angesichts der Gesamtrevision der österreichischen Bundesverfassung durch das EU-BeitrittsB-VG kann diese Frage in Österreich nur hinsichtlich der Änderungen des Maastrichter Vertrages bedeutsam werden; dazu ders. Verfassungsrechtliche Aspekte des Vertrages von Amsterdam in Österreich, in: Hummer (Hrsg.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 1998, 297, 300f.

lage. ¹⁶¹ Dabei ist nicht entscheidend, ob er – wie in Frankreich, ¹⁶² Österreich oder Spanien ¹⁶³ – im nationalen Verfassungsrecht oder – wie in Großbritannien – im Zustimmungsgesetz ¹⁶⁴ niedergelegt ist, ob er – wie in Deutschland – in das Zustimmungsgesetz hineininterpretiert wird, oder ob die Subsidiarität gegenüber dem Unionsrecht – wie in Italien – durch eine einzelfallbezogene Handhabung des nationalen Rechts erreicht wird. ¹⁶⁵

dd) Wenn das Unionsrecht auf einem nationalen Rechtsanwendungsbefehl beruht, dann gilt dies auch für die gerichtlichen Kontrollzuständigkeiten hinsichtlich des Integrationsprogramms und seiner verfassungsrechtlichen Grenzen. Nur so läßt sich die Qualifikation des EuGH als gesetzlicher Richter i.S.v. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG¹⁶⁶ bzw. Art. 24 SpanVerf. 167 begründen, die Verfassungswidrigkeit von unionsrechtswidrigem nationalen Recht, 168 aber eben auch die Betrauung nationaler Gerichte mit der Kontrolle der jeweiligen verfassungsrechtlichen Grundlagen der Integration. 169 Nur auf dieser Grundlage sind die Solange- und Maastricht-Rechtsprechung des BVerfG, 170

¹⁶¹ Schwarze (o. Fn. 52), 463, 497 ff. für die Rechtsordnungen von Frankreich, Großbritannien, Deutschland, Spanien, Schweden und Österreich; Schilling (o. Fn. 111), 183 ff. Teile der österreichischen Literatur nehmen im Gefolge der Kelsen/Merkl'schen Stufenbauvorstellungen insoweit allerdings eine Sonderrolle ein, Öhlinger (o. Fn. 24), 165, 194, 201 ff.

¹⁶² Art. 55 FrzVerf.

¹⁶³ Art. 96 Abs. 1 SpanVerf.

¹⁶⁴ Macarthys v. Smith [1981] 1 All ER 111, 120 per Lord Denning, Macarthys v. Smith [1979] 3 All ER 325, 329 (Lord Denning); Garland v. British Rail Engineering Ltd. [1983] 2 AC 751 (Lord Diplock).

¹⁶⁵ Section 2 European Communities Act 1972; Cort. Cost. No. 170/84, Foro Italiano 1984, I – 2062, 2074ff. mit besonderer Betonung der Kollisionslösung im Einzelfall; entscheidend sei dabei, daß es sich um einen sekundärrechtlichen Rechtsakt handelt, "riconosciuto nell'ordinamento interno come "avente forza e valore di legge"; zur Anwendbarkeit der Techniken s. auch R. v. Secretary of State for Transport ex p. Factortame [1989] 2 All ER 692, 700 (HL).

¹⁶⁶ BVerfGE 73, 339, 369; 75, 223, 233 f.

¹⁶⁷ García de Enterica/García (o. Fn. 36), 287, 333.

 ¹⁶⁸ Frankreich: CC No. 98-400 DC v. 20.5. 1998; Flauss (o. Fn. 3), 86; Italien: Corte Cost. No. 384/1994 v. 10. 11. 1994, Foro Italiano 1994, I - 3289 ff.; No. 536/1995, v. 29. 12. 1995, Foro Italiano, 1996, I - 783 ff.; Di Nella Jahrbuch für Italienisches Recht 10 (1997), 135, 142 ff.

¹⁶⁹ MacCormick JZ 1995, 797, 800; Kirchhof JZ 1998, 965, 969.

¹⁷⁰ BVerfGE 37, 271 ff.; 73, 339 ff.; 89, 155 ff.; 97, 350 ff.; BVerfG, NJW 2000, 3124 ff.

die Granital-Rechtsprechung der italienischen Corte Costituzionale,¹⁷¹ die jüngere Rechtsprechung des belgischen Schiedshofes,¹⁷² das "Crotty"-Urteil des irischen Supreme Court¹⁷³ sowie die Maastrichtund Amsterdam-Entscheidungen des Conseil Constitutionnel,¹⁷⁴ des Tribunal Constitucional¹⁷⁵ und des Obersten Gerichtshofes von Dänemark¹⁷⁶ überhaupt denkbar. Ob die Kontrolle dabei präventiv erfolgt, wie beim Conseil Constitutionnel, oder repressiv, ob sie – wie in Deutschland,¹⁷⁷ Italien¹⁷⁸ oder Spanien¹⁷⁹ – (teilweise) beim Verfassungsgericht konzentriert oder – wie in Dänemark,¹⁸⁰ Frank-

¹⁷¹ Cort.Cost., Giurispr. Cost. 1973, 2401 ff. – Frontini; Giurispr. Cost. 1984, 1099 ff. – Granital.

¹⁷² Urt. des Schiedshofes 12/94 vom 3.2. 1994, Moniteur belge vom 11.3. 1994, 6142, in dem dieser das Recht in Anspruch nimmt, die Verfassungsmäßigkeit eines Zustimmungsgesetzes ebenso zu prüfen wie den Vertrag selbst; *Rothley* Europea alle tedesca, 22. 41.

¹⁷³ Supreme Court, v. 9. 4. 1987, [1987] ILRM 400, 402 ff. - Crotty; der Fall betraf die EEA.

¹⁷⁴ CC No. 92-308 DC vom 9.4.1992, EuGRZ 1993, 197 ff. – Maastricht I; No. 92-312 DC vom 2.9.1992, EuGRZ 1993, 193 ff. – Maastricht II; No. 97-394 DC vom 31.12.1997, EuGRZ 1998, 27 ff. – Amsterdam. Eine indirekte Kontrolle des sekundären Unionsrechts ist darüber hinaus über französische Implementationsgesetze möglich, CC No. 98-400 DC v. 20.5.1998; Cahiers du Conseil constitutionnel No. 4, 1998, 4.

¹⁷⁵ TC, Decl. 108/1992 vom 1. 7. 1992, EuGRZ 1993, 285 ff. - Maastricht.

¹⁷⁶ Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6.4. 1998 – I 361/1997, EuGRZ 1999, 49ff. – Maastricht.

¹⁷⁷ BVerfGE 37, 271, 280 ff.; 73, 339, 376 ff.; 89, 155, 174 f.; BVerfG, NJW 2000, 3124 ff.; Götz Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichtes, JZ 1993, 1081 ff.; P.M. Huber (o. Fn. 48), § 12 Rn 15, § 22 Rn 10; ders. (o. Fn. 33), Art. 19 Abs. 4 Rn 435; Burgi Verwaltungsprozeß und Europarecht, 1996, 29, 33, 40; Kokott Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, AöR 121 (1996), 206, 218 ff.; Schröder Das Bundesverfassungsgericht als Hüter des Staates im Prozeß der europäischen Integration – Bemerkungen zum Maastricht-Urteil vom 12.10.1993 – 2 BvR 2134/92 = EuGRZ 1993, 429 ff., DVBI 1994, 316, 324.

¹⁷⁸ Für Italien: Ital. Corte costituzionale, Giur.cost. 1973, 2401, 2420 – Frontini; Giur.cost. 1984, 1098, 1116 – Granital; No. 232, Giur. cost. 1989, 1001 ff.; *Di Nella* Das Verhältnis zwischen inländischem Recht und Gemeinschaftsrecht in der Rechtsprechung des Corte Costituzionale: Schon eine "Union des Rechts"?, Jahrbuch für Italienisches Recht 10 (1997), 135, 142 f.

¹⁷⁹ Span.TC, Entsch. 64/1991 – Zuständigkeit, wenn Grundrechte auf dem Spiele stehen.

¹⁸⁰ Højesteret (Oberster Gerichtshof), Urt. v. 12. 8. 1996, UfR; dazu Thomas ZaöRV 58 (1998), 879, 886 ff.; Urt. v. 6. 4. 1998 I 361/1997 – Carlsen/Rasmussen, dt. Übers. in: EuGRZ 1999, 49 ff.

reich,¹⁸¹ Irland,¹⁸² Österreich,¹⁸³ Schweden, Spanien¹⁸⁴ und wohl auch Großbritannien¹⁸⁵ – jedenfalls unter dem ultra vires-Aspekt allen Gerichten eröffnet ist, ist dabei nicht entscheidend. Entscheidend ist, daß eine solche Kontrolle in Anspruch genommen wird.

d) Eigene Stellungnahme

Nach einer verbreiteten Auffassung sollen beide Ansätze in sich plausibel sein, aber miteinander unvereinbar. Es handele sich um einen "gordischen Knoten", der nicht mit Recht, sondern nur durch mehr oder weniger brutale Machtausübung zu lösen sei, um einen "offenen Dissens", in dem sich jeder Interpret in bester kelsenianischer Tradition¹⁸⁶ in einem Akt weltanschaulichen Bekenntnisses auf eine der beiden Seiten schlagen müsse.¹⁸⁷

aa) Mir erscheint dies zweifelhaft. Zwar ist die Autonomie der Unionsrechtsordnung in der Tat ein Dogma, der päpstlichen Unfehlbarkeit nicht unähnlich, an das man glauben muß, wenn man die Exkommunikation fürchtet.¹⁸⁸ Doch dieses Dogma steht auf tönernen Füßen. Sein entscheidendes Argument ist seine klaglose Akzeptanz durch die

¹⁸¹ Art. 55 FrzVerf.

¹⁸² Supreme Court, [1987], Irish Law Reports Monthly 1987, 400, 441 ff.; [1990] Irish Law Reports Monthly, 350, 351 - Grogan.

¹⁸³ Schäffer (o. Fn. 149), 339, 361; Rothley (o. Fn. 51), 22, 41 f. unter Hinweis auf das Memorandum der österreichischen Bundesregierung zum EU-Beitritt; skeptisch Öhlinger Das Zusammenspiel österreichischer und gemeinschaftsrechtlicher Rechtsquellen, Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, 1999, 145, 149.

¹⁸⁴ Tribunal constitucional, Boletin de jurisprudencia Constitucional 1992, 5.

¹⁸⁵ Birkinshaw (o. Fn. 19), 205, 233: "There may also be difficulties before domestic courts in grounds of ultra vires.", unter Hinweis auf R v. LB Transport Committee ex parte FTA 1 WLR 828 (HL).

¹⁸⁶ Kelsen Souveränität, in: Schlochauer (Hrsg.), Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 3, 1962, 278 ff.; ders. Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 2. Aufl. 1928, 314 ff.; Pauly (o. Fn. 106), XIV.

¹⁸⁷ Folz (o. Fn. 118), 375; Heintzen Die "Herrschaft" über die Europäischen Gemeinschaftsverträge – Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs, AöR 119 (1994), 564, 565, 578 ff.: die Setzungen von BVerfG und EuGH könnten nur juristisch vorausgesetzt, nicht aber begründet werden; Isensee (o. Fn. 118), 1239, 1264 f.; ähnlich MacCormick JZ 1995, 797, 800, der als Ausweg letztlich nur eine politische Lösung anbietet.

¹⁸⁸ Weiler (o. Fn. 5), 286, 295, spricht nicht nur von "truism", sondern auch von "myth"; gegen das Zelotentum in (wissenschaftlich-)politischen Auseinandersetzungen schon Hamilton (o. Fn. 121), 2.

Mitgliedstaaten und ihre Gerichte über Jahrzehnte hinweg.¹⁸⁹ Der Blick auf das nationale Verfassungsrecht zeigt jedoch, daß davon keine Rede sein kann, und auch die Unionspraxis steht dem entgegen.¹⁹⁰ So ist die Fortschreibung der angeblich autonomen Verträge teilweise an den verfahrensrechtlichen Hürden des dänischen Verfassungsrechts gescheitert; sie war auch erst möglich, nachdem Deutschland, Frankreich, Irland und Spanien ihre Verfassung geändert hatten. Zudem wird die Effektivitätsthese durch die bloße Existenz des Luxemburger Kompromisses ebenso widerlegt wie durch die (vertragswidrige) Nichtteilnahme Schwedens an der 3. Stufe der WWU.

bb) Im übrigen: wenn die Gründung der EWG 1957 eine autonome Rechtsordnung ins Leben gerufen hat, wie konnte deren Verfassung dann 1987, 1993 und 1999 durch die Mitgliedstaaten grundlegend geändert werden? Wenn aber jede Vertragsänderung ein neuer Gesamtakt ist, gilt dann die Autonomie der Unionsrechtsordnung immer nur bis zur nächsten Vertragsänderung? Und was ist mit der demokratischen Legitimation des unionalen Verfassungsrechts, wenn die Brücke des Zustimmungsgesetzes mit dem Errichtungsakt hinfällig wird, wie behauptet wird? Setzt demokratische Legitimation nicht Rückholbarkeit und Abänderbarkeit voraus, muß sie nicht im Hinblick auf die heute Betroffenen existieren, so daß die Billigung durch die Gründungsväter der 50er Jahre allein nicht genügen kann? 192

Daran kann auch eine Deutung der Verträge als "contrat social" der Unionsbürger, die sich insoweit lediglich ihrer Mitgliedstaaten bedienten,¹⁹³ nichts ändern. Zwar mögen hier Parallelen zur Ratifizierung des GG¹⁹⁴ oder der U.S.-Verfassung¹⁹⁵ nahe liegen. Das Einstimmigkeitser-

¹⁸⁹ Weiler (o. Fn. 5), 286, 296f. mit der pragmatischen Argumentation, das Unionsrecht werde von den Gerichten wie von der Wissenschaft anders behandelt als internationales Recht und der vom EuGH vorgenommene Paradigmenwechsel, hin zu einer Verfassungsrhetorik, habe breite Zustimmung gefunden; dazu schon Jellinek Verfassungsänderung und Verfassungswandlung, 1906, Nachdr. Keip 1996, Pauly (Hrsg.), 21: "Das fait accompli, die vollendete Tatsache, ist eine historische Erscheinung von verfassungsbildender Kraft, gegen welche alles Ankämpfen der Legitimitätstheorien ohnmächtiges Beginnen ist."; für ein Abstellen auf die Effektivitätsthese auch Meng (o. Fn. 82), 21; Pauly (o. Fn. 106), XXV.

¹⁹⁰ Zutreffend MacCormick JZ 1995, 797, 799 f. "soziologischer Realismus"; Öhlinger (o. Fn. 24), 165, 203.

¹⁹¹ So Everling JZ 2000, 217, 225 f.

¹⁹² Mit stärkerem Akzent auf der Souveränität Scholz (o. Fn. 106), 21, 29.

¹⁹³ So Pernice (o. Fn. 3), 25, 30 f.; ders. JZ 2000, 866, 870.

¹⁹⁴ Art, 144 GG; P.M. Huber (o. Fn. 137), Präambel Rn 17, Art, 144 Rn 3.

¹⁹⁵ Art. VII U.S. Const. 1787.

fordernis,¹⁹⁶ die ausdrückliche Anknüpfung an das nationale Verfassungsrecht und damit auch an die der Integration des jeweiligen Mitgliedstaats gezogenen Grenzen¹⁹⁷ sowie der fehlende Grundkonsens belegen jedoch, daß es bei den Verträgen nicht um eine unmittelbar von den Unionsbürgern abgeleitete und insoweit autonome Verfassungsordnung geht, sondern um eine "staatenvermittelte".¹⁹⁸

cc) Das Primärrecht selbst erteilt der Autonomiethese eine Absage, indem es den Rückgriff auf das nationale (Verfassungs-)Recht ausdrücklich anordnet – bei den sog. Evolutivklauseln, dem System eigener Mittel,¹⁹⁹ der Integration der WEU,²⁰⁰ der polizeilichen und justitiellen Zusammenarbeit, bei der Harmonisierung des Strafrechts,²⁰¹ der Aufnahme neuer Mitglieder²⁰² und vor allem bei der Vertragsänderung.²⁰³ Das nationale Verfassungsrecht ist hier nicht nur als Quelle materiell-rechtlicher Inspiration²⁰⁴ in Bezug genommen, sondern als Geltungsgrund und Maßstab.²⁰⁵

Dagegen läßt sich weder seine "Regelungstiefe"²⁰⁶ ins Feld führen noch das vom EuGH so gern bemühte katastrophische Szenarium, wonach jede Rücksichtnahme auf das nationale Verfassungsrecht die Einheit der unionalen Rechtsordnung sprengen, den Zusammenhalt der EU²⁰⁷ gefährden und die Integration ad absurdum führen würde.²⁰⁸ Zum einen steht dem einmal ratifizierten Integrationsprogramm nationales Verfassungsrecht i.d.R. nicht entgegen, weil es entweder hinreichend integrationsoffen oder vorher abgeändert worden ist. Ex ante

¹⁹⁶ Art. 48 EU; dazu zutreffend Öhlinger (o. Fn. 24), 165, 224 f.

¹⁹⁷ Daß Art. 23 Abs. 1 GG keine "eigen-verfassungsrechtliche" Dimension der EU zuläßt, betont Scholz (o. Fn. 106), 21, 29; ders. in: Maunz/Dürig, GG, Art. 23 Rn 33 ff.

¹⁹⁸ Grimm Braucht Europa eine Verfassung?, C. F. v. Siemens-Stiftung, Bd. 60, 1994, 32.

¹⁹⁹ Art. 269 EG.

²⁰⁰ Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 EU.

²⁰¹ Art. 42 Satz 2 EU.

²⁰² Art. 49 EU.

²⁰³ Art. 48 EU.

²⁰⁴ Hirsch Gemeinschaftsgrundrechte: Rechtsprechung der EuGH, Verhältnis zum Grundgesetz, EU-Charta, Europäische Gespräche 2/1999, 43.

²⁰⁵ Schwarze (o. Fn. 52), 463, 497 ff.

²⁰⁶ v. Bogdandy Der Staat 39 (2000), 163, 167; das Beispiel des dort gewählten Abkommens über Gemeinschaftspatente, dem Irland durch Art. 29 Abs. 4 UAbs. 3 Irl-Verf. Rechnung getragen hat, paßt deshalb nicht, weil die irische Verfassung vor dem Beitritt geändert wurde und sich in keiner Weise als Hürde für ein bestehendes Integrationsprogramm erwiesen hatte.

²⁰⁷ EuGHE 1979, 3727 - Hauer, Rn 14.

²⁰⁸ Everling JZ 2000, 217, 226.

nicht erkannte Konflikte werden – wie die Praxis zeigt – zudem nicht zu Lasten des Integrationsprogramms gelöst, sondern durch eine Änderung des nationalen Verfassungsrechts.

dd) An den Mitgliedstaaten führt im Staatenverbund m.a.W. kein Weg vorbei. Sie sind die "Herren der Verträge".²⁰⁹ Rechtlich wie politisch ruht er auf ihnen und auf ihrem fortdauernden Willen zur Mitgliedschaft.²¹⁰ Dies zu betonen bedeutet nicht – wie polemisch behauptet worden ist –, den Staat "über alles" zu setzen,²¹¹ und es geht dabei auch nicht um "Verfassungsimperialismus".²¹² Es geht nicht um Angst vor der Globalisierung, und es geht insbesondere nicht um einen deutschen Irr- und Sonderweg. Worum es geht, ist die Sicherung der Verfassungsfunktionen in der EU, die Legitimität ihrer verfassungsrechtlichen Ordnung. Das ist freilich nicht die ganze Wahrheit.

- Die wechselseitige Beeinflussung von unionsspezifischem und nationalem Verfassungsrecht
- a) Die Öffnung des nationalen Verfassungsrechts für seine Europäisierung

Alle geschriebenen²¹³ Verfassungen der Mitgliedstaaten kennen heute verfassungsrechtliche Öffnungsklauseln zugunsten der Integration. Auch wenn sie sich teilweise auf die EU²¹⁴ beziehen, in Schweden nur auf die EG²¹⁵ oder – wie in Griechenland,²¹⁶ Italien²¹⁷ oder Spanien²¹⁸ –

²⁰⁹ Deutschland: BVerfGE 75, 223, 242; 89, 155, 190; Bleckmann Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rn 163 mit zutreffendem Hinweis auf die faktischen Zwänge; Cremer in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 1999, Art. 48 EU Rn 4ff.; Enders (o. Fn. 39), 29, 45: "totale Definitionsmacht des Grundgesetzes"; Streinz (o. Fn. 22), § 3 Rn 122; a.A. Pernice (o. Fn. 94), Art. 23 Rn 21; Österreich: Öhlinger (o. Fn. 24), 165, 185.

²¹⁰ Anders als etwa die Bundesrepublik Deutschland, die in ihrer Existenz gerade nicht auf die Zustimmung der Länder angewiesen ist, *P.M. Huber* (o. Fn. 137), Präambel Rn 14ff.; ders. in: ders. (Hrsg.), ThürStVerwR, 2000, 1. Teil Rn 31.

²¹¹ Weiler The State "über alles", Demos, Telos and the German Maastricht Decision, FS für Everling, Bd. II, 1995, 1651 ff.; ders. JöR 44 (1996), 91 ff.

²¹² v. Bogdandy Der Staat 39 (2000), 163, 167, spricht von "Grundrechtsimperialismus".

²¹³ Großbritannien kennt bekanntlich keine geschriebene Verfassung, was ihm im Hinblick auf die mit der Europäisierung verbundenen Probleme mehr Flexibilität und Pragmatismus ermöglicht, *Birkinshaw* (o. Fn. 19), 205, 235 ff.

²¹⁴ Art. 23 Abs. 1 GG, Art. 88-1 FrzVerf., Art. 29.3 IrlVerf.; Öst.EUBeitrittsBV-G, Art. 7 Abs. 6 PortVerf.

²¹⁵ Kap. 10 § 5 SchwedVerf.; Bernitz (o. Fn. 32), 389, 431.

²¹⁶ Art. 28 Abs. 2 und 3 GriechVerf; Häberle (o. Fn. 1), 11, 18, Fn. 13.

²¹⁷ Art. 11 ItalVerf.

²¹⁸ Art. 93 SpanVerf.

gar keine unionsspezifische Ausrichtung aufweisen, wenn sie die Übertragung von Hoheitsrechten teils quantitativ²¹⁹, teils qualitativ²²⁰ oder auch nicht konditionieren, die Existenz dieses "nationalen Europaverfassungsrechts"²²¹ und, damit einhergehend, die Hinnahme einer weitreichenden Relativierung der eigenen Verfassungen, gehört zu den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsgrundsätzen.

Das zeigt etwa der Blick auf das Demokratieprinzip, das – auch wenn es dem postnationalen Lebensgefühl der europäischen Elite nicht mehr entsprechen mag²²² – in allen Mitgliedstaaten nationalstaatlich konzipiert ist.²²³ Aus deutscher²²⁴ und französischer²²⁵ Perspektive erscheint deshalb etwa das Kommunalwahlrecht für Unionsbürger anderer Mitgliedstaaten²²⁶ als eine infolge der Europäisierung hinzunehmende Beschränkung, aus britischer,²²⁷ dänischer, deutscher, französischer²²⁸ und

²¹⁹ Dänemark: § 20 DänVerf.; Deutschland: Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG ("Hoheitsrechte"); Frankreich: Art. 88-1 FrzVerf. ("einige ihrer Kompetenzen"); Irland: Art. 29.4.3. IrlVerf.; Österreich: Art. 9 Abs. 2 B-VG ("einzelne Hoheitsrechte") bzw. der durch das EU-BeitrittsB-VG erfaßte Bestand; Holzinger Umsetzung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Österreich, in: Magiera/Siedentopf (Hrsg.), Die Zukunft der Europäischen Union, 1997, 87, 94; Schäffer (o. Fn. 149), 339, 360f.

²²⁰ Art. 49 LuxVerf.

²²¹ Häberle (o. Fn. 1), 11, 18f.

²²² Die wenig überzeugende und zu Mißverständnissen herausfordernde Bezugnahme auf *Heller* im Maastricht-Urteil (BVerfGE 89, 155, 186) bot der Polemik denn auch einen optimalen Resonanzboden; s. nur *Weiler* JöR 44 (1996), 91, 94f., 114, 123, 128 mit einer Linie vom Maastricht-Urteil über das Staatsangehörigkeitsrecht, *C. Schmitt* bis zur "Blut und Boden"-Ideologie der Nazis; *Zuleeg* (o. Fn. 100), 11, 16 ff.; ferner *Bryde* Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, StWiss 5 (1994), 305.

²²³ Grewe Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, in: Drexl/Kreuzer/Scheuing/Sieber (Hrsg.), Europäische Demokratie, Ius Europaeum, Bd. 6, 1999, 59, 61; Art. 33 BelgVerf.; Art. 20 Abs. 2 GG; § 2 FinnGG; Art. 3 FrzVerf.; CC No. 92–308 v. 9.4. 1992, EuGRZ 1993, 187, 189 – Maastricht I; No. 97–394 v. 31. 12. 1997, EuGRZ 1998, 27, 29 – Amsterdam; Fromont Frankreich und die Europäische Union, DÖV 1994, 481; Art. 1 Abs. 3 Griech-Verf.; Art. 6 Abs. 1 IrlVerf.; Supreme Court, v. 9.4. 1987, [1987] ILRM 400, 403 – Crotty; Art. 1 Satz 2 ItalVerf., Art. 32 LuxVerf.; Art. 1 Satz 2 ÖstBV-G; Art. 3 Abs. 1 PortVerf.; Kap. 1 § 1 SchwedVerf.; Art. 1 Abs. 2 SpanVerf.

²²⁴ BVerfGE 83, 30, 59.

²²⁵ Art. 88-3 FrzVerf.

²²⁶ Heute Art. 19 Abs. 1 EG, RL 94/80/EG.

²²⁷ Birkinshaw (o. Fn. 19), 205, 250: "But the extension of QMV (Qualified Majority Vote) is seen as running counter to Parliamentary Sovereignty ...".

²²⁸ Seit der "Politik des leeren Stuhls" ist dies aus französischer Sicht der neuralgische Punkt der Integration schlechthin; dazu *Oppermann* (o. Fn. 3), § 1 Rn 29f.; dog-

irischer²²⁹ Perspektive auch die Unterwerfung unter Mehrheitsentscheidungen im Rat oder die Entparlamentarisierung des nationalen Verfassungsgefüges.²³⁰ Gleiches gilt für die weitreichenden Verschiebungen in der staatlichen Funktionenordnung.²³¹ Die *Factortame*-Rechtsprechung des EuGH,²³² die auch britische Gerichte dazu zwang, Parlamentsgesetze für "inapplicable"²³³ zu erklären und einstweiligen Rechtsschutz gegen die Krone zu gewähren, wird von britischen Autoren als "revolutionary event in UK law" beschrieben,²³⁴ weil damit nicht nur mit einem zentralen Satz des Common law gebrochen, sondern auch die Stellung der Gerichte gegenüber Westminster nachhaltig gestärkt wurde. Es gilt für Verschiebungen in der vertikalen Gewaltenteilung der föderal untergliederten Mitgliedstaaten infolge der berüchtigten Landes-Blindheit des Unionsrechts²³⁵ oder für die jedenfalls in Deutschland und Schweden virulente Verpflichtung, nach nationalem Recht eigentlich unzulässige Grundrechtseingriffe zuzulassen und vorzunehmen.²³⁶

matisch aus jüngerer Zeit CC No. 92-308 v. 9. 4. 1992, EuGRZ 1993, 187, 192 - Maastricht I; No. 97-394 v.31. 12. 1997, EuGRZ 1998, 27, 30 - Amsterdam.

²²⁹ Supreme Court, v.9. 4. 1987, [1987] ILRM 400, 402 - Crotty.

²³⁰ Österreich: Schäffer (o. Fn. 149), 339, 377.

²³¹ Schweden: Bernitz (o. Fn. 32), 389, 434.

²³² EuGHE 1990, 2433 ff. - The Queen / Secretary of State for Transport.

²³³ Seit Beginn der 90er Jahre hat das House of Lords britische Gesetze wegen Unvereinbarkeit mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht für "inapplicable" erklärt, R. v. Secretary of State for Employment *ex parte* Equal Opportunities Commission [1994] 1 All England Law Reports 910; krit. *Bradley* (o. Fn. 158), 79 ff.

²³⁴ Birkinshaw (o. Fn. 19), 205, 241; Cullen (o. Fn. 151), 11 "Schock".

²³⁵ Blanke Föderalismus und Integrationsgewalt, Die Bundesrepublik Deutschland, Spanien, Italien und Belgien als dezentralisierte Staaten in der EG, 1991; Deutschland: H. P. Ipsen Als Bundesstaat in der Gemeinschaft, FS Hallstein, 1966, 248, 256; Kokott Federal States in Federal Europe: The German Länder and Problems of European Integration, (1997), 3 EPL 607, 613 ff.; Schwarze (o. Fn. 21), 109, 154; Italien: zu den Informationsproblemen im italienischen Mehr-Ebenen-System s. Legge Nr. 400 v. 23.8.1988; Nr. 860 v. 9.3.1989 ("La Pergola"); dazu Capelli (o. Fn. 117), 4f.; Österreich: Schäffer (o. Fn. 149), 339, 375; Spanien: García de Enterría/García (o. Fn. 36), 287, 303 ff.; de Albornoz DV 1995, 225, 228.

²³⁶ Deutschland: BVerfGE 37, 271, 280 ff.; 73, 339, 376 f.; 89, 155, 174 f.; BVerfG, NJW 2000, 3124 ff.; P.M. Huber (o. Fn. 33), Art. 19 Abs. 2 Rn 196 ff.; ders. (o. Fn. 48), § 3 Rn 19; ders. AöR 116 (1991), 210, 235 ff.; Streinz Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1989, 253 f.; praktisch geworden im Schutzbereich von Art. 13 GG: EuGHE 1989, 2859 ff. – Hoechst; BVerfGE 32, 54, 71; Schweden: Bei der Pressefreiheit und dem Zugang zu öffentlichen Informationen führt die Europäisierung hier wohl zu Abstrichen; Bernitz (o. Fn. 32), 389, 440 f.

b) Das nationale Verfassungsrecht als Bezugs- und Rezeptionsreservoir für das Unionsrecht

Dennoch droht dem nationalen Verfassungsrecht nicht das Schicksal seines in relativer Bedeutungslosigkeit vor sich hin dümpelnden gliedstaatlichen Pendants.²³⁷ Zum einen dient es als wichtigstes Rezeptionsreservoir für das unionale Verfassungsrecht. Dies findet seinen Ausdruck in Art. 6 Abs. 1 und 2 EU, in Art. 288 UAbs. 2 EG und wird durch die Rechtsprechung des EuGH belegt, der nicht nur das Gros der Grundrechte,²³⁸ sondern auch die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, des Vertrauensschutzes,²³⁹ der Rechtssicherheit oder der guten Verwaltung²⁴⁰ aus den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten destilliert hat.

Zum anderen bestimmen Art. 23 Abs. 1 GG,²⁴¹ Art. 88–1 FrzVerf., Art. 29 Abs. 4 IrlVerf., Art. 11 ItalVerf., das Öst. EU-BeitrittsB-VG,²⁴² Kap. 10 § 15 SchwedVerf. oder Art. 93 SpanVerf. Voraussetzungen und Bedingungen der Mitgliedschaft des jeweiligen Staates in der EU. Ihre Wirkung reicht jedoch weiter. Über die Vorbildfunktion, wie sie etwa die mittlerweile in Art. 23 Abs. 1 GG kodifizierte Solange-Doktrin²⁴³ für die Formulierung der schwedischen Integrationsklausel gehabt hat,²⁴⁴ hinaus wirken sie über das sie verkoppelnde Unionsrecht mittelbar auch zugunsten/zu Lasten aller anderen Mitgliedstaaten. Deshalb wird z.B. das Fehlen einer Struktursicherungsklausel im Öst. EU-BeitrittsB-VG als hinnehmbar beurteilt, weil "Österreich – wie auch andere Mitgliedstaaten – mittelbar von den Wirkungen der expliziten Integra-

²³⁷ Graf Vitzthum/Funk/Schmid Die Bedeutung gliedstaatlichen Verfassungsrechts in der Gegenwart, VVDStRL 46 (1988), 7ff., 57ff., 92ff.

²³⁸ Besonders anschaulich EuGHE 1979, 3727ff. – Hauer, Rn 20, wo auf Art. 14 Abs. 2 GG, Art. 42 Abs. 2 ItalVerf. und auf Art. 43.2.2 IrlVerf. verwiesen wird; in jüngerer Zeit nehmen die Bezugnahmen auf das nationale Verfassungsrecht allerdings ab, während die EMRK stärker herangezogen wird.

²³⁹ Zu den französischen Wurzeln des Rückwirkungsverbotes s. *Braibant/Stirn* Le droit administratif français, 4. Aufl. 1997, 218 ff.

²⁴⁰ EuGH, EuZW 2000, 47 - Van der Wal, Rn 29; *Haibach* Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundsätzen des Verwaltungsverfahrens, NVwZ 1998, 456, 461 f.

²⁴¹ Scholz (o. Fn. 106), 21, 23.

²⁴² Jedenfalls nach Auffassung des österreichischen Gesetzgebers (1546 Blg-Nr 18.GP); *Holzinger* (o. Fn. 219), 87, 94.

²⁴³ BVerfG, NJW 2000, 3124ff.

²⁴⁴ Bernitz (o. Fn. 32), 389, 428, 455f.: "In this perspective, it is of considerable interest from a comparative viewpoint that the "Solange" doctrine constitutes a part of the written Swedish constitution".

tionsschranken partizipieren kann, die in der "Struktursicherungsklausel" des ... Europaartikels ... des ... Grundgesetzes stecken".²⁴⁵ Vor diesem Hintergrund wird das nationale Verfassungsrecht zu Recht "zu den Verfassungsgrundlagen der Gemeinschaft"²⁴⁶ bzw. der EU gerechnet. Daß es der EuGH den Mitgliedstaaten dennoch pauschal verwehren will, sich auf dessen interne Schwierigkeiten oder Bestimmungen zu berufen,²⁴⁷ ist damit nicht zu vereinbaren.²⁴⁸

c) Der wechselseitige Einfluß auf Auslegung und Anwendung des Verfassungsrechts

Den europäischen Verfassungsverbund kennzeichnet also einerseits eine Relativierung des nationalen Verfassungsrechts. Sie beruht auf seiner Öffnung für das "Integrationsprogramm" und zwingt es letztlich auch dazu, sich den von Art. 6f. EU formulierten Homogenitätsanforderungen anzupassen. Insoweit bedeutet die Mitgliedschaft in der EU, solange sie denn andauert, in der Tat faktisch das Ende nationaler Verfassungsautonomie.²⁴⁹ Wo das nationale Verfassungsrecht diese Öffnung andererseits nicht zuläßt oder das sog. Integrationsprogramm verlassen wird, setzt es sich gegenüber dem Unionsrecht durch.²⁵⁰ Im Verhältnis zueinander beeinflussen und ergänzen sich unionales und nationales Verfassungsrecht damit gegenseitig,²⁵¹ besitzen sie komplementäre Maßstäblichkeit, haben sie in jedem Mitgliedstaat die Funktion

²⁴⁵ Schäffer (o. Fn. 149), 339, 361.

²⁴⁶ Iglesias Gedanken zum Entstehen einer Europäischen Rechtsordnung, NJW 1999, 1, 2f.

²⁴⁷ EuGHE 1978, 879, 886 - Kommission / Italien; 1980, 1473, 1487 - Kommission / Belgien.

²⁴⁸ Calliess Innerstaatliche Mitwirkungsrechte der deutschen Bundesländer nach Art. 23 GG und ihre Sicherung auf europäischer Ebene, in: Hrbek (Hrsg.), Europapolitik und Bundesstaatsprinzip, Die "Europafähigkeit" Deutschlands und seiner Länder im internationalen Vergleich, 2000, 24. Diese Linie verliert freilich an Brisanz, wenn der EuGH die verfassungsrechtlichen Probleme der Mitgliedstaaten bei der Auslegung des Unionsrechts bereits berücksichtigt; dazu im folgenden.

²⁴⁹ Pernice (o. Fn. 3), 25, 35.

²⁵⁰ P.M. Huber (o. Fn. 48), § 9 Rn 12; Pernice (o. Fn. 94), Art. 23 Rn 29 spricht von einem "Notrecht" der Mitgliedstaaten.

²⁵¹ Deutschland: BVerfGE 52, 197, 200; 73, 339, 367f.; Frankreich: CC No. 92–308, 9.4. 1992, EuGRZ 1993, 187, 190: die unionale Rechtsordnung sei eine eigene Rechtsordnung, "die, auch wenn sie in die nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten eingebunden ist, doch nicht zum institutionellen Gefüge der französischen Republik gehört"; Italien: Corte Cost. No. 170/1984, Giur. Cost. 1984, 1099, 1113; No. 389/1989 v. 11.7. 1989, RIdDPC 1991, 1065, 1068: "tra loro coordinati e communicati".

wechselseitiger Auffangordnungen. Dem muß auch bei der Auslegung und Anwendung des unionalen wie des nationalen Rechts Rechnung getragen werden.

aa) Aus der Perspektive des Unionsrechts sind es der Anwendungsvorrang, das Gebot der unionsrechtskonformen Auslegung nationalen Rechts sowie die Grundsätze der Gemeinschaftstreue, der Effektivität und der Nichtdiskriminierung, 252 die die Europäisierung des nationalen Verfassungsrechts steuern. Sie werden ergänzt und bekräftigt durch Bestimmungen des nationalen Verfassungsrechts, die den Ausbau der EU oder das vereinte Europa zur Staatszielbestimmung oder den "acquis communautaire" in den Rang einer verfassungsrechtlichen Grundentscheidung erhoben haben. Dies öffnet nicht nur der Herstellung praktischer Konkordanz ein weites Feld, sondern verpflichtet die nationalen Instanzen auch auf eine konfliktmindernde Anwendung und Auslegung des nationalen Verfassungsrechts.

bb) Im Gegenzug dazu trifft die EU eine Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit und Solidarität mit den Mitgliedstaaten,²⁵³ ein Gebot der Rücksichtnahme,²⁵⁴ das seine Grundlage in der Pflicht findet, die nationale Identität der Mitgliedstaaten zu achten,²⁵⁵ im Gebot der Gemeinschaftstreue²⁵⁶ sowie in den Grundsätzen der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.²⁵⁷ Sie verbieten es den EG-Organen, die Mitgliedstaaten in einen unlösbaren Konflikt zwischen dem Unionsrecht und ihrem nationalen Verfassungsrecht zu stürzen²⁵⁸ und verpflichten sie, bei der Wahrnehmung der ihnen zugewiesenen Kompetenzen auf die verfas-

²⁵² EuGHE 1995, I - 4705, 4737 - van Schijndel und van Veen, Rn 17.

²⁵³ v. Bogdandy in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV, Stand 2000, Art. 5 Rn 79 ff.; Calliess Das gemeinschaftsrechtliche Subsidiaritätsprinzip (Art. 3b EGV) als Grundsatz der größtmöglichen Berücksichtigung der Regionen, AöR 121 (1996), 509, 532 ff.; Epiney Gemeinschaftsrecht und Föderalismus: "Landes-Blindheit" und Pflicht zur Berücksichtigung innerstaatlicher Verfassungsstrukturen, EuR 29 (1994), 301, 309 ff.

²⁵⁴ Calliess Innerstaatliche Mitwirkungsrechte der deutschen Bundesländer nach Art. 23 GG und ihre Sicherung auf europäischer Ebene, in: Hrbek (Hrsg.), Europapolitik und Bundesstaatsprinzip, Die "Europafähigkeit" Deutschlands und seiner Länder im internationalen Vergleich, 2000, 13, 21; Hailbronner Die deutschen Bundesländer in der EG, JZ 1990, 149, 152; Heintzen Subsidiaritätsprinzip und Europäische Gemeinschaft, JZ 1991, 317, 321; Kahl in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 1999, Art. 10 Rn 50, 52; Pernice Europäische Union – Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, DVBI 1993, 909, 916.

²⁵⁵ Art. 6 Abs. 3 EU; Classen (o. Fn. 143), Art. 23 Abs. 1 Rn 68.

²⁵⁶ Art. 10 EG.

²⁵⁷ Art. 2 EU, Art. 5 Abs. 2 EG.

²⁵⁸ Calliess (o. Fn. 254), 13, 21 f.

sungsrechtlichen Rahmenbedingungen der Mitgliedstaaten Rücksicht zu nehmen.²⁵⁹

3. Die Kooperation zwischen den Verfassungsorganen als Charakteristikum

Dem entspricht in funktionell-rechtlicher Hinsicht die Verpflichtung zur Kooperation. Der europäische Verfassungsverbund wird insoweit durch ein auch vertikal wirkendes System der checks and balances geprägt, in dem keine Seite in jedem Fall das letzte Wort hat.²⁶⁰ "Kooperation" bedeutet – wie auch die Erfahrung lehrt – nicht Dauerkonflikt, sondern vertrauensvolles Zusammenwirken im Respekt vor der der jeweils anderen Seite zugewiesenen Aufgabe. Neben der materiell-rechtlichen Verklammerung erscheint sie als zweites grundlegendes Axiom des europäischen Verfassungsverbundes.²⁶¹

a) Das Kooperationsverhältnis im Bereich der Legislative

aa) Das ist für die unionale Rechtsetzung offenkundig, die in einem Kooperationsverhältnis von Kommission, Rat, Europäischem und nationalen Parlamenten stattfindet. Während der Schwerpunkt im primärrechtlichen Bereich bei den nationalen Parlamenten liegt,²⁶² ist der Erlaß des Sekundärrechts vor allem Aufgabe der EG-Organe. Die nationalen Parlamente besitzen hier aber einen über den Rat vermittelten Einfluß,²⁶³ der insbesondere dort effektiv werden kann, wo Einstimmig-

²⁵⁹ Rapport français à la Conférence des Cours ayant compétence constitutionnelle des Etats membres de l'Union européenne, Les Cahiers du Conseil Constitutionnel No. 4, 1998, 62 hinsichtlich einer "méthode de lecture du droit communautaire à la lumière de la Constitution"; Calliess (o. Fn. 254), 13, 23; ders. AÖR 121 (1996), 509 ff.; Kahl Möglichkeiten und Grenzen des Subsidiaritätsprinzips nach Art. 3b EG-Vertrag, AÖR 118 (1993), 414, 429; MacCormick JZ 1995, 797, 800.

²⁶⁰ Heintzen AöR 119 (1994), 564, 583 ff.; Kirchhof JZ 1998, 965, 969; MacCormick JZ 1995, 797, 800.

²⁶¹ EuGHE 1994, I – 5267, 5420 – WTO Gutachten 1/94, Rn 108f. – zu Abschluß und Durchführung völkerrechtlicher Verträge; krit. dazu *Classen* (o. Fn. 143), Art. 23 Abs. 1 Rn 79 ff.; *Zuck* Das Gerede vom gerichtlichen Kooperationsverhältnis, NJW 1994, 978 f., der in der Tendenz freilich vor allem moniert, daß sich das BVerfG mit dem Rückgriff auf diese Figur seinem Rechtsprechungsauftrag entzieht und der Rechtssicherheit schadet.

²⁶² Art. 48 UAbs. 3 EU, Art. 22 UAbs. 2, Art. 190 Abs. 4 UAbs. 2, Art. 269 UAbs. 2 EG.

²⁶³ Freilich haben die Parlamente versucht, ihre jeweilige Regierung enger "an die Leine zu nehmen"; Deutschland: Art. 23 Abs. 2 bis 7, 45, 52 Abs. 3a GG, ZusBTG, ZusBRG; Frankreich: Art. 88-4 FrzVerf.; Großbritannien: für das House of Commons

keit gilt.²⁶⁴ Frankreich und Großbritannien²⁶⁵ nehmen darüber hinaus im Bereich der ersten Säule, Dänemark, Deutschland und Österreich auch im Anwendungsbereich der zweiten und dritten eine Stimmabgabe ad referendum (parliamentary scrutiny reserve) in Anspruch, machen ihre Stimmabgabe also von der Befassung bzw. Zustimmung ihrer Parlamente abhängig.²⁶⁶ Dies ist auch unionsrechtlich legitimiert, sieht das Protokoll über die Rolle der einzelstaatlichen Parlamente in der EU doch vor, daß zwischen einem Kommissionsvorschlag und der Beschlußfassung im Rat grundsätzlich sechs Wochen liegen müssen, um den nationalen Parlamenten Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.²⁶⁷

bb) Zu deren Kooperationsaufgaben²⁶⁸ gehört ferner die Umsetzung von Richtlinien²⁶⁹ und die Operationalisierung von EG-Verordnungen.²⁷⁰ Typischerweise mit eher geringen Gestaltungsspielräumen verbunden,²⁷¹ machen sie zahlenmäßig wohl bereits den Schwerpunkt nationaler Legislativtätigkeit aus.²⁷²

das "Select Comittee on European Legislation" sowie unterschiedliche "departmentally related select comittees"; für das House of Lords das "Select Comittee on European Communities", dazu *Bogdanor* (o. Fn. 108), 9 ff.: "There is widespread agreement that the scrutiny procedures adopted by the Lords are amongst the most effective in the Community"; Österreich: Art. 23e Abs. 1 B-VG.

²⁶⁴ In diesem Sinne BVerfGE 89, 155, 184; 92, 203, 237.

²⁶⁵ Bogdanor (o. Fn. 108), 14.

²⁶⁶ Bernitz (o. Fn. 32), 389, 438; Schweitzer in: Grabitz/Hilf, EUV/EGV, Stand 2000, Art. 205 Rn 24; Wichard (o. Fn. 80), Art. 205 Rn 10.

²⁶⁷ Ziff, I.3.

²⁶⁸ Bzw. der Landtage.

²⁶⁹ Art. 249 UAbs. 3 EG.

²⁷⁰ So wurde etwa die VO/EWG Nr. 1836/93 über die freiwillige Beteiligung gewerblicher Unternehmen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Betriebsprüfung (ABI.EG Nr. L 168/1) in Deutschland durch das UAG und die UAGBV operationalisierbar gemacht, indem diese die zuständigen Behörden, das Verfahren etc. festlegen mußten.

²⁷¹ S. aber Protokoll zum EGV Nr. 21 über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit, Ziff. 6, 7; optimistischer *Classen* (o. Fn. 143), Art. 23 Rn 36.

²⁷² So die Prognose von *Delors* Bull.EG 7/8-1988, 124; bekräftigend *Meessen* EuR 34 (1999), 701, 705; für Frankreich ordnet eine Studie des Conseil d'Etat von 2981 im Jahre 1991 in Kraft getretenen Legislativakten 1564 dem Implementationsbereich zu, d.h. 53%; Conseil d'Etat, Rapport Public 1992, Etudes et documents, Nr. 44; für die Niederlande kommt eine Studie hingegen nur auf 30%, *Mancini* KritV 81 (1998), 386, 401.

b) Das Kooperationsverhältnis im Bereich des Vollzuges

Auch der Vollzug des Unionsrechts erfordert typischerweise eine Kooperation von EG-Organen und nationalen Behörden. Das gilt vom Komitologie-Bereich²⁷³ bis zum indirekten und mittelbaren Vollzug des Unionsrechts. Die EU folgt dabei einem exekutiv-föderalistischen Modell,²⁷⁴ das seinen normativen Anknüpfungspunkt in dem – durch Effektivitätsge-²⁷⁵ und Diskriminierungsverbot²⁷⁶ beschränkten – Grundsatz der institutionellen und verfahrensmäßigen Autonomie der Mitgliedstaaten findet,²⁷⁷ durch den von der Kommission forcierten Ausbau von Agenturen und anderen Formen mittelbarer Gemeinschaftsverwaltung²⁷⁸ allerdings zunehmend unter Druck gerät.

Zur Kooperation verpflichtet ist aber auch die Kommission – bei transnationalen Verwaltungsakten im Gentechnik-²⁷⁹ und Abfallverbringungsrecht²⁸⁰ etwa, bei der Genehmigung staatlicher Beihilfen nach Art. 88 EG²⁸¹ oder sog. Schutzverstärkungsklauseln nach dem neuen Art. 95 Abs. 3-6 EG.

²⁷³ Di Fabio (o. Fn. 21), 141; P.M. Huber (o. Fn. 48), § 24 Rn 2ff.; ders. Grundlagen und Organe, in: Rengeling (Hrsg.), EUDUR, Bd. I, 1998, § 19 Rn 94ff.; Streinz (o. Fn. 22), Rn 455ff.

²⁷⁴ Pernice JZ 2000, 866, 871. Daß die nationalen Behörden hier dazu verpflichtet sind, dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts Rechnung zu tragen (EuGHE 1989, 1839, 1869 ff. – Costanzo / Mailand; Italien: Corte Cost. No. 389/1989 v. 11.7. 1989, RIdDPC 1991, 1065, 1068 f.: "... si deve concludere ..., che tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi [e agli atti aventi forza o valore di legge) ... come gli organi amministrativi ...".]) macht sie jedoch nicht zu Behörden der EU (So aber Pernice [o. Fn. 3], 25, 37.).

²⁷⁵ EuGHE 1990, I - 3437, 3458 - BUG Alutechnik, Rn 19; EuGH, NVwZ 1993, 973; EuGHE 1998, I - 4951, 4986ff. - Edis, Rn 19, 34; 1998, I - 4997, 5019 - Spac, Rn 18; 1998, I - 6307, 6334 - IN.CO.GE'90 Srl. Rn 25.

²⁷⁶ EuGHE 1988, 3513 ff. – Deville; EuGH, EuZW 1999, 313, 316 – Dilexport, Rn 38. ²⁷⁷ EuGHE 1995, I – 4705, 4738 – van Schijndel und van Veen, Rn 21 f., auf den Beibringungsgrundsatz im Zivilprozeß bezogen; der Gedanke läßt sich jedoch auf die Rolle der Exekutive übertragen; *Oppermann* (o. Fn. 3), § 4 Rn 641 ff.; v. *Danwitz* Verwaltungsrechtssystem und europäische Integration, 1996; *Pühs* Der Vollzug von Gemeinschaftsrecht, 1997, 96f.

²⁷⁸ Dazu *Brenner* Besondere Einrichtungen, in: Rengeling (Hrsg.), EUDUR, 1998, Bd. I, § 20; *P.M. Huber* ebd, § 19 Rn 82 ff.; FAZ vom 28.9.2000, Nr. 226, 18 "Europäische Behörde soll Flugsicherheit erhöhen".

²⁷⁹ Art. 12, 13 RL 90/220/EWG, ABl. Nr. L 117 vom 8.5. 1990, 15, zuletzt geändert durch RL 97/35/EG der Kommission, ABl. Nr. L 169/72. § 16 Abs. 3 GenTG.

²⁸⁰ Schröder Der Vollzug der Europäischen Abfallverbringungsverordnung als Rechtsproblem, in: Kelley/Sänner/Willemsen (Hrsg.), FS für Ritter, 1997, 957 ff.

²⁸¹ Art. 2ff. VO/EG Nr. 659/1999, ABI.EG Nr. L 83/1.

c) Das Kooperationsverhältnis im Bereich der Judikative

aa) Zwischen den Gerichten sorgt einerseits die Kooperation über das Vorabentscheidungsverfahren²⁸² dafür, daß der EuGH seinen Rechtsprechungsauftrag²⁸³ erfüllen kann.²⁸⁴ Der richterliche Dialog mit ihm ist Aufgabe aller Gerichte, auch der Verfassungsgerichte.²⁸⁵

bb) Soweit nationale Gerichte andererseits eine Kontrolle über die jeweiligen verfassungsrechtlichen Grenzen der Integration in Anspruch nehmen, 286 sind sie dazu verpflichtet, einen Konflikt mit dem EuGH nach Möglichkeit zu vermeiden. Sie müssen ihm im Rahmen des Art. 234 EG daher nicht nur stets Gelegenheit geben, eine mit dem nationalen Verfassungsrecht kompatible Auslegung des Unionsrechts vorzunehmen, sondern sich bei ihrer "nachgeklappten" Kontrolle auch auf einen Willkür- bzw. Offenkundigkeitsmaßstab beschränken. Das sieht die SchwedVerf. 287 ausdrücklich so vor, das hat der Oberste Gerichtshof Dänemarks so entschieden, 288 und das entspricht wohl auch der in Deutschland herrschenden Lesart des "Integrationsprogramms". 289 Die grundsätzlich denkbare Unanwendbarkeitserklärung unionsrechtlicher Rechtsakte in einem Mitgliedstaat 290 bedeutet letztlich ein Scheitern der

²⁸² Art. 234 EG; EuGHE 1990, I - 4003, 4017, Gmurzynska-Bscher, Rn 18.

²⁸³ Art. 220 EG.

²⁸⁴ Das gilt auch, soweit die nationalen Gerichte – was bislang noch eher selten ist – bei der Auslegung des nationalen Verfassungsrechts auf das Unionsrecht zurückgreifen. S. aber Span.TC, Entsch. 130/1995; 13/1998, besprochen bei *García de Enterría/García* (o. Fn. 36), 287, 331 f.

²⁸⁵ PortVerfG, Acórdao No. 184/89, Diario da República-I série 1989, 1044; acórdao No. 163/90, Diario da República-II serie, 1991, 10430; Arnold Die europäischen Verfassungsgerichte und ihre Integrationskonzepte in vergleichender Sicht, in: FS für Koja, 1998, 3, 5; Miranda La Constitution Portugaise et le traité de Maastricht, Revue française de Droit constitutionnel, 1992, 679 ff.; Daß sich das deutsche und das spanische Verfassungsgericht dennoch weigern, Vorabentscheidungen des EuGH einzuholen, wird zu Recht kritisiert. García de Enterría/García (o. Fn. 36), 287, 332.

²⁸⁶ Für Deutschland s. BVerfGE 89, 155, 175; BVerfG, NJW 2000, 3124ff..; Götz JZ 1993, 1081 ff.; P.M. Huber (o. Fn. 48), § 12 Rn 15, § 22 Rn 10; ders. (o. Fn. 33), Art. 19 Abs. 4 Rn 435; Burgi (o. Fn. 177), 29, 33, 40; Kokott AöR 121 (1996), 206, 218 ff.; Schröder DVBI 1994, 316, 324.

²⁸⁷ Kap. 11 § 14 SchwedVerf. "offenbar".

²⁸⁸ Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6.4. 1998 - I 361/1997, EuGRZ 1999, 49, 52 Rn 9.6.

²⁸⁹ Everling JZ 2000, 217, 226: "dauerhafte und nachhaltige Überschreitung"; P.M. Huber (o. Fn. 33), Art. 19 Abs. 4 Rn 434f.; Frowein Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 1998, 806, 807.

²⁹⁰ Deutschland: BVerfGE 89, 155, 188, 195, 210; *P.M. Huber* (o. Fn. 33), Art. 19 Abs. 4 Rn 435; Dänemark: Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6. 4. 1998 – I 361/1997, EuGRZ 1999, 49, 52 Rn 9. 6.

Kooperation und kann daher nur ultima ratio sein.²⁹¹ Vor diesem Hintergrund haben BVerfG,²⁹² Conseil Constitutionnel,²⁹³ House of Lords,²⁹⁴ Corte Costituzionale²⁹⁵ sowie der dänische Oberste Gerichtshof ²⁹⁶ den konkreten Konflikt mit dem EuGH bislang noch immer vermieden.

Daß auch der EuGH seiner Kooperationsverantwortung jedenfalls der Sache nach gerecht zu werden versucht,297 zeigen seine Entscheidungen zum irischen Abtreibungsverbot, in dem er den Konflikt mit dem irischen Verfassungsrecht umging.²⁹⁸ der Fall Port II, in dem er durch eine fast lehrbuchhafte Schilderung des einstweiligen Rechtsschutzes auf Unionsebene im Raume stehenden Zweifeln an der Gewährleistung des vom GG gebotenen Rechtsschutzminimums zu begegnen suchte.²⁹⁹ sein EMRK-Gutachten, in dem die restriktiven Vorgaben des deutschen Maastricht-Urteils zur Auslegung von Art. 308 EG praktisch übernommen werden, 300 ja selbst der Fall Tanja Kreil. Diesen erfaßt man nämlich nur dann zutreffend, wenn man berücksichtigt, daß der Generalanwalt La Pergola in seinem Schlußantrag vom 26. 10. 1999 einen Einbruch in die durch Art. 79 Abs. 3 GG geschützte Identität des Grundgesetzes verneint und dem EuGH damit den Weg für eine Anwendung der RiL 76/207/EWG auch im Bereich der Bundeswehr eröffnet hat.301

²⁹¹ Die rechtliche Dimension des Kooperationsverhältnisses betont zu Recht Heintzen AöR 119 (1994), 564, 588.

²⁹² Zuletzt BVerfG, NJW 2000, 3124ff. - Bananenmarktordnung.

²⁹³ Flauss (o. Fn. 3), 25, 61 unter Hinweis auf CC No. 80-126 v. 30. 12. 1980, 67.

²⁹⁴ R. v. Secretary of State for Transport ex p. Factortame [1991] AC 603; [1991] 3 All ER 769.

²⁹⁵ Chiti Der Staat 33 (1994), 1, 4, spricht davon, daß die Corte Costituzionale den radikaleren Entwicklungen des EuGH nach und nach folge, hinsichtlich einiger Eckpfeiler allerdings Widerstand leiste.

²⁹⁶ Dazu Thomas ZaöRV 58 (1998), 879, 894ff.

²⁹⁷ Zur Abhängigkeit des EuGH von nationaler Krititk Everling JZ 2000, 217, 224.

²⁹⁸ EuGHE 1991, I - 4685ff. - Stephen Grogan; Irish Supreme Court, 1989 No. 346 SPUC v. Grogan, [1990] ILRM 350, 351 f.

²⁹⁹ EuGHE 1996, I - 6065, 6099 ff. - T. Port / BLE, Rn 34 ff.; BVerfG, JZ 1995, 352 f.

³⁰⁰ EuGHE 1996, I - 1759, 1788 - EMRK-Gutachten, Rn 30; BVerfGE 89, 155, 210; Dän. Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6.4.1998 - I 361/1997, EuGRZ 1999, 49, 51 Ziff. 9.4.; dazu schon *P.M. Huber* (o. Fn. 151), 31.

³⁰¹ EuGH, Edition Provisoire du 25/10/1999, 1, 7f. Rn 5, Fn. 7 unter Hinweis auf Maunz/Dürig; gleichwohl kritisch *Scholz* DÖV 2000, 417, 420.

V. Konsequenzen für die Verfassungsentwicklung der EU

Seit sich der Europäische Rat von Köln dazu entschlossen hat, die laufende Regierungskonferenz nicht nur auf die sog. Left overs von Amsterdam³⁰² zu beschränken, sondern auch eine Europäische Grundrechtscharta³⁰³ erarbeiten zu lassen, haben die alten Forderungen nach einem pathosträchtigen Akt unionaler Verfassungsgebung³⁰⁴ kräftigen Rückenwind erhalten. Und in der Tat muß die EU in Zukunft stärker als bisher auf den Einzelnen ausgerichtet sein,³⁰⁵ und dies nicht nur eklektizistisch dort, wo er sich in der Rolle des Klägers, Beschwerdeführers etc. als Implementationsinstrument gegenüber den Mitgliedstaaten eignet,³⁰⁶ sondern auch dort, wo sich seine Partizipation (kurzfristig) als Hindernis für die Verwirklichung europapolitischer Blütenträume

³⁰² 4. 6. 1999; Schlußfolgerungen des Vorsitzes, Europäischer Rat von Köln.

³⁰³ Däubler-Gmelin Eine europäische Charta der Grundrechte – Beitrag zur gemeinsamen Identität, EuZW 2000, 1; Pernice Eine Grundrechts-Charta für die Europäische Union, DVBl 2000, 847 ff.; Weber NJW 2000, 537 ff.; zum Zusammenhang zwischen Grundrechtscharta und Verfassungsgebung Di Fabio Eine europäische Charta, JZ 2000, 737 ff.

³⁰⁴ Entschließung des Europäischen Parlaments vom 10.2. 1994 über "das Projekt einer Europäischen Verfassung" (ABI. EG 1994 Nr. C 61, 155); Gemeinsame Erklärung von Parlament, Rat und Kommission vom 5.4. 1977 (ABI. EWG 1977 Nr. C 103/77, 1); Erklärung des Europäischen Parlaments über die Grundrechte und Grundfreiheiten vom 12.4. 1989 (ABI. EWG 1989 Nr. C 120, 26); Commichau Nationales Verfassungsrecht und europäische Gemeinschaftsverfassung, 1995, 129 ff.; Scholz (o. Fn. 106), 21, 24f. m.w.N. Fn. 13.

³⁰⁵ Zur Rolle des Einzelnen in der unionalen Rechtsordnung: EuGHE 1991, I – 6079, 6102 – EWR-Gutachten, Rn 21; v. Bogdandy Der Staat 39 (2000), 163, 172, bezweifelt zwar die Existenz eines Art. 1 Abs. 1 GG vergleichbaren "normativen Fluchtpunktes" der EU; angesichts der (partiellen) Anerkennung der Menschenwürde in Art. 3 und 4 Abs. 1 EMRK, der Erklärung des EP (Art. 2 Abs. 2, 13 Abs. 2), in Art. 1 Abs. 1 GG, Art. 36 Abs. 1, 41 Abs. 2 ItalVerf., Art. 13 Abs. 1, 25 Abs. 2, 26 Abs. 2, 59 Abs. 1 Port-Verf., in Art. 15, 47 Abs. 1 SpanVerf. und in der Rechtsprechung des EuGH (1974, 773, 778 – Casagrande, Rn 3; weitere Nachweise bei Rengeling Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, 1992, 133 f.) sowie angesichts der vielfältigen Bekenntnisse von EU und EG zu Demokratie, Grundrechten und Bürgernähe (Präambel 3., 11., 12. Erwägung, Art. 1 UAbs. 2, Art. 2 3.Sp., Art. 6 EU, Art. 17 ff., 220 EG) ist dies allerdings schon de lege lata zweifelhaft; nach dem Erlaß der Grundrechtscharta dürfte dies evident sein; Pernice (o. Fn. 3), 25, 26, 35; s. ferner Weiler The European Union belongs to its citizens: three immodest proposals, E.L.Rev. 22 (1997), 150: "... there has been a distinct disempowerment of the individual European citizen ...".

³⁰⁶ Kadelbach KritV 82 (1999), 378, 390f.; Masing Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts, 1997.

erweisen mag.³⁰⁷ Auch eine neue Unionsverfassung aber kann nur aus einer organischen Fortschreibung der aktuellen hervorgehen. Sollen nämlich Brüche vermieden werden, die das Erreichte in Frage stellen könnten,³⁰⁸ muß sie den Stand der Integration widerspiegeln.³⁰⁹

1. Verfassungsvertrag statt Verfassung

Auch wenn der Verfassungsbegriff nicht zwingend mit der Existenz des Staates verknüpft ist, sollte er, weil ihm angesichts dieser Traditionslinie in mehreren Mitgliedstaaten erhebliche Vorbehalte entgegenschlagen,³¹⁰ vermieden und der des Verfassungsvertrages gewählt werden.³¹¹ Dem Verfassungsverbund ist er ohnehin angemessener, bringt er dessen Radizierung in den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten und ihre Herrschaft über die Verträge doch auch begrifflich auf den Punkt.³¹² Die geänderte Zitierweise von EU und EG erscheint vor diesem Hinter-

³⁰⁷ Die unbestreitbaren materiellen Vorteile der Integration für den Verbraucher, Investor, Berufstätigen etc. machen aus der EU noch keine Union der Bürger, so etwa Kluth (o. Fn. 74), 73, 90. Nicht ganz zu Unrecht spricht Weiler E.L.Rev. 22 (1997), 150, 152 mit Blick auf diese durchaus verbreitete Argumentation von "benign paternalism".

³⁰⁸ Meessen EuR 34 (1999), 701, 702, betont zu Recht, daß, wo es einer politischen Herrschaftsordnung an Legitimität mangelt, entweder das Bewußtsein durch gezielte Integrationspolitik geändert und der (rechtlichen) Realität angepaßt werden müsse, oder die Realität dem Bewußtsein. Ersteres dürfte ein Vabanque-Spiel sein; zum Problem der Kompetenzverteilung in föderativen Strukturen Pernice AöR 120 (1995), 100, 114 – zur EU; allgemein Roellecke Normakzeptanz und Rechtsbewußtsein, JZ 1997, 577, 583 mit dem Beispiel der Aufhebung des Feudalsystems durch die französische Nationalversammlung in der Nacht vom 4./5.8. 1789 und seinen Folgen; Smend Verfassung und Verfassungsrecht (1928), in: ders. Staatsrechtliche Abhandlungen, 1955, 165: Zuständigkeitserweiterungen zugunsten des Bundes wirkten "... nicht notwendig auch praktisch unitarisierend, d.h. integrierend, weil die rechtliche Möglichkeit einer staatlichen Betätigung noch nicht die Wirklichkeit eines integrierenden Verbandswillens in dieser Richtung bedeutet", ähnlich 217f. – zum Bundesstaat.

³⁰⁹ Zu diesem Grundsatz der Spiegelbildlichkeit Schuppert StWiss 5 (1994), 35, 37.

³¹⁰ Dazu Schwarze (o. Fn. 52), 463, 556ff., wo Vorbehalte insbesondere in Deutschland, Frankreich, Spanien und Schweden gegen die Entwicklung einer europäischen Verfassung ausgemacht werden, während den Briten eine insgesamt pragmatische Haltung attestiert wird; FAZ vom 30.6.2000, Nr. 149, 6, "Europa das Spektakel eines Verfassungsstreits ersparen. Der französische Außenminister warnt vor zu großer Eile".

³¹¹ Der Begriff stammt von *C. Schmitt* Verfassungslehre, 1928, 61 ff.; *Hilf* Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, VVDStRL 53 (1994), 7, 19f.; für dessen Anwendung auf die EU *Pernice* AöR 120 (1995), 100, 111; *Scholz* (o. Fn. 106), 21, 32 ff.; *Weber* Zur zukünftigen Verfassung der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1993, 325, 329 f.

³¹² Grimm Vertrag oder Verfassung, StWiss 6 (1995), 509, 527 f.

grund eher mißlungen,³¹³ auch wenn sie der Neigung des EuGH zur "Konstitutionalisierung" der EU entgegenkommen mag.

2. Zur Zweiteilung der Verträge

Auch eine Teilung der Verträge in einen grundlegenden, weiter dem Ratifikationsvorbehalt von Art. 48 EU unterliegenden, und einen "operativen", von Rat und Europäischem Parlament mehrheitlich abänderbaren Teil, wie sie von den sog. Drei Weisen³¹⁴ vorgeschlagen worden ist, geht an der Struktur des Verfassungsverbundes vorbei. Sie würde die Verfassungsautonomie der Mitgliedstaaten auch rechtlich ein Stück weit beseitigen und die Kompetenz-Kompetenz in die Hände der EG-Organe legen. Damit würde jedoch die Ebene des Staatenverbundes verlassen, was in den meisten Mitgliedstaaten eine Gesamtrevision der Verfassung bzw. eine Verfassungsneuschöpfung voraussetzte.³¹⁵

³¹³ Formal wurde sie mit der Umnumerierung der Vertragsbestimmungen durch Amsterdam begründet, Bull. der Tätigkeiten des EuGH und des EuG, Woche vom 6. bis 10.9. 1999, Nr. 21/99.

³¹⁴ Bericht vom 18. 10. 1999 von v. Weizsäcker, Dehaene, Lord Simon, Die institutionellen Auswirkungen der Erweiterung, Ziff. 3.2, unter http://europa.eu.int/igc2000/repoct99 de.pdf.

³¹⁵ Dänemark: Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6.4. 1998 – I 361/1997, EuGRZ 1999, 49, 52 Ziff. 9.2.: "... § 20 Abs. 1 schließt es aus, daß der internationalen Organisation überlassen wird, den Umfang ihrer Befugnisse zu bestimmen" sowie Ziff. 9.8.; Deutschland: BVerfGE 89, 155, 194; P.M. Huber (o. Fn. 48), § 3 Rn 31 f.; ders. (o. Fn. 151), 29 ff.; ob Art. 146 GG Grundlage einer Gesamt- oder Totalrevision des GG sein könnte, ist bekanntlich umstritten: BVerfGE 89, 155, 180; Fink Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, DÖV 1998, 133, 140f.; bejahend Enders (o. Fn. 39), 29, 45f.; Herdegen Die Belastbarkeit des Verfassungsgefüges auf dem Weg zur Europäischen Union, EuGRZ 1992, 589, 594; P.M. Huber AöR 116 (1991), 210, 250; ders. (o. Fn. 137), Art. 146 Rn 12 ff.; 18 ff.; Kirn in: v. Münch/Kunig, III, 3. Aufl. 1996, Art. 146 Rn 7ff.; Frankreich: Für Frankreich gilt dies, wenn man in Art. 89 Abs. 5 Frz Verf. auch das nationalstaatliche Demokratieprinzip verankert sieht, CC No. 92-312 DC vom 2.9. 1992 - Maastricht II, EuGRZ 1993, 193, 194 - offen gelassen; Flauss (o. Fn. 3), 25, 90: "Dès lors même avec beaucoup d'imagination, il n'est guère possible de concevoir que le contrôle éventuel du respect de l'article 89 (5) autorise indirectement un contrôle des révisions constitutionnelles réduisant progressivement et substantiellement les conditions essentiels d'exercise de la souveraineté nationale"; dazu, daß Art. 88-1 FrzVerf. keinen Beitritt zu einem Bundesstaat trägt Flauss (o. Fn. 3), 25, 103; Renoux/de Villiers Code constitutionnel, 1995, 614; Großbritannien: eine Kompetenz-Kompetenz für die EU liefe hier auf eine Durchbrechung der Parlamentssouveränität von Westminster hinaus. Parlamentssouveränität (Sovereignty of Parliament) bedeutet, daß das jeweils spätere Gesetz des durch freie Wahlen legitimierten Parlaments die höchste Norm ist; Pickin vs. British Railways Board [1974] AC 765, 789; Madzim-

3. Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten

Das nationale Verfassungsrecht setzt der Summe der auf die EU übertragbaren Kompetenzen Grenzen. In einigen Verfassungen ist dies schon im Text der jeweiligen Öffnungsklausel festgelegt,³¹⁶ in anderen folgt Vergleichbares aus dem nationalstaatlich begriffenen Demokratieprinzip.³¹⁷ Das verpflichtet nicht nur dazu, das in der Tat notleidende Prinzip der begrenzten Einzelkompetenz³¹⁸ beizubehalten und – de constitutione lata et ferenda – zu schärfen, sondern auch dazu, bei einer Vergemeinschaftung weiterer Politikbereiche eng begrenzende Formulierungen zu wählen,³¹⁹ ggf. auch bestimmte Politikbereiche zu renationalisieren. Dabei kann das – auch aus den Quellen des nationalen Verfassungsrechts gespeiste – Subsidiaritätsprinzip ebenso hilfreich sein wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Gebot des Art. 6 Abs. 3 EU.³²⁰

4. Institutionelles Gleichgewicht, Mehrheitsentscheidungen und Stimmgewichtung

Das nationale Verfassungsrecht setzt – was gerne übersehen wird – der Zuerkennung einer "positiven demokratischen Kompetenz" an das

bamuto v. Lardner-Burke [1969], 1 AC 645, 723; *Dicey* The law of the Constitution, 1885, 10th ed. 1959, 40; *Bradley* (o. Fn. 158), 79, 85 ff.; Österreich: Art. 44 Abs. 3 B-VG. ³¹⁶ Frankreich: Art. 88-1 FrzVerf. "einige Kompetenzen"; Österreich: Art. 9 Abs. 2 ÖstB-VG "einzelne Hoheitsrechte des Bundes".

³¹⁷ Dänemark: § 20 Abs. 1 DänVerf.; Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6.4.1998 – I 361/1997, ZaöRV 58 (1998), 901, 906, Ziff. 9.9.; Deutschland: Art. 20 Abs. 1 und 2, 23 Abs. 1 Satz 2 und 3, 79 Abs. 3 GG; BVerfGE 89, 155, 186: "Ein Übergewicht von Aufgaben und Befugnissen in der Verantwortung des europäischen Staatenverbundes würde die Demokratie auf staatlicher Ebene nachhaltig schwächen, so daß die mitgliedstaatlichen Parlamente die Legitimation der von der Union wahrgenommenen Hoheitsgewalt nicht mehr ausreichend vermitteln könnten."; P.M. Huber Die parlamentarische Demokratie unter den Bedingungen der europäischen Integration, in: Huber/Mößle/Stock, Zur Lage der parlamentarischen Demokratie, 1995, 105, 127; ders. (o. Fn. 151), 34ff.

³¹⁸ Weiler E.L.Rev. 22 (1997), 150, 155, hält dies eher für ein Wahrnehmungsproblem. ³¹⁹ Schwarze (o. Fn. 52), 463, 563; ders. Das schwierige Geschäft mit Europa und seinem Recht, JZ 1998, 1077, 1085 ff.

³²⁰ Entlastung mögen auch ein "Subsidiaritätsausschuß" bringen, wie ihn *Pernice JZ* 2000, 866, 876 in Anlehnung an das Vorbild des belgischen Schiedshofes (Art. 141, 143 BelgVerf.) vorgeschlagen hat, oder ein Verfassungsrat, wie er von *Weiler* E.L.Rev. 22 (1997), 150, 155, favorisiert wird. Beide Vorschläge haben freilich den Nachteil, das ohnehin schon intransparente Rechtsetzungsverfahren auf Unionsebene weiter zu verkomplizieren.

Europäische Parlament,³²¹ einer Abschaffung nationaler Vetopositionen im Rat³²² sowie der Parlamentarisierung des europäischen Regierungssystems³²³ Grenzen. Denn dabei geht es nicht – wie behauptet wird – um die "Konstituierung und Konsolidierung" einer zu den Nationalstaaten komplementären Hoheitsgewalt,³²⁴ sondern um eine kaum kaschierte Etablierung eines bundesstaatlichen Modells.³²⁵ Dem stehen derzeit die nationalen Verfassungsgrundlagen der EU entgegen, aus deutscher Sicht Art. 20 GG, der Schritte in diese Richtung zudem an Bedingungen knüpft, die sich nicht beliebig dekretieren lassen³²⁶ – eine stärkere Berücksichtigung der Bevölkerungszahl im Europäischen Parlament wie im Rat, eine europäische Öffentlichkeit³²⁷ sowie eine politische Identität, die es der EU gestattete, die damit verbundenen Majorisierungsprobleme zu bewältigen.

³²¹ Badura "Die Kunst der föderalen Form" – Der Bundesstaat in Europa und die europäische Föderation, in: Wege und Verfahren des Verfassungslebens, FS Lerche, 1993, 369, 379; P.M. Huber Die Rolle des Demokratieprinzips im europäischen Integrationsprozeß, StWiss 3 (1992), 349, 361; ders. (o. Fn. 151), 32 f.; ders. (o. Fn. 317), 105, 127; Schuppert StWiss 5 (1994), 35, 48 f.

³²² BVerfGE 89, 155, 184: "Allerdings findet das Mehrheitsprinzip gemäß dem aus der Gemeinschaftstreue folgenden Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme eine Grenze in den Verfassungsprinzipien und elementaren Interessen der Mitgliedstaaten."; P.M. Huber (o. Fn. 89), 27, 53; zur politischen Dimension Cullen (o. Fn. 151), 14f. spricht von einer scharfen Rivalität zwischen Westminster und dem Europäischen Parlament; Curtin CMLR 30 (1993), 17, 68: die nationalen Parlamente seien "far from enamoured with the idea of solving the 'democratic deficit' by simply enhancing the powers of the European Parliament". Daß sich ausgerechnet die deutsche Bundesregierung für Mehrheitsentscheidungen im Rat so stark macht, ist nicht ohne Pikanterie. Denn inoffiziell ist klar, daß Deutschland der Mitgliedstaat ist, der bei Mehrheitsentscheidungen mit Abstand am häufigsten überstimmt wird, Seidel EuZW 2000, 65. Daß der damit verbundene Zwang zum Konsens zwischen den Mitgliedstaaten zu sub-optimalen Politikergebnissen (Stichwort: Butterberg) führt, hat Schuppert StWiss 5 (1994), 35, 41 zu Recht betont, ist jedoch der Preis für die Achtung der nationalen Identität. Die EU dürfte sich insoweit auch nur graduell von anderen Mehr-Ebenen-Systemen unterscheiden, ist doch auch der deutsche Föderalismus häufig mit sub-optimalen Politikergebnissen erkauft, wie schon ein flüchtiger Blick auf den Bund-Länder-Finanzausgleich deutlich macht, BVerfGE 101, 158ff.

³²³ Mit unterschiedlichen Nuancen Pernice (o. Fn. 3), 25, 40 ff.

³²⁴ Pernice (o. Fn. 3), 25, 26.

³²⁵ Weber NJW 2000, 537, 539 bezeichnet das Europäische Parlament als "unitarische Klammer", den EuGH als "Verfassungsgericht".

³²⁶ BVerfGE 89, 155, 213; *P.M. Huber* (o. Fn. 317), 105, 131 f.; *Weiler* The transformation of Europe, 100 Yale Law Journal (1991), 2403 mit Akzent auf der "social legitimacy" der EG.

³²⁷ Häberle Gibt es eine europäische Öffentlichkeit, ThürVBI 1998, 121, 126.

In fast allen Mitgliedstaaten – selbst in Frankreich³²⁸ – wird die mit der Europäisierung einhergehende Entmachtung der nationalen Parlamente als zentrales Problem der Integration begriffen. In der damit verbundenen unzureichenden demokratischen Kontrolle des Rates liegt denn auch das eigentliche Demokratiedefizit der EU.329 Weder die Einführung innerstaatlicher Mitwirkungsrechte³³⁰ noch das entsprechende Protokoll zum Amsterdamer Vertrag³³¹ haben hieran Entscheidendes geändert. De constitutione ferenda muß es deshalb darum gehen, die nationalen Parlamente in die sekundärrechtliche Rechtsetzung auf Unionsebene einzubeziehen. Das entspricht einer schon im Vedel-Bericht angelegten Forderung.³³² die sich nicht nur zahlreiche nationale Parlamente,³³³ sondern auch das Europäische Parlament³³⁴ zu eigen gemacht haben, und die in dem genannten Protokoll sogar einen primärrechtlichen Anknüpfungspunkt findet. Um das nationale Legitimationsreservoir für die EU fruchtbar zu machen, bedarf es allerdings der Einbeziehung der nationalen Parlamente als solcher, die etwa zusam-

³²⁸ Flauss (o. Fn. 3), 25, 94; auf der "Haben-Seite" stehen hier immerhin die 1992 eingeführten Beteiligungsrechte des Art. 88-4 FrzVerf., de Albornoz DV 1995, 225, 246.

³²⁹ P.M. Huber (o. Fn. 89), 27, 56; früher schon Friauf Zur Problematik rechtsstaatlicher und demokratischer Strukturelemente in zwischenstaatlichen Gemeinschaften, DVBI 1964, 781, 783; Dänemark: Oberster Gerichtshof, Urt. v. 6.4.1998 – I 361/1997, ZaöRV 58 (1998), 901, 906, Ziff. 9.9.; Großbritannien: Birkinshaw (o. Fn. 19), 205, 251 f., 275; Frankreich: Flauss (o. Fn. 3), 25, 93 f.

