

Kant *versus* Locke: Europarechtlicher und völkerrechtlicher Konstitutionalismus im Vergleich

Isabelle Ley*

I. Einleitung und Fragestellung	317
II. Rekonstruktion der europarechtlichen Verfassungsdebatte	320
1. 1981 – 1991: Angelsächsische Beschreibung der europäischen Integration	320
2. Seit Maastricht: Theoretisierung der politischen Qualität der Integration	322
3. Seit Laeken: Versuch und Scheitern des Verfassungsvertrags	325
III. Rekonstruktion der völkerrechtlichen Verfassungsdebatte	326
1. Konstitutionalisierung einzelner internationaler Organisationen	327
2. Konstitutionalisierung des Völkerrechts in seiner Gesamtheit	329
IV. Vergleich einzelner Verfassungselemente	331
1. Normenhierarchie, Organisationsrecht und Formalität	332
2. Menschenrechte – Grundrechte	335
3. Internationale Gemeinschaft	338
4. Unmittelbare Anwendung, Vorrang und demokratische Legitimation	339
V. Rückführung der Konstitutionalismen auf unterschiedliche Verfassungsbegriffe	340
1. Konstitutionalisierung als Liberalisierung	340
2. Demokratischer und rechtsstaatlicher Liberalismus: Kant und Locke	341
VI. Konklusion	343
Summary	344

I. Einleitung und Fragestellung

Meinen Völker- und Europarechtler dasselbe, wenn sie von “Konstitutionalisierung” sprechen? In beiden Fächern existiert seit längerem die These von der Konstitutionalisierung der jeweiligen Rechtsordnung, jedoch ohne dass bisher herausgearbeitet worden wäre, wie sich die beiden Analysen zueinander verhalten.¹ Eine

* Die Verfasserin ist Doktorandin am Graduiertenkolleg “Verfassung jenseits des Staates” der Humboldt-Universität zu Berlin sowie wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht von Professor Dr. Georg Nolte, Humboldt-Universität. Der Beitrag ist im Rahmen der Tagung “Europa jenseits seiner Grenzen” im Juni 2008 in Berlin entstanden, herzlicher Dank für kritische Auseinandersetzung mit dem Text gilt dem Kommentator Dr. Philipp Dann, LL.M.

¹ Es existieren einige Konzepte in der politischen Philosophie, die versuchen, einen umfassenden Konstitutionalismus zu entwickeln, etwa Habermas, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, 1998, 91 oder Hoffe, Demokratie im Zeitalter der Globalisierung, 1999. Wenige Autoren haben sich zu beiden Debatten geäußert, etwa von Bogdandy, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 1. Aufl. 2003, 149 sowie ders., Constitutionalism in International Law, Harv. ILJ 47 (2006), 223; Kumm, Beyond Golf Clubs and the Judicialization of Politics, Am. J. Comp. L. 54 (2006), 505 und ders., The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis, EJIL 15 (2004), 907. Knauß, Konstitutionalisierung im

Bezugnahme zwischen den Debatten findet in der Regel nur einseitig von Vertretern der völkerrechtlichen Konstitutionalisierungsthese auf die europarechtliche Diskussion statt.² Diesen Hinweisen von völkerrechtlichen Autoren auf die europarechtliche Debatte kommt meist die Funktion zu, sich die Plausibilität der europäischen Verfassungsthese zunutze zu machen, ohne detailliert nach den Implikationen der Unterschiede zwischen Europarechts- und Völkerrechtsordnung für den Konstitutionalismusbegriff zu fragen. Sie unterstellen ein einheitliches Konzept einer überstaatlichen Verfassungsordnung, das sich von der staatlichen ver selbstständigt hat. Die dogmatischen Unterschiede zwischen den Rechtsordnungen sowie die unterschiedlichen Interessenschwerpunkte der Debatten treten dabei in den Hintergrund. Umgekehrt differenzieren auch diejenigen, die die These einer überstaatlichen Verfassung ablehnen, in ihren Argumenten in der Regel nicht zwischen Europarecht und Völkerrecht, sondern bezweifeln aufgrund der mangelnden Voraussetzungen für eine umfassende Demokratisierung meist schon eine Konstitutionalisierung im europäischen Raum. Für das Völkerrecht müssen sie die Verfassungsthese aus diesem Grund erst recht ablehnen.³ Versuche, umfassende, beide Ordnungen einschließende Verfassungstheorien zu entwerfen, sind momentan im Entstehen, scheinen aber ebenfalls eher die Gemeinsamkeiten hervorzuheben.⁴ Ein Vergleich der beiden wissenschaftlichen Diskussionen sowie der sie begründenden positivrechtlichen Entwicklungen bietet sich mithin an. Er soll in diesem Beitrag mit dem Ziel geführt werden, der Frage nachzugehen, ob in beiden Diskussionen derselbe Verfassungsbegriff zugrunde gelegt wird.

In beiden Debatten wird die gegenüber dem klassischen Völkerrecht veränderte Stellung des Individuums betont, dem durch die Gewährleistung subjektiver Rechte und deren Durchsetzungsmöglichkeit über Rechtsprechungsorgane eine im westfälischen Modell unbekanntere Bedeutung zukommt.⁵ Damit werden Entwicklungen hervorgehoben, die eine Relativierung der Staatenzentriertheit des klassi-

inner- und überstaatlichen Recht – Konvergenz oder Divergenz?, *ZaöRV* 68 (2008), 453 fokussiert eher die Zusammenhänge zwischen nationalem und überstaatlichem Verfassungsrecht.

² Etwa *Bryde*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, *Der Staat* 42 (2003), 61 (62); *de Wet*, The International Constitutional Order, *ICLQ* 55 (2006), 51 (52).

³ So etwa *Grimm*, der annimmt, schon die EU stelle kein für eine Verfassung geeignetes Objekt dar. *Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung?, *JZ* 1995, 581. Ebenso legt *Möllers* nahe, dass die Annahme einer völkerrechtlichen Verfassung erst recht problematisch sei, *ders.*, Gewaltengliederung, 2005, 426 ff.

⁴ *Kumm* hat auf der Tagung "Europa jenseits seiner Grenzen" des Graduiertenkollegs "Verfassung jenseits des Staates" am 13.06.2008 im mündlichen Vortrag eine derartige Skizze entworfen, zum Programm der Veranstaltung unter <www.grakov-berlin.eu>; *Pernice*, The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism, in: *Dupuy et al.* (Hrsg.), *Völkerrecht als Wertordnung*, 2006, 973.

⁵ Besonders deutlich in *von Bogdandy's* Darstellung der Konzeption von *Tomuschat*, (Anm. 1); *Bryde*, (Anm. 2), (64 ff.). Für die Europarechtsordnung *Maduro*, The Tension between Intergovernmentalism and Constitutionalism in the European Union, *Jean Monnet Working Paper* 5/04, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501-18.html>>, 7.

ZaöRV 69 (2009)

schen Völkerrechts darstellen.⁶ Darin liegt die zentrale Gemeinsamkeit der Debatten: In beiden Disziplinen dient die Einführung des Begriffs auch dazu, die Dignität der jeweiligen Rechtsordnung zu stärken und so zu verdeutlichen, dass das – als dezentral und aufgrund der Souveränität der Staaten stets in der Gefahr der Willkür stehende – Modell des klassischen Völkerrechts inzwischen zu seiner Beschreibung und Charakterisierung nicht mehr angemessen ist. In beiden Fällen, so der erste Teil der hier vertretenen These, präsentiert sich der Konstitutionalismus als normativ-individualistische Alternative zum klassisch-völkerrechtlichen Erklärungs- und Legitimationsparadigma, das auf der Gleichheit souveräner Staaten beruht.

Dennoch unterscheiden sich die Konzepte, so lautet der zweite Teil der These, wesentlich in ihren Konsequenzen. Während die Menschenrechte im völkerrechtlichen Konstitutionalismus politikbegrenzend gedacht werden, werden die individuellen Rechte im Europarecht um eine kollektive, politische Komponente ergänzt: Der europarechtliche Konstitutionalismus wird inzwischen als demokratischer konzipiert, während der völkerrechtliche keine Konsequenzen im Bereich politischer Teilhaberechte an der völkerrechtlichen Rechtserzeugung hat. Das völkerrechtliche Modell entspricht daher eher einem Liberalismus lockescher Prägung, während der europarechtliche sich von seinen lockeschen Ursprüngen befreit hat und kantianisch gedeutet werden kann.⁷ Unter "Liberalismus" soll hier ein wesentlich im 18. und 19. Jahrhundert von politischen Philosophen wie Locke, Kant und Mill entwickeltes Konzept der Legitimation und Kritik öffentlicher Gewalt verstanden werden, das als deren Grundlage und Beschränkung unveräußerliche Rechte des Einzelnen ansieht.

Diese These soll folgendermaßen begründet werden: Zunächst werden die beiden wissenschaftlichen Verfassungsdiskussionen in ihren verschiedenen Phasen, Strömungen und Hauptthesen nachvollzogen, werden Gemeinsamkeiten und Unterschiede in den Ansprüchen und Interessenschwerpunkten herausgestellt. Hierbei soll deutlich werden, welche Rechtsentwicklungen die Begriffsbildung bestimmten und an welchen Punkten sich die Aufmerksamkeit und das intellektuelle Interesse kristallisierten (II. und III.). Anschließend werden in einem stärker rechtsdogmatisch orientierten Vergleich einzelne Verfassungselemente herausgegriffen und einander gegenüber gestellt. Hierbei soll die Frage beantwortet werden, inwieweit die oberflächlich weitgehend identischen Teilelemente der Verfassungsbegriffe, die eine einheitliche Konstitutionalisierung beider Rechtsordnungen nahe legen (Hierarchisierung, Gewaltenteilung, Stellung des Individuums in der jeweiligen Rechtsordnung), auch rechtsdogmatisch miteinander vergleichbar sind (IV.). Die Ergebnisse dieser Analysen dienen schließlich dazu, die in den beiden Diszipl-

⁶ Bryde, (Anm. 2), (61); Frowein, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 39 (2000), 427 (428).

⁷ Eine in weiten Teilen damit übereinstimmende Unterscheidung, formuliert als negative und positive Freiheit, findet sich bei Berlin, *Two Concepts of Liberty*, in: Hardy (Hrsg.), *Isaiah Berlin – Liberty*, 2002, 166.

linien verhandelten Konstitutionalismen mit unterschiedlichen rechtstheoretischen Verfassungsbegriffen zu identifizieren. Zu diesem Zweck werden der kantianische und der lockesche Verfassungsbegriff kurz erläutert und dann mit der europarechtlichen bzw. der völkerrechtlichen Verfassungstheorie zusammengeführt (V.).

II. Rekonstruktion der europarechtlichen Verfassungsdebatte

Die europarechtliche Verfassungsdebatte lässt sich in drei Phasen unterteilen.⁸

1. 1981 – 1991: Angelsächsische Beschreibung der europäischen Integration

Visionen einer europäischen Verfassungsrechtsgemeinschaft finden sich schon bei Jean Monnet und Walter Hallstein.⁹ Eine veritable Debatte wurde durch die Beschreibung der europäischen Rechtsordnung als Verfassungsordnung jedoch erst in den 80er Jahren initiiert,¹⁰ die durch die EuGH-Entscheidung *Les Verts* von 1986,¹¹ in der der EuGH die Europäischen Verträge als “*charte constitutionnelle*” bezeichnete, weiter vorangetrieben wurde.¹² Als Eckdaten dieser ersten Phase können die Aufsätze von Eric Stein (1981) und Joseph Weiler (1991) genannt werden.¹³ Unter dem Titel der “Konstitutionalisierung” wurden damals die Besonderheiten der Europäischen Gemeinschaften gegenüber den übrigen internationalen

⁸ Für umfassende Überblicke über die europarechtliche Verfassungsdiskussion s. Avbelj, Questioning EU Constitutionalisms, *German Law Journal* 9 (2008), 1; von Bogdandy, A Bird’s Eye View on the Science of European Law, *ELJ* 6 (2000), 208 (215 ff.); Petersen, Europäische Verfassung und europäische Legitimität, *ZaöRV* 64 (2004), 429; Weiler, The Reformation of European Constitutionalism, *Journal of Common Market Studies* 35 (1997), 97.

