

PDF-Version der Druckfassung von:

Daniel Thym: Ungleichzeitigkeit und europäisches Verfassungsrecht.

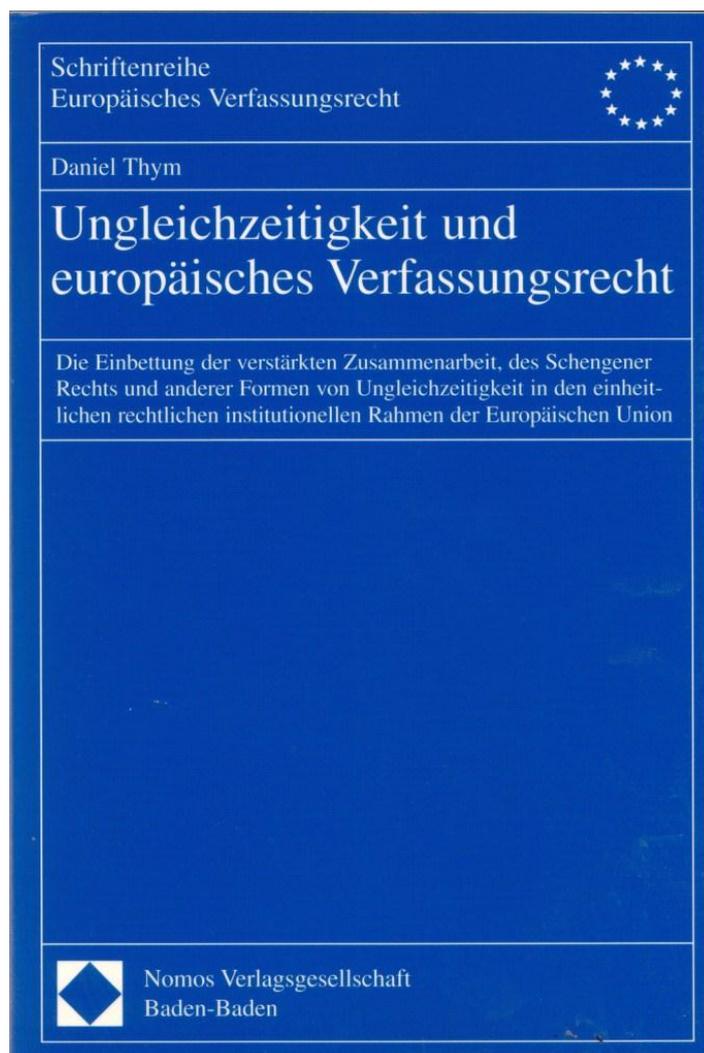
Die Einbettung des Schengener Rechts, der verstärkten Zusammenarbeit und anderer Formen von Ungleichzeitigkeit in den einheitlichen rechtlichen und institutionellen Rahmen der Europäischen Union

Nomos: Baden-Baden, 2004.

ISBN 3832905111

Die Veröffentlichung der Originaldateien erfolgt mit Zustimmung des Verlags.

PDF-Dateien aller Kapitel erhältlich unter <http://www.ungleichzeitigkeit.de>.



Kapitel 11

EUROPÄISCHE VERFASSUNG? EINE STANDORTBESTIMMUNG

Für *Lubmann* ist eine wesentliche Bedeutung der Verfassung die „strukturelle Koppelung“ der nach seiner Auffassung ansonsten getrennten Bereiche des Rechts und der Politik¹. Doch auch wenn man mit *Habermas* Politik und Recht in einem idealtypischen Universaldiskurs vereint sieht², besteht das Erfordernis einer mehrschichtigen Gesamtschau verschiedener Blickwinkel, die jeweils für sich betrachtet werden können, aber erst in komplementärer Ergänzung eine Annäherung an die europäische Verfassungstheorie erlauben³. Es werden daher vier komplementäre Gesichtspunkte europäischer Verfassungstheorie vorgestellt: Ausgangspunkt ist eine funktionale Annäherung an den Verfassungsbegriff. Hierauf aufbauend werden das rechtliche Verfassungsverständnis und die Trennung der Verfassung vom Staat untersucht. Schließlich ist auf Grundannahmen eines demokratischen Verfassungsverständnisses hinzuweisen. Hierbei sind abstrakte Überlegungen zu allgemeinen Merkmalen einer Verfassung mit der Qualifizierung der europäischen Verträge zu verbinden. Freilich kann in diesem Rahmen keine umfassende Erörterung und Analyse aller Einzelaspekte und Deutungslinien europäischer Verfassungstheorie erfolgen. Die Zielsetzung der verfassungstheoretischen Standortbestimmungen dieses Kapitels ist vielmehr das Aufzeigen von Grundannahmen, die für die abschließende verfassungstheoretische Einordnung von Ungleichzeitigkeit von Bedeutung sind.

I Verfassungsfunktionen

Ein funktionaler Ansatz erlaubt eine vergleichsweise unkomplizierte Annäherung an den Gegenstand europäischer Verfassungstheorie. Obgleich jedes Verfassungssystem vom historischen Kontext und den politischen Entscheidungen für oder gegen bestimmte Strukturen und Modelle abhängt, kann man einige Verfassungsfunktionen identifizieren, die allen oder den meisten Verfassungen gemein sind. *De Vattel* definierte bereits im 18. Jahrhundert als Wesensmerkmale einer Verfassung folgende Funktionen, die man im europäischen Umfeld des frühen 21. Jahrhunderts jedenfalls um den Aspekt der demokratischen Legitimation sowie den Grundrechtsschutz ergänzen muss:

„La règlement fondamental qui détermine la manière dont l'autorité publique doit être exercée... En elle se voit la forme sous laquelle la Nation agit en qualité de corps politique, comment et par qui le peuple doit être gouverné, quels sont les droits et les devoirs de ceux qui gouvernent. Cette constitution n'est dans le fond autre chose que l'établissement de l'ordre dans lequel une Nation se propose de travailler en commun à obtenir les avantages en vue desquels la société politique s'est établie.“⁴

¹ N. *Lubmann*, *Recht der Gesellschaft* (1993), S. 470 ff.; näher hierzu auch *H. Hofmann*, *Soziologie*, JZ 1999, 1065/1072 f.

² *J. Habermas*, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl. 1994, S. 292 ff.; *ders.*, *Remarks*, *ELJ* 1 (1995), 303.

³ Vgl. auch den mehrdimensionalen Verfassungsbegriff bei *H. Heller*, *Staatslehre* (1934), S. 249 ff.

⁴ *M. de Vattel*, *Droit des gens* (1758, Edition 1852), Kapitel III § 27, S. 68 f.

Die institutionellen und materiellen Bestimmungen der europäischen Verträge erfüllen diese Anforderungen im Grundsatz: Sie begründen und begrenzen europäische Hoheitsgewalt, die von den europäischen Organen nach Maßgabe der vertraglichen Regeln ausgeübt wird. Die europäische Hoheitsgewalt erhebt wenigstens den Anspruch, über eine unmittelbare oder abgeleitete demokratische Legitimation zu verfügen. Der grundsätzliche Vorrang des Gemeinschaftsrechts regelt das Verhältnis zwischen europäischem und nationalem Recht. Die unmittelbare Anwendung begründet ein direktes rechtliches Band zwischen Bürgern und der europäischen Hoheitsgewalt, welche durch die allgemeinen Rechtsgrundsätze, einschließlich der Grund- und Menschenrechte, begrenzt wird. Vor diesem Hintergrund kann man mit dem früheren Präsidenten des Gerichtshofs *Due* schlussfolgern, dass die Verträge „(i)n so doing ... perform, in fact, the same functions as the Constitution of a federal State.“⁵

Der funktionale Ansatz kann freilich nur eine erste Annäherung an Wesen und Existenz der europäischen Verfassung sein. Die Plausibilität der Verfassungsfunktionen suggeriert eine Problemlosigkeit, die bei einer näheren Betrachtung nicht bestätigt wird. Gleichwohl zeigt die eigenständige Erfüllung der Verfassungsfunktionen, dass die europäischen Verträge mehr sind als eine „Teil-“ oder „Nebenverfassung“, die die nationalen Verfassungen nur ergänzt⁶. Die Erfüllung der Verfassungsfunktionen durch die Union kann in der Debatte über den Verfassungscharakter der Verträge gleichwohl als Rückversicherung und Minimalkonsens dienen. Dies gilt auch bei Ungleichzeitigkeit. Wenn der einheitliche institutionelle Rahmen bei Ungleichzeitigkeit gewahrt bleibt und ungleichzeitiges Europarecht grundsätzlich dieselben Rechtswirkungen entfaltet wie gleichzeitiges Europarecht, stellt dies die Verfassungsfunktionen der Europäischen Union nicht in Frage und weitet sie auf Ungleichzeitigkeit aus. Gilt dies auch für andere speziellen Gesichtspunkte europäischer Verfassungstheorie jenseits des ersten Zugriffs der Verfassungsfunktionen?

II Rechtliches Verfassungsverständnis

Hallstein betont die Bedeutung des Rechts für die europäische Integration: „Die Gemeinschaft ist eine Schöpfung des Rechts. Das ist das entscheidend Neue, was sie gegenüber früheren Versuchen auszeichnet, Europa zu einigen. Nicht Gewalt, nicht Unterwerfung ist als Mittel eingesetzt, sondern eine geistige, eine kulturelle Kraft, das Recht. Die Majestät des Rechts soll

⁵ *O. Due*, Constitutional Court, in: Curtin/O’Keeffe (1992), S. 4. Ebenso etwa *J. Gerkerath*, Émergence (1997), S. 63 ff.; *J. Schwarze*, Wechselwirkungen, DVBl. 1999, 1677/1681; *ders.*, Verfassungsperspektiven, NJW 2002, 993/997; *C. Walter*, Globalisierung, DVBl. 2000, 1/5; *J. Oppermann*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 182; *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat (1969), S. 34: „Obwohl die Gemeinschaft kein Staat ist, hat sie wie ein Staat Gesetzgebungs-, Vollziehungs- und Rechtsprechungsgewalt“; *U. Di Fabio*, Unionsverfassung, JZ 2000, 737/739; *P. Häberle*, Europäische Verfassungslehre, in: Einzelstudien (1999), S. 11; *A. Peters*, Elemente (2001), S. 76 ff.; *I. Pernice*, Europäische Verfassung, in: FS Steinberger (2002), S. 1324 und, indirekt, *ders.*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/158 ff. Siehe auch BVerfGE 22, 293/296 – *EWG-Verordnung*. „Der EWG-Vertrag stellt gewissermaßen die Verfassung dieser Gemeinschaft dar.“

⁶ Es sei dahingestellt, ob eine Verfassung auch dann besteht, wenn „Teil-“ oder „Nebenverfassungen“ nur einzelne Verfassungsfunktionen erfüllen, die die nationalen Verfassungen ergänzen; so zur EMRK etwa *F. Hoffmeister*, EMRK, Der Staat 40 (2001), 349/353 ff. und im Hinblick auf die internationale Absicherung der Grundrechte ähnlich *C. Tomuschat*, Internationale Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), 7/62: „völkerrechtliche ‚Nebenverfassung““. Entsprechend zur WTO *A. von Bogdandy*, Konstitutionalisierung, in: FCE Bd. 4 (in Vorbereitung) und *J. Jackson*, WTO ‘Constitution’, J.I.E.L. 2001, 67. Allerdings betrachten auch die europäischen Verträge als eine Neben- oder Teilverfassung etwa *C. Walter*, Globalisierung, DVBl. 2000, 1; *U. Di Fabio*, Weltgesellschaft (2001) und *T. Giegerich*, Konstitutionalisierungsprozess (2003).

schaffen, was Blut und Eisen in Jahrhunderten nicht vermochten. Denn nur die selbstgewollte Einheit hat Aussicht auf Bestand... Auf dieser Einsicht beruht der Vertrag von Rom.⁷ Dieses Verständnis der europäischen Gemeinschaften als „Rechtsgemeinschaft“⁸ findet seine verfassungstheoretische Fortführung im rechtlichen Verfassungsverständnis, das für deutsche und kontinentaleuropäische Juristen der zentrale Baustein des allgemeinen Verfassungsbegriffs darstellt. Es hat auch in der Rechtsprechung des Gerichtshofs einen weitreichenden Niederschlag gefunden. In ausdrücklicher Abgrenzung zur völkerrechtlichen Natur des EWR-Abkommens bezeichnet der Gerichtshof den heutigen EG-Vertrag in seinem Gutachten 1/91 als „Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft“⁹.