³³⁰ Deutschland: Art. 23 Abs. 2 bis 7 ZusBTG, ZusBRG; P.M. Huber (o. Fn. 89), 27, 54ff.; Frankreich: Art. 88-4 FrzVerf., loi const. No. 99-49 du 25.1.1999; Rapport de l'Assemblée nationale No. 1436 du 28. 6. 1994, sur l'application de l'Art. 88 (4) présenté par M Panderand, 78; Großbritannien: Birkinshaw, (o. Fn. 19), 205, 245, 251 f.

³³¹ Protokoll über die Rolle der einzelstaatlichen Parlamente in der Europäischen Union.

³³² Bericht Vedel, Bull.EG Beilage 4/72, 67 f.; dazu Frowein (o. Fn. 67), 105, 113.

³³³ Deutschland: S. dazu Antrag der Fraktion der CDU/CSU zur Regierungskonferenz 2000 und Osterweiterung – Herausforderungen für die Europäische Union an der Schwelle zum neuen Millennium, BT-Drucks. 14/2233, 4; Frankreich: Bericht der Assemblée Nationale, Quelles réformes pour l'Europe de demain?, Rapport d'information No. 1939, 94.

³³⁴ Entschließung des EP zur Funktionsweise des EUV vom 17.5. 1995, ABI.EG C 151/63 Ziff. 24: "Die demokratische Kontrolle auf EU-Ebene läßt sich am besten durch eine Partnerschaft zwischen dem Europäischen Parlament und den nationalen Parlamenten erreichen. Die Rolle der nationalen Parlamente sollte in mehrfacher Hinsicht gestärkt werden, z.B. durch eine verstärkte Zusammenarbeit zwischen den jeweiligen Fachausschüssen der nationalen Parlamente und des Europäischen Parlaments sowie durch die Möglichkeit für Fachorgane nationaler Parlamente, wichtige europäische Vorschläge mit ihren Ministern im Vorfeld von Ratstagungen zu erörtern."

men mit dem Europäischen Parlament statt der Regierungen im Verfahren nach Art. 251 EG über den Erlaß von Rahmenrichtlinien und Grundverordnungen entscheiden könnten. Der institutionelle Ausbau der COSAC schüfe dagegen nur ein weiteres Organ auf Unionsebene³³⁵ und verfehlte damit das Anliegen, nationale und unionale Legitimationsquellen zu koppeln.

5. Grundrechtscharta

Auch die europäische Grundrechtscharta ist – ungeachtet aller positiven Konnotationen, die mit dem Schutz der Grundrechte immer verbunden sind – problematischer, als es auf den ersten Blick erscheinen mag. 336 Zwar weist der unionale Grundrechtsschutz – wie gesagt – durchaus Defizite auf. 337 Unter föderalistischen Gesichtspunkten hat dies freilich nicht nur Nachteile. 338 Grundrechtskataloge besitzen eine stark unitarisierende Wirkung. 339 Ein europäischer Grundrechtskatalog, der nicht nur die EG-Organe bände, sondern im Anwendungsbereich des Unionsrechts auch die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten 340 – das entspräche dem Status quo 341 –, ginge zwangsläufig zu Lasten nationaler Grundrechtsgarantien, und damit auch des

³³⁵ Krit. auch *Pöhle* Das Demokratiedefizit der Europäischen Union und die nationalen Parlamente. Bietet COSAC einen Ausweg?, ZParl 1998, 77, 89.

³³⁶ Vorbehalte melden an für den Fall einer grundlegenden Abweichung von den nationalen Grundrechtskatalogen *Scholz* (o. Fn. 106), 21, 31; für den Fall einer Abweichung von der EMRK *Frowein* (o. Fn. 67), 105, 117 f.

³³⁷ Zu den Defiziten des europäischen Grundrechtsschutzes s. P.M. Huber (o. Fn. 48), § 6 Rn 43 ff.; ders. EuZW 1997, 517, 520; Selmer (o. Fn. 54), 118 ff.

³³⁸ Die "aufgabenschonende" Bedeutung der Abwesenheit eines dichten europäischen Grundkonsenses betont v. Bogdandy Der Staat 39 (2000), 21.

³³⁹ v. Bogdandy Der Staat 39 (2000), 163, 168, 183; Hilf Grundrechte in einer europäischen Verfassung, in: Weidenfeld (Hrsg.), Der Schutz der Grundrechte in der Europäischen Gemeinschaft, 1992, 61 f.; Weber NJW 2000, 537, 539; zu den amerikanischen Erfahrungen Brugger Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit in den Vereinigten Staaten von Amerika, 1987, 45 ff.; Jacobs/Karsi The "Federal" legal Order: The U.S.A. and Europe Compared. A Juridical Perspective, in: Cappeletti/Seccombe/Weiler (Hrsg.), Integration through law, Vol. 1 (1986), 169, 205 ff.

³⁴⁰ Weber NJW 2000, 537, 538, spricht davon, daß er "mindestens" die Gemeinschaftsorgane binden müßte.

³⁴¹ EuGHE 1989, 2609 ff. – Wachauf, Rn 19; 1991, I – 2925, 2964 – ERT, Rn 43; 1992, I – 2601, 2609 – Kommission / Deutschland; *P.M. Huber* (o. Fn. 48), § 6 Rn 39; Streinz (o. Fn. 22), Rn 368; *Jürgensen/Schlünder* EG-Grundrechtsschutz gegenüber Maβnahmen der Mitgliedstaaten, AöR 121 (1996), 200, 213 ff.; die Tragweite relativierend ν. Bogdandy Der Staat 39 (2000), 163, 168.

BVerfG.³⁴² Diesen drohte ein ähnliches Schicksal wie den Grundrechten der deutschen Landesverfassungen, die trotz des Art. 142 GG über ein Schattendasein nie hinausgekommen sind.³⁴³ Für eine Bundesverfassung mag dies strukuradäquat sein, für einen Verfassungsverbund nicht.³⁴⁴ Deshalb ist es zu begrüßen, daß Art. 51 Abs. 1 der Europäischen Grundrechtscharta die Mitgliedstaaten nurmehr "ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union" binden will.³⁴⁵

VI. Der Staatenverbund als flexibler Ordnungsrahmen für die immer engere Union der Völker Europas

Mit dem auf einen Verfassungsverbund der Mitgliedstaaten gegründeten Staatenverbund beschreitet Europa seinen spezifischen – dritten – Weg des "supranationalen Föderalismus".346 Die ihn kennzeichnende Verklammerung von unionalem und nationalem Verfassungsrecht gewährleistet einerseits die Bewahrung der Europas Identität prägenden nationalstaatlichen Strukturen,347 ermöglicht aber gleichzeitig ihre partielle Überwindung dort, wo dies im Interesse von Frieden, Freiheit, sozialer Gerechtigkeit und ökologischer Zukunftsfähigkeit geboten ist.348 Der Staatenverbund ist deshalb aller Voraussicht nach kein Transitorium auf dem Weg zu einer europäischen Staatsgründung,349 die nichts anderes wäre als eine Rückkehr zu den Konzepten des 19. Jahrhunderts, sondern ein hinreichend entwicklungsoffener und elastischer Ordnungsrahmen, in dem die Völker Europas ihre immer engere

³⁴² Zu diesem Zusammenhang v. Bogdandy Der Staat 39 (2000), 163, 183, der von einer "aufgabenschonenden" Bedeutung des fehlenden europäischen Grundkonsenses für das BVerfG spricht.

³⁴³ BVerfGE 96, 345, 371 ff.; *P.M. Huber* (o. Fn. 210), Rn 208f.; *ders.* (o. Fn. 137), Art. 142 Rn 5f.; *Pietzcker* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR IV, 1990, § 99 Rn 41.

³⁴⁴ Problembewußt Weber NJW 2000, 537, 542, 544.

³⁴⁵ S. insoweit Charte 4422/00 CONVENT 45 vom 28.7.2000; ferner nur Art. 1 Nr. 6 Verf.EU (Entwurf des Europäischen Parlaments, ABI.EG 1994 Nr. C 61/156); Art. 46 Dok. Charte 4316/00 CONVENT 34.

³⁴⁶ Zum Begriff v. Bogdandy Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999.

³⁴⁷ Art. 6 Abs. 3 EU; so auch *Delors* Die Welt vom 17. 2. 1999, 10; *Scholz* (o. Fn. 106), 21, 30, 35.

³⁴⁸ C. F. v. Weizsäcker Gehen wir einer asketischen Weltkultur entgegen?, in: Deutlichkeit, 1981, 73 f. mit einem Plädoyer für eine Fundierung der pluralistischen Gesellschaft auf Freiheit, Gerechtigkeit und Solidarität.

³⁴⁹ Anders Mancini KritV 81 (1998), 386, 399 ff.

Union³⁵⁰ organisieren, um den sich rapide wandelnden ökonomischen, sozialen und ökologischen Herausforderungen gerecht zu werden. Diese Entwicklung mag linear erfolgen oder – was wahrscheinlicher ist – nach dem Prinzip von "trial and error".³⁵¹ Inhaltlich geht es dabei um nicht mehr und nicht weniger als um die Sicherung jenes anspruchsvollen europäisch-amerikanischen Demokratiekonzepts, das den Verfassungen aller Mitgliedstaaten zugrunde liegt, und auf das Art. 6 Abs. 1 EU auch die EU verpflichtet. Das setzt, so kann man in Anlehnung an das Schlußwort von *Peter Badura* auf der Staatsrechtslehrertagung von 1964³⁵² formulieren, nicht nur die permanente Änderung der demokratischen und rechtsstaatlichen Verfassungsstrukturen der Mitgliedstaaten voraus, sondern auch der EU, ihre Anpassung an den jeweiligen Stand der Integration und ihre strukturadäquate Optimierung.

³⁵⁰ Art. 1 UAbs. 2 EU.

³⁵¹ Zu diesem "Bewegungsgesetz" der Integration Schuppert StWiss 5 (1994), 35 f.

³⁵² Badura VVDStRL 23 (1966), 34, 96.

Leitsätze des 2. Berichterstatters über:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

I. Themenabgrenzung

1. Über europäisches und nationales Verfassungsrecht kann man sprechen, indem man den Quellen des "gemeineuropäischen Verfassungsrechts" in den nationalen Verfassungsordnungen nachspürt, die Konvergenztendenzen zwischen diesen zu skizzieren sucht oder ihre Europäisierung in den Mittelpunkt der Überlegungen stellt. Man kann aber auch deren Verhältnis zueinander thematisieren und damit zugleich unterstellen, daß es europäisches Verfassungsrecht bereits gibt.

II. Der Verfassungscharakter des Primärrechts

2. Das eigentliche Bezugsproblem des Verfassungsbegriffs ist weniger die Existenz des überkommenen (National-)Staates als vielmehr die institutionalisierte politische Herrschaft. Da das Primärrecht praktisch allen Anforderungen des formellen und materiellen Verfassungsbegriffs gerecht wird, erscheint seine Bezeichnung als "Verfassung" plausibel.

III. Die Einbindung der unionalen und der nationalen Ebene in einen Verfassungsverbund

- 3. Bedeutung und Stellenwert einer Verfassung erschließen sich nur, wenn man sie von der Aufgabe und der Funktion in der Wirklichkeit geschichtlich-konkreten Lebens her zu erfassen sucht.
- 4. Weder das unionale noch das nationale Verfassungsrecht sind heute (noch) allein zur gesellschaftlichen Einheitsbildung in der Lage. Erst aus ihrer Zusammenschau erschließt sich die Grundordnung des politischen und sozialen Lebens in der EU.
- 5. Verklammert werden sie durch das Primärrecht. An der Schnittstelle zwischen nationalem Verfassungsrecht und Sekundärrecht gelegen, erweist es sich als ein Instrument "struktureller Koppelung", durch das die 15 Ver-

fassungsordnungen der Mitgliedstaaten miteinander verbunden und auf das "Integrationsprogramm" ausgerichtet werden.

IV. Die Europäische Rechtsordnung als Auffang- und Kooperationsordnung

- 6. Der Begriff des Staatenverbundes impliziert die Vorstellung einer zwischen den Mitgliedstaaten und der EU geteilten Souveränität und reflektiert damit das den Verfassungsverbund prägende Phänomen aufeinander bezogener und miteinander verklammerter Teilverfassungen. Als eigenständige Kategorie ernstgenommen, muß er auf die Ebene konkreter Rechtsfragen heruntergebrochen werden. Hier fordert er Strukturadäquanz.
- 7. Der EuGH und die sog. Autonomisten gehen von der Autonomie der unionalen Rechtsordnung aus. Ihr entscheidendes Argument ist die klaglose Akzeptanz dieser These durch die Mitgliedstaaten und ihre Gerichte über Jahrzehnte hinweg. Der Blick auf das nationale Verfassungsrecht zeigt jedoch, daß davon keine Rede sein kann, und auch die Unionspraxis steht dem entgegen.
- 8. An den Mitgliedstaaten führt im Staatenverbund kein Weg vorbei. Sie sind die "Herren der Verträge". Rechtlich wie politisch ruht er auf ihnen und auf ihrem fortdauernden Willen zur Mitgliedschaft.
- 9. Die Existenz "nationalen Europaverfassungsrechts" und, damit einhergehend, die Hinnahme einer weitreichenden Relativierung der eigenen Verfassungen, gehört zu den allen Mitgliedstaaten gemeinsamen Rechtsgrundsätzen.
- 10. Das nationale Verfassungsrecht dient einerseits als wichtigstes Rezeptionsreservoir für das unionale Verfassungsrecht. Zum anderen bestimmt es Voraussetzungen und Bedingungen der Mitgliedschaft des jeweiligen Staates in der EU. Daß es der EuGH den Mitgliedstaaten dennoch pauschal verwehren will, sich auf dessen interne Schwierigkeiten oder Bestimmungen zu berufen, ist damit nicht zu vereinbaren.
- 11. Die Öffnung des nationalen Verfassungsrechts für das "Integrationsprogramm" zwingt dazu, es den von Art. 6f. EU formulierten Homogenitätsanforderungen anzupassen. Insoweit bedeutet die Mitgliedschaft in der EU faktisch das Ende nationaler Verfassungsautonomie.
- 12. Im Verhältnis zueinander beeinflussen und ergänzen sich unionales und nationales Verfassungsrecht gegenseitig, besitzen sie komplementäre Maßstäblichkeit, haben sie in jedem Mitgliedstaat die Funktion wechselseitiger Auffangordnungen. Dem muß bei der Auslegung und Anwendung des unionalen wie des nationalen Rechts Rechnung getragen werden.
- 13. Unter funktionell-rechtlichem Blickwinkel ist die Kooperation zwischen den Organen der EG und den Organen der Mitgliedstaaten das zweite grundlegende Axiom des europäischen Verfassungsverbundes.

V. Konsequenzen für die Verfassungsentwicklung der EU

- 14. Auch eine neue Unionsverfassung kann nur aus einer organischen Fortschreibung der aktuellen hervorgehen. Sie muß den Stand der Integration widerspiegeln und stärker als bisher auf den Einzelnen ausgerichtet sein.
- 15. Angesichts der Vorbehalte, die der Verwendung des Verfassungsbegriffs mit Blick auf die EU in vielen Mitgliedstaaten entgegenschlagen, sollte dieser vermieden und der des Verfassungsvertrages gewählt werden. Dem Verfassungsverbund ist er ohnehin angemessener, bringt er dessen Radizierung in den Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten und ihre Herrschaft über die Verträge doch auch begrifflich auf den Punkt.
- 16. Eine Teilung der Verträge in einen grundlegenden, weiter dem Ratifikationsvorbehalt von Art. 48 EU unterliegenden, und einen "operativen", von Rat und Europäischem Parlament mehrheitlich abänderbaren Teil, geht an der Struktur des Verfassungsverbundes vorbei. Sie würde die Verfassungsautonomie der Mitgliedstaaten auch beseitigen und die Kompetenz-Kompetenz (teilweise) in die Hände der EG-Organe legen.
- 17. Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung ist beizubehalten und de constitutione lata et ferenda zu schärfen. Bei einer Vergemeinschaftung weiterer Politikbereiche müssen eng begrenzende Formulierungen gewählt, ggf. auch bestimmte Politikbereiche renationalisiert werden.
- 18. Das nationale Verfassungsrecht setzt der Zuerkennung einer "positiven demokratischen Kompetenz" an das Europäische Parlament, einer Abschaffung nationaler Vetopositionen im Rat sowie der Parlamentarisierung des europäischen Regierungssystems Grenzen.
- 19. In fast allen Mitgliedstaaten wird die mit der Europäisierung einhergehende Entmachtung der nationalen Parlamente als zentrales Problem der Integration begriffen. In der damit verbundenen unzureichenden demokratischen Kontrolle des Rates liegt das eigentliche Demokratiedefizit der EU. De constitutione ferenda muß es deshalb darum gehen, die nationalen Parlamente in die sekundärrechtliche Rechtsetzung auf Unionsebene einzubeziehen.
- 20. Ein europäischer Grundrechtskatalog, der nicht nur die EG-Organe bände, sondern im Anwendungsbereich des Unionsrechts auch die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten, würde die Unitarisierung der europäischen Rechtsordnung erheblich beschleunigen und ginge notgedrungen zu Lasten nationaler Grundrechtsgarantien. Soweit Art. 51 Abs. 1 der Europäischen Grundrechtscharta die Mitgliedstaaten nurmehr "ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union" binden will, versucht er diese Wirkung zu begrenzen.

- VI. Der Staatenverbund als flexibler Ordnungsrahmen für die immer engere Union der Völker Europas
- 21. Mit dem auf einen Verfassungsverbund der Mitgliedstaaten gegründeten Staatenverbund beschreitet Europa seinen spezifischen dritten Weg des "supranationalen Föderalismus". Die ihn kennzeichnende Verklammerung von unionalem und nationalem Verfassungsrecht gewährleistet einerseits die Bewahrung der Europas Identität prägenden nationalstaatlichen Strukturen, ermöglicht aber gleichzeitig ihre partielle Überwindung dort, wo dies im Interesse von Frieden, Freiheit, sozialer Gerechtigkeit und ökologischer Zukunftsfähigkeit geboten ist.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

3. Bericht von Prof. Dr. Gertrude Lübbe-Wolff, Bielefeld

Inhalt

_		Seite
I.	Der Nichtübertragbarkeitsgrundsatz	247
II.	Das spezifische Demokratiedefizit der EG	248
	1. Worin besteht das Problem?	248
	2. Gibt es das europäische Demokratiedefizit?	249
	a) Kein Bedarf an demokratischer Legitimation?	249
	b) Ausreichende demokratische Legitimation über Rat	
	und Parlament?	255
	3. Was folgt aus der Anerkennung des europäischen	
	Demokratiedefizits?	259
III.		265
	1. Worin besteht das Problem?	265
	a) Abnehmende Legitimationsleistung der	
	repräsentativen Demokratie als Folge von	
	Aufgabenkomplexität und gesellschaftlicher	
	Differenzierung	265
		203
	b) Problemverschärfende Konsequenz:	267
	Der Externalisierungstrend	
	2. Entschärfungsoptionen	273
	a) Konsequentere Subsidiaritätspolitik	273
	b) Direkte Demokratie	275
	c) Transparenz	276
	d) Klagemöglichkeiten für den citoyen	278
	e) Dezentral-demokratische Partizipation	279
	f) Vorschläge an die Adresse der Verfassungsgeber	285

I. Der Nichtübertragbarkeitsgrundsatz

Zu den Gemeinplätzen der Diskussion über die demokratische Legitimation der Europäischen Gemeinschaft gehört der Hinweis, daß verfassungsrechtliche Legitimationsanforderungen, die für die Ebene der Staaten gelten, auf die Verfassung einer supranationalen Gemeinschaft¹ nicht ohne weiteres übertragen werden können.² Ich bezeichne das im folgenden als den Nichtübertragbarkeitsgrundsatz. Mir scheint, daß Verfassungsrechtsprechung und herrschende Lehre es sich mit der Absolution vom Vorwurf unzureichender demokratischer Legitimation, die der EG unter Berufung auf diesen Grundsatz erteilt worden ist, zu leicht gemacht haben. Das soll im ersten Teil meines Vortrages näher begründet werden.

Über der Fixierung auf strukturelle Unterschiede zwischen Staaten und supranationalen Gemeinschaften und die daraus folgenden Grenzen der Übertragbarkeit parlamentarisch-repräsentativdemokratischer Grundsätze gerät zudem leicht aus dem Blick, daß es, was die Möglichkeiten und Probleme demokratischer Legitimation angeht, zwischen der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten nicht nur einen essentiellen Unterschied, sondern auch wesentliche Gemeinsamkeiten gibt. Es gibt nicht nur ein EG-spezifisches Demokratieproblem – eines, das die EG nicht mit ihren Mitgliedstaaten teilt und das sich nicht ohne

¹ Was für und was gegen die Bezeichnung des geltenden Primärrechts der Europäischen Gemeinschaften und des EU-Vertrages als "Verfassung" der Gemeinschaften bzw. der EU spricht, ist bekannt, s. statt vieler Grimm JZ 1995, 581 ff. Ich folge hier dem extensiven Sprachgebrauch (s. statt vieler Oppermann Nationale Verfassungsautonomie und supranationale Bindung innerhalb der Europäischen Union, in: Battis/Kunig/Pernice/Randelzhofer (Hrsg.), Das Grundgesetz im Prozeß europäischer und globaler Verfassungsentwicklung, 2000, 117 (119 ff.); Thürer Föderalistische Verfassungsstrukturen für Europa, integration 2000, 89 ff.), der ersichtlich der uns vorgegebenen Formulierung des Vortragsthemas zugrundeliegt und der jedenfalls den Vorzug hat, daß er den Blick auf "konstitutionelle" Fragen lenkt (vgl. Steinberg ZRP 1999, 365 ff.). Wenn in den folgenden Ausführungen, die sich hinsichtlich der europäischen Ebene auf die EG konzentrieren, allgemein von Verfassung(en) oder Verfassungsrecht die Rede ist, ist also das EG-Primärrecht stets mitgemeint.

² Kaiser VVDStRL 23 (1964), 1 (2); Badura VVDStRL 23 (1964), 34 (38); Ipsen EuR 1987, 195 (200 ff.); P. M. Huber StWuStP 1992, 349 (370); H. Dreier in: ders. (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 20 (Demokratie) Rn 36; Böckenförde Welchen Weg geht Europa?, in: ders., Staat, Nation, Europa, 1999, 68 (90); Britz/Schmidt EuR 1999, 467 (483); Weiler The Constitution of Europe, 1999, 268; Nass Ein beliebtes Phantom: Das Demokratiedefizit der EU, FAZ v. 29.2. 1999, 15; Müller-Graff integration 2000, 34 (39); ebenso in der Sache Di Fabio JZ 2000, 737 (742); Randelzhofer Zum behaupteten Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft, in: Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg.), Der Staatenverbund der Europäischen Union, 1994, 39 (47 f.); s. auch BVerfGE 89, 155 (182).

weiteres durch Übertragung staatsbezogener Legitimationskonzepte beheben läßt, – sondern auch *ubiquitäre* Demokratieprobleme, die, wenn auch in teilweise unterschiedlichen Graden, der EG und ihren Mitgliedstaaten gemeinsam sind und für die durchaus gleichgerichtete Lösungswege in Betracht kommen. Um diese die EG und ihre Mitgliedstaaten gleichermaßen betreffenden ("nicht-spezifischen") Demokratieprobleme, um Möglichkeiten, sie zu entschärfen, und um die Rolle, die das deutsche und das europäische Verfassungsrecht dabei zu spielen hätten, geht es im zweiten Teil.

II. Das spezifische Demokratiedefizit der EG

1. Worin besteht das Problem?

Zunächst aber zum ersten Punkt: Zweifel an der Absolutionskraft des Nichtübertragbarkeitsgrundsatzes. Seine Rolle als Entproblematisierungsvehikel spielt dieser Grundsatz in der Diskussion über das Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft. In dieser Diskussion geht es regelmäßig um das spezifische Demokratiedefizit der Gemeinschaft, also um diejenigen Mängel an Demokratizität, die die Gemeinschaft nicht mit ihren Mitgliedstaaten gemeinsam hat, sondern die ihr gerade im Unterschied zu den Mitgliedstaaten zugeschrieben werden.

Das spezifische Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft besteht im Wesentlichen in lauter Konsequenzen des begrenzten Willens zu politischer Einheit:

- Die zentrale Stellung und das noch immer wenig transparente Entscheidungsprozedere des Rats, also der Vertretung der mitgliedstaatlichen Regierungen, als Rechtsetzungsorgan,
- die auch nach Amsterdam noch immer schwache Stellung des Europäischen Parlaments (seine begrenzten Budgetkompetenzen, seine vergleichsweise unmaßgebliche Position im Rechtsetzungsprozeß als nicht formell initiativberechtigtes, nur bereichsweise mitentscheidungsbefugtes, in einigen Bereichen nicht einmal zwingend auch nur anzuhörendes Seitenorgan, und die Begrenztheit seiner Kreations- und Kontrollrechte im Verhältnis zur Kommission),
- die erheblichen Abweichungen vom Grundsatz gleicher Repräsentation aller Bürger in der Zusammensetzung des Parlaments und der Zusammensetzung und Stimmgewichtung beim Rat³,

³ Problematisiert wird darüber hinaus das Fehlen eines einheitlichen Wahlrechts, s. statt vieler Gusy ZfP 1998, 267 (269); Weber JZ 1993, 325 (329); Pernice DV 1993, 449

all dies ist unmittelbarer Ausdruck nicht vorhandener Bereitschaft, Europa als eine politische Einheit von Bürgern unter einem System der Mehrheitsherrschaft nach dem Prinzip "one person – one vote" zu konstituieren oder sich auch nur den mit demokratischer Mehrheitsherrschaft üblicherweise verbundenen Rechtfertigungszumutungen uneingeschränkt auszusetzen.⁴ Hinzu kommen Abweichungen vom üblichen Modell der repräsentativen Demokratie, die mit der Institutionalisierung der Kommission als eines von mitgliedstaatlichem Einfluß weitgehend freigestellten Motors und Rückschrittbremsers der Integration zusammenhängen – vor allem die weitgehende Monopolisierung des formellen Gesetzesinitiativrechts bei der Kommission.

Auch wenn man berücksichtigt, daß – von mehrheitsresistenten Grundrechtspositionen bis zum nicht bevölkerungsproportionalen Einfluß der Gliedstaaten in Föderationen – gewisse Abweichungen vom Mehrheitsprinzip als institutionalisierter Minderheitenschutz durchaus demokratiekompatibel und sogar demokratienotwendig sein können: Von dem, was üblicherweise als demokratisch gilt, ist die europäische Organisation der Entscheidungskompetenzen und -verfahren so weit entfernt, daß entsprechende Verfassungsveränderungen auf nationaler Ebene für völlig indiskutabel gehalten würden und in Deutschland ohne weiteres an Art. 79 III GG scheitern müßten. Daß man deshalb von einem Demokratiedefizit sprechen muß, ist trotzdem nicht unbestritten.

2. Gibt es das europäische Demokratiedefizit?

a) Kein Bedarf an demokratischer Legitimation?

Die schönste Form der Bewältigung eines Problems besteht immer in der Erkenntnis, daß das Problem in Wahrheit gar nicht existiert. Vielleicht läßt sich auch das europäische Demokratieproblem auf diese

⁽⁴⁸¹ f.); Frowein EuR Beiheft 1/1992, 63 (71). S. außerdem zur Frage der Demokratieverträglichkeit von Mehrheitsentscheidungen im Rat u. Text mit Fn. 27.

⁴ Inwieweit es sich dabei um eine nicht vorhandene Bereitschaft der Unionsbürger oder nur um eine nicht vorhandene Bereitschaft ihrer nationalen politischen Repräsentanten handelt, ist damit noch nicht festgestellt.

⁵ Zur notwendigerweise bündischen institutionellen Ausgestaltung des Gemeinschaftssystems Frowein EuR 1993, 301 (305); s. auch, am Beispiel der EG, für eine schöne Erläuterung der Gerechtigkeit von Stimmgewichtungen bei politischen Zusammenschlüssen von wirtschaftlich sehr ungleichen Ländern, Simson EuR 1991, 1 (9f.); allgemeiner Lijphart Art. Consociational Democracy, in: Krieger (Hrsg.), The Oxford Companion to Politics of the World, 1993, 188f.

⁶ Sehr richtig Gusy ZfP 1998, 267 (271).

Weise lösen? Könnte es zum Beispiel sein, daß wir es im Falle der EG gar nicht mit einem Versagen des Gegenstandes vor dem angelegten Maßstab "demokratische Legitimation", sondern mit einem Fall prinzipieller Ungeeignetheit des Maßstabes zu tun haben, daß also die Frage, ob die EG demokratisch – zumindest hinreichend demokratisch – strukturiert sei, nicht positiv oder negativ zu beantworten, sondern falsch gestellt ist?

Auf eine so begründete Zurückweisung von Demokratizitätserwartungen an die EG läuft es hinaus, wenn behauptet wird, Demokratie bedeute "staatliche Herrschaft durch das Volk."7 Wenn das Prädikat "demokratisch" dieser Begriffsbestimmung zufolge nur bezogen auf Staaten überhaupt einen Sinn hat, dann ist die Europäische Gemeinschaft für dieses Prädikat gar kein geeignetes Subjekt. Die Frage, ob sie hinreichend demokratisch ist, wäre dann so sinnlos wie die Frage: "Ist Strom gelb?". Der Transfer weiterer Hoheitsrechte auf die EG ist aus dieser Sicht, wenn überhaupt, dann primär als ein Verlust an deutscher Staatlichkeit und allenfalls in Abhängigkeit davon auch als ein Verlust an deutscher Demokratie zu problematisieren.8 Die hier zugrundegelegte Verengung des Demokratiebegriffs läuft aber nicht nur dem allgemeinen Sprachgebrauch zuwider - weder die Rede vom Demokratiedefizit der EG noch die Diskussionen über mehr Demokratie in der WTO oder bei ICANN werden ja im allgemeinen als ein dem Yello-Gag vergleichbarer bloßer Nonsens verstanden -, auch mit dem Grundgesetz und dem EU-Vertrag ist sie nicht vereinbar (s. Art. 23 I 1 GG sowie Präambel Abs. 3 und Art. 6 I EUV).9

⁷ Isensee Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie, Verfassung, in: FS Mikat, 1989, 705 (705); ebenso ("Demokratie als Herrschaft des Staatsvolkes") Randelzhofer (Fn. 2), 54. Isensee beansprucht zwar für die zitierte enge Definition Gültigkeit nur in bezug auf den Demokratiebegriff des Verfassungsrechts, während ansonsten "der semantische Proteus" viele Bedeutungen annehmen könne (ebd 705 f.). Damit wäre aber immerhin der Frage nach der hinreichenden demokratischen Legitimation der EG als Frage des deutschen Verfassungsrechts der Boden entzogen. Mit Nachdruck auf einem konstitutiven Zusammenhang von Staat und Demokratie bestehend ("Demokratie setzt eine Vergemeinschaftung im Staatsvolk voraus"), ohne daß allerdings dieser Zusammenhang explizit als ein begrifflicher behauptet würde, auch Kirchhof Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland, in: Isensee, Europa als politische Idee und als rechtliche Form, 1993, 63 (83 f.).

⁸ So jedenfalls im Ergebnis denn auch *Isensee* Europa – die politische Erfindung eines Erdteils, in: ders. (Fn. 7), 103 (135); ähnlich *Kirchhof* (Fn. 7), 78, 95.

⁹ Zur Einschlägigkeit des Demokratiepostulats für supranationale Organsiationen näher Gusy ZfP 1998, 267 ff.; Kluth Die demokratische Legitimation der EU, 1995, 33 ff., 44 ff.

Neben dieser semantischen gibt es noch eine zweite Argumentationslinie, die darauf hinausläuft, den Bedarf an demokratischer Legitimation für die Ausübung von Hoheitsgewalt auf europäischer Ebene jedenfalls bereichsweise zu bestreiten. Durch Teile der Literatur zieht sich teils mehr, teils weniger explizit die Vorstellung, daß die Ausübung europäischer Hoheitsgewalt keiner demokratischen Legitimation bedürfe, soweit damit ein von staatlich-regulativen Hindernissen befreiter Binnenmarkt geschaffen und/oder den Grundfreiheiten des Vertrages zur Geltung verholfen wird, - daß wir uns hier sozusagen im Reich EGkonstitutionell legitimierter oder auf Legitimation nicht angewiesener bürgerlicher Freiheit und nicht im Bereich legitimationsbedürftiger hoheitlicher Kompetenz befinden. 10 Ich zitiere Paul Kirchhof: "Eine Wirtschaftsgemeinschaft ... zielt eher auf Deregulierung mitgliedstaatlicher Bestimmungen über Wettbewerb und Wirtschaftspolitik, unterbindet gesetzliche Lenkungen und administrative Interventionen, begrenzt sozialen Ausgleich und regionale Annäherung. Das Marktgeschehen legitimiert sich aus dem Willen der am Vertrag Beteiligten, weniger aus dem Willen der Marktbürger und Marktbetroffenen. Insofern ist eine Wirtschaftsgemeinschaft keine Demokratie, die sich veranlaßt sähe, ihr Entstehen und ihre Entwicklung kontinuierlich auf den Willen der Marktbürger und Marktbetroffenen abzustimmen."11

Letzteres mag als Beschreibung der Tatsachen ganz richtig sein. Die gleichzeitig zum Ausdruck gebrachte normative Billigung beruht dagegen auf einer Verwechselung von Freiheitsausübung und Institutionalisierung der Rahmenbedingungen dafür. Die Ausübung verfassungsrechtlich gewährleisteter Freiheiten ist in der Tat nicht legitimationsbedürftig in dem Sinne, daß es dafür noch eines demokratisch legitimierten Kompetenztitels bedürfte. Demokratischer Legitimation bedürfen aber die rechtlichen Rahmenbedingungen, unter denen Freiheit ausgeübt wird, und zwar nicht nur, sofern der Rahmen verengt, sondern auch sofern er über den status quo ante hinaus erweitert wird

¹⁰ H.P. Ipsen Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 163 und 196 (200); ähnlich ders. Zur Exekutiv-Rechtsetzung in der Europäischen Gemeinschaft, in: FS Lerche, 1993, 425 (429); Behrens Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft, in: Brüggemeier (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, 1994, 73 (89); Mestmäcker RabelsZ 58 (1994), 615 (629 ff.); außerdem Kirchhof (sogleich im Text m. Fn. 11). Ipsen (ebd) hat diese Argumentation zu der Entlastungsformel verdichtet, daß die (damalige) EWG eben kein staatsanaloges und daher staatsanalog legitimationsbedürftiges Gebilde, sondern ein "Zweckverband" sei. Krit. dazu Griller Journal für Rechtspolitik 1995, 164 (176 f.).

¹¹ Kirchhof (Fn. 7), 69.

oder man auf die Setzung bestimmter Rahmenbedingungen ganz zu verzichten beschließt. Daß dies gern übersehen wird, beruht auf einer traditionellen, an Rousseau anknüpfenden Vorstellung von Demokratie. der man auch heute noch an allen Ecken und Enden begegnet. Rousseau hat die Demokratie konzipiert als eine Veranstaltung zur Minimierung von (öffentlicher) Herrschaft, oder genauer: zur Minimierung des Charakters von Herrschaft als Fremdbestimmung. Die Konstruktion, mit der im Contrat Social zu beweisen versucht wird, daß in einer Demokratie Herrschaft genaugenommen gar nicht stattfindet, hat keine ernstzunehmenden Anhänger mehr, aber Gefolgschaft findet Rousseau immer noch darin, daß er die Demokratie überhaupt als Antwort auf das Problem der Legitimation von Herrschaft begreift.¹² Wenn man das so sieht, bietet sich die Schlußfolgerung an, daß nur positiv regulierende, freiheits- und marktbeschränkende Staatstätigkeit, eben Herrschaft, demokratischer Legitimation bedarf, Nichtregulierungs- oder Deregulierungsoptionen dagegen ihre Legitimation aus dem Freiheitsspielraum beziehen, den sie belassen oder (wieder)eröffnen. Konsequenterweise müßte das dann eigentlich auch für die staatliche Ebene gelten. Tatsächlich zweifelt aber - und daran zeigt sich, daß mit der Prämisse etwas nicht stimmt, - niemand daran, daß auf der staatlichen Ebene nicht nur Regulierung, sondern auch Deregulierung demokratischer Legitimation bedarf. Die Vorstellung, daß nur positive Herrschaftsausübung, nur die Beschränkung, nicht dagegen die Freisetzung von Privatautonomie demokratischer Legitimation bedürfe, wird umso unplausibler, je mehr wir in allen Möglichkeiten unseres Seins und Handelns von menschengemachten Voraussetzungen, einschließlich regulativ geschaffener, abhängig werden.¹³ Das Bundesverfassungsgericht hat deshalb ganz richtig Selbstbestimmung als das Grundanliegen der Demokratie identifiziert.¹⁴ Versteht man demgemäß Demokratie nicht als eine Veranstaltung zur Minimierung von Herrschaft, sondern als eine Veran-

¹² Vgl. etwa Höffe Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999, 107 ff.

¹³ W. Lübbe Die schwindende Legitimität staatlichen Unterlassens, in: Bundesministerium des Innern (Hrsg.), Bewährung und Herausforderung. Die Verfassung vor der Zukunft (Dokumentation zum Verfassungskongreß "50 Jahre Grundgesetz/ 50 Jahre Bundesrepublik Deutschland"), 1999, 211 ff.

¹⁴ BVerfGE 2, 1 (12); 44, 125 (142); Bryde Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: Blanke/Lüttmann (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz, 2000 (Sonderheft KJ, erscheint demnächst), Abschn. 3; ders. Le peuple européen and the european people, in: Auer/Flauss (Hrsg.), Le référendum européen, 1997, 251 (270ff.); Kluth (Fn. 9), 160; Emde Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, 384f.; s. auch, für Demokratie als "organisatorische Konsequenz der Menschenwürde", Häberle Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien, 1999, 71 u. passim.

staltung zur Maximierung von Selbstbestimmung, dann stellt sich die Sache in einem ganz anderen als dem Kirchhofschen Licht dar. Die primärrechtliche Garantie wirtschaftlicher Freiheiten ist dann nicht von demokratischem Legitimationsbedarf a priori eximiert. Im Gegenteil: Ein System der Gewährleistung individueller Grundrechte oder Grundfreiheiten ohne Einbindung in ein funktionsfähiges System kollektiver Entscheidung über die Grenzen dieser Rechte und Freiheiten ist ebensowenig demokratisch wie ein - sei es im übrigen auch noch so verantwortlichkeitskonstitutiv und partizipatorisch organisiertes - System kollektiver Entscheidung, das keinen Schutz von Grundrechten und Grundfreiheiten kennt. Die für das europäische Integrationskonzept charakteristische systematische institutionelle Privilegierung der sogenannten "negativen Integration" (Scharpf), d.h. der wirtschaftlichen Integration durch Beseitigung mitgliedstaatlicher Regulierungsschranken, vor der "positiven Integration", d.h. der Entwicklung eines europäischen Systems der Marktbegrenzung und Marktkorrektur,15 erscheint aus dieser Perspektive nicht nur als ein Problem defizitärer Sozialstaatlichkeit¹⁶ (oder Sozialstaatenverbundlichkeit?), schon gar nicht als ein Mechanismus, der das System vor demokratischem Legitimationsbedarf bewahrt, sondern im Gegenteil als wesentliches Element des europäischen Demokratiedefizits.¹⁷

¹⁵ Die Privilegierung der sog, negativen Integration besteht vor allem darin, daß sie sehr weitgehend über die im Klagewege durchsetzbaren Grundfreiheiten unmittelbar primärrechtlich institutionalisiert ist, während die "positive Integration" nur in vergleichsweise beschränktem Ausmaß überhaupt zugelassen und zudem auf Realisierung durch sekundärrechtliche Vorschriften angewiesen ist, die in einem System mit vielen Vetopositionen generiert werden müssen, s. Scharpf Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States, in: Marks et al. (eds.), Governance in the European Union, 1996, 15ff.; s. auch Kohler-Koch Die Europäisierung nationaler Demokratien: Verschleiß eines europäischen Kulturerbes?, in: Greven, Demokratie - eine Kultur des Westens?, 1998, 263 (275). In dieser systematischen Privilegierung der negativen Integration liegt der wichtigste Unterschied in der Art und Weise der Konstitutionalisierung von Marktwirtschaft und Wettbewerb einerseits auf europäischer Ebene, andererseits auf der Ebene der Mitgliedstaaten; für einen Vergleich im übrigen s. Müller-Graff Die wettbewerbsverfaßte Marktwirtschaft als gemeineuropäisches Verfassungsprinzip?, in: ders./Riedel (Hrsg.), Gemeinsames Verfassungsrecht in der Europäischen Union, 1998, 53 ff.

¹⁶ Dazu Böckenförde (Fn. 2), 78 ff.; Bieling Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik im europäischen Integrationsprozeß – strukturelle und strategische Konvergenz ohne Harmonisierung, in: Platzer (Hrsg.), Sozialstaatliche Entwicklungen in Europa und die Sozialpolitik der Europäischen Union, 1997, 61 (71 ff.).

¹⁷ Daß wir eine vergleichbare Privilegierung negativer Integration in teilweise noch verschärfter Form – ohne korrespondierendes Potential an positiver Integration (übri-

Deshalb überzeugt auch eine andere in der Literatur verbreitete Rechtfertigungsstrategie nicht ganz, die darauf abhebt, daß ungeachtet zugestandener institutioneller Demokratiedefizite der EG die europäische Integration doch per Saldo keinen Verlust, sondern einen Gewinn an demokratischer Selbstbestimmung bedeute. Mit der europäischen Integration werden nach dieser Lesart Handlungsspielräume für demokratische Politik zumindest partiell erhalten oder wiedergewonnen, die auf nationaler Ebene im Schwinden begriffen oder schon längst verloren sind. 18 Hier wird uns also ein Problem vorgeführt, nämlich der durch Internationalisierung der Wirtschaft und der Folgen modernen Wirtschaftens bedingte faktische Kompetenzverlust demokratischer Politik auf der staatlichen Ebene, und eine Lösung für dieses Problem, nämlich eben die Wiedergewinnung der Fähigkeit zu politischer Selbstbestimmung durch Supranationalisierung. Das wäre überzeugend, wenn die europäische Integration nicht durch die gerade angesprochene systematische Privilegierung der negativen Integration gekennzeichnet wäre. So aber erinnert diese Rechtfertigungsmedizin ein wenig an die Feigen, mit denen der kleine Muck den Sultan von Eselsohren kurierte,

gens auch ohne die auf europäischer Ebene stets präsente Begleitrhetorik der Versicherung, der ökonomischen Integration durch den Wegfall von Handelsschranken müsse und werde die politische zwangsläufig folgen und hauptsächlich der letzteren wegen sei ja die erstere überhaupt gewollt) – auch im WTO-System vorfinden, ist da nur ein schwacher Trost.

¹⁸ Bryde Demokratieprinzip (Fn. 14), Text bei Fn. 39: "... sind in einer Zeit, in der immer mehr Entscheidungen wegen ihrer transnationalen Auswirkungen transnational getroffen werden müssen, transnationale demokratische Entscheidungseinheiten kein Defizit, sondern demokratischer Gewinn."; Brock Verweltlichung der Demokratie. Aus der Verflechtungs- in die Eingrenzungsfalle?, in: Greven (Fn. 15), 39 (40ff., 50): die "Hauptgefahren für die Demokratie ergeben sich nicht aus einem Zuviel, sondern aus einem Zuwenig an internationaler Politikkoordination". S. auch, für das ähnlich gelagerte Argument, daß zur Supranationalisierung der Politik mit ihren charakteristischen Demokratiedefiziten nicht demokratische innerstaatliche Politik, sondern die unter Demokratiegesichtspunkten noch weitaus weniger befriedigende außenpolitische Politikkoordination auf der Ebene des Völkerrechts die einzige realistische Alternative sei, Weiler (Fn. 2), 223; Classen AöR 119 (1994), 238 (258); Craig/de Búrca, EU Law, 1998, 157 f.; Curtin "Civil Society" and the European Union: Opening Spaces for Deliberative Democracy?, in: Collected Courses of the Academy of European Law, Vol. VII, Book 1, 1999, 185 (235). Völkerrechtliche Politikkoordination erfordert aber immerhin - das wird bei dieser letzteren Argumentation vernachlässigt - für jeden einschlägigen normativen Akt von einiger Relevanz wieder ein Zustimmungsgesetz auf nationaler Ebene und bleibt damit trotz schwacher Einwirkungsmöglichkeiten des jeweiligen nationalen Parlaments auf inhaltliche Details doch in den nationalen politischen Verantwortungszusammenhang ganz anders eingebunden als die verselbständigte Rechtsetzungsmacht der EG; vgl. auch Griller Journal für Rechtspolitik 1995, 164 (177).

die er ihm zuvor durch Fütterung mit Feigen von einem anderen Baum hatte wachsen lassen. Denn das Problem internationalisierungsbedingter Handlungsunfähigkeit nationalstaatlicher Politik, das dieser Argumentation zufolge nur durch Supranationalisierung der Politik mit ihren unvermeidlichen Demokratiedefiziten gelöst werden kann, ist im europäischen Kontext ganz wesentlich erst durch die Supranationalisierung geschaffen worden, zu deren Rechtfertigung es nun dienen soll. Nur wenn die Spekulation, daß die Wirtschafts- und Währungsunion politische Einheit nach sich ziehen werde, sich eines fernen Tages bewahrheiten und damit wirkliche Demokratie auf europäischer Ebene möglich werden sollte, könnte am Ende doch von einem Demokratiegewinn die Rede sein, - und auch das nur unter der Voraussetzung, daß es gelingt, im Zuge dieser Entwicklung den Subsidiaritätsgrundsatz mindestens einigermaßen zu wahren, d.h. das unter einem selbstbestimmungsorientierten Demokratieverständnis zentrale Optimierungsproblem der Abgrenzung der jeweils entscheidungsbefugten Kommunität(en)19 halbwegs angemessen zu lösen.

b) Ausreichende demokratische Legitimation über Rat und Parlament?

Geht man davon aus, daß die Hoheitsgewalt der Europäischen Gemeinschaft nicht weniger als die der Mitgliedstaaten demokratischer Legitimation bedarf, dann führt an der Feststellung, daß dieser Bedarf nicht ausreichend gedeckt ist, auch die allgegenwärtige Versicherung nicht vorbei, das zentrale Beschlußorgan der EG, der Rat, beziehungsweise dessen einzelne Mitglieder bezögen ihre demokratische Legitimation aus ihrer Einbindung in den demokratischen Legitimationszusammenhang der Mitgliedstaaten.²⁰ Für die Funktion des Gesetzgebers sind Regierungen oder Kollegien von Regierungsmitgliedern nach üblichem Verständnis gerade nicht legitimiert.²¹

Daß Autoren und Richter, die es sonst zumindest fallweise mit der Durchgängigkeit demokratischer Legitimationsketten sehr genau neh-

¹⁹ Dazu *Bryde* Le peuple (Fn. 14), 271; zum Problem abnehmender Demokratiefähigkeit mit zunehmender Größe *Höreth* Die Europäische Union im Legitimationstrilemma, 1999, 62 ff., mwN.; zur Demokratierelevanz von Zentralisierungs- bzw. Dezentralisierungsfragen auch *Häberle* (Fn. 14), 200.

²⁰ S. BVerfGE 89, 155 (185: demokratische Legitimation primär "durch die Rückkoppelung des Handelns europäischer Organe an die Parlamente der Mitgliedstaaten"); aus der Literatur statt vieler *Huber* StWuStP 1992, 349 (353ff.); *Classen* AöR 119 (1994), 238 (246, 252ff.); wN in Fn. 31.

²¹ S. auch Gusy ZfP 1998, 267 (272).

men, hier in der Vergangenheit überhaupt eine hinreichend zusammenhängende Legitimationskette gesehen haben, ist auch deshalb erstaunlich, weil bis vor kurzem nicht einmal das Abstimmungsverhalten der Regierungsvertreter im Rat publik war.²² Der Zusammenhang, auf den das Bild von der "Legitimationskette" verweist, soll ja ein Verantwortungszusammenhang sein. Solange das Abstimmungsverhalten der Ratsmitglieder den Augen der Öffentlichkeit entzogen war, konnte aber schon aus diesem Grund gar keine Rede davon sein, daß die Ratsmitglieder durchweg in dem unterstellten Verantwortungszusammenhang zur jeweiligen nationalen Wählerschaft stünden.²³ Inzwischen ist der Rat dazu übergegangen, immerhin das Abstimmungsverhalten der Ratsmitglieder beim Erlaß von Rechtsakten publik zu machen.²⁴

Nach wie vor bleibt der Entscheidungsprozeß im Rat aber weitgehend intransparent. Klare Zurechnungen und Beurteilungen werden

²² Der Rat verhandelt nach Art. 4 I seiner Geschäftsordnung (Beschluß des Rates vom 6. Dezember 1993 zur Feststellung seiner Geschäftsordnung (93/662/EG), ABI.EG 1999 Nr. L 304/1) grundsätzlich nicht öffentlich; zur Praxis und ihren normativen Grundlagen s. *Brunmayr* The Council's Policy on Transparency, in: Deckmyn/Thomson, Openness and Transparency in the European Union, 1998, 69ff.; *Kahl* ZG 1996, 224ff.; dort auch zu den Abläufen in der vorbereitenden Phase; für die Notwendigkeit, bei geltend gemachten Ansprüchen auf Zugang zu Ratsdokumenten das als Ausnahmegrund anerkannte Interesse an der Geheimhaltung der Beratungen gegen das Informationsinteresse des Antragstellers abzuwägen, EuG Rs. T-174/95, Svenska Journalistförbundet/Rat der Europäischen Union, Slg. 1998 II, 2993 (2372f.).

²³ S. auch Gusy ZfP 1998, 267 (273); Pernice Deutschland in der Europäischen Union, HStR VIII, § 191, 225 (265); ders. DV 1993, 449 (481 f.); Zuleeg JZ 1993, 1069 (1071, 1073); a.A. Classen AöR 119 (1994), 238 (253). Gerechtfertigt und für notwendig erklärt wurde und wird die Intransparenz der Entscheidungsprozesse im Rat, einschließlich der früheren Nichtpublizität des Abstimmungsverhaltens, mit dem Argument, daß Öffentlichkeit der Ratssitzungen die Kompromiß- und damit die Entscheidungsfindung nur noch zusätzlich erschweren werde, s. etwa Nass (Fn. 2); wN. bei Kahl ZG 1996, 224 (235). Was damit behauptet wird, ist, daß die einzelnen Ratsmitglieder der jeweiligen nationalen Wählerschaft gegenüber demokratische Verantwortung für ihr Entscheidungsprozesses nicht übernehmen können. Wie sich das mit der häufig im selben Text behaupteten mittelbaren demokratischen Legitimation der EG-Hoheitsgewalt über die Regierungsvertreter im Rat vertragen soll, bleibt schleierhaft.

²⁴ In der monatlichen Aufstellung der Rechtsakte des Rates (http://ue.eu.int/de/acts/index.htm) ist ausgewiesen, welche Mitgliedstaaten sich der Stimme enthalten oder gegen den jeweiligen Rechtsakt gestimmt haben. Zu den Bemühungen des Rates um erhöhte Transparenz s. zuletzt Beschluß des Rates zur Verbesserung der Information über die Gesetzgebungstätigkeit des Rates und das öffentliche Register der Ratsdokumente vom 6. Dezember 1999, ABI.EG 2000 Nr. L 9/22.

erschwert durch die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen,²⁵ durch die Tatsache, daß ein großer Teil der Entscheidungen materiell bereits im entscheidungsvorbereitenden Ausschuß der Ständigen Vertreter und den ihm nachgeordneten Ausschüssen getroffen wird, und durch die Komplexität der Verhandlungsstruktur, die es allen Beteiligten leicht macht, sich nationaler Steuerung und Kontrolle – unter anderem auch der Steuerung und Kontrolle durch die mitgliedstaatlichen Parlamente²⁶ – durch unwiderlegbare Berufung auf Kompromißzwänge zu entziehen. Der europäische Gesetzgebungsprozeß fungiert deshalb, weit davon entfernt, selbst in klaren Verantwortungszusammenhängen zu stehen, eher als ein Verantwortungsverschiebebahnhof, der auch die Funktionsfähigkeit der innermitgliedstaatlichen politischen Verantwortungszusammenhänge in Mitleidenschaft zieht.

Unzutreffend ist dagegen die verbreitete Annahme, daß eine Legitimationsvermittlung auf diesem Wege auch insoweit von vornherein ausgeschlossen sei, als es um die Legitimation von durch Mehrheitsbeschluß zustandegekommenen Rechtsakten gegenüber den Bürgern derjenigen Mitgliedstaaten geht, deren Vertreter im Rat überstimmt worden sind.²⁷ Als demokratiewidrig sind nicht Mehrheitsentscheidungen

²⁵ S.o. Fn. 22. Die protokollähnlichen Pressemitteilungen über die Ratssitzungen (http://ue.eu.int/newsroom/main.cfm?LANG=4) geben über Verhandlungsgang und Standpunkte einzelner Beteiligter noch immer kaum Aufschluß.

²⁶ Dazu statt vieler Weber-Panariello Nationale Parlamente in der Europäischen Union, 1995. Zu ganz unabhängig vom Intransparenzproblem bestehenden, in der Natur des Rates als supranationales Verhandlungs- und Kompromißfindungsgremium begründeten Schwierigkeiten wirksamer mitgliedstaatlich-parlamentarischer Kontrolle s. statt vieler auch P. M. Huber, Recht der Europäischen Integration, 1996, 81; für Bedenken gegen eine Strategie der Maximierung national-parlamentarischer Einwirkungsmöglichkeiten im Hinblick auf damit verbundene Einbußen an Kompromißfähigkeit und daraus folgende Erschwerung europäischer Regulierung Scharpf StWuStP 1992, 293 (298); Merkel Das Demokratie-Effizienz-Dilemma, FAZ v. 24.4. 1996, 12; Griller Journal für Rechtspolitik 1995, 164 (170 ff.).

²⁷ So aber Höreth (Fn. 19), 49 ff.; Fischer-Appelt Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, 1999, 193; Scharpf Demokratische Politik in Europa, in: Grimm/Hesse/Jochimsen/Scharpf (Hrsg.), Zur Neuordnung der Europäischen Union: Die Regierungskonferenz 1996/97, 1997, 65 (66f.); Merkel (Fn. 26), 12; Pernice in: Dreier (Fn. 2), Art. 23 Rn 52; Grande Leviathan 24 (1994), 339 (343); Murswiek Die Ratifikation des Maastrichter Vertrages und das Grundgesetz, 1992 (Rechtsgutachten, unveröff.), 54, 60; Hilf EuR 1984, 9 (39); vgl. auch Hofmann Development and Crisis of Constitutionalism, in: Starck (ed.), Studies in German Constitutionalism, 1995, 17 (32f.); Griller Journal für Rechtspolitik 1995, 164 (173); Huber (Fn. 26), 81; Weiler (Fn. 2), 82. Scharpf (ebd) begründet dies damit, daß das Mehrheitsprinzip nur dort legitim sei, wo das Kollektiv, für das es angewendet werde, eine mit Solidaritätsbereitschaft verbundene kollektive Identität ausgebildet habe, und unterstellt, daß dies in bezug auf die EU bzw. die

des Rates, sondern im Gegenteil, weil sie die demokratiewidrige systematische Privilegierung der negativen Integration verschärfen,²⁸ die bereichsweise noch immer geltenden Einstimmigkeitserfordernisse für sekundäre Rechtsetzung zu problematisieren.²⁹

Über etwaige Einsichten in die Schwäche der über den Rat vermittelten demokratischen Legitimation hilft man sich gern damit hinweg, daß an dieser schwachen und lückenhaften Legitimationskette ja nur ein Teil der Legitimationslast hänge, denn schließlich gebe es auch noch die – wenn auch anerkanntermaßen ihrerseits schwächliche und bereichsweise sogar überhaupt nicht vorgesehene³⁰ – Legitimation europäischer Rechtsakte durch das Europäische Parlament. Der Verweis auf die "doppelte" Legitimationsbasis der Gemeinschaft soll hier über die Schwächen jeder einzelnen trösten.³¹ Dabei gerät aber die – an sich

Gesamtheit ihrer Mitgliedstaaten und ihrer Bürger nicht der Fall sei. Die Tatsache, daß diese sich auf die Möglichkeit von Mehrheitsentscheidungen in etlichen Bereichen eingelassen haben, zeigt aber gerade, daß diese Unterstellung nicht mehr generell zutrifft. Eine andere, an Art. 20 II 1 GG anknüpfende Begründung für die These, daß Mehrheitsentscheidungen im Rat den Bürgern der überstimmten Mitgliedstaaten gegenüber demokratisch nicht legitimiert seien, fußt auf der Annahme, die demokratische Legitimation von Entscheidungen der EG setze voraus, daß die jeweilige Entscheidung inhaltlich durch den Willen des deutschen Volkes determiniert wird. Art. 20 II 1 GG wäre danach zu lesen als an das deutsche Volk gerichtetes (konsequenterweise auch auf supranationale Parlamentsentscheidungen zu beziehendes) Verbot, sich überstimmen zu lassen, d.h. als positiv-verfassungsrechtliches Verbot deutscher Beteiligung an demokratischen Formen der Entscheidungsfindung auf höherer als nationaler Ebene. Das ist als Interpretation einer von jeher integrationsoffenen Verfassung ebenso unplausibel wie die dahinterstehende demokratietheoretische Prämisse, daß es Demokratie im eigentlichen Sinne überhaupt nur auf der Ebene des Staates geben könne. Zur Frage der Mehrheitsentscheidungen im Rat im Ergebnis wie hier Cremer EuR 1995, 21 (26f.; 30ff.); Nass (Fn. 2); Dreier (Fn. 2), Art. 20 Rn 43.

²⁸ S.o. Text bei Fn. 15ff.

²⁹ S. auch Griller Journal für Rechtspolitik 1995, 164 (173).

³⁰ S. für die Rechtsetzungskompetenz des Rates allein im Bereich der Gemeinsamen Handelspolitik Art. 133 IV EGV, der Kommission allein in bezug auf öffentliche und monopolartige Unternehmen Art. 86 III EGV.

³¹ Kluth (Fn. 9), 78 (87); Pernice (Fn. 27), Art. 23 Rn 52f.; für eine "stützende Funktion" des europaparlamentarischen Legitimationsstranges im Verhältnis zum mitgliedstaatlichen auch BVerfGE 89, 155 (186); für zentrale Funktion des europaparlamentarischen Legitimationsstrangs dagegen Bieber ZEuS 1999, 141 (144ff.); Zuleeg JZ 1993, 1069 (1071); für die umgekehrte Auffassung, das Europäische Parlament habe überhaupt keine "nennenswerte Legitimationsfunktion" und dabei müsse es auch bleiben, weil die Zuweisung einer "positiven demokratischen Kompetenz" für das Europäische Parlament mangels Zurechenbarkeit der Ausübung dieser Kompetenz zum deutschen Volk mit Art. 79 III GG nicht vereinbar sei. P.M. Huber StWuStP 1992, 349 (356), und

ja unbestrittene – Erkenntnis aus dem Blick, daß der als "Legitimationskette" verbildlichte demokratische Legitimationszusammenhang zwischen Volk und politischen Entscheidungsträgern weder Selbstzweck noch das Transfermedium für einen als präexistent vorgestellten Volkswillen ist, sondern Instrument zur Herstellung einer Verantwortlichkeit,³² die den politischen Entscheidungsträgern Veranlassung geben soll, ihre Entscheidungen an den Interessen der gesamten Wählerschaft auszurichten. Wer diese Prämisse akzeptiert, muß von der Vorstellung Abstand nehmen, es seien, so wie man an zwei schwachen Ketten etwas Schwereres aufhängen kann als an einer, auch die Mängel eines zur Begründung wirksamer demokratischer Verantwortlichkeit nicht geeigneten "Legitimations"strangs als behoben anzusehen, wenn noch ein zweiter, auf andere Weise gleichermaßen defizitärer vorhanden ist.

3. Was folgt aus der Anerkennung des europäischen Demokratiedefizits?

Es liegt also keineswegs bloß ein Mißverständnis vor, wenn eine verbreitete Auffassung in den festgestellten Abweichungen vom Modell der repräsentativen Demokratie ein Demokratie defizit sieht.³³

Mein Insistieren auf der Existenz eines problematischen europäischen Demokratiedefizits hat nicht den Sinn, das Bundesverfassungsgericht dafür zu kritisieren, daß es in seinem Maastricht-Urteil die Schranke des Art. 79 III GG nicht heruntergelassen hat.³⁴ Weshalb ein

ders. Maastricht – ein Staatsstreich?, 1993, 32. Überblick über diesbezügliche Auffassungen in einigen anderen Mitgliedstaaten der EG bei Classen AöR 119 (1994), 238 (246f.).

³² S. statt vieler BVerfGE 89, 155 (182).

³³ S. aus der politikwissenschaftlichen Literatur Graf Kielmansegg Integration und Demokratie, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch (Hrsg.), Europäische Integration, 1996, 47 (51 ff., 54); Kohler-Koch (Fn. 15), 263 f., mwN.; aus staatsrechtlicher Sicht Steinberger VVDStRL 50 (1991), 9 (39f.); Murswiek (Fn. 27), 48 ff.; Schachtschneider/Emmerich-Fritsche/Beyer JZ 1993, 751 (755); Griller Journal für Rechtspolitik 1995, 164 (174 ff.); Böckenförde (Fn. 2), 91 ("demokratische Legitimität ist in der Europäischen Union ein knappes Gut"); Gusy ZfP 1998, 267 (271); besonders dezidiert a.A. Isensee (Fn. 8), 103 (133: demokratische Legitimation der europäischen Institutionen "zu Genüge"); Nass (Fn. 2).

³⁴ BVerfGE 89, 155 (181 ff.); dort auch zur Einschlägigkeit des 79 III GG. Gegen die Annahme, daß aus Art. 79 III GG Anforderungen in bezug auf ein Mindestmaß an Demokratizität supranationaler Einrichtungen folgen, auf die die Bundesrepublik Deutschland Souveränitätsrechte überträgt, Randelzhofer (Fn. 2), 46 ff.; für mittelbare Relevanz des Art. 79 III GG Klein VVDStRL 50 (1991), 56 (69 ff., 71). Zur Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts allg. Götz JZ 1993, 1081 ff.; Frowein

jahrzehntealtes, durch Kompetenzerweiterungen der Gemeinschaft schrittweise verschärftes, andererseits aber vor allem durch Kompetenzerweiterungen des Europäischen Parlaments im Vergleich zum Ausgangszustand schrittweise entschärftes Demokratiedefizit der Gemeinschaft gerade mit dem Maastrichter Vertrag die verfassungsrechtliche Toleranzgrenze überschritten haben sollte, wäre kaum zu begründen gewesen.35 Vor allem aber ist die Europäische Gemeinschaft - und war sie von Anfang an - ja evidenterweise alles andere als eine Diktatur.36 Gegründet wurde sie nicht zur Drosselung der Demokratie, sondern zur Wahrung und Förderung von Frieden und Wohlstand in Europa. Man kann ihr sogar bescheinigen, daß sie unter den gegebenen Restriktionen in bestimmten Hinsichten demokratische Grundsätze konsequenter realisiert als einige ihrer Mitgliedstaaten, darunter auch die Bundesrepublik Deutschland (dazu unter III.2.c). Es handelt sich hier also nicht um den Rückfall in Despotie und Menschenverachtung, gegen den das Grundgesetz die Schranke des Art. 79 III GG errichtet hat, sondern im Gegenteil um eine Institution, die solche Rückfälle mit größerer Wahrscheinlichkeit verhindern wird, als irgendein Verfassungsartikel dies könnte. Zurückhaltung im Gebrauch der verfassungsgerichtlichen Verwerfungskompetenz lag und liegt angesichts dieses präzedenzlosen Projekts deshalb nahe, - auch unabhängig von Überlegungen zu den faktischen Grenzen judizieller Geschichtsgestaltungskapazität.

Worum es mir geht, ist die Wahrung des Problembewußtseins, die volle Anerkennung des bestehenden Defizits in der Demokratiefrage. Dem Bundesverfassungsgericht konnte das bei gleichzeitiger Verwerfungsabstinenz nicht gelingen, weil es sich keine spezielle rechtsdog-

ZaÖRV 1994, 1 ff.; Schwarze NJ 1994, 1 ff.; Streinz EuZW 1994, 329 ff.; Wieland EJIL 5 (1994), 259 ff.

³⁵ S. auch, für den Maastrichter Vertrag als Verbesserung des Zustandes der Demokratie in der Gemeinschaft, *Pernice* DV 1993, 449 (465 ff., 471); *Weiler* JöR N.F. 44 (1996), 91 (110 f.); a.A. – für sukzessive Verschärfung des Demokratiedefizits durch die verschiedenen Vertragsänderungen – *Murswiek* (Fn. 27), 52 f.

³⁶ Auf das hohe Maß an "checks and balances" in der europäischen Institutionenordnung und das ausgebaute europäische Rechtsschutzsystem wird in der Diskussion über das europäische Demokratiedefizit mit Recht immer wieder hingewiesen, s. etwa *Frowein* Constitutionalism in the Face of the Changing Nation State, in: Starck, Constitutionalism, Universalism and Democracy – a comparative analysis, 1999, 53 (63). Diese Züge verbieten es, das europäische politische System als antidemokratisch im Sinne der üblichen totalitären Gegenbilder zur Demokratie zu qualifizieren. Nur bedeutet das eben noch nicht, daß die Lage unter Demokratiegesichtspunkten zufriedenstellend wäre.

matische Figur des judicial restraint nach Art der US-amerikanischen political question doctrine 37 geschaffen hat, die es erlauben würde, Zurückhaltung in der Ausübung seiner Verwerfungskompetenz ohne gleichzeitige Erteilung eines verfassungsgerichtlichen Segens zu üben. 38 Ein solches Tertium zwischen der Verwerfung als verfassungswidrig und der Absegnung als verfassungsgemäß hätte in Angelegenheiten der europäischen Integration, zuletzt des Maastrichter Vertrages, ein Passierenlassen ohne Beschönigungszwang ermöglicht. Wenn statt dessen das Bundesverfassungsgericht und die Literatur, die es bei seiner Entscheidung hinter sich wissen oder im Nachhinein als zustimmend verbuchen konnte, der Europäischen Gemeinschaft unter Berufung auf den Nichtübertragbarkeitsgrundsatz positiv in aller Form ein hinreichendes demokratisches Legitimationsniveau bescheinigen, 39 verleugnen sie das bestehende Problem und tragen damit zu dessen Fortexistenz bei.

Das kann auf die Dauer nicht ohne Rückwirkungen auf die Bedeutung bleiben, die man diesem Prinzip für die innerstaatliche Institutionenordnung zumißt. In der politikwissenschaftlichen Literatur deuten sich gerade bei Autoren, die sich intensiv auch mit Fragen der Demokratie auf europäischer Ebene auseinandergesetzt haben, solche Rückwirkungen bereits darin an, daß output-orientierte Demokratiekonzepte an Boden gewinnen.⁴⁰ Unmittelbare Rückschlüsse von der mit

³⁷ Darstellung und Analyse dieser Doktrin bei *Scharpf* Die Grenzen der richterlichen Verantwortung, 1965; s. auch *Zuck* JZ 1974, 361 ff.; *Engelen* Die "Political Question Doctrine" und ihre Anwendung auf außenpolitische Sachverhalte seit dem Vietnamkonflikt, Diss. Bonn 1984; *Brugger* Einführung in das öffentliche Recht der USA, 1993, 19 ff.

³⁸ Im Hinblick auf dieses Anliegen ist der Vorschlag, richterliche Zurückhaltung auf der Ebene der materiellen Interpretation des Verfassungsrechts zu üben statt durch Anwendung einer political-question-Doktrin (s. *Bryde* Verfassungsentwicklung, 1982, 309 (312), nicht funktional äquivalent. S. für den Vorschlag einer anderen Variante des Durchgehenlassens ohne Reinwaschung, nämlich vorübergehende Akzeptanz unter dem Vorbehalt baldiger Demokratisierungsfortschritte, *Weiler* JöR N.F. 44 (1996), 91 ff.; diese denkbare und mit den Folgeproblemen einer so vermiedenen verfassungsgerichtlichen Verwerfung des Vertragswerks vielleicht auch begründbare Variante war dem Gericht aber wohl praktisch deshalb verschlossen, weil sie das Eingeständnis impliziert hätte, das Problem des europäischen Demokratiedefizits in der Vergangenheit verschlafen zu haben.

³⁹ BVerfGE 89, 155 (182 ff.).

⁴⁰ S. als Beispiele etwa *Mény* The People, the Elites and the Populist Challenge, in: Greven (Fn. 15), 289 ff.; *Majone* Temporal Consistency and Policy Credibility: Why Democracies Need Non-Majoritarian Institutions, EUI Florenz, RSC Working paper no 56/97, 16 ff. u. passim; *ders.* Regulatory Legitimacy, in: ders. (ed.), Regulating Eu-

dem Nichtübertragbarkeitsgrundsatz begründeten Anspruchslosigkeit des Demokratieprinzips in supranationalibus auf die nationale Ebene liegen zwar nicht nahe. Der Nichtübertragbarkeitsgrundsatz besagt ja gerade, daß demokratische Legitimation für eine supranationale Organisation nicht dasselbe bedeuten könne wie innerhalb eines Staates.⁴¹ Das gilt, so wird man interpretieren dürfen, auch in umgekehrter Richtung. Trotzdem hat der Nichtübertragbarkeitsgrundsatz in seiner die europäische Integration betreffenden normativen Verwendung eine auch für die nationale Ebene gefährliche Implikation, nämlich daß die üblichen Anforderungen an die demokratische Legitimation allgemeinverbindlicher Entscheidungsproduktion nur gelten, soweit sie eben für das, was man politisch vorhat, passen. Diese Implikation - die Lehre, daß man einfach den angelegten verfassungsrechtlichen Maßstab verwerfen kann, wenn der Gegenstand, an den er angelegt wird, sich ihm nicht fügen will, - ist der faule Kern des Nichtübertragbarkeitsgrundsatzes.

Wenn das europäische Demokratiedefizit der Ausdruck nicht gegebener Bereitschaft zu politischer Einheitsbildung unter dem Mehrheitsprinzip ist, dann ist, solange sich an dieser Bereitschaftslage nichts wesentliches ändert, die Feststellung, daß die im Staatskontext obligatorischen Mechanismen demokratischer Entscheidungsfindung auf die EG nicht übertragbar sind, als Tatsachenfeststellung unbestreitbar richtig. Die Forderung, die EG solle sich in eine Demokratie nach dem institutionellen Muster demokratischer Staaten transformieren, ist als Kurzfristpostulat unter den gegebenen Umständen irreal, weil der ganze Sinn der EG als supranationaler Gemeinschaft bislang darin besteht, daß bei gegebener Bereitschaft zu partiellem Souveränitätstransfer der Zusammenschluß der Europäer zum Volk einer Demokratie, sei es auch einer mit begrenzten Kompetenzen, gerade nicht gewollt ist.⁴²

rope, 1996, 284 ff.; s. auch, aus rechtswissenschaftlicher Perspektive, die ganz überwiegend output-orientierte Rechtfertigungsstrategie von Nass (Fn. 2). Schachtschneider Regieren für statt durch das Volk?, in: v. Arnim (Hrsg.), Adäquate Institutionen: Voraussetzungen für "gute" und bürgernahe Politik?, 1999, 203 (221) spricht in diesem Zusammenhang von einem "Verfall der Wirkkraft der demokratischen Idee" – ganz zu Recht, wenn man als "demokratische Idee" die Überzeugung versteht, daß nur ein government by the people auch ein government for the people sein kann.

⁴¹ BVerfGE 89, 155 (182).

⁴² S. aber, dies ins Normative wendend, für die Charakterisierung der "Forderung einer Rechtsetzungs-Allzuständigkeit des Europäischen Parlaments" als "gefährliche Sinnverkehrung" *Kluth* (Fn. 9), 95.

Als Argument gegen Visionen und Forderungen künftiger vertiefter Integration – die ja nicht gleichbedeutend wäre mit europäischer Staatsbildung im Sinne der Ausstattung mit einer Kompetenz-Kompetenz, sondern vor allem in vertiefter institutioneller Integration auf den bisherigen Zuständigkeitsfeldern bestehen müßte, ⁴³ – eignet sich diese Feststellung bisheriger Tatsachen allerdings nicht. Was immer gegen die Vision eines auf den vergemeinschafteten Feldern auch wirklich vereinten Europa und gegen konkrete weitere Schritte in diese Richtung sprechen mag – dafür spricht immerhin, daß so, und nur so, das spezifische Demokratiedefizit der EG behoben werden könnte.

Gewarnt wird vor Reformschritten, die den Status des Europäischen Parlaments in Richtung auf ein vollwertiges demokratisches Repräsentationsorgan verschieben, vor allem mit dem Verweis darauf, daß diese Form der Demokratisierung an der Nichtexistenz eines europäischen Volkes scheitern müsse.⁴⁴ Legt man einen nüchternen Volksbegriff zugrunde, ist aber nicht die Volkwerdung der Europäer Voraussetzung für die Demokratisierbarkeit Europas, sondern eher umgekehrt am Grad

⁴³ Zutreffend Griller Journal für Rechtspolitik 1995, 164 (178). Diskussionen über die Zukunft Europas leiden häufig daran, daß ganz unterschiedliche Dimensionen erweiterter oder vertiefter Integration nicht deutlich unterschieden werden: Erweiterung im Sinne einer Integration neuer Mitglieder, Kompetenzerweiterung im Sinne eines Ausbaus der primärrechtlichen Zuständigkeiten, Vertiefung im Sinne eines Ausbaus des acquis communautaire auf der Basis gegebener Zuständigkeiten, und institutionelle Vertiefung im Sinne der Institutionalisierung von Prinzipien der Entscheidungsproduktion, die zum Ausdruck bringen, daß die Entscheidungen nicht als Entscheidungen bloßer Verhandlungspartner und auch nicht als Entscheidungen einer aus Staaten, sondern als Entscheidungen einer aus Bürgern konstituierten Einheit begriffen werden. Nur von dieser letzteren Variante ist im Text die Rede.

⁴⁴ Böckenförde (Fn. 2), 92 ff.; Dreier (Fn. 2), Art. 20 Rn 38; Graf Kielmansegg (Fn. 33), 54 ff.; Grimm JZ 1995, 581 (589 f.); Kokott AöR 119 (1994), 207 (214); s. außerdem für Autoren, für die Demokratie sich als nicht vom Staatsvolk ablösbar darstellt, weil sie auf der Unauflöslichkeit des Zusammenhangs von Staat und Demokratie bestehen, oben Text bei Fn. 24; für erfolgte "faktische politische Integration" als Voraussetzung der Legitimität parlamentarischer Mehrheitsherrschaft Scharpf StWuStP 1992, 293 (296 f.); Höreth (Fn. 19), 257 ff.; vgl. auch die N. in Fn. 15; a.A. Steinberger VVDStRL 50 (1991), 9 (23); Oeter ZaöRV 55/2 (1995), 659 (691, unter Hinweis darauf, daß historisch "die meisten Nationen Europas Folgeprodukte der gemeinsamen Staatlichkeit ... und nicht präexistente Voraussetzungen des auf ihrer Grundlage errichteten nationalen Staates" gewesen seien); ähnlich Grewe Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, in: Drexl u. a. (Hrsg.), Europäische Demokratie, 1999, 59 (61 ff., 63); Brock Verweltlichung der Demokratie. Aus der Verflechtungs- in die Entgrenzungsfalle, in: Greven (Fn. 15), 39 (46); ausführliche Kritik der "Kein-demos-These" bei Weiler JöR N.F. 44 (1996), 91 ff.

der Demokratisierung Europas ablesbar, inwieweit von der Existenz eines europäischen Volkes die Rede sein kann. Die Nichtexistenz eines europäischen demos ist dann gleichbedeutend mit fehlender Bereitschaft zur Integration in ein staatsanalog demokratisiertes Europa, d.h. sie ist der Ausdruck, das Wesen des europäischen Demokratieproblems und nicht ein von der Existenz dieses Problems begrifflich trennbares Hindernis seiner Lösung.⁴⁵

Was schließlich das als Hindernis für Kompetenzerweiterungen des Europäischen Parlaments angeführte Fehlen einer europäischen Öffentlichkeit angeht, die doch Voraussetzung wirklicher Demokratisierung sei, 46 spricht nicht zuletzt die deutliche Europäisierung der Medienberichterstattung seit dem Inkrafttreten des Vertrages von Amsterdam dafür, daß das Verhältnis von Voraussetzung und Folge ein anderes ist als bei dieser Argumentation unterstellt.47

Aus der Anerkennung des europäischen Demokratiedefizits folgt vor allem, daß weitere Reformen in Richtung auf den Ausbau des Europäischen Parlaments zu einem vollwertigen demokratischen Repräsentationsorgan zu fordern sind. Realistischerweise wird man solche Verbesserungen aber nur schrittweise erwarten können. 48 Umso mehr muß gerade die EG bemüht sein, diejenigen Möglichkeiten der Demokratisierung ihrer Entscheidungsprozesse auszuschöpfen, deren Realisierung nicht durch die Besonderheiten der EG als supranationaler Organisation erschwert ist. Von solchen Möglichkeiten wird im weiteren Verlauf noch die Rede sein (s. unter III. 2).

⁴⁵ Ebenso wohl Fischer-Appelt (Fn. 27), 189 Fn. 17, mit der Bezeichnung des kein-demos-Arguments als "zirkulär".

⁴⁶ Dazu vor allem *Grimm JZ* 1995, 581 (587ff.); *Grande Leviathan* 24 (1994), 339 (350f.).

⁴⁷ Eher für die Annahme, daß die Entstehung einer europäischen Öffentlichkeit gerade als Konsequenz einer Stärkung des Europäischen Parlaments zu erwarten sei, auch Kluth (Fn. 9), 65; Pernice DV 1993, 449 (480); Classen AöR 119 (1994), 238 (257); Steinberg ZRP 1999, 365 (369); für den Hinweis darauf, daß auch die nationalen Öffentlichkeiten nur als relativ zersplitterte exisitieren, Grewe (Fn. 44), 64f. Zum Thema auch Häberle Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?, 2000, 24ff.

⁴⁸ Dabei stößt zwangsläufig der Abbau der erheblichen Ungleichheiten in der europaparlamentarischen Repräsentation der Bürger großer und kleiner Mitgliedstaaten (dazu Steffani Das Demokratie-Dilemma der Europäischen Union, in: Steffani/Thaysen (Hrsg.), Demokratie in Europa: Zur Rolle der Parlamente, 1995, 33 (38 ff.)) auf noch größere Schwierigkeiten als die funktionelle Stärkung des Europäischen Parlaments.