⁹ Monnet, Erinnerungen eines Europäers, 1978, 662; Hallstein, Der unvollendete Bundesstaat – Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse, 1969, 39 ff.

¹⁰ Nach Erwähnungen schon in den 60er und 70er Jahren etwa bei Ophüls, Die Europäischen Gemeinschaftsverträge als Planungsverfassungen, in: Kaiser (Hrsg.), *Planung I – Recht und Politik der Planung in Wirtschaft und Gesellschaft*, 1965, 229 sowie H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, 975 ff.

¹¹ EuGH, Urt. v. 23.4.1986, Rs. 294/83, Slg. 1986, 1139, 1365 – *Les Verts/Parlament*.

¹² 1984 war der Vorschlag einer europäischen Verfassung von Altiero Spinelli, der das Europäische Parlament (EP) als verfassungsgebende Versammlung ansah, gescheitert. Er wurde am 14.2.1984 vom EP angenommen, später aber von den Regierungen abgelehnt, s. Burgess, *Federalism and European Union – Political Ideas, Influences and Strategies in the European Community, 1972-1987*, 1989, 131 ff.

¹³ Als die bedeutendsten Beiträge dieser Phase können Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, *AJIL* 75 (1981), 1; Mancini, *The Making of a Constitution for Europe*, *CMLR* 26 (1989), 595; Lenaerts, *Constitutionalism and the Many Faces of Federalism*, *Am. J. Comp. L.* 38 (1990), 205 und Weiler, *The Transformation of Europe*, *Yale Law Journal* 100 (1991), 2403 gesehen werden.

Organisationen herausgearbeitet. Es ging darum, die besondere Effektivität der europäischen Integration über ein institutionelles Zusammenspiel des EuGH, der Kommission, den mitgliedstaatlichen Gerichten und Regierungen einerseits und andererseits über die Wirkung der vom EuGH entwickelten Doktrinen der unmittelbaren Anwendbarkeit, des Vorrangs, der judiziellen Kompetenz-Kompetenz des EuGH, der Exklusivität der Zuständigkeit der Gemeinschaft im Bereich der Marktgrundfreiheiten sowie der Grundrechte zu erklären. Die Ermöglichung einer individualrechtlichen Klage vor dem EuGH und damit die Herstellung eines eigenständigen, direkten Bezugs zwischen Individuum und internationaler Rechtsordnung war zwar seit Begründung der Europäischen Gemeinschaft im Jahr 1958 mit der unmittelbaren Anwendbarkeit der Verordnung in Art. 249 II EGV angelegt. Erst die subjektivrechtliche Interpretation der Marktfreiheiten durch den EuGH in Kombination mit der Vorrang-Rechtsprechung führte jedoch (in einer Zeit, in der die Rechtsetzung im Rat aufgrund des Luxemburger Kompromisses noch einer völkerrechtlich-intergouvernementalen Logik folgte¹⁴) zur bekannten weitreichenden Integrationswirkung der Grundfreiheiten. Sie ermöglichte es dem Einzelnen, gegen Maßnahmen des eigenen Staates vorzugehen,¹⁵ was wiederum der Kommission die Gelegenheit zur weitgehenden Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Handels-, Wirtschafts- und Umweltrechtsordnungen gab.¹⁶

Selbstverständlich wurden die zentralen EuGH-Entscheidungen aus den 60er Jahren sowie die Effektivität der europäischen Integration schon vorher thematisiert, dies jedoch erst seit den 80er Jahren unter dem Stichwort der Verfassung. Die rückblickend erstaunlich unumstrittene Einführung des Verfassungsbegriffs schien damals durch die direkte Bezugnahme europarechtlicher Normen auf das Individuum gerechtfertigt und durch das Aufgreifen vom EuGH in *Les Verts* bestätigt. Etatistische Begrifflichkeiten wurden in dieser Zeit bedenkenloser, aber auch mit weniger Pathos verwendet, als es später der Fall sein sollte.¹⁷ Die damaligen Autoren beabsichtigten weder eine Diskussion über die demokratischen Grundlagen der Gemeinschaft noch standen sie im Verdacht, einen europäischen Verfassungspatriotismus evozieren zu wollen, um die Akzeptanz des Europarechts zu stärken. Vielmehr sollte die Bezeichnung dieser Entwicklungen als "Konstitutionalisierung" dazu dienen, die eigene Disziplin von der qualitativen Andersartigkeit und Intensität der Integration zu überzeugen und diese auf den Begriff zu bringen. Die Begriffsverwendung in dieser Zeit war somit primär negativ: Mit ihr wurde weniger ein entwickeltes Konzept einer supranationalen Verfassung verbunden als die Ablehnung des ausschließlich zwischenstaatlichen Völkerrechts als Erklärungs-

¹⁴ Hierzu Tsebelis/Garrett, *The Institutional Foundations of Intergovernmentalism and Supranationalism in the European Union*, *International Organization* 55 (2001), 357 (358 f.).

¹⁵ Zentral sind die Fälle EuGH Urt. v. 5.2.1963, Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 – *Van Gend & Loos/niederländische Finanzverwaltung* sowie EuGH Urt. v. 15.7.1964, Rs. 6-64, Slg. 1964, 1253 – *Flaminio Costa/E.N.E.L.*

¹⁶ Maduro, *We the Court – The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, 1998.

¹⁷ So auch Weiler (Anm. 13), (2419); Lenaerts (Anm. 13), (207).

dell der europäischen Integration. Nicht zuletzt ging es noch darum, das Europarecht gegenüber dem Völkerrecht als Disziplin eigenen Rechts zu etablieren. Die Abgrenzung war mithin in dieser Phase noch gegen das Völkerrecht, nicht gegen das Verfassungsrecht gerichtet.

Der in dieser Phase der Debatte implizit verhandelte Legitimationsbegriff entsprach gleichwohl noch dem völkerrechtlichen Modell, einem lockeschen Liberalismus, der Freiheitsrechte der privaten Sphäre und ihren Schutz primär den Gerichten zuweist.¹⁸ Das von den Staaten im Einvernehmen festgelegte Ziel der Marktintegration prägte und rechtfertigte das Handeln der Gemeinschaft.¹⁹ Dessen effektive Verwirklichung wurde im Legitimationsdiskurs für die Vereinheitlichung der Rechtsordnungen in den fraglichen Bereichen als ausreichend angesehen.²⁰ So drückte auch der Verfassungsbegriff dieser Zeit die Verrechtlichung und subjektivrechtliche Formierung des Europarechts aus: Seine legitimitätsspendenden Qualitäten waren klassisch rechtsstaatliche, die Verrechtlichung der Gemeinschaft wurde als Gewinn an rechtsförmiger Rationalität und an Rechtsschutz für das Individuum beschrieben.²¹ Die Marktgrundfreiheiten, klassisch liberale Freiheiten, die ihre Rechtfertigung aus der Abwehr hoheitlicher Eingriffe ins Handeln freier Individuen ableiten und ihr rechtsstaatlich-gewaltenteiliger Schutz, prägten in dieser Phase den Verfassungsbegriff. Dazu passt, dass die die Integration vorantreibenden Institutionen dieser Phase mit der Kommission und dem Gerichtshof Institutionen mit einem dezidiert unpolitischen Selbstverständnis waren. Die Debatte beschrieb somit einen Prozess, der zwar in seinen Mechanismen und Institutionen vom Völkerrecht abwich (*Supranationalismus* statt *Internationalismus*), in seiner Legitimation jedoch weiterhin völkerrechtlich gedacht wurde²² und insofern weder die staatliche Qualität der Mitgliedstaaten in Frage stellte noch die Finalitätsfrage provozierte. "Verfassung" bedeutete in diesem Zeitraum Rechts- und Wirtschaftsverfassung, nicht jedoch politische Verfassung.

2. Seit Maastricht: Theoretisierung der politischen Qualität der Integration

Die beschriebenen Integrationsmechanismen erlangten schließlich eine Dynamik, die dieses Legitimationsverständnis in Frage stellte. Die expansive Auslegung der Kompetenzen der Gemeinschaft durch den EuGH, die stete Zunahme vertrag-

¹⁸ Locke, *Über die Regierung*, 1974 [1690], insbesondere Kapitel VII, Nr. 87 ff.

¹⁹ So auch Maduro (Anm. 5), (3 ff.).

²⁰ Joerges, *Zur Legitimität der Europäisierung des Privatrechts*, in: ders./Teubner (Hrsg.), *Rechtsverfassungsrecht*, 2003, 183, 185.

²¹ Wodurch sich ein spezifisch prozeduraler Legitimitätsgewinn von Verrechtlichung auszeichnet, stellt Fuller – allerdings nicht in Bezug auf die europäische Integration – heraus, ders., *Positivism and Fidelity to Law*, *Harvard Law Review* 71 (1958), 630.

²² Für den deutschsprachigen Raum war damals bezeichnenderweise Ipsens Zweckverbandslehre vorherrschend (Anm. 10).

lich übertragener Kompetenzen sowie vor allem die seit der Einheitlichen Europäischen Akte steigende Zahl von Mehrheitsentscheidungen im Rat führten dazu, dass die EG sich zu einem selbständigen politischen Entscheidungsträger entwickelte: Aus dem funktional begrenzten Projekt der Marktintegration, das im gleichgerichteten Interesse der Mitgliedstaaten lag, entwickelte sich eine Union, die über Willensbildungsmechanismen verfügt, mittels derer sie sich in vielen Bereichen eigenständige politische Ziele setzen kann.²³ Mithilfe des Mehrheitsentscheids, der unmittelbaren Anwendbarkeit und der Vorrang-Wirkung ihrer Rechtsakte können diese verbindlich auch gegen den Willen einzelner Staaten mit direkter Wirkung für das Individuum durchgesetzt werden.²⁴ Die mit dem Maastricht-Vertrag eingeführten Elemente der Unionsbürgerschaft sowie der Währungsunion stärkten die politische Integration noch weiter.

Erst in dem Moment, in dem sich die Gemeinschaft von einer – hoch effektiven und rechtlich integrierten – Ausführungseinheit von im zwischenstaatlichen Einvernehmen (also völkerrechtlich) festgelegter Ziele zu einer politischen Willensbildungseinheit wandelte, stellte sich die Verfassungsfrage neu: Eine Gemeinschaft, die eigenständig politische Ziele setzt, bedarf eines verselbständigten, über das Völkerrecht hinausgehenden Legitimationsmechanismus'.²⁵ Die Integration stellt – spätestens, nachdem sich die EG seit Maastricht offensiv als politische Gemeinschaft versteht, die schon in ihrem institutionellen Aufbau verdeutlicht, dass sie mehr als eine Wirtschaftsgemeinschaft sein will – eine potentielle Bedrohung für den nationalen Prozess der kollektiven Selbstbestimmung dar.

Mithin wird in der Folge diskutiert, worin das Ziel dieses Prozesses bestehen soll und welche legitimatorischen Voraussetzungen eine politische Integration erfüllen muss.²⁶ Mit Termini, die Staatsqualität evozieren, wird vorsichtiger umgegangen als zuvor – vielleicht auch weil der um die politische Dimension erweiterte Verfassungsbegriff jetzt das Potential hat, die verfassungsstaatliche Qualität der Mitgliedstaaten herauszufordern. Die Diskussion kreist um Themen, hinter denen die Frage vernehmbar ist, welche Voraussetzungen Staatlichkeit eigentlich habe und ob diese auf europäischer Ebene bereits vorhanden oder jedenfalls wünschenswert seien.²⁷ So wird die judizielle Letztentscheidungskompetenz diskutiert, die teils noch beim Staat,²⁸ teils schon beim EuGH²⁹ und teils pluralistisch bei bei-

²³ Maduro (Anm. 5), (9 f.).

²⁴ Maduro, *Europe and the Constitution*, in: Weiler/Wind, *European Constitutionalism Beyond the State*, 2003, 74, 77; Frankenber, *The Return of the Contract*, ELJ 6 (2000), 257; Preuß, *Europa als politische Gemeinschaft*, in: Schuppert/Pernice (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, 489, 500.