Die Grundannahme des rechtlichen Verfassungsverständnisses ist die Hierarchisierung des Verhältnisses zwischen Verfassungsrecht und unterverfassungsrechtlichen Normen im Sinn eines Stufenbaus der Rechtsordnung. Von der Verfassung ausgehend bildet die Rechtsordnung ein selbstreflexives, in sich geschlossenes Rechtssystem. Der Begriff des rechtlichen Verfassungsverständnisses soll sich auf diesen Stufenbau der Rechtsordnung mit der Verfassung als Spitze der Normenpyramide beziehen. Es ist dies eine bewusste Verkürzung der kelsenschen Lehre vom Stufenbau auf einen Kernbestand¹⁰. Bei einer Beschränkung des rechtlichen Verfassungsverständnisses auf die Verfassung als höchste Norm der gestuften Rechtsordnung kann man den kelsenschen Stufenbau mit den Grundannahmen der angelsächsischen Rechtstradition der „ultimate rule of recognition“ zusammenführen¹¹. In beiden Fällen besteht regelmäßig jedenfalls im Ergebnis ein Vorrang der höheren Norm vor nachgeordneten Normen innerhalb derselben Rechtsordnung¹².

Vor diesem Hintergrund war die Annahme der „Eigenständigkeit“ der europäischen Rechtsordnung als „aus einer autonomen Rechtsquelle fließende(m) Recht“¹³ durch den Gerichtshof die Initialzündung für die Qualifizierung der europäischen Verträge als einer Verfas-

⁷ W. Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat* (1969), S. 33.

⁸ Ebd. 48.

⁹ EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991 I-6079 Rz. 21 – *EWR I*. Ähnlich EuGH, Rs. 294/83, Slg. 1986, 1339 Rz. 23 – *Les Verts*: „Verfassungsurkunde der Gemeinschaft“; EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996 I-175 Rz. 35 – *EMRK-Beitritt*: „Eine solche Änderung ... wäre von verfassungsrechtlicher Dimension“; EuGH, Gutachten 2/00, Slg. 2001 I-9713 Rz. 5 – *Protokoll von Cartagena*: „Die Wahl der geeigneten Rechtsgrundlage hat verfassungsrechtliche Bedeutung“. Zuvor spricht der Gerichtshof in der englischen Sprachfassung von EuGH, Gutachten 1/76, Slg. 1977, 741 Rz. 12 – *Stillelegungsfonds Binnenschifffahrt* bereits von einem „change in the internal constitution of the Community“, während in der deutschen Sprachfassung von einer Veränderung „wesentliche(r) Strukturelemente der Gemeinschaft“ gesprochen wird.

¹⁰ Zur weitergehenden Annahme einer Grundnorm als Grundlage der gesetzten Verfassung im formellen Sinn H. Kelsen, *Staatslehre* (1925), S. 249 ff. Es sei zudem darauf hingewiesen, dass Kelsen grundsätzlich von einem Monismus des Verhältnisses von Völkerrecht und nationalem Recht (ebd. 128 ff.) und von einer strikten Trennung rechtlichen Sollens und tatsächlichen Seins (ebd. 231 f.) ausgeht – Annahmen, die umstritten sind und das rechtliche Verfassungsverständnis im Sinn dieses Abschnitts nicht charakterisieren sollen.

¹¹ Siehe insbesondere H.L.A. Hart, *Concept of Law* (1961).

¹² Zu Gemeinsamkeiten, Unterschieden und möglichen Zwischenstufen des hierarchisierten Stufenbaus *à la Kelsen* und der *Hart'schen* „rule of recognition“ G. Winterton, *Grundnorm*, L.Q.R. 92 (1976), 591; R. Brazier, *Constitution?*, N.I.L.Q. 52 (2001), 1/7; I. Weyland, *Kelsen, Law and Philosophy* 2002, 1; T. Öhlinger, *Stufenbau*, in: Jyränki (1997), S. 163 und T. Hartley, *Foundations*, L.Q.R. 117 (2001), 225.

¹³ EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251/1270 – *Costa/E.N.E.L.*; ebenso bereits EuGH, Rs. 13/61, Slg. 1962, 97/110 – *Bosch/van Rijn*: „dass das innerstaatliche Recht ... und das Recht der Gemeinschaft zwei selbständige, voneinander verschiedene Rechtsordnungen sind“ und EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3/25 – *van Gend & Loos*: „neue Rechtsordnung des Völkerrechts.“ Umfassend A. Peters, *Elemente* (2001), S. 242-295.

sung im Rechtssinn, die auch vom Bundesverfassungsgericht grundsätzlich anerkannt wird¹⁴. Nur bei einer Autonomie der europäischen Rechtsordnung können die europäischen Verträge ein hierarchisches Vorrangverhältnis gegenüber nachgeordnetem Europarecht als Spitze der gestuften europäischen Rechtsordnung entfalten. Die Autonomie der europäischen Rechtsordnung wurde durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs systematisch ausgebaut, indem er mit den allgemeinen Rechtsgrundsätzen einen grundsätzlich abschließenden Katalog europarechtlicher Rechtmäßigkeitsmaßstäbe schuf, der auch den Grundrechtsschutz gegenüber europäischer Hoheitsgewalt an europarechtlichen Maßstäben misst¹⁵.

Das rechtliche Verfassungsverständnis geht regelmäßig – wenn auch nicht notwendig – einher mit der Durchsetzung der Verfassung durch eine Verfassungsgericht¹⁶. Auch der Europäische Gerichtshof sichert die Wahrung des Rechts bei Auslegung und Anwendung der Verträge¹⁷. Tatsächlich betrafen die meisten Situationen, in denen der Gerichtshof bislang ausdrücklich vom Verfassungscharakter der Verträge sprach, die Wahrung oder Ausweitung seiner Kontrollmöglichkeiten als Verfassungsgericht. So heißt es in der Entscheidung *Les Verts* ausdrücklich, dass die Gemeinschaft „eine Rechtsgemeinschaft der Art ist, dass weder die Mitgliedstaaten noch die Gemeinschaftsorgane der Kontrolle darüber entzogen sind, ob ihre Handlungen im Einklang mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag, stehen.“¹⁸ Die Funktion des Gerichtshofs, als Verfassungsgericht den Vorrang der europäischen Verträge vor unterverfassungsrechtlichen Normen zu sichern, unterstreicht, dass die europäischen Verträge als Verfassung im Rechtssinn zu qualifizieren sind¹⁹.

Ein wesentliches Charakteristikum des rechtlichen Verfassungsverständnisses ist zumeist auch die Existenz einer unmittelbaren Rechtsbeziehung zwischen den Bürgern und den Normen der Rechtsordnung²⁰. Hiervon geht mittelbar schon Art. 249 EGV aus, wenn er be-

¹⁴ BVerfGE 22, 293/296 – *EWG-Verordnung*: „eigene Rechtsordnung, deren Normen weder Völkerrecht noch nationales Recht der Mitgliedstaaten sind.“ Bestätigt in BVerfGE 37, 271/277 f. – *Solange I*: „... dass das Gemeinschaftsrecht weder Bestandteil der nationalen Rechtsordnung noch Völkerrecht ist, sondern eine eigenständige Rechtsordnung bildet, die aus einer autonomen Rechtsquelle fließt.“

¹⁵ Näher zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen die Nachweise in der Einführung zum zweiten Teil (S. 203 f.) und speziell zu den Grundrechten *I. Pernice*, Grundrechtsgehalte (1979).

¹⁶ Statt vieler *J. Limbach*, Supremacy, ML Rev. 64 (2001), 1/4: „(T)he principle of supremacy of the constitution attains its practical point only with the introduction of constitutional jurisdiction.“

¹⁷ Art. 220 EGV. Zur Rolle des Gerichtshofs als Verfassungsgericht etwa *O. Duce*, Constitutional Court, in: *Cur-tin/O’Keeffe* (1992), S. 3; *G.C. Rodríguez Iglesias*, Gedanken, NJW 1999, 1; *P. Eeckhout*, Court, Y.E.L. 18 (1998), 1; *I. Pernice*, Dritte Gewalt, EuR 1996, 27 und *F. Mayer*, Verfassungsgerichtsbarkeit, in: von Bogdandy (2003), S. 229.

¹⁸ EuGH, Rs. 294/83, Slg. 1986, 1339 Rz. 23 – *Les Verts*. In EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991 I-6079 – *EWG I* und EuGH, Gutachten 2/94, Slg. 1996 I-175 – *EMRK-Beitritt* „dient“ das Argument des Verfassungscharakters auch der Wahrung des Letztentscheidungsrechts des Gerichtshofs gegenüber dem seinerzeit geplanten EWR-Gerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte.

¹⁹ Hierzu auch *J. Gerkrath*, *Émergence* (1997), S. 92-9; *M. Zuleeg*, Zusammenhalt, ZEuP 1 (1993), 475/476 ff.; *W. Hertel*, Supranationalität (1998), S. 72 f.; *C. Möllers*, Konstitutionalisierung, in: von Bogdandy (2003), S. 42 ff. und *A. Peters*, *Elemente* (2001), S. 339 ff.

²⁰ Es wird insbesondere darauf hingewiesen, dass die UN-Charta oder das Zusammenspiel zentraler völkerrechtlicher Grundprinzipien und -Verträge wegen der regelmäßig fehlenden unmittelbaren Anwendbarkeit (und der fehlenden direkten demokratischen Legitimation) nicht als „Verfassung“ im Rechtssinn zu qualifizieren; so etwa *F. Hoffmeister*, Security Council, ZaöRV 58 (1998), 1091 und *I. Pernice*, Multilevel, EL Rev. 27 (2002) 511/517 f. im direkten oder indirekten Widerspruch zu *B. Faßbender*, Security Council (1998). Allgemein zur „Verfassung der Staatengemeinschaft“ auch *J. Gerkrath*, *Émergence* (1997), S. 99 ff.; *W. Hertel*, Supranationalität (1998), S. 61 ff.; *A. Verdross/B. Simma*, Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, S. 69 ff.; *C. Himsworth*, No Longer, Public Law 1996, 639/658; *E.-U. Petersmann*, Constitutionalism, in: FS Steinberger (2002), S. 291 und *ders.*, Principles, in: FS Ehlermann (2002), S. 383.

stimmt, dass Verordnungen „unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“ gelten. Jedenfalls die Entscheidung *van Gend & Loos* kann man hiernach als „Urknall für das Entstehen der Gemeinschaft als Rechtssystem“²¹ oder wenigstens als „one of the high moments, possibly the single most important one on the process that transformed the EC Treaties from a set of legal arrangements binding *only* upon sovereign States“ bezeichnen, wenn sie bestimmt, dass das Gemeinschaftsrecht den Einzelnen, auch Rechte verleihen soll²². Die unmittelbare Anwendung des Gemeinschaftsrechts bindet die Bürger in den Integrationsprozess ein. Die folgenden Klagemöglichkeiten übertragen den Bürgern die Initiative für die richterrechtliche Fortentwicklung der europäischen Verträge als einer Verfassung im Rechtssinn²³.