III. Nicht-spezifische Demokratiedefizite

- 1. Worin besteht das Problem?
- Abnehmende Legitimationsleistung der repräsentativen Demokratie als Folge von Aufgabenkomplexität und gesellschaftlicher Differenzierung

In der rechts- und politikwissenschaftlichen Diskussion über das Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft wird wenig Aufmerksamkeit den zunehmenden Legitimationsschwierigkeiten gewidmet, die die EG und ihre Mitgliedstaaten gemeinsam haben. Die verbreitete Wahrnehmung der politischen Steuerungszentren als entfernte und in ihrer Funktionsweise nicht durchschaubare Apparate, Politikverdrossenheit, Geringschätzung der offerierten Chancen politischer Mitbestimmung, tendenziell sinkende Wahlbeteiligung, – all das sind Problemdiagnosen, die nicht nur der EG gestellt werden, sondern mit kleinen Akzentverschiebungen auch den mitgliedstaatlichen Demokratien.

Dabei spielt, was die nationale Ebene angeht, sicher eine wichtige Rolle, daß die transnationale Integration der Wirtschaft und die ihr nachhinkende Inter- und Supranationalisierung der Politik den nationalen Demokratien viel an autonomer Steuerungsfähigkeit entzogen haben, ohne daß der Bürger für seine dadurch auf nationaler Ebene verkürzten Einflußchancen auf inter- oder supranationaler Ebene gleichwertig entschädigt worden wäre. Das nationale Demokratieproblem erscheint so zumindest partiell als eine mittelbare Konsequenz des spezifisch europäischen.

Man muß aber nur eigene politische Unzufriedenheiten analysieren, um zu erkennen, daß die diagnostizierten Probleme in den Mitgliedstaaten wie auch auf der Ebene der EG nicht allein aus den spezifisch internationalisierungsbedingten Demokratiedefiziten hervorgehen. Der zentrale allgemeine Problemfaktor ist die Unmöglichkeit, mit der Wählerstimme, die man von Zeit zu Zeit abgeben darf, die jeweils eigenen politischen Präferenzpakete angemessen zu transportieren.

Daß die Parteien, denen die Funktion des Aggregierens und der Vermittlung individueller Präferenzentscheidungen zugedacht ist, diese Funktion heute weniger zufriedenstellend erfüllen als früher, liegt nicht

⁴⁹ Grande Leviathan 24 (1996), 339 (340f. u. passim); Streeck Einleitung, in: ders. (Hrsg.), Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie?, 1998, 11 (dort S. 37 u. passim insbesondere zur internationalisierungsbedingt abnehmenden Verpflichtungsfähigkeit nationaler Demokratien); Scharpf Demokratie in der transnationalen Politik, ebd 151 ff.

an abnehmender sachlicher oder moralischer Kompetenz der Politiker. sondern daran, daß die Aufgabe schwieriger geworden und zufriedenstellend überhaupt nicht mehr erfüllbar ist. Dies hat vor allem zwei Gründe: einerseits die Zunahme der Menge und Komplexität dessen. was politisch entschieden werden muß, und andererseits der gleichzeitige Schwund an Bindungsfaktoren - stabile Klassen- und Milieuzugehörigkeiten. Konfessionszugehörigkeiten oder weltanschauungsprägende Zentralanliegen wie bis 1990 die Haltung zum Kommunismus und die damit zusammenhängende Bindekraft des links-rechts-Schemas. - die in der Vergangenheit eine gleichsinnige Bündelung individueller Entscheidungspräferenzen zu wenigen Alternativpaketen ermöglicht haben. Kurz: Zunehmende Aufgabenkomplexität der Politik⁵⁰ und zunehmende gesellschaftliche Differenzierung⁵¹ haben zu einer Individualisierung der politischen Präferenzpakete geführt, die in parteipolitischen Programmpaketen nicht mehr adäquat abbildbar ist. Hohe Kongruenzgrade zwischen den Wählerpräferenzen und der Gesamtheit der politischen Entscheidungen gewählter Parlamente und Regierungen werden damit immer unwahrscheinlicher.52 Für den Bürger bedeutet die gestiegene Unwahrscheinlichkeit einer Politik, die seinem individuellen Präferenzenmix entspricht, und die Unmöglichkeit, mit seiner einen Wählerstimme auch nur mitzuteilen, was er eigentlich will, zunächst einmal vermehrte politische Frustration.53 Und für die politischen Entscheidungsträger bedeutet insbesondere die Tatsache, daß sie über unendlich viel mehr und Komplizierteres, durch keinen Sinnzusammenhang Integriertes zu entscheiden haben, als jeder einzelne ihrer Wähler jemals zu evaluieren, geschweige denn mit seiner einen Wählerstimme zu sanktionieren in der Lage sein wird, eine Verdünnung ihrer

⁵⁰ Zu dieser Entwicklung zahlreiche Beiträge in Grimm, Staatsaufgaben, 1996; s. auch, zum "Demokratieverlust durch Komplexität", *Hendler* Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, 347.

⁵¹ Dazu Schimank Theorien gesellschaftlicher Differenzierung, 1996.

⁵² Dieser Zusammenhang und seine Bedeutung für die legitimatorische Leistungsfähigkeit der repräsentativen Demokratie werden selten deutlich gesehen und explizit behandelt. Eine Ausnahme bildet die ökonomische Literatur, s. *Kruse* Demokratiedefizite und Funktionsmängel in der Politik, in: ders./Mayer (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik, 1996, 9 (16ff.); *Schweinsberg* Demokratiereform, Diss. Freiburg (Schweiz) 1998, 36f.

⁵³ Zugleich mindert die Kombination von Aufgabenfülle der Politik und differenzierungsbedingter Individualisierung zwangsläufig auch die Bereitschaft, sich in politischen Parteien für das Schnüren und den Transport von Präferenzpaketen zu engagieren, die weder dem jeweils eigenen im wesentlichen entsprechen, noch eine Chance auf breite Repräsentativität für die Präferenzpakete anderer haben.

politischen Verantwortlichkeit, die gleichbedeutend ist mit Verdünnung der demokratischen Legitimation für jede einzelne der zu treffenden Entscheidungen.

b) Problemverschärfende Konsequenz: Der Externalisierungstrend

Das schon angesprochene Aufgabenwachstum der Politik hat noch einen weiteren problemverschärfenden Aspekt. Die Menge und Komplexität des Regelungs- und Entscheidungsbedürftigen ist weit über die Entscheidungs- und Verantwortungskapazitäten der zu politischer Entscheidung primär legitimierten Instanzen hinaus angewachsen. Das politische System reagiert darauf mit entweder formeller oder informeller Delegation von Entscheidungskompetenzen an mehr oder weniger verselbständigte öffentliche Einrichtungen oder sogar an Private, d.h. mit weiterer Diffusion der Verantwortungszusammenhänge. Aus den mitgliedstaatlichen Zusammenhängen ist diese Entwicklungstendenz allgemein bekannt. Ausgeprägt zeigt sie sich aber auch auf der Ebene der EG.⁵⁴

Da sind zunächst die Aufgabenverlagerungen im Rahmen des europäischen Ausschußwesens.⁵⁵ Hier muß allerdings differenziert werden:

⁵⁴ Als zumindest juristisch vergleichsweise unbedenklich, weil immerhin primärrechtlich eingefangen, erscheint die ausgiebige Delegation von Rechtsetzungsmacht an die Kommission. Die Mehrzahl der Richtlinien und Verordnungen wird heute nicht vom Rat, gegebenenfalls im Zusammenspiel mit dem Parlament, sondern von der Kommission erlassen. Vereinzelt handelt es sich dabei um die Ausübung von Rechtsetzungskompetenzen, die unmittelbar durch den EG-Vertrag der Kommission zugewiesen sind, also um eine nicht delegierte, sondern originäre Kommissionskompetenz (s. Art. 86 III EGV), ganz überwiegend aber um die Ausübung von Durchführungsbefugnissen, die nach Art. 202 (3. Spiegelstrich, s. auch Art. 211 4. Spiegelstrich) EGV durch Verordnung oder Richtlinie des Rates an die Kommission übertragen worden sind. Sieht man von der weniger restriktiven Fassung der EG-verfassungsrechtlichen Delegationsermächtigung und der schwächeren Legitimationsbasis sowohl der delegierenden Rechtsakte als auch des Delegatars ab, ist dies die Parallelinstitution zur aus dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten bekannten Verordnungsermächtigung, nur daß der EG-Vertrag, anders als das nationale Verfassungsrecht, die delegierenden Rechtsakte von den in Ausübung der delegierten Kompetenz erlassenen dem Namen nach nicht unterscheidet.

⁵⁵ S. dazu Falke Komitologie – Entwicklung, Rechtsgrundlagen und erste empirische Annäherung, in: Joerges/Falke, Das Ausschußwesen der Europäischen Union, 2000, 43 ff.; Neyer Justifying Comitology: The Promise of Deliberation, in: Neunreither/Wiener (Hrsg.), European Integration After Amsterdam, 2000, 112 ff.; Dehousse Citizens' Rights and the Reform of Comitology Procedures. The Case for a Pluralist Approach, Florenz (European University Institute, RSC Policy Paper 98/4), 1998; Bradley ELJ 1997, 230 ff.; Vos ELJ 1997, 210 ff.; Dogan West European Politics 1997, 31 ff.; Joerges/Neyer ELJ 1997, 273 ff.; Blumann RDTE 1996, 1 ff.

Die sogenannte Komitologie im engeren Sinne, d.h. das in zahlreichen Richtlinien und Verordnungen in Verbindung mit dem sogenannten Komitologie-Beschluß⁵⁶ vorgesehene Verfahren der Beteiligung mitgliedstaatlich besetzter Ausschüsse an Durchführungsrechtsakten der Kommission, gehört nicht uneingeschränkt in diesen Zusammenhang. Mit der Verpflichtung der Kommission, das Votum mitgliedstaatlich besetzter Ausschüsse einzuholen, und der Wiedereinschaltung des Rates, die in einigen Komitologie-Verfahrensvarianten für den Fall eines Dissenses zwischen Kommission und Ausschuß vorgesehen ist, sichern die im Rat vertretenen Mitgliedstaaten sich dort, wo sie Durchführungsbefugnisse auf die Kommission übertragen haben. Einfluß auf die Ausübung dieser übertragenen Befugnisse. Das Komitologieverfahren im engeren Sinn hat also jedenfalls seiner Genese nach nicht die Funktion, die Kommission von kapazitätsübersteigender Aufgabenkomplexität zu entlasten. sondern dient dazu, sie an der mitgliedstaatlichen Leine zu halten. Bei der vielbeklagten Undurchschaubarkeit und Verantwortungsferne des Komitologieverfahrens handelt es sich demnach primär um ein EG-spezifisches Demokratieproblem, das, wie alle spezifischen Demokratieprobleme der EG, auf begrenztem Einheitswillen und dementsprechend begrenzter Bereitschaft zur Abgabe mitgliedstaatlichen Einflusses beruht.

Schon eher um eine Erscheinungsform der unspezifischen Tendenz zur formellen oder informellen Entscheidungsauslagerung, die für die EG gleichermaßen wie für ihre Mitgliedstaaten aus tendenzieller Überforderung der verfassungsrechtlich vorgesehenen Entscheidungsträger resultiert, handelt es sich dagegen bei der verbreiteten Einschaltung technisch-wissenschaftlicher Ausschüsse⁵⁷, die beträchtlichen faktischen Einfluß auf die Entscheidungstätigkeit der Kommission ausüben.⁵⁸

Auf eine faktische Delegation von Normsetzungskompetenzen läuft die Art und Weise hinaus, in der, eher noch weitergehend als das natio-

⁵⁶ Zunächst: Beschluß vom 13. Juli 1987 zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse (87/373/EWG), ABI.EG 1987 Nr. L 197/33; novelliert durch Beschluß vom 28. Juni 1999 zur Festlegung der Modalitäten der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse (1999/448/EG), ABI.EG 1999 Nr. L 184/23; zu dieser neuen Fassung des Beschlusses *Hauschild* ZG 1999, 248 ff.

⁵⁷ Überblick bei Falke (Fn. 55), 108ff.

⁵⁸ S. aber für die Einschätzung, daß diese beratenden Ausschüsse fast durchweg auch faktisch *nicht* die Funktion von "Herrschaftsagenturen" haben, *Winter* Drei Arten gemeinschaftlicher Rechtsetzung und ihre Legitimation, in: Brüggemeier (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, 1994, 45 (49).

nale Recht, auch das EG-Recht sich die Ergebnisse privatverbandlicher Normung zu eigen macht. Mit der 1985 beschlossenen sogenannten "Neuen Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung"59 sind der privaten Regelsetzung durch die Normungsverbände wesentliche Aufgaben im Rahmen der Schaffung des europäischen Binnenmarktes zugewiesen worden. Die Harmonisierung produktbezogener Vorschriften, die erforderlich ist, um die gemeinschaftsweite Verkehrsfähigkeit von Produkten zu sichern, erfolgt danach, weil dies das gemeinschaftliche System der Rechtsetzung überfordern würde, nicht unmittelbar durch Gemeinschaftsrecht; das Richtlinien- und Verordnungsrecht beschränkt sich vielmehr im Wesentlichen auf generalklauselartige Anforderungen, während die Konkretisierung dieser Anforderungen den europäischen Normungsverbänden, insbesondere dem CEN, übertragen wird. Entspricht ein Produkt den Anforderungen einer von diesen Verbänden aufgestellten Norm, so begründet dies die Vermutung, daß das Produkt auch den Anforderungen der Richtlinie entspricht, die die Norm zu konkretisieren beansprucht, und dementsprechend im Binnenmarkt verkehrsfähig ist. 60 Die Normtexte werden nicht amtlich veröffentlicht; der Interessent muß sie - teuer - käuflich erwerben.61

Erhebliche Bedeutung hat auch die Verlagerung administrativer Aufgaben auf verselbständigte Verwaltungsträger. Für die Ebene der EG ist hier auf die wachsende Zahl der sogenannten Agenturen (von engl.: agency) zu verweisen. 62 Es handelt sich hier um Behörden, die mit eige-

⁵⁹ Entschließung des Rates über eine Neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung vom 7.5. 1985, ABI.EG 1985 Nr. C 136/1.

⁶⁰ Zur europäischen Normung allg. und zu ihrer Nutzung für die Binnenmarktpolitik der EG im Rahmen der "Neuen Konzeption" Rönck Technische Normen als Gestaltungsmittel des Europäischen Gemeinschaftsrechts, 1985; Bericht des Ausschusses für Bildung, Wissenschaft, Forschung, Technologie und Technikfolgenabschätzung, BTDrucks. 13/6450; Roβnagel DVBI. 1996, 1181 ff.; Di Fabio Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung, 1996, 1 ff.; Schulte Materielle Regelungen: Umweltnormung, in: Rengeling Handbuch zum deutschen und europäischen Umweltrecht, Bd.1, 1998, 449 ff.; Zubke-von Thünen Technische Normung in Europa, 1999, 630 ff.; Feldhaus Umweltschutz und technische Normung, in: Jahrbuch des Umwelt und Technikrechts 2000, 2000, 169 (183 ff.); Holle Verfassungsrechtliche Anforderungen an Normierungskonzepte im Lebensmittelrecht, 2000, 80 ff.; zur Einordnung als "faktische Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen" Roßnagel ebd 1181; Schulte ebd 477 ff.

⁶¹ Näher Rönck (Fn. 60), 269f.; krit. dazu Führ ZUR 1993, 99 (101).

⁶² Ausführliche Darstellung bei *Fischer-Appelt* (Fn. 27). Geplant ist gegenwärtig die Einrichtung einer Lebensmittelagentur, s. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch zur Lebensmittelsicherheit, vom 12. Januar 2000, KOM(1999) 719

ner Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind und ihre Aufgaben in sehr weitgehender Unabhängigkeit erfüllen. Für keine der bisherigen EG-Agenturen existiert eine Fachaufsicht⁶³, und teilweise fehlt auch ein Instrumentarium, das als rechtsaufsichtlich gekennzeichnet werden könnte, so daß die Steuerungsmöglichkeiten sich - abgesehen von bestehenden Rechtsschutzmöglichkeiten Betroffener - teilweise auf Entscheidungen über Leitungspersonal und Budget beschränken.⁶⁴ Die Großzügigkeit, mit der die in der Europarechtswissenschaft herrschende Auffassung die Gründung solcher im EG-Vertrag nicht vorgesehenen selbständigen Träger von EG-Hoheitsrechten und deren ungewöhnliches Ausmaß an Unabhängigkeit billigt,65 ist ebenso bemerkenswert wie die Tatsache, daß die Schwäche der ohnehin ia schon kaum belastbaren demokratischen "Legitimationsketten", mit denen man es hier zu tun hat,66 von den im nationalen Zusammenhang diesbezüglich so sensiblen Teilen der Staatsrechtslehre nicht problematisiert zu werden pflegt. Im Vergleich zu allem, was auf der Ebene der EG hinsichtlich der Qualität der Legitimationsketten sonst noch großer Nachsicht bedarf, ist dies freilich auch nur eine Kleinigkeit.

Zu erwähnen ist schließlich die Sitte, Förderprogramme, mit denen öffentliche Gelder bis in Milliardenhöhe vergeben werden, von Privaten verwalten zu lassen. ⁶⁷ Zwei Beispiele dafür, die MED-Programme für die dezentralisierte Zusammenarbeit mit den Mittelmeerländern und das Berufsbildungsprogramm Leonardo da Vinci, sind detailliert geschildert in dem Bericht des Ausschusses unabhängiger Sachverständiger, der im vergangenen Jahr zum Rücktritt der Kommission geführt

endg., Kap. 4. Ein konkreter Vorschlag dazu wird für den Herbst erwartet, s. Europäischer Rat (Santa Maria da Feira) 19. und 20. Juni 2000, Schlußfolgerungen des Vorsitzes (http://www.europarl.eu.int/summits/feil_de.htm), Rn 45.

⁶³ Fischer-Appelt (Fn. 27), 263.

⁶⁴ S. Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Weißbuch zur Lebensmittelsicherheit, vom 12. Januar 2000, KOM(1999) 719 endg., Kap. 4.

⁶⁵ Fischer-Appelt (Fn. 27), 78 ff. u. passim; Hilf Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften, 1982, 303 ff.

⁶⁶ Über die Frage, ob der partiellen Abkoppelung vom "kettenförmigen" Legitimationszusammenhang hier legitimitätsstiftende Faktoren anderer Art gegenüberstehen (zu dieser Möglichkeit allg. noch unter III.2.e), ist damit nichts gesagt.

⁶⁷ Zu dieser Praxis und ihren Ursachen – außerordentliche Zunahme des Fördermittelbudgets bei gleichzeitiger Verweigerung des erforderlichen Personalzuwachses der Kommission s. Ausschuß unabhängiger Sachverständiger, Erster Bericht über Anschuldigungen betreffend Betrug, Mißmanagement und Nepotismus in der Europäischen Kommission, 15. März 1999, http://www.europarl.eu.int/experts/de/report1_de.htm, Abschnitt 5.8.2.; s. auch Mestmäcker Wandlungen in der Verfaßtheit der Europäischen Gemeinschaft, Bielefelder Universitätsgespräche und Vorträge Heft 8, 2000, 24ff.

hat.68 Die Verordnung, mit der das Programm für die Zusammenarbeit mit Drittstaaten im Mittelmeerraum aufgelegt worden war, hatte die Verwaltung der bereitgestellten Mittel der Kommission übertragen. Die Kommission verlagerte, ohne Ausschreibung, die Wahrnehmung dieser Aufgabe im Wesentlichen auf eine von verschiedenen Firmen extra zu diesem Zweck gegründete sogenannte "Agentur für die Transmediterrannetze", eine privatrechtliche Gesellschaft nach belgischem Recht, die ihrerseits wiederum die technische Überwachung auf verschiedene, in der üblichen Weise als "Büros für technische Hilfe" bezeichnete private Einrichtungen übertrug – darunter Privatunternehmen, die die Kommission zuvor bei der Ausarbeitung der Programme beraten hatten. Das mit 650 Mio. ECU ausgestattete Berufsbildungsförderprogramm "Leonardo da Vinci" beruhte auf einer Ratsentscheidung.⁶⁹ Die Verwaltung dieses Programms wurde - immerhin auf der Grundlage einer Ausschreibung - in allem sachlich Wesentlichen an eine französische Gesellschaft als "Büro für technische Hilfe" vergeben. Die systematischen groben Unregelmäßigkeiten bis hin zu strafrechtlich relevanten Vorgängen, zu denen es in beiden Fällen kam, haben den Ausschuß veranlaßt, die bisherige Form der Programmabwicklung durch Private grundsätzlich in Frage zu stellen. Die auf einen Anschein des Öffentlichen ("Agentur") oder der Subalternität im Verhältnis zum öffentlichen Programmträger ("Büro") zielende Wortwahl in den Bezeichnungen der Auftragnehmer deutet darauf hin, daß auch der Kommission selbst die Problematik solcher Konstruktionen durchaus bewußt war. Gegenwärtig denkt man bei der Kommission darüber nach, die Verwaltung der Förderprogramme künftig auf besondere, jeweils verordnungsbasiert zu gründende Einrichtungen - sogenannte Exekutivagenturen zu übertragen; die Inanspruchnahme privater "Büros für technische Hilfe" soll damit aber nicht ganz überflüssig werden.⁷⁰

⁶⁸ S. Ausschuß unabhängiger Sachverständiger (Fn. 67), Abschnitte 3. und 5.; krit. dazu Mestmäcker (Fn. 67), 27.

⁶⁹ Beschluß des Rates vom 6. Dezember 1994 über ein Aktionsprogramm zur Durchführung einer Berufsbildungspolitik der Europäischen Gemeinschaft (94/819/EG), ABl.EG 1994 Nr. L 340/8; zur Frage der erforderlichen Rechtsgrundlagen für europäische Subventionsvergaben Rodi Die Subventionsrechtsordnung, 2000, 448 ff.; insbesondere zum Erfordernis eines "Basisrechtsakts" für Ausgaben bei allen "bedeutende(n) Gemeinschaftsaktionen" EuGH, Rs. C-106/96, Vereinigtes Königreich/Kommission, Slg. 1998 I, 2729 (2755 f.).

⁷⁰ Planungs- und Koordinierungsgruppe Externalisierung, Externalisierung der Verwaltung der Gemeinschaftsprogramme, Mai 2000, http://www.europa.eu.int/comm/reform/implementing/exter052000_de_.pdf, Abschnitte 4.1.1 bis 4.1.3.

Es ist abzusehen, daß sich der Trend zur Verlagerung von Aufgaben auf primärrechtlich nicht vorgesehene Träger im Zusammenhang mit der Osterweiterung der EU noch erheblich verstärken wird, weil hier enorme zusätzliche Aufgaben auf die Kommission zukommen, die Mitgliedstaaten aber zu einer dem entsprechenden Aufstockung des Personalbestandes nicht bereit sind.⁷¹ Im Weißbuch zur Reform der Kommission ist denn auch "Externalisierung" ein Hauptthema.⁷²

Auf die vielen verfassungsrechtlichen und rechtspolitischen Fragen. die dieser Trend zur Externalisierung - und auf der Ebene der EG insbesondere der Trend zur Externalisierung der Subventionsverwaltung – aufwirft, kann ich im folgenden nicht systematisch eingehen. Ich möchte nur darauf hinweisen, daß das positive Verfassungsrecht hier auf europäischer wie auf nationaler Ebene erstaunlich weit hinter den praktischen Entwicklungen herhinkt. In welcher Weise und unter welchen Voraussetzungen darf der Staat sich Ergebnisse privater Normsetzung zu eigen machen? Unter welchen formellen und materiellen Voraussetzungen dürfen Verwaltungsträger und Behörden über die in der Verfassung vorgesehenen hinaus institutionalisiert und aus der allgemeinen Hierarchie ganz oder teilweise ausgegliedert werden? Unter welchen formellen und materiellen Voraussetzungen und in welchen Formen können öffentliche Aufgaben auf Private übertragen werden? Bedarf die Vergabe von Subventionen einer gesetzlichen Grundlage, die den Zweck und die Voraussetzungen der Mittelvergabe regelt und bestimmt, wie die Erfüllung des Zwecks und die Einhaltung der Vergabebedingungen zu kontrollieren sind? Alle diese Fragen werden, obwohl sie doch für die Wahrung des demokratischen Legitimationszusammenhangs heute von zentraler Bedeutung sind, in unseren auf die Probleme des neunzehnten Jahrhunderts fixierten Verfassungen nicht oder allenfalls vereinzelt und punktuell explizit beantwortet. Wir haben es hier

⁷¹ Zum Aufgabenzuwachs der Kommission bereits in der Vergangenheit, insbesondere durch den immensen Anstieg der zu verwaltenden Mittel, s.: Strategische Fragen der Reform. Mitteilung von Herrn Kinnock an die Kommission, SEC(1999), 1917/2, 15. November 1999, CG3(1999), 7/6, 2f.

⁷² Die Reform der Kommission. Ein Weißbuch, vom 5.4.2000, KOM(2000) endg./2, Teil I, 11 ff., Teil II, 19 ff. (jeweils: "Ausarbeitung einer Externalisierungspolitik"); unter "Externalisierung" wird dabei verstanden "die Übertragung von Zuständigkeiten innerhalb der Gemeinschaftsinstitutionen, die Dezentralisierung mit Delegierung von Aufgaben an nationale Behörden und die Vergabe von Aufträgen an private Stellen", ebd, Teil I, 11. Zu den primärrechtlichen Möglichkeiten und Grenzen Schindler Delegation von Zuständigkeiten in der Europäischen Gemeinschaft, 1972; Lenaerts ELR 18 (1993), 23 ff.; Schulte (Fn. 60), 482 ff., jew. mwN.

mit einem der EG und ihren Mitgliedstaaten gemeinsamen verfassungsrechtlichen Regelungsdefizit zu tun.

2. Entschärfungsoptionen

Mit der Behebung des verfassungsrechtlichen Regelungsdefizits in Externalisierungsfragen wäre allerdings noch wenig gewonnen für die Bewältigung der tieferliegenden Legitimationsprobleme, die in der oben beschriebenen Weise durch die Kombination von gesellschaftlicher Differenzierung und Aufgabenfülle der Politik bedingt sind. Wie kann auf diese Legitimationsprobleme sinnvoll reagiert, wie können angesichts abnehmender Funktionstüchtigkeit klassischer demokratischer Legitimationsmechanismen diese Mechanismen entweder kompensatorisch gestärkt oder auch ergänzt werden?

Da wir es diesmal nicht mit EG- oder mitgliedstaatenspezifischen Problemen zu tun haben, sondern mit Problemen, die hier wie dort vorhanden sind und auf identischen Ursachen beruhen, sind mögliche Ansätze zur Problemlösung hier mit größerer Wahrscheinlichkeit auch faktisch von einer Ebene auf die andere übertragbar. EG und Mitgliedstaaten können hier also voneinander lernen.⁷³ Und da die Probleme nicht irgendeine randständige Administrativmaterie, sondern die Genese demokratischer Legitimation und damit ein Zentralthema des Verfassungsrechts betreffen, gehören Lösungen dafür, soweit sie sich im staatlich- bzw. supranational-Institutionellen bewegen,⁷⁴ zumindest in ihren Grundzügen nicht nur in die Lehrbücher der Politikwissenschaft und des Verfassungsrechts, sondern in die Verfassungen selbst.

a) Konsequentere Subsidiaritätspolitik

Zunächst liegt der Versuch nahe, an der problemverursachenden Ausgangslage zu ändern, was zu ändern ist. Eine Umkehrung der

⁷³ Zu den Wechselwirkungen zwischen europäischer und mitgliedstaatlichen Verfassungen allg. Schwarze Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, in: ders. (Hrsg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 463 ff.; ders. EuR Beiheft 1/2000, 7 ff.

Nur davon soll im folgenden die Rede sein. Mögliche Reaktionen außerhalb des unmittelbar staatlich- bzw. gemeinschaftlich-Institutionellen wie z.B. Anpassungen in der Organisation und Arbeitsweise der Parteien, etwa in der Weise, daß diese auf die infolge der geschilderten Probleme abnehmende Attraktivität traditioneller Parteiarbeit ganz folgerichtig mit einer Öffnung für enger themen- und problemzentrierte Formen des Engagements reagieren, bleiben hier also außer Betracht, obwohl auch sie natürlich wichtig sind.

gesellschaftlichen Differenzierungsprozesse, auf denen die Individualisierung unserer politischen Präferenzpakete beruht, ist weder wahrscheinlich noch wünschenswert. Daß den europäischen Demokratien fundamentale gesellschaftliche Spaltungen erspart bleiben, an denen sich neue, individualisierungsüberlagernde politische Großideologien herausbilden könnten, ist zu hoffen.

Die Fülle des hoheitlich Entscheidungsbedürftigen ist dagegen durch konsequentere Anwendung des Subsidiaritätsgrundsatzes wenigstens ein Stück weit reduzierbar. Auf der Ebene der EG, die diesen Grundsatz ja explizit als einen Grundsatz ihres Verfassungsrechts verankert hat,75 wäre in allererster Linie die Finanzpolitik, die den Finnen EG-geförderte Pferdesaunen,76 den Ostfriesen EG-geförderte Wetterschutzhäuschen an ihrem Radwegenetz77 und den Spaniern EG-geförderte Reithallen (oder, wenn pfiffig zweckentfremdet wird, ein EG-gefördertes Bordell)78 beschert, unter das Subsidiaritätsmesser zu legen – mit beträchtlichen Entlastungswirkungen für die Kommission und entsprechend verringertem Druck auf die weitere Externalisierung von Aufgaben.79 Bei aller Notwendigkeit von Reformen in diese Richtung sind die

⁷⁵ Art. 5 EGV (s. auch Art. 2 EUV); zu diesem Grundsatz und den Schwierigkeiten seiner praktischen Effektivierung s. aus der unüberschaubaren Literaturfülle Grimm KritV 1994, 6ff.; Gutknecht Das Subsidiaritätsprinzip als Grundsatz des Europarechts, in: FS Schambeck, 1994, 921 ff.; Pieper Subsidiarität, 1994, 248 ff.; Hrbek (Hrsg.), Die Anwendung des Subsidiaritätsprinzips in der europäischen Union – Erfahrungen und Perspektiven, 1995; Calliess Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, 2. Aufl. 1999; Hertel Formen des Föderalismus. Die Beispiele der USA, Deutschlands und Europas, in: Graf Vitzthum (Hrsg.), Europäischer Föderalismus, 2000, 13 (24f.). Entgegen verbreiteter Auffassung – s. statt vieler Steindorff ZHR 163 (1999), 395 (430 ff.) – hat der Subsidiaritätsgrundsatz als flexible Kompetenzzuweisungsnorm zu der Frage, ob Entscheidungen, für die eine Kompetenz der EG durch diesen Grundsatz nicht ausgeschlossen wird, nach Einstimmigkeits- oder Mehrheitsprinzip zu treffen sind, weder einen rechtlichen noch einen rechtspolitischen Bezug.

⁷⁶ Pöhle integration 22 (1999), 231 (241).

⁷⁷ Mündliche Auskunft eines vertrauenswürdigen Ostfriesen.

⁷⁸ Einer dpa-Meldung zufolge (Neue Westfälische vom 30.6.2000) haben in Chirivel bei Almeria (Südspanien) ein ehemaliger Dorfbürgermeister und seine Frau mit Geldern der EU in Höhe von umgerechnet 100000 DM ein Bordell mit dem schönen Namen "El septimo cielo" (Der siebte Himmel) errichtet. Mit gefälschten Unterlagen hatte das Paar angegeben, eine Reitschule eröffnen zu wollen. Das Problem, das mit diesen Beispielen illustriert werden soll, ist nicht die öffentliche Förderung als solche, sondern der ausgemachte Wahnsinn, der darin liegt, daß Geldflüsse für derartige Bagatellprojekte über die EG geleitet werden; s. auch Mestmäcker (Fn. 67), 27.

⁷⁹ Politisch wahrscheinlich sind solche Operationen nicht. Voraussetzung dafür dürfte u.a. eine Verringerung deutscher Zahlungsbereitschaft für eine Finanzausgleichspolitik sein, von der auch unbedürftige Mitgliedstaaten profitieren; s. für den

Spielräume für Aufgabenreduktionen aber evidenterweise zu begrenzt, als daß man eine wesentliche Entschärfung differenzierungs- und komplexitätsbedingter Legitimationsprobleme allein auf diesem Wege erhoffen könnte. Man muß sich also nach Formen des Umgangs mit einem Problem umsehen, dessen Ursachen im Wesentlichen nicht disponibel sind.

b) Direkte Demokratie

Eine folgerichtige Konsequenz der durch Aufgabenfülle des politischen Systems und Diversifizierung der Präferenzpakete bedingten abnehmenden Legitimationsleistung turnusgemäßer Parlamentswahlakte ist die Forderung nach mehr direkter Demokratie, die eine Artikulation von Präferenzen in einzelnen Personal- und Sachfragen erlaubt. Die Diskussion darüber wird, ebenso folgerichtig, inzwischen auch für die Ebene der EG geführt. Faktisch sind der Übertragung des in den Mitgliedstaaten allgegenwärtigen Trends zu mehr direkter Demokratie auf diese Ebene allerdings Grenzen aus genau den Gründen gesetzt, die auch die Behebung des spezifischen Demokratiedefizits der EG einstweilen verhindern. Die Verfassungsentwicklung auf der Ebene der

Zusammenhang zwischen ausgabenrelevanten Kompetenz- bzw. Aktivitätserweiterungen der EG und der exponierten deutschen Nettozahlerposition Klein Die derzeitige Finanzverfassung der EU: Entwicklung und Erfahrungen, in: Caesar (Hrsg.), Zur Reform der Finanzverfassung und Strukturpolitik der EU, 1997, 77 (81 f.). Zu dieser Nettozahlerposition selbst näher die Beiträge von Clostermeyer ebd 141 ff., Deffa ebd 153 ff., und Caesar ebd 161 ff.

⁸⁰ Épiney Le référendum européen, in: Auer/Flauss (Fn. 14), 287 ff. (in diesem Band auch noch weitere Beiträge zum Thema); Grande Leviathan 24 (1994), 339 (352 ff.); Gross Eine europäische Verfassung als Fundament für eine transnationale – direktere – Demokratie, in: Erne u.a. (Hrsg.), Transnationale Demokratie, 1995, 178 (193 ff.), mwN.; Erne Für ein Europa der direkten Bürgerinnen- und Bürgerbeteiligung, ebd 215 (228 ff.); Curtin (Fn. 18), 277 f.

⁸¹ Dies betrifft auch direktdemokratische Entscheidungen über fundamentale Neuerungen im Prozeß der Europäischen Integration in den Mitgliedstaaten, s. für eine Reihe von Mitgliedstaaten den Überblick bei Schwarze (Fn. 73), 527 ff., mwN.; für die Erforderlichkeit direktdemokratischer Entscheidung über den Maastrichter Vertrag in Deutschland Murswiek Der Staat 1993, 161 (179 ff.); Rupp NJW 1993, 38 ff.; Wolf JZ 1993, 594 ff., mwN. auch zur Gegenauffassung (Fn. 3); für das Erfordernis direktdemokratischer Entscheidung über etwaige künftige Vertragsänderungen, mit denen der Europäischen Union Staatsqualität zuwachsen würde, Streinz EuZW 1994, 329 (332).

⁸² Daß direktdemokratische Verfahren der Entscheidungsproduktion und -legitimation, wenn, dann auf der Ebene der Verfassung des jeweiligen Gemeinwesens verankert werden müssen, versteht sich schon deshalb von selbst, weil sie an die Stelle verfas-

EG wird hier also der Verfassungsentwicklung auf der Ebene der Mitgliedstaaten, wenn überhaupt, dann mit größerem zeitlichen Abstand folgen.

c) Transparenz

In einem anderen Punkt hinkt dagegen nicht die EG, sondern Deutschland nach, nämlich in der Gewährleistung von Transparenz des Regierungs- und Verwaltungshandelns. Im Grunde ist es bereits ein Anachronismus, wenn die Ersetzung des für diese Bereiche der Staatstätigkeit überkommenen Geheimhaltungsprinzips durch ein Öffentlichkeitsprinzip hier als ein Element der Kompensation nachlassender Funktionsfähigkeit des repräsentativdemokratischen Legitimationszusammenhangs eingeführt wird, denn eigentlich verhält es sich so, daß Transparenz der Staatstätigkeit, auch der exekutivischen, schon immer eine Voraussetzung voller Funktionsfähigkeit dieses Legitimationszusammenhanges war - ganz einfach weil nicht effektiv vor dem Bürger verantwortet werden kann, was seiner Kenntnisnahme prinzipiell entzogen ist.83 In vielen Ländern sieht man das auch mit Selbstverständlichkeit und seit langem so.84 In Deutschland trifft diese Sichtweise dagegen nach wie vor auf erhebliche Widerstände. Die deutsche Rechtslage ist größtenteils immer noch von der Vorstellung geprägt, daß es sich um unziemliches Schnüffeln in Angelegenheiten handelt, die ihn nichts angehen, wenn der Bürger vom Staat etwas wissen will, das ihn nicht in spezifisch individueller Weise betrifft, und daß insbesondere Vorgänge im Bereich der Verwaltung näherer Inspektion durch den Bürger auch gar nicht bedürfen, weil dieser ja über das, was im Bereich der Verwaltung vorgeht, schon durch die verkündeten und ihm gegenüber auch politisch verantworteten Gesetze hinreichend informiert ist. Die über die Abgabe seiner Wählerstimme hinausgehende Einmischung des Bür-

sungsrechtlich bereits vorgesehener anderer Entscheidungsverfahren treten - oder treten können - sollen.

⁸³ Daß Demokratie und Transparenz zusammengehören, ist denn auch in abstracto unbestritten, s. statt vieler, jeweils unter Verweis auf Theorietradition und international herrschende Überzeugung, O'Neill EPL 1998, 403 (404ff.); Curtin (Fn. 18), 233; dies. CMLR 37 (2000), 7 (7); Mestmäcker RabelsZ 58 (1994), 615 ff.

⁸⁴ S. z. B. zum Öffentlichkeitsprinzip in Schweden, dem Land mit der ältesten verfassungsrechtlich fundierten Publizitätstradition, Larsson How Open Can a Government Be? The Swedish Experience, in: Deckmyn/Thomson, Openness and Transparency in the European Union, 1998, 39 (46ff.); für die USA Scherer Verwaltung und Öffentlichkeit, 1978, 42ff. Allg. zu Transparenz als Element der Demokratie s. Curtin Democracy, Transparency and Political Participation: Some Progress in Post-Amsterdam, in: Deckmyn/Thomson, ebd 107 ff.

gers erscheint als potentielle Störung der "regulären" Legitimationsund Kontrollmechanismen.⁸⁵ Tatsächlich wird aber der demokratische Legitimationszusammenhang durch Publizität des Regierungs- und Verwaltungshandelns nicht geschwächt, sondern im Gegenteil gestärkt, nämlich in bezug auf genau das, was damit der Kenntnis des Bürgers zugänglich wird, überhaupt erst in Funktion gesetzt.⁸⁶

Der daraus folgende Publizitätsbedarf gewinnt noch an Bedeutung angesichts der beschriebenen unspezifischen Problemlage der repräsentativen Demokratie. Je mehr repräsentativdemokratische Verantwortlichkeit ausdünnt, indem die Fülle des verantwortungsbedürftigen Staatshandelns, die komplexitätsbedingten Schwierigkeiten seiner Beurteilung und die organisatorische Ferne der Akteure sowohl eine unmittelbare Steuerung durch Parlament und Regierung als auch eine Evaluation und gezielte politische Sanktionierung durch den Wähler erschweren, desto wichtiger wird eine Transparenz des Staatshandelns, die es Bürgern und Medien ermöglicht, sich auch in komplizierteren Angelegenheiten kundig zu machen, und die vor allem gewährleistet, daß auch das nicht auf Anhieb Durchschaubare, Speziellere, Fernerliegende zum potentiellen Gegenstand öffentlicher Aufmerksamkeit werden kann. In dieser potentiellen Politisierbarkeit und dem davon ausgehenden Anreiz. Entscheidungen so zu treffen, daß sie im - sei es auch unwahrscheinlichen - Eventualfall realiter verantwortet werden können, liegt die unter komplexen Verhältnissen einzig mögliche Einbindung der gesamten Staatstätigkeit in den repräsentativdemokratischen wie überhaupt in jeden durch die öffentliche Meinung vermittelten -Verantwortungszusammenhang. Nicht nur eine Reihe von Mitgliedstaaten der EG,87 sondern auch die EG selbst haben daraus die richtige Konsequenz gezogen, das Publizitätsprinzip konstitutionell zu verankern (Art. 255 EGV, s. außerdem das Prinzip möglichst offener und bürgernaher Entscheidung in Art. 1 II EUV).88 Der neue EG-verfas-

⁸⁵ S. etwa die Bedenken bei Schmidt-Aβmann DVBI. 1993, 924 (933: "... kann zu einem Bedeutungsverlust der in allen mitgliedstaatlichen Verfassungen vorgesehenen besonderen Kontrollinstanzen führen"); für die gegenteilige Annahme Hatje EuR 1998, 734 (746).

⁸⁶ S. dagegen für die These, mit dem Prinzip der Öffentlichkeit werde die repräsentative Demokratie um ein "quasi-plebiszitäres Element" ergänzt, Kahl ZG 1996, 224 (233).

⁸⁷ S. Art. 32 Belg.Verf.; § 10 II Finn.Verf.; Art. 110 Niederl.Verf.; Art. 268 II Portug.Verf.; zur schwedischen Tradition s. Fn. 84.

⁸⁸ Zur vorausgegangenen Rechtsentwicklung s. statt vieler O'Neill EPL 1998, 403 (407 ff.).

sungsrechtliche Informationsanspruch greift allerdings in seiner Formulierung insofern zu kurz, als seine Anwendbarkeit auf Bereiche außerhalb von Parlament, Rat und Kommission und damit auf die oben erwähnten formell oder informell aus der konstitutionellen Organstruktur der EG hinausdelegierten und insofern ganz besonders transparenzbedürftigen Aufgabenwahrnehmungen zweifelhaft ist. ⁸⁹ Auch die europäische Grundrechtscharta soll nach gegenwärtigem Entwurfsstand diesem Defizit nicht abhelfen. ⁹⁰ Immerhin dokumentiert sich aber in der europarechtlichen Konstitutionalisierung des Informationszugangsrechts ein ernsthafter Wille, auf den Wegen, die unter den gegebenen Bedingungen zur Verfügung stehen, das spezifische Demokratiedefizit der EG-Verfassung abzumildern.

d) Klagemöglichkeiten für den citoyen

Ähnlich wie die tradierte Haltung zur Verwaltungspublizität sind in Deutschland auch die traditionellen Regelungsmuster und rechtsdogmatischen Doktrinen, die den Gerichtszugang in öffentlichen Angelegenheiten betreffen, von einem vordemokratischen Bürgerbild geprägt: die Einhaltung geltender Rechtsvorschriften einklagen darf nur, wer in eigenen "subjektiven" Rechten tangiert ist, wobei nur das spezifisch individuelle Interessen schützende objektive Recht als zugleich subjektivrechtsverleihend begriffen wird. 91 Der Bürger, der das in seinem Namen

⁸⁹ Das in Art. 255 EGV verankerte Recht auf Informationszugang gilt dem Wortlaut nach nur für Dokumente (zur gebotenen weiten Auslegung des Begriffs "Dokumente" s. Wegener in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 255 EGV Rn 9) des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission; kritisch dazu Curtin (Fn. 18), 254; Wegener ebd Art. 255 EGV Rn 8. Während für das Komitologieverfahren der neue Komitologiebeschluß (o. Fn. 56) ausdrücklich die Anwendung der Transparenzregel auch bei den betreffenden Ausschüssen vorsieht (ebenso auch bereits EuG, Urt. v. 19. Juli 1999, Rs. T-188/97 – Rothmans), ist z. B. die Anwendbarkeit auf Agenturen umstritten, s. für Unanwendbarkeit Curtin (Fn. 18), 254; für analoge Anwendbarkeit Wegener ebd Art. 255 EGV Rn 8. Nicht oder jedenfalls nicht explizit gewährleistet ist bislang Transparenz für die Wahrnehmung von formell oder informell an Private delegierten Aufgaben. S. etwa zur eklatant rechtsstaats- und demokratiewidrigen ungenügenden Zugänglichkeit der privatverbandlichen Normtexte kritisch Führ ZUR 1993, 99 (101).

⁹⁰ S. Art. 42 (Recht auf Zugang zu Dokumenten) des Entwurfs der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, http://db.consilium.eu.int/df/docs/de/Charte DE.pdf.

⁹¹ Näher Lübbe-Wolff NuR 2000, 19ff., mwN. auch zum abweichenden Ansatz des Europarechts; zur Frage der Demokratiekompatibilität Wegener Rechtsschutz für gesetzlich geschützte Gemeinwohlbelange als Forderung des Demokratieprinzips?, in: Bertschi u. a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 1999, 19ff.; auch erschienen im

gesetzte Recht auch dann als seines verstanden und durchgesetzt wissen will, wenn es ihn "nur" in seiner Rolle als citoyen, als Mitglied des Gemeinwesens, betrifft, ist vor Gericht in dieser Rolle nicht willkommen. Die deutsche Rechtsordnung behandelt ihn, als versuche er, die Justiz nicht für die Durchsetzung parlamentsbeschlossener Gesetze, sondern für persönliche politische Marotten zu instrumentalisieren. Dabei läge auch hier eine Möglichkeit, individuelles oder verbandlich organisiertes Bürgerengagement nicht in Konkurrenz zur demokratischen Legitimationskette, sondern gerade für die Integrität und Funktionsfähigkeit dieser Legitimationskette zu aktivieren. Die Möglichkeit, sei es individuell oder über Verbände Klagen auch im öffentlichen Interesse zu erheben, ist, ebenso wie das Recht auf Informationszugang, als funktionsnotwendiges, und angesichts der bestehenden Funktionsprobleme immer notwendigeres, Element der demokratischen Legitimationskette anzuerkennen.

e) Dezentral-demokratische Partizipation

Die institutionalisierte Öffnung exekutivischer Entscheidungsprozeduren für Formen bürgerschaftlicher Beteiligung, die über einen bloßen Informationszugang hinausgehen, bietet sich als ein weiterer Schritt an. ⁹³ Das bekannte Problem liegt im Verhältnis solcher Partizipationsformen zum zentralen repräsentativdemokratischen Mechanismus der Legitimationsvermittlung. Partizipation von außerhalb der einen großen demokratischen Legitimationskette, so der naheliegende Einwand, schwächt oder unterbricht, sofern damit noch einem anderen

Humboldt Forum Recht: HFR 2000, Beitrag 3, http://www.humboldt-forum-recht.de/3-2000/.

⁹² Daß dies eine systematische Benachteiligung der Durchsetzbarkeit von Allgemeininteressen im Vergleich zu Sonderinteressen bedeutet, hebt mit Recht von Arnim hervor, s. v. Arnim Gemeinwohl und Gruppeninteressen, 1977, 303 ff.

⁹³ S. für die Ebene der EG allg. Lebessis/Paterson Accroître l'efficacité de la gouvernance de l'union européenne. Un agenda de réformes pour la Commission, (undatiertes Papier aus der Cellule de prospective der Kommission); s. statt vieler für verbesserte Interessenrepräsentation in den Ausschüssen der Agenturen Fischer-Appelt (Fn. 27), 401 ff.; für Partizipation im europäischen Ausschußwesen Winter (Fn. 58), 50 f.; Dehousse (Fn. 55), 17; für eine nach dem Modell des amerikanischen Administrative Procedure Act (APA) formalisierte Ordnung der Beteiligungsoffenheit von Entscheidungsverfahren Curtin (Fn. 18), 273; zur Übertragbarkeit des APA-Modells auf die Union auch Shapiro ELJ 1996, 26 ff.; zu den besonderen Problemen der Institutionalisierung interessenpluralistischer Gremienbesetzung, die sich auf europäischer Ebene aus der Dominanz des Interesses an nationalitätenpluralistischer Besetzung ergeben, Schulte (Fn. 60), 487 f.

Willen als dem im Gesetz verkörperten Raum gegeben wird, den repräsentativdemokratischen Legitimationszusammenhang, ohne etwas Gleichwertiges an dessen Stelle setzen zu können. Dieser Einwand ist ernstzunehmen, aber doch nicht so generell durchschlagend, wie oft angenommen wird.

Der Vorzug des im Topos der "ununterbrochenen Legitimationskette" als Regelanforderung verdichteten repräsentativdemokratischen Legitimationsmodells94 liegt darin, daß hier mit dem gleichen allgemeinen Wahlrecht allen die gleiche institutionell zentrale Inputchance gegeben und mit dem durch Wahlakte. Ernennungen und exekutivische Weisungsrechte hergestellten Konnex ein Verantwortungszusammenhang vor der Gesamtheit aller Bürger⁹⁵ hergestellt wird, der als Anreiz für Gemeinwohlorientierung im Entscheidungsoutput fungiert. Dieses schöne Modell bildet nun allerdings die wirklichen Verhältnisse in stark idealisierter Weise ab. Neben der Inputchance, die jedem in gleicher Weise mit seiner Wahlstimme gegeben ist, existieren andere Möglichkeiten der Einflußnahme auf den politischen Prozeß, die höchst ungleich verteilt sind. Der ideale ununterbrochene Verantwortungszusammenhang ist in der konstitutionellen Realität – nicht nur in der in dieser Hinsicht ohnehin nicht mit der üblichen Strenge betrachteten europäischen, sondern auch in der mitgliedstaatlichen - ohnehin so vielfältig gelockert oder partiell durchbrochen,96 daß die Auswahl der Fallbereiche, in denen solche Lockerungen oder Durchbrechungen unter Berufung auf die reine Legitimationskettenlehre verworfen oder kritisiert

⁹⁴ Böckenförde Demokratie als Verfassungsprinzip, in: HStR I, § 22, 887 (896ff.); s. auch, mit Unterschieden in der Terminologie und im sachlichen Detail, aber übereinstimmend in den Grundgedanken, aus denen sich insbesondere die ablehnende bzw. sehr restriktive Auffassung zur Zulässigkeit von "Durchbrechungen" des zentralen demokratischen Legitimationszusammenhangs und zum demokratisch-legitimitätsstiftenden Potential bürgerschaftlicher Partizipation außerhalb des zentralen Wahlaktes speist, Klein Die verfassungsrechtliche Problematik des ministerialfreien Raumes, 1974, 161 ff.; Jestaedt Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, passim; Britz/Schmidt EuR 1999, 467 (490 f.); vgl. auch die Darstellung des "demokratisch-hierarchischen" Legitimationsmodells und seiner Prämissen bei H. Dreier Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, 121 ff., mwN.

⁹⁵ Zum Erfordernis einer auf die *Gesamtheit* der Bürger zurückführbaren demokratischen Legitimation s. dementsprechend BVerfGE 83, 60 (72); aus der Literatur statt vieler *Scheuner* DÖV 1965, 577 (579 f.); *Böckenförde* (Fn. 94), 903 ff.; *Jestaedt* (Fn. 94), 207 ff.

⁹⁶ Für Deutschland s. die Bestandsaufnahmen und Analysen bei *Dreier* (Fn. 94), 211 ff.; *Schuppert* Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981, 5 ff.; für den Typus der Kollegialverwaltung *Gross* Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999, 63 ff.

worden sind, mehr von politischen Präferenzen als von klaren staatsrechtlichen Grundsätzen diktiert scheint.97 Vor allem aber: Wenn die schon mehrfach angesprochenen unspezifischen Demokratieprobleme gerade in zunehmender Diffusion und Verdünnung repräsentativdemokratischer Legitimationszusammenhänge, ganz besonders bei den vielen kaum zentral politisierbaren Spezialmaterien, bestehen, dann kann man offenbar das, was das schöne Modell gewährleisten soll, nämlich eine substantielle, durch anreizwirksame Verantwortlichkeit konstituierte Legitimation aller hoheitlich zu treffenden Entscheidungen durch die Gesamtheit der Bürger, heute nicht mehr haben. Man muß daher entscheiden, ob man sich mit einer in weiten Bereichen bis ins Fiktionale verflüchtigten Gesamtlegitimation zufriedengeben oder diese ergänzen und, vor allem wo sie ohnehin kaum noch realen Gehalt hat, eventuell auch ein Stück zurücktreten lassen will zugunsten von Legitimationsformen, in denen bürgerschaftliches Engagement unmittelbarer, spezialisierter, vertieft sachbezogen eingebracht werden, dafür aber nicht jedesmal die Gesamtheit aller Bürger sich artikulieren kann. Nach meiner Überzeugung führt an einer Entwicklung in diese letztere Richtung, an einer Entwicklung hin zu arbeitsteiligerer demokratischer Legitimationsbeschaffung, kein Weg vorbei. Nicht nur das Regieren (im Sinne von government), sondern auch die Erzeugung demokratischer Legitimation dafür ist ein zu komplexes Geschäft geworden, als daß man dabei ganz ohne Arbeitsteilung auskommen könnte.98

Die Einfachheit der Grundsätze, die die reine Lehre von der gebotenen Unversehrtheit der einen, zentralen Legitimationskette liefert – oder liefern könnte, wenn man sich denn jemals streng an diese Lehre

⁹⁷ Zutreffende Kritik bei *Bryde* Demokratieprinzip (Fn. 14), Text bei Fn. 46. Als Passierschein für institutionelle Lösungen, die mit dem strengen Modell der ununterbrochenen Legitimationskette in Konflikt geraten, fungiert die Relativierungsformel, derzufolge es nur auf ein "bestimmtes" oder "hinreichendes" Legitimations, niveau" ankommt, s. für diese Formel BVerfGE 83, 60 (72); 89, 155 (182); 93, 37 (67); *Höfling* RdJB 1997, 361 (367); *Dreier* (Fn. 2), Rn 108 mwN. Das Problem ist nur, daß völlig ungewiß bleibt, unter welchen Voraussetzungen man mit diesem Passierschein durchkommt.

⁹⁸ Das "zentralistische", "hierarchische" Demokratiemodell, das in strikten Interpretationen des Verbots einer Unterbrechung der zentralen demokratischen Legitimationskette zum Ausdruck kommt, stößt denn auch in der Literatur zunehmend auf Kritik, s. statt vieler Schuppert (Fn. 96), 350 ff.; Emde (Fn. 14), 382 ff.; Bryde StWuStP 1994, 305 ff.; ders. Demokratieprinzip (Fn. 14); Fisahn KritV 1996, 267 ff.; Rinken KritV 1996, 282 ff.; Hoffmann-Riem Organisationsrecht als Steuerungsressource, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem, Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997, 355 (362 ff., 376); Schulze-Fielitz DV 1999, 241 (256 ff.); Gross (Fn. 96), 184 ff.; für problembewußte Relativierungen auch Dreier (Fn. 94), 270 ff.

gehalten hätte – ist damit allerdings perdü. 99 Man muß sich auf das schwierige Feld der Abgrenzung zwischen Erscheinungsformen arbeitsteiliger, dezentralisierter Demokratie und der gar nicht mehr demokratischen Auslieferung öffentlicher Angelegenheiten an Partikularinteressen 100 begeben.

Allerdings sollte man nicht so tun, als sei die Gefahr der Auslieferung an Partikularinteressen eine, die erst durch Forderungen nach mehr zivilgesellschaftlicher Partizipation begründet würde. Das Problem existiert ja längst, ohne daß die "reine Legitimationslehre" es hätte verhindern können oder wollen, und Partizipationsforderungen werden artikuliert, um es zu entschärfen. 101 Der bekannte Einwand, daß erweiterte Partizipationsmöglichkeiten auf eine undemokratische Privilegierung aktiver Minderheiten hinauslaufen, 102 ist gegen die Praxis zu richten, die entsteht, wenn Partizipationschancen nicht in formalisierter. Chancengleichheit sichernder Weise eröffnet sind. Wenn etwa Partizipationsforderungen in bezug auf den Prozeß der Produktion europarechtlicher oder innerstaatlicher Ausführungsvorschriften oder für die privatverbandliche Normung erhoben werden, geht es ja nicht darum, erstmals Partikularinteressen Einfluß auf die betreffenden Regelsetzungsverfahren zu verschaffen, sondern darum, dem Einfluß der Repräsentanten wirtschaftlicher Partikularinteressen, die immer schon privilegierten Zugang zur Ministerialbürokratie hatten, in entscheidungsvorbereitenden Arbeitsgruppen immer schon vertreten waren, immer schon die Normungsausschüsse besetzt und über den Inhalt der Normen entschieden haben, etwas von seiner Einseitigkeit zu nehmen. Hier sind ia auch inzwischen einige Fortschritte gemacht worden.¹⁰³

⁹⁹ Der Feststellung von *Lepsius* (Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, 25), daß "in der Mischlegitimation aus materiellen, personellen, funktionalen und selbstverwaltenden Komponenten" die "Klarheit und Bestimmtheit" des traditionellen Legitimationskonzepts verlorengehe, ist daher nicht zu widersprechen.

¹⁰⁰ Zum Problem Böckenförde (Fn. 94), 905 f.; Dreier (Fn. 94), 275. Für das, was auf der schlechten Seite der Grenze liegt, sind die verschiedensten Vokabeln im Umlauf: (Neo-)Korporatismus, Privatregierungen, Refeudalisierung, etc.; was auf der guten Seite liegt, wird unter Bezeichnungen wie: aktivierte Zivilgesellschaft, deliberative Demokratie u.ä. geführt. Zu beiden Territorien ist viel geschrieben worden, vergleichsweise wenig dagegen über den Grenzverlauf.

¹⁰¹ S. etwa Kohler-Koch (Fn. 15), 280.

¹⁰² Böckenförde (Fn. 2), 32 f.

¹⁰³ S. für die europäische Normung *Voelzkow* Die Stärkung von Umweltinteressen in der europäischen Produktnormung, in: Führ (Hrsg.), Stoffstromsteuerung durch Produktregulierung – Rechtliche, ökonomische und politische Fragen, 2000, 129 ff.

Manche Formen dezentraler, arbeitsteiliger Partizipation mit legitimitätssteigerndem Potential berühren den primären repräsentativdemokratischen Legitimationszusammenhang auch gar nicht in einer beschädigenden Weise, sondern effektivieren ihn eher. Das gilt für die Partizipationsformen, die sich im Diskursiven bewegen, dabei aber über eine bloße Zugänglichkeit von Informationen für zufällig Anfragende hinausgehen. Verfahren zum Beispiel, in denen Norm- oder sonstige Entscheidungsentwürfe gezielt öffentlicher Diskussion ausgesetzt werden und Anregungen und Einwendungen nicht nur erlaubt, sondern obligatorisch zur Kenntnis zu nehmen und begründet zu verarbeiten sind, heben die Verantwortlichkeit der entscheidenden Stellen nicht auf, sondern steigern - auch über die Vorwirkung, die schon für die Entwurfsplanung von ihnen ausgeht - das Wertberücksichtigungsund Problemlösungspotential des Entscheidungsprozesses. Was für gemeindliche Bebauungsplansatzungen recht ist, warum sollte das - oder Ähnliches - nicht auch für höherstufige Entscheidungen mit hohem Informationsverarbeitungsbedarf und hohem Interessenkonfliktpotential billig sein?

Delikater ist die Institutionalisierung von Entscheidungsorganen oder -verfahren, mit denen rechtlich oder faktisch die eigentliche Entscheidungsmacht ganz oder partiell auf Institutionen oder Personen übergeht, die durch mehr oder weniger weitgehende Weisungsfreiheit, budgetäre Unabhängigkeiten, Rekrutierungsmodalitäten u.ä. aus dem zentralen demokratischen Legitimationszusammenhang partiell ausgegliedert oder, als präexistent Externe, gar nicht erst oder nur unvollständig in ihn eingegliedert sind. Angesichts der Verantwortungsverdünnung, ja Verantwortungsverflüchtigung, die allein schon durch die Überfülle des politisch Entscheidungs- und Verantwortungsbedürftigen bedingt ist, könnte aber gerade das klare, institutionalisierte Eingeständnis der Grenzen effektiver inhaltlicher Steuerungs- und Verantwortungsfähigkeit die demokratischere, weil fiktionsfreiere, dem Wähler gegenüber ehrlichere Lösung, und gerade der erklärte Rückzug aus jederzeitiger akuter Vollverantwortung für jedes inhaltliche Detail Voraussetzung für einen effizienten Einsatz begrenzter Steuerungs-, Kontroll- und damit auch Verantwortungsfähigkeit sein. 104 Die deutsche Verfassungsrechtsdogmatik sollte sich zu der Einsicht durchringen, daß eine im Verhältnis zum strengen Modell der intakten Legitimationskette

¹⁰⁴ S. auch, für die Erwägung, daß gerade eine "explizite Nicht-Verantwortung" der Regierung für das Entscheidungsprogramm begrenzt unabhängiger Sonderbehörden "die Kontrollbereitschaft des Parlaments einschließlich der Regierungsfraktion aktivieren" könne, Scharpf Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970, 82 f.

gelockerte Einbindung von Entscheidungsträgern in den repräsentativdemokratischen Abhängigkeitszusammenhang auch über die verfassungs- oder primärrechtlich explizit geregelten Sonderfälle, grundrechtlich fundierte Autonomiebereiche, die verlegenheitshalber gern auch einmal überstrapazierte Kategorie der Selbstverwaltung¹⁰⁵ und das mangels politisch-gestaltenden Gehalts Unwichtige¹⁰⁶ hinaus demokratieverträglich sein kann. Als Voraussetzung dafür sollte gelten, daß die Abkoppelung vom zentralen demokratischen Legitimationszusammenhang eine ihrerseits innerhalb dieses Zusammenhangs unmittelbar demokratisch legitimierte, begrenzte und reversible¹⁰⁷ ist, und daß die Inputoffenheit, Inputgleichberechtigung und Gemeinwohlorientierung, die im Modell der intakten "Legitimationskette" durch gleiches Wahlrecht, politische Verantwortlichkeit von Parlament und Regierung und uneingeschränkte Personalhoheit der politisch Verantwortlichen über die nachgeordneten Entscheidungsträger gewährleistet werden soll, auf andere und - angesichts der beschriebenen praktischen Funktionsschwächen dieses Modells - wirksamere Weise gewahrt bleibt. 108 Eine Gewähr dafür kann gerade in einer pluralistischen Zusammensetzung von Entscheidungs- oder Mitwirkungsgremien und in der Transparenz und Beteiligungsoffenheit der Entscheidungsverfahren liegen.

Im einzelnen kommt freilich alles auf die konkreten Umstände an. Gibt es eine Gremienkomposition, die sowohl den nötigen Sachverstand als auch das nötige Interessenberücksichtigungspotential verspricht? Gleicht institutionalisierte Beteiligungsoffenheit faktisch gege-

¹⁰⁵ Zur nicht unumstrittenen, aber doch von der ganz herrschenden Auffassung anerkannten Vereinbarkeit von Selbstverwaltungsautonomie und Demokratieprinzip auch außerhalb der verfassungsrechtlich explizit gewährleisteten kommunalen Selbstverwaltung s. *Kluth* Funktionale Selbstverwaltung, 1997, 345 ff.; zur Frage des zugrundeliegenden Demokratiekonzepts auch *Emde* (Fn. 14), 26 ff., 382 ff.

¹⁰⁶ BVerfGE 22, 106 (113 f.); 47, 253 (274); Jestaedt (Fn. 95), 228 ff.

¹⁰⁷ S. für die Feststellung, daß unter dem Gesichtspunkt der Reversibilität solche Abkoppelungen auf der europäischen Ebene problematischer sind als auf der nationalen, und dies erst recht, wenn, wie im Falle der EZB, die Abkoppelung auch noch auf der Ebene des Primärrechts (Art. 108 EGV) festgeschrieben ist, Scharpf Demokratische Politik in der internationalisierten Ökonomie, in: Greven (Fn. 15), 81 (95).

¹⁰⁸ Für gesicherte Gemeinwohlorientierung im Rahmen der jeweils vom Gesetzgeber vorgegebenen Ziele als wesentliches Kriterium für die Akzeptabilität der Verselbständigung s. auch Schuppert (Fn. 96), 336. Vgl. auch, zum Erfordernis eines rechtfertigenden Grundes als Voraussetzung der Zulässigkeit weisungsfreier Verwaltungsbehörden in der Judikatur des österreichischen Verfassungsgerichtshofs, Frank/Lengauer Notenbankunabhängigkeit auf europäischer und staatlicher Ebene, in: Demel u.a. (Hrsg.), Funktionen und Kontrolle der Gewalten, 2000 (im Erscheinen), Abschn. I. 3. c) bb) m. Fn. 102.

bene Ungleichheit der Inputchancen aus oder ruft sie sie erst hervor? Ist im Hinblick auf Input-Gleichberechtigung und Berücksichtigung der Interessen aller Bürger im Entscheidungsoutput eine ausschlaggebende oder potentiell ausschlaggebende Mitwirkung Privater (Betroffener, Interessenten, Sachverständiger) an Entscheidungen öffentlicher Träger¹⁰⁹ problematischer als die Übertragung öffentlicher Aufgaben auf in den demokratischen Legitimationszusammenhang nur partiell durch Aufsichtsbeziehungen eingebundene Private? Können Entscheidungsträger - gleichermaßen wirksam wie durch Einbindung in einen fachlichen Weisungszusammenhang mit Trägern politischer Verantwortung, oder vielleicht sogar noch wirksamer - auch durch Faktoren wie institutionalisierten Zwang zu argumentativer Positionsbehauptung, Ethik der Unabhängigkeit, Reputationsinteresse¹¹⁰ usw. zu gemeinwohlorientiertem Entscheiden veranlaßt werden? Solche Fragen lassen sich abschlie-Bend, weil die relevanten Gesichtspunkte zu vielfältig sind, nur in concreto, bezogen auf konkrete Entscheidungsfelder und institutionelle Arrangements, vernünftig beantworten. Die Grenze zwischen dezentralisierter Demokratie und undemokratischem Korporatismus kann nicht mit dem Lineal, sondern nur mit Urteilskraft gezogen werden. 111 Weil es sich dabei um eine primär politische Aufgabe handelt, die zugleich aber den Wesensgehalt der Demokratie betrifft, sollte diese Grenzziehung in abstracto durch die Verfassung selbst und in concreto durch demokratische - im Falle der EG: durch möglichst demokratische - einfache Gesetzgebung erfolgen.112

f) Vorschläge an die Adresse der Verfassungsgeber

Unsere deutsche Verfassung enthält nichts, und das konstitutionelle Primärrecht der EG nur wenig, was als gezielte Antwort auf die besprochenen unspezifischen Demokratieprobleme gelten könnte. Ich schließe deshalb mit dem Vorschlag einiger für die nationale Ebene for-

¹⁰⁹ S., Konstruktionen dieses Typs verwerfend, BVerfGE 9, 268 (281 ff.) – Personalvertretung; BVerfGE 93, 37 (66 ff.); BVerwGE 106, 64 (73 ff.) – Lippeverband; differenzierend *Britz* VerwArch 2000, 418 (422 ff.).

¹¹⁰ Für letzteres *Majone* The future of regulation in Europe, in: ders., Regulating Europe (Fn. 40), 265 (273).

¹¹¹ Das schließt Gruppenbildungs- und sonstige Strukturierungsversuche, die legitimierende Gründe und/oder Typen sinnvoller institutioneller Ausgestaltung herauszuarbeiten versuchen, natürlich nicht aus, s. etwa *Dreier* (Fn. 94), 270 ff.

¹¹² Für den Nachteil erschwerter Reversibilität im Falle der Fixierung der Unabhängigkeit konkreter Institutionen auf Verfassungsebene s.o. Fn. 107. Zum Erfordernis einfachgesetzlicher Regelung näher *Dreier* (Fn. 94), 285 ff.

mulierter Grundregeln, die nach dem Ergebnis der vorausgegangenen Überlegungen in eine moderne Verfassung gehören, – in angepaßter Form auch in die der EG:

- Der freiwillige Einsatz der Bürger und Einwohner für öffentliche Angelegenheiten und die zu diesem Zweck gegründeten Vereinigungen und Initiativen werden gefördert.¹¹³
- Jeder hat das Recht auf Zugang zu den bei öffentlichen Stellen vorhandenen Informationen. Dasselbe gilt für Informationen in der Hand Privater, die mit der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben oder mit der Vorbereitung von Entscheidungen öffentlicher Stellen beauftragt sind, soweit diese Informationen die zur Erfüllung oder Vorbereitung übertragene Aufgabe betreffen. Einschränkungen, die zur Wahrung vorrangiger privater oder öffentlicher Interessen erforderlich sind, werden durch Gesetz festgelegt.
- Anerkannte Vereinigungen mit ausschließlich gemeinwohlbezogener Zielsetzung können auf Einhaltung der Gesetze klagen, die ihren Verbandszweck betreffen. Die Voraussetzungen der Anerkennung regelt das Gesetz.
- Vor dem Erlaß von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften sind, wenn Interessierten Gelegenheit zur Äußerung oder zu sonstiger Beteiligung gegeben wird, alle interessierten Kreise in gleicher Weise zu beteiligen. Für den Erlaß von Rechtsverordnungen und Verwaltungsvorschriften, die besonders vielfältige Information und Abwägung erfordern, ist durch Gesetz ein Verfahren vorzusehen, das allen Interessierten Gelegenheit zur Stellungnahme und Anspruch auf eine begründete Auseinandersetzung mit ihren Anregungen gibt.
- Die Einrichtung von Ausschüssen und sonstigen Gremien, die an der Vorbereitung von Regierungs- oder Verwaltungsentscheidungen regelmäßig beteiligt und nicht nur mit Regierungs- und Verwaltungsangehörigen besetzt sind, erfolgt durch Gesetz oder durch Rechtsvorschriften auf gesetzlicher Grundlage. Durch Regelungen über die Zusammensetzung und die Arbeitsweise des Gremiums ist sicherzustellen, daß alle entscheidungserheblichen Informationen und Wertungen Berücksichtigung finden.
- Durch Gesetz können Verwaltungsträger mit eigener Rechtspersönlichkeit und Behörden über die in dieser Verfassung vorgesehenen hinaus geschaffen werden. Diese müssen einer in dieser Verfassung

¹¹³ Vgl. Art. 9a I 1 Verfassungsentwurf des Kuratoriums für einen demokratisch verfaßten Bund deutscher Länder (abgedr. in: Guggenberger/Preuß/Ullmann (Hrsg.), Eine Verfassung für Deutschland, 1991, 101 ff.).

vorgesehenen Behörde nachgeordnet sein. Die Aufsichtsbefugnisse der übergeordneten Behörde können beschränkt werden, sofern besondere gesetzliche Regelungen über Organisation und Arbeitsweise des Verwaltungsträgers oder der nachgeordneten Behörde in mindestens gleichwertiger Weise die Rechtmäßigkeit, Gemeinwohldienlichkeit und Bürgernähe der Aufgabenerfüllung sicherstellen.

Leitsätze der 3. Berichterstatterin über:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

- 1. Die europäische Verfassung weist spezifische Demokratiedefizite auf, die aus Begrenzungen des Einheitswillens der Mitgliedstaaten resultieren.
- 2. Die Haltung der in Deutschland herrschenden Rechtsprechung und Lehre zum spezifischen Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft ist durch den Grundsatz bestimmt, daß verfassungsrechtliche Legitimationsanforderungen, die für die Ebene der Staaten gelten, auf die Verfassung einer supranationalen Gemeinschaft nicht einfach übertragen werden können (Nichtübertragbarkeitsgrundsatz). Dieser Grundsatz ist als Tatsachenfeststellung nicht falsch, zur normativen Rechtfertigung des europäischen Demokratiedefizits aber nicht geeignet.
- 3. Versuche, das europäische Demokratiedefizit zu entproblematisieren, indem für die Ebene der EG ein Bedarf an demokratischer Legitimation bestritten oder nur mit Einschränkungen anerkannt wird, beruhen auf zu engen Demokratiebegriffen.
- 4. Versuche, das Demokratiedefizit der Europäischen Gemeinschaft durch den Nachweis zu entproblematisieren, daß deren Bedarf an demokratischer Legitimation durch die vorhandenen institutionellen Strukturen hinreichend gedeckt sei, beruhen auf normativ nicht begründbaren Absenkungen des Anspruchsniveaus und/oder Fehlurteilen in Bezug auf Sinn und Funktion demokratischer Verantwortlichkeit.
- 5. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts ist dennoch nicht für sein Ergebnis, wohl aber für einen das bestehende spezifische Demokratiedefizit mehr als angemessen und nötig herunterspielenden Duktus seiner Begründung zu kritisieren.
- 6. Das spezifische Demokratiedefizit der EG kann nur durch Reformschritte gemildert und schließlich behoben werden, die in den kompetenziell vergemeinschafteten Bereichen den Status des europäischen Parlaments weiter in Richtung auf ein vollwertiges demokratisches Repräsentationsorgan verschieben.
- 7. Über der Fixierung der wissenschaftlichen und politischen Diskussion auf das spezifische Demokratieproblem der EG sollte nicht die Existenz erheblicher nicht EG-spezifischer der EG und ihren Mitgliedstaaten gemeinsamer Demokratieprobleme vergessen werden.
 - 8. Das zentrale nicht-spezifische, die EG und ihre Mitgliedstaaten glei-

chermaßen betreffende Demokratieproblem besteht in schwindender Legitimationsleistung der repräsentativen Demokratie als Folge von zunehmender Aufgabenkomplexität der Politik (Diversifizierung der möglichen Politikangebotspaletten) und gesellschaftlicher Differenzierung (Diversifizierung der inividuellen politischen Präferenzpakete) und wird verschärft durch einen mit der Komplexität der öffentlichen Aufgaben zusammenhängenden Trend zur Aufgabenexternalisierung.

- 9. Für dieses nicht-spezifische Demokratieproblem der EG und ihrer Mitgliedstaaten gibt es Möglichkeiten der Entschärfung, die prinzipiell für die staatliche wie für die supranationale Ebene gleichermaßen in Betracht kommen: a) Konsequentere Subsidiaritätspolitik, b) Institutionalisierung direktdemokratischer Entscheidungsverfahren, c) Transparenz des Regierungs- und Verwaltungshandelns, d) Klagemöglichkeiten für den citoyen und e) dezentral-demokratische Partizipation.
- 10. Die rechtliche Verankerung aller dieser Entschärfungsoptionen gehört ebenso wie Vorkehrungen zur Stärkung der demokratischen Legitimation im Bereich "externalisierter" Aufgabenerfüllung sowohl in den Mitgliedstaaten als auch für die europäische Gemeinschaft auf die Ebene der jeweiligen Verfassung. Angesichts der Gleichartigkeit der Probleme, auf die zu reagieren ist, sind, zumindest auf längere Sicht, die Aussichten gut für die Entwicklung eines problementschärfenden gemeineuropäischen Verfassungsrechts.

Zweiter Beratungsgegenstand:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

4. Bericht von Prof. Dr. Dr. Christoph Grabenwarter, Bonn

Inhalt

		Seite
I.	Zum Begriff des europäischen Verfassungsrechts	292
II.	Die EMRK und das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten -	
	rechtliche Rahmenbedingungen	295
	1. Die Perspektive der EMRK: Der Umfang der	
	völkerrechtlichen Bindung	295
	a) Die Zusatzprotokolle	295
	b) Die Vorbehalte nach Art. 57 EMRK	296
	c) Das Günstigkeitsprinzip und der gleichwertige	
	Grundrechtsschutz	298
	2. Die Perspektive der nationalen Rechtsordnungen:	
	Der Rang der EMRK im staatlichen Recht	299
	a) Die EMRK im Verfassungsrang	300
	b) Die EMRK im Mezzanin zwischen Gesetz und	
	Verfassung	300
	c) Die EMRK im Gesetzesrang	302
	d) Der Sonderfall des Vereinigten Königreichs	303
	e) Die Rechtslage in Deutschland	305
	3. Zwischenresümee	307
III.		
	europäischer Prägung	308
	1. Politische Menschenrechte in der "demokratischen	
	Gesellschaft"	308
	2. Verfahrensgarantien	312
	3. Grundrechtsschutz für Ausländer und Minderheiten	313
	4. Zwischenresümee	316
IV.	Wechselwirkungen zwischen der EMRK und dem Recht	010
	der Mitgliedstaaten – Typologie	317
	1. Normative Wirkungen	317
	a) Die Verdrängung nationalen Rechts durch	
	die EMRK	317
	WAT MAINTAIN	

	Zweiter Beratungsgegenstand	291
	b) Der normative Veränderungsdruck durch	
	Invalidation	318
	c) Die "weiche" normative Wirkung	321
	d) Einflüsse durch Verweisungen	322
	2. Faktische Wirkungen	323
	a) Die "Bekräftigungswirkung"	323
	b) Bloße faktische Wirkungen	323
	3. Zwischenresümee	324
V.	Die EMRK und das Recht der Europäischen Union	325
	1. Die "Achtung" der EMRK durch die Europäische	
	Union	325
	2. Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der	
	EU-Mitgliedstaaten nach der EMRK	329
	3. Wechselwirkungen zwischen der EMRK und dem Recht	
	der Union	332
	4. Die EMRK und die Grundrechtscharta	338
	a) Der Einfluß der EMRK auf den Inhalt der	
	Grundrechtscharta	339
	b) Das Verhältnis zwischen EMRK, Charta und	
	nationalen Verfassungen nach den Art. 52 und	
	53 der Charta	340

c) Die Bedeutung einer Charta als unverbindlicher

VI. Schlußbetrachtung 344

I. Zum Begriff des europäischen Verfassungsrechts

Wer von europäischem und nationalem Verfassungsrecht spricht, muß sich zunächst vergewissern, ob der Begriff der "Verfassung" angemessen ist, um bestimmte rechtliche Erscheinungen und Entwicklungen auf europäischer Ebene zu beschreiben. Dies gilt auch für die mir zugedachte Aufgabe, die Rolle der Europäischen Menschenrechtskonvention im Spannungsverhältnis zwischen europäischem und nationalem Recht zu beleuchten.

Verfassung wird in der deutschen Staatstheorie traditionell auf den Staat bezogen.¹ Sie ist in staatstheoretischer Sicht² Ausdruck der Souveränität und Kompetenz-Kompetenz des Staates, sie stützt sich auf die verfassunggebende Gewalt und ist Legitimationssubstrat des Gemeinwesens.³ Dem Recht der Europäischen Union und dem der EMRK fehlen diese Merkmale. Beide Systeme finden ihre ursprüngliche Grundlage in völkerrechtlichen Verträgen und haben bislang keine Staatsqualität erlangt.⁴ Versteht man Verfassung als Selbstorganisation eines souveränen Gemeinwesens, so begegnet es zum gegenwärtigen Zeitpunkt Bedenken, auch insoweit von einer "europäischen Verfassung"5 zu sprechen.

¹ Vgl. Isensee in: Isensee/Kirchhof, HbStR I, 2. Aufl. 1995, § 13 Rn 1ff.; Kirchhof HbStR I, a.a.O., § 19 Rn 18; ders. in: Isensee/Kirchhof, HbStR VII, 1992, § 183 Rn 23 ff.; Grimm Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581 ff.; Höreth Die Europäische Union im Legitimationstrilemma, 1999, 171 f.; die historische Relativität betonen Di Fabio Eine europäische Charta, JZ 2000, 737, 739 ff.; Walter Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, DVBl. 2000, 1, 5.