²⁵ Ähnlich Lübke-Wolff, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), 246 (255) sowie Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, 1997, 343.

²⁶ Dehousse, *Constitutional Reform in the European Community*, *Western European Politics* 18 (1995), 118; Kirchhof, *Die Staatenvielfalt – ein Wesensgehalt Europas*, in: Hengstschläger *et al.* (Hrsg.), *Für Staat und Recht – FS Herbert Schambeck*, 1994, 947.

²⁷ S. etwa die Auseinandersetzung zwischen Mancini, *Europe: The Case for Statehood*, ELJ 4 (1998), 29 und Weiler, *The Case Against the Case for Statehood*, ELJ 4 (1998), 43.

²⁸ Kirchhof, *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in: Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, 1994, 11, 14.

den³⁰ angesiedelt wird. Teilweise wird der Zusammenhang von Verfassung und Staatlichkeit auch explizit gemacht.³¹ Im Unterschied zur ersten Phase ist der Gebrauch des Verfassungsbegriffs nun nicht mehr negativ auf die Abgrenzung zum Völkerrecht bezogen, sondern dient zur positiv gewendeten Diskussion der Frage, wie das Konstrukt "Europäische Union" zu klassifizieren sei. Die *sui generis*-Formel drückt die Ablehnung europäischer Staatlichkeit aus und fokussiert stattdessen das veränderte Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander.³² Mit ihrer Hilfe wird die konzeptionelle Befreiung aus der Staat-Staatenbund-Dichotomie versucht.³³ Die Debatte entwickelt sich von der Beschreibung "vertikaler" Doktrinen zum vermehrt als "horizontal" verstandenen Verhältnis von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten und konzentriert sich auf das durch die Integration beeinflusste Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander.³⁴ Anders als in der ersten Phase geht es nun nicht mehr um die Abgrenzung und Emanzipation des Europarechts vom klassischen Völkerrecht, sondern vielmehr um das Verhältnis des Europarechts zum nationalen Verfassungsrecht.

Vermehrt wird nun bemängelt, dass die Diskussion als Platzhalter für die eigentlich anstehende Frage der Legitimation dient: Die zentralen Fragen, so die Kritik, werden vernachlässigt.³⁵ In der Tat gewinnt man manchmal den Eindruck, der Verfassungsbegriff diene nicht dazu, Bedingungen und Voraussetzungen legitimer Verfasstheit der Gemeinschaft zu diskutieren. Vielmehr kreist die Diskussion vielfach um die Frage, ob die EU bereits den dem Verfassungsbegriff immanenten Grad an Dignität erreicht habe, der die zulässige Anwendung des Begriffs auf ein Objekt erst rechtfertige. Möglicherweise aufgrund dieser teilweise deutlich geäu-

²⁹ Pernice, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), 148 (182 ff.).

³⁰ Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, MLR 65 (2002), 317 (348 ff.).

³¹ Kirchhof (Anm. 26), (951 ff.).

³² Eleftheriadis, *The Idea of a European Constitution*, Oxford Journal of Legal Studies 27 (2007), 1; Joerges (Anm. 20), (183); Schönberger, *Unionsbürger*, 2005, (301 ff.); Weiler, *In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg*, in: ders./Wind (Hrsg.), *European Constitutionalism beyond the State*, 2003, 7. Offe/Preuß, *The Problem of Legitimacy in the European Polity: Is Democratization the Answer?*, ConWEB Paper No. 6/2006, 27 ff. <<http://www.bath.ac.uk/esml/conWEB/Conweb%20papers-filestore/conweb6-2006.pdf>> sowie Brunkhorst, *Solidarität – Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, 2002, sprechen von "Solidarität" bzw. "*mutual responsiveness*".

³³ Seit der *Maastricht*-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts steht hierfür der Begriff des "Staatenverbunds", s. BVerfGE 89, 155 (181).

³⁴ Weiler (Anm. 8), (111): "The new reformed discussion – in MacCormick, de Areilza, Dehousse, Joerges, Burley – recognizes and at times suggests a different, 'horizontal', 'polycentred', 'infranational' image of the European polity and its constitutional framework." Walker (Anm. 30), (337).

³⁵ Weiler (Anm. 8), (112 ff.); diese Kritik an der Schwerpunktsetzung der wissenschaftlichen Diskussion existiert immer noch, s. de Búrca, *The EU on the Road from the Constitutional Treaty to the Lisbon Treaty*, Jean Monnet Working Paper 03/08, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/papers08.html>>; ähnlich die Kritik von Everson, *Is It Just Me, or Is There an Elephant in the Room?*, ELJ 13 (2007), 136 an dem Band von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Principles of European Constitutional Law*, 2006.

ßerten Kritik enthalten die europarechtlichen Beiträge ab Ende der 90er Jahre in der Regel Stellungnahmen zur demokratischen Legitimation der EU. Die Diskussion um das Demokratiedefizit hat die Rechtswissenschaft erreicht.³⁶

Die demokratische Etablierung der europäischen Hoheitsgewalt wird inzwischen von den meisten als weiteres notwendiges Verfassungselement angesehen, welches für die Existenz einer europäischen Verfassung spricht.³⁷ Während es in der ersten Phase darum ging, die Auswirkungen des Europarechts für die mitgliedstaatlichen Verwaltungen und Gerichte zu verstehen, stehen in der zweiten Phase die Implikationen dieser Verflechtung für die Identität und staatliche Qualität der Staaten im Vordergrund. Im Gegenzug wird der legitimatorische Beitrag der Staaten für die Gemeinschaft stärker anerkannt. Die Legitimation von Mitgliedstaaten und Gemeinschaft werden nun zusammen gedacht. Gemeinsam mit dem EP bilden sie die Grundlage des in dieser Phase entwickelten und jetzt vorherrschenden dualen Legitimationsmodells.³⁸ Damit wird das Individuum nicht mehr nur als Träger von ihm zugebilligten subjektiven Rechten gesehen, sondern auch als das Subjekt, auf das die Ausgestaltung dieser Rechte rückführbar sein muss. Die existierenden Mechanismen mögen noch defizitär sein, immerhin wird das Problem aber erkannt und der Einzelne als Träger auch politischer Rechte gedacht.

3. Seit Laeken: Versuch und Scheitern des Verfassungsvertrags

Die dritte Phase der Debatte wird von der versuchten Formalisierung der Verfassung durch die Politik, die Inangriffnahme des Verfassungsvertrags auf dem Regierungsgipfel von Laeken 2001 eingeläutet. Sie ist die Antwort der Politik auf die beschriebene, inzwischen fast allgemein anerkannte und durch sinkende Zustimmungswerte der Bürger verstärkte Legitimationskrise, die durch den Beitritt neuer Mitgliedstaaten 2004 und 2007 noch verschärft wird. Verfassungselemente, die Konventsverfahren sowie die Vereinfachung des Textes sollen neue Akzeptanz schaffen. Als der Beginn einer neuen Phase der Debatte wird dieser Zeitpunkt angesehen, weil er dazu zwingt, sich damit auseinanderzusetzen, was es heißt, dass Konstitutionalisierung von einem rechtswissenschaftlichen analytischen Begriff zum politischen Projekt wird.³⁹ Mit dem Scheitern der Referenden wird eine Phase der politischen wie theoretischen Verfassungskrise eingeläutet.

³⁶ Grimm (Anm. 3); Kaufmann (Anm. 25), (49 ff., 261 ff.).

³⁷ Die Konzeptionen von Pernice (Anm. 29) und Herbst, Legitimation durch Verfassunggebung, 2003, stellen den Unionsbürger, von dem sich europäische Hoheitsgewalt ableite, in den Vordergrund.

³⁸ Zum dualen Legitimationsmodell der Union von Bogdandy, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2002, 149, 175 ff.; Calliess, Demokratieprinzip im Europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, in: Bröhmer/Bieber *et al.* (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte, FS Georg Ress, 2005, 399, 400 ff.

³⁹ Herbst, Deutsches Referendum über den EU-Verfassungsvertrag?, in: Kadelbach (Hrsg.), Europäische Verfassung und direkte Demokratie, 2006, 81.

Nach der Ablehnung des Verfassungsvertrags durch die Referenden stellt sich die Frage nach den theoretischen Konsequenzen. Vermutlich weil die wissenschaftliche Diskussion von jeher stark auf juristische, ebentechnische und rechtskonstruktive Themen konzentriert war, erfährt der Misserfolg des Verfassungsvertrags bisher nur eine zögerliche theoretische Aufarbeitung.⁴⁰ Die wenigen existierenden Reaktionen in der Rechtswissenschaft divergieren jedoch so stark, dass man weitere Auseinandersetzung erwarten kann: Teilweise werden die Referenden als eine Grenzziehung des niederländischen und französischen Volkes gegen weitere Integrationsschritte verstanden. Die Grimmsche These vom fehlenden *demos* sei bestätigt worden.⁴¹ Andere folgern das Gegenteil: Es werde noch mehr Mitsprache verlangt, die Bürger wollten endlich ernst genommen werden, und über politische Alternativen entscheiden dürfen. Das Parlament soll stärker und die EU politisiert werden.⁴² Eine dritte Auslegung geht dahin, die ablehnenden Referenden als ersten wirklichen Entstehungsmoment eines *pouvoir constituant* (oder vielmehr *déconstituant*?) anzusehen.⁴³ Jedenfalls ist zu erhoffen, dass die Untersuchung der legitimatorischen Leistung der bestehenden Verfahren sowie der theoretischen Analyse der gescheiterten Referenden fortgeführt wird.⁴⁴

III. Rekonstruktion der völkerrechtlichen Verfassungsdebatte

Ebenso wie die europäische verfügt auch die völkerrechtliche Konstitutionalismusdebatte über theoretische Vorläufer. Hans Kelsen und Alfred Verdross haben schon in den 20er und 30er Jahren, lange vor den Vordenkern einer europäischen Verfassung, an Konzepten einer einheitlichen Weltverfassung gearbeitet, auf die in der Debatte immer wieder rekurriert wird.⁴⁵ Die gegenwärtige Debatte entwickelte sich allerdings gut zehn Jahre später als im Europarecht. Tomuschat's Aufsatz über völkerrechtliche Verpflichtungen auch gegen den Willen von Staaten

⁴⁰ S. etwa die Sammlung kurzer Reaktionen bekannter Europarechtler auf die ablehnenden Referenden (de Witte, Pernice *et al.*), Rethinking EU Scholarship, *EuConst* 1 (2005), 412. Jetzt auch die Beiträge in Pernice/Tanchev (Hrsg.), *Ceci n'est pas une Constitution – Constitutionalisation without a Constitution?*, 2009.

⁴¹ Heinig, Europäisches Verfassungsrecht ohne Verfassung(svertrag)?, *JZ* 62 (2007), 905. Auch Weiler hält die ablehnenden Referenden (das irische eingeschlossen) für plausibel, *ders.*, Editorial, *EJIL* 19 (2008), 647 (650 ff.).

⁴² de Búrca (Anm. 35); Kumm, Why Europeans Will Not Embrace European Patriotism, *ICon* 6 (2008), 117.

⁴³ Brunkhorst, Unbezähmbare Öffentlichkeit, *Leviathan* 35 (2007), 12 (15); Gunsteren, The Birth of the European Citizen Out of the Dutch No Vote, *EuConst* 1 (2005), 406.

⁴⁴ S. etwa die Beiträge in Weiler/Wind (Anm. 32); Bellamy, The European Constitution Is Dead, Long Live European Constitutionalism, *Constellations* 13 (2006), 181.

⁴⁵ Verdross, Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1926; Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl. 1934, 129 ff.

von 1993 kann als ihr Auftakt angesehen werden.⁴⁶ Anders als die europarechtliche Debatte, die zunächst knapp zwei Jahrzehnte lang im angelsächsischen Raum stattfand und erst Ende der 90er Jahre von Ingolf Pernice in die deutsche Europarechtswissenschaft transportiert wurde,⁴⁷ handelt es sich bei der völkerrechtlichen um eine fast ausschließlich kontinentaleuropäische, deren Protagonisten in Deutschland, Frankreich und den Niederlanden tätig sind.⁴⁸ In Skandinavien sowie im angelsächsischen Raum dagegen stößt die These teilweise auf vehementen Widerspruch.⁴⁹ Zu unterscheiden sind hier weniger aufeinander aufbauende Phasen denn verschiedene, einander inhaltlich entgegengesetzte Strömungen.