Die unmittelbare Anwendung des Gemeinschaftsrecht betrifft freilich nur die Rechtsfolgenseite. Sie ist konzeptionell nicht notwendig verbunden mit der Rückführung der europäischen Hoheitsgewalt auf die Unionsbürger, wie sie der Konzeption des europäischen Gesellschaftsvertrags zu Grunde liegt und im demokratischen Verfassungsverständnis zum Ausdruck kommt²⁴. Man kann insoweit einen Bogen zum Konzept der Supranationalität schlagen, dessen Gehalt nicht abschließend bestimmt ist, regelmäßig aber im Sinn einer unmittelbaren Durchgriffswirkung der übertragenen Hoheitsrechte verstanden wird. Die legitimatorische Basis verbleibt hierbei ein staatlicher Übertragungsakt²⁵. Vor diesem Hintergrund kann man auch im Hinweis des Gerichtshofs auf die Verträge als „Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft“²⁶ eine Begrenzung auf ein rechtliches Verfassungsverständnis unter Ausklammerung der demokratischen Legitimation sehen²⁷. Die Befürworter einer solchen supranationalen Sicht der europäischen Integration drücken ihr in erster Linie rechtliches Verfassungsver-

²¹ So *Günter Hirsch* bei einem Vortrag zur Eröffnung der Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht an der Universität Bayreuth am 12.11.1999, zitiert nach *I. Pernice*, Verfassungsfrage, in: Bruha u.a. (2001), S. 29.

²² EuGH, Rs. 26/62, Slg. 1963, 3/25 – *van Gend & Loos*. Siehe auch EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991 I-6079 Rz. 21 – *EWV I*: „Die wesentlichen Merkmale der so verfassten Rechtsordnung der Gemeinschaft sind ihr Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten und die unmittelbare Wirkung zahlreicher für ihre Staatsangehörigen und sie selbst geltender Bestimmungen.“ *J.H.H. Weiler*, Reformation, in: *Constitution* (1999), S. 222 kritisiert gleichwohl, dass nicht so sehr die unmittelbare Anwendung oder der Vorrang, sondern vielmehr qualifizierte Mehrheitsentscheidungen die staatliche Souveränität einschränken.

²³ So im Hinblick auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 30 EGV *P. Poiares Maduro*, *We, the Court* (1998), S. 28: „Litigation was the fuel for the process of constitutionalisation... So, as formal constitutions are mainly a product of the representation and participation in the political process, so too is the European Constitution, to a large extent, a result of participation and representation in the European judicial process.“

²⁴ Das rechtliche Verfassungsverständnis geht mit diesen beiden Dimensionen der europäischen Verfassungstheorie nicht notwendig einher. Näher Kapitel 11 III 2 (S. 331 ff.) und Kapitel 11 IV (S. 335 ff.).

²⁵ Zum Konzept der Supranationalität etwa *W. Hertel*, *Supranationalität* (1998), 137: „Im supranationalen Konzept der europäischen Integration sind vertragsschließende Subjekte und herrschaftsunterworfenen Objekte hingegen gerade nicht identisch“; *M. Zuleeg*, *Supranationalität, Integration* 1988, 103: „Der Begriff der Supranationalität ist ohne den Nationalstaat nicht denkbar“; *H.-P. Ipsen*, *Gemeinschaftsrecht* (1972), S. 67 ff.; *P. Badura*, *Supranationalität*, in: *Schwarze* (1998), S. 63; *W.-D. Grussmann*, *Grundnorm*, in: *von Danwitz* (1993), S. 47; *C. Joerges*, *Deliberative*, *ELJ* 8 (2002), 133 und *S. Oeter*, *Föderalismus*, in: *von Bogdandy* (2003), S. 71 ff. *A. von Bogdandy*, *supranationale Föderation, Integration* 1999, 95/107 ff. rechtfertigt die Verwendung des Begriffs des Doppelbegriffs „supranationalen Föderalismus“ unter anderem damit, dass Partizipation und demokratische Legitimation mit dem Konzept der „Supranationalität“ nicht notwendig verbunden seien, wohl aber mit dem föderalen Gedanken.

²⁶ EuGH, Gutachten 1/91, Slg. 1991 I-6079 Rz. 21 – *EWV I*; eigene Hervorhebung.

²⁷ Siehe auch *D. Grimm*, *Constitution?*, *ELJ* 1 (1995), 282/289: „exists only as a legal community“; *N. Reich*, *Pieces*, in: *Academy of European Law VI-1* (1996), S. 234: *juridification instead of democratisation*; *K. Armstrong*, *Legal, JCMSt.* 36 (1998), 155/161; *A. von Bogdandy*, *Bird's Eye*, *ELJ* 6 (2000), 208/221 ff. und modifizierend *O. Gerstenberg*, *Euro-Constitutionalism*, *ELJ* 8 (2002), 172.

ständnis häufig durch die Verwendung des Begriffs „Verfassungsvertrag“ anstelle des einfachen Substantivs „Verfassung“ aus²⁸.

Die supranationale Sicht der europäischen Verträge als einer Verfassung im Rechtssinn, welche die Bürger zwar auf der Rechtsfolgenseite einbindet, die europäische Hoheitsgewalt und deren Legitimität jedoch primär auf die Kooperation der Mitgliedstaaten stützt, ist eine Fortwirkung der funktionalistischen Integrationslogik des Binnenmarkts mit seiner vermeintlichen volkswirtschaftlichen Naturgesetzlichkeit der *spill over*²⁹. Es ist dies zugleich ein Gegenmodell zur nachfolgend vorgestellten Deutung der Verträge als einen europäischen Gesellschaftsvertrag, auf dessen Grundlage die europäische Hoheitsgewalt eine direkte Legitimation im Sinn eines demokratischen Verfassungsverständnisses erlangt. In welchem Umfang die Ungleichzeitigkeit der europäischen Integration im Widerstreit dieser beiden Auffassungen ein Argument für die supranationale Deutung der europäischen Verträge darstellt, wird im folgenden Kapitel näher untersucht werden müssen³⁰. Hierbei ist auch zu erörtern, ob die bestehenden Formen von Ungleichzeitigkeit eventuell sogar den Grundannahmen des rechtlichen Verfassungsverständnisses widersprechen³¹.

Die vorstehenden Darlegungen beziehen sich in erster Linie auf das Gemeinschaftsrecht des EG-Vertrags. Dagegen findet die Gemeinschaftsmethode auf die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik und die Zusammenarbeit in Strafsachen im Rahmen der zweiten und dritten Säule des EU-Vertrags bislang nur begrenzt Anwendung. Insbesondere die Anwendbarkeit allgemeiner Rechtsgrundsätze auf das Unionsrecht ist derzeit noch nicht abschließend geklärt³² und die Zuständigkeit des Gerichtshof ist in der zweiten Säule ausgeschlossen und in der dritten Säule asymmetrisch beschränkt³³. Es ist dies jedoch keine Folge von Ungleichzeitigkeit, sondern Ausdruck der geringeren Integrationsdichte in diesen Politikbereichen. Die Rechtsstruktur des EU-Vertrags nähert sich nur schrittweise an die Gemeinschaftsmethode³⁴. Nachdem die Zusammenarbeit in Strafsachen durch den Vertrag von Amsterdam grundlegend reformiert wurde, fusioniert der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents die Säulen der Europäischen Union nunmehr in einer einheitlichen Rechtspersönlichkeit³⁵. In der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik war die rechtliche Domesticierung von Ungleichzeitigkeit eine wichtige Motivation für ihre schrittweise Einbeziehung in das rechtliche Verfassungsverständnis der europäischen Verträge³⁶.

²⁸ Näher zum Begriff und Konzept des „Verfassungsvertrags“ im Hinblick auf die aktuelle Debatte *F. Cromme*, Verfassungsvertrag, DÖV 2002, 593; *C. Walter*, Globalisierung, DVBl. 2000, 1/12 und *A. Peters*, Elemente (2001), S. 228 f. Zur historischen Genese *C. Schmitt*, Verfassungslehre (1928; Ausg. 1993), S. 61-75.

²⁹ Näher Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.).

³⁰ Wiederum Kapitel 12 I 1 (S. 342 ff.).

³¹ Hierzu Kapitel 12 IV (S. 374 ff.).

³² Näher Kapitel 3 III 2 (S. 105 ff.).

³³ Siehe Art. 46 EUV und Kapitel 7 III 1 (S. 218 f.).

³⁴ *G. Nicolaysen*, Integrationsverfassung, in: FS Oppermann (2001), S. 187 spricht von „Integrationsverfassung“.

³⁵ Zum Vertrag von Amsterdam Kapitel 3 III 2 (S. 105 ff.) und zur Fusion der bisherigen Säulenstruktur unter dem Dach einer einheitlichen Rechtspersönlichkeit allgemein den Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa. Innerhalb des Verfassungsvertrags bestehen freilich Sonderregeln für die Zusammenarbeit in Strafsachen und die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik fort.

³⁶ Hierzu Kapitel 5 IV (S. 179 ff.).

III „Postnationaler“ Verfassungsbegriff

Im Vorfeld der britischen Unterhauswahlen vom Juni 2001 formulierte Baronin *Thatcher*: „The greatest issue in this election, indeed the greatest issue before our country, is whether Britain is to remain a free, independent nation state or whether we are to be dissolved in a federal Europe. There are no half-measures, no third ways and no second chances.“³⁷ Die kompromisslose Gegenüberstellung von nationaler Unabhängigkeit und europäischer Staatlichkeit ist ein Ausdruck der herkömmlichen Konzeption von Souveränität, Kompetenz-Kompetenz und Staatlichkeit, die das Völkerrecht und die Staatslehre seit dem Westfälischen Frieden prägten. Mit diesem Verständnis sind die Grundannahmen einer europäischen Verfassungstheorie nicht in Einklang zu bringen, soweit sie davon aufgeht, dass die europäische Verfassung die Verfassungen der Mitgliedstaaten nur ergänzt, nicht aber ersetzt. In der Diskussion der vergangenen Jahre hat sich jedoch ein zunehmender Konsens herausgebildet, dass es eine Verfassung jenseits des Staates geben kann. Die Existenz einer europäischen Verfassung setzt nicht notwendig die Entstehung eines europäischen Staats voraus, der die Staatlichkeit der Mitgliedstaaten aufhebt.

1 Verfassung ohne Staat?

Das herkömmliche Verständnis von staatlicher Souveränität basiert auf der Annahme einer grundsätzlich umfassenden Zuständigkeit des Staates im Bezug auf das jeweilige Staatsgebiet „to exercise therein, to the exclusion of any other state, the function of a state.“³⁸ Aus Platzgründen können die historische und aktuelle Debatte über Inhalt und Reichweite des Souveränitätsbegriffs³⁹ und seiner innerstaatlichen Entsprechung der Kompetenz-Kompetenz⁴⁰ an dieser Stelle selbstverständlich nicht nachgezeichnet werden. Stattdessen beschränkt sich diese Standortbestimmung auf den allgemeinen Hinweis, dass Recht und Verfassung nicht losgelöst von der lebensweltlichen Lebenswirklichkeit existieren, sondern zumindest auch von den tatsächlichen Gegebenheiten abhängen. Wenn die politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Realitäten sich wandeln, können sich Rechts- und Verfassungstheorie diesem Wandel nicht verschließen⁴¹.

³⁷ *Margaret Thatcher* zitiert nach *E. MacAskill*, *Thatcher Says Never to Single Currency*, *The Guardian* vom 23.5.2001, S. 1.

³⁸ Max Huber, Schiedsspruch vom 4.4.1928 *Island of Palmas*, *Reports of International Arbitral Awards* 2, 829/838.