² Ist von "Verfassung" im rechtsdogmatischen Sinn die Rede, so ist die Antwort im jeweiligen Regelwerk zu suchen. Insoweit kann der Verfassungsbegriff ohne weiteres auch im völkerrechtlichen Bereich Verwendung finden wie im Fall der International Labour Organization und der UNESCO ("constitution").

³ Vgl. nur Isensee (Fn. 1), HbStR I, § 13 Rn 121 ff.

⁴ Unstreitig bei der EMRK; ganz herrschende Meinung bzgl. der EU/EG: s. etwa Everling Überlegungen zur Struktur der Europäischen Union und zum neuen Europa-Artikel des Grundgesetzes, DVBl. 1993, 936, 941; Isensee Integrationsziel Europastaat?, in: FS Everling, 1995, 567 ff.; differenzierend, im Ergebnis für den gegenwärtigen Integrationsstand ebenfalls ablehnend v. Bogdandy Die Europäische Union als supranationale Organisation, Integration 1999, 95, 101 f.; Herdegen Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn 84ff.; Oppermann Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn 922.

⁵ Kritisch dazu: Grimm (Fn. 1), JZ 1995, 586; Isensee Das Volk als Grund der Verfassung, 1995, 91f.; ders. in: FS Everling (Fn. 4), 580ff.; Koenig Anmerkungen zur Grundordnung der Europäischen Union und ihrem fehlenden "Verfassungsbedarf", NVwZ 1996, 549ff.; Pechstein/Koenig Die Europäische Union, 2. Aufl. 1998, Rn 528ff.; Kirchhof Gewaltenbalance zwischen europäischen und mitgliedstaatlichen Organen, in: Isen-

Indessen ist der Verfassungsbegriff gerade in historischer Perspektive nicht auf die Staatsverfassung festgelegt.⁶ Es erscheint fraglich, ob angesichts zunehmender Verflechtung des nationalen Rechts mit internationalen Strukturen⁷ die Wahrnehmung der traditionellen Funktionen der Verfassung durch verschiedene nationale und supranationale Träger noch angemessen in einem rein nationalstaatlichen Verfassungsbegriff widergespiegelt wird. Insbesondere im Grundrechtsbereich lassen sich Verfassungsinhalte nur noch durch Aufschlüsselung der wechselseitigen Verwiesenheit und Verbundenheit von nationaler und europäischer Ebene darstellen. Lautet der Befund, daß die Grundrechte als "unaufgebbares, zur Verfassungsstruktur ... gehörendes Essentiale"⁸ auf verschiedene rechtliche Systeme verteilt sind, erscheint es angemessen, in einem funktionalen, nicht staatsbezogenen Sinn von europäischem Ver-

see, Gewaltenteilung heute. Symposium für Fritz Ossenbühl, 2000, 99, 107f.; ders. (Fn. 1), HbStR VII, § 183, Rn 30ff.

⁶ Umfassende Darstellung bei *Böckenförde* Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: *ders.*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 29 ff.; *Stourzh* Staatsformenlehre und Fundamentalgesetze in England und Nordamerika im 17. und 18. Jahrhundert, in: Vierhaus, Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze, 1977, 294 ff.; *Koselleck* Begriffsgeschichtliche Probleme der Verfassungsgeschichtsschreibung, Der Staat, Beiheft 6, 1983, 7 ff.; *Stern* Grundideen europäischamerikanischer Verfassungsstaatlichkeit, 1984, 8 ff.

⁷ Vgl. aus der unüberschaubar gewordenen Literatur: Tomuschat Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 7, 27 ff.; Bieber Die Europäisierung des Verfassungsrechts, in: Kreuzer/Scheuing/Sieber, Die Europäisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in der Europäischen Union, 1997, 71 ff.; Di Fabio Das Recht offener Staaten, 1998, insbes. 132 ff.; Hobe Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, insbes. 93 ff.; Frowein Die Europäische Union im Zeichen der Globalisierung: Einbindung und Status der Europäischen Union im Verfassungssystem der Staatengemeinschaft, in: Kloepfer/Pernice, Entwicklungsperspektiven der europäischen Verfassung im Lichte des Vertrags von Amsterdam, 1999, 117 ff.; Weiler The transformation of Europe, in: ders., The constitution of Europe, 1999, 10ff.; Walter (Fn. 1), DVBl. 2000, 7ff.; zu den Konsequenzen für das Souveränitätsverständnis Frowein Die Verfassung der Europäischen Union aus der Sicht der Mitgliedstaaten, EuR 1995, 315, 318ff.; Oeter Souveränität und Demokratie als Probleme in der "Verfassungsentwicklung" der Europäischen Union, ZaöRV 1995, 659 ff.; zur generellen Problematik traditioneller Begrifflichkeiten in ihrer Anwendung auf die EU/EG Mayer Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, 38ff.; Schwarze Länderbericht Deutschland, in: ders., Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung, 2000, 463, 512 ff.; Pernice Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 866ff.; ders. in: Dreier, Grundgesetz. Kommentar, Bd. 2, 1998, Art. 24 Rn 21.

⁸ BVerfGE 37, 271, 280; zu Grundrechten als Verfassungsinhalt vgl. zuletzt die umfassende Darstellung in *Jestaedt* Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, 8 ff., 42 ff.

fassungsrecht zu sprechen,⁹ um zu untersuchen, ob und mit welcher Konsequenz die in der Europäischen Union und in der EMRK verbundenen Mitgliedstaaten einen Teil ihres materiellen Verfassungsrechts in eine "Komplementärverfassung"¹⁰ ausgelagert haben.¹¹

So wird die Europäische Menschenrechtskonvention als Verfassungsinstrument¹² und Teil des ordre public européen¹³ bezeichnet, als Europäische Menschenrechtsverfassung¹⁴ und als Konstitutionalisierungsprozeß.¹⁵ Ob diese Einordnung zutreffend ist und welche Aussagen daraus folgen, muß eine Untersuchung aus drei Blickrichtungen erwei-

⁹ Ähnlich beispielsweise Pescatore Die Gemeinschaftsverträge als Verfassungsrecht, FS Kutscher, 1981, 319 ff.; Häberle Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, 251 ff.; Dreier in: ders., Grundgesetz. Kommentar, Bd. 1, 1996, Vorb. Rn 22; Gerkrath L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe, 1997, 92 ff., 203 ff.; Badura Die föderative Verfassung der Europäischen Union, FS Heckel, 1999, 695, 700 ff.; Hertel Supranationalität als Verfassungsprinzip, 1999, 106 ff.; Öhlinger Die Verfassung im Schmelztiegel der europäischen Integration: Österreichs neue Doppelverfassung, in: ders., Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, 1999, 165, 216; Schwarze Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung -Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, DVBI. 1999, 1677, 1682 ff.; Walter Die Europäische Menschenrechtskonvention als Konstitutionalisierungsprozeß, ZaöRV 1999, 961, 964ff.; Weiler Introduction: the reformation of European constitutionalism, in: The constitution of Europe, 1999, 221 f.; ders. The European Union: Enlargement, Constitutionalism and Democracy, Forum Constitutiones Europae 7/99 des WHI Berlin, http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/ deutsch/fce/fce799/weiler.htm, Rn 10; Di Fabio (Fn. 1), JZ 2000, 739 ff.; Müller-Graff Europäische Verfassung und Grundrechtscharta: Die Europäische Union als transnationales Gemeinwesen, Integration 2000, 34ff.; Pernice Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, JöR 48 (2000), 205, 216f.; ders. Die Dritte Gewalt im Europäischen Verfassungsverbund, EuR 1996, 27 ff.; ders. Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz - Grundlagen, Bestand und Perspektiven, NJW 1990, 2409, 2410 ff.

¹⁰ Läufer Zur künftigen Verfassung der Europäischen Union – Notwendigkeit einer offenen Debatte, Integration 1994, 204, 207; vgl. Pernice Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, 866 ff.; ders. Deutschland in der Europäischen Union, in: Isensee/Kirchhof, HbStR VIII, 1995, § 191 Rn 25 ff.

¹¹ Speziell für die EMRK Jörg Paul Müller, Rechtsphilosophische Reflexionen zur EMRK als Teilverfassung des werdenden Europas, GS Ryssdal, 2000, 957, 962 ff.

¹² EGMR, Urt. v. 23.3. 1995, *Loizidou ./. Türkei* (Preliminary objections), Serie A 310, Ziff. 75 ("constitutional instrument of European public order") zurückhaltender *Alkema*, The European Convention as a constitution and its Court as a constitutional court, GS Ryssdal, 2000, 41 ff.

¹³ Häberle (Fn. 9), EuGRZ 1991, 261, 265.

¹⁴ Frowein Der europäische Menschenrechtsschutz als Beginn einer europäischen Verfassungsrechtsprechung, JuS 1986, 845 ff.

¹⁵ Walter (Fn. 9), ZaöRV 1999, 961 ff.

sen: Zunächst sind die rechtlichen Rahmenbedingungen zu untersuchen (II.). Sodann sind einige Schlaglichter auf die Inhalte der EMRK zu werfen, um zu ergründen, inwieweit sie tatsächlich "europäisches Verfassungspartikularrecht" enthält (III.). Daran anschließend ist nach der Art der Wechselwirkungen zwischen EMRK und nationalem Verfassungsrecht zu fragen (IV.). Schließlich ist das Verhältnis zwischen der EMRK zum Recht der Europäischen Union unter Berücksichtigung der Proklamation der Grundrechtscharta der Europäischen Union in den Blick zu nehmen (V.).

II. Die EMRK und das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten – rechtliche Rahmenbedingungen

Die rechtlichen Rahmenbedingungen für das Verhältnis zwischen nationalem Verfassungsrecht und EMRK bestehen auf zwei Ebenen. Aus der Perspektive der EMRK stellt sich die Frage, wie weit die völkerrechtliche Bindung der Mitgliedstaaten durch die Grundfreiheiten der EMRK reicht. Aus der Perspektive der Konventionsstaaten gilt es, Stellung und Anwendungsbedingungen der EMRK im nationalen Recht aufzuzeigen.

Die Perspektive der EMRK: Der Umfang der völkerrechtlichen Bindung

Wenn in einem ersten Schritt der Umfang der völkerrechtlichen Bindung an die EMRK ins Auge gefaßt wird, so erweist sich die Vorstellung von einer einheitlichen Verpflichtung aller Mitgliedstaaten nur in ihrem Kern als zutreffend. In den Randbereichen divergieren die vertraglichen Bindungen. Die Ursache hierfür liegt in zwei Besonderheiten des Rechts der EMRK, nämlich erstens im Ermessen der Staaten bei der Ratifikation von Zusatzprotokollen und zweitens in der Möglichkeit, Vorbehalte zu einzelnen Artikeln der EMRK zu erklären.

a) Die Zusatzprotokolle

Der Katalog der Grundrechte der EMRK ist in den letzten fünf Jahrzehnten um materielle Garantien in Zusatzprotokollen sukzessive ergänzt worden. Der Ratifikationserfolg der einzelnen Zusatzprotokolle ist indessen sehr unterschiedlich. Das 1. ZP mit drei ganz unterschiedlichen Menschenrechten (Eigentumsgarantie, Recht auf Bildung und Recht auf freie Wahlen) und das 6. ZP mit dem Verbot der Todesstrafe

wurden von fast allen Mitgliedstaaten ratifiziert, ¹⁶ darunter alle Mitgliedstaaten der Europäischen Union. Anders ist die Lage beim 4. und 7. ZP, welche von einer größeren Zahl von Mitgliedstaaten *nicht* ratifiziert wurden. ¹⁷ Das 7. ZP wurde gar von vierzehn Staaten nicht ratifiziert, die Hälfte von ihnen sind Mitgliedstaaten der Europäischen Union. ¹⁸

Betrachtet man die Rechtslage in Abhängigkeit vom Beitrittsdatum, dann zeigt sich, daß nahezu alle Staaten Mittel- und Osteuropas, die in den neunziger Jahren der EMRK beigetreten sind, bei der Ratifikation der Zusatzprotokolle keine Ausnahme gemacht haben, ¹⁹ während nur sieben der fünfzehn Mitgliedstaaten der Europäischen Union alle Zusatzprotokolle ratifiziert haben.

b) Die Vorbehalte nach Art. 57 EMRK

Vorbehalte können gemäß Art. 57 EMRK zu einzelnen Bestimmungen der EMRK erklärt werden, soweit ein "Gesetz" nicht mit der betreffenden Vorschrift übereinstimmt. Die Vorbehalte im engeren Sinn spiegeln zusammen mit den von den Staaten abgegebenen Erklärungen im allgemeinen Bereiche wider, in denen der nationale Grundrechtsstandard hinter der EMRK zurückbleibt. In der Konsequenz werden Diskrepanzen zum Schutzniveau der nationalen Grundrechte deutlich: Dort wo im Zeitpunkt der Ratifikation nationale Grundrechte gesetzliche Regelungen zuließen, die der EMRK entgegenstanden, wurde – so die Regierung den Konflikt erkannt hat – ein Vorbehalt erklärt.

¹⁶ Das 1. ZP wurde überwiegend zeitgleich oder in zeitlichem Zusammenhang mit der EMRK selbst von allen Mitgliedstaaten ratifiziert. Nur im Fall von Liechtenstein und Spanien lagen längere Zeiträume zwischen der Ratifikation der EMRK und des 1. ZP. Die Schweiz, Andorra und Georgien sind dem Protokoll bis heute ferngeblieben.

¹⁷ Das 4. ZP, das im wesentlichen aufenthaltsrechtliche Garantien enthält, ist immerhin von neun Staaten nicht ratifiziert worden, unter diesen die EU-Mitglieder Griechenland, Spanien und das Vereinigte Königreich.

¹⁸ Das Protokoll enthält neben strafrechtlichen und strafprozessualen Garantien sowie Verfahrensgarantien für Ausländer auch ein Gleichbehandlungsgebot zwischen Ehegatten. Es wurde nicht ratifiziert von Andorra, Bulgarien, Zypern, Liechtenstein, Malta, Polen und der Türkei. Aus dem Kreis der EU-Mitgliedstaaten haben Belgien, Deutschland, Irland, die Niederlande, Portugal, Spanien und das Vereinigte Königreich nicht ratifiziert.

¹⁹ Ausnahmen sind Albanien (6. ZP), Georgien (1. ZP), Polen (6. und 7. ZP) und Rußland (6. ZP).

²⁰ Die Praxis der Mitgliedstaaten zeigt, daß mit Gesetz vielfach ein Verfassungsgesetz gemeint ist.

Wenig überraschend finden sich die meisten Vorbehalte zu den Verfahrensgarantien der Art. 5 und 6 EMRK. Vorbehalte im Bereich der Freiheitsrechte sind dagegen heute nur mehr in geringem Maße vorhanden und betreffen zumeist historische Besonderheiten der Mitgliedstaaten, die aus dem Übergang von früheren Staats- und Regierungsformen zur parlamentarischen Demokratie herrühren, wie Einreisebeschränkungen für ehemalige Monarchen,²¹ Wahlverbote für Funktionäre des überwundenen Regimes²² oder das Verbot (para-)militärischer Organisationen.²³ Für diese Vorbehalte ist kennzeichnend, daß sie entweder explizit nur für eine Übergangszeit gelten, später zurückgezogen worden sind oder aber ihrem Inhalt nach erkennbar nur für begrenzte Dauer aufrecht erhalten werden sollen.²⁴

Die Bedeutung der Vorbehalte geht aus rechtlichen und politischen Gründen zurück.²⁵ Der rechtliche Grund liegt in Art. 57 EMRK selbst. Er enthält eine Art "Bestimmtheitsgebot" für Vorbehalte und stellt damit vergleichsweise strenge Bedingungen an deren Gültigkeit. Mit diesem Bestimmtheitsgebot haben die Straßburger Organe erst in den achtziger Jahren ernst gemacht.²⁶ Auf dem Boden der neueren Judika-

²¹ Vgl. die zu Art. 3 4. ZP abgegebenen Erklärungen Österreichs bezüglich der Mitglieder des Hauses Habsburg-Lothringen (öBGBl. 1969/434) und Italiens bezüglich einiger Mitglieder des Hauses Savoyen (dBGBl. II, 1982, 860), abgedruckt in *Frowein/Peukert* Europäische Menschenrechtskonvention. EMRK-Kommentar, 2. Aufl. 1996, 913.

²² Mit Gesetz v. 22.9. 1995 hat Albanien allen Personen, die als Täter von aus politischen und ideologischen Gründen begangenen Verbrechen des Völkermordes und gegen die Menschlichkeit unter der kommunistischen Herrschaft in Betracht kommen, befristet bis zum 31. 12. 2001 das passive Wahlrecht aberkannt, vgl. ROW 1995, 276.

²³ Nach Art. 46 Abs. 4 der Verfassung der Portugiesischen Republik von 1976 wird die Vereinigungsfreiheit eingeschränkt: "Es werden keine bewaffneten Vereinigungen militärischer Art, militarisierte oder militärähnliche oder rassistische Organisationen, die der faschistischen Ideologie anhängen, erlaubt."

²⁴ Diesen Übergangscharakter haben auch viele andere Vorbehalte, nicht aber jene zu den Verfahrensgarantien einschließlich jener des 7. ZP. Bei den Verfahrensgarantien hat sich eine bemerkenswerte Praxis der Konventionsstaaten etabliert, die auch die neuen Mitglieder Mittel- und Osteuropas trotz ihrer ansonsten zurückhaltenden Vorbehaltspraxis beibehalten haben (*Flauss* La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen, RUDH 1995, 373, 378). Insbesondere Disziplinarverfahren und Verfahren wegen Ordnungswidrigkeiten veranlaßten die Mitgliedstaaten, die Geltung einzelner Garantien auszuschalten (Nachweise bei *Frowein/Peukert* [Fn. 21], 988 f.).

²⁵ Weitergehend Giegerich Vorbehalte zu Menschenrechtsabkommen: Zulässigkeit, Gültigkeit und Prüfungskompetenz von Vertragsgremien, ZaöRV 1995, 713 ff., der Vorbehalte zu menschenrechtlichen Verträgen überhaupt für völkerrechtswidrig hält.

²⁶ Frowein/Peukert (Fn. 21), Art. 64 Rn 5; Oeter Die "auslegende Erklärung" der Schweiz zu Art. 6 Abs. 1 EMRK und die Unzulässigkeit von Vorbehalten nach Art. 64

tur erweisen sich viele – von den "alten" Mitgliedstaaten abgegebene – Vorbehalte und Erklärungen als ungültig²⁷ oder in ihrer Wirkung als eingeschränkt.²⁸ Politischer Druck auf die in den neunziger Jahren beigetretenen Staaten Mittel- und Osteuropas ist dafür verantwortlich, daß diese bei der Ratifikation kaum Vorbehalte erklärt haben.

c) Das Günstigkeitsprinzip und der gleichwertige Grundrechtsschutz

Nationales Verfassungsrecht und das Recht der EMRK treffen im Günstigkeitsprinzip des Art. 53 EMRK zusammen. Dieses sieht vor, daß keine Bestimmung als Minderung eines der Menschenrechte und Grundfreiheiten ausgelegt werden darf, die in den nationalen Gesetzen oder in anderen internationalen Übereinkommen festgelegt sind. Die Vorschrift beläßt den Verfassungen Spielraum, ein höheres Schutzniveau als nach der EMRK zu garantieren. Wenn die EMRK beispielsweise die Todesstrafe nur für Friedenszeiten verbietet, die nationale Verfassung aber ein Verbot auch für Kriegszeiten enthält, so kann sich ein im Krieg Verurteilter vor den nationalen Instanzen – nicht aber vor dem EGMR – auf die günstigere nationale Garantie berufen.

Bei näherer Betrachtung erweist sich der Spielraum aber als gering. Immer dann, wenn in das Staat-Bürger-Verhältnis ein Dritter mit kollidierenden Grundrechtsansprüchen eindringt, läßt sich die Günstigkeit hinsichtlich des einen Grundrechts nur dann durchhalten, wenn der kollidierende Anspruch nicht das Niveau der EMRK unterschreitet. In aller Regel heißt das aber, daß der Grundrechtsschutz bei mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen – jenseits eines allenfalls bestehenden besonderen nationalen Beurteilungsspielraums – (von beiden Seiten) an das

EMRK, ZaöRV 1988, 514, 518; Villiger Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK), 2. Aufl. 1999, Rn 33.

²⁷ EGMR, Urt. v. 23. 10. 1995, Gradinger ./. Österreich, Serie A 328-C = JBl. 1997, 577 ff. Der Vorbehalt Österreichs zu Art. 6 EMRK wurde in der Judikatur erst jüngst für ungültig befunden: EGMR, Eisenstecken ./. Österreich, Urt. v. 3. 10. 2000, Appl. Nr. 29477/95, Ziff. 21 ff.

²⁸ Vgl. EGMR, Urt. v. 25.3.1993, Chorherr ./. Österreich, Serie A 266-B. Neue Gesetzgebung ist nur in engen Grenzen von den Vorbehalten gedeckt. Da Vorbehalte nur anläßlich der Ratifikation der EMRK oder eines Zusatzprotokolls erklärt werden können, ist ihre Erneuerung oder Anpassung – insbesondere an die strengeren Anforderungen der jüngeren Judikatur – nicht zulässig. Deswegen ist der verzweifelte Versuch des Schweizerischen Bundesrates, nach dem Urteil im Fall Belilos ./. Schweiz (EGMR, Urt. v. 29.4.1988, Serie A 132) einen neuen, bestimmteren Vorbehalt zu erklären, nicht von Erfolg gekrönt worden. Die Erklärung des Bundesrates vom 19.5.1988 wurde 1992 vom Bundesgericht für ungültig befunden (BGE 118 Ia 473; dazu Villiger [Fn. 26], Rn 38; ferner Oeter [Fn. 26], ZaöRV 1988, 521).

Niveau der EMRK heranzuführen ist. In dem spektakulären Fall Open Door gegen Irland ist das deutlich geworden. Der nach Art. 40.3.3 der irischen Verfassung gegenüber der EMRK weiterreichende Schutz für das ungeborene Leben hätte eine Einschränkung der Meinungsfreiheit einer Schwangerenberatungseinrichtung bedeutet und mußte daher im Ergebnis zurücktreten.²⁹

Die Perspektive der nationalen Rechtsordnung: Der Rang der EMRK im staatlichen Recht

Die Stellung der EMRK im Recht der Mitgliedstaaten und im besonderen ihr Verhältnis zum nationalen Verfassungsrecht sind uneinheitlich. Während das Gemeinschaftsrecht auf dem Boden der heute – abgesehen von Grenzbereichen – unbestrittenen Rechtsprechung des EuGH in allen Mitgliedstaaten unmittelbare Anwendbarkeit und Anwendungsvorrang genießt,³⁰ ist die Rechtslage im Hinblick auf die EMRK in den

²⁹ EGMR, Urt. v. 29. 10. 1992, Serie A 246-A. Der Fall betrifft das irische Verbot der Verbreitung von Informationen über die Möglichkeit von Schwangerschaftsunterbrechungen im Ausland. Gegenüber einer Beschwerde wegen Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit hatte die irische Regierung vor dem EGMR geltend gemacht, daß das ungeborene Leben nach Art. 40.3.3 der irischen Verfassung höheren Schutz genieße als nach der EMRK und dieser Umstand auch Einfluß auf die Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Art. 10 Abs. 2 EMRK haben müsse (Art. 40.3.3 verbot Tätigkeiten, die darin bestehen, schwangere Frauen in Irland dabei zu unterstützen, ins Ausland zu reisen, um dort eine Abtreibung vornehmen zu lassen). Dabei berief sich die Regierung auch auf die Günstigkeitsregel des Art. 53 mit Blick auf Art. 2 EMRK. Ungeachtet dessen stellte der EGMR eine Verletzung der Meinungsäußerungsfreiheit fest. Er vermied eine Auseinandersetzung mit der Günstigkeitsklausel, indem er einerseits die große Reichweite des Verbots und andererseits seine Ineffektivität hervorhob. Dementsprechend sei es nicht die Auslegung von Art. 10 EMRK, welche das Ausmaß an Abtreibungen im Ausland ermögliche, sondern die Lage in Irland im Hinblick auf die Durchsetzung des Gesetzes. So wenig diese Begründung zu überzeugen vermag, so deutlich zeigt sich bei näherer Betrachtung die Problematik der Günstigkeitsklausel: In mehrpoligen Grundrechtsverhältnissen ist ein Mehr für die eine Grundrechtsposition in aller Regel mit einem Weniger für die andere, kollidierende Position verbunden. Diese Problematik scheint dem Gerichtshof durchaus bewußt gewesen zu sein, wie sich insbesondere aus den Sondervoten der Richter De Meyer und Blayney ergibt; zur Entscheidung Langenfeld/Zimmermann Vereinbarkeit eines Ausreiseverbots für Schwangere mit EG-Recht und EMRK, EuGRZ 1992, 351 ff.; dies. Interdependenzen zwischen nationalem Verfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und Europäischem Gemeinschaftsrecht, ZaöRV 1992, 259ff.

³⁰ Anstelle vieler Oppermann (Fn. 4), Rn 615 m.w.N. Umstritten sind allenfalls Einzelfragen wie der Vorrang gegenüber bestimmten Teilen des Verfassungsrechts oder die

einzelnen Mitgliedstaaten vielfältiger. Ansätze, die einen allgemeinen Anwendungsvorrang der EMRK zu begründen versuchten,³¹ haben sich nicht durchgesetzt.³² Läßt man den heute zur Ausnahme gewordenen Fall der unterlassenen Inkorporation der EMRK beiseite,³³ so kann man drei Gruppen von Staaten unterscheiden: Staaten, in denen die Konvention insgesamt Bestandteil der Verfassung ist oder einen vergleichbaren Status genießt; Staaten, in denen die Rechte der EMRK gleichsam im "Mezzanin" stehen, das heißt im Rang über den Gesetzen, nicht aber im Verfassungsrang; schließlich Staaten, in denen die EMRK selbst nur im Rang eines einfachen Gesetzes steht, gleichwohl aber als Hilfe für die Auslegung nationaler Grundrechte herangezogen wird.

a) Die EMRK im Verfassungsrang

Verfassungsrang kommt der EMRK nur in Österreich zu. Mit einem eigenen Bundesverfassungsgesetz wurde die EMRK im Jahr 1964 rückwirkend in den Verfassungsrang gehoben.³⁴ Alle Rechte der EMRK können wie genuin innerstaatliche Grundrechte vor dem Verfassungsgerichtshof geltend gemacht werden. Eine darüber hinausgehende Stellung nimmt die EMRK im niederländischen Recht ein. Sie genießt dort Vorrang vor allem nationalen Recht einschließlich des Verfassungsrechts.³⁵

b) Die EMRK im Mezzanin zwischen Gesetz und Verfassung

In den meisten Mitgliedstaaten steht die EMRK heute im Rang über den einfachen Gesetzen, aber unter dem Verfassungsrecht. Beispiele sind die Schweiz,³⁶ Liechtenstein, Belgien oder Frankreich,³⁷ Griechen-

Kompetenz zur Wahrnehmung von Grundrechtsverstößen in der Konkurrenz zwischen nationalem Höchstgericht und EuGH.

³¹ Polakiewicz Die Verpflichtungen der Staaten aus den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, 1992, 360.

³² Vgl. nur van Dijk Domestic status of human-rights treaties and the attitude of the judiciary. The Dutch case, FS Ermacora, 1988, 631, 635 m.w.H. auf die Rechtsprechung des EGMR in Fn. 22.

³³ Soweit ersichtlich ist die EMRK nur noch in Irland nicht Bestandteil des innerstaatlichen Rechts; vgl. dazu *Polakiewicz* (Fn. 31), 331.

³⁴ BGBl. 1964/59.

³⁵ Explizit van Dijk (Fn. 32), FS Ermacora, 638f.; vgl. ferner Myjer Dutch interpretation of the European Convention: a double system?, FS Wiarda, 1988, 421 ff.

³⁶ Haefliger/Schürmann Die Europäische Menschenrechtskonvention in der Schweiz, 2. Aufl. 1999, 40f.; Schweizer Die schweizerischen Gerichte und das europäische Recht, ZSR 112 (1993 II), 577, 628 f.; zum Meinungsstand Villiger (Fn. 26), Rn 59.

³⁷ Polakiewicz (Fn. 31), 301 ff.

land, Luxemburg, Malta, Portugal,³⁸ Spanien³⁹ und Zypern. Auch in einigen Staaten Osteuropas hat sie diesen Status.⁴⁰ Gemeinsam ist diesen Staaten, daß die Rangfrage für völkerrechtliche Verträge überwiegend nicht eindeutig geklärt ist, daß die Rechtsprechung des Verfassungsgerichts bzw. des Höchstgerichts aber die Annahme eines "Vor-Rangs" der EMRK oder von menschenrechtlichen bzw. völkerrechtlichen Verträgen allgemein nahelegt.

Zum Teil führt das dazu, daß die nationalen Höchstgerichte, insbesondere die Verfassungsgerichte, die EMRK gleichwertig neben innerstaatlichen Grundrechten als Prüfungsmaßstab heranziehen. Das Schweizerische Bundesgericht geht von der Sonderstellung der EMRK mit der Begründung aus, daß die dort verbürgten Garantien ihrer Natur nach verfassungsrechtlichen Inhalt haben und in gleicher Weise gerügt werden können wie die Verletzung verfassungsmäßiger Rechte.⁴¹ Ähnliches kann für Liechtenstein angenommen werden.⁴² Demgegenüber

³⁸ Polakiewicz La mise en œuvre de la CEDH en Europe de l'Ouest: aperçu du droit et de la pratique nationaux, RUDH 1992, 359, 369.

³⁹ Fernández Sánchez La aplicabilidad del Convenio Europeo de Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos internos, Revista Española de Derecho Internacional 39 (1987), 423, 440; Polakiewicz (Fn. 31), 323.

⁴⁰ Zur Inkorporation allgemein Konstantinov Die osteuropäischen Länder und der Rechtsschutz durch die Europäische Menschenrechtskonvention, ROW 1998, 21, 25. Einzelne Beispiele: Art. 10 der Verfassung Tschechiens; für völkerrechtliche Verträge allgemein Art. 134 der Verfassung der Republik Kroatien; für völkerrechtliche Verträge über Menschenrechte Art. 20 Abs. 2 der Verfassung Rumäniens und Art. 11 der Verfassung der Slowakei; § 123 Abs. 2 der Verfassung Estlands; vgl. auch Art. 8 der Verfassung Sloweniens.

⁴¹ Das BG urteilte im Jahr 1991 in Sachen Eidg. Steuerverwaltung gegen Erben X., "daß die [in der EMRK] enthaltenen Garantien, soweit sie Grundrechte verbürgen, ihrer Natur nach verfassungsrechtlichen Inhalt haben. Die Konvention garantiert einen Mindeststandard an Grundrechten, welche die Mitgliedstaaten als ungeschriebene Verfassungsrechte anerkennen." Wegen der daraus resultierenden inhaltlichen Beziehung zu den verfassungsmäßigen Rechten sei die Verletzung der in der Konvention enthaltenen Rechte verfahrensmäßig gleich zu rügen wie die Verletzung verfassungsmäßiger Rechte (BGE 117 Ib 367, 371). Hieraus wird in der Literatur teilweise ein jedenfalls faktischer Verfassungsrang der EMRK gefolgert. Die Rechtsprechung des BG bleibt jedoch diesbezüglich zurückhaltend. In obigem Urteil spricht das BG lediglich aus, daß die EMRK jedenfalls nicht weniger verbindlich sei als ein Bundesgesetz. Eine eindeutige Festlegung in der Rangfrage hat es bislang vermieden.

⁴² Ohne eine Änderung der Verfassung wurde im Gefolge der Ratifikation der EMRK das Gesetz über den Staatsgerichtshof dahingehend geändert, daß auch wegen der Verletzung der Rechte der EMRK Beschwerde beim Staatsgerichtshof erhoben werden kann (LGBl. 1982/57); Winkler Staatsverträge, in: Studien zum Verfassungsrecht, 1991, 101, 141.

zeigt die französische Rechtsprechung nach wie vor Zurückhaltung bei der Einbeziehung der EMRK in den "bloc de constitutionnalité".⁴³ Ungeachtet dessen mißt der Conseil Constitutionnel namentlich in der Wahlgerichtsbarkeit Gesetze am Maßstab der Konvention.⁴⁴ Der Conseil d'Etat geht seit 1989 vom Vorrang völkerrechtlicher Verträge, und damit auch der EMRK, gegenüber Gesetzen aus.⁴⁵ Auch soweit der Wortlaut von Gesetzen im Widerspruch zur EMRK steht, legt der Conseil d'Etat den Inhalt von EMRK-Rechten seinen Entscheidungen zugrunde.⁴⁶

c) Die EMRK im Gesetzesrang

Den Rang eines einfachen Gesetzes ohne Vorrang gegenüber diesem hat die EMRK in Deutschland,⁴⁷ Italien,⁴⁸ San Marino sowie in vier skandinavischen Staaten. Dänemark, Norwegen und Schweden⁴⁹ haben die EMRK zwar erst in den letzten Jahren inkorporiert. Bereits davor fand aber die EMRK weitgehende Berücksichtigung.⁵⁰ Die Inkorporation steigerte dort die Bedeutung der EMRK. Im Falle Schwedens führte diese Entwicklung sogar zu einer Verfassungsbestimmung am Ende des Grundrechtskapitels, nach der kein Gesetz erlassen werden darf, welches Schwedens Verpflichtungen nach der EMRK zuwiderläuft.⁵¹ Finn-

⁴³ Vgl. Flauss Länderbericht Frankreich, in: Schwarze (Fn. 7), 25, 72f. m.w.N.

⁴⁴ Vgl. Flauss (Fn. 43), 73 f., 86 f. mwN.; Cocozza Les droits fondamentaux en Europe entre justice constitutionnelle "transfrontière" de la CEDH et justice constitutionnelle nationale, RFDC 1996, 707, 714 f., auch unter Hinweis auf die Zurückhaltung in der Literatur; zu den Einflüssen im übrigen Gaïa Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel, RFDC 1996, 725, 730 ff.

⁴⁵ Beginnend mit CE 20.11.1989 (*Nicolo*), *Long et al.* Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 10. Aufl. 1993, 742 ff.

⁴⁶ Vgl. z.B. CE 30.10.1998 (*Lorenzi*), RDP 1999, 649; zum Einfluß der EMRK im allgemeinen *Cassia/Saulnier* Le Conseil d'Etat et la Convention européenne des droits de l'homme, AJDA 1997, 411 ff.

⁴⁷ Dazu unten e).

⁴⁸ Das italienische Verfassungsgericht weist der EMRK nach der italienischen Verfassung einen ähnlichen Rang zu, wie ihn das BVerfG in entsprechender Weise nach dem Grundgesetz anerkennt; vgl. *Polakiewicz* (Fn. 31), 305 f.

⁴⁹ Polakiewicz (Fn. 31), 332 ff. m.w.N.

⁵⁰ Polakiewicz (Fn. 38), RUDH 1992, 373 ff.; ders. (Fn. 31), 332 ff.

⁵¹ Art. 2:23; dazu *Bernitz* Länderbericht Schweden, in: Schwarze (Fn. 7), 389, 426. Daß die Inkorporation in das schwedische Recht dem gleichzeitigen Beitritt zur EU am 1.1.1995 wenigstens mit zu verdanken ist, ist offensichtlich, vgl. *Bernitz* The Incorporation of the European Human Rights Convention into Swedish Law – A Half Measure, GYIL 1995, 178, 183 f.

land schließlich ist der EMRK erst 1990 beigetreten, auch dort genießt die EMRK Gesetzesrang.⁵²

d) Der Sonderfall des Vereinigten Königreichs

Auch das Vereinigte Königreich ist in die Gruppe der Staaten zu rechnen, in denen die EMRK Gesetzesrang hat. Es nimmt aber eine Sonderstellung ein. Die besondere Verfassungstradition macht die Einordnung in die hier vorgeschlagenen Kategorien nicht einfach. Durch den am 2. 10. 2000 in Kraft getretenen "Human Rights Act 1998" (HRA)⁵³ werden die Art. 2 bis 12 und 14 EMRK sowie die Art. 1 bis 3 des 1. ZP und die Art. 1 und 2 des 6. ZP in das britische Recht inkorporiert.⁵⁴ Dadurch wird jedoch keine Hierarchisierung nach der Vorstellung eines Stufenbaus der Rechtsordnung begründet; von einem Vorrang der EMRK gegenüber Parlamentsgesetzen kann nicht gesprochen werden. Vielmehr bleibt der Verfassungsgrundsatz der "Sovereignty of Parliament" unberührt. Die Besonderheit liegt hier in erster Linie darin, daß die Gerichte wie auch die Behörden zunächst umfassend zu einer konventionskonformen Auslegung und Anwendung der Gesetze ("so far as it is possible to do so", vgl. Section 3⁵⁵) verpflichtet sind. Darüber hinaus werden die

⁵² Vgl. Pellonpää Nationaler Individualrechtsschutz und europäischer Menschenrechtsstandard in Finnland, EuGRZ 1993, 590, 591.

⁵³ Hansard H.L. 9. November 1998, col. 499; Hansard H.C., 9. November 1998, col. 32.

⁵⁴ Dazu Grote Die Inkorporierung der Europäischen Menschenrechtskonvention in das britische Recht durch den Human Rights Act 1998, ZaöRV 1998, 309 ff.; Marshall Patriating Rights – with Reservations the Human Rights Bill 1998, in: University of Cambridge Centre for Public Law (Hrsg.), Constitutional Reform in the United Kingdom: Practice and Principles, 1998, 73 ff.; Palmer The Human Rights Act 1998: Bringing Rights Home, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 1998, 124 ff.; Wade Opinion: Human Rights and the Judiciary, E.H.R.L.R. 1998, 520 ff.; Ewing The Human Rights Act and Parliamentary Democracy, Modern Law Review 62 (1999), 79 ff.; Feldman The Human Rights Act 1998 and constitutional principles, Legal Studies 12 (1999), 165 ff.; Greer A Guide to the Human Rights Act 1998, European Law Review 24 (1999), 3 ff.; Loveland Incorporating the European Convention on Human Rights into UK Law, Parliamentary Affairs 52 (1999), 113 ff.; Baum Rights Brought Home, EuGRZ 2000, 281 ff.

⁵⁵ Supperstone/Coppel Judicial Review after the Human Rights Act, E.H.R.L.R 1999, 301, 324, unterstreichen die Parallele zu den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts an die nationale Interpretationspraxis: Die Formel "so far as it is possible" benutzte der EuGH im Zusammenhang mit dem Gebot der gemeinschaftsrechtskonformen Interpretation nationalen Rechts, vgl. EuGH, Urt. v. 13. 11. 1990, Rs. C-106/89 (Marleasing), Slg. 1990 I, 413b. Zur Gegenüberstellung dieses Systems mit dem New Zealand Bill of Rights: Taggart Tugging on Superman's Cape: Lessons from Experience with the New

Obergerichte für den Fall der Unmöglichkeit einer konventionskonformen Auslegung ermächtigt, eine förmliche Feststellung der Unvereinbarkeit eines Gesetzes mit der EMRK ("declaration of incompatibility")⁵⁶ zu treffen. Eine solche Feststellung hat zwar zunächst weder unmittelbare Auswirkungen auf die Gültigkeit der Norm, ihre weitere Anwendung oder ihre Durchsetzung, noch ist sie für die Parteien bindend (Section 4 para. 6 HRA). Im Ergebnis kann jedoch erwartet werden, daß diese Regelung zu einer sehr weitgehenden Berücksichtigung der EMRK führen wird.⁵⁷

Zudem wird mit dem HRA eine Neuerung im Gesetzgebungsverfahren eingeführt, welche eine Prüfung der Konventionskonformität eines Gesetzes durch den Minister vor der Beschlußfassung durch das Parlament fordert ("pre-enactment scrutiny"). Dieses Prüfungsverfahren wird in Verbindung mit dem ausdrücklichen Gebot konventionskonformer Interpretation der EMRK im Ergebnis jenen Einfluß sichern, der ihr in anderen Staaten unter Bedingungen eines übergesetzlichen Rangs zukommt. Nach Section 19 hat der zuständige Minister vor der zweiten Lesung eines Gesetzes im Verfahren der "pre-enactment scrutiny" eine Stellungnahme zur Konventionskonformität der Regelung abzugeben.⁵⁸ Auf Grund der geänderten Rechtsprechung des House of Lords⁵⁹ sind die parlamentarischen Materialien und damit auch diese Stellungnahme und ihre Diskussion im Parlament bei der Interpretation heranzuziehen. weshalb die Stellungnahme des Ministers einen wichtigen Beitrag zur konventionskonformen Interpretation im Sinne der Section 3 leistet. Wenn es schließlich trotz dieser "Vorkehrungen" zu einem "statement of incompatibility" durch ein Gericht kommt, so ist ein spezielles Gesetzgebungsverfahren vorgesehen, um Abhilfe zu schaffen (Section 10 i.V.m. dem 2. Anhang). Diese sogenannte "fast track legislation" erlaubt

Zealand Bill of Rights Act 1990, in: University of Cambridge Centre for Public Law (Fn. 54), 85, 93.

³⁶ Dies betrifft nur Gesetze der "primary legislation", d.h. Parlamentsgesetze. Konventionswidrige "subordinate legislation" können die Gerichte selbst für nichtig erklären, dazu *Wade* The United Kingdom's Bill of Rights, in: University of Cambridge Centre for Public Law (Fn. 54), 66 ff.

⁵⁷ Vgl. Wade (Fn. 54), E.H.R.L.R. 1998, 532, der von einem "Quantensprung" in eine neue Rechtskultur spricht.

⁵⁸ Dieses Verfahren wurde bereits vor Inkrafttreten des HRA praktiziert, vgl. Feldman (Fn. 54), Legal Studies 12 (1999), 183.

⁵⁹ Pepper v. Hart [1993] AC 593. S. dazu Klug The Human Rights Act 1998, Pepper v. Hart and All That, Public Law 1999, 246ff.; zum Zusammenspiel mit dem HRA vgl. Feldman Remedies for Violations of Convention Rights under the Human Rights Act, E.H.R.L.R. 1998, 691, 698 ff.

es der Regierung, die Rechtslage in einem besonderen Verfahren der Konvention anpassen zu lassen.⁶⁰ Das Verfahren ist auch für Fälle vorgesehen, in denen die Unvereinbarkeit eines Gesetzes durch ein Urteil des EGMR festgestellt wird. Obgleich damit die Konventionsrechte formaliter auf einfachgesetzlichem Niveau verharren und die Parlamentssouveränität de iure unangetastet bleibt, erlangt die EMRK durch die Vorschriften des HRA in der Praxis eine Stellung, von der erwartet werden kann, daß sie der eines verfassungsrechtlich verankerten Grundrechtskataloges, wenn schon nicht ebenbürtig, so doch stark angenähert erscheint.⁶¹

e) Die Rechtslage in Deutschland

Die Rechtslage nach dem Grundgesetz weist der EMRK ohne Zweifel nur den Rang eines einfachen Bundesgesetzes zu (Art. 59 Abs. 2 GG). Die Rechtsprechung des BVerfG nimmt nur insoweit Abweichungen an, als sie die EMRK bei der Auslegung der Grundrechte des Grundgesetz berücksichtigt und eine Derogation durch spätere Gesetze ablehnt.⁶² Versuche, den Verfassungsrang der EMRK zu begründen, vermochten weder das BVerfG zu überzeugen, noch konnten sie sich im Schrifttum durchsetzen.⁶³ Eine differenzierte Betrachtung der Inhalte der EMRK-

⁶⁰ Dazu im einzelnen wiederum *Ewing* (Fn. 54), Modern Law Review 62 (1999), 96; *Feldman* (Fn. 54), Legal Studies 12 (1999), 187 ff.

⁶¹ Ähnlich insoweit Feldman (Fn. 54), Legal Studies 12 (1999), 178.

⁶² Grundlegend BVerfGE 74, 358, 370; s. auch BVerfGE 82, 106, 120; dazu Sommermann, Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Maßstab der Verfassungskonkretisierung – Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes, AöR 114 (1989) 391, 410 ff.; Kirchhof Verfassungsrechtlicher Schutz und internationaler Schutz der Menschenrechte: Konkurrenz oder Ergänzung?, EuGRZ 1994, 16, 31 ff.; Schlette Les interactions entre les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, RFDC 1996, 747, 751 f.

⁶³ Eine Subsumtion des EGMR unter den Begriff der "zwischenstaatlichen Einrichtung" nach Art. 24 GG (vgl. Ress Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge, FS Zeidler II, 1987, 1775, 1790ff.) kommt ungeachtet zunehmenden Ineinandergreifens von nationalem Recht und Völkerrecht gerade im Menschenrechtsbereich (Walter [Fn. 9], ZaöRV 1999, 975) nicht in Betracht, da der EGMR keine für die Annahme einer Übertragung von Hoheitsrechten gem. Art. 24 Abs. 1 GG notwendige Regelungskompetenz besitzt. – Versuche, durch eine Begriffsbildung außerhalb des Grundgesetzes die EMRK als "Grundrechtsverfassung" zu qualifizieren und so in Verfassungsrang zu erheben, sind nicht überzeugend: Der Vorschlag einer Inkorporation der EMRK als "Grundrechtsverfassung" über Art. 1 Abs. 2 und 3 GG (so Hoffmeister Völkerrechtlicher Vertrag oder europäische Grundrechtsverfassung, Humboldt Forum Recht 5/1999, 7) verkennt, daß ein solcher Verfassungsbegriff von dem des Grundgesetzes verschieden ist und daß der Begriff der Grundrechte auf jene des Grundgesetzes beschränkt ist.

Grundrechte läßt aber für Teilbereiche eine weitergehende Berücksichtigung der EMRK zu, als dies gegenwärtig in der Praxis des BVerfG geschieht. Zunächst genießen Menschenrechtsgehalte der EMRK, die gleichzeitig zum Völkergewohnheitsrecht gehören, nach Art. 25 GG übergesetzlichen Rang.⁶⁴ Im übrigen erscheint die Annahme vertretbar, daß die Rechte der EMRK im Rahmen des Art. 2 Abs. 1 GG zu berücksichtigen sind; ein Verstoß gegen die EMRK kann mit einer auf Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem entsprechenden Grundrecht der EMRK gestützten Verfassungsbeschwerde geltend gemacht und vom BVerfG an diesem Maßstab geprüft werden,⁶⁵ soweit das Recht nicht in den Regelungsbereich spezieller Grundrechte des Grundgesetzes fällt, da hier eine Berufung auf das Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG nicht in Betracht kommt.⁶⁶ Des Umwegs über das Rechtsstaatsprinzip, wie ihn das BVerfG geht, bedarf es nicht.

Der Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem entsprechenden Grundrecht der EMRK als Bestandteil des einfachen Bundesrechts steht ebensowenig entgegen wie der Geltendmachung von Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips über den "Umweg" des Auffanggrundrechts im Rahmen der Verfassungsbeschwerde. Auf der Schrankenebene ist eine mögliche Rechtfertigung des jeweiligen Grundrechtseingriffs gegebenenfalls unter Anwendung der in der EMRK vorgesehenen Schranken zu prüfen.⁶⁷ Obwohl auf diese Weise gar nicht wenige Garantien der

⁶⁴ Die Meinung, daß die EMRK insgesamt Völkergewohnheitsrecht darstelle (Bleckmann Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention?, EuGRZ 1994, 149, 153 f.; Giegerich Die Verfassungsbeschwerde an der Schnittstelle von deutschem, internationalem und supranationalem Recht, in: Grabenwarter u.a. (Hrsg.), Allgemeinheit der Grundrechte und Vielfalt der Gesellschaft, 1994, 101, 113, für die vorbehaltlos von allen Konventionsstaaten akzeptierten Rechte), ist abzulehnen, da nicht für alle in der EMRK garantierten Rechte eine allgemeine Rechtsüberzeugung, wie sie für das Entstehen von Völkergewohnheitsrecht notwendig ist, festzustellen ist. Wie hier Uerpmann Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993, 65 ff.; Walter (Fn. 9), ZaöRV 1999, 972.

⁶⁵ Frowein Das Bundesverfassungsgericht und die Europäische Menschenrechtskonvention, FS Zeidler II, 1987, 1763, 1770. Dagegen *Dreier* in: ders. (Fn. 9), Art. 2 I Rn 41.
⁶⁶ Vgl. etwa *Dreier* in: ders. (Fn. 9), Art. 2 I Rn 22; *Murswiek* in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, 2. Aufl. 1999, Art. 2 Rn 10.

⁶⁷ Die Verhältnismäßigkeitsprüfung hat also etwa in Anlehnung an die Schrankenregelung von Art. 8 Abs. 2 EMRK zu erfolgen. Im Bereich der Verfahrensrechte, die nach Art. 6 EMRK keiner Schranke unterliegen, kann das BVerfG prüfen, ob der Gesetzgeber bei der Konkretisierung der Rechte im Rahmen der Ausgestaltung des Verfahrens die Garantien hinreichend beachtet hat. Insofern entspricht die Prüfung derjenigen, die das BVerfG auch jetzt bei der Prüfung der aus dem Rechtsstaatsprinzip

EMRK verfassungsbeschwerdefähig werden,68 bleibt für die übrigen Rechte nur die Berücksichtigung bei der Auslegung der einschlägigen Einzelgrundrechte des Grundgesetzes. Dies zu ändern, vermag die Rechtsdogmatik nicht mehr zu leisten. Eine Änderung liegt vielmehr allein in der Hand des Verfassungsgesetzgebers.

3. Zwischenresümee

In einem vergleichenden Zwischenresümee ist festzuhalten: Der Umfang der völkerrechtlichen Bindung ist durch Zusatzprotokolle und Vorbehalte für die einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich. Auch der Rang der EMRK und die Bedingungen ihrer Anwendung im innerstaatlichen Recht sind – anders als nach europäischem Gemeinschaftsrecht – nicht einheitlich vorgegeben. Gleichwohl sind auf beiden Ebenen rechtlich induzierte, überwiegend aber weder konventionsrechtlich noch staatsrechtlich vorgegebene Tendenzen der Vereinheitlichung festzustellen. Die Bedeutung der Vorbehalte nimmt ab, die Ratifikation wenigstens zweier Zusatzprotokolle der EMRK gehört heute zum Standard. Auf innerstaatlicher Ebene hat in den letzten zehn Jahren in den "alten" Mitgliedstaaten eine Inkorporationsbewegung eingesetzt, die mit dem Inkrafttreten des Human Rights Act 1998 im Vereinigten Königreich ihren vorläufigen Abschluß und Höhepunkt erreicht hat. Parallel dazu nimmt die Berücksichtigung der EMRK in der Rechtsprechung der nationalen Gericht auch in ienen Staaten zu, in denen die gesetzlichen Rahmenbedingungen nicht verändert wurden.

entnommenen Garantien vornimmt, vgl. z.B. BVerfGE 82, 106, 115 (für die Unschuldsvermutung).

⁶⁸ In Betracht kommt die Berufung auf Art. 2 Abs. 1 GG vor allem bei den Verfahrensgrundrechten, die in der EMRK im einzelnen garantiert sind, während sie das BVerfG als über Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsbeschwerdefähige Rechte dem Rechtsstaatsprinzip entnimmt (Beispiele: Unschuldsvermutung, Art. 6 Abs. 2 EMRK, BVerfGE 19, 342, 347; 74, 358, 370; 82, 106, 114; Recht auf Verteidiger, Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, BVerfGE 38, 105, 111 f.; 66, 313, 318 f.; Rechtsschutz in Zivilsachen, Art. 6 EMRK, BVerfGE 85, 337, 345; 88, 118, 123 f.; angemessene Verfahrensdauer, Art. 6 Abs. 1 EMRK, BVerfG, Beschl. v. 20.7. 2000, EuGRZ 2000, 491 f.). Weitere Beispielsfälle bilden durch Art. 8 EMRK (Recht auf Privat- und Familienleben) garantierte Rechte, die nicht in den Regelungsbereich eines speziellen Grundrechts des Grundgesetzes fallen und die das BVerfG im Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit verortet (Recht auf sexuelle Selbstbestimmung, auf informationelle Selbstbestimmung, auf Kenntnis der eigenen Abstammung, auf Schutz des Namens), weiterhin die Ausreisefreiheit (Art. 2 Abs. 2 4. ZP) und die Privatautonomie (Art. 1 1. ZP).

III. Das Leitbild der EMRK: Demokratischer Rechtsstaat europäischer Prägung

Die EMRK enthält einen Katalog von Menschenrechten, die in mancher Hinsicht Grundrechten nationaler Verfassungen sehr ähnlich sind. Diese Ähnlichkeit ist zum einen darin begründet, daß einzelne Rechte nach dem Vorbild nationaler Grundrechte formuliert worden sind. Zum anderen hat sie ihren Grund darin, daß heute nicht wenige Staaten in ihrer nationalen Gesetzgebung Anleihen bei der EMRK genommen haben, die bis zu partieller Identität des Grundrechtsbestandes wie im Falle Österreichs und jetzt auch des Vereinigten Königreichs reichen. Versucht man inhaltliche Schwerpunkte auszumachen, in denen die EMRK besondere Bedeutung erlangt hat, so stechen drei Bereiche hervor, nämlich die Rahmenbedingungen der Ausübung von Freiheitsrechten, die Sicherung des Rechtsstaats durch Verfahrensgarantien und der Schutz der Rechtsstellung von Ausländern.

1. Politische Menschenrechte in der "demokratischen Gesellschaft"

Die Europäische Menschenrechtskonvention enthält eine Reihe von politischen Grundrechten, neben der Garantie freier Wahlen (Art. 3 1. ZP) namentlich die Freiheit der Meinungsäußerung und der Presse (Art. 10) sowie die Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11). Die zuletzt genannten Grundrechte enthalten Eingriffsvorbehalte, nach denen die geschützten Freiheiten nur insoweit beschränkt werden dürfen, als dies zur Erreichung bestimmter legitimer Ziele in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich ist. Darin liegt die textliche Grundlage für den materiellen Eingriffsvorbehalt, welcher im wesentlichen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entspricht,69 wie er aus der Judikatur vieler Verfassungsgerichte und Höchstgerichte der Mitgliedstaaten, allen voran jener des Bundesverfassungsgerichts geläufig ist.

In den Eingriffsschranken der EMRK kommt das Leitbild der demokratischen Gesellschaft zum Ausdruck. Sie machen deutlich, daß die Demokratie das einzige politische Modell ist, das von der Konvention

⁶⁹ Vgl. Berka Die Grundrechte, 1999, Rn 276 ff.; ders. Die Gesetzesvorbehalte der Europäischen Menschenrechtskonvention, ÖZÖR 1986, 71 ff.; Engel Die Schranken der Schranken in der Europäischen Menschenrechtskonvention. Das Merkmal "notwendig in einer demokratischen Gesellschaft" in den Schrankenvorbehalten, das Diskriminierungsverbot und die "margin of appreciation", ÖZÖR 1986, 261 ff.; Hauer Die Polizeizwecke der Grundrechtsschranken der Europäischen Menschenrechtskonvention, in: Grabenwarter/Thienel (Hrsg.), Kontinuität und Wandel der EMRK, 1998, 115 ff.

in Betracht gezogen wird und folglich mit ihr vereinbar ist.⁷⁰ Eine Vielzahl von Entscheidungen zur Meinungs- und Vereinigungsfreiheit bestätigen diesen Befund.

Hervorzuheben ist die Rechtsprechung des EGMR zur Presse- und Rundfunkfreiheit. Die Voraussetzungen einer demokratischen Gesellschaft werden mit den Begriffen Pluralismus, Toleranz und Offenheit definiert, oder in den Worten des EGMR: Die Meinungsfreiheit gilt nicht nur für Meinungen, die mit Zustimmung oder Gleichgültigkeit aufgenommen oder als nicht verletzend angesehen werden, sondern auch für solche, die den Staat oder einen Teil der Bevölkerung verletzen, schokkieren oder beunruhigen. Diese Voraussetzungen schafft die EMRK nicht, sie setzt sie als von den Verfassungen der Mitgliedstaaten in effektiver Weise vorgesehen voraus.

Die Funktion der Presse als "public watchdog" der Demokratie genießt besonderen Schutz: Die Medien haben in der Demokratie die Aufgabe, Informationen und Ideen zu verbreiten, die Öffentlichkeit hat korrespondierend dazu das Recht, sie zu empfangen;⁷² dabei zählt die Freiheit der politischen Debatte zum Kernbereich der demokratischen Gesellschaft.⁷³ In diesem Bereich darf der Staat nur in engen Schranken in die entsprechenden Freiheiten eingreifen.⁷⁴

Aus derselben Überlegung heraus genießt die von Art. 11 geschützte Freiheit der Parteien besonderen Schutz.⁷⁵ Parteien sind Teil der politischen Auseinandersetzung, ohne sie ist die Demokratie nicht denkbar. Das Leitbild der Demokratie in der EMRK ist das einer Parteiendemo-

⁷⁰ Auch in der Präambel der Konvention wird eine klare Verbindung zwischen der Konvention und der Demokratie in der Erwägung hergestellt, daß die Wahrung und Entwicklung der Menschenrechte und Grundfreiheiten am besten gesichert wird durch ein wahrhaft demokratisches politisches Regime einerseits und eine gemeinsame Auffassung und Achtung der Menschenrechte andererseits (vgl. EGMR, Loizidou ./. Türkei [Fn. 12], Ziff. 75; Urt. v. 30. 1. 1998, Vereinigte kommunistische Partei der Türkei ./. Türkei, RJD 1998 I, Ziff. 45).

⁷¹ EGMR, Urt. v. 7. 12. 1977, Handyside ./. Vereinigtes Königreich, Serie A 24, Ziff. 49; aus jüngerer Zeit EGMR, Urt. v. 19. 12. 1994, VDSÖ ./. Österreich, Serie A 302, Ziff. 37.

⁷² EGMR, Urt. v. 26.4.1979, Sunday Times ./. Vereinigtes Königreich, Serie A 30 = EuGRZ 1979, 386ff., Ziff. 65.

⁷³ EGMR, Urt. v. 8.7. 1986, Lingens ./. Österreich, Serie A 103, Ziff. 42.

⁷⁴ Einen Überblick über die Rechtsprechung der letzten Jahre gibt Hoffmeister Art. 10 EMRK in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte 1994–1999. EuGRZ 2000. 358ff.

⁷⁵ Die Freiheit umfaßt alle Phasen des Bestehens einer Partei und schützt auch vor ungerechtfertigter Verfügung der Auflösung oder des Verbots einer Partei (EGMR, Vereinigte kommunistische Partei der Türkei ./. Türkei [Fn. 70], Ziff. 33).

kratie. 76 Der Spielraum der Staaten bei der Begrenzung der politischen Tätigkeit von Parteien und beim Erlaß von Parteiverboten ist dementsprechend begrenzt, 77 die Einschränkungstatbestände des Art. 11 Abs. 2 müssen eng ausgelegt werden. Nationale Parteiverbotstatbestände, welche zur Rechtfertigung eines Verbotes die bloße Gefährdung des Bestands eines Staates ausreichen lassen, sind nicht von Art. 11 EMRK gedeckt: Nach Ansicht des Gerichtshofs gehört es zum Wesen der Demokratie, daß verschiedene politische Programme angeboten und diskutiert werden dürfen, selbst solche, welche die gegenwärtige Staatsorganisation in Frage stellen, vorausgesetzt, daß diese Programme nicht die Demokratie selbst gefährden. 78

Die Eingriffsschranken sind umso weiter gezogen, je geringer der Zusammenhang der geschützten Meinungsfreiheit mit der demokratischen Auseinandersetzung im engeren Sinn ist. Im Bereich wirtschaftlicher Meinungsfreiheit und der Kunstfreiheit ist der Beurteilungsspielraum

⁷⁶ Dieser Grundsatz kommt auch in Art. 3 1. ZP, der Garantie freier Wahlen, zum Ausdruck, wonach die "freie Äußerung der Meinung des Volkes bei der Wahl der gesetzgebenden Organe" gewährleistet sein soll. Eine solche Meinungsäußerung ist nach Auffassung des EGMR undenkbar ohne die Teilnahme mehrerer politischer Parteien, welche die verschiedenen Meinungen innerhalb der Bevölkerung eines Landes repräsentieren. Durch die Übertragung dieses Meinungsspektrums nicht nur in politische Institutionen, sondern mit der Hilfe der Medien in alle Bereiche des Soziallebens, leisteten politische Parteien einen unersetzlichen Beitrag zur politischen Debatte, die im Kern des Begriffs der demokratischen Gesellschaft liege (EGMR, Vereinigte kommunistische Partei der Türkei ./. Türkei [Fn. 70], Ziff. 44).

⁷⁷ EGMR, Vereinigte kommunistische Partei der Türkei ./. Türkei (Fn. 70), Ziff. 46.

⁷⁸ Die Tatsache, daß das politische Programm einer Partei von den nationalen Instanzen für unvereinbar mit den verfassungsrechtlichen Prinzipien und Strukturen eines Staates angesehen wird, macht das Programm aber noch nicht unvereinbar mit den Regeln der Demokratie (EGMR, Urt. v. 25.5.1998, Sozialistische Partei ./. Türkei, Serie A 75, Ziff. 47; Urt. v. 8. 12. 1999, ÖZDEP ./. Türkei, Appl. Nr. 23885/94, Ziff. 41). Bei der Beurteilung der Zulässigkeit eines Parteiverbots sind neben dem politischen Programm auch Äußerungen von Parteifunktionären in der Öffentlichkeit zu berücksichtigen (EGMR, Sozialistische Partei, a.a.O., Ziff. 48; Vereinigte kommunistische Partei der Türkei ./. Türkei [Fn. 70], Ziff. 58). In diesem Zusammenhang betont der EGMR den Vorrang der politischen Debatte als grundlegendem Merkmal der Demokratie: Demokratie eröffnet die Möglichkeit, die Probleme eines Landes durch Dialog zu lösen, ohne Rückgriff auf Gewalt, selbst wenn die Probleme schwerwiegend sind. Da Demokratie auf der Meinungsfreiheit beruht, kann es keine Rechtfertigung für das Verbot einer politischen Gruppe mit der alleinigen Begründung geben, daß sie die öffentliche Auseinandersetzung über die Situation eines Teils der Bevölkerung sucht und am politischen Leben einer Nation teilnehmen will, um in Entsprechung demokratischer Regeln eine Lösung zu entwickeln, welche für alle Betroffenen zufriedenstellend ist (Vereinigte kommunistische Partei der Türkei ./. Türkei [Fn. 70], Ziff. 57).

daher ein größerer.⁷⁹ Umgekehrt vermag gerade der Schutz der Demokratie Beschränkungen der Meinungsäußerung zu rechtfertigen, wie sich am Beispiel der Meinungs- und Vereinigungsfreiheit von Beamten zeigen läßt.⁸⁰ Im wesentlichen sind es zwei Ziele, welche die Beschränkung der politischen Rechte von Beamten rechtfertigen, nämlich das Gebot der Verfassungstreue und die Sicherung der Unparteilichkeit der staatlichen Verwaltung. In beiden Fällen wird den Mitgliedstaaten unter Hinweis auf die Pflichtenklausel in Art. 10 Abs. 2 EMRK ein weiter Beurteilungsspielraum zugestanden.⁸¹

⁷⁹ Zur Freiheit der Wirtschaftswerbung EGMR, Urt. v. 20. 11. 1989, markt intern Verlag ./. Österreich, Serie A 165; Urt. v. 24. 2. 1994, Casado Coca ./. Spanien, Serie A 285-A; Calliess Werbung, Moral und Europäische Menschenrechtskonvention, AfP 2000, 248 ff.; zur Kunstfreiheit Urt. v. 24. 5. 1980, Müller ./. Schweiz, Serie A 133; Urt. v. 20. 9. 1994, Otto-Preminger-Institut ./. Österreich, Serie A 295-A; Urt. v. 25. 11. 1996, Wingrove ./. Vereinigtes Königreich, RJD 1996 V.

⁸⁰ Art. 11 Abs. 2 letzter Satz EMRK ermächtigt dazu, die Ausübung der Grundrechte der Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit durch Mitglieder der Streitkräfte, der Polizei oder Staatsverwaltung jenseits der Schranke der Verhältnismäßigkeit (Frowein/Peukert [Fn. 21], Art. 11, Rn 18) besonderen Beschränkungen zu unterwerfen. Im Schutzbereich von Art. 10 wird aus dem in Abs. 2 enthaltenen Hinweis auf "Pflichten und Verantwortungen" die Grundlage zur Rechtfertigung spezifischer Beschränkungen der Freiheiten von Beamten mit Blick auf die von ihnen ausgeübten Funktionen gesehen.

⁸¹ In diesen Beurteilungsspielraum fällt es jedenfalls, wenn ein Staat von seinem Beamten eine Treuepflicht fordert, wenngleich auch diese keinen Selbstzweck bildet, sondern stets im Dienst der Demokratie zu stehen hat. In diesem Sinn ist die Rechtfertigung der mit der verfassungsrechtlichen Entscheidung des Bonner Grundgesetzes für eine wehrhafte Demokratie verbundenen Beschränkung von politischen Grundrechten in der geschichtlichen und politischen Entwicklung Deutschlands in den Jahren vor und nach 1945 zu finden. Anders gewendet: In der konkreten historischen Situation ist es zulässig, für die Zwecke der Verhältnismäßigkeitsprüfung das Leitbild der freiheitlichen Demokratie des Art. 10 EMRK um jenes der wehrhaften Demokratie des Bonner Grundgesetzes anzureichern. Darin liegt unter anderem auch die Erklärung dafür, daß die Berufung auf die Verfassungstreue nur beim größten Anrainerstaat des Rheins, nicht aber beim kleinsten trägt: Der Hinweis der Regierung Liechtensteins auf das Erfordernis der Verfassungstreue in der Entscheidung über die Ernennung des Präsidenten der Verwaltungsbeschwerdeinstanz vermag die Verhältnismäßigkeitsprüfung nicht zu beeinflussen (EGMR, Urt. v. 28. 10. 1999, Wille ./. Liechtenstein, Appl. Nr. 28396/95). Auch bei den Grenzen der politischen Betätigung zur Wahrung der Unparteilichkeit der Staatsverwaltung ist der konkrete historische und politische Kontext relevant. Auf diese Weise werden weitreichende politische Betätigungsverbote vor dem Hintergrund der Gefahr der Identifikation von Polizei und Armee mit einer Partei im Gefolge eines 40jährigen Einparteiensystems gerechtfertigt (EGMR, Urt. v. 20.5.1999, Rekvenyi ./. Ungarn, Appl. Nr. 25390/94 = NVwZ 2000, 421). Auch bloße Mißstände ohne den Extremfall einer Diktatur können hinreichend sein, solange die Reaktion des Gesetzge-

2. Verfahrensgarantien

Vielfältige Einflüsse der EMRK auf das nationale Verfassungsrecht sind im Bereich der sogenannten "Verfahrensgarantien", im Kern der Justizgrundrechte, zu verzeichnen. Vor allem die Art. 5 und 6 der EMRK sind stärker als alle übrigen Rechte der EMRK vom anglo-amerikanischen Recht geprägt. Dementsprechend stärker ist der Kontrast zum und der potentielle Konflikt mit dem nationalen Verfassungsrecht in der überwiegenden Zahl der Mitgliedstaaten. Hier trafen die Grundrechte der EMRK in den Staaten Kontinentaleuropas auf Verfassungen, die solche Garantien überwiegend nicht kennen oder kannten.

Unter dem Einfluß der Judikatur des EGMR haben sich gemeineuropäische Verfahrensgrundsätze für die verschiedenen Verfahrensarten des Strafprozesses, des Zivilprozesses und des Verwaltungsprozesses herausgebildet, ohne daß es in den meisten Mitgliedstaaten Anhaltspunkte in den nationalen Grundrechten gegeben hätte. Die Garantie des fairen Verfahrens in Art. 6 EMRK steht im Zentrum dieser Einflüsse. Für die Frage, ob im Berufungsverfahren eine mündliche Verhandlung stattfindet, ob ein Armenverteidiger oder ein Dolmetscher beizuziehen ist, ob Akteneinsicht zu gewähren ist, schließlich wie der Zeugenbeweis oder der Nemo-tenetur-Grundsatz zu handhaben sind, bestehen heute gemeineuropäische Verfahrensgrundsätze,⁸² die in keinem Mitgliedstaat mehr unberücksichtigt bleiben.⁸³

Die größten Spannungen mit nationalem Verfassungsrecht entstanden durch die ursprünglich nicht absehbare Ausdehnung der ausdrücklich für "zivilrechtliche Ansprüche" und "strafrechtliche Anklagen" gel-

bers entsprechend ausführlich vorbereitet wurde und ausreichend differenziert ausfällt. Bemerkenswert ist, daß der EGMR das Konzept der wirksamen politischen Demokratie unter Hinweis auf die Präambel der Charta des Europarates über kommunale Selbstverwaltung auf die Gemeindeebene erstreckt und bemerkt, daß insbesondere der Umfang von Entscheidungen auf kommunaler Ebene und die Nähe des Wahlvolks auf der Gemeindeebene zur Politik, die von den Kommunalpolitikern betrieben wird, zu berücksichtigen seien (EGMR, Urt. v. 17. 12. 1996, Ahmed ./. Österreich, RJD 1996 VI, Ziff. 52).

⁸² Vgl. Frowein/Peukert (Fn. 21), Art. 6 Rn 117 ff., 156 ff.

⁸³ Die meisten Verurteilungen durch den Straßburger Gerichtshof gehen freilich auf das Konto einer Garantie, die als große Errungenschaft des Straßburger Kontrollmechanismus gilt, ihn aber seit längerem lahmzulegen droht: jene des Gebots angemessener Verfahrensdauer. Von ihm ist auch die Verfassungsgerichtsbarkeit, nicht zuletzt die deutsche, betroffen (EGMR, Urt. v. 1.7. 1997, Pammel ./. Deutschland, RJD 1997 IV; Urt. v. 1.7. 1997, Probstmeier ./. Deutschland, RJD 1997 IV; Urt. v. 16. 9. 1996, Süβmann ./. Deutschland, RJD 1996 IV; dazu Klose Grundrechtsschutz in der Europäischen Union und die Europäische Menschenrechtskonvention, DRiZ 1997, 122 ff.).

tenden Garantien des fair trial auf verwaltungsgerichtliche Verfahren und auf Disziplinarverfahren.⁸⁴ Es ist das jener Bereich, in dem die Einflüsse auf das nationale Staatsorganisationsrecht am weitesten gingen, in dem aber die Straßburger Rechtsprechung seit Anfang der Neunziger Jahre unter dem Eindruck des Widerstands von nationalen Höchstgerichten⁸⁵ die Anforderungen auch wieder ein Stück weit zurückgenommen hat.⁸⁶

3. Grundrechtsschutz für Ausländer und Minderheiten

Beim Grundrechtsschutz für Ausländer leistet die EMRK einen wesentlichen Beitrag zur Schaffung eines ordre public in Europa. Zunächst liegt das daran, daß die EMRK fast durchwegs Menschenrechte garantiert, während einzelne – namentlich politische – Grundrechte im nationalen Verfassungsrecht vielfach nur Staatsbürgern vorbehalten sind.⁸⁷ Sodann gewährt die EMRK Ausländern Grundrechtsschutz, der sich aus ihrer spezifischen Rechtsstellung im Staat ihres Aufenthalts beziehungsweise der beabsichtigten Einreise in diesen ergibt. So vermitteln das Verbot der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder

⁸⁴ Bei der Bestimmung des Schutzbereichs von Art. 6 EMRK im Hinblick auf das Merkmal "civil rights" hatte der EGMR nicht immer festes dogmatisches Terrain unter den Füßen. Vielmehr tastete er sich von Einzelfall zu Einzelfall vor und markierte Grenzen für das Verständnis von civil rights (vgl. Grabenwarter Verfahrensgarantien in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, 1997, 41 ff.); dies trug seiner Auslegung die Attribute "evolutiv und dynamisch" ein.

⁸⁵ Hervorzuheben sind Entscheidungen des österreichischen VfGH (VfSlg 11500/1987) und des Conseil d'Etat (vgl. die Nachweise bei *Costa* La Convention européenne des droits de l'homme et le Conseil d'Etat de France, RTDH 1 [1990], 125 ff.; de Gouttes Le juge français et la Convention européenne de droits de l'homme, RTDH 6 [1995], 605 ff.).

⁸⁶ Deutlich wird das in den Fällen Zumtobel (EGMR, Urt. v. 21.9.1993, Zumtobel :/. Österreich, Serie A 268-A) und Fischer (EGMR, Fischer :/. Österreich [Fn. 27]); vgl. dazu das Sondervotum Martens im Fall Fischer.

⁸⁷ Nur ausnahmsweise kommt es auf der Ebene des Schutzbereichs auf die Staatsangehörigkeit an. Art. 2 Abs. 2 und Art. 3 des 4. ZP garantieren die Freizügigkeit und ein Ausweisungsverbot für eigene Staatsangehörige. Das Verbot von Kollektivausweisungen des Art. 4 4. ZP und die Verfahrensgarantien im Ausweisungsverfahren nach Art. 1 7. ZP knüpfen direkt oder indirekt an die Staatsangehörigkeit zum besonderen Schutz von Fremden an. Für bestimmte politische Grundrechte sieht Art. 16 EMRK vor, daß die Bestimmungen der Art. 10, 11 und 14 EMRK nicht so ausgelegt werden dürfen, daß sie den Vertragsstaaten verbieten, die politische Tätigkeit von Ausländern Beschränkungen zu unterwerfen. Zur Bedeutung dieser Vorschrift im Kontext des Unionsrechts s. unten V. 3., insbes. Fn. 163.

Behandlung (Art. 3) und das Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens (Art. 8) Ansprüche, die im Ergebnis dazu führen können, daß ein Ausländer nicht des Landes verwiesen werden darf. 88 In einer bemerkenswerten Auslegung von Art. 3 hat die Straßburger Rechtsprechung schon recht früh anerkannt, daß eine Verantwortlichkeit eines Mitgliedstaats der EMRK bei Ausweisung oder Auslieferung eines Ausländers begründet werden kann, wenn die betreffende Person im Verfolgerstaat einer Strafe oder Behandlung ausgesetzt zu sein droht, welche mit Art. 3 EMRK nicht vereinbar ist. 89 Ferner ist heute unbestritten, daß gegenüber einem Staat, der das 6. ZP ratifiziert hat, ein vergleichbarer Schutz gegen Ausweisung und Auslieferung auch dann besteht, wenn der Betroffene in jenem Land, in das er ausgewiesen werden soll, der Gefahr der Hinrichtung ausgesetzt ist. 90

Art. 8 EMRK kann auch dann einen Schutz vor Ausweisung gewähren, wenn mit der Maßnahme ein Eingriff in das *Privat- oder Fami*lienleben verbunden ist. Der EGMR hat dabei ein umfangreiches Abwägungsinstrumentarium auf der Basis von Art. 8 Abs. 2 EMRK, insbesondere in Fällen zu Einwanderern der zweiten Generation, ent-

⁸⁸ Art. 4 4. ZP enthält lediglich ein Verbot von Kollektivausweisungen Fremder, gewährt aber Ausländern kein Grundrecht auf Aufenthalt in einem bestimmten Staat.

⁸⁹ Dazu statt vieler Alleweldt Schutz vor Abschiebungen bei drohender Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung oder Strafe. Refoulement-Verbote im Völkerrecht und im deutschen Recht unter besonderer Berücksichtigung von Art. 3 der Europäischen Menschenrechtskonvention und Art. 1 des GG, 1996, 16ff.; Trechsel Art. 3 EMRK als Schranke der Ausweisung, in: Aktuelle asylrechtliche Probleme der gerichtlichen Entscheidungspraxis in Deutschland, 1996, 83 ff.; van der Wyngaert Applying the European Convention on Human Rights to Extradition: Opening Pandora's Box? ICLQ 39, 1990, 757 ff.; Frowein/Peukert (Fn. 21), Art. 3 Rn 18 ff.; Villiger (Fn. 26), 297 ff.; van Dijk/van Hoof Theory and Practice of the European Convention on Human Rights, 1998, 322ff.; Harris/O'Boyle/Warbrick Law of the European Convention on Human Rights, 1995, 73 ff. Die entsprechende Rechtsprechung der Straßburger Instanzen beeinflußte maßgeblich die Praxis der Mitgliedstaaten und nahm mehr und mehr die Funktion des Ersatzes für ein individuelles Asylrecht mit gerichtlich durchsetzbarem Anspruch an. Freilich muß in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts erwähnt werden, welche der Judikatur der Straßburger Instanzen explizit teilweise die Gefolgschaft verwehrte (BVerwGE 104, 265ff.; dazu Buß Grenzen der dynamischen Vertragsauslegung im Rahmen der EMRK, DÖV 1998, 323 ff.; sowie unten bei Fn. 122).

⁹⁰ Das läßt sich e contrario bereits aus der Entscheidung des EGMR im Fall Soering schließen (Urt. v. 26. 1. 1989, Soering ./. Vereinigtes Königreich, Serie A 161, Ziff. 103; vgl. dazu Grabenwarter [Fn. 84], 10 Fn. 12). Der Conseil d'Etat (vgl. Costa L'application par le Conseil d'Etat français de la Convention européenne des droits de l'homme, RTDH 8 [1997], 395, 399) und der österreichische Verfassungsgerichtshof (VfSlg 13981/1994; VfGH 16. 12. 1994, B 347/94) haben dies ausdrücklich anerkannt.

wickelt.⁹¹ Schließlich enthält die EMRK prozessuale Garantien speziell für Ausländer, wie den auf Ausweisungsverfahren bezogenen Haftgrund des Art. 5 Abs. 1 lit. f und Verfahrensgarantien in Ausweisungsverfahren nach Art. 1 7. ZP.⁹²

Die EMRK hat sich schließlich als wirksames Instrument zur Verhinderung von Diskriminierungen, insbesondere auch gesellschaftlicher Minderheiten erwiesen, und zwar für die Mitgliedstaaten der EU in Ergänzung zum Gemeinschaftsrecht⁹³ in Bereichen, die von diesem nicht erfaßt sind oder waren. So hat der EGMR einen Konventionsverstoß bei Benachteiligung von Homosexuellen angenommen, auch wenn Art. 14 EMRK die sexuelle Orientierung nicht ausdrücklich als verbotenen Diskriminierungsgrund aufzählt, und zwar wegen Verletzung des gemäß Art. 8 EMRK geschützten Privat- und Familienlebens.⁹⁴

⁹¹ Dazu Frowein/Peukert (Fn. 21), Art. 8 Rn 24ff.; Villiger (Fn. 26), Rn 576ff.; van Dijk/van Hoof (Fn. 89), 515ff.; Harris/O'Boyle/Warbrick (Fn. 89), 331 ff. In den Abwägungsentscheidungen spielen vor allem die Nachteile für die öffentliche Ordnung im Aufenthaltsstaat einerseits und das Ausmaß der Beziehungen des Betreffenden zum Herkunftsstaat andererseits eine Rolle.