1. Konstitutionalisierung einzelner internationaler Organisationen

Eine Strömung innerhalb der völkerrechtlichen Diskussion diskutiert unter dem Verfassungsstichwort eine Verrechtlichung einzelner internationaler Organisationen, insbesondere der UNO⁵⁰ und der WTO.⁵¹ Dieses Verständnis lässt sich am ehesten mit der ersten Phase der europäischen Debatte vergleichen: Es geht um die Beschreibung bestimmter Strukturmerkmale, die die Funktionserfüllung der Organisationen effektiveren und verrechtlichen.⁵² Die Konstitutionalisierung der WTO wird vor allem in der Durchsetzungsfähigkeit des *Dispute Settlement Body* sowie in ihrer ein Individualgrundrecht auf Handel konkretisierenden Wirkung gesehen.⁵³ Aus der Charakterisierung der UNO als Verfassung der internationalen Gemeinschaft wiederum werden gewisse rechtliche Folgerungen für die Interpretation und Wirkung der UN-Charta gezogen (wie die Forderung einer expansiv-

⁴⁶ Tomuschat, *Obligations Arising for States Without or Against Their Will*, RdC 241 (1993-IV), 195.

⁴⁷ Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam*, CMLR 36 (1999), 703.

⁴⁸ Bryde (Anm. 2); Dupuy, *The Constitutional Dimension of the Charter of the United Nations Revisited*, Max Planck UNYB 1 (1997), 1; Fassbender, *The United Nations Charter as Constitution of the International Community*, Col. J. Trans. L. 36 (1998), 529; Frowein (Anm. 6); Kadelbach/Kleinlein, *Überstaatliches Verfassungsrecht*, AVR 44 (2006), 235; Kumm (Anm. 1); Paulus/Simma, *The "International Community": Facing the Challenge of Globalization*, EJIL 9 (1998), 266; Peters, *Compensatory Constitutionalism*, Leiden JIL 19 (2006), 579; Petersmann, *Welthandelsrecht als Freiheits- und Verfassungsordnung*, ZaöRV 65 (2005), 543; Tomuschat (Anm. 46); de Wet (Anm. 2).

⁴⁹ S. etwa die Erwiderungen von Koskeniemi, *Constitutionalism as Mindset, Theoretical Inquiries in Law* 1 (2007), 9; ders./Leino, *Fragmentation of International Law?*, Leiden JIL 15 (2002), 553; ders., *International Law in Europe*, EJIL 16 (2005), 113; Klabbers, *Constitutionalism Lite*, *International Organizations Law Review* 1 (2004), 31. Einen skeptischen deutschsprachigen Beitrag leistet Haltern, *Internationales Verfassungsrecht*, AöR 128 (2003), 511.

⁵⁰ Fassbender (Anm. 48) sieht in der UN-Charta die Verfassung der gesamten internationalen Gemeinschaft.

⁵¹ Cass, *The "Constitutionalization" of International Trade Law*, EJIL 12 (2001), 39; Petersmann (Anm. 48).

⁵² Kadelbach/Kleinlein, (Anm. 48), (240).

⁵³ Petersmann (Anm. 48).

teleologischen Auslegung der Charta oder die Zulässigkeit der Festlegung von Rechtspflichten für das Individuum durch den Sicherheitsrat).⁵⁴

Allerdings finden diejenigen Verfassungselemente, die das Europarecht als supranationales Recht kennzeichnen, nämlich die spezifische Kombination aus unmittelbarer Anwendung, Vorrang und Mehrheitsentscheid des europäischen Sekundärrechts, in diesen Organisationen keine vollständige Entsprechung. Weder die aus den Verhandlungsrunden hervorgehenden WTO-Verträge (eine verselbständigte legislative Entscheidungsebene ist im institutionellen Aufbau der WTO nicht vorhanden⁵⁵) noch die Entscheidungen des WTO-*Dispute Settlement Body* genießen unmittelbare Anwendbarkeit im nationalen Recht.⁵⁶ Die legislativen Kompetenzen des UN-Sicherheitsrats sind dem EG-Recht dagegen eher vergleichbar: Er kann gem. Art. 27 II, III i.V.m. Art. 25 UN-Charta mit Mehrheitsentscheid (allerdings unter dem Vorbehalt der Zustimmung der ständigen Mitglieder) direkt für die Mitgliedstaaten verbindliches Recht setzen. Allerdings handelt es sich hierbei um eine Ausnahme, die nicht als paradigmatisch für die gesamte Organisation geschweige denn für das Völkerrecht in seiner Gesamtheit angesehen werden kann.⁵⁷ Darüber hinaus kommt dem Sekundärrecht des Sicherheitsrats anders als dem europäischen Gemeinschaftsrecht kein allgemeiner Vorrang gegenüber nationalem Recht zu.⁵⁸ Der zentrale Unterschied besteht darin, dass unmittelbare Anwendbarkeit und Vorrang innerhalb der EG-Rechtsordnung durch das Europarecht selbst statuiert und gefordert werden, während im Völkerrecht die Einordnung internationaler Normen in die staatliche Normenhierarchie nach wie vor den Staaten je individuell überlassen ist.

Umgekehrt existiert im EG-Vertrag keine dem Art. 2, Nr. 6 UN-Charta vergleichbare Norm, die die Wirkung von EG-Rechtsakten auf Nicht-Mitgliedstaaten ausweiten würde. Fassbender zufolge rechtfertigt die Universalität der internationalen Gemeinschaft die Beitrittsmöglichkeit aller Staaten zur UNO sowie die Geltung bestimmter Normen auch für Nicht-Mitgliedstaaten.⁵⁹ Im Gegensatz dazu kann kein Staat einen Anspruch auf EU-Mitgliedschaft erheben, vielmehr handelt

⁵⁴ Fassbender (Anm. 48), (593 ff.).

⁵⁵ von Bogdandy, *Law and Politics in the WTO*, Max Planck UNYB 5 (2001), 609. Zur Frage der Abwägung zwischen politischen Zielen innerhalb der WTO Howe, *From Politics to Technocracy – and Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime*, AJIL 96 (2002), 94.

⁵⁶ Was für letzteres allerdings umstritten ist, siehe zu dieser Frage von Engelhardt, *Welthandelsorganisation: Verfassungselemente in der Regelung des Welthandels*, WHI-Paper 7/05, <www.whi-berlin.de/engelhardt.htm>.

⁵⁷ So auch Alvarez, *International Organizations as Law-makers*, 2005 (121); Klappers, *An Introduction to International Institutional Law*, 2002, 227. Bei den weiteren, meist genannten, zur direkten Rechtsetzung fähigen Instanzen wie dem IStGH oder dem EGMR, handelt es sich um Spruchkörper. Die EG dagegen zeichnet sich gerade dadurch aus, dass auch die politischen Rechtsetzungsinstitutionen unmittelbar bindendes Recht setzen können, das abstrakt-generell wirkt und nicht nur einzelfallbezogen.

⁵⁸ Was vom EuGH in seiner *Kadi*-Entscheidung jüngst bestätigt wurde, Urteil des EuGH v. 3.9.2008 zu *Kadi* und *Al Barakaat International Foundation*, Rs. C-402/05 und Rs. C-415/05 P.

⁵⁹ Fassbender (Anm. 48), (610).

es sich bei der Aufnahme neuer Mitglieder um einen diffizilen, mitunter die Identität der Gemeinschaft herausfordernden politischen Prozess,⁶⁰ der sich über Jahrzehnte hinziehen kann. Ein wesentliches Merkmal der EU besteht gerade in ihrer Partikularität, der regional-kulturellen Begrenztheit auf – auch wenn dieses Merkmal immer wieder neu zu bestimmen ist – europäische Staaten. Auch wenn sich dieses Merkmal nicht in einer geographischen Definition erschöpft, stellt das Moment der Regionalität im Vergleich mit UNO und WTO einen wichtigen Unterschied dar.⁶¹

Mithin lassen sich zwar gewisse Parallelen insbesondere zwischen der WTO und der EG finden, bei näherer Betrachtung fallen jedoch weitgehende Unterschiede auf.

2. Konstitutionalisierung des Völkerrechts in seiner Gesamtheit

Überwiegend bezeichnen die Termini “überstaatliches Verfassungsrecht”⁶² oder “*international constitutional order*”⁶³ Entwicklungen, die das Völkerrecht in seiner Gesamtheit betreffen. In der Summe werden sie als Anzeichen für eine im Entstehen begriffene, fundamentale Neuordnung der Völkerrechtsordnung und ihrer Grundprinzipien gesehen. Im Vordergrund steht dabei die veränderte Rolle des Individuums, dem inzwischen teilweise partielle Völkerrechtssubjektivität beigegeben wird, begründet vor allem mit der Zunahme menschenrechtlicher Schutzmechanismen.⁶⁴ Gemeinsam mit den Staaten sowie weiteren völkerrechtlich relevanten Akteuren wie etwa NGOs werden die Individuen als Teil der internationalen Gemeinschaft angesehen. Diese sei Trägerin von Grundpflichten, die ihr als ganzer geschuldet werden.⁶⁵ Dazu gehören insbesondere *obligationes erga omnes*⁶⁶ sowie Rechte im Rang von *ius cogens*.⁶⁷ Die Relativierung der ausschließlichen Sub-

⁶⁰ So hat die Vorstellung von der Aufnahme neuer Staaten die Diskussion um die Frage, inwiefern für die EU ihre christliche Tradition zur Identität gehört, hervorgebracht, etwa Weiler, Ein christliches Europa, 2004. Auch Preuß vermutet eine Auswirkung des Beitritts der mittel- und osteuropäischen Mitglieder auf die Identität der EU, Preuß (Anm. 24), (512).

⁶¹ S. für eine theoretische Reflexion der Grenzen Europas Rosanvallon, The Transformation of Democracy and the Future of Europe, in: Moyn (Hrsg.), Democracy Past and Future – Pierre Rosanvallon, 2006, 218 (230 ff.). Zu der Fragestellung Ley, Verfassung ohne Grenzen?, in: Pernice/von Engelhardt/Krieg/Ley/Saldias (Hrsg.), Europa jenseits seiner Grenzen, 2009, 91; weiterführend Graser, Gemeinschaften ohne Grenzen?, 2009.

⁶² Kadelbach/Kleinlein (Anm. 48), (235).

⁶³ de Wet (Anm. 2).

⁶⁴ Boyle/Chinkin, The Making of International Law, 2007, 15.

⁶⁵ Anders jedoch Preuß, Equality of States – Its Meaning in a Constitutionalized Global Order, Chicago Journal of International Law 9 (2008), 17, der einen zwischenstaatlichen Verfassungsbegriff fürs Völkerrecht vertritt.

⁶⁶ IGH-Urteil *Barcelona Traction, Light and Power Co. (Belgium v. Spain)*, Urt. v. 5.2.1970, ICJ Reports 1970, 3.

⁶⁷ Simma, From Bilateralism to Community Interest in International Law, RdC 250 (1994-VI), 221, 233 ff.

jektivität der Staaten wird weiter mit der hohen Zahl internationaler Institutionen, insbesondere der Zunahme von Spruchkörpern, begründet, die Anlass zur Feststellung einer sich herausbildenden Gewaltenteilung bieten und zum Konzept der internationalen Gemeinschaft beigetragen haben.⁶⁸ Die Existenz dieser objektiven, der Gemeinschaft als solcher geschuldeten Werte verändern die Architektur des Völkerrechts: Sie schaffen Verpflichtungen, die nicht mehr kontraktualistisch begründet sind und insofern eine Lösung vom engen Zusammenhang zwischen Verpflichtung und Staatenwille darstellen. Aufgrund ihrer fundamentalen, gewissermaßen objektiven Qualität relativieren sie die Bedeutung des Staatenwillens als oberster Verpflichtungsquelle. Sie bewirken eine Hierarchisierung des Völkerrechts, da sie gleichsam an der Spitze des völkerrechtlichen Verpflichtungsgebäudes stehen. Dieses Modell beruht auf gewissen materiellen Grundwerten, in deren Zentrum nicht mehr die Souveränität der Staaten steht, sondern vielmehr der menschenrechtliche Schutz des Individuums.