³⁹ Zur aktuellen Debatte allgemein und speziell im Hinblick auf die Europäische Union statt vieler *N. MacCormick*, *After Sovereignty*, *KCLJ* 9 (1998/99), 20; *J. Oeter*, *Souveränität*, *ZaöRV* 55 (1995), 659; *J.-M. Ferry*, *Souveraineté*, in: *Magnette* (2000), S. 53; *B. Faßbender*, Art. 2(1), in: *Simma* (2002); *A. von Bogdandy*, *Bird's Eye*, *ELJ* 6 (2000), 208/215 ff.; *D. König*, *Übertragung* (2000), S. 509 ff.; *A. Peters*, *Elemente* (2001), S. 125 ff.; *A. Schmitt Glaeser*, *Souveränität*, in: *von Bogdandy* (2003), S. 205 und die Beiträge in *D. Murswiek*, *Staat*: FS Quaritsch (2000).

⁴⁰ Zum „klassischen“ Zusammenhang von Staatlichkeit und Kompetenz-Kompetenz etwa *G. Jellinek*, *Staatslehre*, 2. Aufl. 1905, S. 482 und *C. Schmitt*, *Verfassungslehre* (1928; Ausg. 1993), S. 386 f. Zur fehlenden Kompetenz-Kompetenz der Europäischen Union etwa *U. Di Fabio*, Art. 23 GG, *Der Staat* 32 (1993), 191/197; *P. Kirchhof*, *Staatenverbund*, in: *von Bogdandy* (2003), S. 912 ff.; *D. Grimm*, *Constitution?*, *ELJ* 1 (1995), 282/299 sowie BVerfGE 89, 155/198 – *Maastricht*: „gehört eine Kompetenz-Kompetenz der Gemeinschaft gerade nicht.“ Kritisch zur Diskussion etwa *König* ebd. 490 ff.; *H.-P. Ipsen*, *Verfassung*, *EuR* 1987, 195/202: „Die staatliche Kompetenz-Kompetenz hat sich durch den Beitritt zur Gemeinschaft selbst beschränkt“; *J. Frowein*, *Verfassung*, *EuR* 1995, 315/319: „Keine hat eine rechtlich anerkannte Kompetenz-Kompetenz“ und *I. Pernice*, *Verfassungsrecht*, *VVDStRL* 60 (2001), 148/186: „wird auch die Vorstellung staatlicher Kompetenz-Kompetenz in der EU zum Relikt überholten Souveränitätsdenkens“.

⁴¹ Die Abhängigkeit der Staats- und Verfassungstheorie von soziologischen Gegebenheiten betonen etwa *G.*

Soziologen und Ökonomen haben in den vergangenen Jahren wiederholt dargelegt, dass die zunehmende „Globalisierung“ des Handels, des betriebswirtschaftlichen Investitionsverhaltens, der Finanzmärkte, der Kommunikation, der Friedensbedrohung, des Terrorismus, der Migrationsströme und der Umweltgefährdungen die tatsächliche Fähigkeit einzelner Staaten zur „souveränen“ Lösung dieser Herausforderungen begrenzt⁴². Wenn die öffentliche Gewalt die tatsächliche Fähigkeit zur Steuerung wirtschaftlicher und sozialer Entwicklungen nicht verlieren will, muss sie Entscheidungsbefugnisse auf überstaatlicher Ebene wahrnehmen und hierbei ein System der „multilevel governance“ begründen, wie es von der Politikwissenschaft untersucht und beschrieben wurde⁴³. Vor diesem Hintergrund ist die Entwicklung einer „postnationalen“⁴⁴ Verfassungstheorie der Versuch, die Kluft zwischen dem juristischen Schein einer Bewahrung umfassender staatlicher Souveränität und dem tatsächlichen Scheitern dieses Anspruchs in der globalisierten Welt zu überbrücken.

Ein solcher postnationaler Verfassungsbegriff überträgt die klassische Souveränitätslehre nicht auf die überstaatliche Ebene, sondern ordnet hoheitliche Aufgaben verschiedenen Ebenen zu. Die europäische Verfassung impliziert nicht die Existenz eines europäischen Staats und verlangt auch nicht dessen spätere Entstehung⁴⁵. Vielmehr erlaubt die Übertragung von Hoheitsbefugnissen auf die überstaatliche Ebene eine Zurückgewinnung von politischer „Souveränität“ im Sinn tatsächlicher Einflussmöglichkeiten⁴⁶. Wenn die überstaatliche Hoheitsgewalt den Anforderungen des demokratischen und rechtlichen Verfassungsverständnisses folgt, ist die Verteilung von Hoheitsgewalt auf verschiedenen Steuerungsebenen und deren verfassungsrechtliche Domestizierung sogar ein Beitrag zur Bewahrung der Errungenschaften des modernen Verfassungsstaats. Die „Globalisierung“ führt zwar zu einem Verlust an Steuerungsmöglichkeit im Nationalstaat, organisiert die Anforderungen des rechtlichen und demokratischen Verfassungsverständnisses auf überstaatlicher Ebene jedoch neu.

Vor diesem Hintergrund hat sich in der deutschen und europäischen Staats- bzw. Verfassungslehre in den vergangenen Jahren zunehmend die Überzeugung durchgesetzt, dass der

Jellinek, Staatslehre, 2. Aufl. 1905, S. 24 ff.; *R. Smend*, Verfassungsrecht (1928), in: ders. (3. Aufl. 1994), S. 123 ff. und *H. Heller*, Staatslehre (1934), S. 30 ff. Anders *H. Kelsen*, Staatslehre (1925), S. 231 f.

⁴² Statt vieler *J. Habermas*, Postnationale Konstellation (1998); *U. Beck*, Globalisierung (1997); *A. Giddens*, Modernity (1990). Aus der deutschen rechtswissenschaftlichen Literatur etwa *C. Tomuschat*, 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“; *A. von Bogdandy*, Bird’s Eye, ELJ 6 (2000), 208/214: „erosion of statehood“; *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/155 f.: „Der „postnationale“ Verfassungsbegriff lässt Staat und Nation im klassischen Sinn hinter sich, so wie die Globalisierung neue Instrumente der Steuerung fordert, Politik also über den nationalen Rahmen hinausgeht.“

⁴³ Siehe etwa *F. Scharpf*, Multi-Level, Journal of European Politics and Policy 4 (1997), 520; *M. Zürn*, Regieren (1998); die Beiträge in *G. Marks/F. Scharpf/P. Schmitter/W. Streek*, Governance (1996) und speziell zur Kompetenzabgrenzung *F. Mayer*, Letztentscheidung (2000), S. 323 ff.

⁴⁴ *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/155 in Fortführung von *J. Habermas*, Die postnationale Konstellation (1998).

⁴⁵ So auch *Pernice* ebd. 149 f.; *A. von Bogdandy*, Bird’s Eye, ELJ 6 (2000), 208; *M. Zuleeg*, Föderative Grundsätze, NJW 2000, 2846/2851, den „die fast einhellige Aussage erstaunt“. Siehe auch BVerfGE 89, 155/188 f. – *Maastricht*: „Der Unions-Vertrag begründet ... keinen sich auf ein europäisches Staatsvolk stützenden Staat.“ Siehe aber *U. Di Fabio*, Weltgesellschaft (2001), S. 86 ff.: „Ist die Staatswerdung Europas unausweichlich?“ und *F. Mancini*, Statehood, ELJ 4 (1998), 29.

⁴⁶ In diesem Sinn etwa der britische Außenminister *J. Straw*: A Europe for its Citizens, Lecture at the Royal Institute of International Affairs, London 27.7.2001 <www.fco.gov.uk>: „In today’s interdependent world, pooling sovereignty, when we choose to, is the way to strengthen sovereignty, not lose it.“

Verfassungsbegriff jedenfalls im Hinblick auf die Europäische Union vom Konzept des Staates zu trennen ist⁴⁷. Wenn die europäischen Verträge hiernach als eine postnationale, nicht-staatliche Verfassungsordnung zu qualifizieren sind und die nationalen Verfassungen zugleich fortbestehen, bestehen aus der Sicht jedes Bürgers zwei Verfassungsordnungen nebeneinander. Wenn diese Verfassungen jeweils aus eigenem Recht existieren und die gleiche Legitimität besitzen, kann keine den Anspruch einer umfassenden Souveränität oder Kompetenz-Kompetenz beanspruchen. Wie kann eine derartige Koexistenz zweier gleichberechtigter Verfassungsordnungen konzeptionell erklärt und ihre Interaktion rechtlich konstruiert werden?

2 Europäischer Gesellschaftsvertrag

Im Verfassungsverständnis der Mitgliedstaaten findet der Grundsatz der Volkssouveränität eine Basis gemeineuropäischer Verfassungstradition⁴⁸. Einzig das Vereinigte Königreich gründet seine Rechtsordnung in der Theorie nicht auf die rechtliche Souveränität des Volkes, sondern auf die *sovereignty of Parliament* mit dem Recht „to make or unmake any law whatever.“⁴⁹ Vor diesem Hintergrund der gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten überträgt unter anderem *Pernice* das verfassungstheoretische Modell des Gesellschaftsvertrags und der Volkssouveränität auf den europäischen Integrationsprozess⁵⁰:

⁴⁷ Siehe die umfassenden Nachweise bei *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/149-158; *J. Gerkrath*, Émergence (1997), S. 85 ff. und *A. Peters*, Elemente (2001), S. 93-163 sowie etwa die Überlegungen von *C. Walter*, Globalisierung, DVBl. 2000, 1/6; *G. Hirsch*, Verfassung?, NJW 2000, 46; *U. Di Fabio*, Unionsverfassung, JZ 2000, 737/738 f., 743; *I. Pernice*, Multilevel Constitutionalism, CML Rev. 36 (1999), 703 ff.; *D. Thym*, Post-Nice, in: Andenas/Usher (2003), S. 153 ff.; *D. Baluchard*, Constitutionnalisation (2001); *J.H.H. Weiler*, Constitution (1999), S. 86 ff., 221 ff., 264 ff., 324 ff.; *P. Craig*, Nature, in: ders./de Búrca (1999), S. 28 ff., 32 ff.; *G.C. Rodríguez Iglesias*, ‚Verfassung‘, EuGRZ 1996, 125/130. Modifizierend *C. Möllers*, Argument (2000), S. 256 ff. und *W. Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat (1969), S. 41: „Jeder Verband, sei es von Menschen, sei es von privaten und öffentlichen Gemeinwesen, hat eine Verfassung“. Anders etwa *P. Kirchhof*, Identität, in: Handbuch des Staatsrechts I (1987), § 19 Rn. 18; *H. Hofmann*, Soziologie, JZ 1999, 1065/1074; *E.-W. Böckenförde*, Staat (1999), S. 133 ff.; *D. Grimm*, Zukunft, in: Preuß (1994), S. 291 und *J. Isensee*, Staat und Verfassung, in: Handbuch des Staatsrechts I (1987), § 13 Rn. 1: „Verfassung ist nicht zu verstehen ohne Staat. Dieser ist ihr Gegenstand und ihre Voraussetzung.“

⁴⁸ So ausdrücklich alle republikanischen Verfassungen der Mitgliedstaaten: Deutschland Art. 20 I; Finnland Sektion 2 I; Frankreich Art. 3 I; Griechenland Art. 1 II; Irland Art. 1; Italien Art. 1 II; Österreich Art. 1 und Portugal Art. 3 I. Auch die Verfassungen von vier monarchischen Mitgliedstaaten enthalten explizite Verweise auf die Volkssouveränität: Belgien Art. 33 I; Luxemburg Art. 32; Spanien Art. 1 II und, die hier exemplarisch zitierte Bestimmung, des Art. 1 I der schwedischen Verfassung: „All public power in Sweden proceeds from the people.“ Nur die Verfassungen Dänemarks und der Niederlande enthalten keinen ausdrückliche Regelung, die von der Verfassungslehre gleichwohl angenommen (so zur dänischen Verfassung von 1953 *H. Zable*, Dansk I (1995), S. 41 ff.) und drückte sich in den Niederlanden etwa durch die Annahme einer neuen Verfassung im Jahr 1983 aus (hierzu, wenn auch modifizierend im Sinn einer „lack of doctrinaire characteristics“, *C. Kortmann/P. Bovend'Eert*, Dutch (2000), S. 19 ff.). Allgemein auch die Textstufenanalyse von *P. Häberle*, Verfassungsgebende Gewalt, AöR 112 (1987), 53/54 ff.