⁹² Vgl. Frowein/Peukert (Fn. 21), Art. 1 7. ZP Rn 3 ff.; Villiger (Fn. 26), Rn 690 ff.; van Dijk/van Hoof (Fn. 89), 682 ff.; Harris/O'Boyle/Warbrick (Fn. 89), 565 f.; Trechsel Das verslixte Siebente? Anmerkungen zum 7. Zusatzprotokoll zur EMRK, FS Ermacora, 1988, 195 f. Daneben gibt es noch in zwei Grundrechten Bezugnahmen, die speziell für Ausländer Bedeutung haben. Die Eigentumsgarantie des Art. 1 1. ZP bindet die Zulässigkeit von Eingriffen allgemein an das Erfordernis des öffentlichen Interesses sowie der durch Gesetz vorgesehenen Bindungen, speziell für Ausländer darüber hinaus an die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts (dazu Frowein/Peukert [Fn. 21], Art. 1 1. ZP, Rn 60 f.; van Dijk/van Hoof [Fn. 89], 635 f.; Harris/O'Boyle/Warbrick [Fn. 89], 530 ff.). Art. 14 EMRK verbietet die Diskriminierung aus Gründen der nationalen Herkunft. Diese Bestimmung wurde erst jüngst in einem Fall gegen Österreich (EGMR Urt. v. 16. 9. 1996, Gaygusuz ./. Österreich, RJD 1996 IV) relevant.

⁹³ Das Gemeinschaftsrecht kennt – beschränkt auf seinen Anwendungsbereich – verschiedene Gleichbehandlungsgrundsätze, die teilweise auf primärrechtlicher, teilweise auf sekundärrechtlicher Ebene angesiedelt sind; ein allgemeines Diskriminierungsverbot fehlt. Die Gleichbehandlung von Mann und Frau gewährleisten Art. 141 EG sowie die Gleichbehandlungsrichtlinie. Art. 12 EG enthält ein Diskriminierungsverbot wegen der Staatsangehörigkeit, das in Einzelheiten in den Grundfreiheiten des Binnenmarktes nähere Ausgestaltung findet. Art. 13 EG ermächtigt den Rat, Maßnahmen zur Bekämpfung von Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu treffen. Auf dieser Basis hat der Rat kürzlich eine Richtlinie zur Gleichbehandlung im Hinblick auf Rasse und ethnische Herkunft verabschiedet (RL 9339/00). Vgl. auch Art. 20 ff. der Grundrechtscharta der Europäischen Union.

⁹⁴ EGMR Urt. v. 31.7.2000, A.D.T. ./. Vereinigtes Königreich, Appl. Nr. 35765/97;
Urt. v. 21. 12. 1999, Salgueiro da Silva Mouta ./. Portugal, Appl. Nr. 33290/96; Urt. v.

Nicht selten waren auch nationalstaatlich geprägte Besonderheiten, historisch überkommene Residuen im Visier der Straßburger Richter, insbesondere bei Differenzierungen im Verhältnis zwischen Mann und Frau.⁹⁵

4. Zwischenresümee

Fügt man die drei genannten inhaltlichen Schwerpunkte der EMRK zu einem Ganzen, dann zeigen sich aus grundrechtlicher Perspektive Eckpunkte des Leitbilds eines demokratischen Rechtsstaats europäischer Prägung. ⁹⁶ Es ist einerseits um nationale Besonderheiten reduziert, andererseits mit gemeineuropäischen Verfassungstraditionen aufgeladen, die nicht in jeder nationalen Verfassung in dieser Form deutlich werden. Dem Charakter der EMRK als völkerrechtlichen Vertrages und

^{27.9. 1999,} Smith u. Grady ./. Vereinigtes Königreich, Appl. Nr. 33985/96 = NJW 2000, 2089 ff.; Urt. v. 22. 4. 1993, Modinos ./. Zypern, Serie A 259; Urt. v. 26. 10. 1988, Norris ./. Irland, Serie A 142; Urt. v. 22. 10. 1981, Dudgeon ./. Irland, Serie A 45. Das 12. ZP enthält ein allgemeines Diskriminierungsverbot. Es nennt unter den beispielhaft aufgezählten Diskriminierungsgründen die sexuelle Orientierung nicht, was in der Stellungnahme des Committee on Legal Affairs and Human Rights (Dok. 8614) kritisiert wurde. Vor der Einführung des Art. 13 EG hat der EuGH festgestellt, daß die Diskriminierung aufgrund der sexuellen Orientierung vom Gemeinschaftsrecht nicht erfaßt war, EuGH, Urt. v. 17.2. 1998, Rs. C-249/96 (Grant), Slg. 1998 I, 621 ff.

⁹⁵ In der Nichtgewährung einer vollen Rente an eine Frau durch die Schweizer Gerichte mit dem Hinweis auf die Erfahrungstatsache, daß Frauen mit der Geburt des ersten Kindes ohnedies ihre Berufstätigkeit aufgeben würden, wurde zutreffend ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot erkannt (EGMR, Urt. v. 31. 1. 1995, Schuler-Zgraggen ./. Schweiz, Serie A 305). In einer Reihe anderer Fälle stellte der EGMR eine Diskriminierung von Männern fest, welche zum Teil die Folge eines überkommenen Rollenverständnisses oder eines davon abweichenden Verhaltens von Ehegatten waren. Dazu gehört die Diskriminierung eines Vaters, dem nach alter österreichischer Rechtslage das Frauen in vergleichbarer Situation zustehende sogenannte Karenzurlaubsgeld verweigert worden war, ebenso wie die Befreiung der Frauen von der Entrichtung der Feuerwehrabgabe in Baden-Württemberg (EGMR, Urt. v. 18.7. 1994, Karlheinz Schmidt ./. Deutschland, Serie A 291). Auch in einem niederländischen Fall vermochte sich der EGMR nicht von den Argumenten der Regierung überzeugen lassen, die eine Regelung, nach der nur unverheiratete, kinderlose Frauen über 45 Jahren, nicht aber Männer in der gleichen Situation von der Beitragspflicht zugunsten eines Kinderversorgungsfonds befreit waren, mit der Begründung rechtfertigte, daß Frauen im Gegensatz zu gleichaltrigen Männern sehr wahrscheinlich kinderlos bleiben würden (EGMR, Urt. v. 21.2. 1997, Van Raalte ./. Niederlande, Serie A 29).

⁹⁶ Zur Rechtsstaatlichkeit vgl. auch *Wiederin* Rechtsstaatlichkeit und Europäische Menschenrechtskonvention, in: Hoffmann et al. (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit in Europa, 1996, 295 ff.; *Alkema* (Fn. 12), GS Ryssdal, 2000, 46 f.

dem Menschenrechtscharakter ihrer Garantien ist es zu danken, daß die Konvention für den Schutz der Rechte von Ausländern besondere Bedeutung erlangt hat.

Die Freiheitsrechte sind im Gewächshaus der Straßburger Instanzen in fünfzig Jahren zu üppigen Gewährleistungen herangereift, die ihre völkerrechtliche Qualität inhaltlich weitgehend abgelegt haben und Grundrechten nationaler Verfassungen sehr ähnlich geworden sind. Möglich war dies freilich nur auf dem Humus des demokratischen Rechtsstaats, den die EMRK zwar nicht selbst geschaffen, den sie aber in den Verfassungen der Mitgliedstaaten vorgefunden hat. Die EMRK ist heute tief verwurzelt im nationalen Recht, ihre Garantien wirken – materiell gesehen – auf dem Fundament der bereits entwickelten und der sich an deren Leitbild entwickelnden Rechtsstaaten. In diesem Prozeß gibt die EMRK ihrerseits Impulse für die Entwicklung, führt sie einzelne Rechtsordnungen an einen europäischen Standard heran und dient sie der Beseitigung von Verwerfungen in Randbereichen.

IV. Wechselwirkungen zwischen der EMRK und dem Recht der Mitgliedstaaten - Typologie

Die Art und Weise, in der diese Impulse gegeben werden, ist allerdings uneinheitlich. Wie eingangs erwähnt beansprucht das Recht der EMRK keine bestimmte Stellung im Recht der Mitgliedstaaten nach dem Muster der unmittelbaren Anwendbarkeit und des Anwendungsvorrangs. Die Arten der Wirkung im nationalen Recht hängen vielmehr von den Rahmenbedingungen im jeweiligen Recht des Mitgliedstaats ab. So lassen sich normative und faktische Wirkungen der EMRK unterscheiden. Weiter ist zu differenzieren zwischen der Wirkung der EMRK als abstrakt-genereller Norm und der Wirkung konkreter Urteile des EGMR. Auch hier kann man rechtliche Wirkungen in den Grenzen der Rechtskraft der Entscheidungen und faktische Wirkungen jenseits ihrer Grenzen unterscheiden.

1. Normative Wirkungen

a) Die Verdrängung nationalen Rechts durch die EMRK

Die EMRK kann ohne dazwischentretenden Akt entgegenstehendes innerstaatliches Recht entweder mit der Wirkung verdrängen, daß es für den konkreten Fall zurücktritt (Anwendungsvorrang), oder mit der Wirkung, daß dessen Geltung beseitigt wird (Derogation). Der Anwendungsvorrang der EMRK ist in einigen Mitgliedstaaten vorgesehen, z.B. im Fall Belgiens oder der Niederlande (im Rahmen eines allgemeinen Vorrangs völkerrechtlicher Verträge).⁹⁷

Derogationswirkung kann die EMRK gegenüber jenen innerstaatlichen Rechtsquellen haben, die den Rang mit ihr teilen. Demgemäß kann die im Gesetzesrang stehende EMRK älteres, zum Zeitpunkt der Inkorporation geltendes ungünstigeres Gesetzesrecht beseitigen, oder, soweit sie im Verfassungsrang steht, entgegenstehendem Verfassungsrecht derogieren. Im umgekehrten Fall, nämlich daß das konventionswidrige nationale Recht die lex posterior ist, kann diese Derogationswirkung entfallen: In bestimmten Fällen findet eine Derogation nicht statt,98 mit der Konsequenz, daß bis zur Auflösung des Konflikts durch den (Verfassungs-)Gesetzgeber oder ein allenfalls dazu berufenes Gericht beide Vorschriften in Kraft bleiben.

Urteile des EGMR können anders als Entscheidungen von Verfassungsgerichten nationales Recht nicht unmittelbar beeinflussen, sie können Urteile und Gesetze nicht aufheben, sondern nur ihre Unvereinbarkeit feststellen. 99 "Derogationswirkung" – auch in einem übertragenen Sinn – haben daher auch sie nicht.

b) Der normative Veränderungsdruck durch Invalidation

Die schwächere Wirkung im Konflikt ist die bloße Invalidation von nationalem Recht. Dieses bleibt zwar rechtlich unberührt, "invalidiert"¹⁰⁰ aber, d.h. der Widerspruch zur EMRK erzeugt einen – rechtlichen – "Veränderungsdruck" mit der Folge, daß die invalidierte Norm des innerstaatlichen Rechts aufzuheben ist.

Nach nationalem Recht besteht ein solcher Veränderungsdruck jedenfalls dann, wenn die EMRK im Verfassungsrang steht. Demgemäß haben in Österreich Verstöße gegen die EMRK durch den Gesetzgeber

⁹⁷ Vgl. *Polakiewicz* (Fn. 31), 240; speziell zu den Niederlanden *van Dijk* FS Ermacora (Fn. 32), 631 ff.; *Myjer* FS Wiarda (Fn. 35), 421 ff.

⁹⁸ Für Deutschland *Frowein* in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HbStR VII, 1992, § 180 Rn 6; *Herdegen* (Fn. 4), Rn 37, mit der Begründung, daß nach den Prinzipien der völkerrechtsfreundlichen Auslegung die Gesetze im Einklang mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen Deutschlands auszulegen sind. Vgl. auch BVerfGE 74, 358, 370; für Italien vgl. *Polakiewicz* (Fn. 31), 306f.

⁹⁹ Polakiewicz (Fn. 31), 223 ff.; Okresek in: Korinek/Holoubek (Hrsg.), Österreichisches Bundesverfassungsrecht, Bd. III, Losebl., Stand: 2000, Art. 46 EMRK, Rn 4, 8.

¹⁰⁰ Zum Begriff vgl. Walter Derogation oder Invalidation, in: Ermacora u.a. (Hrsg.), FS Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit, 1968, 209 ff.

unabhängig von einer Verurteilung durch den EGMR die Invalidation der Vorschrift zur Folge. ¹⁰¹ Doch auch dann, wenn die EMRK nur in Gesetzesrang steht, kann sich – etwa aus dem Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit der Verfassung – ein normativer Druck zur Beseitigung einer in einem Verfahren gegen den Staat festgestellten Verletzung der EMRK ergeben. ¹⁰² Im Vereinigten Königreich ist für den Fall der Feststellung einer Verletzung nun ein eigenes Gesetzgebungsverfahren vorgesehen. ¹⁰³

Auf der Ebene des Völkerrechts geht ein unmittelbarer normativer Veränderungsdruck vor allem von der Feststellung einer Konventionsverletzung durch den EGMR aus. Die aus Art. 46 EMRK erwachsende Urteilswirkung enthält die Verpflichtung zur Beendigung der Konventionsverletzung und zur Wiedergutmachung.¹⁰⁴ Beruht die Verletzung

¹⁰¹ Angesichts der Aktivität des österreichischen Verfassungsgesetzgebers muß allerdings auch der Fall in Betracht gezogen werden, daß genuin innerstaatliches Verfassungsrecht gegen die EMRK verstößt. In einem solchen Fall muß nach der lex posterior-Regel gegebenenfalls auch die EMRK zurücktreten. Vgl. in diesem Zusammenhang die Ausführungen in VfSlg 11500/1987.

¹⁰² Bleckmann Der Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit in der deutschen Rechtsordnung, DÖV 1996, 137, 142; Ress Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, EuGRZ 1996, 350, 352; Frowein (Fn. 98), HbStR VII, § 180 Rn 15; Herdegen (Fn. 4), Rn 23.

¹⁰³ Dazu oben II. 2. d). Ein bedeutendes Beispiel dafür, wie dem Veränderungsdruck durch Auslegungsänderung nachgegeben wurde, ist die Begründung der Zuständigkeit der holländischen Zivilgerichte zur Überprüfung von Verwaltungsakten im Gefolge der Entscheidung im Fall Benthem (EGMR, Urt. v. 23.10.1985, Benthem ./. Niederlande, Serie A 97). Sie beruht u.a. auf einer geänderten Auslegung des Art. 112 Abs. 2 der holländischen Verfassung und eines Ausführungsgesetzes über die Gerichtsorganisation (vgl. EGMR, Urt. v. 27. 11. 1991, Oerlemans ./. Niederlande, Serie A 219, Ziff. 21 ff.; Koopmans La Convention européenne des droits de l'homme et le juge néerlandais, RIDC 1999, 21 ff.; Polakiewicz [Fn. 31], 259 ff.). Auch die Berücksichtigung der wiederholten Feststellung von Verletzungen durch die strafrechtliche Verurteilung von Journalisten durch österreichische Gerichte, die wegen Äußerungen über Politiker vor Gericht standen (EGMR, Lingens ./. Österreich [Fn. 73]; Urt. v. 23.5. 1991, Oberschlick I ./. Österreich, Serie A 204; Urt. v. 1.7. 1997, Oberschlick II./. Österreich, Serie A 42; Urt. v. 28.8. 1992, Schwabe ./. Österreich, Serie A 242-B; vgl. auch Urt. v. 23. 4. 1992, Castells ./. Spanien, Serie A 236), erfolgte letztlich im Interpretationsweg. Ein Beispiel für das Tätigwerden des Gesetzgebers wegen dieser Art von normativer Wirkung bildet die Gesetzgebung im Gefolge der Judikatur des EGMR zum österreichischen Rundfunkmonopol. Der VfGH mußte hier nicht mehr dazwischentreten. Die schleppende Umsetzung zog allerdings weitere Verurteilungen durch den EGMR nach sich (EGMR, Urt. v. 20.10. 1997, Radio ABC ./. Österreich, RJD 1997 VI; Urt. v. 21.9.2000, Tele 1 Privatfernsehgesellschaft mbH ./. Österreich, Appl. Nr. 32240/96).

¹⁰⁴ Polakiewicz (Fn. 31), 231 ff.

auf einem EMRK-widrigen Gesetz, besteht aus konventionsrechtlicher Sicht die völkerrechtliche Pflicht zur Aufhebung oder Änderung von Gesetzen, wenn eine konventionskonforme Interpretation nicht möglich ist. ¹⁰⁵ Freilich zeigt die Erfahrung von vierzig Jahren der Rechtsprechung des EGMR, daß Urteile häufig nicht entsprechend oder nur zeitlich verzögert umgesetzt wurden. Das hat im Europarat die Diskussion um ein Verfahren zur Durchsetzung von Urteilen des EGMR ausgelöst, die in eine Empfehlung des Ministerkomitees ¹⁰⁶ und in einen Bericht an die Parlamentarische Versammlung ¹⁰⁷ mündete. Beide Dokumente fordern neben anderen Maßnahmen vor allem die Einführung von Wiederaufnahmeverfahren im nationalen Recht nach einer Verurteilung durch den EGMR. Es bleibt abzuwarten, ob sich hieraus konkrete rechtliche Maßnahmen ergeben werden.

Die Pflicht zur Beseitigung der Konventionsverletzung kann Gerichte und im besonderen das Verfassungsgericht treffen, wenn die Konvention auch sein Prüfungsmaßstab ist. Ansonsten aber ist jedenfalls der Gesetzgeber verpflichtet.¹⁰⁸ Aus der Sicht der Konvention ist es gleichgültig, ob die Gesetzesänderung oder -aufhebung durch das Verfassungsgericht oder den Gesetzgeber erfolgt.¹⁰⁹ Bisweilen ist die Bindungswirkung der Urteile des EGMR so evident, daß das Verfassungsgericht diese nicht weiter begründet, sondern Teile der Begründung eines Urteils des EGMR als Ersatz für eine eigene Begründung wörtlich wiedergibt oder gar nur auf das Urteil verweist.¹¹⁰

¹⁰⁵ Okresek (Fn. 99), Art. 46 Rn 14.

¹⁰⁶ Empfehlung Nr. R (2000) 2 v. 19. 1. 2000 über die neuerliche Prüfung oder Wiederaufnahme von bestimmten Fällen der innerstaatlichen Ebene nach Urteilen des FGMR

¹⁰⁷ Vgl. Council of Europe, Parliamentary Assembly, Doc. 8808 v. 12.7.2000. Vorgeschlagen wird ein umfangreicher Katalog von Maßnahmen auf nationaler Ebene wie auf der Ebene des Europarates.

¹⁰⁸ Polakiewicz (Fn. 31), 156ff.

¹⁰⁹ Im Fall des Vereinigten Königreichs steht die Pflicht des Gesetzgebers nun außer Streit. Section 10 HRA sieht für den Fall der Feststellung einer Verletzung der Konvention durch den EGMR oder ein nationales Gericht i.S.v. Section 4 HRA ein eigenes Gesetzgebungsverfahren vor.

¹¹⁰ Auf diese Weise kam es in Österreich zur Ausdehnung der Garantie des ne bis in idem auf das Verwaltungsstrafrecht und die Einbeziehung öffentlich-rechtlicher Ansprüche in die Eigentumsgarantie, EGMR, Gradinger ./. Österreich (Fn. 27) VfSlg 14696/1996, dazu Giese Das Grundrecht des "ne bis in idem", in: Grabenwarter/ Thienel (Hrsg.), (Fn. 69), 97, 106; EGMR, Gaygusuz ./. Österreich (Fn. 92), VfSlg 15129/1998, dazu Pech Der Schutz öffentlich-rechtlicher Ansprüche, in: Grabenwarter/ Thienel, a.a.O., 233, 243. – Zu den Niederlanden Koopmans (Fn. 103), RIDC 1999, 21 ff.

c) Die "weiche" normative Wirkung

Die in der Praxis wichtigste Wirkung ist die "weiche" normative Wirkung. Sie führt zu Akten der Rechtsetzung oder Rechtsprechung, die zwar rechtlich nicht geboten sind, aber einem EMRK-konformen Verhalten des Staates und seiner Organe dienen, m.a.W. die Erfüllung der völkerrechtlichen Pflichten pro futuro sicherstellen. Ein Beispiel für entsprechende Rechtsetzungsakte bilden Regelungen auf einfachgesetzlicher Ebene, die Wiederaufnahmetatbestände nach der Feststellung einer Verletzung durch den EGMR vorsehen.¹¹¹

Die größte Bedeutung hat diese Art von normativer Wirkung dann, wenn nationale Gesetzgebung oder Judikatur der Straßburger Rechtsprechung Rechnung tragen, ohne daß bereits ein Urteil gegen den betreffenden Staat ergangen ist. Eine rechtliche Bindung i.e.S. entfalten die Urteile gegen andere Staaten aus innerstaatlicher Perspektive nicht. 112 Man kann insoweit von einer "indirekten Wirkung", 113 "Orientierungswirkung"114 oder "Präjudizwirkung"115 der Urteile sprechen. Selbst dann, wenn die EMRK auch bei der Anfechtung von Gesetzen zum Prüfungsmaßstab des Verfassungsgerichts oder eines funktionell vergleichbaren nationalen Gerichts gehört, ist dieses nach innerstaatlichem Recht nicht an die "Auslegung" des EGMR aus dem konkreten Urteil heraus rechtlich gebunden. Wenn sich das Gericht dennoch daran orientiert, geschieht dies gleichwohl nicht ohne jede rechtliche Bindung, sondern unter Berücksichtigung des Umstands, daß die Konvention die Staaten bindet und daß eine andere, vom Urteil des EGMR abweichende Praxis der Gerichte voraussichtlich zur Feststellung einer Konventionsverletzung führt. Obwohl das Urteil selbst nicht bindet, kann von einer rechtlichen Bindung an die Konvention in der durch den EGMR konkretisierten Wirkung gesprochen werden.116

¹¹¹ In Deutschland: § 359 Nr. 6 StPO; Österreich: § 363a StPO; Schweiz: Art. 139 a Bundesrechtspflegegesetz (OG), s. dazu *Haefliger/Schürmann* (Fn. 36), 429.

¹¹² So die h.L., z.B. *Frowein/Villiger* Constitutional Jurisdiction in the Context of State Powers, HRLJ 9 (1988), 23, 40; vgl. die Nachweise bei *Polakiewicz* (Fn. 31), 285 f. ¹¹³ *Frowein/Villiger* (Fn. 112), 40.

¹¹⁴ Ress Wirkung und Beachtung der Urteile und Entscheidungen der Straßburger Konventionsorgane, EuGRZ 1996, 350. Im selben Sinn auch bereits *Polakiewicz* (Fn. 31), 356.

¹¹⁵ Wildhaber Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention, ZSR 98 (1979 II), 229, 355.

¹¹⁶ Vgl. Ress (Fn. 114), EuGRZ 1996, 350. Ein Beispiel für diese Orientierungswirkung bildet die Aufgabe der seit dem Jahr 1823 geübten Praxis des Conseil d'Etat, bei strittigen Fragen der Auslegung völkerrechtlicher Verträge die offizielle Meinung des

Bezugnahmen in der Rechtsprechung der nationalen Gerichte auf die Judikatur des EGMR ienseits der Rechtskraft der Urteile geben beredtes Zeugnis von dieser Art der Wirkung. 117 In Frankreich berücksichtigen der Conseil d'Etat und der Conseil Constitutionnel zunehmend die Rechtsprechung des EGMR teils mit ausdrücklicher Bezugnahme, auch soweit diese Urteile nicht gegen Frankreich ergangen sind.¹¹⁸ Im Vereinigten Königreich werden die normativen Wirkungen von Entscheidungen der Straßburger Organe durch den HRA erheblich verstärkt. Die bisher mangels innerstaatlicher Verpflichtung zurückhaltende Berücksichtigung der Straßburger Judikatur durch die englischen Gerichte¹¹⁹ muß nun angesichts der gesetzlichen Verpflichtung für Gerichte nach Section 2 HRA. die Entscheidungen aller Konventionsorgane zu berücksichtigen, aufgegeben werden. 120 In Deutschland schließlich ist die vom BVerfG angenommene "interpretationsleitende Rolle der EMRK" für die Auslegung des Grundgesetzes ein Beispiel für "weiche" normative Wirkungen. 121 Demgegenüber zeigt die von der des EGMR explizit abweichende Auslegung des Art. 3 EMRK durch das BVerwG sehr deutlich die Grenzen dieser Art von normativer Wirkung im deutschen Recht auf. 122

d) Einflüsse durch Verweisungen

Unter die normativen Wirkungen ist schließlich jene Fallgruppe zu rubrizieren, in der Einflüsse und Auswirkungen die Folge davon sind, daß eine Vorschrift der einen Rechtsordnung auf eine Vorschrift der anderen verweist und die verwiesene Norm dadurch zum Inhalt der Verweisungsnorm wird. Ändert sich die verwiesene Norm, wird auch der

Außenministeriums einzuholen. Sie wurde nicht zuletzt im Hinblick auf die Gerichtsgarantie des Art. 6 EMRK im Fall G.I.S.T.I. (Long et al. [Fn. 45], 758) im Jahr 1990 aufgegeben, ein Standpunkt, der im Urteil Beaumartin des EGMR vier Jahre später bestätigt wurde (EGMR, Urt. v. 24.11.1994, Beaumartin ./. Frankreich, Serie A 296-B).

¹¹⁷ Vgl. Polakiewicz (Fn. 31), 291 ff. Ein starker Einfluß der Straßburger Rechtsprechung auf die Judikatur der nationalen Gerichte, der überwiegend auf "weiche" normative Wirkungen zurückzuführen ist, zeigt sich beispielsweise in der Frage der Zulässigkeit der Ausweisung von Ausländern im Lichte des Art. 8 EMRK; vgl. zum Conseil d'Etat Cassia/Saulnier (Fn. 46), AJDA 1997, 416 ff.; Costa (Fn. 90), RTDH 8 (1997), 401.

¹¹⁸ Costa (Fn. 90), RTDH 8 (1997), 400 ff.; Gaïa (Fn. 44), RFDC 1996, 742 ff.; Cassia/Saulnier (Fn. 46), AJDA 1997, 415 ff.

¹¹⁹ Vgl. Polakiewicz (Fn. 31), 338ff.

¹²⁰ Supperstone/Coppel (Fn. 55), 319; Marshall (Fn. 54), 81.

¹²¹ BVerfGE 74, 358, 370; dazu Frowein (Fn. 98), HbStR VII, § 180, Rn 6; Kirchhof (Fn. 62), EuGRZ 1994, 25ff.

¹²² BVerwGE 104, 265ff.; dazu *Frowein*, Kritische Bemerkungen zur Lage des deutschen Staatsrechts aus rechtsvergleichender Sicht, DÖV 1998, 806, 811.

Inhalt der Verweisungsnorm ein anderer. Dadurch daß die verwiesene Norm zum Bestandteil der verweisenden Norm gemacht wird, sind Änderungen der Verweisungsnorm auf normative Änderungen zurückzuführen. Diese Spielart von normativen Wirkungen repräsentiert den wichtigsten Kanal von Einflüssen des nationalen Rechts, insbesondere des Verfassungsrechts, auf die EMRK.¹²³ Sie hat aber auch in umgekehrter Richtung Bedeutung.¹²⁴

2. Faktische Wirkungen

a) Die "Bekräftigungswirkung"

An der Grenze zwischen normativen und faktischen Wirkungen der EMRK liegt es, wenn die EMRK in Gerichtsurteilen herangezogen wird, um ein auf Grund des nationalen Verfassungsrechts gewonnenes Ergebnis zu bestätigen. Beispiele hierfür lassen sich in nahezu allen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten finden, und zwar unabhängig vom Rang der EMRK im innerstaatlichen Recht. Die Entscheidungen des französischen Conseil d'Etat¹²⁵ und der Cour de Cassation¹²⁶ vermögen ebenso wie die Rechtsprechung der englischen Gerichte vor Inkrafttreten des Human Rights Act¹²⁷ reiches Anschauungsmaterial zu liefern. In Deutschland zog das BVerfG zur Bestätigung des aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Grundsatzes der Unschuldsvermutung wiederholt Art. 6 EMRK heran.¹²⁸

b) Bloße faktische Wirkungen

Bloße faktische Wirkungen sind dann anzunehmen, wenn weder völkerrechtlich noch verfassungsrechtlich eine Pflicht zur Anpassung an die EMRK besteht, diese aber dennoch vorgenommen wird. Solche

¹²³ Ein Beispiel sei genannt: Die Einführung eines Bundesstaates erfordert Wahlen zu Landesparlamenten und erweitert so den Anwendungsbereich der Wahlrechtsgarantie des Art. 3 1. ZP. Weitere Beispiele bei *Ganshof van der Meersch* Die Bezugnahme auf das innerstaatliche Recht der Vertragsstaaten in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, EuGRZ 1981, 481 ff.

¹²⁴ Beispiele sind Inkorporationsklauseln im nationalen Recht.

¹²⁵ Vgl. Costa (Fn. 85), RTDH 1 (1990), 127.

¹²⁶ Régis de Gouttes La Convention européenne des Droits de l'homme et le juge en France et aux Pays-Bas, RICD 51 (1999), 7, 9 ff.

¹²⁷ S. etwa R. v. Secretary of State for Home Affairs, ex p. Leech (No. 2) [1994] Q.B. 198; dazu de Smith/Woolf/Jowell Judicial Review of Administrative Action, 5. Aufl. 1995, Rn 6-053 ff. m.w.N.

¹²⁸ BVerfGE 74, 358, 370; 82, 106, 115, 120. S. auch *Kirchhof* (Fn. 62), EuGRZ 1994, 32f.; *Schlette* (Fn. 62), RFDC 1996, 756f.; *Klose* (Fn. 83), DRiZ 1997, 126f.

Wirkungen sind für all jene Entscheidungen von Gerichten und im besonderen von Verfassungsgerichten verantwortlich, in denen die EMRK als Maßstab für Urteile oder Gesetze Beachtung findet, ohne daß das Gericht insoweit zur Beachtung der EMRK verpflichtet ist.

Gesetzgebungsakte, welche ein Grundrecht umsetzen, das in einem Zusatzprotokoll enthalten ist, welches nicht ratifiziert worden ist, oder Gesetzesänderungen, welche die Zurückziehung eines Vorbehalts vorbereiten, beruhen auf rein faktischen – nämlich politischen – Wirkungen der EMRK. Auch die Übernahme von Elementen des Straßburger Verfahrens in das nationale Prozeßrecht gehört in diese Kategorie. 129

Ferner gehört es zu den faktischen Wirkungen der EMRK, wenn der Verfassungsgesetzgeber die EMRK oder Teile davon übernimmt und nationale Grundrechte an den Rechten der EMRK ausgerichtet werden. Art. 6 EMRK prägte z.B. maßgeblich die Art. 29, 30 und 32 der Schweizerischen Bundesverfassung (BV)¹³⁰ oder § 21 der finnischen Verfassung. Art. 5 EMRK beeinflußte entscheidend Art. 30 der Schweizerischen BV und das BVG zum Schutz der persönlichen Freiheit in Österreich.¹³¹ Auch die Kodifikation der Straßburger Rechtsprechung findet sich in nationalen Grundrechten.¹³²

3. Zwischenresümee

Obwohl die Verfassungen beim Rang der EMRK und ihren Wirkungen im innerstaatlichen Bereich verschiedene Wege gehen, spiegeln sich

¹²⁹ Im Vereinigten Königreich überlagert der HRA das hergebrachte System der Klagebefugnis im judicial review. Eine Person kann sich nach Section 7 para. 1 auf ein Konventionsrecht berufen, wenn sie "Opfer" des rechtswidrigen Akts einer Behörde ist. Diese Opfereigenschaft entspricht gem. Section 7 para. 7 exakt jener des Art. 34 EMRK, welche die Voraussetzung für eine Beschwerde an den EGMR bildet (vgl. Feldman [Fn. 59], E.H.R.L.R. 1998, 696). In einer zweiten Hinsicht ist das Verfahrensrecht nach dem HRA dem Verfahren vor dem EGMR nachgebildet. Wenn ein Gericht Schadensersatz zuspricht, hat es bei der Frage, ob und bejahendenfalls in welcher Höhe Ersatz zugesprochen wird, die Grundsätze des EGMR bei der Zuerkennung von Schadensersatz nach Art. 41 EMRK zu berücksichtigen (Section 8 para. 4; dazu Amos Damages for breach of the Human Rights Act 1998, E.H.R.L.R. 1999, 178, 188).

¹³⁰ Vgl. Koller/Biaggini Die neue schweizerische Bundesverfassung. Neuerungen und Akzentsetzungen im Überblick, EuGRZ 2000, 337, 344.

¹³¹ BGBl. 1988/684.

¹³² Nach § 9 Abs. 4 der finnischen Verfassung dürfen Ausländer nicht ausgewiesen, ausgeliefert oder zurückgeschickt werden, wenn für sie die Gefahr der Todesstrafe, der Folter oder einer anderen, die Menschenwürde verletzenden Form der Behandlung besteht – das entspricht im Grundsatz der Rechtsprechung des EGMR zur Zulässigkeit von Ausweisungen und Auslieferungen am Maßstab der Art. 3 EMRK und des 6. ZP (s. oben III. 3.).

diese Wege nicht in der faktischen Wirkung der EMRK wider. Die Unterscheidung zwischen bloßer de facto- und echter de iure-Wirkung korrespondiert nicht der Unterscheidung nach der Stellung der EMRK im nationalen Recht. Die Stellung der EMRK hat zwar Bedeutung für die Gewichtung der verschiedenen Wirkungen. Daß die Einflüsse aber wegen des unterschiedlichen Rangs im Ergebnis erheblich divergierten, läßt sich nicht nachweisen.¹³³

V. Die EMRK und das Recht der Europäischen Union

1. Die "Achtung" der EMRK durch die Europäische Union

Nach Art. 6 Abs. 1 EU "beruht" die Union auf den – allen Mitgliedstaaten gemeinsamen – Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit. Art. 6 Abs. 2 EU enthält die Anordnung, daß die Union¹³⁴ die Grundrechte, wie sie in der EMRK gewährleistet sind und wie sie sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben, "achtet". ¹³⁵ Mit der Wendung der "Achtung" der Menschenrechte wird jene Art der Grundrechtsbindung bestätigt, die der Rechtsprechung des EuGH¹³⁶ zur Herleitung der Gemeinschaftsgrundrechte aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen entspricht: Nicht nur die Grundrechte aus den Verfassungsüberlieferungen (für die dies in Art. 6 Abs. 2 EU aus-

¹³³ Vgl. bereits *Drzemczenski* European Human Rights in Domestic Law. A Comparative Study. 1983, 342ff.; van Diik (Fn. 32), FS Ermacora, 631 f.

¹³⁴ Meint Union und Gemeinschaften. Vgl. *Hilf* Europäische Union und Europäische Menschenrechtskonvention, FS Bernhardt, 1995, 1193, 1194; *Griller et al.* The Treaty of Amsterdam, 2000, 135.

¹³⁵ Gem. Art. 46 lit. d EU ist Art. 6 Abs. 2 EU (nunmehr auch) der Jurisdiktion des EuGH unterstellt, sofern es sich um Handlungen von Gemeinschaftsorganen handelt und der EuGH im Rahmen der Gemeinschaftsverträge und des Unionsvertrages zuständig ist. Zur späten Einführung von Art. 46 lit. d EU vgl. Rodriguez-Iglesias Zur Stellung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Europäischen Gemeinschaftsrecht, FS Bernhardt, 1995, 1269, 1281; Krück in Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, Bd. 5, 5. Aufl. 1997, Art. L Rn 20f.; Cremer in: Calliess/Ruffert, Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, 1999, Art. 46 EUV Rn 3; Herdegen (Fn. 4), Rn 170; Kingreen Die Gemeinschaftsgrundrechte, JuS 2000, 857, 859; Hengstschläger Grundrechtsschutz kraft EU-Rechts, JBl. 2000, 409, 413.

¹³⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 17. 12. 1970, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft/Einfuhr- und Vorratsstelle Getreide), Slg. 1970, 1125, Rn 4; Urt. v. 14.5. 1974, Rs. 4/73 (Nold/Kommission) Slg. 1974, 491, Rn 13.

drücklich angeordnet wird), sondern auch jene der EMRK sind nicht unmittelbarer Bestandteil des Unionsrechts, sondern finden "nur" in Gestalt der allgemeinen Rechtsgrundsätze Eingang in dieses.¹³⁷

Der Aufbau von Art. 6 Abs. 2 EU wirft die Frage nach dem Verhältnis zwischen der EMRK und den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten auf. Aus dem völkerrechtlichen Verhältnis beider Rechtsquellen zueinander ergibt sich jedenfalls, daß der Grundrechtsschutz nach den Verfassungen der Mitgliedstaaten im Ergebnis zwar über die Gewährleistung der EMRK hinausgehen, aber nicht das durch die EMRK vermittelte Schutzniveau unterschreiten darf. Die nationalen Grundrechte in Gestalt der Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten kommen namentlich dort zum Tragen, wo die EMRK schweigt, weil sie kein entsprechendes Grundrecht enthält. 139 Im übrigen aber ge-

¹³⁷ Bleckmann Der Vertrag über die Europäische Union, DVBl. 1992, 335, 336; Hilf FS Bernhardt (Fn. 134), 1206; Kokott Der Grundrechtsschutz im europäischen Gemeinschaftsrecht, AöR 121 (1996), 599, 602 f.; Baumgartner EMRK und Gemeinschaftsrecht, ZfV 1996, 319, 327; Ress Menschenrechte, europäisches Gemeinschaftsrecht und nationales Verfassungsrecht, FS Winkler, 1997, 897, 914, 916; Beutler in Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, Bd. 1, 5. Aufl. 1997, Art. F Rn 28; Hilf/Pache Der Vertrag von Amsterdam, NJW 1998, 705, 706 mit Fußn. 12; Pauly Strukturfragen des unionsrechtlichen Grundrechtsschutzes, EuR 1998, 242, 249 f.; Hummer in: ders. Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 1998, 71 ff., 82: Oppermann (Fn. 4), Rn 494; Kingreen in: Calliess/Ruffert (Fn. 135), Art. 6 EUV Rn 17, 43. Ein Beispiel bildet der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes: In der Rechtssache Johnston sprach der EuGH unter Bezugnahme auf Art. 6 der Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG aus, daß der in dieser Regelung vorgeschriebene gerichtliche Rechtsschutz "Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes sei, der den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten" zugrunde liege. Sodann verwies der Gerichtshof darauf, daß dieser Grundsatz auch in den Art. 6 und 13 EMRK verankert sei. Daß jedoch nicht jede einzelne Teilgewährleistung dieser Artikel gemeinschaftsrechtlich bindend ist, verdeutlichte der EuGH, indem er festhielt daß (bloß) "die leitenden Grundsätze dieser Konvention im Rahmen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen" seien; EuGH, Urt. v. 15.5. 1986, Rs. 222/84 (Johnston), Slg. 1986, 1651, Rn 18f. [Hervorhebung nicht im Original]. S. (zuletzt) auch EuGH, Beschl. v. 4.2.2000, Rs. C-17/98 (*Emesa*), Rn 8f. = RFDA 2000, 417 f.

¹³⁸ Vgl. Art. 57 EMRK.

¹³⁹ Wenn daher aus den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ein grundrechtlicher Anspruch hergeleitet werden kann, der entweder von der EMRK überhaupt nicht oder nur in weniger weitgehendem Umfang geschützt wird, kann der Inhalt des Gemeinschaftsgrundrechts im Rückgriff auf die nationalen Verfassungen ermittelt werden. Vgl. z.B. die in ständiger Rechtsprechung des EuGH anerkannte Berufsfreiheit, zuletzt EuGH, Urt. v. 28. 4. 1998, Rs. C-200/96 (Metronome Musik GmbH), Slg. 1998 I, 1971, Rn 21. Zum Ganzen vgl. Günter Berufsfreiheit und Eigentum in der Europäischen Union, 1998, passim.

nügt der Rückgriff auf die EMRK. Die Verfassungsüberlieferungen dienen insoweit nur der Bestätigung. Auf diese Weise bildet die EMRK gleichsam den europarechtlichen Mindeststandard, zu dem sich jeder einzelne Mitgliedstaat völkerrechtlich verpflichtet hat. 140

Die zunehmende Ableitung von Grundrechtsgehalten aus der Konvention hat dabei einen ganz pragmatischen Grund: Den verschiedenen Verfassungen der Mitgliedstaaten mit fünfzehn Gerichtsbarkeiten steht ein einheitlicher Normtext mit einem Quasi-Verfassungsgericht¹⁴¹, das zur verbindlichen Entscheidung und Auslegung berufen ist,¹⁴² gegenüber. Auf diese Weise erspart der Rückgriff auf die EMRK weitgehend den Vorgang der wertenden Rechtsvergleichung, ohne daß die Verfassungsüberlieferungen gänzlich an Bedeutung verlören: Denn daß die EMRK ihrerseits auch Ausdruck der Verfassungsüberlieferungen ihrer Mitgliedstaaten ist, macht ihre Präambel hinreichend deutlich. EMRK und Verfassungsüberlieferungen sind zwar nicht die einzige Basis der Ermittlung von Gemeinschaftsgrundrechten;¹⁴³ sie sind aber durch

¹⁴⁰ Konfliktpotential bietet in dieser Hinsicht eine jüngere Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Emesa* (EuGH, Beschl. v. 4.2.2000, Rs. C-17/98 = RFDA 2000, 417 f.). Die Kläger sahen ihr Grundrecht auf rechtliches Gehör dadurch verletzt, daß keine Möglichkeit einer Stellungnahme auf die Schlußanträge des Generalanwalts besteht. Hierfür beriefen sie sich auf Art. 6 EMRK und das Urteil des EGMR im Fall *Vermeulen* (EGMR, Urt. v. 20.2.1996, *Vermeulen ./. Belgien*, RJD 1996 I). In diesem Fall hatte der EGMR im Fehlen der Möglichkeit zur Erwiderung auf die Schlußanträge des Staatsanwalts beim belgischen Kassationsgerichtshofs eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör gesehen. Der EuGH widersprach dem Vorbringen der Kläger mit dem Hinweis auf die Besonderheiten des gemeinschaftsrechtlichen Gerichtsverfahrens, insbesondere die Möglichkeit der Wiedereröffnung gem. Art. 61 seiner Verfahrensordnung. Ob diese Ansicht mit der Rechtsprechung des EGMR vereinbar ist, erscheint höchst zweifelhaft.

¹⁴¹ Allgemein Frowein (Fn. 14), JuS 1986, 845; Walter (Fn. 9), ZaöRV 1999, 962; Flauss La Cour européenne des droits de l'homme, est-elle une Cour constitutionnelle?, RFDC 1998, 711; Villiger (Fn. 26), 468; Alkema (Fn. 12), GS Ryssdal, 2000, 57 ff. für die Niederlande: Koopmans (Fn. 103), RIDC 1999, 21 ff. Zum Teil übernimmt der EGMR die Funktion eines Ersatzes für fehlende verfassungsgerichtliche Zuständigkeiten. So wurde für Frankreich das Fehlen einer nachträglichen Normenkontrolle im Fall Chassagnou durch die Entscheidung des EGMR kompensiert (EGMR, Urt. v. 29.4.1999, Chassagnou ./. Frankreich, Appl. Nr. 25088/94 = NVwZ 2000, 57 ff.; dazu auch Walter a.a.O., 963 f.). In Österreich fehlt die Möglichkeit, Grundrechtsverstöße durch Gerichtsurteile im Rahmen einer Urteilsverfassungsbeschwerde vor dem Verfassungsgerichtshof geltend zu machen.

¹⁴² Art. 19 und 46 EMRK.

¹⁴³ Pernice Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz – Grundlagen, Bestand und Perspektiven, NJW 1990, 2409, 2413 ff.; Hilf in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Losebl., Stand: Januar 2000, Art. F Rn 34; Beutler in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Fn. 137), Art. F Rn 32, 33 ff.; Hengstschläger (Fn. 135), JBl. 2000,

Art. 6 Abs. 2 EU hervorgehoben und stehen einer vorrangigen Heranziehung eines rechtlich nicht bindenden Grundrechtekataloges entgegen.¹⁴⁴

Nur sehr am Rande erfährt die Frage Beachtung, welcher Bestand an Grundrechten¹⁴⁵ mit dem Verweis auf die EMRK erfaßt ist, anders gewendet: ob neben den Art. 1 bis 14 der EMRK auch die Zusatzprotokolle zu den Rechtsgrundsätzen im Sinne des Art. 6 Abs. 2 EU gehören. Der Wortlaut des Art. 6 EU kann ohne weiteres dahingehend verstanden werden, daß auch die Rechte in den Zusatzprotokollen solche der EMRK sind,¹⁴⁶ im Hinblick auf den gegenwärtigen Ratifikationsstand allerdings nur die Rechte des 1. und des 6. ZP.¹⁴⁷ Das 4. und das 7. ZP sind dagegen für drei bzw. sieben EU-Mitgliedstaaten völkerrechtlich nicht verbindlich. Ihre Rechte können nur insoweit zur Bestimmung des Inhalts der Gemeinschaftsgrundrechte herangezogen werden, als sie auch zu den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten zählen. So hat der EuGH einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des "ne bis in idem" jedenfalls im Verhältnis zwischen Verfahren nach dem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht verneint.¹⁴⁸ Ob auch

⁴¹⁴ff.; Hummer (Fn. 137), 83; a.A. Kingreen in: Calliess/Ruffert (Fn. 135), Art. 6 EUV, Rn 40.

¹⁴⁴ Eine Differenzierung im Ausmaß der Berücksichtigung der EMRK nach Schutzbereich und Schranken der Gemeinschaftsgrundrechte (so Kingreen in: Calliess/Ruffert [Fn. 135], Art. 6 EUV, Rn 43) ist in Art. 6 EU nicht angelegt, mag auch der systematische Zusammenhang mit dem übrigen Gemeinschaftsrecht auf der Schrankenebene größere Bedeutung haben.

¹⁴⁵ Aus dem Begriff "Grundrechte" in Art. 6 Abs. 2 EU ergibt sich, daß das Verfahrens- und Organisationsrecht der EMRK nicht gemeint ist.

¹⁴⁶ Aus EMRK-Perspektive verdeutlichen bspw. die Art. 5 1. ZP und Art. 6 6. ZP diesen Zusammenhang. Dort ist erstens von "Zusatzartikeln" die Rede und zweitens die entsprechende Anwendbarkeit der Konvention angeordnet. Vgl. *Hummer* (Fn. 137), 82; *Baumgartner* (Fn. 137), ZfV 1996, 324; *Krogsgaard* Fundamental Rights in the European Community after Maastricht, LIEL 1993, 99, 110; *Schermers* The Protection of Human Rights in the European Community, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, Vorträge und Berichte, Nr. 36 (1993), 25 f.; *Hilf* in: Grabitz/Hilf (Fn. 143), Art. F Rn 33.

¹⁴⁷ Zum 1. ZP vgl. EuGH, Urt. v. 13. 12. 1979, Rs. 44/79 (Hauer), Slg. 1979, 3727, Rn 15 ff. Für das 6. ZP wird das durch die Erklärung Nr. 1 der Regierungskonferenz anläßlich der Ratifikation des Vertrags von Amsterdam bestätigt. Darin "erinnert" die Konferenz "unter Bezugnahme auf Artikel 6 Absatz 2 des Vertrags über die Europäische Union ... daran", daß das 6. ZP die Abschaffung der Todesstrafe vorsieht. Gleichzeitig wird darauf verwiesen, daß das ZP von "einer großen Mehrheit unterzeichnet und ratifiziert wurde".

¹⁴⁸ EuGH, Urt. v. 13.2.1969, Rs. 14/68 (Walt Wilhelm), Slg. 1969, 1ff.; vgl. auch Specht Die zwischenstaatliche Geltung des Grundsatzes ne bis in idem, 1999, 78ff.

ein innerstaatliches "ne bis in idem"-Gebot nach den Verfassungsüberlieferungen als allgemeiner Rechtsgrundsatz gegeben ist, erscheint zweifelhaft.¹⁴⁹ Im übrigen können die Garantien dieser Zusatzprotokolle Indizwirkung für das Bestehen gemeinsamer Werte im Sinn des Art. 6 Abs. 1 EU haben: Immerhin sind auch die nicht von allen Mitgliedstaaten ratifizierten Protokolle Zusätze zur Konvention, welche ausweislich ihrer Präambel und des Statuts des Europarates ebenso auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, des Menschenrechtsschutzes und der Rechtsstaatlichkeit beruht.

2. Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der EU-Mitgliedstaaten nach der EMRK

Umstritten ist, ob das Handeln von Organen der Union und staatlichen Organen im Anwendungsbereich des Unionsrechts der völkerrechtlichen Bindung der EMRK unterliegt. Die Konsequenz einer solchen Annahme ist die Kompetenz der Straßburger Konventionsorgane zur Überprüfung von Unionsrecht und Handlungen auf dessen Grundlage. Die Europäischen Gemeinschaften und die Union sind selbst nicht Vertragsparteien der EMRK und daher auch nicht verpflichtet. Allerdings könnte die Mitgliedstaaten der Union entweder einzeln oder zur gesamten Hand eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit auch für sol-

¹⁴⁹ Art. 103 Abs. 3 GG im deutschen Recht und Art. 4 7. ZP als Grundrecht des österreichischen Verfassungsrechts dürften die Ausnahme bilden, mag es auch einfachgesetzliche Vorschriften dieses Inhalts in einzelnen Rechtsordnungen geben (vgl. die Schlußanträge des Generalanwalts *Maynas* im Fall *Walt Wilhelm*, EuGH, Urt. v. 13. 2. 1969, Rs. 14/68, Slg. 1969, 1 ff.).

¹⁵⁰ Zur Frage eines Beitritts der EG zur EMRK und den damit verbundenen rechtlichen Problemen vgl. EuGH, Gutachten 2/94 v. 28.3. 1996, EMRK-Beitritt, Slg. 1996, I-1759; Bernhardt Probleme eines Beitritts der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Menschenrechts-Konvention, FS Everling, 1995, 103 ff.; Glaesner Eine unendliche Geschichte, FS Everling, 1995, 327 ff.; Vedder Die "verfassungsrechtliche Dimension" - die bisher unbekannte Grenze für Gemeinschaftshandeln?, EuR 1996, 309ff.; Kokott/Hoffmeister Anm. zum Gutachten 2/94 des EuGH vom 28.3.1996, AJIL 90 (1996), 664ff.; Jacqué Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme, in: Pettiti/Decaux/Imbert (Hrsg.), La Convention européenne des droits de l'homme, 2. Aufl. 1999, 83: Benoît-Rohmer L'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, RUDH 2000, 57 ff. Teilweise wird eine formelle Verknüpfung der beiden Systeme durch den Beitritt der EU/EG zur EMRK aufgrund der Entwicklung der Grundrechtsjudikatur des EuGH und deren Kodifikation in Art. 6 Abs. 2 EU bereits als überflüssig angesehen. So bspw. Glaesner, a.a.O., 336; in diese Richtung auch Schwarze Europäischer Grundrechtsschutz - Grundfragen, aktuelle Rechtsentwicklungen, künftige Perspektiven, ZfV 1993, 1, 9.

che Konventionsverstöße treffen, die dem Gemeinschafts- bzw. Unionsrecht zuzurechnen sind.

Aus völkerrechtlicher Sicht läßt sich diese Annahme damit begründen, daß ein Mitgliedstaat mit der Ratifikation der EMRK Verpflichtungen eingegangen ist, von denen er nicht dadurch frei wird, daß er Hoheitsbefugnisse auf völkerrechtliche Entitäten überträgt. ¹⁵¹ Die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die konventionskonforme Ausübung dieser Hoheitsbefugnisse besteht fort ¹⁵², und der Mitgliedstaat hat für die Konsequenzen einzustehen, die sich aus einer solchen Übertragung von Hoheitsrechten ergeben. ¹⁵³ Es ist kein Grund ersichtlich, warum das nicht auch für das Gemeinschaftsrecht gelten soll, und zwar für primäres Gemeinschaftsrecht ¹⁵⁴ ebenso wie für sekundäres Gemeinschaftsrecht, für das Handeln von Organen der Gemeinschaften im direkten Vollzug, ¹⁵⁵ für die Entscheidungen der Gemeinschaftsgerichte ¹⁵⁶ und für Akte der Mitgliedstaaten in Durchführung von Ge-

¹⁵¹ Pernice Vollstreckung gemeinschaftsrechtlicher Zahlungstitel und Grundrechtsschutz, RIW 1986, 353, 356f.; Tomuschat Völkerrechtliche Grundlagen der EG-Drittstaatsbeziehungen, in: Hilf/Tomuschat (Hrsg.), EG und Drittstaatsbeziehungen nach 1992, 1991, 139 ff., 150 – allerdings nur für die allgemeinen Regeln des Völkerrechts; Hilf FS Bernhardt (Fn. 134), 1198; Bernhardt (Fn. 150), FS Everling, 1995, 103, 105; Vedder (Fn. 150), 317; Ress (Fn. 137), FS Winkler, 1997, 919 f.; ders. Die EMRK und das Europäische Gemeinschaftsrecht, ZEuS 1999, 471, 481; Bultrini L'interaction entre le système de la Convention européenne des Droits de l'Homme et le système communautaire, ZEuS 1998, 493, 494, 498 f.; Villiger (Fn. 26), Rn 21, 106; vgl. auch Tulkens L'Union européenne devant la Cour européenne des droits de l'homme, RUDH 2000, 50, 51 f.

¹⁵² Vgl. jüngst EGMR, Urt. v. 18. 2. 1999, Waite u. Kennedy ./. Deutschland, RJD 1999 I Ziff. 67 = EuGRZ 1999, 207 ff.; EGMR, Urt. v. 18. 2. 1999, Beer und Regan ./. Deutschland, Appl. Nr. 28934/95, Ziff. 57; EGMR, Urt. v. 18. 2. 1999, Matthews ./. Vereinigtes Königreich, RJD 1999 I, Ziff. 32 = EuGRZ 1999, 200 ff.

¹⁵³ EGMR, Matthews. /. Vereinigtes Königreich (Fn. 152), Ziff. 33. In diesem Sinne bereits EKMR, Entsch. v. 10.6.1958 (Nr. 235/56), Yearbook of the ECHR, Bd. 2, 256, 300 f.

¹⁵⁴ Bezogen auf den Direktwahlakt v. 20.9. 1976 (ABI. 1976 Nr. L 278/1): EGMR, Urt. v. 18.2. 1999, Matthews ./. Vereinigtes Königreich (Fn. 152), Ziff. 33. In der rechtlichen Einordnung des DWA übereinstimmend mit Hölscheidt in: Grabitz/Hilf (Fn. 143), Art. 190 EGV, Rn 4; Haag/Bieber in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), EU-/EG-Vertrag, Bd. 4, 5. Aufl. 1997, Art. 138 EGV, Rn 6. Vgl. auch Hilf Völkerrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Elemente des Beschlusses vom 20. September 1976 im Lichte des Souveränitätsdenkens in der EG, in: Ress (Hrsg.), Souveränitätsverständnis in den Europäischen Gemeinschaften, 1980, 21, 26.

 ¹⁵⁵ Bernhardt (Fn. 150), FS Everling, 1995, 105; Ress (Fn. 137), FS Winkler, 1997, 920.
 156 Nachdem der EGMR der Frage im Fall Guérin noch offen lassen konnte (EGMR,

Entsch. v. 4.7.2000, Guérin ./. les 15 Etats de l'Union Européenne, Appl. Nr. 51717/99),

meinschaftsrecht.¹⁵⁷ Das heißt in der Konsequenz, daß die von den Mitgliedstaaten mit der Ratifikation übernommene Verpflichtung zur "Zusicherung" der Konventionsgarantien gegenüber allen "ihrer Jurisdiktion unterstehenden Personen" (Art. 1 EMRK) umfassend in dem Sinne zu verstehen ist, daß sich diese Verpflichtung nicht nur auf den Schutz vor der Hoheitsgewalt bezieht, die von dem jeweiligen Konventionsstaat selbst unmittelbar ausgeübt wird, sondern weitergehend auf den Schutz der der Hoheitsgewalt dieses Staates unterstellten Personen vor Eingriffen in die Konventionsrechte durch die Organe internationaler Organisationen.¹⁵⁸

Diese völkerrechtliche "Haftung" auch für das Verhalten "anderer" (mittelbare Bindung) hat im übrigen – jedenfalls gemeinschaftsrechtlich – auf der Grundlage des Art. 307 Abs. 1 EG, welcher vor dem EG-Beitritt eingegangene völkerrechtliche Verpflichtungen unberührt läßt und dem insoweit eine Pflicht zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des EG-Rechts zu entnehmen ist,¹⁵⁹ Konsequenzen für das Verständnis des Art. 6 Abs. 2 EU: Bei der Achtung der Grundrechte ist einem Gemeinschaftsgrundrecht im Zweifel ein Inhalt beizulegen, der mit den in der EMRK eingegangenen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten vereinbar ist; ansonsten muß ein Fall der Unvereinbarkeit (Art. 307 Abs. 2 EG) angenommen werden, der die Mitgliedstaaten zur Behebung derselben, gegebenenfalls zur gegenseitigen Hilfeleistung verpflichtet.

wird er in Kürze die Gelegenheit haben, zu dieser Frage im Fall der deutschen Schifffahrtgesellschaft DSR-Senator Lines (Appl. Nr. 56672/00) Stellung zu nehmen, der ein Strafgeld in Höhe von 13 Mio. Euro auferlegt wurde. In einer gegen die 15 EU-Mitgliedstaaten gerichteten Beschwerde macht sie eine Verletzung ihres Rechts auf Zugang zu Gericht nach Art. 6 EMRK geltend, die darin bestehe, daß ihrer Berufung keine aufschiebende Wirkung zuerkannt wurde. Auf dem Boden der hier vertretenen Argumente müßte die Beschwerde zulässig sein. Allerdings darf nicht vernachlässigt werden, daß die Straßburger Judikatur in dieser Frage in der Vergangenheit wenigstens auch von pragmatischen Erwägungen des Verhältnisses zum EuGH geprägt war (vgl. insb. EKMR, Entsch. v. 9. 2. 1990, M. & Co. ./. Deutschland, DR 64, 138, 145 f.).

¹⁵⁷ Bernhardt FS Everling (Fn. 150), 105. Im Grundsatz bereits auch EKMR, Entscheidung vom 9.2.1990, M. & Co. ./. Deutschland (Fn. 156), 145.

¹⁵⁸ Vgl. auch die Maastricht-Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 89, 155, 175); Walter (Fn. 9), ZaöRV 1999, 980. In einer die Mitgliedstaaten der EMRK vergleichenden Perspektive würde die Ablehnung der Verantwortlichkeit erhebliche Verzerrungen in den mitgliedstaatlichen Pflichten mit sich bringen. In bestimmten Rechtsgebieten (z. B. im Wettbewerbsrecht) käme es zu einer Aufspaltung in zwei Klassen, nämlich in jene der EU-Mitgliedstaaten, deren Hoheitsgewalt und damit konventionsrechtliche Verantwortlichkeit beschränkt ist, und in jene der übrigen Mitgliedstaaten, die weiterhin voll verantwortlich wären.

¹⁵⁹ Schmalenbach in: Calliess/Ruffert (Fn. 135), Art. 307 EGV, Rn 15.

3. Wechselwirkungen zwischen der EMRK und dem Recht der Union

Mit der stärker werdenden Integration gewinnt das Recht der Union nicht nur im nationalen Kontext eine immer größere Bedeutung. Die Übertragung von weiteren und wichtigeren Zuständigkeiten auf die EU und die damit verbundene gemeinschaftsrechtliche Vereinheitlichung führen auch zu einer gewichtigeren Rolle des Unionsrechts im Bereich der EMRK. Welcher Art diese Einflüsse sind, soll an Hand der für das Verhältnis zu den Mitgliedstaaten entwickelten Typologie gezeigt werden.

Die Mitgliedschaft der EU-Mitglieder in der EMRK und die Rezeption der EMRK in den Gemeinschaftsgrundrechten nach Art. 6 Abs. 2 EU entfalten normative Wirkungen im Unionsrecht, freilich überwiegend in abgeschwächter mittelbarer Form, vergleichbar den "weichen" Wirkungen. Wichtigstes Beispiel ist die Berücksichtigung der Art. 6 und 13 EMRK und der Rechtsprechung des EGMR zu den Verfahrensgarantien im Rahmen des gemeinschaftsrechtlichen Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes. 160 Daß auch der Inhalt des Art. 6 Abs. 1 EMRK zu den vom EuGH zu berücksichtigenden allgemeinen Rechtsgrundsätzen zählt, steht heute außer Streit. 161

Weiche normative Auswirkungen zeitigen völkerrechtliche Verpflichtungen, die von den Mitgliedstaaten (im Fall der Gründungsstaaten) vor dem 1. 1. 1958 bzw. vor dem Beitritt eingegangen wurden. Nach Art. 307 Abs. 1 EG werden sie nicht berührt. Das legt nahe, im Rahmen von Art. 6 Abs. 2 EU einem Gemeinschaftsgrundrecht im Zweifel entweder einen Inhalt beizulegen, der mit den in der EMRK eingegangenen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten vereinbar ist (Art. 307 Abs. 1 EG), oder aber andere geeignete Mittel zur Behebung von Unvereinbarkeiten anzuwenden (Art. 307 Abs. 2 EG). Als Folge "weicher" normativer Wirkungen in die umgekehrte Richtung – vom Unionsrecht auf die

¹⁶⁰ Besonders deutlich jüngst EuGH, Urt. v. 17. 12. 1998, Rs. C-185/95 P (Baustahlgewerbe), Slg. 1998 I, 8417, Rn 281 ff. = EuGRZ 1999, 26. Zu den Elementen dieses Grundsatzes gehören jedenfalls das Recht auf Zugang zu einem Gericht, volle Kontrollbefugnis des Gerichts sowie eine hinreichende Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung. Ferner ist noch die Pflicht zur Begründung von Verwaltungsakten zu nennen (vgl. Schwarze Konvergenz im Verwaltungsrecht der EU-Mitgliedstaaten, DVBl. 1996, 881, 884). Sie liegt aber außerhalb der Themenstellung.

¹⁶¹ EuGH, 18.10.1989, Rs. 374/87 (*Orkem*), Slg. 1989, 3283, Rn 30. Weitere Beispiele für Bezugnahmen des EuGH auf Art. 6 EMRK sind: EuGH, Urt. v. 1.4.1987, Rs. 257/85 (*Dufay*), Slg. 1987, 1561, Rn 9f. = EuGRZ 1989, 189ff.; Urt. v. 18.10.1990, verb. Rs 297/88, C-197/81 (*Massam Dzodzi*), Slg. 1990 I, 3763, Rn 68; Urt. v. 10.11. 1993, Rs C-60/92 (*Otto/Postbank*), Slg. 1993, I-5683, Rn 11.

EMRK – kann die Ratifikation des 6. ZP durch Belgien und Griechenland im Gefolge der Erklärung Nr. 1 der Regierungskonferenz anläßlich der Ratifikation des Amsterdamer Vertrags zur Abschaffung der Todesstrafe angesehen werden. 162

Normative Wirkungen des Unionsrechts auf die EMRK gibt es als Folge der Verweisung der EMRK auf nationales Recht und auf das Recht der Europäischen Union. Beispiele sind der Begriff des "Ausländers" in Art. 16 EMRK und der Begriff der "gesetzgebenden Körperschaft" in Art. 3 1. ZP ("Rezeptionsbegriffe"). Art. 16 läßt Beschränkungen der politischen Tätigkeit von Ausländern im Bereich der Art. 10, 11 und 14 zu. Die Rechtsentwicklung im Recht der Europäischen Union führt zur Reduktion des Ausländerbegriffs in Art. 16 EMRK auf Drittstaatsangehörige mit der Konsequenz, daß EU-Ausländer Staatsbürgern bei der Ausübung der Rechte nach den Art. 10, 11 und 14 jedenfalls für die Zwecke der Wahlwerbung vor Wahlen zum EP gleichgestellt werden. 163 – Der Begriff des "gesetzgebenden Organs" in Art. 3 1. ZP,

¹⁶² Anläßlich der Unterzeichnung des Amsterdamer Vertrags hatte die Regierungskonferenz die Erklärung Nr. 1 zur Abschaffung der Todesstrafe angenommen, in der unter Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 2 EU darauf verwiesen wird, daß das 6. ZP von einer großen Mehrheit der Mitgliedstaaten unterzeichnet und ratifiziert wurde. Die Konferenz stellte fest, daß seit der Unterzeichnung des Protokolls am 28.4. 1983 die Todesstrafe in den meisten Mitgliedstaaten der Union abgeschafft und in keinem Mitgliedstaat angewandt worden ist. Belgien und Griechenland ratifizierten das Zusatzprotokoll sodann im Jahr 1998 nach der Unterzeichnung und vor dem In-Kraft-Treten des Amsterdamer Vertrags. Im Jahr 1999 ratifizierte schließlich das Vereinigte Königreich das ZP als letzter Mitgliedstaat der EU im Zusammenhang mit dem Erlaß des Human Rights Acts 1998 und der Inkorporation der EMRK in das britische Recht (dazu Hummer [Fn. 137], 97; Griller et al. [Fn. 134], 138f.; Klug [Fn. 59], 272f.).

¹⁶³ Das bedeutet, daß die entsprechenden Deutschenvorbehalte der Art. 8 und 9 GG hinter der EMRK zurückbleiben. Für EU-Ausländer besteht daher innerstaatlich der Schutz nach Art. 11 EMRK auf einfachgesetzlicher Ebene; eine Verfassungsbeschwerde kann nach h.M. auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützt werden (BVerfG 35, 383, 399; 78, 179, 196f.; Dreier in: ders. [Fn. 9], Art. 2 I Rn 31f.; Stern Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, 1040f. mwN.). Berücksichtigt man die Einführung der Unionsbürgerschaft mit dem Vertrag von Maastricht und ihre Verfestigung im Vertrag von Amsterdam, so ist davon auszugehen, daß die EMRK über die Art. 10 Abs. 2 und 11 Abs. 2 hinausgehende Beschränkungen der politischen Tätigkeit von EU-Ausländern nicht zuläßt. Diesen Standpunkt hat die Europäische Kommission für Menschenrechte bereits im Fall einer Abgeordneten des Europäischen Parlaments eingenommen. Der EGMR hatte hingegen die Anwendbarkeit des Art. 16 in diesem Fall mit der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedsstaats der Europäischen Union, mit der Mitgliedschaft im Europäischen Parlament und mit der Tatsache begründet, daß die Bevölkerung jenes Teils des örtlichen Geltungsbereichs der EMRK an den Wahlen zum Europäischen Parlament teilnehme. Im konkreten Fall handelte es sich um das französische

der ursprünglich nur eine Garantie für nationale Parlamente enthalten sollte, enthält eine Verweisung auf das nationale Verfassungsrecht. Er muß unter Berücksichtigung der verfassungsmäßigen Strukturen des betroffenen Staats ausgelegt werden. 164 Auf dieser Grundlage hat der EGMR die Anwendbarkeit des Art. 3 1. ZP auf die Wahlen zum EP bejaht. 165

Das Ergebnis beruht auf der Veränderung von Strukturen im Unionsrecht, genauer: auf der Auslagerung verfassungsrechtlicher Inhalte und Strukturen auf die europäische Ebene. In den Worten des EGMR: In dem Maße, in dem die EMRK-Mitgliedstaaten im Rahmen internationaler Verträge verfassungsrechtliche und parlamentarische Struk-

Übersee-Territorium Französisch-Polynesien. Das auf die "Unionsbürgerschaft" gestützte Argument verwarf der Gerichtshof jedoch mit dem Hinweis, daß die Gemeinschaftsverträge zum maßgeblichen Zeitpunkt keine entsprechende Bürgerschaft anerkannt hätten (EGMR, Urt. v. 27.4.1995, Piermont ./. Frankreich, Serie A 314, 24, Ziff. 64 = InfAuslR 1996, 45 ff.). Vgl. hierzu Herdegen (Fn. 4), Rn 269; Stock Urteilsanmerkung, InfAuslR 1996, 51.

¹⁶⁴ Vgl. EGMR, Urt. v. 2.3. 1987, Mathieu-Mohin et Clerfayt ./. Belgien, Serie A 113, Ziff. 53; EKMR, Entsch. v. 12.7. 1976, X. ./. Österreich, DR 6, 120; EKMR, Entsch. v. 11.9. 1995, Timke ./. Deutschland, DR 82-A, 158.

¹⁶⁵ EGMR, Matthews ./. Vereinigtes Königreich (Fn. 152), Ziff. 39, 54. Der EGMR stellte fest, daß das europäische Parlament nicht schon deshalb aus dem Anwendungsbereich des Art. 3 1. ZP falle, weil es sich um ein supranationales und nicht um ein rein innerstaatliches Organ handele. Unter Heranziehung der einschlägigen Vorschriften vor und nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht gelangt der EGMR zum Ergebnis, daß das europäische Parlament in die allgemeine demokratische Überwachung der Tätigkeiten der Europäischen Gemeinschaften hinreichend mit eingebunden ist, um einen Teil der gesetzgebenden Körperschaft für die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft darzustellen. Diese Schlußfolgerung bringt im Zusammenhang mit dem Direktwahlakt und den Wahlordnungen der Mitgliedstaaten Verschiebungen beim persönlichen Schutzbereich des Grundrechts. Grundsätzlich ist von der EMRK anerkannt, daß die Staatsangehörigkeit Voraussetzung für die Ausübung des Wahlrechts in den nationalen Rechtsordnungen ist. Die Wahlvölker für die Wahl zum Europaparlament sind jedoch nicht notwendigerweise identisch mit den nationalen Völkern. Zwar wählt grundsätzlich jeder EU-Bürger die parlamentarischen Vertreter seines Landes, nach dem Maastrichter Vertrag können EU-Bürger aber ihr aktives und passives Wahlrecht auch in einem Mitgliedstaat ausüben, in dem sie dauerhaft ihren Wohnsitz haben, dessen Staatsangehörigkeit sie jedoch nicht besitzen (Art. 19 Abs. 2 EGV). Das bedeutet, daß die Vertreter des europäischen Parlaments eines Mitgliedstaates, die gerade das Volk dieses Mitgliedstaates repräsentieren sollen, auch von Nicht-Staatsangehörigen mitbestimmt werden, ja sogar Nicht-Staatsangehörige sein können. Auch hier besteht freilich eine Ausnahme. In Ausgestaltung von Art. 19 Abs. 2 EGV a.E. sieht Art. 14 der Richtlinie vor, daß in Mitgliedstaaten, in denen der Anteil der staatsfremden Unionsbürger 20% übersteigt, die Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts von einer Mindestaufenthaltsdauer abhängig gemacht werden kann.

turen schaffen, sind diese durch gegenseitige Verträge bedingten Strukturänderungen bei der Auslegung der Konvention zu berücksichtigen. 166

Durch den Einfluß des Gemeinschaftsrechts wird auch der Volksbegriff, der den nationalen Verfassungen zugrunde liegt, auf der Ebene des Art. 3 1. ZP durch die Einbeziehung von Staatsangehörigen anderer Mitgliedstaaten zur Europäischen Union hin erweitert. 167 Damit werden scheinbar Elemente jenes Demokratiemodells, nach dem das Betroffenheitskriterium maßgeblich für die Frage der politischen Mitbestimmung ist, in das nationale Recht integriert. 168 Bei genauer Betrachtung zeigt sich aber, daß das Junktim von Staatsangehörigkeit und Wahlrecht durchaus erhalten bleibt. Durch den Direktwahlakt wird nämlich nur die Basis erweitert: Wahlrecht genießen EU-Bürger, d.h. Inhaber der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates, nicht aber alle übrigen dauerhaft in einem Mitgliedstaat wohnenden und damit betroffenen Ausländer, die Angehörige von Drittstaaten sind. 169

Als weiteres Beispiel ist die Berücksichtigung des gemeinschaftsrechtlichen Rechtsschutzsystems für die Beurteilung der Erschöpfung des innerstaatlichen Instanzenzuges als Voraussetzung der Zulässigkeit der Beschwerde zu erwähnen. Auch Rechtsbehelfe im Rechtsschutzsystem des Gemeinschaftsrechts sind im Sinne dieser Vorschrift "innerstaatlich".¹⁷⁰ In dieselbe Kategorie von Wirkungen gehört es, wenn der EGMR bei der Bemessung der Höhe des Schadensersatzes wegen einer

¹⁶⁶ EGMR, Matthews ./. Vereinigtes Königreich (Fn. 152), Ziff. 39. – In diesem Zusammenhang ist auch die Entscheidung der EKMR im Fall Caprino zu sehen. Sie stellte in Bezug auf das Merkmal "gesetzlich vorgesehen" aus Art. 5 EMRK fest, daß bei Mitgliedstaaten der EG in der Frage nach dem innerstaatlich anwendbaren Recht auch Gemeinschaftsrecht zu berücksichtigen ist, soweit dieses unmittelbar anwendbar ist; EKMR, Entsch. v. 3.3. 1978, Franco Caprino ./. Vereinigtes Königreich, DR 12, 14.

¹⁶⁷ Hobe Das Staatsvolk nach dem Grundgesetz, JZ 1994, 191, 193, spricht von einer "Europäisierung des Staatsvolksbegriffs".

¹⁶⁸ Kluth in: Calliess/Ruffert (Fn. 135), Art. 19 EGV, Rn 1.

¹⁶⁹ Die Diskussion um ein allgemeines kommunales Ausländerwahlrecht ist in der Bundesrepublik nach der Entscheidung des BVerfG (E 83, 37, 60ff.) weitgehend verstummt, s. aber *Davy* Rechtliche Instrumente der Integration: In welchem Kontext steht die Verleihung der Staatsangehörigkeit?, in: dies. (Hrsg.), Politische Integration der ausländischen Wohnbevölkerung, 1999, 58ff.

¹⁷⁰ EKMR, Entsch. v. 19. 1. 1989, Christiane Dufay ./. EG, hilfsweise gegen die Gesamtheit der Mitgliedstaaten und die einzelnen Mitgliedstaaten, Appl. Nr. 13539/88, Ziff. 2 (s. auch EuGH, Urt. v. 1. 4. 1987, Rs. 257/85 [Dufay], Rn 12f. = EuGRZ 1989, 189, 190). Mutatis Mutandis auch EKMR, Entsch. v. 7. 12. 1982, X. ./. Deutschland, DR 31, 217.

Konventionsverletzung nach Art. 41 EMRK auch gemeinschaftsrechtliche Schadensersatzansprüche berücksichtigt. 171

Kein Einfluß auf die Bindung nach der EMRK erwächst aus dem Inhalt der Grundfreiheiten. Die Inhalte der Grundfreiheiten, die Berufung auf Gemeinschaftsvorbehalte und der unterschiedliche systematische Zusammenhang, in dem die Grundrechte (auch der EMRK) im Gemeinschaftsrecht stehen, haben zwar im Gemeinschaftsrecht Einfluß auf das Grundrechtsniveau. Auf völkerrechtlicher Ebene bleibt die Verantwortlichkeit (der Mitgliedstaaten) für den Inhalt des Gemeinschaftsrechts aber unverändert. Nur im Rahmen eines völkerrechtlichen "Beurteilungsspielraums" der Mitgliedstaaten bei der Frage der Gewichtung von Eingriffsschwere und der Bedeutung des legitimen Ziels vermag die Rechtslage im Gemeinschaftsrecht eine eingeschränkte Bedeutung zu haben.

Eine "Anhebung" der Verpflichtungen der EU-Mitgliedstaaten nach der EMRK durch das Gemeinschaftsrecht kommt ebensowenig in Betracht. Der Hinweis auf den Grundsatz des Verbots des "venire contra factum proprium" mit der Überlegung, daß etwas, was gemeinschaftsrechtlich verboten sei, konventionsrechtlich nicht in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich sein könne,¹⁷³ vernachlässigt den Umstand, daß ein Staat sich in einem bestimmten Kontext und gegenüber einem eingeschränkten Kreis von Staaten zu mehr verpflichten kann, als nach der EMRK geboten ist, ebenso wie ihm das auch innerstaatlich unbenommen ist. Diese Einsicht wird durch Art. 53 EMRK bestätigt.

Faktische Wirkungen liegen in der Bekräftigungswirkung des Gemeinschaftsrechts für die Auslegung der EMRK. Ein jüngeres Beispiel bildet die Auslegung des Begriffs der "zivilrechtlichen" Angelegenheiten zur Abgrenzung des Kreises der beamtenrechtlichen Streitigkeiten, die in

¹⁷¹ EGMR, Urt. v. 1.4. 1998, Hornsby ./. Griechenland, RJD 1998 II, Ziff. 18. Der vom EGMR zugesprochene Schadensersatz fiel im Vergleich zu den Forderungen des Bf. gering aus. Der EGMR verwies auf die Rechtsprechung des EuGH, nach der ein Staat bei verspäteter Umsetzung von Richtlinien den von der Richtlinie Begünstigten Schadensersatz zu leisten hat (EuGH, Urt. v. 10.7. 1997, verb. Rs. C-94/95 [Bonifaci u. a.] und C-95/95 [Berto u. a.], Ziff. 45 ff.; ebenso Rs. C-261/95 [Palmisani] und Rs. C-373/95 [Maso u. a., Gazzetta u. a.]). In diesem Zusammenhang ist auch auf zwei Entscheidungen der EKMR zu verweisen, in denen sie sich mit der Vorlagepflicht nationaler Gericht zum EuGH gem. Art. 234 EG befaßte. Sie kam zu dem Ergebnis, daß es einen Verstoß gegen den fair-trial-Grundsatz gem. Art. 6 Abs. 1 EMRK darstellen kann, wenn die Ablehnung der Vorlage willkürlich erfolgt; EKMR, Entsch. v. 12.5. 1993, Divagsa Company ./. Spanien, DR 74, 274; EKMR, Entsch. v. 28.6. 1993, F.S. und N.S. ./. Frankreich, DR 75, 39.

¹⁷² A.A. Langenfeld/Zimmermann (Fn. 29), ZaöRV 1992, 313.