Damit rückt der völkerrechtliche Konstitutionalismus von einigen völkerrechtlichen Grundannahmen ab. Die Exklusivität des staatlichen Rechts, mit dem Bürger in einem direkten Rechtsverhältnis zu stehen, scheint an immanenter Überzeugungskraft zu verlieren.⁶⁹ In der Folge wird die Liberalisierung des Völkerrechts in Form einer Aufwertung der Individualrechte gegenüber den Staaten weiter vorangetrieben. Nicht nur werden die Rechte des Individuums weiter gestärkt; die Legitimität des Völkerrechts wird etwa in der Konzeption von Tomuschat in der Erfüllung menschenrechtlicher Grundwerte behauptet: In seiner Eigenschaft als letzter Zweck und Grundeinheit des Völkerrechts wird der Staat vom Individuum abgelöst. Seine Aufgabe besteht nun in der Realisierung der vom Völkerrecht geprägten Individualrechte. Als völkerrechtlicher Agent soll er den vorgegebenen „*blueprint of social life*“ umsetzen.⁷⁰

In der Konsequenz relativiert diese individualrechtliche Rekonstruktion völkerrechtlicher Legitimation das staatliche Zustimmungserfordernis zu einer völkerrechtlichen Verpflichtung in zwei Richtungen: In den 90er Jahren diente die Konstitutionalisierungsthese zunächst vor allem dazu, Verpflichtungen von Staaten auch ohne deren Zustimmung zu rechtfertigen. Es handelte sich um einen Diskurs, der das Völkerrecht von der Zustimmungsbedürftigkeit der Staaten in Ansätzen lösen und so effektiver machen wollte. „Verfassung“ hatte mithin eine politikfunktionale, ermöglichende Bedeutung. Damit sollte vor allem der Sicherheitsrat

⁶⁸ Paulus, Die internationale Gemeinschaft, 2001; Tomuschat, Die internationale Gemeinschaft, AVR 1995, 1.

⁶⁹ Hobe, Die Zukunft des Völkerrechts im Zeitalter der Globalisierung, AVR 37 (1999), 253 (278).

⁷⁰ Tomuschat, International Law: Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century, RdC 281 (1999), 2001, 63 ff. Diese Konstruktion geht auf Kelsen zurück, ders. (Anm. 45), 150: „Der Staat, dessen Begriff nunmehr von der Völkerrechtsordnung her bestimmt werden kann, ist somit eine völkerrechtsunmittelbare, relativ zentralisierte Teilrechtsordnung mit völkerrechtlich begrenztem territorialen und temporalen Geltungsbereich und einem hinsichtlich des materialen Geltungsbereiches nur durch den Vorbehalt des Völkerrechts eingeschränkten Totalitätsanspruch.“

und seine Kompetenz, für UN-Mitgliedstaaten auch gegen den Willen einzelner Staaten zu entscheiden, gestärkt werden.⁷¹ Darüber hinaus sollen Grundgüter, die der internationalen Gemeinschaft als ganzer zugeschrieben und als "gemeinsames Erbe der Menschheit" bezeichnet werden, etwa der Weltraum, die Hohe See oder eine intakte Umwelt, unter Umständen auch gegen den Willen sich dieser Gemeinschaftslogik widersetzender Staaten geschützt werden.⁷²

In neuerer Zeit steht dagegen eher die limitierende Funktion von Verfassung im Vordergrund: Mit dem Argument der Konstitutionalisierung wird jetzt die Einrichtung von Gerichtshöfen gefordert, die auch das Handeln internationaler Organisationen auf Menschenrechtskonformität hin überprüfen sollen.⁷³ Auch hier steht der Sicherheitsrat im Fokus der Aufmerksamkeit: Nachdem dieser sich in der Terrorbekämpfung weite, umstrittene Befugnisse zumaß, wird nun der Ruf nach gerichtlicher Kontrolle und Einschränkung dieser Praktiken laut. Mit der Konstitutionalisierung wird also sowohl die Stärkung wie die Schwächung teilweise identischer politischer Organisationen begründet, die jedoch beide, in die eine oder andere Richtung, die Souveränität der Staaten einschränken und auf Argumentationsfiguren aufbauen, die von der Notwendigkeit des Schutzes gewisser objektiver, über-politischer und grundlegender Rechtsgüter ausgehen. Im Übrigen ist es denkbar, dass auch die zweite, auf Kontrolle und Begrenzung internationaler Organisationen setzende Bedeutung von Verfassung auf eine dialektische Weise langfristig das Völkerrecht stärkt, indem sie seine Legitimität erhöht.⁷⁴

IV. Vergleich einzelner Verfassungselemente

Nachdem im vorherigen Teil die rechtswissenschaftlichen und -politischen Verfassungsdiskussionen miteinander konfrontiert wurden, sollen im folgenden Teil in beiden Diskussionen genannte Verfassungselemente verglichen werden. Regelmäßig bildet ihre Auflistung und Darstellung den Begründungskern der Verfassungsthese: Die meisten Autoren, die die Möglichkeit der überstaatlichen Konstitutionalisierung favorisieren, gehen von einem kumulativen, aus verschiedenen Elementen

⁷¹ S. Paulus (Anm. 68), (294); von Bogdandy, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme, ZaöRV 63 (2003), 853 (864); Tomuschat (Anm. 46).

⁷² S. den Überblick zu den Auffassungen Charneys, Tomuschats, Ziemers und Delbrücks zur Drittwirkung von *public interest norms* bei Hingst, Auswirkungen der Globalisierung auf das Recht der völkerrechtlichen Verträge, 2001, 207 ff. S. auch die Überlegungen zur Kategorie von *public interest norms*, die ein solches Vorgehen rechtfertigen könnten, bei Delbrück (Hrsg.), New Trends in International Law-making – International "Legislation" in the Public Interest, 1997.

⁷³ Klabbers (Anm. 49) sieht hierin das Kernthema des internationalen Konstitutionalismus. de Wet (Anm. 2), (57) spricht von ethischen Normen als "*fundamental yardstick for post-national decision-making*", Frowein von einer "an materiellen Werten orientierten Ordnung", (Anm. 6), (431).

⁷⁴ S. zum Zusammenhang zwischen funktionaler und konstitutioneller Logik im Verständnis internationaler Organisationen in Bezug auf den *Bustani-Fall* vor dem ILO-Administrative Tribunal Klabbers, The Bustani Case Before The ILOAT: Constitutionalism in Disguise?, ICLQ 53 (2004), 455 (462 f.).

zusammengesetzten Verfassungsbegriff aus.⁷⁵ Hier wurden diejenigen Elemente ausgewählt, die in den Diskussionen am häufigsten genannt werden und für die jeweilige Konstitutionalisierungsthese daher zentral sind (Hierarchisierung, Organisationsrecht und Formalität der Verfassungsdokumente, Menschenrechte bzw. Grundrechte und demokratische Legitimation).

1. Normenhierarchie, Organisationsrecht und Formalität

Ein zentrales Argument der völkerrechtlichen Konstitutionalisierungsthese besteht in der Hierarchisierung des Völkerrechts, für die Art. 53 WVRK und Art. 103 UN-Charta stehen.⁷⁶ Art. 53 WRVK regelt die Nichtigkeit von gegen *ius cogens* verstoßenden Verträgen, also von Verträgen, die etwa gegen das Genozid-, das Sklaverei-, das Folter-, das Gewaltverbot oder das Selbstbestimmungsrecht der Völker verstoßen.⁷⁷ Art. 103 UN-Charta statuiert den Vorrang von Verpflichtungen aus der UN-Charta sowie des darauf aufbauenden Sekundärrechts gegenüber anderen völkerrechtlichen Bindungen. Daran fällt auf, dass nur ein Teil desjenigen Normkörpers, der im Europarecht sowie im nationalen Recht klassischerweise als Verfassungsrecht angesehen wird, nämlich insbesondere das Recht der Rechtserzeugung bzw. Organisationsrecht sowie die Grund- oder Menschenrechte,⁷⁸ im Völkerrecht eine Vorrangstellung genießt. Obgleich auch einige völkerrechtliche Autoren diese weiteren Teile des Völkerrechts zum Völkerverfassungsrecht zählen,⁷⁹ genießt nur ein Ausschnitt dieser Normen Höherrangigkeit: Die Statute internationaler Organisationen, der überwiegende Teil der Menschenrechtskonventionen sowie die Vorschriften zur Rechtserzeugung (für Verträge geregelt in der Wiener Vertragsrechtskonvention, für Gewohnheitsrecht im Gewohnheitsrecht

⁷⁵ S. etwa Fassbender (Anm. 48), unter V. B. (573 ff.).

⁷⁶ Fassbender (Anm. 48), (577 f.); Fischer-Lescano, Die Emergenz der Globalverfassung, ZaöRV 63 (2003), 717 (743 ff.). Allerdings wird teilweise die Höherrangigkeit von Normen mit *ius cogens*-Status bestritten, da das Völkerrecht keine Normenhierarchie kenne, etwa Stein/von Buttlar, Völkerrecht, 11. Aufl. 2005, Rn. 147.

⁷⁷ Diese Verbote sind im Wesentlichen als Gegenstand von *ius cogens* konsentiert; ob weitere Grundrechte darunter fallen, ist strittig. S. zu Geschichte, Ausprägungen, Anwendungsfällen sowie weiteren diskutierten Inhalten von *ius cogens* Shelton, International Law and "Relative Normativity", in: Evans (Hrsg.), International Law, 2. Aufl. 2006, 159, 164 ff. Zur Frage, ob auch die Selbstverteidigung im Rang des *ius cogens* steht Krisch, Selbstverteidigung und kollektive Sicherheit, 2001, 273 ff.

⁷⁸ Für die Staatsverfassung etwa Grimm, Die Verfassung und die Politik, 2001, 19 ff. sowie Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschlands, 20. Aufl. 1995, Rn. 17 f. Zur Zentralität der Menschenrechte für die völkerrechtliche Verfassungsthese s. unten S. 333 ff. Dreier zählt zu den "zentralen Regelungskomplexen" der Verfassung neben Grundrechten und Staatsorganisation noch die Bestandssicherung der Verfassung bzw. die erschwerte Änderbarkeit, Dreier, Deutschland, in: von Bogdandy et al. (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Bd. I: Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts, § 1, Rn. 8-29.

⁷⁹ S. etwa Fassbender (Anm. 48), (574 ff.); Fischer-Lescano (Anm. 76), (748 ff.); Uerpman, Internationales Verfassungsrecht, JZ 56 (2001), 565 (566 ff., 569 ff.).

selbst) partizipieren jedoch nicht an den unterschiedlichen Vorrangwirkungen, die Art. 103 UN-Charta oder Art. 53 WVRK statuieren.⁸⁰ Damit wird nur einem Bruchteil der völkerrechtlichen Verfassungsnormen auch Verfassungsrang zugebilligt. Im Europarecht dagegen sind alle genannten Verfassungsfunktionen im Vertragswerk geregelt und genießen damit aus europarechtlicher Sicht Höherrangigkeit gegenüber dem europäischen Sekundärrecht. Darüber hinaus genießt das europäische Verfassungsrecht zumindest aus europarechtlicher Sicht Vorrangwirkung auch gegenüber den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und stellt damit den Anspruch, in einem monistischen Zusammenhang mit dem nationalen Recht zu stehen,⁸¹ während die genannte Hierarchisierung des Völkerrechts völkerrechtsintern bleibt und diese weitgehende Wirkung den Staaten nicht abverlangt.