⁴⁹ *A.V. Dicey*, Constitution, 8. Aufl. 1945, S. 39 f. Demgegenüber erscheint der Bürger nach klassischem Verständnis nur als „the predominant part of the *politically* sovereign power“ (ebd. 76). Dies schließt freilich nicht aus, dass die europäische Verfassung auch für das Vereinigte Königreich auf der Volkssouveränität gründet; die Briten blieben insofern „Untertanen“ der nationalen Verfassungsorgane und wirkten als „Bürger“ an der Konstituierung der europäischen Verfassung mit. Hierzu und zu modifizierenden Ansichten in der britischen Verfassungslehre *D. Thym*, Post-Nice, in: Andenas/Usher (2003), S. 157-159.

⁵⁰ Allgemein zur Konzeption des Gesellschaftsvertrags als Grundlage der Volkssouveränität etwa *J. Locke*, Treatises (1780-3; Ausg. 1993); *J.-J. Rousseau*, Contrat social (1762; Ausg. 1839); *T. Paine*, Rights of Man II (1792; Ausg. 1989), S. 184 ff.; *W. Kersting*, Gesellschaftsvertrag (1996); *O. Höffe*, Gesellschaftsverträge, Die Union 2000, 59; *G. Frankenberg*, Contract, ELJ 6 (2000), 257. Zum alternativen Erklärungsmodell der „cos-

„Im Zustimmungsgesetz manifestiert sich dann der demokratisch gebildete Wille der Bürger, im Einklang mit dem Willen der Bürger der anderen beteiligten Staaten die Union zu gründen und zu entwickeln. Unter den Bedingungen und nach den Verfahren, die die Integrationsklauseln festlegen, sind es die Bürger der Mitgliedstaaten, die durch sukzessive Vertragswerke supranationale Hoheitsgewalt konstituieren... Die europäischen Verträge sind damit, weit weniger fiktiv als normale Verfassungen, Ausdruck eines *contrat social européen*. Auch sie begründen eine Gegenseitigkeitsordnung zwischen den Menschen, dokumentieren den Willen der Bürger der Mitgliedstaaten, sich zu vertragen, immer neu zu vertragen, für das gemeinsame Wohl, und organisiert den Prozess einer immer engeren Union, also europäischer Integration. Die Verträge sind ‚Verfassungsvertrag‘... Sie konstituieren Hoheitsgewalt ebenso originär wie eine staatliche Verfassung.“⁵¹

Das Modell eines europäischen Gesellschaftsvertrags kann in zweifacher Hinsicht als Grundlage einer eigenständigen europäischen Verfassung dienen: Im Hinblick auf das rechtliche Verfassungsverständnis erlaubt es die Annahme einer nicht mehr hintergehbaren, letzten normativen Voraussetzung für die Eigenständigkeit und den Selbstbezug der europäischen Rechtsordnung mit den europäischen Verträgen als Spitze der europäischen Rechtsordnung⁵². Darüber hinaus ermöglicht es aus der verfassungstheoretischen Binnenperspektive der Bürger die Annahme einer sachlichen Begrenzung aller öffentlicher Gewalt. Anders als bei den herkömmlichen Konzepten staatlicher Souveränität und Kompetenz-Kompetenz ist der Umfang öffentlicher Gewalt nach dem Konzept des Gesellschaftsvertrags notwendig begrenzt. Es gibt, in den Worten *Häberles*, „nur soviel Staat, wie die Verfassung konstituiert“⁵³.

Die in den Grund- und Menschenrechten verbürgte Autonomie der Bürger ist vor diesem Hintergrund der Ausgangspunkt für die Existenz jeglicher Hoheitsgewalt: „Souveränität ist die in der Menschenwürde wurzelnde Selbstbestimmung des Einzelnen.“⁵⁴ Die Charta der

mopolitan ideas“, das auf das kantsche Weltbürgerrecht „*ius cosmopolitanum*“ aufbaut *I. Kant*, *Ewigen Frieden* (1795; Ausg. 1984), S. 21 ff.; *P. Eleftheriadis*, *Cosmopolitan*, *Columbia JEL* 7 (2001), 21 insb. 35-39; *ders.*, *Cosmopolitan*, *ELJ* 9 (2003), 241; *M. Telö*, *Constitutionnalisme*, in: *Magnette* (2000), S. 69 und *R. Bellamy/D. Castiglione*, *Cosmopolitan*, in: *Koslowski* (1997), S. 254.

⁵¹ *I. Pernice*, *Verfassungsrecht, VVDStRL* 60 (2001), 148/166 f.; Verweise weggelassen. Ebenso etwa *ders.*, *Multilevel Constitutionalism*, *CML Rev.* 36 (1999), 703/708 ff.; *ders.*, *Kompetenzabgrenzung*, *JZ* 2000, 866/870 f.; *ders.*, *Konsolidierung*, *JöR N.F.* 48 (2000), 205/208 ff.; *ders.*, *Europäische Verfassung*, in: *FS Steinberger* (2002), S. 1323 ff. Siehe auch *EuGH*, *Rs.* 26/62, *Slg.* 1963, 3/24 – *van Gend & Loos*: „(D)amit ist zugleich gesagt, dass dieser Vertrag mehr ist als ein Abkommen, das nur wechselseitige Verpflichtungen zwischen den vertragsschließenden Staaten begründet. Diese Auffassung wird durch die Präambel des Vertrages bestätigt, die sich nicht nur an die Regierungen, sondern auch an die Völker richtet... Zu beachten ist ferner, dass die Staatsangehörigen der in der Gemeinschaft zusammengeschlossenen Staaten dazu berufen sind, durch das Europäische Parlament und den Wirtschafts- und Sozialausschuss zum Funktionieren dieser Gemeinschaft beizutragen.“ *Kritisch zur Anwendung des Konzepts des Gesellschaftsvertrags auf die Europäische Union* etwa *C. Möllers*, *Konstitutionalisierung*, in: *von Bogdandy* (2003), S. 13 ff.; *S. Oeter*, *Föderalismus*, ebd. 59 und *U. Haltern*, *Pathos and Patina*, *ELJ* 9 (2003), 14.

⁵² Dies erinnert an die kelsenschen Grundnorm. Siehe auch *H. Kelsen*, *Staatslehre* (1925), S. 250: „Es ist, im Grunde genommen, das gleiche theoretische Bedürfnis nach einer einheitlichen Voraussetzung, ... das hier notwendig zur Grundnorm, wie in der Naturrechtstheorie zum Grundvertrag führt. Es ist nur eine primitive Darstellung, wenn die letzte normative Voraussetzung, auf der sich der Rechtscharakter der sozialen Relationen bezieht ... als Vertrag bezeichnet wird. Denn der Vertrag ist der geläufigste Tatbestand, den man im täglichen Leben die Verbindlichkeit begründen sieht.“

⁵³ *P. Häberle*, *Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, S. 620; ähnlich schon *A. Arndt*, *Umwelt*, *NJW* 1963, 24/25: „In der Demokratie gibt es an Staat nicht mehr, als seine Verfassung zum Entstehen bringt.“

⁵⁴ *I. Pernice*, *Verfassungsrecht, VVDStRL* 60 (2001), 148/190; ähnlich *E. Denninger*, *Menschenwürde*, in: *Dreier* (2000), S. 47. Siehe auch *J. Locke*, *Treatises* (1780-3; Ausg. 1993), S. 163: „Men being, as has been said, all free, equal and independent, no one can be put out of this estate, and subjected to the political power of an-

Grundrechte der Europäischen Union mit ihrem Verweis auf „die unteilbaren und universellen Werte der Würde des Menschen, der Freiheit, der Gleichheit und der Solidarität“⁵⁵ kann man insofern als Ausdruck des europäischen Gesellschaftsvertrags betrachten, der im Verfahren und Ergebnis der aktuellen Verfassungsdebatte eine weitere Bekräftigung erfährt. Die Rückführung öffentlicher Gewalt auf den Willen der Bürger dient zugleich als konzeptionelle Grundlage für Anforderungen des demokratischen Verfassungsverständnisses⁵⁶. Im Rahmen der späteren Darlegungen wird zu untersuchen sein, ob Ungleichzeitigkeit im Widerspruch zur Annahme eines europäischen Gesellschaftsvertrags steht, weil sie sich auf den ersten Blick an den Mitgliedstaaten und nicht den Bürgern als Akteuren ausrichtet⁵⁷.

3 Verhältnis zum nationalen Verfassungsrecht

Die europäischen Verträge sind nach dem rechtlichen Verfassungsverständnis ebenso die Spitze der europäischen Rechtsordnung wie die nationalen Verfassungen im Bezug auf die nationale Rechtsordnung. Doch wie verhalten sich die europäische und die nationalen Rechtsordnung zueinander? Für Juristen ist das Verhältnis zwischen Europarecht und nationalem Recht der vermutlich bedeutendste Baustein europäischer Verfassungstheorie. Auf der Grundlage des Konzepts des Gesellschaftsvertrags kann man eine gleichberechtigte, nicht-hierarchische Koexistenz der nationalen und der europäischen Rechtsordnungen begründen. In komplementärer Ergänzung weisen die Bürger jeweils einen sachlich begrenzten Bereich an Hoheitsrechten der nationalen *und* der europäischen Ebene zu⁵⁸. Wenn die europäische und die nationalen Rechtsordnungen hierbei auf derselben legitimatorischen Basis eines Gesellschaftsvertrags beruhen, besteht – anders als in den meisten föderalen Systemen – kein hierarchischer Vorrang der geographisch umfassenderen Rechtsordnung, sondern ein gleichberechtigtes, nicht-hierarchisches Nebeneinander.

Welche Schlussfolgerungen ergeben sich hieraus im Konfliktfall, wenn etwa die vom Bundesverfassungsgericht in Anspruch genommene subsidiäre Einschlägigkeit der Grundrechte des Grundgesetzes gegenüber Europarecht eingreift oder ein europäischer Rechtsakt nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts als *ultra vires*-Akt nicht von den Kompetenzgrundlagen des Primärrechts gedeckt ist⁵⁹ – oder eine entsprechende Konfliktsituation sich in einem anderen Mitgliedstaat ergibt⁶⁰? In diesem Fall nähme das Bundesverfassungsgericht aus der Sicht des Grundgesetzes zu Recht einen entsprechenden Vorbehalt des nationalen Verfassungsrechts an⁶¹. Zugleich würde der Gerichtshof aus der Sicht der europäischen Rechts-

other, without his own consent.“

⁵⁵ Erwägungsgrund 2 der Präambel der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, dem zukünftigen zweitem Teil des Verfassungsvertrags.

⁵⁶ Das Modell des Gesellschaftsvertrags und das demokratische Verfassungsverständnis gehen freilich nicht notwendig einher. Mit ihm kann man auch die Existenz einer absoluten Monarchie erklären; klassisch T. Hobbes, *Leviathan* (1651; Ausg. 1952), S. 100.

⁵⁷ Kapitel 12 I (S. 342 ff.).

⁵⁸ In diesem Sinn heißt es in Amendment X der US-Verfassung: “The powers not delegated to the United States by the Constitution, nor prohibited by the States, are reserved to the States respectively, or to the people.”

⁵⁹ Zum Grundrechtsschutz BVerfGE 102, 147 – *Bananenmarktordnung*; BVerfGE 73, 339 – *Solange II*. Zu ausbrechenden Rechtsakten BVerfGE 89, 155/188 – *Maastricht*: „Dementsprechend prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen.“

⁶⁰ Zu möglichen Kompetenzkonflikten in anderen Mitgliedstaaten etwa F. Mayer, *Letztentscheidung* (2000).