¹⁷³ Langenfeld/Zimmermann (Fn. 29), ZaöRV 1992, 313.

den Schutzbereich des Art. 6 EMRK fallen. Hier zieht der EGMR neuerdings ein auf die Aufgaben des Beamten bezogenes funktionelles Kriterium heran: Zur Wahrung des Allgemeininteresses des Staates berücksichtigt er die funktionelle Abgrenzung, die die Europäische Kommission und der EuGH zur Bestimmung der Ausnahme der "Beschäftigung in der öffentlichen Verwaltung" von der Arbeitnehmerfreizügigkeit auf der Basis des Art. 39 Abs. 4 EG herangezogen haben. 174. 175

174 EGMR, Urt. v. 8.12.1999, Pellegrin ./. Frankreich, Appl. Nr. 28541/95. Der Gerichtshof nahm den Fall zum Anlaß, in Bezug auf die Frage der Anwendbarkeit von Art. 6 EMRK eine eigenständige Definition des Begriffs "öffentlicher Dienst" ("fonction publique", "Civil Service") einzuführen. Dies sei notwendig, um Ungleichbehandlungen zwischen den einzelnen Vertragsstaaten zu vermeiden und um die Gleichbehandlung von Staatsbediensteten mit gleichen Aufgaben unabhängig von der rechtlichen Ausgestaltung ihres Arbeitsverhältnisses zu gewährleisten. In diesem Sinn stellt der Gerichtshof auf ein funktionales Kriterium ab, basierend auf der Natur der ausgeübten Aufgaben und Verantwortlichkeiten, wobei insbesondere die enge Anlehnung dieses Kriteriums an EG-Recht bemerkenswert ist. Danach sind vom Anwendungsbereich des Art. 6 EMRK nur solche Streitigkeiten Staatsbediensteter ausgeschlossen, deren Posten insoweit charakteristisch für die spezifischen Tätigkeiten der öffentlichen Verwaltung sind, als diese als Trägerin hoheitlicher Befugnisse zur Wahrung der allgemeinen Belange des Staates oder anderer öffentlich-rechtlicher Körperschaften tätig wird (wortgleich zu Art. 39 Abs. 4 EG: EuGH, Urt. v. 2.7. 1996, C-473/93 [Kommission/Großherzogtum Luxemburg], Slg. 1996 I, 3248, 3255f., Rn 27). In diesem Sinn typische Aufgaben werden von den Streitkräften und der Polizei wahrgenommen. Der EGMR führt hierzu aus, daß er bei der Prüfung dieser Voraussetzungen unverbindlich die von der Europäischen Kommission in ihrer Mitteilung vom 18.3, 1988 (Mitteilung vom 18.3. 1988, Abl. EG C 72/2) und vom Europäischen Gerichtshof aufgezählten Beschäftigungsbereiche und Tätigkeiten berücksichtigen wird. Streitigkeiten allerdings, deren Gegenstand Versorgungsbezüge sind, fielen sämtlich in den Anwendungsbereich von Art. 6 Abs. 1 EMRK, da der Eintritt der Bediensteten in den Ruhestand nach Ansicht des EGMR ihre besondere Verbindung mit dem Staat jedenfalls beende. Dazu Palm, The Civil Servant and the New Court, GS Ryssdal, 2000, 1065, 1068ff.

175 Auch die Vorgänge rund um die Aufhebung der "Sanktionen der XIV" gegen Österreich zeigen die faktisch-politische Bedeutung der EMRK im Rahmen der EU. Die Erstellung des "Weisenberichts", der letztlich die Aufhebung der "Sanktionen" ermöglichte, ist auf zwei Ebenen von der EMRK beeinflußt. Auf verfahrensrechtlicher Ebene wurde der Präsident des EGMR ersucht, die drei Berichterstatter auszuwählen und das Mandat an diese "weiterzureichen". Auf inhaltlicher Ebene zieht der Bericht sowohl bei der Beurteilung der Arbeit der neuen österreichischen Bundesregierung als auch bei der Beurteilung der "politischen Natur der FPÖ" die EMRK als Maßstab heran (vgl. Ahtisaari/Frowein/Oreja Österreich-Bericht für 14 Mitgliedstaaten der Europäischen Union, EuGRZ 2000, 404ff. [Ziff. 6ff., 16, 66ff., 98, 102]). – Die "Sanktionen" selbst waren dem Recht der Europäischen Union zuzuordnen, innerhalb dessen rechtserheblich und vor allem deshalb rechtswidrig, weil sie einerseits außerhalb des vorgesehenen Regimes des Art. 7 EU verhängt wurden und andererseits gegen das gemeinschaftsrechtliche Gebot der Loyalität zwischen den Mitgliedstaaten (Art. 10 Abs. 2

4. Die EMRK und die Grundrechtscharta

Am 2. Oktober 2000 legte der Grundrechtskonvent gemäß dem Mandat des Europäischen Rats von Köln den Entwurf einer Grundrechtscharta vor.¹⁷⁶ Nach deren Art. 51 Abs. 1 soll die Charta für jenen Bereich gelten, in dem die Gemeinschaftsgrundrechte zur Anwendung kommen.¹⁷⁷ Auch inhaltlich soll sich wenig ändern:¹⁷⁸ "Diese Charta" – so der 5. Erwägungsgrund in der Präambel – "bekräftigt die Rechte, die sich vor allem aus den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten, aus dem Vertrag über die Europäische Union und aus den Gemeinschaftsverträgen, aus der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, aus den von der Gemeinschaft und dem Europarat beschlossenen Sozialchartas sowie aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergeben."¹⁷⁹

Aus der Perspektive der EMRK stellen sich drei Fragen zur Charta, nämlich die Frage nach dem Einfluß der EMRK auf den Inhalt der

EG) verstießen (so mit unterschiedlicher Akzentsetzung im Ergebnis auch Winkler Europa quo vadis. Die Anatomie eines europäischen Willküraktes, ZÖR 2000, 231, 239 ff.; Hummer/Obwexer Die Verhängung der "EU-Sanktionen" und der mögliche Ausstieg aus ihnen, ZÖR 2000, 269, 276; dies. Die Wahrung der "Verfassungsgrundsätze" der EU, EuZW 2000, 485, 491; Leidenmühler Zur Legalität der Maßnahmen gegen die österreichische Bundesregierung. Rechtsfragen aus Anlaß der internationalen Reaktionen auf die Regierungsbildung eines Mitgliedstaates der EU, ZÖR 2000, 299, 309 ff.; Regan Are EU Sanctions against Austria Legal?, ZÖR 2000, 323, 328 ff.; Schorkopf Verletzt Österreich die Homogenität in der Europäischen Union?, DVBl. 2000, 1036, 1040 ff.).

¹⁷⁶ Zur Vorgeschichte und zum politischen Hintergrund der Charta sowie zum Verfahren des Konvents Weber Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung, NJW 2000, 537 ff.; Pernice Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union, DVBl. 2000, 847 ff.; Braibant La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Conclusions, RUDH 2000, 66f.; Baer Grundrechtecharta ante portas, ZRP 2000, 361 ff.; Neisser Die Europäische Union auf dem Weg zur Grundrechtsgemeinschaft, Journal für Rechtspolitik 2000, 264 ff.

¹⁷⁷ Zur Reichweite der Gemeinschaftsgrundrechte statt vieler Holoubek Grundrechtsschutz durch Gemeinschaftsgrundrechte, in: Griller/Rill (Hrsg.), Verfassungsrechtliche Grundfragen der EU-Mitgliedschaft, 1997, 73 ff.; Ruffert Die Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft als Verpflichtete der Gemeinschaftsgrundrechte, EuGRZ 1995, 518 ff.

¹⁷⁸ So die allgemeine Einschätzung, vgl. statt aller *Jaqué* La démarche initiée par le Conseil européen de Cologne, RUDH 2000, 3, 4.

¹⁷⁹ Die Charta ist abgedruckt in Sonderbeilage zu NJW, EuZW, NVwZ, JuS (2000) sowie in EuGRZ 2000, 554ff.

Charta, die Frage des Verhältnisses der beiden Grundrechtskataloge zueinander und schließlich die Frage nach dem Stellenwert der Charta im Unionsrecht nach der vorgesehenen Proklamation.¹⁸⁰

a) Der Einfluß der EMRK auf den Inhalt der Grundrechtscharta

Wenn man nach dem Einfluß der EMRK auf die Charta fragt, so zeigt die Entstehungsgeschichte ganz deutlich, daß in wesentlichen Teilbereichen die EMRK Pate gestanden hat. Auch der Wortlaut mancher Bestimmung bestätigt das. Die Rechte in Kapitel I (Würde des Menschen), in Kapitel II (Freiheiten) und in Kapitel VI (Justizielle Rechte) sind ganz wesentlich von der EMRK beeinflußt. Dort finden sich nahezu sämtliche Artikel der Konvention wieder.

Beschränkt man die Betrachtung auf die Rechte, die wenigstens auch von der EMRK geprägt worden sind, so zeigen sich zwei Abweichungen. Zum einen enthält die Charta auch Rechte aus Zusatzprotokollen, die nur von einem Teil der Mitgliedstaaten der EU ratifiziert wurden, wie das Verbot von Kollektivausweisungen (Art. 19 Abs. 1 der Charta) und das Verbot des ne bis in idem (Art. 50). 183 Zum anderen fällt auf, daß

¹⁸⁰ Zum Inhalt der Charta vgl. *Grabenwarter* Die Charta der Grundrechte für die Europäische Union, DVBl. 2001, 1 ff.

¹⁸¹ Vgl. den Entwurf v. 5.5.2000, der die vorgeschlagenen Rechte der Charta den entsprechenden Garantien der EMRK gegenüberstellt, Convent 28, Charte 4284/00; vgl. auch die Wiedergabe der den Chartarechten entsprechenden Grundfreiheiten der EMRK im Text der Erläuterungen zur Charta (EuGRZ 2000, 559, 569).

¹⁸² Zur Medienfreiheit etwa Stock Eine Grundrechtscharta für die Europäische Union: Wie sollte die Medienfreiheit darin ausgestaltet werden?, ZUM 2000, 533, 534f. - Der Menschenwürdeartikel am Beginn der Charta und das Recht auf Unversehrtheit sind in abgewandelter Form aus dem nationalen Verfassungsrecht, namentlich dem Bonner Grundgesetz entnommen, letzteres Recht freilich ergänzt um spezielle Gewährleistungen, die sich in der Bioethikkonvention des Europarates wiederfinden. Die Kapitel III (Gleichheit) und V (Bürgerrechte) sind dagegen vornehmlich aus vorhandenen Gewährleistungen im Gemeinschafts- und Unionsrecht gespeist. Das mit "Solidarität" überschriebene Kapitel mit sozialen und wirtschaftlichen Rechten nimmt eine Sonderstellung ein und ist in mehrfacher Hinsicht heterogen. Es enthält neben Mindestgarantien für Arbeitnehmer und Regelungen des Jugendschutzes eine dem Art. 6 Abs. 1 GG verwandte Bestimmung über den Schutz der Familie, ferner bloß "anerkannte" oder "geachtete Rechte" wie den Zugang zu den Leistungen der sozialen Sicherheit und schließlich als Zielbestimmungen aufzufassende Artikel wie den sogenannten "Zugang zu Diensten von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse" und zwei Garantien mit Bezug zu Umwelt- und Verbraucherschutz (Art. 36 bis 38).

¹⁸³ Eine gemeinsame Verfassungstradition läßt sich zwar für das Verbot von Kollektivausweisungen begründen, nicht aber ohne weiteres für das Verbot des ne bis in idem, jedenfalls nicht in der weiten Auslegung des EGMR; vgl. EGMR, Gradinger ./. Österreich (Fn. 27); dazu Kucsko-Stadlmayer Das "Gradinger-Urteil" des EGMR, ecolex

die Gewährleistungen der Charta auf Schutzbereichsebene zum Teil weiter gehen, wie sich im Wegfall der Schutzbereichsbegrenzung für die Gerichtsgarantie des Art. 6 EMRK (Art. 47 Abs. 2 der Charta), in der Einbeziehung der beruflichen Aus- und Weiterbildung in das Recht auf Bildung (Art. 14 der Charta) und in der Weiterentwicklung des Diskriminierungsverbots zu einem allgemeinen Gleichheitssatz (Art. 20 und 21 der Charta) im Sinn des 12. ZPEMRK zeigt.

Der Einfluß der EMRK geht aber über die im vordergründigen Textvergleich feststellbaren Parallelen hinaus. In dem zitierten Erwägungsgrund Nr. 5 wird neben der EMRK und anderen Rechtsquellen auch die Rechtsprechung des EGMR als mitkonstitutierendes Element des Inhalts der Gemeinschaftsgrundrechte genannt. Berücksichtigt man diesen Umstand, dann wird der gegen die Charta erhobene Einwand der Unbestimmtheit weitgehend entkräftet. Die Auslegung der Charta muß eben vermittelt durch den Verweis auf die EMRK und die Judikatur des EGMR nicht erst "bei Null beginnen", sondern kann auf eine reich entfaltete Rechtsprechung des EGMR zurückgreifen, die zwar nicht zur Gänze, aber doch in wesentlichen Teilen unmittelbar übertragbar sein wird. Dies verleiht Rechtssicherheit bei der Anwendung der Charta und sichert den Einfluß der EMRK und des EGMR unabhängig von der rechtlichen Qualität der Charta im Recht der Europäischen Union.

b) Das Verhältnis zwischen EMRK, Charta und nationalen Verfassungen nach den Art. 52 und 53 der Charta

Die Frage nach dem Verhältnis zwischen EMRK und Charta ist in den horizontalen Klauseln der Art. 52 und 53 der Charta geregelt. Sie stellt sich indessen nur dann, wenn die Charta auch Verbindlichkeit erlangt.

^{1996, 50}ff.; Grabenwarter Entscheidungsanmerkung, JBl. 1997, 578 ff.; vgl. dagegen EGMR, Urt. v. 30.7. 1998; Oliveira ./. Schweiz; RJD 1998 V = JBl. 1999, 102 ff.; dazu Grabenwarter Entscheidungsanmerkung, JBl. 1999, 104; Giese (Fn. 110), 106 f. Die Rechtsprechung des EGMR ist maßgeblich bei der Auslegung eines Grundrechts der Charta heranzuziehen, wie sich aus dem Hinweis im fünften Erwägungsgrund der Präambel ergibt. Der EuGH hat bis heute einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des ne bis in idem nicht anerkannt. Seine Rechtsprechung beschränkt sich auf die Anerkennung eines Gebots zur Berücksichtigung früherer Sanktionsentscheidungen bei der Bemessung späterer Sanktionen aufgrund eines allgemeinen Billigkeitsgedankens (EuGH, Urt. v. 13. 2. 1969, Rs. 14/68 [Walt Wilhelm], Slg. 1969, 1 ff.; Urt. v. 14. 12. 1972, Rs. 7/72 [Boehringer], Slg. 1972, 1281 ff.; vgl. auch Specht [Fn. 148], 78 ff.) Problematisch ist daher die unkritische Bezugnahme auf Art. 4 7. ZP in den Erläuterungen zu Art. 50 der Grundrechtscharta (EuGRZ 2000, 568).

In den beiden Artikeln wird der Versuch unternommen, für Konfliktfälle eine Regelung zu treffen. Für die Rechte der Charta, die jenen der EMRK entsprechen, wird in Art. 52 Abs. 3 angeordnet, daß sie die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. Ein weitergehender Schutz durch das Unionsrecht bleibt unberührt. 184 Demgegenüber sieht der dem Art. 53 EMRK nachgebildete Art. 53 der Charta (mit der Überschrift "Schutzniveau") vor, daß keine Bestimmung der Charta als eine Einschränkung oder Verletzung von Menschenrechten und Grundfreiheiten auszulegen ist, wie sie unter anderem in der EMRK sowie in den Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden.

Im Ergebnis treffen hier drei Günstigkeitsprinzipien aufeinander: jenes zugunsten eines weiterreichenden Schutzes im Unionsrecht in Art. 52 Abs. 3 und jenes in Art. 53 zugunsten von Unionsgrundrechten, von EMRK-Rechten¹⁸⁵ sowie von nationalstaatlichen Grundrechten.¹⁸⁶ Hinzu tritt das für die Mitgliedstaaten geltende Günstigkeitsprinzip des Art. 53 EMRK, das sich auch auf günstigere Rechte nach Unionsrecht erstreckt. Nur im zweipoligen Staat-Bürger-Verhältnis erhöhen diese drei Günstigkeitsprinzipien den Schutz auf das jeweils höchste Niveau. Im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis kann das scheinbar privilegierte Grundrechtssystem deshalb nicht unberührt bleiben, weil sonst eine über die Ausgangsrechtsordnung hinausgehende Einschränkung etabliert würde. Zwischen zwei wechselseitigen Günstigkeitsprinzipien im selben Grundrechtskatalog entsteht dann aber ein unauflöslicher Widerspruch, wenn nicht einem der beiden der Vorrang eingeräumt wird.

¹⁸⁴ Diese Regelung, die zunächst als Verweis auf das Schutzniveau der EMRK zu verstehen ist, wirft bereits für sich genommen Probleme auf. Fraglich ist zunächst, wann ein Recht der Charta einem Recht der EMRK im Sinn des Art. 51 Abs. 3 "entspricht" mit der Konsequenz, daß der Gewährleistungsinhalt der EMRK maßgeblich sein soll. Sodann wirft die Formulierung "gleiche Bedeutung und Tragweite" die Frage auf, ob damit im Sinn der Überschrift und des Abs. 1 des Art. 51 lediglich die Schrankenebene oder aber auch die Schutzbereichsebene gemeint ist.

¹⁸⁵ Die EMRK wird als Beispiel für "internationale Übereinkommen" genannt, "bei denen ... alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind". Diese Formulierung spricht dafür, daß das Günstigkeitsprivileg nur die EMRK und die von allen Staaten ratifizierten ZP Nr. 1 und 6 erfaßt, nicht aber das 4. und das 7. ZP (a.A. *Wachsmann* Les droits civils et politiques, RUDH 2000, 15, 16).

¹⁸⁶ Im Fall der Verfassungen der Mitgliedstaaten kann ein Konflikt deshalb nicht entstehen, weil diese in ihrem Verbindlichkeitsanspruch mit der Charta wegen des verschiedenen Anwendungsbereichs (Art. 50) nicht in Konkurrenz treten können. Interessant ist, daß insoweit nicht auf die "Verfassungsüberlieferungen", sondern auf die "Verfassungen" der Mitgliedstaaten abgestellt wird.

Ein solcher Vorrang dürfte der EMRK nach Art. 53 der Charta zukommen, weil sie weiterreichend formuliert ist und mit der Formulierung "keine Bestimmung dieser Charta ist als eine Einschränkung ... auszulegen" auch die potentiell konfligierende Norm des Art. 52 Abs. 3 erfaßt. Damit ist sichergestellt, daß der Standard der EMRK jedenfalls gewahrt wird.¹⁸⁷

Für das Verhältnis der Rechte der Charta zu den Grundrechten der nationalen Verfassungen ist in diesem Zusammenhang schließlich die mitgliedstaatliche Perspektive zu berücksichtigen. Das Bundesverfassungsgericht und andere Verfassungsgerichte¹⁸⁸ machen die generelle Gewährleistung eines wirkungsvollen Grundrechtsschutzes auf der Ebene der Europäischen Gemeinschaften zur Bedingung dafür, daß die Kontrolle der Einhaltung der Grundrechte im Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts von ihnen nicht ausgeübt wird. Dieser Schutz muß dem nach der nationalen Verfassung unabdingbaren Grundrechtsschutz im wesentlichen gleich zu achten sein. 189 Das bedingt aus nationalverfassungsrechtlicher Sicht, daß weitergehenden Abweichungen im Schutzniveau zwischen Verfassungen der Mitgliedsstaaten und dem Recht der Europäischen Union auch im Rahmen der Grundrechtscharta Grenzen gesetzt sind. Andernfalls müßten die Verfassungsgerichte ihre derzeit "ruhendgestellte" Kompetenz zur Grundrechtskontrolle wieder ausüben. 190

Für das Verhältnis zwischen EMRK und Charta wird schließlich nicht nur entscheidend sein, welche rechtliche Qualität letztere im Rahmen des Unionsrechts erlangt, sondern auch, wie die Frage des Verhältnisses zwischen EGMR und EuGH institutionell gelöst wird, sei es durch ein Vorlageverfahren oder durch einen Beitritt der EU zur EMRK.¹⁹¹ Die

¹⁸⁷ Im Ergebnis auch *Jacqué* (Fn. 178), RUDH 2000, 4; *Fischbach* Le Conseil de l'Europe et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, RUDH 2000 7, 8.

¹⁸⁸ Z.B. für Italien Corte Costituzionale, Urt. Nr. 183 aus 1973 v. 27. 12. 1973, EuGRZ 1975, 311 ff.

¹⁸⁹ BVerfGE 37, 271 ff.; 73, 339, 384.

¹⁹⁰ Vgl. nun auch BVerfG, Beschl. v. 7.6.2000, 2 BvL 1/97.

¹⁹¹ Zu diesen Vorschlägen statt vieler Baumgartner (Fn. 137), ZfV 1996, 327 f.; Iliopoulos-Strangas Der Beitritt der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Menschenrechtskonvention aus der Sicht der Mitgliedstaaten, in: dies. (Hrsg.), Grundrechtsschutz im europäischen Raum, 1993, 343; Pipkorn La Communauté européenne et la Convention européenne des droits de l'homme, RTDH 4 (1993), 221, 232 ff.; Hilf (Fn. 134), FS Bernhardt, 1207 ff.; Benoît-Rohmer (Fn. 150), RUDH 2000, 57 ff.; Alber/Widmaier, Die EU-Charta der Grundrechte und ihre Auswirkungen auf die Rechtsprechung, EuGRZ 2000, 497 ff.

Rechtsprechung des EGMR im Gefolge des Urteils im Fall Matthews könnte schon bald zum Handeln zwingen. 192

c) Die Bedeutung einer Charta als unverbindlicher Erklärung

Nach den Schlußfolgerungen des Rats von Köln¹⁹³ soll die Charta zunächst vom Europäischen Parlament geprüft und dann von Parlament, Rat und Kommission proklamiert werden. Danach soll erst die Frage der Integration der Charta in die Verträge geprüft werden. Das bedeutet, daß die Charta zunächst nicht verbindlich ist und die Rechtslage hinsichtlich der Gemeinschaftsgrundrechte auf der Basis des Art. 6 Abs. 2 EU unverändert bleibt. Die EMRK ist neben den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten weiterhin die maßgebliche Basis für die Ermittlung des Inhalts der Gemeinschaftsgrundrechte als allgemeiner Rechtsgrundsätze.

Ungeachtet dessen wird eine bloß proklamierte, rechtlich unverbindliche Charta das rechtliche Umfeld von Unionsrecht, EMRK und nationalem Verfassungsrecht in dreifacher Hinsicht beeinflussen:

- a) Zunächst steht zu erwarten, daß der EuGH sehr bald die Grundrechtscharta mit heranziehen wird, um ein auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 2 EU gewonnenes Ergebnis durch den Inhalt der konkreteren Charta zu bestätigen (Bekräftigungswirkung). Diese Prognose erscheint besonders realistisch, wenn man das Urteil des EuGH in der Rechtssache Hauer betrachtet, in dem die kurz zuvor zur EMRK verabschiedete gemeinsame Erklärung des Europäischen Parlaments, des Rats und der Kommission der Gemeinschaft¹⁹⁴ in die Begründung einfließt.¹⁹⁵
- b) Ferner ist abzusehen, daß die Verfassungsgerichte der Mitgliedstaaten auf die Charta Bezug nehmen werden, um zu begründen, daß auf Gemeinschaftsebene ausreichender, dem nationalen Niveau entsprechender Grundrechtsschutz gewährleistet wird. Darin liegt zunächst

¹⁹² So auch Fischbach (Fn. 187), RUDH 2000, 8f.

¹⁹³ Der für die Charta einschlägige Teil ist abgedruckt in EuGRZ 1999, 264f.; RUDH 2000, 83. In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, daß nach der Entschließung des Europäischen Parlaments zur Erarbeitung einer Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 16.3.2000 das Parlament seine endgültige Zustimmung zu einer Charta der Grundrechte "in hohem Maße" davon abhängig macht, daß die Charta durch die Aufnahme in den Vertrag über die Europäische Union volle Rechtsverbindlichkeit erhält (Entschließung C 5-0058/99-1999/2064 [COS] Erwägungsgrund V.7).
¹⁹⁴ EG Abl. Nr. C 103/1 vom 27. 4. 1977.

¹⁹⁵ EuGH, Urt. v. 13. 12. 1979, Rs. 44/79 (*Hauer*), Slg. 1979, 3727, Rn 15; vgl. nur die ersten Bezugnahmen auf die Charta in Schlußanträgen der Generalanwälte *Tizzano* v. 8. 2. 2001, Rs. C-173/99 (*Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union* [BECTU]) und Alber v. 1. 2. 2001, Rs. C-340/99 (*TNT Traco SpA*).

eine Bekräftigungswirkung. Darüber hinaus kommt einem solchen Akt – wie das Bundesverfassungsgericht zur gemeinsamen Erklärung aus 1977 festgestellt hat – nicht nur gemeinschaftsintern, sondern auch im Verhältnis der Gemeinschaft zu ihren Mitgliedstaaten rechtserhebliche Bedeutung als "quasi-authentische" Interpretation der Verträge und daher eine wenigstens "weiche" normative Wirkung zu. 196

c) Schließlich ist nicht ausgeschlossen, daß auch der EGMR die Grundrechtscharta in seiner Rechtsprechung ohne rechtliche Verpflichtung de facto berücksichtigen wird, sei es als Hilfsmittel zur Bestimmung eines europäischen Standards, sei es, um die Evidenz der Richtigkeit eines Ergebnisses zu unterstreichen.

VI. Schlußbetrachtung

Nimmt man zum Abschluß die EMRK und ihre Wirkungen aus der Perspektive des eingangs formulierten funktionellen Verfassungsbegriffs in den Blick, so zeigt sich, daß die EMRK im Verhältnis zu den Mitgliedstaaten, aber auch im Verhältnis zum Recht der Europäischen Union zwar formal nach wie vor den Charakter eines multilateralen völkerrechtlichen Vertrags hat. Sowohl in inhaltlicher Sicht als auch mit Blick auf die Wechselwirkungen und die Verflechtungen mit nationalem Verfassungsrecht wie Unionsrecht zeigt sich allerdings, daß kein qualitativer Unterschied zwischen den Gewährleistungen der EMRK und den Grundrechten nationaler Verfassungen mehr besteht. Mehr noch: die EMRK füllt Lücken im nationalen Verfassungsrecht aus und verdrängt im Konfliktfall bisweilen sogar Verfassungsrecht im formellen Sinn. Art und Weise dieses Wirkens sind von Verfassungsordnung zu Verfassungsordnung verschieden, die Unterschiede in den Ergebnissen ebnen sich aber zunehmend ein.

Diese Einsicht ist Ursache wie Folge der Auslegung der EMRK. Hans Huber hat sie im Jahr 1967 in einer Weise formuliert, die auch heute noch Gültigkeit hat. Er schreibt: "Die Europäische Menschenrechts-

¹⁹⁶ BVerfGE 73, 339, 383 f. Nach Ansicht des BVerfG gibt die Erklärung in förmlicher Weise die übereinstimmende Rechtsauffassung der Vertragsstaaten und der Gemeinschaftsorgane hinsichtlich der Gebundenheit der Gemeinschaft an Grundrechtsverbürgungen wieder, wie sie sich aus den mitgliedstaatlichen Verfassungen ergeben und als allgemeine Rechtsgrundsätze Geltung als primäres Gemeinschaftsrecht entfalten. Ferner sieht das Bundesverfassungsgericht darin die Bekundung einer Absicht zur Handhabung der Gemeinschaftsverträge, die auch völkerrechtlich für die Bestimmung des Inhalts der Verträge rechtserheblich ist.

konvention will den Beziehungen zwischen Individuum und Staat in den Vertragsstaaten vom Völkerrecht her eine neue und eigene rechtliche Grundlage verschaffen. Kein anderer völkerrechtlicher Vertrag besitzt einen Gegenstand, der in dieser Tiefe und Breite das innerstaatliche Recht ergreift, indem er das umfassende Verhältnis 'the man versus the state' bestimmt. Darin sollte eine Warnung liegen: Es wird schwerlich gelingen, diesen Vertrag in das herkömmliche Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht einzubringen, gleichgültig nach welcher Theorie dieses auch aufgefaßt wird, und man wird überdies Vorsicht walten lassen müssen, wenn für die Bewältigung wahrer Schwierigkeiten Rechtsinstitute, Begriffsbildungen und Lehren angeboten werden, die aus dem alten Arsenal stammen."197 Heute zeigt sich, daß die Konvention mit völkerrechtlichen Begriffsbildungen und Lehren allein nicht mehr zutreffend erfaßt und ausgelegt werden kann. Inhalt, Wirkungsweise und Verflechtung der EMRK im europäischen Verfassungsgefüge erfordern Interpretationsansätze, die jenen für nationale Verfassungen, wenn schon nicht entsprechen, so doch weitestgehend angenähert sind.

¹⁹⁷ Huber Das Zusammentreffen der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten mit den Grundrechten der Verfassungen, GS Peters, 1967, 375, 388.

Leitsätze des 4. Berichterstatters über:

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

I. Zum Begriff des europäischen Verfassungsrechts

1. In dem Maße, in dem das Europarecht Funktionen übernimmt, die traditionell dem nationalen Verfassungsrecht zugeschrieben werden, erscheint die Verwendung eines funktionalen, nicht staatsbezogenen Verfassungsbegriffs angemessen. Das gilt jedenfalls für den Bereich der Grundrechte, in dem sich Verfassungsinhalte nur noch durch Aufschlüsselung der wechselseitigen Verwiesenheit und Verbundenheit von nationaler und europäischer Ebene darstellen lassen.

II. Die EMRK und das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten – rechtliche Rahmenbedingungen

- 2. Der Umfang der völkerrechtlichen Bindung an die EMRK variiert von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat. Viele Mitgliedstaaten sind teils eine geringere Bindung dadurch eingegangen, daß sie Zusatzprotokolle nicht ratifiziert haben, teils dadurch, daß sie Vorbehalte zu einzelnen Bestimmungen der EMRK erklärt haben. Das Erste und das Sechste Zusatzprotokoll gehören heute jedenfalls für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union zum europäischen Standard. Die Bedeutung der Vorbehalte ist im letzten Jahrzehnt aus rechtlichen und politischen Gründen erheblich zurückgegangen.
- 3. Die EMRK läßt durch Art. 53 weiterreichende nationale Grundrechte unberührt. Im mehrpoligen Grundrechtsverhältnis aber greift dieses Günstigkeitsprinzip dann nicht, wenn der weiterreichenden Schutzpflicht aus einem nationalen Grundrecht ein abwehrrechtlicher Anspruch aus einem kollidierenden Menschenrecht der EMRK entgegensteht.
- 4. Die EMRK ist heute in fast allen Staaten Bestandteil des innerstaatlichen Rechts. Dort steht sie überwiegend im Rang zwischen Verfassung und Gesetz. Der Rechtsvergleich zeigt, daß die EMRK einerseits begünstigt durch die Praxis neu beitretender Staaten, andererseits durch Entwicklungen in den "alten" Mitgliedstaaten insgesamt an Rang und Bedeutung gewonnen hat.

- 5. Soweit die EMRK bloß im Gesetzesrang steht, wird auf verschiedenen Wegen versucht, der EMRK im Rechtsanwendungsprozeß eine Bedeutung zuzuweisen, die sie einfachen Gesetzen im Ergebnis überlegen macht.
- 6. Eine Sonderstellung nimmt das Vereinigte Königreich ein. Unter formaler Wahrung der "Sovereignty of Parliament" enthält der Human Rights Act 1998 spezielle Verfahren und Vorkehrungen, welche der Vermeidung oder möglichst raschen Beseitigung einer Konventionsverletzung dienen ("pre-enactment scrutiny", Gebot konventionskonformer Interpretation, "fast-track procedure").
- 7. Obwohl die EMRK im deutschen Recht nur Gesetzesrang hat, wird sie als Interpretationshilfe bei der Auslegung der Grundrechte herangezogen. Die lex posterior-Regel gilt im Verhältnis zwischen späteren Gesetzen und EMRK nicht. Jene Rechte der EMRK, die sich nicht mit dem Regelungsbereich eines Freiheitsrechts decken, können im Rahmen einer auf Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Recht der EMRK gestützten Verfassungsbeschwerde als Maßstab der Gesetzesprüfung vom Bundesverfassungsgericht herangezogen werden. Des Umwegs über das Rechtsstaatsprinzip bedarf es insoweit nicht.

III. Das Leitbild der EMRK: demokratischer Rechtsstaat europäischer Prägung

- 8. Die politischen Grundrechte der EMRK orientieren sich am Typus einer liberalen Parteiendemokratie. Staatlichen Eingriffen sind durch die Gesetzesvorbehalte insoweit engere Grenzen gezogen, als die Einschränkung die Auseinandersetzung in der Demokratie betrifft.
- 9. Die Verfahrensgarantien der EMRK sind zum Standard für fast alle gerichtlichen Verfahren geworden. Damit setzt sich eine bestimmte Vorstellung von Rechtsstaat durch, nach der die Unabhängigkeit des Gerichts und die Fairneß des Verfahrens zentrale Bedeutung haben.
- 10. Gewährleistungen, die an die Staatsangehörigkeit im Mitgliedstaat anknüpfen, finden sich in der EMRK nur vereinzelt. Einige Menschenrechte der EMRK vermitteln Ausländern besonderen Schutz.

IV. Einwirkungen im Verhältnis zwischen der EMRK und dem Recht der Mitgliedstaaten – Typologie

- 11. Die Einwirkungen im Verhältnis zwischen der EMRK und dem Recht der Mitgliedstaaten lassen sich in normative und faktische Wirkungen unterteilen.
- 12. Normative Wirkungen in Gestalt des Anwendungsvorrangs oder der Derogation nationalen Rechts kommen der EMRK und den Urteilen des

EGMR regelmäßig nicht zu. Normativer Veränderungsdruck ist gegeben, wenn zwar ein rechtlich erheblicher Normwiderspruch vorliegt, dieser aber nicht durch eine Vorrangregel ipso iure beseitigt wird, sondern durch einen konstitutiven Akt des Gesetzgebers oder eines Gerichts beseitigt werden muß ("Invalidation"). Ein solcher Veränderungsdruck geht für den betroffenen Mitgliedstaat regelmäßig von der Feststellung einer Konventionsverletzung durch den EGMR aus.

- 13. "Weiche" normative Wirkungen entfaltet die EMRK im innerstaatlichen Recht, wenn Organe zur Erfüllung von Verpflichtungen des Staates aus der Konvention Handlungen setzen oder eine Interpretation wählen, zu der sie nach innerstaatlichem Recht nicht verpflichtet sind. Häufigster Anwendungsfall ist die Umsetzung von Urteilen des EGMR jenseits der inter partes-Wirkung der Rechtskraft.
- 14. Normative Einflüsse liegen schließlich darin, daß eine Vorschrift der einen Rechtsordnung auf eine Vorschrift oder einen Begriff der anderen Bezug nimmt, mit der Folge, daß eine Änderung in dieser gleichzeitig eine Änderung in jener bedeutet ("dynamische Verweisung"). Auf diesem Weg nimmt vor allem das nationale Recht auf den Inhalt der EMRK Einfluß.
- 15. Einen Grenzfall zwischen normativer und faktischer Wirkung bildet die Heranziehung der EMRK und einschlägiger Urteile des EGMR zu dem Zweck, ein Ergebnis zu bestätigen, das durch Interpretation nationalen Verfassungsrechts gewonnen wurde ("Bekräftigungswirkung").
- 16. Auf bloß faktischen Wirkungen beruhen Gesetzgebungsakte, die Menschenrechten Rechnung tragen, ohne daß eine völkerrechtliche Bindung besteht, sei es mangels Ratifikation eines Zusatzprotokolls, sei es als Folge eines Vorbehalts. Auch soweit einzelne Garantien aus politischen Gründen inhaltsgleich in den nationalen Grundrechtskatalog aufgenommen werden, liegt eine bloß faktische Wirkung vor.

V. Die EMRK und das Recht der Europäischen Union

- 17. Art. 6 Abs. 2 EU begründet eine Bindung an die Gewährleistungen der EMRK als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts. Im Verhältnis zu den ebenfalls in Art. 6 Abs. 2 EU in Bezug genommenen Verfasungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten bildet die EMRK einen grundrechtlichen Mindeststandard. Faktisch gewinnt die Konvention deshalb an Bedeutung, weil der Rekurs auf ein Konventionsrecht eine aufwendige Rechtsvergleichung bei der Ermittlung des Inhalts des Grundrechts entbehrlich macht.
- 18. Auf völkerrechtlicher Ebene sind die Mitgliedstaaten der Europäischen Union für Handlungen der Organe der Union und ihrer eigenen Or-

gane bei der Durchführung des Unionsrechts nach der EMRK verantwortlich. Ein Staat kann sich einer einmal eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtung nicht durch Delegation seiner Hoheitsgewalt auf eine internationale Organisation entledigen.

- 19. Zwischen Unionsrecht und EMRK bestehen Wechselwirkungen. Die EMRK entfaltet "weiche" normative Wirkungen als Folge der Rezeption in Art. 6 Abs. 2 EU. Das Recht der Union zeitigt im Recht der EMRK normative Wirkungen als Folge von dynamischen Verweisungen, so bei der Reduktion des Ausländerbegriffs in Art. 16 EMRK auf Drittstaatsangehörige oder bei der Subsumtion des Europäischen Parlaments unter den Begriff des "gesetzgebenden Organs" in Art. 3 des Ersten Zusatzprotokolls.
- 20. Der Umstand, daß die Rechte der EMRK im Unionsrecht in einem anderen normativen Zusammenhang stehen, kann die Verpflichtungen der Mitgliedstaaten auf völkerrechtlicher Ebene nicht verringern. Er hat auf das Ausmaß der Verpflichtung nach der EMRK keinen Einfluß.
- 21. Auch im umgekehrten Fall, daß im Recht der Union weiterreichende Rechte als nach der EMRK eingeräumt werden, wird die völkerrechtliche Bindung der Mitgliedstaaten nicht berührt. Hierin liegt ein Anwendungsfall von Art. 53 EMRK.
- 22. Die im Entwurf vorliegende Grundrechtscharta ist in den Garantien der Menschenwürde, der Freiheitsrechte und der Justizgrundrechte entscheidend durch die EMRK geprägt. Unterschiede bestehen namentlich bei der Einbeziehung von Rechten aus Zusatzprotokollen, die nur von einem Teil der Mitgliedstaaten ratifiziert worden sind, sowie bei der Ausdehnung des Schutzbereichs einzelner Grundrechte.
- 23. Nach der Charta soll im Verhältnis zwischen Rechten aus der EMRK und Grundrechten in der Union der jeweils höhere Standard gewahrt werden. Im Kollisionsfall gebührt der EMRK der Vorrang.
- 24. Obwohl die Grundrechtscharta wie ein Katalog verbindlicher Menschenrechte formuliert ist, soll sie zunächst nur als unverbindliche Erklärung proklamiert werden. Dennoch werden die Rechte der Charta in der Judikatur des EuGH voraussichtlich zur Bekräftigung eines auf der Grundlage von Art. 6 Abs. 2 EU gewonnenen Ergebnisses herangezogen werden.

VI. Schlußbetrachtung

25. Die rechtlichen Wege des Einflusses der EMRK auf das Recht der Mitgliedstaaten sind sehr unterschiedlich. Ungeachtet dessen bestehen in der Rechtspraxis kaum Unterschiede in der Wirkung der EMRK. Sie kann heute auf europäischer Ebene als ausgelagertes Verfassungsrecht im materiellen Sinn angesehen werden.

5. Aussprache und Schlußworte

Europäisches und nationales Verfassungsrecht

Vorsitzender (Bauer): Verehrte Kolleginnen und Kollegen, die vier Berichterstatter haben unseren heutigen Beratungsgegenstand durch ausgesprochen spannende Vorträge aufbereitet, für die ich im Namen des Vorstands ganz herzlich danke. Bei aller Konzilianz in der Form hat es in den Berichten nicht an kontroversen Positionen in der Sache gefehlt; schon allein deshalb können wir uns auf eine ebenso interessante wie anregende Diskussion freuen. Für die Aussprache liegen bereits 32 Wortmeldungen vor, von denen ich zuallererst die von Herrn Mußgnug aufrufen möchte, der einen Beitrag zu den historischen Bezügen unseres Themas angekündigt hat.

Mußgnug: Die Ehre, als erster sprechen zu dürfen, macht mich verlegen. Denn ich bin nicht auf eine grundlegende Stellungnahme zu den vier so anregenden und herausfordernden Referaten vorbereitet. Ich möchte lediglich als bekennender Nichteuroparechtler – gleichsam von außen – einen historischen Hinweis in die Diskussion einbringen, der daran erinnern soll, daß die deutsche Staatsrechtslehre keineswegs zum erstenmal um den zwischen Herrn Pernice und Herrn Huber entbrannten Konflikt zwischen der supranationalen und der staatlichen Verfassungsordnung ringt.

Dieses Thema stand bereits im frühen 19. Jh. auf der Traktandenliste so gut wie aller damaligen Staatsrechtler. Auch damals hat der Deutsche Bund für seine Verfassung – die Bundesakte von 1815 und die Wiener Schlußakte von 1820 – den Vorrang vor allem Landesverfassungsrecht eingefordert. Mit dem Postulat "Bundesrecht – Landesrecht" setzte der Deutsche Bund auch den Vorrang seines "sekundären Bundesrechts" – also z.B. der Karlsbader Beschlüsse – vor dem Landesverfassungsrecht mit unerbittlicher Schärfe und nimmermüder Hartnäckigkeit durch. Es versteht sich von selbst, daß der Bund damit in den Landtagen und bei den auf der Seite der Landtage fechtenden Staatsrechtslehrern auf erheblichen Widerspruch gestoßen ist. Der Streit, der daraus entstanden ist, wurde nahezu mit den gleichen Argumenten ausgetragen wie unser heutiger Streit um das rechte Verhältnis zwischen dem EG-Recht und dem Verfassungsrecht der Mitgliedstaa-

ten. Es ging nur sehr viel heftiger zu, weil damals nicht der Zugang der Frau zum Soldatendienst mit der Waffe, sondern die vom Bund verworfenen, aber in einigen Landesverfassungen garantierten Grundrechte der Presse- und Versammlungsfreiheit einen sehr viel stärker mit Emotionen beladenen Streitgegenstand lieferten, der freilich den großen Vorzug aufwies, daß er die Diskussion sehr viel schärfer und unübersehbarer auf den Kern der Probleme fokussiert hat. Da es um die Presse- und die Versammlungsfreiheit ging, konnte man nicht so gelassen zur Tagesordnung übergehen, wie wir das nach dem Urteil des EuGH im Falle Tanja Kreil getan haben. Es stand mehr auf dem Spiel. Um so genauer war man sich der staatsrechtlichen wie der bundesrechtlichen Problematik bewußt.

Auch das Demokratieproblem, das im Referat von Frau Lübbe-Wolff im Mittelpunkt stand, hat den Deutschen Bund unausgesetzt beschäftigt. Der Deutsche Bund wurde - wie die EG - unter Umgehung der Landtage von den Landesregierungen gelenkt. Man traf sich in Frankfurt in der Bundesversammlung und faßte dort frei von jeder parlamentarischen Mitwirkung tief einschneidende Beschlüsse, die man dann zu Hause nach der Regel "Bundesrecht - Landesrecht" auf dem Verordnungswege umsetzte, ohne sich von den Landtagen daran hindern zu lassen. Die Pressezensur wäre überall im Deutschen Bund am Widerstand der Landtage gescheitert; sie wäre dort auf soviel Unwillen gestoßen, daß sich die Regierungen nicht getraut hätten, sie auch nur vorzuschlagen. Aber auf dem Umweg über den Bund lief alles glatt. Der Bund konnte – gleichsam als Zugabe – auch noch die Verpflichtung der Landtage zur Bewilligung der Steuermittel drauflegen, die zur Bezahlung des Zensors benötigt wurden. Der Deutsche Bund erwies sich somit als zwar völlig undemokratisch, aber höchst praktisch. Es gab dort keine Volksvertreter, die man um "Beirat und Zustimmung" hätte ersuchen müssen; so wurde Frankfurt zum archimedischen Punkt, von dem aus man den heimatlichen Landtag aushebeln konnte. Die theoretischen Auseinandersetzungen, die das so gut wie allenthalben ausgelöst hat, sind außergewöhnlich spannend und dazu außergewöhnlich aufschlußreich auch für die Beurteilung des heutigen Verhältnisses zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten. Drum sollten wir diesen Zweig der Verfassungsgeschichte, die jetzt europäische Verfassungsgeschichte zu werden beginnt, nicht verdorren lassen. Er hilft, die verfassungsrechtlichen Probleme um die europäische Einigung klarer zu durchschauen. Davon abgesehen eröffnet sich mit der Verfassungsgeschichte des Deutschen Bundes ein zu Unrecht vernachlässigtes Feld der Rechtsvergleichung. Auch die Geschichte ist voll von Stoff für Vergleiche.

Schuppert: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte nur eine kleine methodische Bemerkung machen und dabei. Herr Vorsitzender, wenn Sie dies nicht zu selbstreferentiell finden, an meine gestrige Diskussionsbemerkung anknüpfen, wo ich über die Maßstabsarmut der deutschen Staatsrechtslehre gesprochen habe. Wenn ich dies auf das heutige Thema übertrage, so bedeutet das zweierlei: Wir brauchen einmal einen vernünftigen Maßstab, um das zu beurteilen, was wir der Einfachheit halber hier schlicht Europa nennen wollen. Aber wir brauchen nicht nur einen tauglichen, also europadäquaten Maßstab, sondern wir brauchen auch eine präzise analytische Erfassung des zu beurteilenden Gegenstandes und deswegen müssen wir uns darüber vergewissern, wir wir Europa eigentlich nennen wollen. Ich möchte an dieser Stelle dafür werben, den Begriff des Mehrebenensystems zu verwenden, der ja schon wiederholt in Bezug genommen worden ist und der sich wegen seiner gleich zu nennenden Vorteile in der Politikwissenschaften nahezu vollkommen durchgesetzt hat. Er ist entwicklungsoffen, legt nichts fest, ist flexibel, kann der Dynamik der sich verändernden Verhältnisse gerecht werden und vor allen Dingen schärft er das methodische Bewußtsein für die Unterschiedlichkeit der einzelnen Ebenen. Denn wenn wir von Europa als einem Mehrebenensystem ausgehen, so lädt dies dazu ein, in differenzierender Weise mehrere Mehrebenen-Schichten zu unterscheiden und etwa von Mehrebenenstaatlichkeit, Mehrebenendemokratie, Mehrebenenverfassung und Mehrebenenlegitimation zu sprechen. Und wenn wir dies in dieser Weise tun, dann können wir mit Gewinn zwei sich anschließende methodische Schritte unterscheiden. Der erste methodische Schritt bestünde darin. daß man jeweils ebenenspezifische Fragen stellt, um dann in einem zweiten Schritt danach zu fragen, wie sich die Ebenen zueinander verhalten, da ja diese Ebenen nicht einfach autistisch nebeneinander leben. sondern miteinander verzahnt sind und interaktiv miteinander kommunizieren, es sich also um eine interaktive Mehrebenenstruktur handelt. Wenn wir also ebenenspezifisch argumentieren - und damit bin ich bei Frau Lübbe-Wolff - dann müssen wir auch das Legitimationsproblem ebenenspezifisch diskutieren, da wir nur so der Blaupausenfalle entgehen, wie sie in der schlichten Übertragung nationalstaatlicher Kategorien auf Europa beschlossen liegt. Dann aber müssen wir die europäische Ebene daraufhin untersuchen, was auf ihr demokratietheoretisch von Belang sein könnte. Es geht also darum - wie Wolfgang Hoffmann-Riem zu Recht reklamiert hat - die Entscheidungsstrukturen auf der europäischen Ebene unter dem Gesichtspunkt ihrer Legitimationskraft mehr ins Auge zu fassen und zum Beispiel die von Frau Lübbe-Wolff zutreffend hervorgehobene wichtige Rolle nicht-staatlicher Gemeinwohlakteure auf der europäischen Bühne zu würdigen. Möglicherweise ergäbe eine solche Prüfung, daß hier sogar mehr als nur ein Legitimationsrinnsal vorhanden ist. Man hätte also – um bei dem gewählten Beispiel zu bleiben – zu überlegen, was es unter dem Gesichtspunkt von Demokratie und Legitimation bedeutet, daß auf der europäischen Ebene die sogenannten Nichtregierungsorganisationen intensiv in die Entscheidungsvorbereitung einbezogen werden; sie sozusagen den Ball auf die nationalstaatliche Ebene zurückspielen und die nationalen Regierungen dann aufgrund des Drucks dieser Akteure wiederum ihre Vorstellungen in die europäischen Entscheidungsprozesse einspeisen.

Noch ein zweiter kleiner Punkt: Man müßte – so denke ich – die zwischen den beiden Ebenen stattfindenden Interaktionsprozesse genauer in den Blick nehmen und fragen, was dort an Transferleistungen erbracht wird, Transferleistungen, die zum Beispiel auch in einem Legitimitätstransfer bestehen können. Ich denke also, daß wir mit der Figur des Mehrebenensystems über ein brauchbares analytisches Raster verfügen, um damit die Probleme etwas genauer und präziser in den Griff zu bekommen, als wenn man nur von einem Verbundsystem und einem Verbundföderalismus spricht. Vielen Dank.

Badura: Herr Vorsitzender, verehrte Kollegen! Die vier Referate haben letzten Endes die Frage behandelt: Was ist "Verfassung in Europa"? – und das ist eine Frage, die – wie ich finde – rein begrifflich oder methodisch nicht erfaßt werden kann. Sofern ich Begriffe benutze, muß ich mich fragen, welchen Sitz sie im Leben haben, und daraus entspringt ein Mißtrauen gegen solche mehr schematischen Vorstellungen wie "Mehrebenensystem" und vergleichbares, da eben die Ebenen nicht vergleichbar sein dürften.

Nun, es ist die Frage gestellt worden: Was ist "Verfassung in Europa"? und es sind verschiedene "Funktionen", also Aufgaben, Möglichkeiten und Notwendigkeiten der Verfassung behandelt worden – die Verschaffung von Legitimation, die Sicherung von Integration, eine bestimmte Art der Repräsentation der Völker Europas, die Konstituierung von Organen und Institutionen. Auch eine gewisse Gestaltung, was ja bei der Verfassung in der europäischen Geschichte immer eine besondere Rolle gespielt hat, weil man Verfassungen nicht einfach am grünen Tisch gemacht hat, sondern auf Grund bestimmter sozialer und politischer Bedürfnisse. Vielleicht, für meinen Geschmack, ist zu wenig die Rolle der Verfassung als Garantie für Freiheit, für Wohlfahrt und für Gerechtigkeit behandelt worden. Denn das verlangen wir von einer Verfassung, die ja eine erfolgreiche Politik ermöglichen muß, nämlich, daß sie eine Garantie für Freiheit, Gerechtigkeit und Wohlfahrt zur Folge

hat. "Verfassung" hat also auch etwas Substantielles an sich, wie ja von allen Referenten auch über den Rechtsstaat gesprochen worden ist, auch von der Demokratie – besonders im ersten und dritten Referat –, und etwas weniger vielleicht vom Sozialstaat, von der Wohlfahrt und von der Umwelt.

Nun kann man nicht erwarten, daß Europa - die europäischen Verhältnisse - alle Funktionen der Verfassung, die wir jetzt zusammenstellen können, in gleicher Weise realisiert. Manche Funktionen werden vielleicht sehr gut realisiert, wie Wirtschaftsfreiheit oder auch die Möglichkeit von Wohlfahrt, andere weniger, vielleicht Demokratie, oder nur in einer besonderen Weise. Ich meine also, daß der Dualismus, der ia besteht und auch in Europa weiterbestehen wird - wenn Sie so wollen, auch als "Mehrebenendualismus" - immer ein differenzierter Dualismus sein wird. In diesem differenzierten Dualismus würde ich - und darin mag ich mich vielleicht von Herrn Huber unterscheiden - die Europäische Union als eine originäre Rechtsgemeinschaft ansehen. Und so ist sie in meinen Augen auch funktionsfähig. Ich kritisiere also Formulierungen wie "autonome" Rechtsgemeinschaft und ähnliches nicht, sondern sehe darin den eigentlichen Gewinn der europäischen Integration. Aber diese Rechtsgemeinschaft ist natürlich eine partielle und das unterscheidet sie vom Staat, der ja eine - wie der hl. Thomas gesagt hat - vollkommene Gesellschaft ist. Das ist die Europäische Union natürlich nicht. Der Staat bleibt - und damit stimme ich Herrn Huber vollkommen zu - eine basale Rechtsgemeinschaft in Europa. Die bevorstehende Erweiterung der Europäischen Union wird es sicherlich noch viel augenfälliger machen, daß die Basis Europas die Mitgliedstaaten und die Funktionsfähigkeit, die Demokratie und der Rechtsstaat in den Mitgliedstaaten ist.

Richtig ist schließlich, daß wir es mit einem Prozeß zu tun haben. Man kann nicht sozusagen statisch gewisse Ebenen und Begriffe gegenüberstellen. Es ist ein Prozeß, der vielleicht in irgendeinem Zeitpunkt – aber vielleicht auch nicht – den Sprung zu einer Selbständigkeit Europas zur Folge haben kann. Und ich glaube schon, daß dann, wenn man der Forderung von Herrn Pernice folgen würde, wenn man also beispielsweise das Europäische Parlament zu einem gesetzgebenden Parlament machen würde, dieser Sprung erfolgen würde. Damit würde – wie ich glaube – ein Grundprinzip der bisherigen Supranationalität Europas in Frage gestellt werden. Der Ausdruck "postnational" hat mir deshalb weniger gefallen. Denn die Nationalstaaten bestehen und ohne die Funktionsfähigkeit und Kraft der Nationalstaaten sehe ich auch keine Möglichkeit dafür, daß die Europäische Union erfolgreich ist.

Die Europäisierung der Verfassungen in Europa ist ein in meinen Augen vorteilhafter Schritt – es ist beschrieben worden, wie das geschieht. Vor allem im vierten Referat sind dafür wesentliche Gesichtspunkte auf der Ebene der Grundrechte gezeigt worden. Das ist ein Fortschritt. Es gibt natürlich, mehr oder weniger, eine europäische Verfassungstradition und die supranationale Föderation Europas muß auf dieser Verfassungstradition aufbauen, ohne zu vergessen, daß sie auf der nationalstaatlichen Ebene entstanden ist und auch fortbestehen muß, wenn wir erreichen wollen, daß die Garantie für Freiheit, Gerechtigkeit und Wohlfahrt auch in Zukunft in Europa Bestand hat.

Herdegen: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich bin den Referenten für die fast orchestral abgestufte Annäherung an das Problem sehr dankbar. Bei den Vorträgen von Herrn Pernice und Herrn Huber, dem reichen visionär getränkten Gewebe eines national-europäischen Verfassungsverbundes einerseits und dem vielleicht auch normativ etwas härteren Versuch einer Bestandsaufnahme andererseits, bin ich mir nicht ganz sicher, ob Beiträge wirklich komplementär sind oder konträr. Hier wäre ich für Präzisierung dort dankbar, wo sich die Dinge hart im Raum stoßen. Dazu gehört wohl nicht die Frage nach dem Verfassungsbegriff. Wenn man sagt, Verfassung ist nicht unbedingt auf den Staat bezogen, sondern ist eine normative Rahmen- und Grundordnung für die Ausübung politischer Gewalt, dann ist das in sich schlüssig. Nur hat das keinen Erkenntniswert, dann kann man auch sagen, die Charta der vereinten Nationen ist eben die Verfassung der International Community, die WTO-Ordnung ist die Verfassung der globalen Weltwirtschaftsordnung. Das führt uns normativ nicht wesentlich weiter. Die entscheidende Frage ist wohl eher die nach der Kompetenzabgrenzung und nach dem letzten Wort im Streitfall sowie nach der steuernden Wirkung des materiellen Verfassungsrechts: Was steuert das Grundgesetz noch jenseits der Beteiligung von Bundestag und Bundesrat im Hinblick auf die materielle Substanz der Verfassung, soweit es um die Ausübung von Staatsgewalt geht, im Rat der Europäischen Union und im Gouvernensrat der Europäischen Zentralbank. Das ist verfassungsrechtlich gebundene Gewalt. Es ist auch eine Aufgabe der deutschen Staatsrechtslehre, sich dazu jenseits der prozeduralen Vorgaben zu äußern. Beim Kompetenzproblem, Herr Huber, haben Sie die Auseinandersetzung auf das Feld des Autonomiethemas getragen. Ich weiß nicht, ob es heute noch sinnvoll ist, die Autonomie des Gemeinschaftsrechts in Frage zu stellen. Wir alle sind uns darüber einig, daß, wenn es eine Autonomie gibt, sie natürlich gegenständlich begrenzt ist, daß sie nicht sozusagen selbstfortzeugend neue Kompetenzen schaffen kann. Wir wissen, daß

das Ganze auf einem gestuften Prozeß verfassungsrechtlicher Fundierung ruht. Die entscheidende Frage ist doch, wer bestimmt über die Grenzen der einmal übertragenen Kompetenzen? Sie haben hier mit kritischer Tendenz auf Stimmen hingewiesen, die hier ein nicht auflösbares Problempotential feststellen: weil wir die europarechtliche Perspektive und die verfassungsrechtliche Perspektive nicht völlig zur Dekkung bringen können. Ich bin eigentlich geneigt, auch nach Ihrem Beitrag an dieser Ratlosigkeit festzuhalten und zu sagen, es gibt ein nicht restlos auflösbares Problempotential. Im übrigen gibt es einzelne Mechanismen zur Konfliktentschärfung jenseits vertraglicher Ratifikation. Wenn die nationalen Rechtsprechungsorgane sagen, wir machen das mit, was der Europäische Gerichtshof judiziert zu den Fragen der gemeinschaftsrechtlich bekundeten Staatshaftung, dann ist das auch eine Form konkludenter Ratifikation und dann stellt sich die Frage nach dem Kompetenzexzeß eben nicht mehr.

Interessant ist die Erwägung in der These 10 von Herrn Huber zum Verfassungsvorbehalt. Aber wenn ich ihn richtig verstanden habe, führt er eigentlich dazu, daß wir einen völkerrechtlichen Grundkonsens, den wir schon seit den Zeiten des klassischen Völkerrechts haben, in Frage stellt. Nämlich, daß sich ein Staat gegenüber der einmal völkervertraglichen wirksam begründeten Verpflichtung nicht mehr auf ein eigenes Verfassungsrecht und sonstiges nationales Recht berufen kann. Wenn wir über die "Herren der Verträge" sprechen, dann müßten wir klären, wer Herr der Kompetenz ist. Ist es wahr, wie wir lange Zeit auch unseren Studenten erzählt haben, daß es sich im Gemeinschaftsrecht nur um die Ausübung, die Überlassung von Kompetenzen zur Ausübung handelt oder ist es wirklich ein endgültiger Verlust des Kompetenzsubstrates? Ich meine, man wird sich jedenfalls für den Bereich der Währungsunion der zweiten Auffassung anschließen müssen. Das beantwortet auch die Frage nach den "Herren der Verträge". Vielleicht noch eine letzte Bemerkung zu dem schönen Vortrag von Herrn Pernice. Herr Pernice, Sie haben glänzend Demythologisierung betrieben, aber auch ein bißchen Remythologisierung. Sie haben ganz zu Recht deutlich gemacht, daß der Begriff der Souveränität völkerrechtlich eigentlich seine Substanz eingebüßt hat. Sie haben ihn aber wieder auferstehen lassen, indem Sie gesagt haben, heute im nationaleuropäischen Verfassungsverbund sei der Souverän das Individuum. Ich bezweifele, daß uns das weiterführt. Ähnliches gilt für den Versuch der soziologisch-politologischen Erfassung, des Bezugsgegenstands der britischen und der französischen Staatslehre. Sie sagten, in Frankreich sei das die Nation, in Großbritannien sei es die Society. Ich halte das jedenfalls im Jahre 2000 ein bißchen für eine Fabel. In Frankreich ist es die rechtlich verfaßte "République une et indivisible". Darauf – und nicht auf die Nation – hat der Verfassungsrat Bezug genommen, als er sich auseinandergesetzt hat mit den Einwänden gegen das Europarechtsübereinkommen gegen den Schutz von Minderheiten. In Großbritannien ist es immer noch, auch noch heute, die "Queen in Parliament" und nicht die Society. Vielleicht ist es ganz interessant, daß außerhalb von Deutschland die Bürger, aber auch die Staatsrechtslehrer, weniger die Frage nach der Verfassung umtreibt. Das, was die Menschen und die Staatsrechtslehrer wirklich beschäftigt, ist doch die Frage nach der Kompetenz und der letztverbindlichen Autorität.

Doehring: Zu den Thesen von Herrn Pernice. Dort heißt es, Souveränität sei die Selbstbestimmung des einzelnen. Wir müssen wohl dann eine verschiedene Terminologie benutzen, und wir können uns wohl deswegen schwer verständigen. Unter Souveränität verstehe ich Befehlsunabhängigkeit. Aber wenn der einzelne souverän ist und also befehlsunabhängig seine Selbstbestimmung betätigt, dann möchte ich das Chaos nicht erleben, das im staatlichen und gesellschaftlichen Leben herrscht. Dann geht es weiter mit der These 8. Da ist gesagt, die Union sei ein Zweckverband und der Staat sei ein Zweckverband. Was aber ist der Zweck des Staates als Zweckverband? Es sind so manche Bücher geschrieben über den Staatszweck, aber ihn gleichzustellen mit den Zwecken, wie die Europäische Union sie definiert, erscheint doch unzulässig. Die Staatszwecke im Sinne eines Zweckverbandes können wir nicht definieren, und deshalb ist die Parallelstellung für mich nicht nachvollziehbar. Dann heißt es, wir leben in einer immer engeren Union durch immer stärkere europäische Integration. Da liegt der Hase im Pfeffer, denn ich möchte wissen, wie weit diese Integration nun geht. Wo hört sie auf? Ist sie nach vorne völlig offen, dann landen wir in einem Bundesstaat, von dem ständig gesagt wird, man wolle ihn gar nicht. Aber wenn man den Bundesstaat nicht will, dann möchte ich wissen, wo die Integration endet. Wenn man das nicht definieren kann, ist man so klug wie vorher. In These 14 ist dann die Rede von der doppelten Identität des Bürgers in Europa. Doppelte Identität war für mich bisher das klassische Merkmal der Schizophrenie. Meine Frau ist Nervenärztin und daher ist mir das aufgefallen. Aber nicht die Bürger haben eine doppelte Identität - sie sind immer die gleichen -, sondern sie sind zwei Hoheitsgewalten unterworfen. Dann ist die Rede von der doppelten Loyalität. Das ist sicherlich richtig, daß diese gefordert wird, doch möchte ich wissen, welche der Loyalitäten nun Vorrang hat, aber darauf habe ich keine Antwort den Thesen entnehmen können. Das waren die wesentlichen Gesichtspunkte, die mich irritiert haben, aber sie führen

doch auch zurück zu der Frage nach dem Verhältnis zwischen Unionsbürger und Staatsbürger. Der Staatsbürger als Republikaner kann zumindest sein Parlament und damit auch seine Regierung auswechseln. sich selbst eine neue Regierung geben. Das ist das responsible government. So ist es mit der Demokratie im Nationalstaat. In der Union können sämtliche Staatsbürger doch die 15 Regierungen nicht auswechseln. Nicht einmal das Europäische Parlament kann die Regierungen kontrollieren und so besteht kein responsible government. Das ist der wesentliche Unterschied, den auch Frau Lübbe-Wolff im Hinblick auf die fehlende Demokratie in Europa ganz richtig aufgezeigt hat. Nun noch einige Bemerkungen zu Herrn Huber. Die clausula rebus sic stantibus. von der im Hinblick auf den Austritt aus der Gemeinschaft die Rede ist. setzt voraus, daß ein von allen Seiten unvorhergesehenes Ereignis eintritt. Aber ein Austritt aus der Europäischen Gemeinschaft kommt dann vor allem in Frage, wenn von der einen Seite ein Vertragsbruch vollzogen wird, wobei in erster Linie eine vertragswidrige Kompetenzausweitung in Betracht kommt. Dann gilt nach jedem Vertragsrecht und das geradezu atavistisch, daß die andere Seite frei von ihren Verpflichtungen wird. Daß es um diese Frage in Europa gehen kann, hat das Maastricht-Urteil ganz richtig aufgezeigt. Im übrigen bleibt auch bei den Thesen von Herrn Huber das Ziel der Europäischen Gemeinschaft unklar. Auch dort ist die Rede von einer immer stärker werdenden Integration. Aber wo ist auch hier dann der Stop, ohne den die Integration zum Bundesstaat führt? Wenn es dieses Haltezeichen gibt, möchte ich wissen, wie man es erkennt. Zu Frau Lübbe-Wolff wollte ich noch sagen, daß sie das Demokratiedefizit richtig charakterisiert hat. Aber sie hat doch noch etwas vergessen. Es fehlt der Hinweis, daß der Gerichtshof der Gemeinschaft durchaus nicht als ein Organ der Demokratie erscheint. Mir gefällt schon nicht, wenn politische Parteien alleine die Richter ernennen, wie das bei dem Bundesverfassungsgericht der Fall ist. Aber wenn der Ministerrat der Europäischen Gemeinschaft seine Richter allein durch die Regierungen ernennt, muß man doch annehmen, daß nur Richter ernannt werden, die den Regierungen genehm sind.

Winter: Ich denke, wir werden alle damit umgehen müssen, daß wir doppelte oder sogar mehrfache politische Identitäten haben. Warum sollte man nicht zugleich Deutscher und Europäer sein, durch ökonomisches Kalkül, politische Einsicht und gar mit dem Herzen.

Mein Beitrag ist aber eigentlich auf etwas anderes gerichtet. Alle drei Referate benutzen letzten Endes doch einen Verfassungsbegriff, der sich auf staatsähnliche Strukturen orientiert. Frau Lübbe-Wolffund Herr Pernice wollen die Verfassung der EU im Sinne einer Doppelstaatlichkeit ausbauen, Herr Huber meint, eine EU-Verfassung gebe es nicht und konstruiert die EU eher in völkerrechtlichen Kategorien, verwendet in der Abgrenzung aber ebenfalls den staatsbezogenen Verfassungsbegriff. Mein Einwand geht dahin, daß der herkömmliche Verfassungsbegriff zu sehr Distanz hält von der Realität der Entscheidungsstrukturen in der Europäischen Union. Ich knüpfe damit an dem an, was Herr Schuppert sagte: Es fehlt an der juristischen Rezeption der Realanalyse der Entscheidungsstrukturen. Durch eine solche würden politologische oder soziologische Begriffe und Theoriestücke zur juristischen Kenntnis kommen, die dazu anregen könnten, die zukünftige europäische Verfassung stärker an diesen realen Strukturen entlang oder auch im Kampf gegen sie, jedenfalls aber in konkreter Auseinandersetzung mit ihnen, zu entwickeln. Ein Beispiel für ein solches Vorgehen ist die Netzwerkanalyse.

Als Anschauungsmaterial mag die europäische Entscheidungsbildung im Chemikalien- und im Naturschutzrecht dienen. Wer entscheidet über das Verbot einer gefährlichen Chemikalie? Formal gesehen die europäische Legislative, und zwar per Richtlinie, die in nationales Recht umgesetzt werden muß. Tatsächlich werden die Weichen aber in einer informellen Arbeitsgruppe gestellt, in der die chemische Industrie zusammen mit fachbehördlichen Vertretern aus den Mitgliedstaaten und der Generaldirektion Industrie sitzt. Danach geht die Angelegenheit ins offizielle Komitologieverfahren und anschließend in den Legislativprozeß. Die Interessenrepräsentation ist in der Arbeitsgruppe sehr einseitig, weil die Umweltverbände, die an sich zur Mitwirkung eingeladen sind, aus Kapazitätsgründen nicht teilnehmen können. Es gibt hier also sozusagen ein industrienahes informelles Netzwerk quer zu den formalen Institutionen. Auch im Naturschutzbereich gibt es eine solche Netzwerkstruktur. In ihr wirken die Generaldirektion Umwelt mit den nationalen Naturschutzbehörden und den Naturschutzverbänden zusammen. Sie hat zB bei der Erstellung der Listen für die Natura 2000-Gebiete erheblichen Einfluß gewonnen, und zwar über eine höchst informelle, wenn auch fachlich durchaus fundierte europäische Liste möglicher Naturschutzgebiete, die von Verbänden erstellt worden ist und in den formalisierten Zusammenhängen bis hin zu Entscheidungen des EuGH als Referenzmaterial dient. Die Interessenrepräsentation ist auch hier wieder einseitig, weil die betroffenen Bauernverbände nicht beteiligt waren und mangels fachlicher Einflußmöglichkeit nur auf Zeitverzögerung setzen können.

Netzwerke sind charakterisiert dadurch, daß sie sich quer zu den förmlichen Strukturen bilden, quer zu den Entscheidungsebenen zwi-

schen der EG und den Mitgliedstaaten, quer zu den Gremien, in denen an sich die Interessen integriert werden sollen, also dem Parlament oder den Komitologieausschüssen, und quer zu den förmlichen Phasen der Entscheidungsverfahren. Angesichts dessen ist nach Anschlußbegriffen zu fragen, die die Realität -affirmativ oder offensiv-aufgreifen und in die neue Verfassung vermitteln. Ich gestehe allerdings, daß ich solche Anschlußbegriffe nicht zur Hand habe, und möchte die Referenten fragen, ob sie zumindest die Notwendigkeit eines entsprechenden Untersuchungsprogramms anerkennen. Übrigens - hier relativiere ich meine Frage selbst - halte ich es für möglich, daß letzten Endes doch wieder nur die alte Begrifflichkeit zur Verfügung steht, so die kontrafaktischen Prinzipien der parlamentarischen Repräsentation, der Gewaltenteilung, der Entscheidungsebenen, der Stufung von Entscheidungsverfahren, der Normenhierarchie, etc., weil sie aufgrund jahrhundertelanger Diskussion über Herrschaft und Legitimation sich eben dann doch letzten Endes als einzig geeignet erwiesen hat.

Eckart Klein: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Wenn wir uns exakt 10 Jahre zurückerinnern, an unsere Tagung in Zürich, dann stellen wir fest, daß der Stoff, aus dem unsere Träume oder vielleicht – für manche – Alpträume sind, sich seitdem erheblich weiterentwickelt hat, obwohl wir natürlich auch manche Konstanten feststellen können. So erinnere ich mich, daß wir damals sehr über den Verfassungsbegriff oder auch über die mitgliedstaatliche Struktur der Gemeinschaft diskutiert haben, und das sind Topoi, die auch heute wieder aufgetaucht sind. Ich möchte im folgenden zu zwei Punkten Stellung nehmen: Einmal zum Sinn der Verfassungsdebatte im europäischen Bereich und zweitens zur Frage des Menschen- und Grundrechtsschutzes.

Ich habe nichts gegen die Verwendung des Verfassungsbegriffs im Rahmen der Europäischen Union, wenn man weiß, wovon man spricht. Und ich halte es auch für richtig, den Verfassungsbegriff funktional zu sehen. Wenn, um nur ein Element zu nennen, Hoheitsgewalt unmittelbar gegen Individuen ausgeübt wird, dann ist dieses Verhältnis zwischen Hoheitsgewalt und einzelnen zu regeln, und das ist ein typisches Element einer Verfassungsordnung. Das Ganze reiht sich ganz natürlich in die derzeit geführte generelle Konstitutionalisierungsdebatte ein. Unser Vorsitzender, Herr Frowein, hat im letzten Jahr vor der Völkerrechtsgesellschaft einen wichtigen Vortrag über die Konstitutionalisierung des Völkerrechts gehalten. Es wird ferner derzeit über die Konstitutionalisierung der Europäischen Menschenrechtskonvention gesprochen, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte wird als Verfassungsgericht bezeichnet. Es ist ein wenig eine allgemeine Konstitutionalisie-

rungstendenz, die wir feststellen können. Wir nennen heute gerne alles Verfassung. Aber das kann es ja nun eigentlich nicht sein. Wenn wir heutzutage so betont von der Europäischen Verfassung im Werden oder gar schon der vorhandenen europäischen Verfassung sprechen, dann muß ein bißchen mehr dahinterstecken. Es muß auch etwas mehr dahinterstehen als die Erkenntnis, die ja auch nicht neu ist, daß sich beide Ordnungen irgendwie beeinflussen. Daß das nationale Verfassungsrecht auf "den Druck des Gemeinschaftsrechts" reagiert und daß auch das Gemeinschaftsrecht zunächst im wesentlichen bestimmt war und weiter bestimmt ist von verfassungsrechtlichen Vorstellungen der Mitgliedstaaten, ist gesicherte Erkenntnis. Was aber bedeutet "Verfassung" dann? Ich glaube man kommt dem Punkt näher, wenn man sich den Thesen von Herrn Pernice zuwendet, wobei die Rechtsfolgerungen, die er unter III. zieht, ich eigentlich ohne weiteres unterschreiben kann, vielleicht außer dem letzten Satz der These 21, aber im übrigen kann ich das nachvollziehen. Aber auch dies bezeichnet nicht, was einen qualitativen Sprung über die bisherige Debatte hinaus bedeutet. Vorrang - das alles hatten wir doch schon früher erkannt. Vielleicht kommt man dem Punkt näher, wenn man sieht, daß Sie, Herr Pernice, gegen die Rechtsanwendungsbefehlslehre Stellung nehmen. Hier wird in der Tat - und das zeigt vielleicht die eigentliche Stoßrichtung dieser Verfassungsdebatte - eine Abkoppelung, eine Ablösung vom Willen der Mitgliedstaaten vorgenommen, und die ist mir nicht einleuchtend. Die Punkte nämlich, die Sie benennen, daß alles was im Rahmen der Union geschieht, letztlich auf den Willen der Bürger zurückführbar sein muß, daß die Hoheitsgewalt supranational durchschlägt, alles dies läßt sich ja auch ohne weiteres auch im Rahmen der Rechtsanwendungsbefehlsdoktrin erklären und so ist es ja auch bisher gesehen worden. Das wird ja überhaupt nicht bestritten. Meine Frage an Sie ist deshalb: Warum bestehen Sie so auf der Ablehnung dieser Idee?

Zweiter Punkt: Grundrechte, Menschenrechte. Wenn wir von der europäischen Verfassung reden, muß auch die europäische Verfassung eine "offene" Verfassung sein. So wie es zweifellos immer noch viele nationale Juristen gibt, die ja nationalrechtlich zentriert sind und nicht über den Tellerrand hinausschauen wollen, so gibt es vielleicht auch manchen im Bereich des Europarechts, der europazentriert – ich sage lieber europazentriert als eurozentriert – seine Betrachtungen anstellt. Wir haben freilich im Gemeinschaftsrecht eine solche Öffnungsklausel; Art. 6 Abs. 2 des EU-Vertrages weist zwar über die Gemeinschaft hinaus, aber ich glaube, daß das noch nicht genug ist. Hier werden zwar die EMRK und ihre Zusatzprotokolle – und ich würde entgegen Herrn Grabenwarter sagen: im umfassenden Sinn, nicht nur soweit die Mitglied-

staaten diese Verträge ratifiziert haben - inkorporiert. Aber der institutionelle Teil ist davon nicht erfaßt, und da frage ich, warum muß die Hoheitsgewalt der Europäischen Gemeinschaft in höherem Maß von einem flankierenden völkerrechtlichen Menschenrechtsschutz exemt sein als ein Staat, der die entsprechenden Aufgaben erfüllt. Ich halte es für höchst zweifelhaft, daß der Europäische Gerichtshof in Luxemburg in seinem EMRK-Gutachten gemeint hat, die Gemeinschaft habe keine Kompetenz zum Beitritt - sonst hat er auch keine Bedenken gehabt, die Kompetenzen relativ breit auszulegen. Dasselbe war beim EWR-Gutachten der Fall; dahinter stand natürlich gleichfalls die Absicherung der eigenen Kompetenzen. Das ist kein guter Ansatzpunkt. Wenn die EG unmittelbar Hoheitsgewalt ausübt und ja zum Teil ausschließliche Hoheitsgewalt, wie etwa im Kartellrecht usw., dann besteht überhaupt kein Grund, daß sie insoweit nicht auch einer internationalen menschenrechtlichen Kontrolle unterliegen sollte. Da das nun nicht unmittelbar geht, wird verständlicherweise der Umweg über die Mitgliedstaaten bestritten. Wir haben jetzt einen ganz neuen Fall, den DSR Senator Lines Case, wo eine GmbH, weil sie sagt, sie hat vor dem EuGH keinen ausreichenden einstweiligen Rechtsschutz erhalten, die 15 Mitgliedstaaten vor dem Europäischen Gerichtshof in Straßburg verklagt hat. Ich glaube nicht, daß dieser Gerichtshof sagen wird, eine solche Klage sei von vornherein unzulässig, wenn man die Entscheidungen berücksichtigt, die es bisher in diesem Bereich gegeben hat. Vielen Dank.

Denninger: Ich glaube, daß alle vier Referate in einer sehr plastischen Weise die Schwierigkeiten zum Ausdruck gebracht haben, in der wir uns alle befinden. Ich möchte mich jetzt einmal kurz auf die Ebene begeben, die Herr Pernice und Frau Lübbe-Wolff in ihren Referaten beschritten haben und auf eine Schwierigkeit aufmerksam machen. Herr Schuppert hat ja in seinem Beitrag zur EU davon gesprochen, daß wir neue Begriffe brauchen; dem stimme ich zu. Der Begriff des Mehrebenensystems ist in der Politikwissenschaft eingeführt und man muß ihn nicht so schematisch verstehen, wie Herr Badura das hier wohl meint. Also den könnte man verwenden. Wichtiger scheint mir, daß wir, wenn wir neue Begriffe suchen und finden, uns auch von alten Begriffen trennen und da müßte man, glaube ich, doch noch ein bißchen mehr, Herr Herdegen hat das Wort gebraucht, Demythologisierung betreiben als das bei Ihnen etwa, Herr Pernice, geschehen ist. Ich spiele jetzt an auf Ihre These 7 und den Zusammenhang und die Stimmigkeit dieser These mit der These 15. In der These 7 lesen wir, daß Souveränität die Selbstbestimmung des Einzelnen ist. Sie haben im Text gesagt "bedeutet". Das gefällt mir schon besser. In der These 15 sprechen Sie dann von der ge-

teilten Souveränität, meinen ungefähr das, was man früher in der Bundesstaatsdiskussion unter geteilter Souveränität verstanden hat. Ich glaube, beides paßt nicht zusammen, und meine Frage ist, und das wäre vielleicht sogar ein Vorschlag, daß wir uns überhaupt von dem Souveränitätsbegriff radikal befreien; wir brauchen ihn nicht mehr. Gerade für eine Betrachtung mehrerer funktionaler Ebenen, gerade wenn man einen, was ich auch tun möchte, funktionalen Verfassungsbegriff verwendet, etwa in dem Sinne, wie Herr Klein das eben mustergültig erläutert hat - dem würde ich mich voll anschließen - dann müssen wir zwar noch einen Begriff für Hoheitsgewalt haben, das können wir auch "Staat" nennen, man kann es auch "Hoheitsgewalt" nennen. Wir brauchen aber den Souveränitätsbegriff nicht mehr, der nur noch Irrtümer schafft und Zweideutigkeiten wie, Herr Doehring hat das ja auch gerügt, in dem Gebrauch einmal der geteilten Souveränität und dann der Souveränität überhaupt. Ich will mich jetzt über den Souveränitätsbegriff nicht auslassen, nur darauf hinweisen, daß die Diskussion darüber ja schon zwischen Jellinek und Heller seinerzeit geführt worden ist und ich würde mich zu der Position von Heller bekennen, daß man, wenn man von Souveränität spricht, dann immer von einer ungeteilten Souveränität sprechen muß. Dafür fehlen uns aber heute gerade die Subjekte. Wir haben nicht mehr solche einheitlichen Willenssubjekte. Dafür fehlt uns dann auch der Begriff der Kompetenzkompetenz, das muß man sehen. Und trotzdem glaube ich, daß wir zu einer vernünftigen theoretischen Durchdringung und Beschreibung dieses neuen Mehrebenensystems kommen können. Vielen Dank.