In substantieller Hinsicht fällt auf, dass nur einige, besonders grundlegende Menschenrechte im Rang des *ius cogens* stehen, während im Europarecht zwischen den verschiedenen Grundrechtspositionen im Rang nicht differenziert wird. Andererseits steht im Völkerrecht das Gewaltverbot im Rang des *ius cogens*, während ein solches zwar explizit nicht im europäischen Vertragswerk enthalten ist, aber gewissermaßen als tragende *raison d'être* des europäischen Integrationsprojekts angesehen werden kann: Mit dem Ziel der Verhinderung weiterer zwischenstaatlicher Gewalt wurde das europäische Projekt in Form der Kohle und Stahl-Gemeinschaft und insbesondere der Marktintegration ins Leben gerufen. Mithin kann die Europäische Union als einzigartige und besonders effektive Verwirklichungsform dieses völkerrechtlichen Grundsatzes angesehen werden, die in gewisser Weise dasselbe Ziel mit einer spezifischen und eigenen Methode verfolgt. Inwieweit dieser Methode Vorbildfunktion für andere Regionen und das Völkerrecht selbst zukommt, stellt eine Fragestellung dar, die damit in gewisser Weise in der völkerrechtlichen Konstitutionalismusdiskussion angelegt ist, gleichwohl aber mit großer Vorsicht und Sensibilität für kontextuelle Unterschiede behandelt werden muss.⁸²

⁸⁰ Eine Hierarchie existiert nur im Binnenrecht internationaler Organisationen: Hier geht das Recht des Gründungsstatuts in der Regel dem Sekundärrecht vor, Seidl-Hohenveldern/Loibl, Das Recht der internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften, 7. Aufl. 2000, Rn. 1518.

⁸¹ Allerdings ist das Verhältnis von europäischem Primärrecht und mitgliedstaatlichem Recht aus völker- und verfassungsrechtlicher Sicht nach wie vor nicht eindeutig geklärt. Es besteht Streit über die Rechtsnatur des Primärrechts: Klassifiziert man die europäischen Verträge als völkerrechtliche, so genießen sie keinen einheitlichen, im Europarecht statuierten Vorrang, sondern ihre Wirkung hängt vom individuellen Staatsverfassungsrecht ab (so etwa Huber, VVDStRL 60 (2001), 194, 211-222). Die Gegenposition nimmt mit dem EuGH einen einheitlichen, aus der Autonomie des Europarechts vom Völker- und Verfassungsrecht folgenden Anwendungsvorrang von europäischem Primär- und Sekundärrecht vor dem nationalen Recht an (so etwa Ipsen (Anm. 10), 277, 289 ff.; Pernice, Art. 23, in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. 2, 1998, Rn. 21). Zum Ursprung dieser Auseinandersetzung im Fall *van Gend & Loos* sowie den diesen Streit abbildenden unterschiedlichen Positionen von Kommission und Generalanwalt Roemer s. Haltern, Europarecht, 2005, 276 ff., 361 ff.; Streinz, Europarecht, 7. Aufl. 2005, Rn. 118 f.

⁸² Einen Vorschlag dazu haben Slaughter/Burke-White, The Future of International Law Is Domestic (or, the European Way of Law), Harv. ILJ 47 (2006), 327, unterbreitet. Insbesondere auch

Neben dem Umfang ist auch die Reichweite der höherrangigen Normen des Völkerrechts gegenüber dem europäischen Vertragswerk begrenzt: Im Völkerrecht existiert keine Norm oder Doktrin, die einheitlich die Höherrangigkeit des gesamten Völkerrechts gegenüber nationalem Recht festlegen würde, vielmehr hängt die innerstaatliche Wirkung des Völkerrechts vom Verfassungsrecht jedes Staates ab und ist dementsprechend von Staat zu Staat unterschiedlich.⁸³ Die Hierarchisierung des Europarechts stellt sich dagegen als umfassende und für alle Mitgliedstaaten einheitliche, hierarchische Durchdringung von Europarecht und nationalem Recht dar, die vom Europarecht vorgegeben wird.

Darüber hinaus unterscheiden sich die die Verfassungsnormen enthaltenden Dokumente hinsichtlich ihrer Strukturiertheit: Während europäische Konstitutionalisten auf das umfangreiche und komplizierte, aber dennoch ein einheitliches Dokument bildende Vertragswerk verweisen können,⁸⁴ das aus einem einheitlichen Willensakt des europäischen Verfassungsgebers resultiert, bedarf es zur Interpretation disparater völkerrechtlicher Normen als Verfassung höherer Abstraktion. Die völkerrechtlichen Verfassungsnormen sind verschiedenen, unzusammenhängenden Vertragswerken, Statuten internationaler Organisationen sowie dem Gewohnheitsrecht zu entnehmen. Anders als im Europarecht fand nie ein Zusammentreffen von Staatenvertretern mit dem Anspruch, einheitliche Verfahrensregeln und materielle Mindeststandards für das gesamte Völkerrecht zu etablieren, statt. Im Unterschied zur Europäischen Union existiert für das allgemeine Völkerrecht weder ein einheitliches (Verfassungs-)Dokument noch eine einheitliche, territorial abgrenzbare rechtlich strukturierte und Rechtsmacht ausübende Institution, die Gegenstand der Konstitutionalisierung sein könnte. Gleiches gilt für die Kompetenzfrage: Das allgemeine Völkerrecht kennt – anders als die Europäische Union – keinen Kompetenzkatalog. Eine Zuständigkeit entsteht gewissermaßen *ad hoc* dort, wo ein übereinstimmender Staatenwille vorhanden ist; eine in die Zukunft gerichtete, Grenzen festsetzende Regelung, anhand derer die Legalität (Verfassungsmäßigkeit) einer Regelung gemessen werden könnte, existiert nicht.⁸⁵ Selbstverständlich gilt dies nicht für einzelne internationale Organisationen, die nur *intra vires* legal handeln können. Dies verdeutlicht die Unterschiedlichkeit der Gegenstände: Während sich die Konstitutionalisierungsthese im Europarecht auf eine stark integrierte, territorial und kompetentiell abgrenzbare Organisation bezieht, die sich gerade über diese Grenzen (und deren ständige Infragestellung und reflexive Thematisierung) definiert und legitimiert, stellt sich das Völkerrecht als eher funktional denn territori-

der Frage integrationstheoretischer Vergleichbarkeit der EG mit anderen Regionen sowie völkerrechtlichen Institutionen gehen die Beiträge in Pernice *et al.* (Anm. 61), nach.

⁸³ In Deutschland etwa genießen Normen des allgemeinen Völkerrechts unmittelbare Anwendbarkeit im innerstaatlichen Recht; dies folgt jedoch nicht aus dem Völkerrecht selbst, sondern aus Art. 25 GG, zur Auslegung s. Streinz, Art. 25 GG, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Rn. 22 ff.

⁸⁴ Das gleichwohl wegen der Anhänge und Protokollerklärungen als uneinheitlich kritisiert wird, Curtin, *The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces*, CMLR 30 (1993), 17.

⁸⁵ Allerdings zur Problematik der *ultra vires*-Doktrin Klabbers (Anm. 57), (221 f.).

al differenzierter Rechtskorpus dar, der aus unterschiedlichen organisatorischen Schichten besteht: bilateral-vertraglichen, multilateral-vertraglichen und regulativ-institutionellen. Diese Ordnungen folgen je unterschiedlichen Logiken, Integrationsformen, Legitimationsmechanismen und möglicherweise auch Interpretationsmethoden.⁸⁶

2. Menschenrechte – Grundrechte

Für viele völkerrechtliche Autoren stehen die Menschenrechte im Zentrum der Verfassungskonzeption.⁸⁷ Mit ihnen wird die Herausbildung einer internationalen Wertegemeinschaft begründet, die für gleich mehrere Verfassungsfunktionen von Bedeutung ist: Ihr Kernbestand genießt erschwerte Änderbarkeit und Höherrangigkeit in Form von *ius cogens*. Immer mehr Autoren fordern die Anwendung der Menschenrechte auf internationale Organisationen (obgleich dahingehende Durchsetzungsmechanismen bisher weitgehend fehlen).⁸⁸ Insbesondere die Entscheidungen der europäischen Gerichte im Fall *Kadi* hat der Frage der Bindung internationaler Organisationen an menschenrechtliche Standards neue Relevanz verschafft. Zwar hat der EuGH in seiner Entscheidung als Rechtsmittelinstanz die Annahme des erstinstanzlichen Gerichts,⁸⁹ der UN-Sicherheitsrat sei nicht nur an *ius cogens* gebunden, sondern diese Bindung könne darüber hinaus auch von einem EU-Gericht überprüft werden, abgelehnt.⁹⁰ Gleichwohl hat er die europäischen Umsetzungsmaßnahmen der in Frage stehenden Sicherheitsratsresolutionen an europäischen Grundrechten gemessen und für nichtig erklärt. Des Weiteren wurde in Re-

⁸⁶ Die geologische Metapher stammt von Weiler, *The Geology of International Law*, ZaöRV 64 (2004), 547. Grundsätzlich richtet sich Interpretation im Völkerrecht nach den Regeln für das Recht der Verträge, Art. 31-33 WVRK, die auch zur Auslegung von einseitigen Rechtsakten sowie Resolutionen internationaler Organisationen herangezogen werden. Allerdings werden für einzelne Rechtsgebiete und bestimmte Rechtsakte Besonderheiten in der Auslegungsmethodik diskutiert; zur stärker teleologisch-objektiven Interpretation von Statuten internationaler Organisationen m.w.N. Klabeers (Anm. 57), 96 ff. sowie Alvarez (Anm. 57), 65 ff. Zur Zulässigkeit dynamischer oder evolutiver Interpretation insbesondere bei der Auslegung von Menschenrechtskonventionen Bernhardt, *Evolutive Treaty Interpretation, Especially of the European Convention on Human Rights*, GYIL 42 (1999), 11.

⁸⁷ Tomuschat (Anm. 46), (237); de Wet (Anm. 2), (53 ff.).

⁸⁸ Cottier/Hertig, *The Prospects of 21st Century Constitutionalism*, Max Planck UNYB 7 (2003), 261 (314); de Wet, *Judicial Review as an Emerging General Principle of Law and Its Implications for the International Court of Justice*, Netherlands International Law Review 47 (2000), 181; Watson, *Constitutionalism, Judicial Review, and the World Court*, Harv. ILJ 34 (1993), 1. Für eine dahingehende Verpflichtung aus der EMRK Walter, *Grundrechtsschutz gegen Hoheitsakte internationaler Organisationen*, AöR 39 (2004), 54.

⁸⁹ EuG Urt. v. 21.9.2005, Rs. T-306/01 – *Yusuf and Al Barakaat International Foundation/Rat und Kommission (Yusuf)*; EuG Urt. v. 21.9.2005, Rs. T-315/01 – *Yassin Abdullah Kadi/Rat und Kommission (Kadi)*; EuG Urt. v. 12.7.2006, Rs. T-253/02 – *Chafiq Ayadi/Rat (Ayadi)*.

⁹⁰ Urteil des EuGH v. 3.9.2008 zu *Kadi* und *Al Barakaat International Foundation*, Rs. C-402/05 und Rs. C-415/05.

aktion auf die Urteile der Grundrechtsschutz auch auf UN-Ebene verbessert.⁹¹ Auch die Doktrin der partiellen Völkerrechtssubjektivität des Individuums fußt auf dem Menschenrechtsschutz.⁹² Zusammengenommen dienen diese Argumente dazu, die These von der fortschreitenden Auflösung der Staatszentrierung des Völkerrechts zugunsten einer Individualisierung zu bekräftigen.⁹³ Gleichwohl ist das internationale Menschenrechtsregime⁹⁴ bisher auf eine Bindung der Staaten ausgerichtet. Häufig auf natur- oder vernunftrechtliche Begründungen zurückgreifend,⁹⁵ hat es sich insbesondere in der Reaktion auf den Holocaust entwickelt und sollte einer Wiederholung eines staatlich verübten Genozids entgegenwirken. Die Möglichkeit von Menschenrechtsverletzungen durch internationale Organisationen stand zu dem Zeitpunkt nicht im Blickfeld.