⁶¹ Es sei unterstellt, dass die Auslegung des Grundgesetzes durch des Bundesverfassungsgericht auch bei einer

ordnung ebenfalls zu Recht argumentieren, dass er abschließend und eigenständig über die Gültigkeit und Wirkungsweise des Europarechts zu entscheiden hat. Er würde darauf verweisen, dass die Übertragung von Zuständigkeiten auf die Gemeinschaft „eine endgültige Beschränkung ihrer Hoheitsrechte bewirkt, die durch spätere einseitige, mit dem Gemeinschaftsbegriff unvereinbare Maßnahmen nicht rückgängig gemacht werden kann.“⁶²

Wenn die nationale und die europäische Rechtsordnung beide auf einem Gesellschaftsvertrag beruhen und damit eine gleichwertige Legitimationsbasis besitzen, trifft letztlich keine der beiden Auffassungen uneingeschränkt zu. Es gibt aufgrund des gleichberechtigten Nebeneinanders der nationalen und der europäischen Verfassung keinen bedingungslosen Vorrang des Europarechts vor dem nationalen Recht – und umgekehrt. Was auf den ersten Blick als verfassungstheoretisches Dilemma erscheint, kann sich bei näherer Betrachtung als eine Stärke europäischer Verfassungstheorie erweisen: Das gleichberechtigte Nebeneinander erlaubt und verlangt, die Frage nach dem Vorrang des nationalen oder des europäischen Rechts im Konfliktfall offen zu lassen. Ganz im Sinn des generellen Postulats eines „Kooperationsverhältnisses“⁶³ steht die „Konfliktvermeidung“ und nicht die „Konfliktlösung“ im Vordergrund der Interaktion von nationalem und europäischem Verfassungsrecht und den jeweiligen Verfassungsgerichten⁶⁴.

Hierauf aufbauend beschreibt *Pernice* das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht als „Verfassungsverbund“, der keine klassische bundesstaatliche Verfassung darstellt, sondern eine „(m)aterielle Einheit von europäischem und nationalem Verfassungsrecht“ begründet⁶⁵. Die beiden formal eigenständigen Rechtsordnungen werden zur materiellen Einheit des Verfassungsverbunds vereint. Im Verfassungsverbund besitzt die Vertragsänderung eine Doppelwirkung als Änderung der nationalen und der europäischen Verfassung. Nationale Gerichte und Behörden fungieren zugleich als europäische Einrichtungen. Fundamentale Verfassungsstrukturen der Demokratie und des Menschenrechtsschutzes stabilisieren sich wechselseitig und das Vorrangprinzip löst als Kollisionsnorm mögliche Konflikte zwischen nationalem und europäischem Recht auf⁶⁶. Da das Konzept des europäischen Verfassungsverbunds nachfolgend aufgegriffen wird, sei abschließend auf seine Definition nach *Pernice* verwiesen:

„objektiven“ verfassungsrechtlichen Betrachtung zutrifft.

⁶² So bereits EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251/1270 – *Costa/E.N.E.L.*

⁶³ BVerfGE 89, 155/175 – *Maastricht*.

⁶⁴ Ebenso oder ähnlich *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/182 ff.; *A. Peters*, Elemente (2001), S. 286 f.; *M. Poyares Maduro*, As Good as It Gets?, in: *Weiler/Wind* (2003), S. 100: „preserving the identity of each legal order while at the same time promoting its inclusiveness“; *N. Walker*, Differentiated, ELJ 4 (1998), 355/376 f. in Fortführung von *J.H.H. Weiler*, Reformation, JCMSt. 35 (1997), 97/126: „even conversation“; *ders.*, Sonderweg, in: ebd. 15 ff.: „constitutional tolerance“; *S. Kadelbach*, Verwaltungsrecht (1999), S. 54 ff.; *M. Zuleeg*, Verwaltungsrecht, VVDStRL 53 (1994), 154/165 ff.; *A. von Bogdandy*, supranationale Föderation, Integration 1999, 95/106: „(D)as traditionelle Instrument zur Bewältigung von Komplexität, nämlich Hierarchie, (scheidet) als Lösungsstrategie in praktisch allen wichtigen Hinsichten aus“ und *ders.*, Prinzipienlehre, in: *ders.* (2003), S. 193: „„ungeregeltes“ Verhältnis“.

⁶⁵ *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/172.

⁶⁶ *Pernice* ebd. 176-186. Speziell zum Vorrang denkt er, teilweise anders als vorstehend angenommen, bei extremen Grundrechtsverstößen zwar die Möglichkeit an, „als ultima ratio die innerstaatliche Anwendung eines Rechtsakts der EG durch ein nationales Verfassungsgericht auszusetzen.“ Maßstab sei aber nicht das nationale Verfassungsrecht, sondern „der in Art. 6 I EUV festgelegte Standard.“ Im Übrigen ergebe sich der Vorrang des Europarechts, auch vor nationalen Verfassungen, „zutreffend allein aus dem Gemeinschaftsrecht... Die Erwartung der Rechtstreue ist Grundlage des europäischen *contrat social*. Sie verlangt, dass das gemeinsam gesetzte Recht sich durchsetzt“ (ebd. 182 ff.).

„Europäische und nationale Verfassungen stellen Teilordnungen eines einheitlichen Systems dar, das für jeden Einzelfall letztlich eine rechtliche Lösung produziert... Der Begriff Europäischer Verfassungsverbund soll die Staaten und ihre supranationalen Einbindungen in ihrer Gesamtheit erfassen. Vom Bürger aus gesehen ist die europäische Verfassung ein Mehrebenensystem, verfasst und strukturiert gemäß unterschiedlich umfassenden Aufgabenstellungen im Sinne eines ‚multilevel constitutionalism‘. Nationale und europäische Verfassungsebene verbinden sich in ihrem Aufeinander-Angewiesensein zu einem einheitlichen System, europäisches und nationales Verfassungsrecht bilden materiellrechtlich eine Einheit.“⁶⁷

Im europäischen Verfassungsverbund interagiert die originäre europäische Hoheitsgewalt mit den ebenfalls originären und insoweit autonomen Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten auf einer nichthierarchischen Grundlage und begründet keinen europäischen Bundesstaat nach klassischem Verständnis. Aus der Sicht des Völkerrechts kann man insoweit von der Fortexistenz der originären Völkerrechtssubjektivität der Mitgliedstaaten ausgehen⁶⁸. Da die Völkerrechtslehre grundsätzlich noch von der klassischen Gegenüberstellung geborener und gekorener Völkerrechtssubjekte ausgeht, muss man die Europäische Union und die Europäische Gemeinschaft völkerrechtlich wohl weiterhin als internationale Organisationen einstufen, die anders als die Mitgliedstaaten über keine originäre Völkerrechtssubjektivität verfügen. Die Fortwirkung klassischer völkerrechtlicher Erklärungsmuster im Außenverhältnis berührt freilich nicht die gleichberechtigte Eigenständigkeit der europäischen und der nationalen Verfassungsordnungen im europäischen Verfassungsverbund als einer verfassungstheoretischen Binnenperspektive.

IV Demokratisches Verfassungsverständnis

Das europäische Verfassungsverständnis der Neuzeit basiert auf den Grundsätzen der Demokratie und der Menschenrechte. Auch die verfassungstheoretische Qualifizierung der europäischen Verträge als Verfassung verlangt die demokratische Legitimation europäischer Hoheitsgewalt⁶⁹. Es geht insoweit auch um die Realisierung der Forderung des Art. 6 I EUV, dass die Union „auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Men-

⁶⁷ Pernice ebd. 172-174 mit weiteren Nachweisen zu unterstützenden und modifizierenden Stimmen in der Literatur. Siehe auch ders., Multilevel Constitutionalism, CML Rev. 36 (1999), 703/708 ff.; ders., Kompetenzabgrenzung, JZ 2000, 866/869 ff.; ders., Konsolidierung, JöR N.F. 48 (2000), 205/214 ff. und ders., Europäische Verfassung, in: FS Steinberger (2002), S. 1323 ff. Anders etwa P. Kirchhof, Staatenverbund, in: von Bogdandy (2003), S. 904.

⁶⁸ U. Everling, Spannungsfeld, in: von Bogdandy (2003), S. 876 und D. Grimm, Hintertür, Die Zeit vom 16.4.2003, S. 10 weisen auf die Einstimmigkeit der Vertragsänderung nach Art. 48 EUV, Art. IV-7 VVE-E hin, aufgrund derer die Mitgliedstaaten „Herren der Verträge“ und grundsätzlich souveräne Staaten bleiben. Auf den Umfang der übertragenen Kompetenzen stellen sie nicht ab und nehmen auch kein einseitiges Austrittsrecht in Anspruch, das im Verweis auf die Mitgliedstaaten als die „Herren der Verträge“ in BVerfGE 93, 155/190 – Maastricht alt ultima ratio angedacht ist.

⁶⁹ Es besteht ein grundsätzlicher Konsens, dass eine jedenfalls indirekte demokratische Legitimation europäischer Hoheitsgewalt erforderlich ist; vgl. die Verweise in den beiden folgenden Unterabschnitten. Zum abweichenden Gedanken der *output legitimacy* etwa F. Scharpf, Regieren (1999), 30 ff. Das demokratische Verfassungsverständnis ergänzt das rechtliche Verfassungsverständnis komplementär und drückt nicht etwa den Vorrang politischer Entscheidungsprozesse vor rechtlichen Verfassungsregeln im Sinn eines Primats der Politik aus, wie es im britischen Verfassungsverständnis in Ermangelung detaillierter Verfassungsregeln verbreitet ist (J. Griffith, Political Constitution, ML Rev. 42 (1979), 1) und dem *Schmitt'schen* Konzept des Politischen zu Grunde liegt; C. Schmitt, Begriff des Politischen (1932); ders., Verfassungslehre (1928; Ausg. 1993), S. 238 ff. Hierzu auch C. Möllers, Konstitutionalisierung, in: von Bogdandy (2003), S. 4-15.

schenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit“ beruht⁷⁰. Die Forderung, dass auch die europäische Verfassung auf einem demokratischen Verfassungsverständnis beruhen soll, bedeutet freilich nicht, dass dessen Voraussetzungen schon umfassend realisiert sind. Es stellt sich vielmehr die Frage, welche konzeptionellen Voraussetzungen für eine europäische Demokratie bestehen und in welchem Umfang diese Vorgaben heute bereits erfüllt sind – oder nach Maßgabe welcher Entwicklungsprozesses sie sich in der Zukunft entwickeln können. Auf dieser Grundlage kann später beurteilt werden, welche Auswirkungen die Ungleichzeitigkeit der europäischen Integration auf die Verwirklichung des demokratischen Verfassungsverständnisses hat.

1 Gestufter Bürgerstatus und doppelte demokratische Legitimation

Nicht nur das Grundgesetz beginnt den eigentlichen Verfassungstext mit der Gewährleistung der Grund- und Menschenrechte⁷¹. Im modernen Verfassungsstaat ist dies kein Zufall: In bewusster Abgrenzung vom Totalitarismus anerkennt er die Einzigartigkeit jedes Bürgers und seiner Lebensgestaltung⁷². Die Grund- und Menschenrechte sind als „Gewährleistung der Inhomogenität“ zugleich Voraussetzung und Schranke der gemeinsamen Identität der Bürger, die Demokratie und Verfassung trägt⁷³. Durch die Gewährleistung der Grundrechte wird die gemeinsame Identität der Bürger begrenzt. Sie tritt als gemeinsames Band neben die verfassungsrechtlich verbürgte Individualität jedes Einzelnen. Im modernen Verfassungsstaat ist die den Bürgern gemeinsame Identität als Staatsbürger somit immer nur eine „Teilidentität“, die als Balance zwischen Individualität und Gemeinsinnorientierung die Einordnung der Bürger in den demokratischen Entscheidungsprozess erlaubt.