Zuleeg: Die beiden Referenten der ersten Hälfte haben das Verdienst, die Zweifel an der Verfassung der Europäischen Union zu zerstreuen. Eine Verfassung hat auch die Funktion, den Zusammenhalt der Personen zu bewirken, die einem Staat oder einem anderen Gebilde zugehören. Dabei hat es die Europäische Union schwerer als ein Staat. Der Mitgliedstaat hat die Nation als eine zusätzliche Möglichkeit, Zusammenhalt zu erzielen. Umso wichtiger ist dann der rechtliche Zusammenhalt in der Europäischen Union. Dabei komme ich nun auf einige Punkte von Herrn Huber zu sprechen. Sie haben den Staatenverbund zitiert und haben ihm eine Definition gegeben. Meines Erachtens fehlt ein ganz wesentlicher Punkt in dieser Begriffsbestimmung, nämlich die Rechte der Einzelnen. Der Europäische Gerichtshof hat zur Charakterisierung der Gründungsverträge als Verfassung ausdrücklich hinzugefügt, daß diese den Einzelnen Rechte gibt. Dies ist ein Merkmal des Gemeinschaftsrechts. Nicht nur die Grundrechte, sondern auch einzelne Rechte werden gesichert und werden in die Verfassung der Europäischen Union einbezogen. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs hat überdies Wert darauf gelegt, daß nicht nur Rechte gewährt werden, sondern daß sie auch effizient durchgesetzt werden. Er hat Instrumente dafür geschaffen, was sich auch ausgezahlt hat. Dann möchte ich zum zweiten darauf zu sprechen kommen, Herr Huber, daß Sie sich über den Rückzug aus der Europäischen Union Gedanken gemacht haben. Wenn ich das richtig verstanden habe, dann meinen Sie, daß man am Zustimmungsgesetz ansetzen kann. Ich meine aber, Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG stellt die Pflicht auf, daß Deutschland der Europäischen Union angehört. Allenfalls können Sie dann über eine Verfassungsänderung einen Wandel herbeiführen. Man braucht sich das ja nicht weiter auszumalen. Letzter Punkt: der Verfassungsvorbehalt. Wenn Sie der Europäischen Union verwehren wollen, die Verfassung eines Mitgliedstaats anzutasten, dann habe ich den Eindruck, Sie gehen davon aus, daß diese Verfassung durchgehend eine hochwertige Qualität hat. Die Europäische Union braucht sich aber nicht zu verstecken. Sie hat einige Charakteristika, die in der deutschen Verfassung nicht so ausgeprägt sind. Zum Beispiel werden Ziele aufgestellt und für die Kompetenzen müssen Ziele oder Aufgaben vorhanden sein. Es gibt einen Begründungszwang für alle Rechtsakte in der Europäischen Union und es wird dafür gesorgt, daß die Einheit des Gemeinschaftsrechts besteht und die Gleichheit vor dem Gesetz herrscht. Dazu dient die Durchsetzung des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Es gibt eine Gemeinschaftsaufsicht, ein Verfahren vor dem Gerichtshof, das bis hin zu Sanktionen gelangen kann. In der jüngsten Zeit ist die erste Entscheidung dieser Art getroffen worden. Griechenland war als erster Staat damit konfrontiert, eine Geldzahlung wegen der Nichteinhaltung des Gemeinschaftsrechts leisten zu müssen. Rechtsstaatliche Erfordernisse werden an die Mitgliedstaaten herangetragen. Die Überprüfung der Kompetenzen geschieht durch den Europäischen Gerichtshof. Im Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts, Herr Huber, müssen die Grundrechte des Europarechts Anwendung finden; denn wenn das nicht gewährleistet wäre. müßte doch die Einheit des Gemeinschaftsrechts in Gefahr geraten und damit die rechtsstaatliche Forderung nach Gleichheit vor dem Gesetz. Die einheitliche Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts würde verfehlt. Daher wäre ich dankbar, wenn Sie dazu Stellung nehmen könnten.

Streinz: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren. Dank gebührt den Referenten wegen der jeweiligen Akzentsetzung und zwar unabhängig davon – jetzt bezogen auf die ersten beiden Referate von Herrn Pernice und Herrn Huber –, welchem Ansatz man im Ergebnis folgen möchte oder nicht. Denn eine wissenschaftliche Auseinandersetzung,

die ja im 19. Jahrhundert viel heftiger geführt wurde als heute, ist wichtig. So wichtig Dogmatik ist, um so entbehrlicher ist eine Dogmatisierung der einen oder anderen These. Darf ich einige Punkte und Fragen aus dem reichen Schatz herausgreifen. Zunächst die These 10 von Herrn Pernice. Mir gefällt die Hervorhebung des Vertrags und der Bürger der Mitgliedstaaten, die sich vertragen. Aber es kommt m.E. auf die Betonung an: Es geht um die Bürger der Mitgliedstaaten. Diese Bedeutung wird auch deutlich in Artikel 189 EG-Vertrag. Ich verwende noch die Bezeichnung EG-Vertrag, da ich meine, daß die Bezeichnung EG sachlich seitens des EuGH gerechtfertigt sein mag, deswegen dessen Differenzierung, dies aber kein Oktroi für unseren Sprachgebrauch sein muß, und ich glaube auch nicht, daß da noch mehr dahinter steckt, etwa daß man den Vertrag verschwinden lassen möchte. In Artikel 189 EG-Vertrag heißt es, das Europäische Parlament besteht aus Vertretern der Völker der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten. Dieser Artikel 189 EG-Vertrag ist im Amsterdamer Vertrag geändert worden, aber diese Formulierung hat man beibehalten, trotz der Unionsbürgerschaft, die wir seit dem Maastricht-Vertrag haben. Die Vertragsänderung ist abhängig von der Zustimmung der Bürger jeweils der Mitgliedstaaten, sei es vermittelt durch die Parlamente, sei es durch die Bürger selbst, wenn diese direkt etwas zu sagen haben. So kann man meinetwegen die Bürger der Mitgliedstaaten als Herren - mehrfach übertragen natürlich - der Verträge bezeichnen. Daß sie es sind, zeigten zuletzt die Dänen bei der Volksabstimmung über die Einführung des Euro. In Niederbayern, das gestern auch angesprochen wurde, würde man sagen, die Dänen haben gezeigt, wer der Herr ist oder der EU den Herrn gezeigt. Diese Einführung des Euro war ebensowenig durch eine Mehrheitsabstimmung der Unionsbürger möglich, wie es die Vertragsänderung, die Änderung des Unions-Vertrags, sein könnte. Auf solche Abstimmungen sollte man dann auch mehr geben als auf Umfragen, seien sie von Eurostat oder seien sie von der "Sun", die meinte, daß die Bürger des Vereinigten Königreichs gegen den Euro sind - das ist bekannt - oder sogar für den Austritt. Die "Sun" wird entsprechend gefragt und dann das Gewünschte herausbekommen haben. Die Wahrheit liegt hier m.E. auf dem Platz bzw. an der Urne. Herr Pernice und Herr Huber betonen zu Recht das Mehrebenensystem, und hier zwei Ebenen, nämlich Mitgliedstaaten und Europäische Gemeinschaft bzw. Europäische Union. Nicht übersehen werden dürfen weitere Ebenen. Nämlich innerhalb der Mitgliedstaaten die Regionen, von deren Existenz der EG-Vertrag durch den Ausschuß der Regionen zwar ausgeht, deren Ausgestaltung die Union aber m.E. zu Recht - und da führt die Landesblindheit zu einem positiven Effekt - der Gestaltung durch die Mit-

gliedstaaten überläßt. Auch überhalb der EG bzw. Union haben wir eine Ebene, nämlich die Ebene der Vereinten Nationen bzw. der Welthandelsorganisation, der WTO, die potentiell viel weitergehende Eingriffsmöglichkeiten haben, wenn man das Sanktionssystem des Sicherheitsrats betrachtet. Wir haben ja noch keine Bundesexekution auf EG-Ebene und kriegen hoffentlich auch keine in dieser Form, sondern die Formen, die vorher genannt wurden, die Verurteilung zu Zwangsgeldern. Das System der Vereinten Nationen, das ja nur wegen des Vetorechts imperfekt ist, und das System der Welthandelsorganisation, das die EG mutatis mutandis in eine ähnliche Situation bringt, wie die Mitgliedstaaten gegenüber der EG stehen. Allerdings mutatis mutandis, wir haben da ganz erhebliche Unterschiede, wie der EuGH zu Recht im letzten Urteil Portugal gegen den Rat herausgestellt hat. Auch da stellen sich Probleme demokratischer Legitimation etc., aber dies wäre ein eigenes Thema. Mehrebenen und Mehrebenenverflechtung bringen aus meiner Sicht vor allem ein Problem, nämlich die Begründung und Zuordnung von Verantwortlichkeit. Gerade die wird zwischen EG und Mitgliedstaaten hin und her geschoben, und Brüssel, dem man offenbar alles zutraut, wird für manches verantwortlich gemacht, wofür eigentlich die Mitgliedstaaten und auch die nationalen Parlamente, die ihre Vertreter im Rat nicht kontrollieren, verantwortlich sind. So gesehen verdient die These 19 von Herrn Huber aus meiner Sicht Zustimmung. Allerdings nur dann, wenn sich dies unter Wahrung der Verantwortlichkeit und Zurechenbarkeit bewerkstelligen läßt, also durch die Einbeziehung der nationalen Parlamente. Da würde ich darum bitten, zu präzisieren, wie das geschehen kann. Denn jegliche Form von Mischverantwortung bringt natürlich die Gefahr mit sich, daß wir keine eigentliche Zuordnung mehr haben. Zustimmung auch zu These 20 von Herrn Huber. Allerdings aus meiner Sicht bei richtiger Betonung, die aber auch vorgenommen wurde, nämlich die Bindung der Mitgliedstaaten an die EG-Grundrechte bzw. die Grundrechtecharta nur im Bereich des Vollzugs von Gemeinschaftsrecht. Aber die Frage ist, was gehört da eigentlich dazu, und das wirft dann gleich das Problem auf, daß wir die Kompetenzen abgrenzen müssen. In diesem Bereich ist aber aus meiner Sicht wie schon bisher nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs unabweisbar, daß die Mitgliedstaaten an die Gemeinschaftsgrundrechte gebunden sind. Zuletzt zum Bundesverfassungsgericht als eingemotteter fleet in being. Man muß natürlich sehen, daß die konkreten Fälle, die Champignonkonserven aus Taiwan und die Bananen, vielleicht nicht so geeignet waren, um hier diese Grundsatzfrage genauer zu präzisieren. Wie dem auch sei: Im Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, das hat Herr Grabenwarter aufgezeigt, steht ein anderes

Schlachtschiff bzw. Rettungsboot vielleicht bereit, das an diese Stelle treten kann. Zumindest dann, wenn entsprechend gravierende Fälle, wie das Wahlrecht, kommen. Danke schön.

Hans-Peter Schneider: Zunächst, lieber Herr Pernice, gilt Ihrem gro-Ben Zukunftsentwurf, ich würde fast sagen: Ihrer "euro-emphatischen" Sicht der Dinge, meine ungeteilte Bewunderung. Mir bereitet aber Ihr "postnationaler" Verfassungsbegriff gewisse Probleme. Ich bin bei allen Begriffsbildungen skeptisch, die lediglich darin bestehen, daß man, wenn man nicht genau weiß, was man ausdrücken will, einen Begriff aus der Vergangenheit wählt, ihn mit der Vorsilbe "post-" versieht und schon glaubt, etwas Neues entwickelt zu haben. "Postmodern", "postindustriell", man landet dabei möglicherweise leicht auch bei "postdemokratisch". Dann hätte sich das Referat von Frau Lübbe-Wolff erübrigt. Man muß also mit solchen Begriffsschöpfungen sehr, sehr vorsichtig sein. Ich gehöre im Grunde noch zu denjenigen, die nach wie vor der Meinung sind, daß Begriffe, die in Rechtstexten verwendet werden, auch für die Theoriebildung Bedeutung haben sollten. Wenn wir in die Verträge schauen, so sind die konstituierenden Faktoren der Europäischen Union zunächst einmal die Staaten (wir können sie also nicht einfach beiseite schieben), zweitens die europäischen Völker und drittens, im Entstehen begriffen, der Unionsbürger. Das sind die drei konstituierenden Elemente der Europäischen Union. Wenn wir also von europäischer "Verfassung" reden, müßten wir uns fragen, ob und in welchen Formen oder Verfahren diese drei konstituierenden Elemente miteinander verknüpft werden und wie hier gewissermaßen die Gewichte unter ihnen verteilt sind.

Von einer Verfassung, Herr Pernice, erwarte ich zumindest – und das gilt für alle Verfassungen dieser Welt – eine klare Verteilung der Verantwortlichkeiten. Herr Klein hat schon darauf hingewiesen. Es geht dabei nicht nur um das Verhältnis von öffentlicher Gewalt und einzelnem Bürger, sondern auch, ja vielleicht sogar vorrangig um die Verteilung der Kompetenzen zwischen den verschiedenen Ebenen. Solange wir in Europa noch mit dem System der begrenzten Einzelermächtigung leben müssen, kann ich nicht von "Verfassung" sprechen, das ist ganz klar. Hier werden sich künftig auch die Geister scheiden. Wir werden sehen, wie weit die Integrationskraft reicht, wenn es wirklich darum geht, etwa die Zuständigkeiten für das Steuer- und Sozialwesen oder im Bereich der auswärtigen Angelegenheiten zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedsstaaten sachgerecht aufzuteilen. Die heutige Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs, mit der die Tabakrichtlinie für nichtig erklärt worden ist, wird uns jedenfalls Gelegenheit zum

Nachdenken darüber geben. Es handelt sich dabei wohl um die erste Entscheidung des Gerichts, in der eine Kompetenz der Union, die von allen Organen mit großer Mehrheit in Anspruch genommen wurde, definitiv verneint worden ist. Das liegt – so glaube ich – unsere große Zukunftsaufgabe: hier etwas beizutragen zu dieser doch außerordentlich schwierigen Frage der Verteilung der Kompetenzen.

Ein letztes Wort: Mir hat sehr gefallen, Frau Lübbe-Wolff, was Sie zum Demokratiedefizit gesagt haben. Nur meine ich, daß wir auch wirklich einmal die Nagelprobe machen sollten. Wie weit sind denn eigentlich die Regierungen der Mitgliedstaaten überhaupt bereit, Demokratie zuzulassen. Daß sich die Osterweiterung nicht für direktdemokratische Verfahren eignet, das liegt nahe. Aber könnten wir nicht wenigstens einmal die europäischen Völker über die Charta der Grundrechte abstimmen lassen, in allen Mitgliedstaaten? Das wäre zweifellos auch ein wichtiger Beitrag zur Herstellung einer europäischen Öffentlichkeit. Wir hätten endlich ein Thema, das alle Unionsbürger angeht und über das sie dann auch selbst zu entscheiden hätten. Statt dessen werden uns wieder einmal Grundrechte gnädig "von oben" gewährt, wie einst in Zeiten des Konstutionalismus. Im übrigen brauchten wir dazu noch nicht einmal eine Grundgesetzänderung. Das Erfordernis einer Volksabstimmung (einschließlich des Verfahrens) müßte nur in die Verträge aufgenommen werden, da ja nationalem Verfassungsrecht vorgehen. Alle reden von der Notwendigkeit einer Demokratisierung der Unionsorgane; dies wäre aber ein eminent wichtiger Schritt "praktizierter" Demokratie an der Basis. Vielen Dank.

Vorsitzender: Vielen Dank, Herr Schneider. Herr Zuleeg meldet sich mit einem Spontanbeitrag.

Zuleeg: Nur einen Satz, Herr Schneider. Das ist nicht die erste Entscheidung, die der Gerichtshof wegen eines Kompetenzmangels gefällt und einen Rechtsakt deshalb für nichtig erklärt hat.

Volkmann: Ich möchte mich vor allen Dingen beziehen auf das Referat von Herrn Pernice. Lieber Herr Pernice, ich fand Ihr Referat brillant und ich war tief beeindruckt. Man hat, wenn man Ihnen so zuhört, manchmal so etwas wie eine Ahnung oder Eingebung. Vielleicht, so sagt diese Ahnung, kann es ja tatsächlich so funktionieren, wie Sie es beschrieben haben, vielleicht klappt das Ganze am Ende doch. Das ist ein warmes, ein behagliches Gefühl; man sonnt sich gern ein wenig darin. Doch dann denkt man nach, und es kommt der Zweifel. Und dieser Zweifel speist sich aus einem Grund, der in den Referaten von

Herrn Huber und Frau Lübbe-Wolff angesprochen ist, den man vielleicht aber noch etwas präziser benennen kann. Man nähert sich diesem Grund, wenn man sich einmal vor Augen führt, was eigentlich zu den demokratischen Grundstrukturen gehört, so wie sie uns im Verfassungsrecht der Bundesrepublik vor Augen treten. Ich meine, man kann dabei insgesamt vier Elemente oder Bausteine unterscheiden. - Demokratie ist danach und an ihrem Grund zunächst ein Zusammenhang gegenseitiger Anerkennung. Bürger setzen sich wechselseitig als Koautoren ihrer Rechtsordnung ein und erkennen sich auch als solche an. Schon an diesem Basiszusammenhang scheint es mir jedoch zu fehlen. Ob tatsächlich der Spanier den Briten, der Franzose den Deutschen und vielleicht auch einmal der Grieche den Türken als Koautoren seiner eigenen Rechtsordnung akzeptiert, scheint mir sehr zweifelhaft. - Darüber hinaus ist, als zweiter Baustein, Demokratie wesentlich auch ein Interaktionszusammenhang. Das bringen wir auf verschiedene Weise auf den Begriff: Wir sprechen etwa von demokratischer Repräsentation, die ja auch nicht etwas Statisches ist, sondern ein ständiger Prozeß der Angleichung zwischen zwei verschiedenen Einheiten; das Bundesverfassungsgericht oder das Parteiengesetz verwenden die gerade in ihrer Unbestimmtheit sehr schöne Formel von der beständigen lebendigen Verbindung zwischen dem Volk und den Staatsorganen. Auch für diese beständige lebendige Verbindung fehlt es jedoch auf europäischer Ebene bereits an den elementaren Voraussetzungen - nämlich schon daran, daß sich die da unten für das, was da oben passiert, überhaupt interessieren. Ich habe im letzten Semester in unserem Examenskurs zum Verfassungsrecht den Studenten zur Probe einmal die Frage gestellt, wie denn der Präsident oder die Präsidentin des Europäischen Parlaments hieße. Langes Schweigen, dann kam einer, der wußte es, und sagte: Hänsch - der schon seit einigen Jahren nicht mehr im Amt ist. - Zum dritten ist Demokratie wesentlich auch ein Zusammenhang wechselseitiger Verantwortung: einer Verantwortung der öffentlichen Gewalt gegenüber der Gesellschaft und auch umgekehrt einer Verantwortung der einzelnen Bürger gegenüber der öffentlichen Gewalt. Frau Lübbe-Wolff hat hierzu sehr schön nachgezeichnet, wie sich diese Verantwortungsstrukturen in Europa verwischen, wie sie sich verlieren. Für dieses Sich-Verlieren, Sich-Verwischen haben wir mittlerweile immerhin auch einige schöne Bezeichnungen gefunden; wir haben sie gehört, sie heißen "Mehrebenensystem" oder "Netzwerkstrukturen". Andere sprechen von "losen Kopplungen verschiedener Arenen". Aber letztlich besagen diese Begriffe doch nur, daß man sich mit allem so abfinden will, wie es ist, wenn man es nur in ein Denkgebäude bringen kann. - Zum vierten und letzten ist Demokratie noch ein Zusammenhang gemeinsamen Sinnes, und auch dieser ist uns unter verschiedenen Namen geläufig: Horizont geteilter Überzeugungen, Werteordnung, demokratischer Grundkonsens, Solidarität, Ganz allgemein kann man auch von einem Willen zur politischen Gemeinschaft sprechen. Und hier sind wir, denke ich, doch an dem entscheidenden Punkt, an dem es mit der Demokratisierung und der Verfassunggebung in Europa zu haken scheint. Überlicherweise geht ja dieser Willen zur Gemeinschaft ihrer Befestigung durch Recht voraus: Erst kommt der Wille zur Gemeinschaft, und dann ihre rechtliche Absicherung. Das ist gleichsam der natürliche Gang der Dinge, In Europa, und das hat der Beitrag von Herrn Zuleeg sehr schön deutlich gemacht, wird demgegenüber der umgekehrte Weg eingeschlagen. Zuerst kommt die Befestigung durch Recht, und der Wille zur Gemeinschaft soll sich dann aus ihr heraus entwickeln. Auch das kann man sehr schön an verschiedenen Beispielen demonstrieren. Ein erstes ist etwa die Einführung der Unionsbürgerschaft durch den Maastricht-Vertrag. Sie begründet, wie zunächst das Bundesverfassungsgericht gesagt hat, ein rechtliches Band zwischen den Unionsbürgern. Aber das Bürger-Sein geht ja tiefer; es ist ja auch eine sozialpsychologische Gemeinsamkeit, die in diesem Bürger-Sein zum Ausdruck kommt und den Menschen erst zum Bürger macht. Diese Gemeinsamkeit gibt es nicht: Also schafft man die rechtliche Hülse dafür, und sie soll sich dann irgendwann einstellen. Ein noch schlagenderes Beispiel ist m.E. die Institutionalisierung der europäischen politischen Parteien in Art. 191 EGV. Historisch, das hat ja Triepel beschrieben, haben die Parteien um ihre Anerkennung lange kämpfen müssen: Zunächst wurden sie bekämpft, dann ignoriert, dann legalisiert und schließlich in die Verfassung inkorporiert. In Europa ist demgegenüber der wohl einzigartige Fall zu bewundern, daß ein Parteienartikel schon da ist, bevor es auch nur eine einzige Partei gibt, auf die er angewendet werden könnte. Auch hier ist also die rechtliche Hülse zuerst da, und man hofft darauf, daß sie sich irgendwann auch mit Leben füllt. Ob das am Ende funktioniert, weiß ich nicht. Ich glaube dabei gar nicht, daß man das Problem mit der These, die uns in fast jedem Referat noch einmal zitiert worden ist, erledigen kann, das Recht und der Staat lebten von Voraussetzungen, die sie selber nicht garantieren könnten. Das Recht kann hier, meine ich, eine ganze Menge ermöglichen. Aber es ist natürlich seinerseits angewiesen auf bestimmte begünstigende oder ermöglichende Bedingungen, und zu diesen begünstigenden oder ermöglichenden Bedingungen würde zunächst die Angabe eines Ziels gehören, auf welches das Ganze irgendwann einmal zulaufen soll. Eine solche Zielvorgabe ist, so scheint es mir, für Europa nicht recht erkennbar, nachdem das ursprüngliche Ziel der Schaffung einer europäischen Friedensordnung oder Friedenseinheit sehr weitgehend erreicht ist. Da man nun das Ziel nicht hat, setzt man auf die Form: Man weiß nicht, wohin man will, aber um dahin zu kommen, braucht man die Verfassung. Aber die Form kann die Last nicht tragen, und also muß eine weitere Rechtfertigung her. Als solche kommt, so wie ich es sehe, letztlich nur eine ökonomische in Betracht. Die Märkte müssen weiter konvergieren, das Voranschreiten der wirtschaftlichen Integration erscheint wirtschaftlich sinnvoll oder sogar geboten, und daraus erwächst ein Bedürfnis nach demokratischer Kontrolle, das dann in der Verfassung eingefangen wird. Demokratie wird dann aber nicht politisch, sondern ökonomisch begründet. Ob jedoch ein ökonomischer Imperativ tatsächlich eine taugliche Grundlage für Demokratie und Verfassung sein kann – da habe ich meinen Zweifel und hier liegen seine eigentlichen und tieferen Gründe. Vielen Dank.

Masing: Meine Damen und Herren, es bestand Einigkeit zwischen den Referenten, insbesondere auch zwischen den konträren Positionen von Herrn Pernice und Herrn Huber, daß die Frage nach einer europäischen Verfassungsentwicklung nur vor einer Begriffsfolie des Begriffs Verfassung gestellt werden kann, die nicht der traditionellen entspricht. Das scheint mir wichtig und auch richtig zu sein. Wir müssen eine Begriffserweiterung suchen, weil wir ein neues Problem haben. Wenn wir die Grundordnung in Europa beschreiben, handelt es sich um ein Phänomen, das neu und daher mit den traditionellen Begriffen nicht voll zu fassen ist. Im übrigen hatten wir auch im Mittelalter Verfassungen, die nicht als Verfassungen im modernen, heute klassisch-traditionellen Sinne zu qualifizieren sind. Man muß sich dann allerdings im klaren darüber sein, daß damit die Legitimationswirkung, die in dem Wort Verfassung steckt, nicht automatisch hinübertransportiert wird, wenn die europäische Grundordnung als "Verfassung" bezeichnet wird. Die Frage nach der Legitimationskraft des Verfassungsbegriffs muß dann neu gestellt werden. Insofern scheint es mir wichtig, auf einen Unterschied hinzuweisen zwischen der neuen Verfassungsvorstellung, wie sie von Ihnen. Herr Pernice, gezeichnet wird, und dem traditionellen Verfassungsbegriff. Was war der revolutionäre Akt in der französischen Nationalversammlung? Es war die Abstimmung nach Köpfen und damit verbunden die Abschaffung der pouvoirs intermédiaires: In der neuen Zeit sollte sich das Volk als ganzes einheitlich vertreten sehen und über seine Zukunft entscheiden. Vorausgesetzt war dabei, daß man sich insoweit als gleich anerkannte und in dieser Anerkennung einig war. Genau das aber ist in Ihrem Entwurf der Verfassung, Herr Pernice, nicht mehr enthalten. Zwischengewalten tauchen wieder auf. Zwar wird

ein theoretisch unmittelbares Verfassungsverhältnis zwischen Bürger und der Grundordnung und der Europäischen Verfassung konstruiert. aber dieses soll vermittelt sein durch ein Geflecht von vielen verschiedenen Beziehungen auf diversen Ebenen. Und erst in diesem Geflecht als Ganzem sei dann der Bürger durch diese Verfassung zu seinem Recht gebracht in dem Sinne, daß er diese Verfassung und die von ihr ausgehende Gewalt legitimiert. Mir leuchtet nicht ein, warum das weniger fiktiv sein soll, als die Konstruktion der herkömmlichen Legitimationsstrukturen. Man muß sehen, daß, wenn die Repräsentation in dieser Form auf der Grundlage vielschichtiger Verhandlungen erfolgt, natürlich auch Entscheidungsstrukturen vorgegeben sind. Zum einen das Prinzip jeder Verhandlungen: do ut des. Zum anderen die Nichtöffentlichkeit. Sie ist nicht eine zufällige Entscheidung, sondern durch das Prinzip der Verhandlung mit bedingt. Und das Volk, wenn es als Volk denn noch gefragt wird, kommt damit immer in eine Ratifikationslage. Es kann ja oder nein sagen. Nun ist freilich zu sehen, auch die herkömmliche Legitimation im Nationalstaat, zumal heute, beruht ein Stück weit auf Fiktion. Wir wissen alle, Gesetze sind weithin vorab paktiert, sind vorher ausgehandelt. Nur führt das Modell, was Sie entwerfen Herr Pernice, durch die verschiedenen Verhandlungsstufen nicht zu einer Reduktion der Fiktion. Im Gegenteil, es potenziert sie. Insbesondere in einem Punkt führt es zu einer substantiellen Verdünnung. Und zwar durch das Fehlen eines hinreichenden gemeinsamen europäischen Bezugspunkts. Es wird nicht nur ausgehandelt, sondern es wird ausgehandelt immer in Rückbindung an die jeweiligen nationalen Entitäten und damit in Blick auf allein diese - jedenfalls wenn man zunächst vom Rat als dem Organ ausgeht, dem die Hauptentscheidungskompetenz zukommt. Insofern fehlt weithin das Bezugsobjekt Europa als ganzes. Freilich fehlt es nicht auf allen Ebenen; auf der Ebene des Europäischen Parlaments etwa ist es im Ansatz erkennbar. Wenn wir nach einer Verfassung Europas fragen, die Legitimationskraft entwickeln soll, können wir zwar kaum beim alten Verfassungsbegriff der Staatlichkeit stehen bleiben. Aber eine Legitimationswirkung setzt zumindest voraus, daß Europa sich in seinen Entscheidungen auch auf Europa als ganzes bewußt und kriteriell bezieht, und insoweit muß die Verfassung eine Rückbindung herstellen. Das aber verlangt eine deutliche Veränderung auch in den Institutionen der Europäischen Gemeinschaft, insbesondere etwa hinsichtlich des Entscheidungsverfahrens im Rat oder im Sinne einer Aufwertung der Kommission und des Parlaments. Wenn man sich demgegenüber die tatsächliche Entwicklung ansieht - gerade die jüngste Rede von Prodi vor dem Europäischen Parlament hat das wieder gezeigt - scheint sich eher eine Renationalisierung dieser Legitimationszusammenhänge abzuzeichnen. Ein Verfassungsrecht aber, das darauf setzt, daß im Geflecht der verschiedenen Vertragslösungen durch verschiedene Zwischengewalten, in deren Status insoweit die Nationalstaaten einrücken, letztlich der Bürger dann schon irgendwie repräsentiert und vertreten sein wird, allein weil in seinem Namen verhandelt wurde, scheint mir Herrschaft eher zu verschleiern als in seiner Legitimation offenzulegen. Dies ist eine ähnliche Hoffnung oder besser eine ähnliche Fiktion wie das Vertrauen auf die unsichtbare Hand von Adam Smith. Wenn alle verhandeln wird schon das Gute herauskommen. Skepsis gilt dem gegenüber um so mehr angesichts des erheblichen Ungleichgewichts der Verhandlungspartner im europäischen Konzert. Der Fall Österreich hat das, denke ich, deutlich gezeigt. Danke.

Steiger: Ich möchte zu den Vorträgen von Herrn Pernice und Frau Lübbe-Wolff etwas sagen. Beide verbinden sich im Hinblick auf die Demokratisierung auf den verschiedenen Ebenen des von ihnen, Herrn Pernice sogenannten Verfassungsverbundes oder Verfassungssystems. Ich ziehe den letzten Begriff vor. Denn der Begriff Verfassungsverbund ist offenbar vielfältiger verwendbar, wie sich aus dem Vergleich der beiden Vorträge Pernice und Huber ergibt. Sie beide verwenden zwar den Begriff Verfassungsbund, aber ich habe mich schon versprochen, ich wollte sagen, das Wort Verfassungsbund, aber nicht denselben Begriff. Das jedenfalls war mein Eindruck am Ende Ihres Vortrags, Herr Huber. am Anfang nicht. Dazu hätte ich gern etwas Näheres gewußt. Ich habe den Eindruck, daß Herr Pernice von einem einheitlichen Verfassungssystem, gebildet aus den europäischen Elementen dieser einheitlichen Verfassung und den dazugehörigen staatlichen Elementen ausgehen will. Mich erinnert das ein bißchen an das Alte Reich zwischen 1648 und 1806, das ja immer wieder als ein Vorbild oder als ein Paradigma für die EU genommen, und für das heute der komplementäre Charakter der Reichsebene und der Territorialebene zunehmend betont wird. Ich würde in diesem Zusammenhang allerdings, Herr Pernice, weder die Ebene des Staates, noch die Ebene der Europäischen Union als Zweckverband bezeichnen. Da stimme ich denjenigen zu, die das schon kritisiert haben. Denn beide sind am Gemeinwohl orientiert und, da beide am Gemeinwohl orientiert sind, haben sie natürlich auch die Möglichkeit, Verfassung zu haben. Man kann zwar sagen, das Gemeinwohl sei der Zweck, dann kriegen Sie das wieder hin; aber beim Zweckverband denken wir eventuell mehr an den Ruhrverband oder an etwas Derartiges. Ich komme darauf durch den Hinweis auf Thomas von Aquin. Der Staat ist aber wohl keine societas perfecta mehr, weil er seine Aufgaben nicht mehr voll wahrnehmen kann. Das hat er mal für 150 oder 200 Jahre getan, nun tut er es eben nicht mehr; man kann den Begriff des Staates trotzdem wohl weiterverwenden, aber es ist ein anderer Begriff als vor 100 Jahren. Dasselbe gilt für Souveränität. Herr Denninger. ich wäre auch gern dafür, den Souveränitätsbegriff aufzugeben. Aber es läßt sich wohl nicht machen. Er ist fest verankert, infolgedessen müssen wir ihn inhaltlich umprägen, umformulieren. Die Demokratie zu sichern in dem einen Verfassungssystem, muß natürlich auch, Herr Schuppert hat das schon gesagt, auf den verschiedenen Ebenen laufen. Ich glaube nicht, daß es letztlich wirklich möglich ist, über die nationalen Parlamente den Rat in seinem Handeln für die EU als Einheit zu legitimieren. Ich habe da Vorbehalte gegen die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts. Wie z.B. ist der Landesminister, den wir ia von Zeit zu Zeit entsenden dürfen, für die EU legitimiert? Durch Bundestagswahlen nicht, sondern nur durch eine Landtagswahl oder durch den Bundesrat, der ihn dahin schickt, oder die Bundesregierung, die ihn instruiert oder nicht instruiert oder nicht instruieren darf. Ich will mit dieser "Stotterei" eben auf die Schwierigkeit aufmerksam machen, daß hier in der Tat, was Frau Lübbe-Wolff für mich überzeugend dargelegt hat, die ursprüngliche deutsche demokratische Legitimation ausrinnt, daß man damit nicht mehr auf EU-Ebene arbeiten kann. Die Frage ist, ob man, wenn man auf der europäischen Ebene eine demokratische Legitimation im Europäischen Parlament stärker verankert, über die nationalen Parlamente ein Gegengewicht bilden kann, indem man sie à la Dänemark mit einbezieht in die Entscheidung. Aber die können ja immer nur die Dänen legitimieren, also die dänische Vertretung, aber nicht die französische oder die deutsche. Wir müßten das also in allen Mitgliedstaaten machen. Aber kann das wirklich praktikabel sein? Wie wäre es mit einer zweiten Kammer aus Mitgliedern der nationalen Parlamente? Mit der Partizipation scheint es mir auf der untersten Ebene möglich zu sein, aber da hätte ich gern noch mehr gewußt, wie das sich auf die europäische Ebene fortschreiben soll. Denn das ist mir noch nicht ganz klar geworden, Frau Lübbe-Wolff. Als Drittes und Letztes: die Voraussetzung ist natürlich eine klare Kompetenzordnung. Ich glaube nicht, daß das Subsidiaritätsprinzip allein das leitende Prinzip sein kann. Da das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung meines Erachtens durch die finalfunktionale Rechtsangleichung sehr weitgehend unterlaufen wird, genügt das auch nicht. Das heißt auch, die Demokratisierung hängt letzten Endes an einer klaren Kompetenzordnung. Danke.

Enders: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, meine Bemerkungen beziehen sich vor allem auf das Referat von Herrn *Pernice*, und ein wenig auch auf das von Herrn *Huber*. Gegen Ihre Thesen, Herr *Per-*

nice, drängen sich zwei Einwände auf. Sie haben ja vornehmlich staats-, verfassungs- und demokratietheoretisch argumentiert. Wenn ich mich zunächst einmal auf diese Theorieebene begebe, dann fällt mir auf, daß Sie gesprochen haben, von Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, von kooperativer Rechtswahrung im nichthierarchischen System, vom kooperativen Verwaltungsstaat, kurzum: Das Kooperations-, Einvernehmlichkeits- oder wie man das sonst nennen will-prinzip, die Gleichordnungsebene zieht sich durch, in Vermeidung von Unterschieden. von Vor- und Nachrangverhältnissen. Bei soviel Kooperation habe ich mich schließlich gefragt: Wozu braucht man da eigentlich noch ein Gesetz, das Vor- und Nachrangverhältnisse festlegt. Die Frage zeigt, daß es tatsächlich nur mit Kooperation und Gleichrangigkeit nicht zu machen ist und der Grund ist auch leicht zu nennen. Den Widerspruch nämlich zwischen Einzelinteresse, zwischen vielen Einzelinteressen und dem Gemeininteresse, den bekommen wir nicht hinweg. Den bekommt auch die schönste Demokratietheorie nicht hinweg und das bedeutet, wir brauchen eine Entscheidungsinstanz, die hier vermittelt, aber nicht nur vermittelt, sondern Vor- und Nachrangverhältnisse festlegt. Diese Notwendigkeit einer eindeutigen Entscheidung, die immer zu Vorund Nachrangverhältnissen führen wird, die scheint mir bei Ihnen verschwunden zu sein. Das führt zum zweiten Einwand, nämlich zur Frage, wie es abseits dieser Theorieebene mit den rechtsnormativen Grenzen für mögliche Integrationsmodelle bestellt ist. Die scheinen bei Ihnen auch etwas zu kurz gekommen zu sein, Herr Huber ist verstärkt darauf eingegangen. Begreife ich die Verfassung als die im herkömmlichen Sinne ranghöchste Norm zur Ordnung eines Gemeinwesens. dann ist klar, wo die Grenzen zu suchen sind. Der Blick fällt zwangsläufig auf Art. 79 Abs. 3 GG. Es ist richtig, das Grundgesetz ist integrationsoffen, das sagt die Präambel, das sagt Art. 23. Art. 23 Abs. 3 Satz 1 GG verweist dann aber genauso zutreffend deklaratorisch und bekräftigend auf Art. 79 Abs. 3. Wollte man nun in Anbetracht dieser Rechtsgrenze, der ja die bundesdeutsche Staatsgewalt seit Existenz des Grundgesetzes immer lückenlos unterlegen ist, der also der Gesetzgeber und verfassungsändernde Gesetzgeber immer unterlegen ist, seit er Verträgen zugestimmt hat, wollte man nun diese Grenze umkehren zu einem Vorrangverhältnis des Gemeinschaftsrechts, als eines von außen herangetragenenen Maßstabs, dann würde man die in Art. 79 Abs. 3 GG verfaßte Letztverbindlichkeit der Verfassung meines Erachtens unterlaufen. Aus diesem Befund, den Herr Huber ja auch festgehalten hat, nämlich der Letztverbindlichkeit des Art. 79 Abs. 3, aus diesem Befund ergeben sich meines Erachtens zwei Folgerungen: Entweder wir erkennen das einfach so an, wie es da steht in Art. 79 Abs. 3 GG und müssen damit dann allerdings auch normativ den Vorrang der nationalen Verfassung anerkennen. Was daraus folgt, Herr Huber hat ja versucht, die Konsequenzen zu ziehen, ist vielleicht nicht immer ganz klar. Deswegen wäre natürlich die zweite Möglichkeit Art. 79 Abs. 3 GG zu streichen in einem Akt der Verfassungsneugebung nach Art. 146 GG und eine Norm an seine Stelle zu setzen, die wohl dem Art. 94 der niederländischen Verfassung entsprechen müßte, wenn ich sie richtig verstanden habe, also von Verfassungs wegen den unbedingten Vorrang des Europarechts festsetzt. Das wäre im übrigen historisch auch durchaus konsequent, wenn man die Entstehungsgeschichte betrachtet und wenn man sieht, daß Art. 79 Abs. 3 GG auf dem Hintergrund der Volkssouveränität eigentlich eine contradictio in adiecto ist. Nicht beantwortet ist damit freilich die Frage, die Sie ja auch beschäftigt hat, das ist zuzugeben, was es mit dem Staatscharakter der europäischen Union oder mit ihrer Verfassung auf sich hat.

Langenfeld: Ich wollte eine Bemerkung zu dem Referat von Frau Lübbe-Wolff machen. Und zwar betreffend Ihre These 6. Es geht mir also um die Frage, wie das Demokratiedefizit auf der europäischen Ebene behoben werden kann. Sie haben in Ihrem Referat insoweit unterschieden zwischen spezifischen EG-Themen, die die demokratische Frage aufwerfen und den Fragen, die sich auf nationaler wie auch auf der EG-Ebene stellen. Es ist so, daß ich ihrer Analyse vollkommen zustimme, wonach man eben nicht einfach sagen kann, daß die Europäische Gemeinschaft ein Zweckverband sei, dessen Entscheidungen, die den Einzelnen ja unmittelbar betreffen, keiner demokratischen Legitimation bedürften. Auf der anderen Seite ist es so, daß die Entscheidungsprozesse auf der europäischen Ebene in anderer Weise strukturiert sind als im nationalen Raum. An dieser Stelle möchte ich Herrn Winter zustimmen, der darauf hingewiesen hat, daß einmal intensiver analysiert werden müßte, inwieweit diese Entscheidungsprozesse nicht auch demokratische Legitimation vermitteln können. Ich bin aber dennoch zusätzlich der Auffassung, daß man - ganz im Sinne des klassischen Weges der Vermittlung demokratischer Legitimation - um eine weitere Stärkung der Kompetenzen des europäischen Parlaments nicht herumkommen wird. Insbesondere kann auf diese Weise eine stärkere Identifikation des Bürgers mit der europäischen Integration erreicht werden, als es bedauerlicherweise gegenwärtig der Fall ist. Das Entstehen einer europäischen politischen Öffentlichkeit, einer europäischen öffentlichen Meinung kann über einen weiteren Kompetenzzuwachs des Parlaments befördert werden ebenso wie die Entstehung europäischer Parteien im eigentlichen Sinne, die für die Gestaltung des demokratischen Prozesses auf der europäischen Ebene unverzichtbar sind. Auf die Notwendigkeit einer solchen Entwicklung hat im übrigen auch das Bundesverfassungsgericht im Maastricht-Urteil hingewiesen. Allerdings hat es angesichts des bestehenden Demokratiedefizits auf der europäischen Ebene und wegen Art. 38 GG einer weiteren Übertragung von Kompetenzen auf die Europäische Gemeinschaft und wohl auch auf das Europäische Parlament Grenzen gesetzt. Im Sinne einer Zementierung der Zuständigkeiten des Parlaments bis zu dem Zeitpunkt, an dem auch im politischen Sinne von einem europäischen politischen Bewußtsein oder gar von einem europäischen Volk die Rede sein kann, wird man diese Aussage sicherlich nicht verstehen können.

Zum Schluß möchte ich noch etwas bemerken zu Ihrer These, daß das Parlament weiter in Richtung auf ein vollwertiges, demokratisches Repräsentationsorgan entwickelt werden muß. Dem stimme ich im Grundsatz zu: Die Erreichung dieses Ziels dürfen wir nicht aus den Augen verlieren. Allerdings müssen auf dem Weg dorthin noch einige Schwierigkeiten aus dem Weg geräumt werden. Denn kommt man zu vollkommen gleicher Repräsentativität, würde das bedeuten, daß kleine oder kleinere Staaten nur über einige oder sogar gar keine Abgeordneten verfügen, es sei, man ließe das Europäische Parlament auf eine monströse Größe anwachsen, was niemand wünschen kann. Dieses Problem zeigt doch sehr deutlich, wo - jedenfalls mittelfristig - die Grenzen von Repräsentativität liegen, wie wir sie aus der nationalen Verfassungsordnung kennen und daß die Herstellung von Wahlgleichheit auf der europäischen Ebene, insbesondere wenn sie zusätzlich verknüpft wird mit einer Stärkung der Kompetenzen des Europäischen Parlaments, nur schrittweise erfolgen kann. Vielen Dank.

Funk: Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Damen und Herren Kolleginnen und Kollegen! Das Problem der Begriffe und des Umganges mit diesen steht an diesem Tag im Vordergrund. Ich möchte dazu einige erkenntnistheoretische Anmerkungen machen. Wegen des knappen Zeitbudgets darf ich das in Form von Thesen tun. Erstens: Es ist sinnvoll, über die Funktion und die Leistungen der Theorie in der Staats- (Rechts-) Lehre zu sprechen und sich einer Theorie der Theorie zuzuwenden. Vor allem die Beiträge von Herrn Pernice und Herrn Huber waren in hohem Maße staatsrechtstheoretisch akzentuiert. Dies entspricht Entwicklungen im Recht und im Rechtsdenken, die einen gewaltigen Theoriebedarf erzeugen. Dieser Sachverhalt scheint mir evident zu sein und braucht nicht näher belegt zu werden. Zweitens: Staatsrechtliche Theoriebildung befindet sich derzeit in der Phase einer Hochkonjunktur und damit zugleich auch unter besonderen Heraus-

forderungen an Theorie-Theorie. Drittens: Theorie hat die Funktion. Wirklichkeit zu beschreiben, zu erklären und Prognosen zu ermöglichen. Theorien konkurrieren miteinander und können im Sinne von Popper evaluiert werden. Viertens: Es ist das Dilemma jeder Theorie, daß sie einerseits auf Begriffe und Bilder angewiesen ist, um denkbar und mitteilbar zu sein, daß aber andererseits eben diese Begriffe und Bilder in die Irre führen können, weil sie für jene Wirklichkeit gehalten werden, die sie abbilden sollen. Da wir aber über einen Zugang zur Wirklichkeit selbst nicht verfügen, sondern wieder auf Bilder angewiesen sind, um das Verhältnis von Bildern und Wirklichkeit zu erfassen. können wir nicht sagen, wie die Wirklichkeit wirklich beschaffen ist. Um dies sagen zu können, würden wir ein komplexeres System für die Erfassung der Subiekt-Obiekt-Beziehung benötigen als wir es haben. Fünftens: Staatsrechtliche Theorie befaßt sich wesentlich mit Normen und deren Beziehungen zu anderen Normen und zu nichtnormativen Sachverhalten, wie zB Erklärungsmustern. Sie ist Netzwerk- oder Mehrebenentheorie. Die Staatslehre und ihre Theorie betreiben Komplexitätsforschung, erstere auf Sachebene, letztere auf Metaebene. Sechstens (als Kern meiner Überlegungen): Normen existieren nicht, real und existent sind nicht Normen, sondern Normvorstellungen und Normerwartungen. Diese werden imperativ oder konsensual erzeugt, sie werden mit Hilfe von empirisch-deduktiven und diskursiven Methoden ermittelt und entwickelt. Damit bin ich bei der staatsrechtlichen Theorie als einer Theorie von Normen, besser gesagt: von Normvorstellungen, und ihren Beziehungen. Als Theorie von Normvorstellungen enthält sie notwendigerweise auch wirklichkeitskonstituierende Elemente. Diese Funktion der staatsrechtlichen Theorie, die Normvorstellungswirklichkeit nicht nur abbildet, sondern auch erzeugt, muß in die theoretische Reflexion einbezogen werden. Das bedeutet, daß wir theoretisch und metatheoretisch zugleich agieren müssen. Für das Verhältnis des staatlichen, im besonderen des österreichischen, und des europäischen Verfassungsrechts ist nach meinem Verständnis ein dualistischer Ansatz wirklichkeitsentsprechender als ein monistischer. Es ist übrigens bemerkenswert, daß in diesem Zusammenhang so unbefangen von "national" und "nationalstaatlich" gesprochen wird, obwohl doch diese Worte historisch stark belastet, um nicht zu sagen: kompromittiert sind. Siebentens: Herr Pernice hat das dualistische Modell - auch mit Hinweis auf Österreich - kritisch angesprochen. Ich möchte dem entgegenhalten, daß seine monistische Sichtweise mehr an Wirklichkeit erzeugt als sie beschreibt. Betrachtet man das Wechselspiel, das auch im staatsrechtlichen Denken um das kreist, was besteht, was erreichbar und was wünschbar ist, so sehe ich den monistischen Ansatz sehr in der Nähe des Wünschbaren und in diesem Sinne als Neuauflage eines der mythischen Elemente in der Staatsrechtslehre. Solches finden wir auch in der österreichischen Staatsrechtslehre. Hier wird zur Beschreibung des Verhältnisses von staatlichem und europäischem Verfassungsrecht vielfach das Bild vom Stufenbau der Rechtsordnung bemüht, wobei gesagt wird, daß die sog Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung, das sind deren leitenden Prinzipien und tragenden Elemente, über dem europäischen Gemeinschaftsrecht stünden. Bei näherer Betrachtung erweist sich dieses Bild als irreführend. Die Frage, um die es geht, hat mit dem Problem von gemeinschaftsrechtlichen Rechtsakten zu tun, die "ultra vires" gesetzt werden. Es geht um die Identifikation solcher Akte und um die Frage der letzten Kompetenz zur Letztentscheidung in der Alternative eines staatlichen Höchstgerichts oder des Gerichtshofes der europäischen Gemeinschaften. Das Bild vom Stufenbau der Normen, das unter dem Einfluß des nationalstaatlichen Souveränitätsdenkens des 19. Jahrhunderts zu dessen Legitimierung und Entlegitimierung entwickelt wurde, bringt für das Verständnis der Beziehungen zwischen staatlichem Verfassungsrecht und europäischem Gemeinschaftsrecht so gut wie nichts. Mit der Beibehaltung oder dem Austausch von Begriffen und Bildern wäre nichts gewonnen, wenn diese Vorgänge metatheoretisch unreflektiert blieben.

Breuer: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, von den hervorragenden Referaten, die wir gehört haben, möchte ich nur die beiden ersten, nämlich die Referate von Herrn Pernice und Herrn Huber, zum Gegenstand einiger Fragen machen. Dankenswerterweise waren Thesen und Antithesen so deutlich, daß man gezwungen ist. Stellung zu nehmen. Es wird nicht ganz überraschen, wenn ich bei den Thesen von Herrn Pernice beunruhigt bin und mich eher mit den Gedankengängen von Herrn Huber anfreunden kann. Die entscheidende Frage lautet meines Erachtens nicht, ob die Verfassung systematisch auf den Staat bezogen werden muß oder auch auf die Europäische Union oder die Europäische Gemeinschaft bezogen werden kann. Mit dieser begriffstheoretischen Frage möchte ich mich nicht auseinandersetzen. Fragen möchte ich jedoch, ob der Verfassungsstaat einen solchen Verfassungsverbund verträgt, wie Herr Pernice ihn vorgeschlagen hat. Mir scheint, daß der Verfassungsstaat einen solchen Verfassungsverbund nicht verträgt. Der Verfassungsstaat - insoweit bin ich mit Herrn Pernice einig ist die Form der originären Selbstorganisation des Staatsvolkes, bezogen auf den Staat. Die Mitgliedstaaten sind mit dieser Qualität des Verfassungsstaates, also mit ihrer Selbstorganisation, in die Gemeinschaft und die Union eingetreten. Die Europäische Gemeinschaft und die Eu-

ropäische Union erfüllen noch nicht die Qualität der originären Selbstorganisation. Was den Entstehungsakt des Gemeinschaftsrechts sowie der Gemeinschaft und der Union anbelangt, so hat Herr Huber dies meines Erachtens zu Recht in These 8 ausgeführt. Noch wichtiger scheint mir die Frage zu sein, was eigentlich materiell den Verfassungsstaat ausmacht und was der Verfassungsstaat vor diesem Hintergrund verträgt. Der Verfassungsstaat ist kein Abstraktum, er ist in Deutschland Demokratie, Rechtsstaat, Sozialstaat und Bundesstaat, und in den anderen Mitgliedstaaten gilt cum grano salis das gleiche. Mit den Merkmalen der Demokratie hat der Staatsbürger die Möglichkeit, die Konstituierung der Staatsgewalt mitauszuüben, und er ist der staatlichen Schicksalsgemeinschaft ausgeliefert. Im Rechtsstaat und im Sozialstaat lebt der Bürger wie die Gesellschaft von den Garantien der Grundrechte und der sozialen Gewährleistungen. Man kann meines Erachtens nicht nachdrücklich genug betonen, daß es sich hier um institutionelle Gewährleistungen mit institutioneller Sicherheit für den Bürger und die Gemeinschaft, also für den Staat, handelt. Diese institutionelle Sicherheit scheint mir doch sehr in Gefahr zu geraten, wenn man nun in dem System mehrerer Ebenen eine Verfassung konstituiert oder konstruiert. die vom einzelnen Bürger herkommen soll. Nun bin ich kein Scholastiker im Sinne des Thomas von Aquin. Ich bin auch kein Mystiker, sondern ich bin ein Staatsrechtler und versuche, das Europarecht zu verinnerlichen. Verfassunggebung auf der nationalen Ebene bewegt sich in den Formen und nach den Maßstäben des Grundgesetzes. Art. 79. insbesondere sein Abs. 3, ist genannt worden, die Staatsstrukturprinzipien des Art. 20 stehen im Zusammenhang damit, ebenso die wertbezogenen Prinzipien des Art. 1. Wenn dies geändert werden oder sich fortentwickeln soll, dann kann sich dieser Prozeß nur in den erwähnten verfassungsrechtlichen Bahnen bewegen. Europarecht entsteht durch Vertrag in den bekannten völkerrechtlichen Formen, und es ist an Art. 23 Abs. 1 GG zu erinnern, wo für die Europäische Gemeinschaft und die Union wie auch für den Bestand der Staatsstrukturprinzipien der Bundesrepublik Deutschland feste Positionen festgelegt sind. Nur in diesen Bahnen ist eine Fortentwicklung der Verfassung denkbar. Das nationale Recht kann sich nur in diesen Bahnen weiterentwickeln, und das europäische Recht kann sich nur, soweit es in den vorgesehenen Formen des Vertragsrechts erlassen worden ist, seinerseits fortentwikkeln. Es ist mir nicht verständlich, wie nun daneben der Bürger als Einzelner auf der europäischen Ebene eine Verfassung tragen soll. Hier wird mir offengestanden angst und bange, wenn man daran denkt, daß die institutionelle Verläßlichkeit unseres Staatsrechts die Basis ist, auf der wir alle stehen. Wir haben das gestern in anderem Zusammenhang gehört. Insofern, Herr *Pernice*, möchte ich Ihrer These 10 mit Nachdruck widersprechen. Die Verfassunggebung ist der kritische Urakt jeder Staatlichkeit und jeder öffentlichen Gewalt. Hier scheint es mir doch zumindest einer besonderen Sorgfalt zu bedürfen, wenn man aus den vorgesehenen Bahnen des positiven Rechts ausbricht. Mir wäre an einem erklärenden Wort dazu sehr gelegen.

Lassen Sie mich am Ende noch zwei Punkte erwähnen. Erster Punkt: Wir sollten uns darüber klar sein, daß zu den institutionellen Gewährleistungen des Staatsrechts und des Europarechts eine klare Kompetenzordnung gehört. Gewiß, auch die Europäische Gemeinschaft wie die Europäische Union arbeitet mit Kompetenzen, aber wir haben es mit einem anderen Kompetenzverständnis zu tun. Es wird in Politikbereichen gedacht, also final, während man es im nationalen Verfassungsrecht gewohnt ist, nach Aufgabenfeldern zu denken. Die Dynamik des Europarechts, die den einen begeistert und den anderen besorgt stimmt, kommt im wesentlichen oder zu großen Teilen daher, daß dieses dynamische Kompetenzdenken in Politikbereichen mehr und mehr durchdringt. Hier lautet meine Frage an die Referenten, ob es nicht doch angezeigt wäre, bei zunehmendem Fortgang des Prozesses und bei zunehmender Verdichtung über den guten Sinn des Kompetenzdenkens nach Kompetenzfeldern wieder einmal nachzudenken, und ob es wirklich richtig sein kann, mit der Dynamisierung der Politikbereiche letztlich Kompetenzgrenzen brüchig werden zu lassen. Zweiter Punkt: die Gretchenfrage, die heute mehrfach angesprochen worden ist, lautet, ob eine Kompetenzüberschreitung, nämlich eine Überschreitung der Gemeinschaftskompetenzen, von den Mitgliedstaaten geltend gemacht werden kann und wie dies möglich ist. Entscheidet darüber ausschließlich der Europäische Gerichtshof, oder gibt es eine Gegenkontrolle durch die Mitgliedstaaten? Die Hoffnung, die das Maastricht-Urteil hat aufkommen lassen, indem es das Kooperationsprinzip erwähnt hat, scheint nach dem letzten Bananen-Urteil wohl vergeblich gewesen zu sein. Dennoch wird man hier nachhaken müssen, weil jeder Mitgliedstaat der Gemeinschaft vor die Situation gestellt sein kann, daß existenzielle Fragen der Kompetenzordnung sowie des Rechts- und des Sozialstaatsprinzips auf der Gemeinschaftsebene anders entschieden werden, als der betreffende Mitgliedstaat es für richtig hält. Wichtiger als die Bananenfrage ist meines Erachtens in Deutschland die Frage, inwieweit es möglich ist, zur Strukturförderung in den neuen Ländern Beihilfen zu leisten. Hier gibt es die Wiedervereinigungsklausel, die bekanntlich unterschiedlich ausgelegt wird. Nach der Auffassung des EuG und der Europäischen Kommission ist diese Klausel ausgelaufen oder fast ausgelaufen, weil es keine wiedervereinigungsbedingten Strukturprobleme mehr gebe. Nach der Auffassung der Bundesregierung – jedenfalls zur Zeit der Wiedervereinigung – ist dies anders zu beurteilen, und nicht umsonst sind die damaligen Vorschriften der Art. 92, 93 EG-Vertrag unverändert geblieben. Dies könnte, meine Damen und Herren, eine existentielle Frage eines Mitgliedstaates sein, wo die Frage gestellt ist, ob man sich auf Gedeih und Verderb der Vertragsauslegung und der Kompetenzdeutung der Gemeinschaftsorgane ausliefern muß oder ob es ein Verfahren der kooperativen Kontrolle gibt, um hier den Konsens zu finden.

Lege: Es wird auf zwei Fragen hinauslaufen, eine an Herrn Pernice und eine an Herrn Huber. Ich möchte aber mit einer kleinen Geschichte beginnen. Als die Revolution 1848 nach Lübeck kam, trat der Konsul Buddenbrook vor die aufgebrachte Menge und fragte: "Wat wüllt ji eentlich?" Darauf der Anführer der Menge: "Wi wüllt een Republike". Darauf der Konsul: "Ji hebbt doch schon een!", und die Antwort war: "Denn wüllt wi noch een!" – Herr Pernice, Sie haben mitgeteilt, daß 70% der Bürger eine Europäische Verfassung wollen, und Sie haben diesen Bürgern heute geantwortet: Ihr habt doch schon eine! Nur, die Bürger vermissen offenbar an der Verfassung, die Sie dann vorgestellt haben (auf die Begriffsverschiebung hat schon Herr Masing hingewiesen) – die Bürger vermissen offenbar an dieser Verfassung etwas, das man bisher "wesensmäßig" mit dem Begriff Verfassung verbunden hat. Nun, was könnte das sein?

Zur Antwort möchte ich auf die These 5 von Herrn Huber zurückgreifen. Herr Huber. Sie schreiben dort: Das europäische Primärrecht. d.h. die europäische Verfassung (siehe These 3), könne die "strukturelle Kopplung" sein zwischen nationalem Verfassungsrecht und europäischem Sekundärrecht. Dazu eine Ergänzung: Der Begriff "strukturelle Kopplung" stammt, wie Sie wissen, eigentlich aus Luhmanns Systemtheorie, und er bezeichnet dort gerade nicht das Verhältnis der einen Rechtsnorm zur anderen, sondern die Verkoppelung verschiedener Funktionssysteme. Am konkreten Beispiel: Vertrag und Eigentum sind Kopplungen von Recht und Wirtschaft, und die Kopplung von Recht und Politik ist die Verfassung. In dieser Weise funktional verstanden, erfüllt die Verfassung für das Verhältnis von Recht und Politik im wesentlichen zwei Funktionen: erstens eine Klarstellungsfunktion, und zwar mit Hilfe eines mehr oder weniger geschlossenen Textes; zweitens die Funktion der Institutionalisierung der wesentlichen Entscheidungsprozesse der politischen Organisation, wobei in demokratischen Verfassungen das Hauptproblem die angemessene Repräsentation des Volkes ist.

Nun die beiden Fragen. Wegen der Klarstellungsfunktion habe ich große Bedenken gegen die These 17 von Herrn Pernice. Es heißt dort, es habe eine Mutation des nationalen Verfassungsrechts stattgefunden, ohne daß dies textlich zum Ausdruck käme. Ich halte nun Texte ohne hinreichenden Realitätsbezug für eher gefährlich, deshalb, Herr Pernice: Wie halten Sie es mit dem Text? Oder sehen Sie darin gar kein Problem mehr (das Nötige zu Art. 79 Abs. 3 GG hat Herr Enders bereits gesagt)? – Die zweite Frage, gerichtet an Herrn Huber, betrifft die Funktion der Institutionalisierung der politischen Willensbildung: Herr Huber, wie halten Sie es mit dem Volk? Wie halten Sie es insbesondere mit der Stärkung unmittelbar-demokratischer Elemente, so wie Frau Lübbe-Wolff es vorgeschlagen hat?

Lassen Sie mich noch einmal auf die Buddenbrooks zurückkommen. Man kann dem Volk natürlich sagen: Ihr habt doch schon eine Republik, ihr habt doch schon eine Verfassung. Das Volk als politische Größe wird damit nicht zufrieden sein, wenn es nicht hinreichend beteiligt wird. Gerade weil nun aber das Volk als politischer Begriff nur insoweit existiert, als es rechtlich verfaßt ist, spricht vieles für eine bessere Institutionalisierung des europäischen Volkes in textlich klaren verfassungsrechtlichen Formen.

Engel: Frau Lübbe-Wolff hat zentral gefragt: wofür braucht man und wie gewinnt man demokratische Legitimation? Zu beidem möchte ich nachfragen.

Wofür braucht man demokratische Legitimation? Frau Lübbe-Wolff sagt uns: auch für Deregulierung. Sie meint damit sicher nicht bloß eine Selbstverständlichkeit: die Aufhebung eines Gesetzes bedarf wieder eines Gesetzes. Vielmehr hält sie auch Nichtregulierung, also Nichtherrschaft für legitimationsbedürftig. Mir scheint, daß man damit das Konzept der Legitimation überzieht. Man braucht diese Konstruktion auch gar nicht. Wenn der Staat auf die regulierende Intervention in einen Lebensbereich verzichtet, versinkt dieser Bereich nämlich nicht in der Anarchie. Vielmehr überantwortet das Recht diesen Lebensbereich damit implizit den Regeln der Privatrechtsordnung einschließlich des Kartellrechts. Beide Rechtsmassen stellen nicht nur die Rahmenordnung für privates Handeln zur Verfügung. Vielmehr enthalten sie zugleich Duldungsbefehle. Die Privatrechtsordnung verlangt den Bürgern den Verzicht auf ihre natürliche Gewalt ab. Sie dürfen ihre Interessen nur noch in den Formen des Privatrechts verfolgen. Noch einschneidender sind die Duldungsbefehle des Kartellrechts. Es gibt den Wettbewerbern, drastisch gesprochen, die Lizenz zum Töten. Wenn ein Konkurrent einen anderen in das treiben will, was man im 19. Jahrhundert so plastisch den

bürgerlichen Tod nannte, also in den Konkurs, so darf sich der andere dagegen nur mit den Mitteln des Wettbewerbs wehren.

Wie gewinnt man demokratische Legitimation? Frau Lübbe-Wolff sagt: wenn die Parteien nicht mehr als typische Bündel von Präferenzen erkennbar sind, verdünnt sich demokratische Legitimation. Sie stellt also eine Verbindungslinie zwischen Legitimation und Integration her und verlangt, daß die Parteien auch je für sich integrierend wirken. Wenn sie das faktisch weniger tun, entsteht in dieser Perspektive ein Bedarf nach arbeitsteiliger Legitimation, also vor allem nach einer Ausweitung von Volksabstimmungen. Über das Ergebnis, also die Einschätzung von Referenden, kann man füglich streiten. Die Begründung trägt aber nach meinem Eindruck nicht. Integration haben wir zu Recht immer nur auf den Staat als ganzen bezogen. Integration in den Staat als ganzen ist gerade die Begründung, warum wir den Unterlegenen zumuten können, die Ergebnisse des Parteienwettbewerbs hinzunehmen.

Skeptisch bin ich auch gegenüber dem Legitimationsverständnis. Frau Lübbe-Wolff scheint mir nämlich den Unterschied zwischen Akzeptanz und Legitimation zu verwischen. Legitimation ist gerade nicht aktuelle oder auch nur vermutete Zustimmung zur konkreten staatlichen Entscheidung. Legitimation verlangt nicht einmal die empirisch nachweisbare Bereitschaft, das Ergebnis von Entscheidungen zu ertragen, weil sie in einem demokratischen Verfahren getroffen sind. Vielmehr muß sich diese Erwartung nur normativ begründen lassen. Idealtypisch hat Albert Hirschman die möglichen Begründungsstränge auf die Formel "Abwanderung und Widerspruch" gebracht. Abstimmungen sind eine Möglichkeit zum Widerspruch, aber Wahlen ebenfalls. Und je leichter die Abwanderung fällt, desto stärker legitimiert sich Herrschaft auch dadurch, daß die Adressaten von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen.

Preuß: Ich empfand es als bemerkenswert, daß auch nach meiner Beobachtung der Diskussion ein grundlegender Widerspruch gegen die
Idee des Verfassungsverbundes bezüglich der Beziehung zwischen nationalen und europäischen Verfassungen nicht erhoben worden ist, was
ja doch voraussetzt, daß man anerkennt, daß sowohl die europäische
Verfassung wie aber vor allen Dingen die nationalstaatliche Verfassung
etwas Fragmentiertes, Unvollständiges, auf Komplementarität Ausgerichtetes sind. Das ist eine interessante und bedeutsame Feststellung im
Kreise der Staatsrechtslehrer, die doch überwiegend von der Idee der
Vollständigkeit und der Abgeschlossenheit der Verfassung als Staatsverfassung ausgegangen sind. Es gibt natürlich einige Einwände, Herr
Breuer hat Widerspruch angemeldet, aber dieser ist doch mehr oder

minder unkommentiert hingenommen worden. Wenn man näher hinguckt, dann stellt sich aber heraus, daß Herr Huber und auch Herr Pemice doch sehr unterschiedliche Voraussetzungen machen. Man muß doch fragen, wo ist der pouvoir constituant, wo ist sozusagen der Autor, wo ist der Urgrund dieser jeweiligen Verfassung oder dieses Verfassungsverbundes. Da stellt sich heraus, daß im Grunde genommen Herr Huber dann doch davon ausgeht, daß letztlich der Staat, der Mitgliedstaat, die Ouelle aller verfassungsrechtlichen Legitimation und Verantwortungszusammenhänge darstellt, wobei ich dann allerdings. Herr Huber, eine Frage zu dem Verhältnis von These 8 zu These 11 habe. Auf der einen Seite sagen Sie, die Staaten sind die Herren der Verträge, eindeutig im Gegensatz zu Herrn Pernice, auf der anderen Seite sprechen Sie in These 11 davon, daß wir von einem faktischen Ende nationaler Verfassungsautonomie sprechen müssen. Nach meinem Dafürhalten kann eigentlich nur eines richtig sein, vielleicht können Sie das nachher aufklären. Der entscheidende Punkt ist aber das Argument von Herrn Pernice, weil darin das Provokante liegt. Herr Schneider hat ja darauf hingewiesen, daß wir in den Verträgen eigentlich drei mögliche Quellen von Legitimation haben, nämlich die Staaten, die Völker und die Bürger. Wenn man Ihnen zugehört hat, dann haben Sie im Grunde genommen die Staaten und die Völker ein wenig zur Seite geschoben und die Bürger zum zentralen Element der Verfassungslegitimität gemacht. Das finde ich sehr sympathisch, man muß aber natürlich doch nachfragen, warum ist das so. Sie können das ja nicht willkürlich setzen, es muß sich eine begriffliche Begründung finden, und die sehe ich darin, daß diese klassische staatsvermittelte Legitimationskette auch wirklich sehr brüchig geworden ist. Frau Lübbe-Wolff hat ja über die inneren Schwächen dieser Legitimationskette, die vom Staat her abgeleitet wird, auch gerade auf europäischer Ebene gesprochen. Es gibt viele Beispiele, die zeigen, daß im Grunde genommen einerseits der Kompetenzzuwachs der Gemeinschaft und andererseits auch gleichzeitig das Selbständigkeitsbegehren der europäischen Bürger dazu führt, daß sie sich mit dieser Legitimationskette staatsvermittelter Art nicht mehr abspeisen lassen, so daß wir aus Gründen des Legitimationsbedarfs eine neue Begründung finden müssen. Diese Begründung zeigt sich auch darin, daß ja nicht nur die Unionsbürgerschaft als eine neue Institution geschaffen worden ist, sondern daß wir jetzt auch außerhalb der Verträge in Gestalt der Erzeugung einer Unions- Grundrechtscharta ein vollkommen neuartiges Verfahren erleben, das die Dynamik dieses bürgerzentrierten Prozesses zeigt. Zwar wird die europäische Grundrechtscharta noch nicht rechtlich verbindlich sein, aber sie wird doch in einem Verfahren gestaltet, das viel stärker auf Rechenschaft gegenüber Wählerschaften

gerichtet ist, als der bisherige doch sehr juristisch-bürokratisch exekutiv geprägte Prozeß der Integration leistete. Zwei Drittel der Mitglieder des Konvents sind in irgendeiner Form parlamentarisch legitimiert, das heißt also Wählerschaften gegenüber legitimiert. Hier zeigt sich also eine innere Dynamik, die sich im Grunde genommen aus der Tatsache ergibt, daß die Gesellschaft auch die europäische Gesellschaft, eine Bürgergesellschaft wird. Das erklärt die Notwendigkeit, ein neues System der Legitimation auf der Basis des Bürgers zu begründen, wie es Herr Pernice gemacht hat. Aber ich denke schon, daß das, was Sie gesagt haben, zwar die Lösung eines Problems darstellt, daß diese Lösung aber ein neues Problem aufwirft. Genau genommen sind es zwei Probleme sind, mit denen Sie sich auseinandersetzen müssen. Das erste ist ein Problem ganz konventioneller Natur, wie es von Herrn Badura und Herrn Breuer angeschnitten worden ist. Wir dürfen nicht vergessen, daß wir, bevor wir den Staat verabschieden, uns sehr genau darüber Rechenschaft ablegen müssen, was Staatlichkeit für die Bürger, also für den Bürgerstatus bedeutet, nämlich Demokratie, Sozialstaatlichkeit, Rechtsstaatlichkeit, all diese Errungenschaften, die Herr Breuer nochmal in Erinnerung gerufen hat, wenn auch aus meiner Sicht etwas zu sehr rückwärts gerichtet. Aber man muß doch erkennen, daß da Probleme drin stecken, und so muß man Ihnen entgegenhalten, daß man sehr sehr vorsichtig sein muß, diese Errungenschaften staatlich definierter Bürgerschaft, im Sinne von Partizipation, sozialer Sicherheit, rechtsstaatlicher Sicherheit, aufzugeben. Das zweite Problem ist ein Paradox, und es führt mich zu einer Frage. Das Paradox ist, daß, indem Sie sich auf den Bürger als Quelle europäischer Herrschaftslegitimation beziehen, sich auf eine sehr anspruchsvolle Kategorie berufen, die aber bisher nur im nationalstaatlichen Rahmen existierte. Sie haben gesagt, was den Bürger auszeichnet, ist Anvertrauen von Herrschaftsbefugnissen. nicht Staatsdelegation. Das heißt, der Status des Bürgers setzt nicht nur eine Vertrauensbeziehung zwischen dem Bürger und den Institutionen der Herrschaft, sondern auch eine horizontale, gewissermaßen zivile Solidarität zwischen den Bürgern voraus. Bürger ist derjenige, der bereit ist, sich von seinesgleichen regieren zu lassen und über seinesgleichen zu regieren. Das ist eine Vertrauensbeziehung, die möglicherweise so etwas wie eine vorpolitische Gemeinsamkeit voraussetzt, die erklärt und legitimiert, daß Bürger als Gleiche übereinander herrschen. Jetzt haben Sie aber die paradoxe Situation, daß Sie möglicherweise die europäische bürgerschaftliche Verfassung überhaupt nur auf der Grundlage legitimieren können, daß der Bürgerstatus, das Vertrauen der Bürger untereinander, in einem nationalstaatlichen Rahmen geschaffen wird. Denn bisher hat historisch gesehen das Vertrauen der Bürger untereinander, diese horizontale Vertrauensbeziehung eigentlich immer nur im Nationalstaat existiert, wenn ich mal von ethnischen, rassischen, also vorpolitischen Vertrauensverhältnissen absehe. Aber in einem politisch-zivilisatorischen Sinne hat es diese Bürgerbeziehung horizontaler Natur immer nur im Nationalstaat gegeben. Sie geraten jetzt in das Dilemma, daß Sie für Ihr Projekt einer auf Vertrauen und Anvertrauen beruhenden bürgerschaftlichen Legitimation europäischer Herrschaft auf Ressourcen einer Institution zurückgreifen müssen, die Sie eigentlich schon verabschiedet haben, nämlich auf die Ressourcen des Nationalstaats und seiner Staatsbürger.

Hilf: Herr Vorsitzender, würde ich im Ergebnis eher Herrn Pernice oder Herrn Huber zustimmen könne? Vor derzeit gegebenem Verfassungsrecht würde ich – zu meiner eigenen Überraschung – sicher auf der Seite von Herrn Huber stehen. Aus der Sicht der Verfassungswirklichkeit bzw. ihrer visionären Fortentwicklung würde ich dagegen eher Herrn Pernice zustimmen.

Frau Lübbe-Wolff, Sie haben Ihr Referat auf das Demokratiedefizit zugespitzt, das sie für die europäische Ebene als unheilbar erklärt haben. In der Tat werden wir mit den jeweiligen Erscheinungsformen von Demokratie auf keiner Ebene je zufrieden sein können. Ich weiß nicht, ob ich Ihr Bild mit den verschiedenen Legitimationsketten richtig verstanden habe: Kann es nicht so sein, daß wir in Zukunft verschieden starke Legitimationsketten haben werden? Hierbei dürfte die auf der europäischen Ebene bestehende Legitimationskette mit der Zeit und mit verschiedenen Vertragsergänzungen stärker werden, während die nationale Legitimationskette naturgemäß schwächer wird, weil zunehmend wichtige Schicksalsfragen auf europäischer Ebene entschieden werden müssen. Die nationalen Parlamente können auch im Vorfeld europäischer Entscheidungen kaum miteinander verhandeln. Sie können auch im Nachhinein die auf der europäischen Ebene gefundenen Kompromisse kaum in angemessener Weise beurteilen können. Ein festzulegender Getreidepreis würde beispielsweise in kaum einem nationalen Parlament nachträglich Zustimmung finden können, da er notwendigerweise von den jeweiligen Vorstellungen abweicht. Es bleibt also nur eine parlamentarische Begleitung bzw. Mitentscheidung auf europäischer Ebene.

Für die europäische Ebene haben Sie den nach Ihrer Meinung noch sehr unklaren Begriff des "europäischen Volkes" angesprochen. Je nach dem Begriff des Volkes wird man hier zu unterschiedlichen Einschätzungen kommen können. Ich halte die Herausbildung eines "europäischen Volkes" durchaus für denkbar, wenn man nicht mehr fordert als

eine nachweisbare Willens- und Kommunikationsgemeinschaft der vom Unionsrecht Betroffenen. Diese Art der Gemeinschaft ist in verschiedenen Gesellschaftsbereichen zunehmend nachweisbar. Für die Wirtschaft und den politischen Prozeß, aber auch für weite Bereiche des Kulturbereichs gilt das durchaus schon heute. In den Arbeiten des Grundrechtskonvents, der in der letzten Woche seine Arbeit zur Erstellung der Grundrechtscharta der Europäischen Union abgeschlossen hat, konnten die verschiedenen Legitimationsketten deutlich unterschieden werden und zugleich zu einem abschließenden Kompromiß zusammengeführt werden.

Herr Grabenwarter, Sie haben das weite Konfliktfeld der Gerichte auf der Ebene der Europäischen Union und der Europäischen Menschenrechtskonvention aus meiner Sicht sehr zutreffend analysiert. Selbstverständlich werden sich die Gerichte der Europäischen Union an der EMRK und der hierzu ergangenen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ausrichten. Hierzu sind sie bereits aufgrund von Art. 6 Abs. 2 EUV auch verpflichtet. Konflikte sind eigentlich nur denkbar, wenn sich eine neue Grundrechtsfrage zunächst vor dem EuGH stellt, die dort ohne Vorlagemöglichkeit beantwortet werden muß. Wenn später der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem anderen Zusammenhang zu einem anderen Ergebnis kommen sollte, so dürfte der EuGH dieses Ergebnis seiner weiteren Rechtsprechung zugrunde legen. Im Einzelfall hat jedoch der EuGH stets die besondere Struktur und den Zusammenhang der Europäischen Union mit in seine Abwägung einzustellen, so daß die Einzelergebnisse durchaus abweichen können.

Abschließend möchte ich die Arbeiten des Grundrechtskonvents unter den Kriterien beurteilen, die Sie, Frau Lübbe-Wolff, abschließend mit Ihrer "Entschärfungsoption" vorgeführt haben. Auch der Konvent war ein äußerst heterogenes Gremium, das einer sicheren Grundlage bedurfte, die es in dem unbestrittenen Mandat des Gipfels von Köln vom Juni 1999 erhalten hatte. Der von Ihnen geforderte Zugang der Bürger ist während der Arbeiten des Konvents durch die Nutzung des Internets eröffnet worden und hatte in verschiedenen Anhörungen vor dem Konvent bzw. vor dem nationalen Parlament seinen Ausdruck gefunden. Schließlich war die von Ihnen für nötig befundene Aufsicht über das Entscheidungsgremium durch den Europäischen Rat gesichert bzw. durch die drei Organe, die schließlich die Grundrechte-Charta übernehmen und als Feierliche Erklärung verkünden sollen. Auch die nationalen Parlamente, die Vertreter in den Konvent entsandt hatten, werden die abschließenden Ergebnisse billigen müssen, bevor es zu einer Unterzeichnung in Nizza kommen wird.

Herr Vorsitzender, das heutige Thema zeigt wieder einmal, daß sich deutsches und europäisches Recht auch in unserer Vereinigung nicht mehr trennen lassen, wenn die Mitgliedsbeiträge ab dem nächsten Jahr in Euro eingezogen werden. Dann könnte man nach gegebener Zeit über eine Umbenennung unserer Vereinigung nachdenken.

Groß: Mir scheint, daß die drei ersten Referate sehr schön die zeitliche Dynamik der europäischen Integration widerspiegeln. Das erste Referat von Herrn Pernice würde ich in der Zeitachse der Zukunft Europas zuordnen. Ich kann, wie auch andere hier im Raum, noch nicht richtig erkennen, daß in der gegenwärtigen Situation, der gegenwärtigen institutionellen Struktur diese direkte Verbindung zwischen Bürgern und europäischen Institutionen hinreichend unterfüttert ist mit Instrumenten der Einflußnahme, insbesondere, wenn man die nach wie vor zweitrangige Position des Parlamentes im Institutionengefüge ansieht. Das kann nicht kompensiert werden durch ein Petitionsrecht oder durch ein Akteneinsichtsrecht, geschweige denn durch direktdemokratische Institutionen, die noch gar nicht vorhanden sind.