Der europarechtliche Grundrechtsschutz dagegen ist von anderen Motiven und Ursprüngen geprägt. Er wurde nicht vertraglich etabliert, sondern gerichtlich entwickelt und stellt bis zum Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ein reines Rechtsprechungsregime dar.⁹⁶ Anders als im Völkerrecht ging es nicht darum, die Grundrechtsbindung der europäischen Mitgliedstaaten zu etablieren, vielmehr sah sich der Gerichtshof herausgefordert, für die Ausübung europäischer Hoheitsgewalt ein ebenso hohes Schutzniveau nachzuweisen, das mit den mitgliedstaatlichen Grundrechtsstandards vergleichbar ist.⁹⁷ So hat der EuGH in *Internationale Han-*

⁹¹ Auf UN-Ebene war nach der Veröffentlichung des Schlussantrags von Generalanwalt Maduro vom 16.1.2008 Resolution S/RES/1822 (2008) v. 30.6.2008 (insbes. Maßnahmen Nr. 12 ff.) erlassen worden, die die Begründungs-, Transparenz- und Überprüfungspflichten der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Sanktionen erhöht. In Folge des EuGH-Urteils hat die Kommission am 28.11.2008 EG-Verordnung Nr. 1190/2008 erlassen, in der sie aufgrund der Verbindungen von Kadi und Al-Barakat zu Al-Qaida die Sanktionen rückwirkend neu erließ. Der Sicherheitsrat hatte die EU-Präsidentschaft mit geheimen Informationen versorgt, die diese Einschätzung begründeten und die an die Kläger weitergegeben worden waren. Diesen wurde daraufhin die Möglichkeit zur Stellungnahme gegeben, s. OJ L322/25 2008. Zu weiteren Einzelheiten de Búrca, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, Jean Monnet Working Paper 01/09, <<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/>>, 37, Fn. 154, 56, Fn. 213.

⁹² Herdogen, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 2006, 102 ff.

⁹³ de Wet (Anm. 2), (59).

⁹⁴ S. den Überblick von Steiner, *International Protection of Human Rights*, in: Evans (Hrsg.), *International Law*, 1. Aufl. 2003, 757. Einige Autoren sprechen von einer *international bill of rights*, Fischer-Lescano (Anm. 76), (733).

⁹⁵ Petersmann (Anm. 48), (582) bezeichnet WTO-Freiheiten als "primär moralische und verfassungsrechtliche Gebote zum Schutze von Privatautonomie, rechtlicher Handlungsfreiheit, Nichtdiskriminierung und Rechtsstaatlichkeit der EG (...)". Kritisch Brunhorst (Anm. 32), (195).

⁹⁶ Wegweisende Entscheidungen waren EuGH Urt. v. 12.11.1969, Rs. 29/69, Slg. 1969, 419 – *Stauder/Stadt Ulm, Sozialamt (Stauder)*; EuGH Urt. v. 17.12.1970, Rs. 11/70, Slg. 1970, 1125 – *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide- und Futtermittel (Internationale Handelsgesellschaft)* sowie EuGH Urt. v. 14.5.1974, Rs. 4/73, Slg. 1974, 491 – *Nold/Kommission (Nold)*. Allerdings enthält der EU-Vertrag inzwischen Verweise auf die EMRK sowie die Grundrechtstraditionen der Mitgliedstaaten, Art. 6 I, II EU.

⁹⁷ Der deutsche Kläger des ersten europarechtlichen Grundrechtfalls, Stauder, sah das Schutzniveau seiner grundgesetzlich gewährleisteten Menschenwürde durch eine europäische Maßnahme gefährdet.

delsgesellschaft auf die verfassungsrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten hingewiesen, aus denen sich auch der europäische Grundrechtsschutz seinem Grund und Inhalt nach speise.⁹⁸ Bekanntermaßen musste er gegenüber den mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten erst einmal seine Grundrechtsschutztauglichkeit beweisen, bis er von ihnen in dieser Hinsicht als gleichwertig anerkannt wurde.⁹⁹ Er hat sich diese Rolle eher in Konkurrenz zu den staatlichen Gerichten angeeignet, nicht zuletzt in der Unterwerfung unter völkerrechtliche Menschenrechtsverpflichtungen, die bis dahin ausschließlich Verpflichtungen der Mitgliedstaaten darstellten.¹⁰⁰ Dem entsprechen die unterschiedlichen Anwendungsbereiche internationaler und europäischer Grundrechte: Die EU-Grundrechte finden vor allem auf Rechtsakte der europäischen Institutionen Anwendung; auf mitgliedstaatliche Rechtsakte nur, soweit sie europäische Rechtsakte umsetzen oder der Mitgliedstaat im Anwendungsbereich der Grundfreiheiten handelt.¹⁰¹ In Bezug auf alle übrigen staatlichen Rechtsakte finden nationale sowie internationale, aber nicht die europarechtlichen Grundrechte Anwendung. Die internationalen Menschenrechte stehen dagegen in direkter Konkurrenz zu den staatlichen Grundrechten, ihr Anwendungsbereich ist identisch.

Auch die Bedeutung der europäischen Grundrechtrechtsdogmatik für die Integration ist mit der der internationalen Menschenrechte nicht zu vergleichen: Wie die Konstitutionalisierungsliteratur gezeigt hat, muss die Einführung des europäischen Grundrechtsschutzes auch als Teil einer Legitimierungsstrategie verstanden werden, mit der die seit Einführung der Doktrinen der unmittelbaren Anwendbarkeit und des Vorrangs stark aufgewertete Rolle des EuGH sowie die Kompetenzzunahme des europäischen Gesetzgebers gegenüber den mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichten und -regierungen gerechtfertigt werden sollten.¹⁰² Die formale Höherrangigkeit des Europarechts wurde in gewisser Weise mit einer materiellen Verbeugung vor den nationalen Grundrechtsordnungen erkaufte. Dem entspricht die Zurückhaltung des EuGH gegenüber solchen Rechtsakten, die mitgliedstaatlich geprägten Organen entspringen. Traditionell kontrolliert er Rechtsakte der Kommission wesentlich rigider als solche des Rats,¹⁰³ was die These der unterschiedli-

⁹⁸ *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1125, Rn. 4: "Die Gewährleistung dieser Rechte muss zwar von den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten getragen sein, sie muss sich aber auch in die Struktur und die Ziele der Gemeinschaft einfügen." Fest verwurzelt in den positivrechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten bedarf es auch keiner ethischen oder naturrechtlichen Begründung der europarechtlichen Grundrechtsdogmatik.

⁹⁹ BVerfGE 37, 271 – *Solange I*; BVerfGE 73, 393 – *Solange II*.

¹⁰⁰ *Nold*, Slg. 1974, 491 (Rn. 13).

¹⁰¹ S. Wyatt/Dashwood, *Fundamental Rights*, in: dies. (Hrsg.), *European Union Law*, 5. Aufl. 2006, 257 (261).

¹⁰² Weiler (Anm. 13); dazu auch Haltorn, *Europarecht und das Politische*, 2005, 351 ff.; s. auch die Ausführungen von Stein (Anm. 13), (14 ff.).

¹⁰³ *Maduro* (Anm. 5), 5: "The ECJ has usually been much more deferent towards legislative measures adopted by the council than to the administrative measures adopted by the commission. In reality, the court has, so far, only twice stroke down council legislative acts and, even there, in marginal instances."

chen Ausrichtung bestätigt. Die europäische Grundrechtsdogmatik war auf die politische Integration der Gemeinschaft angelegt, während die internationalen Menschenrechte weitgehend politikbegrenzende Funktion haben.

3. Internationale Gemeinschaft

Für einige Autoren bildet die internationale Gemeinschaft den Kern der internationalen Verfassungsordnung.¹⁰⁴ Als "Interpretationsgemeinschaft" kann sie öffentliche Güter und Interessen definieren, von denen angenommen wird, dass sie zum Bestand einer materiellen Werteordnung gehören, die von fast allen Staaten und vor allem auch Völkern und Individuen geteilt werden.¹⁰⁵ Der Begriff indiziert, dass in Bezug auf einige substantielle Fragen des Völkerrechts ein rechtlich relevantes Gemeinschaftsinteresse anerkannt wird, das über ein Staateninteresse allein nicht erklärt werden kann, dieses überschreitet und unter Umständen auch ein Übergehen des Widerspruchs einzelner Staaten rechtfertigen soll.¹⁰⁶ Ähnlich wie der Begriff der Völkerrechtsverfassung wirkt auch der Begriff der internationalen Gemeinschaft in der negativen Abgrenzung zu einem anderen Begriff präziser als in der positiven Bestimmung: Eindeutig ist er gegen ein sich in bilateralen Verhältnissen erschöpfendes Völkerrecht gerichtet.¹⁰⁷ Die Vorstellung eines Interesses der Gemeinschaft, das von einem in intergouvernementalen Verfahren hervorgebrachten unterschiedlich sein kann und als solches artikulationsfähig ist, ist auch im Europarecht bekannt: Das Selbstverständnis der Kommission besteht darin, das Gemeinschaftsinteresse zu verkörpern und damit ein Gegengewicht zum Rat zu bilden. Insbesondere ist es gem. Art. 213 II 1 EG Aufgabe der Kommissionsmitglieder, ihre Tätigkeit zum "allgemeinen Wohl der Gemeinschaft" auszuüben – in gewisser Weise ist sie für das Europarecht die institutionelle Verkörperung dessen, was die internationale Gemeinschaft für das Völkerrecht ist. Aus diesen Gründen ist eine moralische Aufladung des Begriffs nicht notwendig; im Gegenteil verfügt die Kommission über ein expertokratisches Selbstverständnis, welches unpolitische und nicht moralisch begründete Legitimität beansprucht.

¹⁰⁴ Paulus/Simma (Anm. 48); Tomuschat (Anm. 68); de Wet (Anm. 2), (51).

¹⁰⁵ Peters (Anm. 48), (586, 589); Shelton (Anm. 77), (159); de Wet (Anm. 2). Brunnée, "Common Interest" – Echoes from an Empty Shell?, ZaöRV 49 (1989), 791 (800 ff.) beschreibt in Bezug auf das Umweltvölkerrecht *Common Concerns of Mankind*, die sich dadurch auszeichnen, dass sie solche der gesamten Menschheit, gedacht als internationale Gemeinschaft, darstellen. Diese *common interests* können danach Rechtspflichten begründen.

¹⁰⁶ Tomuschat (Anm. 46), (269 f.). S. den Überblick zu den Auffassungen Charneys, Tomuschats, Ziemers und Delbrücks zur Drittwirkung von *public interest norms* bei Hingst (Anm. 72), 207 ff.

¹⁰⁷ Simma (Anm. 67), (233).

4. Unmittelbare Anwendung, Vorrang und demokratische Legitimation

Für die europarechtliche Debatte war die EuGH-Rechtsprechung zu den Grundrechten weniger zentral als diejenige zu den Grundfreiheiten, an der insbesondere die Doktrinen des Vorrangs und der unmittelbaren Anwendbarkeit entwickelt wurden. Gemeinsam mit dem Mehrheitsprinzip bilden sie die Komponenten der für die Gemeinschaftsrechtsakte spezifischen Supranationalität. Gerade diese für die europarechtliche Konstitutionalisierung argumentationsnotwendigen Dogmen finden sich jedoch im Völkerrecht, wie oben gezeigt, in dieser Form nicht wieder.¹⁰⁸ Nur sehr punktuell genießen Rechtsakte einzelner Organe unmittelbare Anwendbarkeit. Verselbständigte politische Rechtsetzungskörper, die in der Lage wären, abstraktes und allgemein wirkendes Recht den Bürgern systematisch verbindlich und auch gegen ihren Willen sowie mittels des Mehrheitsprinzips potentiell auch gegen den Willen ihrer Staaten aufzuerlegen, existieren im Völkerrecht nicht.¹⁰⁹

Das zweite zentrale Element der europäischen Verfassungsthese stellt die demokratische Legitimation der Europäischen Union dar. Sie beruht auf der inneren demokratischen Konstitution der Mitgliedstaaten, die über den Rat die demokratische Legitimation der Union speist, sowie auf den Legitimationsressourcen des in Direktwahlen gewählten Europäischen Parlaments. In Art. 6, Abs. 1 EU verlangt die Union sich selbst diese demokratische Fundierung ab.