Vor diesem Hintergrund des inneren Zusammenhangs zwischen rechtlich verbürgter Individualität und staatsbürgerlicher Teilidentität ist nicht nur das Konzept einer vorstaatlichen Homogenität unzutreffend. Ethnische, religiöse, historische, kulturelle oder sprachliche Gemeinsamkeiten sind keine unabdingbare Voraussetzungen für die Existenz einer Demokratie⁷⁴. Wenn die gemeinsame Identität der Bürger in einem Gemeinwesen immer nur Teiliden-

⁷⁰ Siehe auch EuGH, Rs. 138/79, Slg. 1980, 3333 Rz. 33 – *Roquette Frères*: „Although limited, it (the consultation of the European Parliament, Anm. d. Verf.) reflects at Community level the fundamental democratic principle that the peoples should take part in the exercise of power through the intermediary of a representative body“ und EuGH, Rs. C-300/89, Slg. 1991 I-2867 Rz. 20 – *Titandioxid*: „spiegelt diese Beteiligung auf Gemeinschaftsebene ein grundlegendes demokratisches Prinzip wider, nach dem die Völker durch eine Versammlung ihrer Vertreter an der Ausübung der hoheitlichen Gewalt beteiligt sind.“

⁷¹ Die Verfassungen von insgesamt elf der 15 derzeitigen EU-Mitgliedstaaten beginnen, meist nach einer kurzen Einleitung über Verfassungsgrundsätze, mit der Gewährleistung von Grund- und Menschenrechten (anders: Dänemark, Frankreich, Irland, Österreich und – in Abwesenheit einer geschriebenen Verfassung – das Vereinigte Königreich).

⁷² Siehe auch *W. Käggi*, Grundordnung (1945), S. 49: „Diese Idee ist es, was die Staatsverfassung von der (autoritär von oben gesetzten) Staatsordnung unterscheidet... Die normative Verfassung ist der Ausdruck eines Staatsethos, das den einzelnen nicht nur in seinem staatsfreien Dasein, sondern auch in seiner politischen Existenz als Mitverantwortlichen und Mitentscheidenden ernst nimmt und ihn nicht als bloßes Objekt der Politik betrachtet.“

⁷³ Zitat nach *I. Pernice*, Schmitt/Smend, AöR 120 (1995), 100/107 unter Verweis auf die Gedanken von *B.-O. Bryde*, Irrweg, Stw&Stpr 1994, 305/311-313 und 322; siehe auch *P. Häberle*, Fragen, EuGRZ 1992, 429/430: „Identität als Pluralität“; *A. Augustin*, Volk (2000), S. 353: „Es sind die Menschen und nicht das Volk, welche als Endpunkte von Legitimation und Zurechnung fungieren“ und *A. von Bogdandy*, Identität, VVDStRL 62 (2003), 156/183: „Deutsche wie europäische Grundrechte sichern eine umfassende Freiheit auf Bestimmung und Ausdruck der eigenen sozialen Identität.“

⁷⁴ Näher *D. Thym*, Volksbegriff, WHI Paper 1/1997. Zur zweideutigen Forderung in BVerfGE 89, 155/186 –

tität ist, erleichtert dies zudem die Annahme eines gestuften Bürgerstatus. Dieser ergänzt die individuelle Freiheitssphäre des Einzelnen um mehrere staatsbürgerliche Teilidentitäten. Aufgrund eines gestuften Bürgerstatus kann ein Bürger die Hoheitsgewalt verschiedener Ebenen zugleich unmittelbar legitimieren. Ein derartiges Modell multipler Identitäten wird nicht nur von *Weiler* und *Pernice* untersucht und befürwortet⁷⁵. *Winston Churchill* schrieb bereits 1930: „From every man will some day be required not the merging or discarding of various loyalties, but their simultaneous reconciliation in a complete and larger synthesis.“⁷⁶

Auch das Bundesverfassungsgericht hat die Möglichkeit eines gestuften Bürgerstatus im Grundsatz anerkannt. Aus der Perspektive des Jahres 1993 noch mit Blick in die Zukunft verweist es ausdrücklich auf die Möglichkeit und Notwendigkeit einer direkten demokratischen Legitimation der Europäischen Union:

„Die Europäische Union ist nach ihrem Selbstverständnis ... ein auf eine dynamische Entwicklung angelegter ... Verbund demokratischer Staaten; nimmt er hoheitliche Aufgaben wahr und übt dazu hoheitliche Befugnisse aus, sind es zuvörderst die Staatsvölker der Mitgliedstaaten, die dies über die nationalen Parlamente demokratisch zu legitimieren haben. Indessen wächst mit dem Ausbau der Aufgaben und Befugnisse der Gemeinschaft die Notwendigkeit, zu der über die nationalen Parlamente vermittelten demokratischen Legitimation und Einflussnahme eine Repräsentation der Staatsvölker durch ein europäisches Parlament hinzutreten zu lassen, von der ergänzend eine demokratische Abstützung der Politik der Europäischen Union ausgeht.“⁷⁷

Die Annahme einer doppelten Quelle für die demokratische Legitimation europäischer Hoheitsgewalt erlaubt einen Mittelweg zwischen der herkömmlichen Gegenüberstellung von „Intergouvernementalisten“ und „Föderalisten“. Die Rückbindung der nationalen Minister im Rat an die demokratische Meinungsbildung in den Mitgliedstaaten wird durch die direkte Legitimation europäischer Hoheitsgewalt durch das Europäische Parlament ergänzt⁷⁸. Zwischen

Maastricht, dass „sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozess politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, um so dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet ..., rechtlichen Ausdruck zu geben,“ *I. Pernice*, Schmitt/Smend, AöR 120 (1995), 100. Es sei hier dahingestellt, inwiefern diese Kriterien zwar keine notwendige Voraussetzung für Demokratie sind, im Rahmen des Nationalstaats – anders als in der Europäischen Union – als identitätsstiftende Merkmale gleichwohl fortwirken. In diesem Sinn etwa *J.H.H. Weiler*, Demos, JöR N.F. 44 (1996), 91/125 ff.; kritisch *K.-H. Ladeur*, Network, ELJ 3 (1997), 33/43 ff. und *Thym* ebd. Rn. 68 ff.

⁷⁵ Siehe *J.H.H. Weiler*, Demos, ELJ 1 (1995), 219; *ders.*, Demos, JöR N.F. 44 (1996), 91; *ders.*, Eros, in: *Constitution* (1999), S. 324 ff. und *I. Pernice*, Multilevel Constitutionalism, CML Rev. 36 (1999), 703/708 ff.; *ders.*, Konsolidierung, JöR N.F. 48 (2000), 205/210 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/176 jeweils mit umfassenden weiteren Nachweisen. Siehe auch *U. Di Fabio*, Offene Staaten (1998), S. 139 ff.: „Mehrebenendemokratie“; *B.-O. Bryde*, Irrweg, Stw&Stpr 1994, 305; *C. Carter/A. Scott*, Governance, ELJ 4 (1998), 429; *I. Ward*, Imagination, ELJ 7 (2001), 24; *G. Frankenberg*, Contract, ELJ 6 (2000), 257; *K. Neunreither*, Representation, in: *ders./Wiener* (2000), S. 129; *P. Craig*, Nature, in: *ders./de Búrca* (1999), S. 23 ff.; *S. Oeter*, Föderalismus, in: *von Bogdandy* (2003), S. 93 ff. Kritisch zum Gedanken eines gestuften Bürgerstatus aus grundsätzlichen Erwägungen *M. Kaufmann*, Demokratieprinzip (1997), S. 224 ff.; *C. Koenig*, Verfassungsfähig?, DÖV 1998, 268; *K. Doebring*, Bürger, ZEuS 2001, 395 und *ders.*, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL 60 (2001) 350/357: „Doppelte Identität war für mich das klassische Merkmal der Schizophrenie“. Allgemein auch *D. König*, Übertragung (2000), S. 476 ff.; 591 ff. und *A. Augustin*, Volk (2000).

⁷⁶ Zitiert nach *C. Patten*, Strength, in: *Rosenbaum* (2001), S. 34.

⁷⁷ BVerfGE 89, 155/184 – *Maastricht*.

⁷⁸ Näher zur doppelten demokratischen Legitimation europäischer Hoheitsgewalt etwa *I. Pernice*, National Parliaments, in: *Melissas/ders.* (2002), S. 81-86; *W. Hertel*, Supranationalität (1998), S. 151 ff.; *J. Gerkerath*, Emergence (1997), S. 339-347 und, kritisch, *A. Peters*, Elemente (2001), S. 639 ff.

den beiden Polen der direkten und der indirekten Legitimation sind – auch im Hinblick auf Ungleichzeitigkeit – verschiedene Zwischenstufen denkbar. Allgemein gewinnt dabei mit der fortschreitenden Entwicklung der gemeinsamen Identität der Unionsbürger der direkte demokratische Legitimationsstrang eine zunehmende Bedeutung.

2 Europäisches Bürgerbewusstsein?

Die Annahme, dass die Unionsbürger aufgrund eines gestuften Bürgerstatus der europäischen Hoheitsgewalt eine direkte demokratische Legitimation verleihen, welche die mittelbare demokratische Legitimation über die Mitgliedstaaten ergänzt, beinhaltet noch keine Aussage über den tatsächlichen Umfang und die bestehende Intensität des europäischen Bürgerbewusstseins. Schon über die theoretischen Anforderungen an die Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins bestehen unterschiedliche Vorstellungen⁷⁹. In einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft, die auf der Verbürgung der Grund- und Menschenrechte beruht, ist einzig klar, dass das Modell einer vorstaatlichen Homogenität ethnischer, kultureller oder religiöser Gemeinsamkeit als notwendige Voraussetzung für Verfassung und Demokratie zurückzuweisen ist⁸⁰. Auch die Existenz eines Staates sollte jedenfalls dann nicht zur Voraussetzung für Bürgerbewusstsein und Demokratie erhoben werden, wenn man wie diese Untersuchung davon ausgeht, dass es eine Verfassung jenseits des Nationalstaats geben kann.

Doch selbst wenn man diese Annahmen teilt, gibt es immer noch unterschiedliche Vorstellungen über die Voraussetzungen für die Entstehung eines europäischen Bürgerbewusstseins. Die Auffassungen reichen vom Konzept des Verfassungspatriotismus als einem Konsens über grundlegende Werte und Verfahren⁸¹ bis zur Forderung nach einer europäischen Öffentlichkeit, die aufgrund europäischer Debatten einen europäischen demokratischen Diskurs zu tragen vermag⁸². Teilweise wird nur auf das „negative“ Erfordernis einer Betroffenheit durch dieselben Rechtsakte verwiesen, das als formaler Akt der Zusammengehörigkeit Grundlage für Demokratie sein könne⁸³. Der partizipatorische Ansatz stellt dagegen auf die

⁷⁹ Allgemein etwa *A. von Bogdandy*, Prinzipienlehre, in: ders. (2003), S. 171 ff.; *I. Pernice*, Multilevel Constitutionalism, CML Rev. 36 (1999), 703/720 ff.; *A. Peters*, Elemente (2001), S. 626 ff.; *D. König*, Übertragung (2000), S. 476 ff.; *Hertel* ebd. 158 ff. und 591 ff.; *A. Augustin*, Volk (2000).

⁸⁰ Hierzu bereits Kapitel 11 IV 1 (S. 336 ff.).