Der Vergangenheit würde ich das Modell von Herrn Huber zuordnen. Es ist meiner Meinung nach ein gaullistisches Konzept, das sich eher an dem Geist des Luxemburger Kompromisses aus den 60er Jahren orientiert, das immer noch sehr stark auf die nationale Legitimation fixiert ist und, wie sich eindeutig aus dem Umkehrschluß aus der These 18 ergibt, eben auch den Vorrang der nationalen Legitimation in die Zukunft fortschreiben will, als unabänderliches Strukturmerkmal. Dahinter steht ganz offensichtlich, wie auch beim Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, ein Delegationsmodell. Vorrangig ist die nationale Legitimation. Das scheint mir aber dem jetzigen Integrationsstand nicht mehr angemessen zu sein. Die übertragenen Kompetenzen sind so weit gefaßt, daß jede Parallele zu Grundgedanken des Art. 80 GG nicht mehr paßt, wenn man insbesondere Art. 95 EG, die Rechtsangleichungskompetenz, ansieht und das in Kombination mit dem weitreichenden Abgehen vom Einstimmigkeitsprinzip, was Sie ja auch in These 18 erwähnen. Viele wesentliche Rechtsetzungsbefugnisse beruhen nicht mehr auf Einstimmigkeit und damit entsteht die Verantwortungsdiffusion, die Frau Lübbe-Wolff beschrieben hat.

Daraus ergibt sich eindeutig, daß ich ihre Analyse der Gegenwart zuordnen würde, dem jetzigen Status der Integration, der weder als funktionierendes parlamentarisches Legitimationsmodell, noch als ein vielleicht früher in den 50er, 60er Jahren angemessenes Delegationsmodell, das die nationale Schiene betont, beschrieben werden kann. Bei Frau Lübbe-Wolff stellt sich mir allerdings die Frage, ob der Begriff des Defi-

zits ein normativer Begriff ist. Er setzt voraus, daß es eine nicht defizitäre Situation gibt und ich frage mich, gibt es eine Norm, aus der sich eine Pflicht zur Beseitigung dieses Defizites ergibt? Wo könnte eine solche Norm zu finden sein? Sicher nicht im Gemeinschaftsrecht selber. denn das wäre eine bloße Selbstverpflichtung, die auch wieder hinausgeschoben oder aufgehoben werden könnte, von denen, die sie geschaffen haben. Also müssen wir wohl im nationalen Recht suchen. Da haben Sie Art. 79 Abs. 3 GG angesprochen, den Sie aber, wie ich finde, völlig zutreffend, wie auch das Bundesverfassungsgericht entschieden hat, für nicht einschlägig halten, weil er wohl nur ein Mindestniveau beschreibt. Dann ist aber die Frage, gibt es einen anderen Anknüpfungspunkt? Ich würde vorschlagen, über Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG nachzudenken, die Aussage, daß die demokratischen Grundlagen der Europäischen Union ein wesentliches Charakteristikum sind. Daraus könnte man eventuell in Anlehnung an Herrn Bryde ein Optimierungsgebot ableiten, was letztendlich natürlich nur ein Verhandlungsauftrag an die deutsche Regierung in einer Regierungskonferenz wäre, aber immerhin ein normativer Anknüpfungspunkt, der diese Defizitanalyse unterfüttern würde.

Weber: Zunächst möchte ich den beiden Referenten gratulieren. Ich glaube, wir sind uns weitgehend über den funktionalen Verfassungsbegriff einig. Sicherlich sind auch andere Auffassungen bekannt, deren Vertreter sich hier unter uns befinden. Der Unterschied zwischen den beiden Referenten scheint mir nicht nur in der semantischen Formulierung zwischen Staatenverbund und Verfassungsverbund zu liegen. Den von Herrn Pernice gebrauchten Begriff Verfassungsverbund halte ich für recht gelungen, während mit dem Begriff Staatenverbund, auch wie ihn das Bundesverfassungsgericht verwendet, für die weitere Diskussion nicht sehr förderlich scheint. Zwischen diesem terminologischen Unterschied scheint sich mir doch eine tiefgreifende Differenz zu verbergen. Denn es geht etwa um die Frage, wenn es sich um eine massive Kompetenzüberschreitung der Organe der EG handelt, sowie darum, ob die übertragenen Kompetenzen überhaupt noch rückholbar oder widerrufbar sind. Beide Referenten haben dankenswerterweise diesmal auch die von uns wiederholt angemahnte Verfassungsvergleichung betrieben und auf die vorhandene Judikatur der Verfassungsgerichte bzw. Obersten Gerichtshöfe verwiesen; die daraus gezogenen Folgerungen erscheinen mir allerdings nicht ganz klar. Meines Erachtens kann man aus der Judikatur der Obersten Gerichte etwa Italiens, Spaniens, Frankreichs oder Dänemarks kaum den Schluß ziehen, daß diese Kompetenzen etwa beliebig widerrufbar seien; dies dürfte auch dann gelten, wenn die Formu-

lierung etwa des spanischen Verfassungsgerichts über die Abtretung (cesión) der Kompetenzen dies zunächst nahezulegen scheint. Bei der Judikatur der französischen und spanischen Gerichte ist überdies die Funktion der präventiven Normenkontrolle zu berücksichtigen. Bei dem Bundesverfassungsgericht scheint mir allerdings ein grundlegender Unterschied zu bestehen, und ich kann - im Gegensatz etwa zu Herrn Döring - die Begründung des Verfassungsgerichts diesbezüglich nicht nachvollziehen. Bekanntlich hat das Gericht nicht nur einen möglichen Austritt aus der Währungsunion, sondern sogar aus der gesamten Gemeinschaft für denkbar gehalten, auch wenn die praktische Realisierung ganz gering sein mag. Ich möchte noch auf einen anderen Punkt kurz eingehen, nämlich den des Verfassungs- bzw. Herrschaftsvertrags, der von Herrn Pernice und anderen verwendet worden ist. Anders als etwa der Begriff des Verfassungsverbundes, der mir eine adäquate Beschreibung der intersystemaren Zusammenhänge zwischen mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen und gemeinschaftlicher Verfassungsordnung wiederzugeben scheint, halte ich den Begriff Verfassungsvertrag zumindest für mißverständlich, wenn nicht irreführend. Zwar mag er als politische Leitvorstellung und heuristischer Formelkompromiß nützlich sein, verdeckt aber auch nach dem jetztigen Stand der Verfassungsentwicklung die verfassungsrechtlichen Legitimationsansätze. Zum einen läßt sich schon heute in den bestehenden Verträgen mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ein "Verfassungsvertrag" erblikken, zum anderen bleibt unklar, in welchem Verfahren höherer Legitimationen ein künftiger Verfassungsvertrag zustande kommen sollte. Es ist gegenwärtig auch vor Nizza schwer erkennbar, wie ein Verfassungsgebungs- oder -änderungsverfahren anders als auf die bisherige Legitimation der Mitgliedstaaten einerseits und der hoffentlich erweiterten Mitwirkung des Europäischen Parlaments gestützt werden könnte. Von einem wirklichen Verfassungsvertrag ließe sich doch wohl nur dann sprechen, wenn hiermit eine neu zu wählende europäische Konstituante gemeint ist, die dann - wie Herr Schneider zu Recht betont hat - auch einer europäischen Volksabstimmung auf der Grundlage der Konstituierung eines europäischen Volkes bedürfte. Allerdings scheint mir dies angesichts der gegenwärtigen Bedingungen europäischer Verfassungsgebung und der vorrangig anzustrebenden demokratischen Legitimation über den europäischen Rat einerseits und das Europäische Parlament andererseits kein in kurzer Zeit zu erreichendes Traktandum zu sein. Mir scheint nur, daß die Verantwortungszusammenhänge auch bei grundsätzlich wünschbaren Ziel- und Verfassungsprojektionen der Europäischen Union nicht unnötig verschleiert werden. Schließlich brauchen wir - um an die gestrigen Vorschläge anzuknüpfen - die Entwicklung einer europäischen Verfassungslehre, aber keiner "Staatslehre". Eine solche Verfassungslehre müßte die Ergebnisse europäischer Verfassungsgeschichte, Verfassungsvergleichung auf der Ebene nicht nur semantischer Textvergleichung, sondern auch der Verfassungsjudikatur einbeziehen. Dies wäre auch ein Anliegen für unsere Zunft. Vielen Dank.

Griller: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich möchte mir im Interesse der Kürze erlauben, vier Fragen an die Vortragenden zu formulieren und bitte um Unterbrechung, falls ich länger als 5 Minuten brauche. Die erste Frage geht primär an Herrn Pernice und ist, wenn ich recht sehe, eine Verschärfung der von Herrn Klein formulierten Frage: Warum belasten Sie Ihr Konzept der Verfassungsentwicklung der EU mit dem brüchigen Ansatz der Autonomie der Gemeinschaftsrechtsordnung und der Leugnung des Rechtsanwendungsbefehls im Zustimmungsgesetz? Wiederholen wir heute nicht zum Teil die Debatte, die vor 30 Jahren um die Gesamtaktslehre stattgefunden hat? Bei Hans-Peter Ipsen können wir nachlesen, die Gemeinschaftsverträge seien zwar die rechtliche Bedingung, nicht aber der Geltungsgrund der Gemeinschaften. Ich habe das nie verstanden, vielleicht weil ich aus Wien komme und dort - vor allem von Merkl, aber auch von Kelsen mit guten Gründen der Standpunkt entwickelt wurde, daß »rechtliche Bedingtheit« und »Geltungsgrund« nur verschiedene Bezeichnungen desselben Phänomens sind. Daher leuchtet mir auch dieser Begründungsversuch für die »Autonomiethese« nicht ein. Der EuGH hat sie im übrigen wohl nie wirklich begründet, Ipsen hat versucht, ihm argumentativ beizuspringen. Ihre These 13, wonach das Zustimmungsgesetz nicht Rechtsanwendungsbefehl, sondern Modus zur Teilnahme der Bürger am europäischen contrat social über die Verfassung der Union sei, bringt meines Erachtens nichts anderes als die staatsrechtliche Seite der »Autonomiemedaille« zum Ausdruck, ohne für die These insgesamt eine bessere Begründung zu liefern. Und nun frage ich mich im nächsten Schritt, warum brauchen Sie die These eigentlich für Ihr Gesamtkonzept? Natürlich, wenn man die Autonomie im skizzierten Sinne verneint, dann folgt daraus die rechtliche Bindung der Gemeinschaften und der Union an die Verträge. Dann kann es (mehr theoretisch) ultra vires Akte geben, dann sind auch die Mitgliedstaaten »Herren der Verträge«. Warum sollte Sie das schrecken? Sie wollen keinen europäischen Staat, ja Sie prophezeien, daß es ihn in den nächsten Jahrzehnten nicht geben wird. Sie wollen keine Reduzierung des Grundrechtsschutzes, Sie wollen keine Reduzierung der Gewaltentrennung. Warum beharren Sie dann auf der Autonomiethese?

Die zweite Frage geht an Herrn Huber, dessen Position zur Autonomiethese sich mit der soeben auch von mir verfochtenen Auffassung treffen dürfte. Allerdings haben Sie uns, wenn ich recht verstehe, die völker- und verfassungsrechtliche Bedingtheit der Union und der Gemeinschaften als Sedativum für die Verfassungsdebatte angeboten. Polemisch zugespitzt: Das klingt in etwa so wie der Duktus des BVerfG im Maastricht-Urteil, dh wenn nicht mehr Kompetenzen übertragen werden, das Europäische Parlament nicht zum echten Gesetzgeber wird usw, dann ist alles in Ordnung, nämlich insbesondere mit der demokratischen Legitimation. Die funktioniert dann angeblich über die nationalen Parlamente. (Beim Grundrechtsschutz ist mir Ihre Lösung hingegen unklar geblieben.) Aber auch die demokratische Legitimationskette, Frau Lübbe-Wolff hat das schön gezeigt, ist mehr als brüchig in dieser Konstruktion. Sie funktioniert schon heute nicht, und es ist eine Verharmlosung, die Verfassungsgrundsätze der Demokratie, der Gewaltentrennung usw durch das Festhalten am Status quo retten zu wollen. Die Erosion hat längst stattgefunden, das Maastricht-Urteil vermittelt nur trügerische Sicherheit. Daher sind neue Lösungen unabweislich, um diese Verfassungsgrundsätze unter den geänderten Umständen zu bewahren!

Das dürften zwar bei weitem nicht 5 Minuten gewesen sein, aber ich fügte mich gern dem Zeichen des Vorsitzenden.

Schachtschneider: Herr Vorsitzender, liebe Kolleginnen und Kollegen, wenn es um das Verfassungsrecht geht, muß man die Verfassung vom Verfassungsgesetz unterscheiden. Die Verfassung haben wir alle in uns, sie ist mit uns geboren, nämlich die Verfassung der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit. Das ist eine aufklärerische Position, aber Freiheit gibt es nicht ohne Recht, und Recht gibt es nicht ohne den Staat. Das Verfassungsgesetz ist die Staatsverfassung; denn der Staat ist nach Kant die Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen. Das Verfassungsgesetz vereinigt die Menschen in einem Staat. Das ist der substantielle Verfassungsbegriff, über den wir reden sollten. Alles hat irgendeine Verfassung, jede Blume, jedes Tier, jeder Mensch und in sofern hat die Europäische Union eine Verfassung, jedenfalls eine funktionale Verfassung. Das besagt aber wenig über die europäische Rechtslage. Wesentlich ist für die Verfassungsfrage, wer die Verfassungshoheit und damit auch die Hoheit über das Recht hat. Das sind immer noch, wie das Herr Huber klargelegt hat, die Mitgliedstaaten, die Völker, die sich zu Staaten verfaßt haben. Man kann eine europäische Verfassung nicht herbeireden, Herr Pernice, und damit die Legitimation des Verfassungsbegriffs nutzen, um den europäischen Verfassungsstaat, den existentiellen Staat Europa, zu begründen. Der Verfassungsverbund, von dem Sie, Herr Pernice, sprechen, wäre der Verfassungsstaat. Entscheidend ist die Frage, wer die personale Basis des Rechts bildet. Das kann nur die Bürgerschaft, das Volk, sein. Ein Volk ist verfaßt, aber ein europäisches Volk, welches sich verfaßt hätte, gibt es bislang nicht und wird es auf absehbare Zeit nicht geben. Dafür bedürfte es eines Doppelschritts: Erstens müßten die Völker ihre existentielle Staatlichkeit durch Verfassungsreferenden aufgeben, um sich für einen Verfassungsstaat Europa zu öffnen, und zweitens müßten die Menschen in Europa, die Unionsbürger, den Verfassungsstaat Europa durch einen entsprechenden Verfassungsakt begründen. Ich befürchte. Herr Pernice, daß sich Jean-Jacques Rousseau während Ihres Vortrages gut zehn mal im Grabe herumgedreht hat, weil Sie so oft mit seinem Begriff contrat social eine Verfassung Europas zu legitimieren versucht haben. Einen contrat social der Menschen oder auch nur der Völker Europas gibt es nicht. Weder die Organe der Mitgliedstaaten noch gar die Organe der Europäischen Union sind befugt, einen Verfassungsstaat Europa zu schaffen. Für die ersteren überschreitet das die Grenzen der Vertretungsbefugnisse und für die zweiteren das Prinzip der begrenzten Ermächtigung. Für beide Organisationen sind die Schritte zum Verfassungsstaat Europa ultra vires. Ihre Bürger und Völker haben die Integrationspolitiker schon längst zurückgelassen. Im übrigen hat Rousseau für den contrat social Einstimmigkeit postuliert und es scharf zurückgewiesen, daß man seine Freiheit übertrage. Zudem vertritt Rousseau das Prinzip der kleinen Einheit. Der Großstaat Europa läßt sich nicht mit Rousseauschen Begriffen legitimierten. Die Frage ist, ob wir einen Verfassungsstaat Europa, den existentiellen Staat Europa, wollen und wollen sollten. Die Staatlichkeit der Europäischen Union ist bereits im Übermaß entwikkelt. Das Maastricht-Urteil hat die Grenzen, welche das Grundgesetz zieht, aufgezeigt. Dennoch geht die Integrationsbewegung weiter und es ist, zumal durch den Euro-Beschluß, fraglich geworden, ob das Bundesverfassungsgericht weiterhin die existentielle Staatlichkeit der Völker, deren "Souveränität", verteidigen wird. Demnächst, in Nizza, soll ein weiterer Schritt zum europäischen Verfassungsstaat gemacht werden, die Proklamation der Grundrechtecharta der Europäischen Union, deren Text keinesfalls ausgereift ist und die als ein zukünftiger Baustein des europäischen Verfassungsgesetzes in einem recht undurchsichtigen Verfahren erarbeitet wurde. Der Diskurs über eine europäische Grundrechtecharta darf durchaus einige Jahre in Anspruch nehmen. Ich jedenfalls bin gegen den Verfassungsstaat Europa, weil er weder freiheitlich noch gleichheitlich noch brüderlich sein wird. Die gegenwärtige Union ist demokratisch defizitär. Frau Lübbe-Wolff hat das in aller Deutlichkeit herausgestellt. Aber auch der Rechtsstaat ist in der europäischen Integration notleidend geworden. Das demokratische Prinzip hat in einem Staat mit etwa 500 Millionen Menschen, die zudem nicht dieselbe Sprache sprechen, keine Chance. Die weitere Integration ist das Ende der sozialen Realisation. Wir haben nicht die Mittel, um auch nur einen durchschnittlichen sozialen Standard zu schaffen, der eingefordert werden wird, insbesondere von den zukünftigen Mitgliedstaaten. Das ohnehin vernachlässigte Sozialprinzip wird den liberalistischen Verhältnissen einer amerikanisierten Union weichen müssen. Einen existentiellen Staat Europa, der die in Art. 6 EUV genannten Prinzipien und zudem das dort nicht genannte Sozialprinzip wahrt, werden wir nicht bewältigen. An dem Versuch wird das wirtschaftliche Integrationswerk scheitern. Tragfähig ist in Europa allein die Republik der Republiken, das Europa der Völker. Danke schön.

Nicolaysen: Herr Vorsitzender, meine Damen und Herren, ich spreche nicht von der demokratischen Legitimation, darüber ist viel gesagt worden, mir fällt dazu nichts mehr ein, jedenfalls heute nicht. Ich spreche statt dessen von der Legitimation der Gemeinschaften, und zwar von der Legitimation ihrer Verfassung schon in ihrem Gründungsakt, von dem auch Hans Peter Ipsen gesprochen hat ("Gesamtakt staatlicher Integrationsgewalt"). Dieser Gründungsakt erhielt seine stärkste Legitimation aus dem Ziel der Sicherung des Friedens in Europa mit Hilfe einer supranationalen Verfassung, wie es sie vorher noch nicht gegeben hat: gemeinschaftliche Ausübung eigener, autonomer Hoheitsgewalt der Gemeinschaft, Vorrang ihrer Rechtsordnung vor den mitgliedstaatlichen Ordnungen, Durchgriffswirkung auf innerstaatliche Stellen und auf den einzelnen Bürger mit eigenen Rechten und Pflichten innerhalb dieser Ordnung. Dieses supranationale Konzept der Gründerväter lag schon dem Schuman-Plan und auch der EWG zugrunde, es war und ist als Alternative zum Nebeneinander und Gegeneinander souveräner Nationalstaaten eine säkulare Errungenschaft zur Sicherung des Friedens in Europa. Es ist daher ein Rückfall, wenn das Bundesverfassungsgericht im Maastricht - Urteil wieder vom souveränen Nationalstaat spricht und das Konzept der supranationalen Gründung dadurch in Frage stellt, daß es mit der Konstruktion des nationalen Anwendungsbefehls zur Widerruflichkeit der Integration kommt ("diese Zugehörigkeit aber letztlich durch einen gegenläufigen Akt auch wieder aufheben" zu können). Das ist mein Argument gegen die Konstruktion des Anwendungsbefehls: Sie ruiniert die supranationale Idee, sie ermöglicht den einseitigen Austritt, sie bedeutet ein Ende dieser Errungenschaft des Jahrhunderts, die darin erfolgreich war, den Frieden zwischen den Mitgliedstaaten über 50 Jahre hinweg zu sichern. Das ist das Entscheidende.

Ich möchte einen weiteren Gedanken hinzufügen, und zwar zum Thema "Herren der Verträge". Dazu ist viel gesagt worden. Ich erinnere demgegenüber an die mitgliedschaftliche Struktur der Gemeinschaft. Sie anerkennt, daß die Mitgliedstaaten in der Gemeinschaft eine große Rolle zu spielen haben, aber sie tun dies als Mitgliedstaaten, nicht als souveräne Nationalstaaten. Das bedeutet, daß sie in die Gemeinschaft eingebunden sind, daß sie in der Gemeinschaft nichts anderes tun und lassen können, als die Verträge ihnen zumessen. Ihre Rechte in der Gemeinschaft ergeben sich aus den Verträgen, sie gehen nicht darüber hinaus. Das gilt auch für Vertragsänderungen: Dafür gibt es das vertraglich vorgesehene Verfahren, an dem übrigens auch Gemeinschaftsorgane (Rat, Kommission, Parlament, Ratspräsident) beteiligt sind.

Die Bindung der Mitgliedstaaten an das Gemeinschaftsrecht gilt erst recht gegenüber der Vorstellung des Bundesverfassungsgerichts, daß Deutschland als einer der Herren der Verträge seine Zugehörigkeit zur Gemeinschaft wieder aufheben könne. - Noch weiter gehend halte ich auch die Konstruktion des Bundesverfassungsgerichts für verfehlt, daß deutsche Staatsorgane bei einem Machtmißbrauch der Gemeinschaftsorgane, durch Mißachtung der generellen Gewährleistung des unabdingbaren Grundrechtsstandards oder durch Überschreitung der ihnen eingeräumten Kompetenzen, nicht an die betreffenden Rechtsakte gebunden wären. Zum einen sind dies in einer Rechtsgemeinschaft in Europa irreale Hypothesen, die eine so weitgehende Konstruktion nicht tragen können. In der Realität geht es um die Bananenmarktordnung oder um die Tabakwerbung und also um die Auslegung von Gemeinschaftsrecht. Und zum zweiten ist diese Auslegung des Gemeinschaftsrechts nicht Sache des Bundesverfassungsgerichts oder deutscher Staatsorgane, sondern ausschließlich Aufgabe des Gerichtshofs mit Wirkung für die ganze Gemeinschaft, so wie er jetzt im Fall der Tabakwerbung in Anwendung des Gemeinschaftsrechts für die Einhaltung der Ordnung gesorgt hat, die das Gemeinschaftsrecht vorgibt. Auch insoweit ist also der Begriff "Herren der Verträge" verfehlt, auch insoweit sind sie Mitgliedstaaten in der Gemeinschaft und nicht mehr souveräne Nationalstaaten, wie das Bundesverfassungsgericht sie sieht.- Ich danke Ihnen.

Rauschning: Vorweg ein Bekenntnis zu Europa. Ich meine nicht, daß wir dann, wenn wir diese oder jene Kritik an Europa haben, uns dahingehend denunzieren lassen müssen, daß wir Europa nicht wollten. Wir sollten in der Methodik und in der rechtswissenschaftlichen Argumentation ehrlich bleiben. Wir brauchen die Begriffe und die Sauberkeit der Begriffe, damit wir uns wissenschaftlich verständigen können. Was eine

Verfassung ist, wissen wir nach Carl Schmitt, Rudolf Smend oder Herbert Krüger. Wir kennen auch die verschiedenen Verfassungsbegriffe, die Verfassung im normativen, im formellen, im materiellen, im positiven oder im qualitativen Sinne. Die Frage ist, ob wir diese Begriffe nun auf die Gemeinschaft übertragen können. Herr Pernice hat gesagt, die Verträge entsprächen nicht dem traditionellen Vorstellungsbild von Verfassung. Nun gut, wenn sie dem nicht entsprechen, dann stellt sich doch die Frage, ob wir das, was dort gemeint ist, nicht besser Gemeinschaftsordnung nennen? Warum müssen wir es denn Verfassung nennen? Oder wir sollten eben Gemeinschaftsverfassung und Staatsverfassung sagen. Wir müssen dann Verfassung immer mit einem Index versehen, damit wir wissen, wovon wir sprechen.

Die Gemeinschaftsordnung Verfassung zu nennen hat gewiß einen bestimmten Zweck. Der Zweck ist der, die Gemeinschaftsordnung zur Verfassung zu erklären, damit sie an der Dignität einer Verfassung teilnehme. Das ist eine Art von Magie, die hier ganz bewußt benutzt wird.

Und damit gehe ich zu meiner zweiten Bemerkung über. Derselbe Gesichtspunkt gilt nämlich auch. Frau Lübbe-Wolff, für die Demokratie. Wer in den Diskussionen der letzten dreißig Jahre für irgendeine Regelung die Qualifikation "demokratisch" durchsetzen konnte, hatte damit den Streit gewonnen. Demokratisch ist gut und erstrebenswert. Nach meinem Eindruck haben Sie große Zweifel an der Leistungsfähigkeit der repräsentativen Demokratie angemeldet. So stellt sich die Frage, was denn nun eigentlich noch die Merkmale der Demokratie seien. Ist sie materiell bestimmt derart, daß demokratisch ist, was dem Volk nutzt? Dieser Auffassung gegenüber hätten wir erhebliche Reserven. Ist Demokratie durch ein besonderes Verfahren gekennzeichnet? Dann sollte aber Einigkeit darüber bestehen, welches Verfahren denn nun die Demokratie kennzeichnet? Wenn wir zu einer "Verunklärung" des Demokratiebegriffs kommen, dann kann jeder in Anspruch nehmen, daß seine Ziele oder seine Verfahren demokratisch seien und somit gut und erstrebenswert. Ich halte daran fest, daß wir im wissenschaftlichen Bereich zu einer klaren Begrifflichkeit verpflichtet sind.

Dörr: Herr Vorsitzender, meine sehr verehrten Damen und Herren, bei dem ersten Punkt kann ich mich ganz kurz fassen, weil ich an das anknüpfe, was viele Kolleginnen und Kollegen schon angesprochen haben, das ist Ihre neue durchaus faszinierende theoretische Untermauerung der europäischen Verfassung, Herr *Pernice*, und damit auch der Rechtsnatur der Europäischen Union. So faszinierend und schlüssig ich Ihr Konzept finde, vermag ich es doch nicht zu teilen. Ich glaube nicht, daß man die europäische Verfassung an dem europäischen Bürger an-

binden kann. Ich will das nochmal ganz kurz wiederholen, warum dies aus meiner Sicht nicht geht. Einmal ist mir ein Punkt unklar, nämlich Ihr Souveränitätsbegriff, den Sie zur Begründung Ihrer These verwenden, also Träger der Souveränität sei der Bürger, nicht mehr der Staat, Diesen Souveränitätsbegriff vermag ich nicht ganz zu verstehen, wäre für eine gewisse Erläuterung dazu dankbar. Zum zweiten kommt ein weiterer Grund hinzu, den Frau Lübbe-Wolff mit ihrem faszinierenden Referat beschrieben hat. Ihre Theorie spiegelt für mich nicht genügend die Wirklichkeit wider. Wir haben eben die demokratischen Defizite und die lassen es nicht zu, die europäische Verfassung - gegen den Begriff Verfassung habe ich mit Herrn Klein in diesem Zusammenhang nichts einzuwenden - auf den Bürger zurückzuführen. Drittens ist meines Erachtens Ihre Theorie nicht mit dem Verfahren der Vertragsänderung vereinbar. Denn insoweit sind die Mitgliedstaaten durchaus noch Herren der Verträge. Man muß Herren natürlich in einem einschränkenden Sinne, nämlich vertraglich gebundene Herren der Verträge, da hat Herr Nicolaysen ganz zu Recht drauf hingewiesen, verstehen. Aber trotzdem läßt sich das Vertragsänderungsverfahren, das bei den Mitgliedstaaten liegt, aus meiner Sicht nicht mit Ihrer Theorie vereinbaren. Ich wollte aber noch einen weiteren Punkt ansprechen, den Sie, Herr Grabenwarter, ganz zu Recht ansprachen, nämlich die Frage der Bindung der europäischen Union an die EMRK und die sich daraus ergebenden Probleme. Da ist ein Problem, aus meiner Sicht besonders virulent und besonders schwerwiegend. Einmal, daß der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte sich weiterhin vorbehält, die Vertragsstaaten, die auch Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind, am Maßstab der Europäischen Menschenrechtskonvention zu messen. Zum anderen kommt hinzu, daß sich dort auch Probleme divergierender Entscheidungen des EuGH und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte ergeben können, denn ich sehe es nicht ganz so, daß der EuGH sich bisher vollständig an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte orientiert. Es gibt bei einzelnen Menschenrechten durchaus feststellbare Auslegungsunterschiede, und die enthalten natürlich ein ganz neues Gewicht auf der Grundlage der neuen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, der ja in der Gibraltar-Entscheidung ganz deutlich zum Ausdruck gebracht hat, daß er mittelbar auch Gemeinschaftsrecht, wenn natürlich auch bezogen auf die Vertragsstaaten kontrollieren will. Vielen Dank.

Rengeling: Ich habe eine kurze Anmerkung und eine Frage zu dem Themenbereich Kompetenzen und Grundrechte im Rahmen einer Ver-

fassung. Zu Recht hat Herr Huber hervorgehoben, daß die Verfassungsdiskussion durch die Grundrechtecharta beflügelt wird, und die Bedeutung dieser Charta hat Herr Grabenwarter in seiner These 24 meines Erachtens völlig zutreffend beschrieben. Auch wenn sie nur eine Proklamation wird und vielleicht auf längere Zeit bleibt, wird es so sein, daß man sich an den Inhalten dieser Charta außerordentlich stark orientieren wird. Was den Geltungsbereich angeht, so ist es zwar "geregelt", daß die Gemeinschaftsorgane und die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Gemeinschaftsrechts gebunden sind, aber die Rechtsprechung des EuGH geht doch wohl noch etwas weiter. Im Anwendungsbereich der Verträge sollen die Grundrechte nach ihr für die Mitgliedstaaten gelten. Und damit komme ich zu dem zweiten Punkt, zu dem ich etwas fragen wollte, nämlich zu den Kompetenzen. Die Verfassungsdiskussion, die wir führen, läuft ja auch auf eine bestimmte Begrenzung der Aufgaben hinaus, und zwar auf der Ebene der Gemeinschaft. Wenn es so ist, daß die Charta im Anwendungsbereich der Verträge für die Mitgliedstaaten gilt, frage ich mich, und diese Frage würde ich gerne weitergeben, wie es mit der allgemeinen Aussage am Ende der Charta bestellt ist, daß nämlich durch die Schaffung und durch die Proklamation der Charta und erst recht dann, wenn sie verbindlich wird, die Kompetenzen der Gemeinschaft nicht erweitert werden? Mich beschäftigt diese Frage auch in einem etwas konkreteren Zusammenhang. Es ist ja so, daß sowohl die Rechtsprechung zur EMRK als auch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Schutzpflichten entwickelt hat, der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zu den Grundrechten und der Europäische Gerichtshof jüngst bei der Blockade an der französischen Grenze zu Grundfreiheiten. Diese Rechtsprechung läßt sich unschwer auf Grundrechte übertragen. Frage: Wenn eine solche Rechtsprechung fortgesetzt werden würde, läßt sie dann tatsächlich die Kompetenzen der Gemeinschaft unberührt, so wie sie jetzt bestehen? Das wäre meine Frage. Vielen Dank.

Haverkate: Die Referate haben ein sehr schönes und sehr plastisches Bild, denke ich, des Streitstandes gegeben, wie die Begriffe zu verstehen sind: Verfassungsverbund, Mehrebenenverfassung, Zusammenhang von Verfassungsverbund und Staatenverbund. Das sind nicht zufällig Neologismen. Wir haben ja in diesem Streitfeld, das wir heute beakkern, angefangen mit den überkommenen Begriffen der allgemeinen Staatslehre, die sehr stürmische Entwicklung fassen zu wollen, ist die EU ein Staat, hat sie eine Verfassung, sollte sie eine bekommen? Bündige Antworten zu geben erwies sich als schwierig, wir haben dann Neologismen entwickelt, heute sind noch mehr dazugekommen, aber

auch die Neologismen entheben uns der eigentlichen Schwierigkeit nicht. Wir brauchen als Juristen konturenscharfe Begriffe und konturenscharfe Begriffe sind nun einmal statisch. Die eigentliche Frage scheint mir also zu sein, wie kann ich Bewegung, eine sehr heftige und eine sehr stürmische Bewegung mit notwendigerweise statischen Begriffen festhalten? Wir brauchen dafür ganz sicher Entwürfe, mutige klare Entwürfe, wie unsere Begriffswelt anzupassen ist, angemessen ausgestaltet werden kann, und ich denke, die beiden Referate – vor allen Dingen von Frau Lübbe-Wolff und von Herrn Pernice – haben diese mutigen Entwürfe vorgelegt. Die beiden anderen Referate hatten eine andere Funktion als solche Entwürfe vorzulegen. Ich denke, wir müssen dankbar sein für diese Entwürfe. Wir haben eigentlich keinen Anlaß, von diesem Entwurfscharakter her eine düstere Bewertung abzuleiten. Ich sage das zu Herrn Breuer, wir sollten uns erstmal freuen, daß wir diese Entwürfe haben, dann können wir diskutieren.

Punkt 2: Demokratische Strukturen in der Union. Herr Huber, Sie haben von einer unzureichenden demokratischen Kontrolle des Rates gesprochen (These 19), andererseits (in These 18) Skepsis gegenüber der Parlamentarisierung des europäischen Regierungssystems angemeldet, da frage ich, was gilt denn nun? Sehe ich da recht, daß doch eine tendenzielle Gegenläufigkeit dieser Thesen besteht? Frau Lübbe-Wolff hat da ein sehr schlüssiges Konzept vorgelegt mit einer mich sehr überzeugenden scharfsinnigen Kritik an allen Verharmlosungsversuchen, da bin ich gerne einverstanden. Im übrigen, Frau Lübbe-Wolff, Ihre Ausführungen belegen, daß wir gar keine political question doctrine brauchen, wir brauchen in der Tat wohl nur Urteilskraft und dafür haben Sie ja sehr überzeugend plädiert. Gerne auch Zustimmung zu Ihrer These, unsere demokratischen Verfahren müßten zugeschnitten werden, neu zugeschnitten werden auf wachsende Komplexität und Diversifizierung, Differenzierung, (dem in Baden-Württemberg Lehrenden fällt das Panaschieren und Kumulieren im baden-württembergischen Kommunalrecht ein). Da können wir in der Tat wohl noch mehr Phantasie entwickeln.

Letzter Punkt: Vorrang des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Das Bundesverfassungsgericht hat zu Recht Kritik auf sich gezogen wegen seines Maastricht-Urteils. Das war in der Begründung zu nationalstaatlich. Es wurde abgestellt auf die nationalen Grundrechte, auf den nationalen Rechtsanwendungsbefehl, auf die nationale Demokratie. In der Begründung zu eng, aber im Ergebnis vielleicht doch weitsichtig. Das eigentliche Anliegen des Verfassungsgerichts war doch wohl nicht nationalstaatliche Vorurteile zu tradieren. Das eigentliche Anliegen sehe ich darin, kein überstürztes Verfahren beliebiger Verfassungssetzung auf

europäischer Ebene. Stärkere Anbindung der europäischen Rechtsentwicklung an die nationalen Verfassungsrechtskulturen, Zielrichtung eines organischen Wachstums in Europa. Fast fühlt man sich in der deutschen Tradition erinnert an einen berühmten Verfassungstheoretiker, der nie als solcher firmiert hat, nämlich an Savigny mit seinem Plädoyer gegen die Willkür des Gesetzgebers. Im Grunde genommen steht das Bundesverfassungsgericht mit dem Maastricht-Urteil in dieser Tradition: Plädoyer für organische Rechtsentwicklung, und diesmal ist es Gott sei Dank kein Plädoyer gegen Verfassungsstaatlichkeit (wie bei Savigny), sondern für gewachsene Verfassungsstaatlichkeit in Europa. Also auch der Vorrang des Gemeinschaftsrechts ist nicht allein mit dem Lineal zu ziehen, um Ihr Wort aufzugreifen, Frau Lübbe-Wolff, sondern mit Urteilskraft und ich glaube, da müssen wir nochmal unsere Kritik an der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung revidieren. Danke schön.

Murswiek: Das primäre Gemeinschaftsrecht ist die europäische Verfassung im funktionalen Sinne, darüber waren sich ia die beiden ersten Referenten einig. Und Herr Pernice hat nun versucht, die demokratische Legitimation dieser europäischen Verfassung vom Individuum her zu begründen. Er sieht das Individuum als das demokratische Subjekt, Subjekt der Souveränität und meint, die Übertragung von Hoheitsgewalt lasse sich als Akt eines originären Anvertrauens oder Zuweisens von Kompetenz vom Individuum her begreifen. Ich glaube, mit diesem Konstrukt ist der europäischen Idee und der Legitimation der europäischen Verfassung nicht gedient, denn dieses Konstrukt hat mit der Realität nichts zu tun und läßt sich demokratietheoretisch nicht begründen. Fragen Sie doch mal die Leute, wer denn zum Beispiel dem Vertrag von Maastricht zugestimmt hat und hier Hoheitsgewalt übertragen hat und sei es nur stillschweigend oder konkludent bei der Abgabe der Stimme zur Bundestagswahl. Oder fragen Sie, wer denn wenigstens nachträglich dem Vertrag zugestimmt hat, da werden Sie viele Ja-, aber auch viele Nein-Antworten erhalten. Längst nicht jeder stimmt zu, und wenn die Europäische Gemeinschaft versuchen wollte, auf einen so individuell verstandenen contrat social ihre Legitimität zu stützen, dann würden sich die Leute doch veräppelt fühlen. Demokratietheoretisch läßt sich diese Idee nicht halten, weil Subjekt der Demokratie nur das Volk sein kann, nicht das Individuum. Die Rolle des Individuums in der Demokratie ist es, an der demokratischen Willensbildung des Volkes und an der Entscheidung des Volkes zu partizipieren. Aber dieses Recht und diese Möglichkeit impliziert auch, daß man überstimmt wird und daß die Mehrheit anders entscheidet, als man das individuell will. Demokra-

tische Selbstbestimmung ist daher nur denkbar als Selbstbestimmung des Volkes und nicht als Selbstbestimmung des Individuums. Hiervon ausgehend kann die Legitimation der europäischen Verfassung nur auf der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes beruhen und die Frage ist dann, welches Volk ist das, sind es die Staatsvölker der Mitgliedstaaten oder ist es ein europäisches Gemeinschaftsvolk. Bezogen auf die vorhandene europäische Verfassung können es nur die Staatsvölker der Mitgliedstaaten sein. Das ergibt sich einfach aus dem Zustandekommen der Verfassung, des primären Gemeinschaftsrechts, das auf Verträgen beruht, die die Mitgliedstaaten geschlossen haben, und sofern nicht einzelne Staatsvölker durch Volksabstimmung am Zustandekommen dieser Verträge beteiligt waren, ist die Legitimation auf das jeweilige Volk zurückzuführen, durch die Legitimationsketten, die das jeweilige nationale Verfassungsrecht begründet einschließlich der Öffnungsklauseln. die die nationalen Verfassungen für die europäische Integration enthalten. Grund und Grenze der europäischen Verfassung sind also de lege lata legitimatorisch betrachtet die mitgliedstaatlichen Verfassungen, Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt also die mitgliedstaatlichen Völker. Das kann in Zukunft anders werden. Das wäre dann anders, wenn wir zu einer europäischen Verfassung kämen aufgrund der Entscheidung des europäischen Volkes. Dann hätten wir ein anderes Subjekt der verfassunggebenden Gewalt. Das wäre ein völlig neuer Akt der Verfassunggebung. Wenn man das will, wie das im politischen Raum ja gelegentlich gefordert wird, muß man sich über die Konsequenzen Klarheit verschaffen. Eine Konsequenz könnte sein, daß dieses andere Subjekt der verfassunggebenden Gewalt nicht mehr gebunden wäre an den Rechtsrahmen der jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassung. Deshalb müßte man prüfen, ob ein solcher Akt mit der jeweiligen nationalen Verfassung zu vereinbaren ist.

Sieckmann: Ich möchte zu einem Punkt Stellung nehmen, der bisher nur am Rande diskutiert wurde, nämlich dem einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit. Ich meine, man kann durchaus sinnvoll von einer europäischen Verfassung sprechen, aber Verfassung, in dem Sinne, wie wir es heute verstehen, ist ja in ihrer Bedeutung ganz wesentlich dadurch geprägt, daß wir auch eine Verfassungsgerichtsbarkeit haben, die sie durchsetzt. Also müssen wir fragen, welche Institutionen sollen denn die Verfassung anwenden. Damit ergibt sich die Frage, brauchen wir vielleicht ein europäisches Verfassungsgericht oder ein Verfassungsgericht der Europäischen Union? Man könnte meinen, der Europäische Gerichtshof ist doch eine Art Verfassungsgericht, aber die Frage ist, ob der Europäische Gerichtshof hinreichend neutral ist. In

den Vorträgen ist ja ganz deutlich geworden, daß wir einen ungelösten Verfassungskonflikt in der Europäischen Union haben, zwischen der Europäischen Union selbst und den Mitgliedstaaten. Auf der einen Seite wird für die EG-Rechtsordnung Autonomie in Anspruch genommen und ein Anwendungsvorrang für das EG-Recht. Dafür gibt es auch gute Gründe, Integration, Effektivität der europäischen Politik. Aber auf der anderen Seite ist Ausgangspunkt der demokratischen Legitimation der Mitgliedstaat, und die Verfassungen der Mitgliedstaaten sichern in erster Linie Demokratie und Grundrechte, zumindest derzeit noch besser als die Europäische Union. Wir können also einen Ausbau der Europäischen Union derzeit nur unter Einbußen an Demokratie und Grundrechtsschutz erreichen. Das führt zu Problemen, die ja durchaus anerkannt sind, etwa in verfassungsrechtlichen Struktursicherungsklauseln, im EG-Vertrag durch Forderungen wie Kooperationsgebot und Rücksichtnahmegebot, aber das sind natürlich alles sehr vage Grundsätze und Forderungen, die einen Verfassungskonflikt in der Europäischen Union nicht ausschließen. Wer soll in diesem Konflikt entscheiden? Mir scheint, daß hier der Europäische Gerichtshof, wenn er sich nach seiner Funktion und seinem Verständnis als Motor der europäischen Integration sieht, nicht neutral ist. Natürlich können auch die nationalen Verfassungsgerichte nicht in diesem Konflikt entscheiden. So meine ich, brauchen wir eine neutrale Instanz in Form eines Verfassungsgerichts der Europäischen Union, was genau in dieser Konfliktlage unparteiisch entscheiden muß, so daß wir eben nicht einen ungelösten Konflikt haben, der nur nach politischen Machtverhältnissen entschieden werden kann, sondern daß wir diesen Konflikt auch verrechtlichen können.

Meyer: Herr Huber, in These 18 vertreten Sie indirekt die Behauptung, eine Parlamentarisierung des Regierungssystems in der Union sei verfassungsrechtlich unzulässig. Ich frage Sie, wie Sie das vereinbaren wollen mit Art. 23 der geltenden deutschen Verfassung? In Satz 1 steht, daß wir verpflichtet sind, dafür zu sorgen, daß die Union selbst demokratisch organisiert ist. Für das Regierungssystem gibt es aber keinen adäquateren Ausdruck als eine parlamentarische Regierung.

Häberle: Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen. Ich habe darum gebeten, meine Wortmeldung ganz am Schluß zu plazieren. Dies liegt dann nahe, wenn man wie ich heute das Glück hat, daß einer der Referenten einmal der eigene Habilitand war. Und ich stimme auch all denen zu, die alle vier Referate gleichermaßen gerühmt haben. In aller Kürze nur drei Fußnoten: Erstens: Große Zustimmung zu Herrn Gra-

benwater, weil er von vornherein in der vollen Breite und Tiefe das Verfassungsrecht von Europa im weiteren Sinne einbezogen hat, vor allem die EMRK. Sie ist schon ein Stück europäischer Teilverfassung. Sie wird in der Schweiz im Gegensatz zu Deutschland schon auf Verfassungsstufe praktiziert und gelebt, der EGMR ist ein europäisches Verfassungsgericht. Im übrigen können wir von der "Werkstatt Schweiz" viel lernen: im Blick auf das, was sich in einem langgezogenen europäischen Verfassungsprozeß entwickeln könnte, ich empfehle immer die Feindurchstrukturierung der Volks- und anderen Grundrechte sowie den mehrsprachigen Föderalismus. Übrigens als Nachtrag zu gestern: Tu felix Helvetia! Die nationale Staatsrechtslehre der Schweiz erwies sich. von einigen Randerscheinungen abgesehen, als gegen die Degeneration der Rechts- und Verfassungsidee wie in Deutschland und Österreich gefeit. Ein Nawiasky wurde in St. Gallen 1933 aufgenommen!- Zweitens: Ich bin besonders glücklich, wie in unserer Vereinigung, gerade auch seit dem Vorstand Starck und soeben im Votum Weber, ietzt die vergleichende Dimension im Verfassungsrecht stärker praktiziert wird. Trefflich haben die Referenten Pernice und Huber, selbstverständlich und fast lässig, mit leichter Hand mindestens punktuell die verschiedenen nationalen Staatsrechtslehren in Italien, Irland, Griechenland usw. befragt, auch die vielen nationalen Verfassungsgerichte. Auch sind die unterschiedlichen Verfassungs- und Staatsverständnisse einzubeziehen, etwa das Republikverständnis Frankreichs und der Parlamentarismus Großbritanniens. Wir sollten uns hüten, das europäische Verfassungsrecht primär oder gar ausschließlich von der nationalen deutschen Staatsrechtslehre her zu schreiben. Im übrigen staune ich über die reiche empirische Ausbeute im Referat von Frau Lübbe-Wolff, offenbar lernt man so etwas in Bielefeld, ganz locker, ja flott, topisch argumentierte sie.-Drittens: eine letzte Frage zur Causa Österreich, worauf leider keiner der Referenten einging. Ist diese Frage vielleicht unerlaubt - Herr Frowein, unser Vorsitzender und einer der "Drei Weisen" von 2000? Ich bin der Meinung, daß die Art und Weise des kollektiven Boykotts der 14 EU-Staaten gegen Österreich ein Verstoß gegen EU-Recht war. Dieses sieht den Mechanismus der Art. 6 bzw. 7 EUV vor. Sie sind nach herkömmlicher Juristenkunst eine abschließende Regelung des Problems, ein anderes Verfahren gibt es im Umkehrschluß noch nicht. Das wurde umgangen. Auch gab es kein faires rechtsstaatliches Verfahren der vorherigen Anhörung Österreichs, das quasi-föderale Gebot der Rücksichtnahme wurde verletzt. Das einzig Positive sehe ich darin, daß die kurzfristig entstandene "Skandalöffentlichkeit" in Europa die Sensibilität für die europäischen Werte erhöht hat, zu denen freilich auch die demokratische Selbstbestimmung der Mitgliedsländer gehört. Kurz: Das Verhalten der 14 verletzte das europäische Verfassungsrecht in Geist und Buchstaben.

Vorsitzender: Herzlichen Dank, Herr Häberle. Am Ende unserer Aussprachen stehen traditionell die Schlußworte der Referenten, um die ich in umgekehrter Reihenfolge der Berichte zunächst Herrn Grabenwarter bitten darf.

Grabenwarter: Vielen Dank, Herr Vorsitzender, ich habe auf fünf Diskussionsbemerkungen einzugehen. Ich möchte mit der schwierigsten Frage beginnen, die Herr Rengeling aufgeworfen hat, nämlich mit der Frage nach dem Anwendungsbereich der Charta. Mit letzter Sicherheit kann ich die Frage zwar nicht beantworten, ich denke aber, daß eines ganz klar wird: Die Charta knüpft in ihrem Art. 51 an die Rechtsprechung des EuGH zum Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte an, wenn dort von der Durchführung des Rechts der Union die Rede ist. Dieser Begriff findet sich erst jüngst in ganz verwandter Form in einem Urteil des EuGH vom 13. April diesen Jahres, in dem im selben Zusammenhang von der "Durchführung der gemeinschaftsrechtlichen Regelungen" die Rede ist. Damit ist aber noch keine Antwort auf den Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte gegeben. Die Probleme sind hier vielfältig und noch keineswegs gelöst. Sie beginnen bei den Schutzpflichten, Herr Rengeling, Sie haben ja auf die Gemüsekrawalle in Frankreich hingewiesen. Die Frage, die sich hier vor allem stellt, ist: Was ist eine Regelung "im Bereich" der Grundfreiheiten? Hier braucht man aber nicht erst die Schutzpflichten zu bemühen, auch bei eingreifenden Regelungen stellt sich dieselbe Problematik. Bei aller Unsicherheit meine ich, daß die Charta keine Abweichung vom Stand der Rechtsprechung zum Anwendungsbereich der Gemeinschaftsgrundrechte schaffen sollte, das geht auch aus der Entstehungsgeschichte recht deutlich hervor.

Nun zu den Fragen, die das Spannungsverhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und EMRK betreffen. Zunächst zu Ihrer Frage, Herr Hilf: Was soll der EuGH tun, wenn er in seiner Rechtsprechung zur Charta auf ein Problem stößt und keine Antwort in der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte findet? Rechtlich wird er in Auslegung der EMRK den europäischen Standard der 41 Mitgliedstaaten der EMRK suchen und dort die Lösung finden. Praktisch aber glaube ich, daß das Gewicht des EuGH erheblich steigen wird, wenn er die Charta-Rechte explizit in ihrer Ausprägung und mit dem Inhalt, den sie in der EMRK gefunden haben, anwendet. Ich verweise in diesem Zusammenhang auf ein Beispiel, das schon jetzt zeigt, welchen Einfluß das Gemeinschaftsrecht bei der Bestimmung des europäischen Stan-

dards haben kann. Bei der Frage, ob in beamtenrechtlichen Streitigkeiten die Gerichtsgarantie des Art. 6 EMRK anwendbar ist, hat der EGMR seine bisherige Judikatur erst jüngst verlassen, einen funktionellen Ansatz gewählt und dafür unter anderem die Ausnahme von der Arbeitnehmerfreizügigkeit für Tätigkeiten im öffentlichen Dienst in Art. 39 Abs. 4 EG herangezogen. Das zeigt, daß der faktische Einfluß heute schon erheblich ist. Man muß in diesem Zusammenhang auch bedenken, daß zu erwarten steht, daß es nicht bei 15 Mitgliedstaaten der EU bleiben wird und daß die Differenz zwischen deren Zahl und der Zahl der Mitgliedstaaten der EMRK geringer werden wird.

Ich komme damit zu den beiden Bemerkungen von Herrn Klein, die mich betreffen. Zur ersten Frage, welche Zusatzprotokolle der EMRK in Art. 6 Abs. 2 EU bezogen sind, meine ich, daß man ein historisches und zwei systematische Argumente dafür anführen kann, daß hier tatsächlich nur das mit umfaßt ist, was alle Mitgliedstaaten der Union ratifiziert haben. Wenn wir uns an die ersten Erwähnungen der EMRK in den Entscheidungen des EuGH zurückerinnern, dann zeigt sich, daß der EuGH in der Tat erst auf die EMRK Bezug genommen hat, als alle damaligen Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften die EMRK ratifiziert hatten, also unmittelbar nach der Ratifikation der EMRK durch Frankreich. In systematischer Sicht meine ich erstens, daß die Gleichstellung von EMRK und Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ein Argument dafür ist, daß in Art. 6 Abs. 2 EU nur das enthalten ist, was sich aus allen mitgliedstaatlichen Überlieferungen ergibt. sei es aus den Verfassungen, sei es aus der völkerrechtlichen Bindung im Rahmen der EMRK. Als zweite systematische Erwägung läßt sich die Bedeutung der Erklärung Nr. 1 zur Regierungskonferenz in Amsterdam betreffend die Abschaffung der Todesstrafe anführen. Unter Bezugnahme auf Art. 6 Abs. 2 EU wird auf den hohen, aber nicht vollkommenen Ratifikationsstand des 6. Zusatzprotokolls zur EMRK in Bezug auf die Mitglieder der EMRK hingewiesen. Wenn, so frage ich mich, die Abschaffung der Todesstrafe nach dem 6. Zusatzprotokoll in Verbindung mit Art. 6 Abs. 2 EU bereits vor der Ratifikation durch alle Mitglieder der Union geschuldet war, warum wurde dann noch auf den Ratifikationsstand hingewiesen, mit der impliziten Aufforderung, daß doch auch Belgien, Griechenland und Großbritannien ratifizieren mögen?

Ich stimme Ihnen dann völlig zu, Herr Klein, in Ihrer Einschätzung des Falls DSR Senator Lines, der die Konventionskonformität einer vom EuGH geforderten Bankgarantie in der Höhe von mehr als 13 Millionen Euro als Voraussetzung für die Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes betrifft. Natürlich gilt das, was für primäres und sekundäres Gemeinschaftsrecht gilt, grundsätzlich auch für das Handeln des EuGH.

Die Besonderheit des Falls liegt darin, daß erstmals ein Akt des EuGH auf dem Prüfstand der Straßburger Richter steht. Der Matthews-Fall betraf mit dem Direktwahlakt einen gemeinschaftlichen Akt der Mitgliedstaaten, für den der EuGH keine Zuständigkeit hat. Ich glaube, daß diese jüngere Entwicklung das Erfordernis deutlich macht, ganz intensiv über den Beitritt der Europäischen Union zur EMRK und über die Schaffung der notwendigen Rahmenbedingungen nachzudenken. Ich weise nur auf zwei Dinge hin, die problematisch sind. Das erste Problem ist ein prozessuales, nämlich die Frage, der Richter welches Mitgliedstaates im Hinblick auf die Vielzahl belangter Mitgliedstaaten ex officio-Mitglied der Kammer im Gericht ist. Dieses Problem läßt sich noch relativ leicht nach der Verfahrensordnung des Gerichtshofes lösen. Schwieriger ist das zweite Problem, das sich bei der Umsetzung der Urteile durch die Mitgliedstaaten stellt: Wie soll das im Fall Matthews verurteilte Großbritannien den konventionskonformen Zustand herstellen, wenn die übrigen Mitgliedstaaten nicht mitspielen, liegt doch das konventionsrechtliche Problem im Direktwahlakt begründet?

Meine letzte Bemerkung gilt Ihrer Frage, Herr Häberle, nach der Rechtmäßigkeit der Sanktionen gegen Österreich. Ich halte die Sanktionen für europarechtswidrig. Sie sind erstens dem Recht der Europäischen Union zuzuordnen. Dafür gibt es zahlreiche Argumente, ich will nur auf einen bemerkenswerten Umstand hinweisen, der wohl nicht dafür spricht, daß die Sanktionen bilateral waren: Der Präsident des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte wurde vom portugiesischen Präsidenten beauftragt, drei Personen für einen Bericht über Österreich vorzuschlagen. Dieser hat dem Auftrag entsprochen, seine Antwort aber - als Folge des Wechsels im Vorsitz des Rates der Europäischen Union zur Jahresmitte - dem Präsidenten der französischen Republik gegeben. Zweitens sehe ich in den Sanktionen einen Verstoß gegen gemeinschaftsrechtliche Loyalitätspflichten im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten. Ein Satz noch: Wenn die ganze Sache etwas Gutes gehabt, dann das, daß sie gezeigt hat, daß die Menschenrechtskonvention in Europa unabhängig und selbständig vom Recht der Europäischen Union heute so etwas wie einen Wertekonsens bildet. Das zeigt nicht nur die Vorgehensweise der "Vierzehn" unter Einschaltung des Straßburger Gerichtspräsidenten, sondern auch der Inhalt des Weisenberichts, in dem seine Autoren, ohne dazu angehalten zu sein, die EMRK ganz wesentlich zum Maßstab bei der Beantwortung der gestellten Fragen machten. Danke schön.

Lübbe-Wolff: Herrn Groß stimme ich vollinhaltlich zu, ganz mißverstanden fühle ich mich dagegen durch Äußerungen, die in die Richtung gehen, als hätte ich die repräsentative Demokratie mißbilligt. Herr Rauschning, das war nicht meine Absicht. Natürlich billige ich die repräsentative Demokratie und halte sie für im Kern unersetzbar. Trotzdem führt kein Weg daran vorbei, daß Umstände, die ich in meinem Referat zu benennen versucht habe, zu wachsenden Funktionsmängeln dieses Legitimationstyps führen, und daß man sich deshalb nach Korrektur- und Ergänzungsmechanismen umsehen muß. Herr Engel: Inwiefern bedarf auch die Nichtausübung von Herrschaftsgewalt demokratischer Legitimation? Natürlich bin ich nicht der Auffassung, die Nichtausübung von Herrschaft müsse in genau denselben Verfahrensschritten legitimiert werden wie das Treffen von Maßnahmen, so daß z.B. der Gesetzgeber für jede Maßnahme, die er nicht trifft, auch extra ein Gesetzgebungsverfahren durchführen müßte. In diesem verfahrensbezogenen Sinne ist also die Nichtausübung von Herrschaftsgewalt nicht gleichermaßen legitimationsbedürftig wie die Ausübung. Wohl aber in dem Sinne, daß man als gewählter Repräsentant das, was man nicht tut, genauso zu verantworten hat, wie das, was man tut. Man kann nicht nur für Handlungen, sondern auch für Unterlassungen gewählt und abgewählt werden. Fordere ich, haben Sie weiter gefragt, aktive Zustimmung als eine Voraussetzung dafür, daß ich bereit bin, staatlichen Maßnahmen das Prädikat "demokratisch legitimiert" zu vergeben? Nein, natürlich nicht. Allerdings glaube ich, daß wir ein Demokratieproblem haben, wenn das politische System entwicklungsbedingt dazu tendiert, immer geringere Grade von aktiver Zustimmung zu generieren. Herr Hilf, warum kann demokratische Legitimation nicht über verschiedene Legitimationsketten vermittelt werden? Ich will nicht bestreiten, daß es unterschiedliche Mechanismen demokratischer Legitimation geben kann, die man womöglich kombinieren muß; das verstärkt zu tun, habe ich ja selbst empfohlen. Gerade das Modell der repräsentativdemokratischen Legitimationskette hat aber ja seinen End- und Schlußpunkt, der das Modell auch so überzeugend macht, darin, daß die politisch Verantwortlichen für das, was sie getan oder nicht getan haben, am Ende abgewählt werden können. Gerade dieser zentrale, wichtigste Legitimationsmechanismus verträgt aber keine Aufspaltung in mehrere nebeneinander herlaufende Stränge, denn er setzt ja voraus, daß man ein konkretes politisches Zurechnungssubjekt hat, dem man die Verantwortung für das, was entschieden worden ist, zuschreiben kann. Diese Verantwortlichkeit wird durch Duplizierungen eher geschwächt als unterstützt. Zu Frau Langenfelds Frage nach den Grenzen der Möglichkeit, das Europäische Parlament zu einem vollwertigen demokratischen Legitimationsorgan zu entwickeln: Ich sehe natürlich ein, daß das Problem, das Sie am Beispiel Luxemburg illustriert haben, eine harte Nuß ist. Aber die Entwicklungsrichtung wird doch wohl die sein müssen, daß die Stimmengewichte der Bürger Europas im Parlament weiter aufeinander zu bewegt werden. Die Entwicklung sollte dahin gehen, daß das Parlament möglichst repräsentativ zusammengesetzt ist, während der Rat eher die Funktion der Staatenvertretung in einem föderalen Svstem übernimmt, bei der ja eine nichtbevölkerungsproportionale Repräsentanz der Einzelstaaten allgemein üblich ist. Dieses Modell muß auch keineswegs auf einen europäischen Bundesstaat hinauslaufen. Hier werden oft zwei verschiedene Dimensionen der Integration verwechselt. Man kann die Integration vertiefen in dem Sinne, daß man da, wo Kompetenzen vergemeinschaftet sind, eine demokratischere Form der Wahrnehmung dieser Kompetenzen vorsieht. Das bedeutet aber nicht, daß ein in dieser Weise integriertes Institutionengefüge auch dem Umfang seiner Kompetenzen nach Staatsqualität haben muß. Viel problematischer als die ungleichen Stimmengewichte sind aus meiner Sicht die schwachen Rechte des Europäischen Parlaments; hier sehe ich dementsprechend auch den dringlicheren Reformbedarf. Dabei muß dann auch die Stellung der Kommission neu justiert werden. Ich sehe keine Rechtfertigung dafür, daß dem Parlament ein eigenes formelles Initiativrecht fehlt, während das Initiativrecht der Kommission so stark ist. daß im Rat Einstimmigkeit herrschen muß, wenn man von einem Initiativvorschlag der Kommission abweichen will. Daß viele europäische Gesetzgebungsakte bis heute ganz ohne Mitwirkung des Parlaments zustande kommen, und daß es sogar Richtlinien - nicht nur Durchführungsrichtlinien – gibt, die selbst ohne Mitwirkung des Rates allein von der Kommission erlassen werden. - das sind doch Merkwürdigkeiten. bei denen man sich fragt, ob es wirklich noch Gründe gibt, damit einverstanden zu sein. Ich sehe solche Gründe nicht. Der letzte Punkt, auf den ich eingehen möchte, sind die von Herrn Winter in die Diskussion eingeführten Stichworte: Netzwerkanalyse, Mehrebenensystem. Ich bekenne mich schuldig, davon nicht gesprochen zu haben, und finde den Gebrauch, den die Politikwissenschaft von diesen Begriffen macht, oft auch wenig überzeugend. Da hat man nun gesehen, daß auf der europäischen Ebene alles nicht so läuft, wie wir das von der staatlichen Ebene gewohnt sind, man hat sich angesehen, wie es denn tatsächlich läuft, und da ist man auf alle diese Ausschüsse und sonstigen Gremien und die damit verbundenen diffusen Kommunikationsbeziehungen gekommen und hat das Vorgefundene auf den Begriff des Netzwerks gebracht. Das ist ja auch alles ganz schön und gut, aber doch kein Grund, mit dem Vorgefundenen zufrieden zu sein. Nur weil man jetzt ein schönes neues Wort dafür hat, muß man das, was dieses Wort bezeichnet, ja noch nicht als eine neue Form der Demokratie begreifen. Mit der Forderung, "Netzwerkanalyse" zu betreiben, bin ich völlig einverstanden. Nach allem, was ich bisher an Netzwerkanalyse betrieben bzw. an Literatur dazu konsumiert habe, gibt es aber keinen Anlaß, das europäische Netzwerkwesen sozusagen als die europäische Variante der Demokratie zu akzeptieren.

Huber: Ich möchte anfangen mit dem Beitrag von Herrn Mußgnug, der den Deutschen Bund vermißt hat. Ich fände eigentlich eher, daß die Staatsrechtsdiskussion des Kaiserreichs und ihre Genese Erklärungsbeispiele auch für unseren heutigen Gegenstand bieten kann. Das hat etwa Herr Oeter in seinem schönen Aufsatz von 1995 eindrücklich belegt. Dann stellt sich natürlich die Frage, worin sich diese damalige Situation von der heutigen unterscheidet und wodurch sie sich von der Situation abhebt, die im Deutschen Bund, vor der Reichsgründung, bestanden hat. Hier ist, Herr Zuleeg, ein wesentlicher Unterschied sicher der Durchgriff auf den Einzelnen, den Sie zu Recht betont haben. Im Begriff des Staatenverbundes ist es die Silbe "ver", die dieses Spezifikum zum Ausdruck bringt, und ich habe dies auch in meinem Vortrag übrigens unter Bezugnahme auf die EuGH-Rechtsprechung - deutlich gemacht. Herr Denninger hat die Verabschiedung des Souveränitätsbegriffs erhofft, in bester kelsenianischer Tradition, der insoweit vom Gorgonenhaupt der Macht gesprochen hat, wenn ich mich richtig erinnere. Nun, die staatliche Souveränität ist durchaus teilbar und kann deshalb auch auf verschiedene Träger öffentlicher Gewalt verteilt werden. Deshalb können wir auch mit Blick auf die Union von einer "geteilten Souveränität" sprechen, bei der - Herr Streinz - auch die Regionen nicht unter den Tisch fallen müssen. Denn hinter der Souveränität des Staates steht die des Volkes, die Volkssouveränität, letztlich der Einzelne, auf den es Herrn Pernice und auch mir ankommt. Dieser ist natürlich unteilbarer Träger für die Legitimation aller öffentlichen Gewalt. Herr Badura und Herr Herdegen haben noch einmal ein Plädover für die Autonomiethese gehalten und gesagt, es würde keinen Sinn mehr machen, diese zu verabschieden, weil sie sich letztlich eben doch etabliert habe oder jedenfalls überzeugend sei. Ich habe versucht, in meinem Referat deutlich zu machen, daß es immer Widerstand gegen die Autonomiethese gegeben hat, nicht nur in Deutschland, sondern in allen Mitgliedstaaten. Da können Sie alle Verfassungsordnungen Revue passieren lassen. Wir haben gesehen - Herr Streinz hat darauf hingewiesen -, wie die Vorschriften des dänischen Verfassungsrechts die Einführung des Euros letzte Woche verhindert haben und wie das vor sechs Jahren bei dem Volksentscheid über den Maastricht-Vertrag der Fall gewesen ist, und ich habe auf den Ratifikationsvorbehalt hingewiesen. Das sind Fakten,

es sind textlich verankerte Wertentscheidungen, in denen das Unionsrecht, meine ich, selbst dieser These den Boden entzieht. Der tragende Gesichtspunkt dabei ist natürlich die Rolle der demokratischen Legitimation in diesem Konzept. Wo bleibt die Rückkoppelung zu der Bevölkerung, wenn die Verträge - einmal entstanden - nicht mehr zurückgeholt und korrigiert werden können, was ja wohl die Autonomiethese impliziert? Fragt man sich mit Herrn Griller, ob man sie überhaupt braucht, dann habe ich relativ deutlich gemacht, daß wir auch ohne sie zu (fast) denselben Ergebnissen kommen können - mit dem Vorbehalt des ultra-vires-Handelns und der (theoretischen) Austrittsmöglichkeit. Herr Preuß und Herr Dörr haben gefragt, wie es mit den "Herren der Verträge" und der Verfassungsautonomie bestellt sei. Hier zeigt ein Blick in die Verträge, in den Art. 48 EU und in die Vertragspraxis, daß die Mitgliedstaaten zwar an dieses Verfahren gebunden und insofern nicht frei sind - da stimme ich Herrn Nicolaysen natürlich zu -, daß sie im übrigen jedoch die Verfassungshoheit in der Union besitzen. Das schließt es aus. Herr Häberle, daß man ienseits dieser vertraglichen Vorgaben noch auf die herkömmlichen Instrumente des Völkerrechts zurückgreift. Sanktionen bilateraler Natur, wie sie gegen Österreich ergriffen worden sind, da schließe ich mich Herrn Grabenwarter an, sind, zumal wenn die Verträge ausdrückliche Vorschriften wie im Art. 7 EU enthalten, mit dieser Verfassungsordnung nicht vereinbar. Herr Steiger hat gefragt, ob "mein" Verfassungsverbund nun komplementär oder konträr zu dem von Herrn Pernice sei. Ich würde sagen, das kommt darauf an. Und zwar auf folgendes: Wenn Herr Pernice sagt, es gehe nicht um Über- und Unterordnung, sondern um dauerhafte Koppelung, dann bin ich dabei, allerdings auf der Basis, daß alle 15 Mitgliedstaaten im Unionsrecht eine gemeinsame Teilverfassung besitzen und daß wir in der Union letzten Endes eine einheitliche europäische Verfassungsordnung haben, die aus 16 (Teil-)Verfassungsordnungen aufgrund von 15 verschiedenen "Grundnormen" existiert. Diese Konstruktion ist auch verfassungsrechtlich abgesichert und kann aufgrund einer politischen Entscheidung der Mitgliedstaaten morgen auch nicht ohne weiteres zurückgenommen werden. Sie ist gesichert, Herr Zuleeg, durch die verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 23 Abs. 1 GG, der die Lösung aus der EU verbietet, sowie ähnliche Vorgaben in Frankreich, Portugal, Österreich etc. Und sie wird auch durch das Unionsrecht begrenzt. Wenn Herr *Pernice* mit seiner Konzeption aber die Überordnung des europäischen Verfassungsrechts meinen sollte, dann sind wir natürlich konträrer Auffassung. Die Konsequenz für die Kompetenzfrage, die von den Herren Herdegen, Funk und Breuer angesprochen worden ist, ist natürlich, daß die Mitgliedstaaten auf der Grundlage ihres Rechtsan-

wendungsbefehls und seiner verfassungsrechtlichen Steuerung auch die Möglichkeit besitzen, ultra-vires-Handeln der EU aufgrund nationaler Entscheidungen zu korrigieren. Das ist gar nicht so ketzerisch, wie sich das vielleicht in manchen Ihrer Ohren anhört. Alle Mitgliedstaaten, ich habe es ja in meinem Referat aufgelistet, sehen das als (hypothetische) Möglichkeit in ihrem (Verfassungs-)Recht so vor. Auch Herr Everling. Herr Hirsch und Herr Rodrigues Iglesias erkennen an, daß es natürlich einen - Herr Pernice sagt - Notvorbehalt der Mitgliedstaaten bei eklatanten Verletzungen oder Überschreitungen des Integrationsprogramms auch aus unionaler Sicht gibt. So gesehen sind wir, wenn man die Suprematiethese außen vor läßt, nicht soweit auseinander. Was die Kompetenzordnung oder einen Kompetenzkatalog für die EU angeht. bin ich skeptisch. Ich verstehe die Bedürfnisse und das Anliegen. Andererseits habe ich nicht den Eindruck, daß die ausgefeilten Kompetenzkataloge der Art. 73 ff. GG die Unitarisierung der Bundesrepublik Deutschland wirklich gebremst hätten. Für die EU würde es einen grundlegenden Systemwechsel bedeuten, der, glaube ich, vielleicht verfassungspolitisch wünschbar wäre, mir aber auf jeden Fall unrealistisch erscheint. Deshalb würde ich mit Herrn Schwarze eigentlich eher restriktive Formulierungen der Gemeinschaftskompetenzen favorisieren, wie sie sich seit Maastricht in mehreren Vertragsartikeln finden, z.B. "unter Ausschluß jeder Harmonisierung", oder verfahrensrechtliche Vorkehrungen, auch einen Subsidiaritätsbeirat, den Herr Pernice in seiner Berliner Antrittsvorlesung vorgeschlagen hat. Zur demokratischen Legitimation: Auch bei mir steht, wie gesagt, der Einzelne im Mittelpunkt, ist weder der Staat noch die Union Selbstzweck. Deshalb geht es um den "Input", um die Selbstverwirklichung, die Absicherung der eigenen pursuit of happiness, die letzten Endes durch demokratische Partizipation erreicht werden muß. Das setzt Bedingungen der Gleichheit und der funktionierenden Öffentlichkeit voraus und würde, wenn man Europa als Ganzes zum Bezugsrahmen nähme, Herr Meyer, natürlich auch ein parlamentarisches Regierungssystem auf europäischer Ebene tragen. Die Frage. ob die Verfassungen der Mitgliedstaaten das zum jetzigen Zeitpunkt zulassen, kann ich aus Zeitgründen wohl nicht mehr ansprechen. Ich meine mit Blick auf Art. 20 GG: nein! Aber das setzte ohnehin voraus. daß die soziologischen und gesellschaftlichen Bedingungen für ein solches Regierungssystem, das allein dem Mehrheitsprinzip folgt, in der Europäischen Union vorhanden wären, daß ein Grundkonsens existierte, der diese Verfahren tragen könnte. Dieser Grundkonsens ist - das ist sozialpsychologisch nachgewiesen - nachweisbar, und das wissen wir alle, es ist von mehreren von Ihnen angesprochen worden, (noch) nicht vorhanden. Solange das nicht der Fall ist, und das hat Herr Frowein in mehreren Arbeiten überzeugend herausgearbeitet, spielt der Konsens für die Legitimation eine zentrale Rolle, und den Konsens können wir nur mit dem Rat erzielen. Weil das so ist, Herr *Groß*, ist meine Konzeption nicht von gestern und auch nicht aus der Vergangenheit, sondern außerordentlich wirklichkeitsnah. Das gilt auch für die Betonung des Einstimmigkeitsprinzips, wenn Sie dieses zahlenmäßig und politisch gewichten.

Pernice: Ich sehe, daß die Zeit recht fortgeschritten ist, deswegen tut es mir leid, ich kann nicht auf alle Beiträge antworten, das erwartet auch niemand. Vielleicht ganz kurz drei Pünktchen. Für mich ist. Herr Funk. die Theorie etwas womit ich versuchen will, etwas zu erklären, zu deuten, klarzumachen, auch zu beschreiben, aber dann auch zu bewirken natürlich. Das Hauptinteresse ist, was ich am Schluß des Referats sagte, es geht darum, daß der Bürger merkt, daß Europa und was da passiert, seine Sache ist. Und wenn jemand sagt, die Staaten machen Europa, daher kommt die Legitimation, frage ich mich, wer steckt denn dahinter, wer legitimiert die Staaten und meine Vorstellung ist letztlich, verantwortlich kann nur der Bürger sein. Und ich habe gesagt, sicher, der Bürger wußte nicht viel davon und weiß es vielleicht immer noch nicht. Aber das ist ja das Problem. Daher der Versuch, mit einer Theorie jetzt das zurückzuführen auf den, der allein legitimieren kann, wenn es nicht der Liebe Gott ist. Postnationale Verfassungstheorie nur als Idee, daß es über den Staat hinausgehen soll, aber ich brauche natürlich für die EU den Staat. Sie basiert auf dem Staat und ich will keinen von Ihnen und mir auch nicht den Staat wegnehmen. Aber er ist nicht Ein und Alles, das zeigt die EU. Und wir müssen uns vielleicht daran gewöhnen, daß über diesen Staat hinaus wir auch mitverantworten, was Brüssel entscheidet. Das ist keine Fremdherrschaft, sondern die eigene Herrschaft. Das geht schon wieder viel zu weit, ich möchte nicht auf Autonomie und solche Thesen eingehen, nur was unterscheidet mich vielleicht doch ein klein wenig von Herrn Huber? Ich glaube, im Ergebnis nicht sehr viel, aber Verfassungsverbund ist für mich ein System, und ich verstehe Herrn Huber so, daß übertrieben gesagt, es 15 Verfassungsverbündchen gibt, jede Verfassung hat noch ihr eigenes europäisches Dach und das kann ich nicht so richtig nachvollziehen. Deswegen sage ich mir lieber, ich verbinde das Ganze zu einem System, wo eine Einheitlichkeit des Rechts gilt. Freilich, Verfassungen der Mitgliedstaaten sind natürlich individuell für jeden Mitgliedstaat gültig. Also das ganze basiert auf 15 Füßchen. So, Grundkonsens; darauf kann ich nicht weiter eingehen. Ein Volk: Ich meine, diese Formel der amerikanischen Verfassung "we are the people" sollte uns zu denken geben, auch die Überlegung von Frau Lübbe-Wolff, daß man vielleicht durch einen normativen oder einen

erweiterten Erfolgsbegriff, durch das, was sich schrittweise bildet, zu einem Begriff der Unionsbürgerschaft im Sinne dessen, was wir für einen Staat als Volk bezeichnen, kommen kann, und die sind dann die Legitimationsbasis letztlich für die EU. Die These governments. Netzwerke usw., Frau Lübbe-Wolff hat genau das gesagt, viel besser als ich es mir je hätte vorstellen und sagen können, aber vielleicht muß tatsächlich diese Verfassungsdiskussion auch auf diese zusätzlichen Demokratisierungs- und Partizipationselemente verstärkt eingehen. Das Projekt der Kommission ein Weißbuch zur government zu entwickeln, mehr Demokratie zu schaffen in dem Sinne, ist auf dem Wege. Ich hatte das Privileg zu beginnen, ich habe auch das Privileg, das letzte Wort zu haben und möchte es dafür nutzen, daß ich im Namen sicher aller Referenten auch Ihnen allen herzlich danke für die sehr, sehr intensive, interessante Diskussion, die zum Nachdenken und Weiterarbeiten sehr anregt und dann natürlich auch dem Vorstand einen herzlichen Dank für die Wahl dieses Themas, das für mich persönlich gesehen, einfach das beste Thema war. was ich hätte mir vorstellen können. Vielen Dank.

Vorsitzender: Auch ich danke – Ihnen allen für die fruchtbare und weiterführende Diskussion und natürlich speziell den Referenten für ihre Berichte. Die Vorträge und die Aussprache haben gezeigt, daß die Europäisierung des Verfassungsrechts ein großes, ein sehr großes Thema ist. Hier und heute wurden eine Zwischenbilanz vor- und Entwicklungsperspektiven offengelegt. Danach ist die fortschreitende Europäische Integration zu einer dauerhaften Herausforderung nicht nur für das Verwaltungsrecht, sondern – mit einer gewissen zeitlichen Verzögerung – auch für das Verfassungsrecht geworden. Darauf wird sich die deutsche Staatsrechtslehre künftig stärker als bisher einstellen müssen. Mit dieser Bemerkung schließe ich die Beratung über den ersten Gegenstand unserer Leipziger Tagung.

Anhang

Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Entwurf)

Art. 51 [Anwendungsbereich]

(1) Diese Charta gilt für die Organe und Einrichtungen der Union unter Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des Rechts der Union. Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sie sich an die Grundsätze und fördern sie deren Anwendung gemäß ihren jeweiligen Zuständigkeiten.

(2) Diese Charta begründet weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben für die Gemeinschaft und für die Union, noch ändert sie die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten und Aufgaben.

Art. 52 [Tragweite der garantierten Rechte]

- (1) Jede Einschränkung der Ausübung der in dieser Charta anerkannten Rechte und Freiheiten muß gesetzlich vorgesehen sein und den Wesensgehalt dieser Rechte und Freiheiten achten. Unter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit dürfen Einschränkungen nur vorgenommen werden, wenn sie notwendig sind und den von der Union anerkannten dem Gemeinwohl dienenden Zielsetzungen oder den Erfordernissen des Schutzes der Rechte und Freiheiten anderer tatsächlich entsprechen.
- (2) Die Ausübung der durch diese Charta anerkannten Rechte, die in den Gemeinschaftsverträgen oder im Vertrag über die Europäische Union begründet sind, erfolgt im Rahmen der darin festgelegten Bedingungen und Grenzen.
- (3) So weit diese Charta Rechte enthält, die den durch die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten garantierten Rechten entsprechen, haben sie die gleiche Bedeutung und Tragweite, wie sie ihnen in der genannten Konvention verliehen wird. Diese Bestimmung steht dem nicht entgegen, daß das Recht der Union einen weiter gehenden Schutz gewährt.

Art. 53 [Schutzniveau]

Keine Bestimmung dieser Charta ist als eine Einschränkung oder Verletzung der Menschenrechte und Grundfreiheiten auszulegen, die in dem jeweiligen Anwendungsbereich durch das Recht der Union und das Völkerrecht sowie durch die internationalen Übereinkommen, bei denen die Union, die Gemeinschaft oder alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind, darunter insbesondere die Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, sowie durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten anerkannt werden.