⁸¹ Grundlegend zum Verfassungspatriotismus nach dem Grundgesetz *D. Sternberger*, Verfassungspatriotismus, in: ders. (1990), S. 13 und *J. Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, S. 641. Zur verwandten Frage nach der Existenz eines europäischen Gemeinwohls *P. Häberle*, Gemeinwohl, in: FS Steinberger (2002), S. 1153 und *J.H.H. Weiler*, Eros, in: Constitution (1999), S. 324. Als spezifisch europäische Werte kommen die Friedenswahrung, der „Wohlstand der Nationen“ aufgrund des Binnenmarkts, sozial- und umweltpolitischer Steuerungsmöglichkeiten in einer globalisierten Welt und die Steigerung außen- und sicherheitspolitischer Einflusses in Betracht. Im Übrigen basieren die europäische und die nationalen Verfassungsordnungen – von Art. 6 I EUV ausdrücklich bestätigt – aber auf denselben Werten und Grundsätzen der Demokratie, der Menschenrechte und der Rechtsstaatlichkeit. Dies erschwert es für die Bürger, das Spezifische der europäischen Identität in Abgrenzung zu den Mitgliedstaaten wahrzunehmen. Dies erachtet jedoch als konstruktiv *A. von Bogdandy*, Identität, VVDStRL 62 (2003), 156/186: „gegenseitige Stützung“.

⁸² Vgl. *D. Grimm*, Constitution?, ELJ 1 (1995), 282/293: „Where a parliament does not rest on such a structure ... democratic substance is lacking even if democratic forms are present“; zu den Entwicklungsperspektiven ebd. 296: „for the foreseeable future there will be neither a European public nor European political discourse.“ Allgemein auch *U.K. Preuß*, Begriff, in: ders. (1994), S. 28 f.; *B.-O. Bryde*, Irrweg, Stw&Stpr 1994, 305/324; *K. Armstrong*, Civil Society, ELJ 8 (2002), 102; *J. Shaw*, Process, ELJ 9 (2003), 45; *D. Chalmers*, Spheres, ELJ 9 (2003), 127.

⁸³ So *T. Schilling*, Verfassung, Stw&Stpr 1996, 387/402: „Formelle Homogenität“ durch Akzeptanz von Mehrheitsentscheidungen. Siehe auch *U. Haltern*, Mythos, JÖR N.F. 45 (1997), 31; *ders.*, Pathos and Patina, ELJ 9 (2003), 14.

Einbeziehung der jeweils Betroffenen in den Gesetzgebungsprozess ab und löst sich damit vom idealtypischen Globaldiskurs gesamtgesellschaftlicher Demokratie⁸⁴.

In welchem Umfang nach Maßgabe dieser verschiedenen Vorstellungen bereits heute ein europäisches Bürgerbewusstsein existiert, wird unterschiedlich beurteilt und sei an dieser Stelle ausgeblendet⁸⁵. Selbst das Bundesverfassungsgericht hob schon im Jahr 1993 hervor, dass die Unionsbürgerschaft „zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten ein auf Dauer angelegtes rechtliches Band (knüpft), das zwar nicht eine der gemeinsamen Zugehörigkeit zu einem Staat vergleichbare Dichte besitzt, dem bestehenden Maß existentieller Gemeinsamkeit jedoch einen rechtlich verbindlichen Ausdruck verleiht“⁸⁶. Ausdrücklich verweist es auf die Möglichkeit einer „dynamischen Entwicklung“ der Europäischen Union einschließlich einem „ergänzenden Hinzutreten“ direkter demokratischer Legitimation⁸⁷. In seiner Analyse zu Gegenwart und Entwicklungsperspektiven europäischer Identitätsbildung kommt *von Bogdandy* zu dem Schluss: Das Unionsverfassungsrecht wirkt „in diversen Hinsichten auf individuelle Prozesse hin, die zur Ausbildung einer unionsbezogenen Identität der Unionsbürger führen können... Sie werben um den Bürger, enthalten aber keine Identitätszumutungen.“⁸⁸

Wenn die aufgezeigten Voraussetzungen für eine originäre europäische Demokratie können sich dynamisch entwickeln können, ist zugleich die größte Herausforderung europäischer Verfassungstheorie und -wirklichkeit aufgezeigt: die schrittweise Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins, das eine europäische Demokratie zu tragen vermag. Dies erinnert an das Verständnis von Demokratie als einem „plébiscite de tous les jours“⁸⁹ (*Rénan*) und die Konzeption der „Verfassung als Prozess“⁹⁰ (*Häberle*). Die Entwicklung des europäischen Bürgerbewusstseins ist insoweit nicht auf den formalen Akt der Verfassungsgebung beschränkt und bedarf nicht notwendig eines „constitutional moment“⁹¹. Das europäische Bürgerbe-

⁸⁴ Hierzu *P. Craig*, Democracy, ELJ 3 (1997), 105; *ders.*, Nature, in: *ders./de Búrca* (1999), S. 1; *J.H.H. Weiler*, Critics, in: *Constitution* (1999), S. 264; *A. Bleckmann*, Demokratieprinzip, JZ 2001, 53/58 und *R. Debousse*, Representative, in: *Weiler/Wind* (2003), S. 135-156.

⁸⁵ Vgl. insofern die soziologischen und politikwissenschaftlichen Untersuchungen etwa bei *H. Schauer*, Identität (1996); *H. Haarmann*, Sprachenvielfalt (1995) oder *J. Schild*, Identities, JCMSt. 39 (2001), 331 und die Verweise in Fn. 79 (S. 338).

⁸⁶ BVerfGE 89, 155/184.

⁸⁷ Ebd. 185: „Derartige tatsächliche Bedingungen können sich, soweit sie noch nicht bestehen, im Verlauf der Zeit im institutionellen Rahmen der Europäischen Union entwickeln.“

⁸⁸ *A. von Bogdandy*, Identität, VVDStRL 62 (2003), 156/185.

⁸⁹ Zitiert nach *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/161. Es sei hier dahingestellt, ob der Gedanke des tagtäglichen Plebiszits mit dem Repräsentationsgedanken in Einklang zu bringen ist; hierzu *H. Hofmann*, Repräsentation, 3. Aufl. 1998, S. 406 ff.

⁹⁰ *P. Häberle*, Prozess, 3. Auflage 1998; siehe auch *ders.*, Verfassungsgemeinschaft?, in: Einzelstudien (1999), S. 90: „immer neues Sich-Vertragen und sich Ertragen aller Bürger“. Ihm folgend *I. Pernice*, Konsolidierung, JöR N.F. 48 (2000), 205/214 ff. und *ders.*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/160 ff.

⁹¹ Da das Konzept des Gesellschaftsvertrags ein intellektuelles Konstrukt und keine Erklärung historischer Tatsachen ist, bedarf es nicht notwendig eines *constitutional moment* für die Entstehung eines Gesellschaftsvertrags und eines Bürgerbewusstseins, soweit diese sich anderweitig entwickeln. Allgemein zum Unterschied zwischen der historischen Genese und dem späteren Wesen einer Rechtsordnung *A. von Bogdandy*, Skizzen, in: *von Danwitz* (1993), S. 25 und *I. Pernice*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/168-172. Kritisch *J. Gerkrath*, Émergence (1997), S. 45 ff.; *U. Haltern*, Pathos and Patina, ELJ 9 (2003), 14 und *H. Hofmann*, Soziologie, JZ 1999, 1065/1074, für den eine formalisierte Übertragung des Verfassungsgedankens auf die Europäische Union in Ermangelung einer „revolutionären Situation“, die als „Gründungsmythos“ eine Europäische Verfassung als „nicht mehr hintergehbare, letzte, einheitliche und exklusive Grundlage“ der Rechtsordnung schafft, nicht möglich erscheint. Selbst wenn man diese Auffassung teilt, ist jedoch zu bedenken, dass die europäische Integration nach dem zweiten Weltkrieg Elemente einer „Revolution mit friedlichen Mitteln“ aufwies; so *W.*

wusstsein entwickelt, verstärkt und rückversichert sich vielmehr schrittweise⁹². Der Integrationslehre *Smends* können insoweit wichtige Anregungen entnommen werden⁹³.

Hierbei gibt es verschiedene Faktoren, die die schrittweise Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins katalysatorisch beschleunigen: Die gemeinsame Betroffenheit durch dieselben Rechtsakte, die Wahlen zum Europäischen Parlament, die Annahme der Charta der Grundrechte und eines Verfassungsvertrags, gemeinsames außenpolitisches Handeln, die europäische Flagge, die Abschaffung der Binnengrenzkontrollen und die gemeinsame Währung. All diese Erlebnisse, Ereignisse und Erfahrungen stärken das Bewusstsein der Unionsbürger, dass sie die europäische Hoheitsgewalt in gleicher Weise tragen wie diejenige der Mitgliedstaaten. Hierdurch wird ein Zusammengehörigkeitsgefühl der Unionsbürger geschaffen und gestärkt, das als Wurzelboden eine europäische Demokratie und Verfassung zu tragen vermag. Die Herausbildung des europäischen Bürgerbewusstseins ist ein Entwicklungsprozess, der durch ein *identity building* zur „immer engeren Union der Völker Europas“ beiträgt.

V Fazit

Die Debatte im Europäischen Konvent und der nachfolgenden Regierungskonferenz befasst sich mit der Annahme des „Vertrags über eine Verfassung für Europa“. Unabhängig hiervon kommt die verfassungstheoretische Analyse zu dem Schluss, dass die europäischen Verträge ihrem Wesen nach schon heute als Verfassung zu qualifizieren sind. Ihr Verfassungscharakter gründet auf folgenden Annahmen: Die europäischen Verträge erfüllen nicht nur diejenigen Funktionen, die Verfassungen üblicherweise zukommen, sondern sind auch die hierarchische Spitze der europäischen Rechtsordnung. Das abgeleitete Europarecht muss mit ihnen im Einklang stehen. Vor dem Hintergrund der „postnationalen“ Trennung von Staat und Verfassung dient das Konzept des Gesellschaftsvertrags als Erklärungsmuster für die Eigenständigkeit der europäischen Rechtsordnung, deren Legitimität nicht länger auf den Verfassungen der Mitgliedstaaten beruht. Im europäischen Verfassungsverbund interagieren die europäische und nationalen Rechtsordnungen auf einer nicht-hierarchischen Grundlage. In dem Maße, wie die Unionsbürger ein europäisches Bürgerbewusstsein herausbilden, wird die demokratische Legitimation der europäischen Hoheitsgewalt zunehmend durch eine originäre europäische Demokratie vermittelt. Hierbei wird die Herausbildung eines europäischen Bürgerbewusstseins durch Maßnahmen des *identity building* gefördert.

Hallstein, Schuman-Plan (1951), S. 7. Auch kann die britische Verfassungstradition der Evolution und Reform anstelle der Revolution als Vorbild für das langsame Wachsen einer europäischen Demokratie ohne revolutionären *constitutional moment* dienen; hierzu *D. Thym*, Superpower, Integration 2001, 356/364.

⁹² Ebenso *Gerkerath* ebd. 329 ff.; *W. Hertel*, Supranationalität (1998), S. 184 ff.; *F. Mancini/D. Keeling*, Democracy, ML Rev. 57 (1994), 175/181 ff.; *J. Shan*, Citizenship, in: Academy of European Law VI-1 (1996), S. 237; *dies.*, Settlements, in: Neunreither/Wiener (2000), S. 290; *I. Pernice*, Konsolidierung, JöR N.F. 48 (2000), 205/214 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148/160 ff.; *M. Zuleeg*, Zusammenhalt, ZEuP 1 (1993), 475/476 ff.; *A. Peters*, Elemente (2001), S. 656 ff.; *H. Lindahl*, Boundaries, ELJ 6 (2000), 239/251; *C. Gusy*, Besprechung, EuR 2001, 464/465 f.; *W. Graf Vitzthum*, Identität, EuR 2002, 1/14 ff.; *A. von Bogdandy*, supranationale Föderation, Integration 1999, 95/107 und *ders.*, Identität, VVDStRL 62 (2003), 156/170 ff.

⁹³ *R. Smend*, Verfassungsrecht (1928), in: *ders.* (3. Aufl. 1994), S. 119 freilich mit Bezug auf den Staat.