Beide die Europäische Union vom übrigen Völkerrecht so auffällig unterscheidenden Merkmale, seine Supranationalität sowie seine spezifische demokratische Legitimation stehen möglicherweise im Zusammenhang miteinander: Zwar steht bisher eine überzeugende theoretische Beantwortung der Frage, ab welchem Integrationsschritt eine internationale Organisation einer direkten parlamentarischen Legitimation bedarf, noch aus. Die europäische Entwicklung legt jedoch nahe, dass dies jedenfalls für eine supranationale Rechtsordnung der Fall ist.¹¹⁰ Folgt man dieser These, so sind diese beiden Spezifika der europäischen Integration miteinander verknüpft: Die Direktwahlen zum Europäischen Parlament seit 1979 stellen aus dieser Sichtweise eine Antwort auf das mit *Van Gend en Loos* und *Costa / E.N.E.L.*¹¹¹ von 1963 und 1964 kreierte Legitimationsdefizit dar.

Das Völkerrecht dagegen stellt weder den Anspruch einer demokratischen Fundierung an sich selbst noch macht sie völkerrechtliche Kooperation von einer de-

¹⁰⁸ S.o. S. 327 ff.

¹⁰⁹ Scharpf etwa sieht hierin den bedeutendsten legitimatorischen Unterschied zwischen Europa- und Völkerrechtsordnung, ders., Legitimationskonzepte jenseits des Nationalstaats, MPIfG Working Paper 04/6, <<http://www.mpifg.de/pu/workpap/wp04-6/wp04-6.html>>.

¹¹⁰ Dahingehend auch von Achenbach, Theoretische Aspekte des dualen Konzepts demokratischer Legitimation für die Europäische Union, in: Vöneky *et al.* (Hrsg.), Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht, 2009, 191, 207 f.

¹¹¹ (Anm. 15).

mokratischen Konstituierung der Staaten abhängig¹¹² oder bezieht sie direkt gewählte Parlamente in die Rechtserzeugung ein.¹¹³ Zumindest aus einer monistischen Sichtweise hat das Völkervertragsrecht an der demokratischen Legitimation derjenigen Vertragsstaaten, die intern demokratisch legitimiert sind, teil: Über die parlamentarischen Umsetzungsakte partizipiert es nicht nur an der Legitimation der am Aushandlungsprozess beteiligten Regierungsvertreter, sondern auch an derjenigen der nationalen Parlamente. Das Verhältnis zum Individuum ist jedoch nach wie vor wesentlich stärker staatlich vermittelt und anders als in der EU sind auch nicht-demokratische Staaten an der internationalen Rechtserzeugung beteiligt. Eine völkerrechtliche Verfassungstheorie kann darüber nicht hinwegsehen; will sie das Völkerrecht in seiner gegenwärtigen Verfasstheit ernst nehmen, muss sie diese Unterschiede konzeptionell berücksichtigen.

V. Rückführung der Konstitutionalismen auf unterschiedliche Verfassungsbegriffe

Welche Schlüsse lassen sich aus der Gegenüberstellung der beiden Konstitutionalismen ziehen?

1. Konstitutionalisierung als Liberalisierung

Zunächst liegt mit der Konzentration auf die Rechtsposition des Individuums und dem institutionalisierten Rechtsschutz beiden Diskursen ein rechtsstaatlich-juridisches und individualrechtsbezogenes Verfassungsverständnis zugrunde. Waren es im Europarecht primär die Markt-Grundfreiheiten, über die die Individuen mit subjektiven, auch gegen die Mitgliedstaaten durchsetzbaren Rechten ausgestattet wurden, so waren es im Völkerrecht die Menschenrechte, deren Stärkung und Schutz gegenüber den Staaten zur Annahme einer objektiven Werte- und sogar Verfassungsgemeinschaft geführt haben. Konstitutionalisierung ist also bei beiden zunächst einmal identisch mit Verrechtlichung im Sinne der Herausbildung von gewaltenteiligen Elementen sowie der Stärkung subjektiver Rechte und Verfahren der Rechtskontrolle. Im Gegenteil dazu verhielt sich das Konzept des klassischen Völkerrechts indifferent gegenüber Wert-, Gerechtigkeits- und Legitimationsfragen im engeren Sinne. Sowohl Demokratie wie auch Menschenrechte waren danach, so wie alle das Individuum direkt betreffenden Angelegenheiten, Sache der Staaten. Diese Exklusivität machte den Staat wiederum im Außenverhältnis stärker:

¹¹² Teilweise wird eine völkerrechtliche Pflicht zur inneren Demokratisierung der Staaten angenommen, Petersen, Demokratie als teleologisches Prinzip, 2008, 59 ff.

¹¹³ Die parlamentarischen Versammlungen internationaler Organisationen setzen sich regelmäßig aus Delegationen der national gewählten Parlamente zusammen, s. dazu Arndt, Parliamentary Assemblies, International, in: Wolfrum (Hrsg.), Max Planck EPIL, 2008, online edition <www.mpepil.com>.

Gerade weil er allein zuständig für die Herstellung von Gerechtigkeit, des öffentlichen Interesses und damit der Berücksichtigung der individuellen Interessen in der Rechtsetzung war, konnte er das ganze Gewicht dieser Verantwortung und Aufgabe in sein Verhältnis zu anderen Staaten einbringen. Spätestens seit dem Zweiten Weltkrieg überzeugte dieses Modell nicht mehr. Der Vertrauensvorschluss in die gerechtigkeitsproduzierende Kraft des Staates war aufgebraucht; die Menschenrechtsbewegung ist Ausdruck der Überzeugung, dass auch Gerechtigkeit jetzt universal institutionalisiert werden muss.¹¹⁴ Der fehlbare Staat kann nicht mehr ausschließlich für ihre Herstellung verantwortlich sein. Konsequenz dessen war die Erosion der politischen Überzeugungskraft und damit Legitimierungsfähigkeit des Staates in den außenrechtlichen Beziehungen. Damit setzte sich die Liberalisierung, die im 18. Jahrhundert mit der Anerkennung individueller Menschenrechte gegenüber dem Staat innerhalb der Staatsgrenzen begonnen hatte, im 20. Jahrhundert über die Staatsgrenzen hinweg fort.

2. Demokratischer und rechtsstaatlicher Liberalismus: Kant und Locke

In einem entscheidenden Aspekt unterscheiden sich die hinter beiden Konstitutionalisierungsentwicklungen stehenden liberalen Legitimationsmodelle jedoch grundlegend: Zwar stützen beide ihre Legitimation in letzter Konsequenz auf das Individuum. Im Völkerrecht werden die subjektiven Rechte des Einzelnen jedoch weitgehend unpolitisch gedacht: Sie werden als aus sich selbst heraus verständlich und naturrechtlich fundiert angesehen. Im Wesentlichen zielen sie auf die Abwehr von Übergriffen auf die individuelle Rechtssphäre sowohl durch den Staat als auch von internationalen Organisationen und definieren Freiheit primär negativ. Der Staat, insbesondere die Gerichte, dienen als Grundrechtssicherungsmechanismus. Die Interpretation und Abwägung der Grundrechte wird nicht als politische Entscheidung verstanden, die selbst legitimationsbedürftig wäre. Insofern erinnert dieses Verständnis an die liberale Rechtsphilosophie von John Locke, der die naturrechtlich weitgehend vorherbestimmten Grundrechte Leben, Freiheit und Eigentum über eine gewaltenteilige Ordnung gesichert sehen wollte, deren Ziel die Realisierung und der Schutz der Grundrechte war.¹¹⁵ Kernelemente dieses rechtsstaat-

¹¹⁴ Kritisch Kennedy, *The Dark Sides of Virtue*, 2004.

¹¹⁵ S. Locke (Anm. 18), Kapitel IX, 95, 96: "Das große und hauptsächlichliche Ziel also, zu dem sich Menschen in Staatswesen zusammenschließen und sich unter eine Regierung stellen, ist die Erhaltung ihres Eigentums. (...) Denn obwohl das Naturgesetz allen vernunftbegabten Wesen klar und verständlich ist, werden die Menschen doch von ihrem eigenen Interesse beeinflusst (...) Zum zweiten fehlt es im Naturzustand an einem anerkannten und unparteiischen Richter, mit Autorität (...)." Kersting, *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, 1994, 109, 125: "Die politische Herrschaft dient der Durchsetzung des natürlichen Gesetzes, der Sicherung und Verwirklichung der vorstaatlichen, individualrechtlich konstituierten gesellschaftlichen Ordnung freier und gleicher Individuen. Der Staat ist für Locke wesentlich organisierte Grundrechtspflege (...)."

lich geprägten Verfassungsbegriffs sind Menschenrechte, Legalität, Rechtssicherheit und Gewaltenteilung. Das dahinter stehende Legitimationsmodell ist rechtsstaatlich orientiert und versteht subjektive Rechte als negative Abwehrrechte einer zu schützenden gesellschaftlichen Sphäre.¹¹⁶ Konstitutionalismus bedeutet hier wesentlich Limitation staatlichen Handelns zugunsten individueller Rechte.

Dagegen kommt im europäischen Verfassungsmodell ein erweitertes Verständnis liberaler Individualrechte zum Ausdruck, das hier mit dem kantianischen Rechts- und Verfassungsverständnis in Verbindung gebracht werden soll.¹¹⁷ Auch hier stellt das Individuum den Dreh- und Angelpunkt des Legitimationsverständnisses dar, die gewaltenteilig gegliederte Rechtsordnung dient der Verwirklichung seiner Rechte. Zu Beginn der Konstitutionalisierungsdebatte wurden diese Rechte gleichermaßen weitgehend unpolitisch gedacht; erst nach und nach entstand unter den Vertretern der europäischen Verfassungsthese eine Sensibilität für den mit der politischen Qualität der europäischen Rechtsgemeinschaft einhergehenden Legitimationsbedarf. Inzwischen stellen sich die europarechtlichen Individualrechte gleichermaßen als negativ wie politisch-partizipatorisch dar: Das europäische Modell verwirklicht individuelle Freiheit nicht mehr nur rein rechtsstaatlich, indem es dem Einzelnen materielle, durchsetzungsbewehrte Rechte verleiht, sondern darüber hinaus politische Teilhaberechte gewährt und Freiheit insofern auch positiv realisiert.¹¹⁸ Das bedeutet nicht, dass alle Legitimationsdefizite der Union gelöst wären; die Frage ist nach wie vor aktuell und problematisch.¹¹⁹ Aber sie ist inzwischen zu einem zentralen Topos in einer rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Verfassungsdiskussion geworden, die ihren Verfassungsbegriff erweitert hat.¹²⁰

Dieser Begriff ist insofern kantianisch als Kant ebenfalls den Einzelnen ins Zentrum seiner Konzeption stellt und mit einem universalen Menschenrecht, das sich wiederum in spezifischere Menschenrechte aufgliedert, ausstattet.¹²¹ Diese vernunftrechtlich vorgegebenen Rechte sind jedoch unbestimmt und insofern kontrovers und provisorisch: Sie bedürfen nicht nur zu ihrem Schutz, sondern schon zu ihrer Konkretisierung eines gewaltenteilig organisierten und insbesondere republikanischen Staates.¹²² Nur im allgemeinen und konsensfähigen Gesetz, das von repräsentativ-demokratischen Institutionen erlassen und angewendet wird, kann menschenrechtliche Freiheit nach Kant realisiert werden. Die einzelfallbezogene gerichtliche Überprüfung von Menschenrechten bleibt danach solange ebenfalls defizitär, wie sie sich nicht als Anwendung eines abstrakt-generell formulierten

¹¹⁶ Zum negativen Verständnis liberaler Freiheit Berlin (Anm. 7), (169 ff.).

¹¹⁷ Nach Kant, Die Metaphysik der Sitten, Rechtslehre 1968 [1797] sowie ders., Zum ewigen Frieden, 1977 [1795].

¹¹⁸ Zum Konzept positiver Freiheit als politische Teilhabe Berlin (Anm. 7), (178 ff.).

¹¹⁹ S. dazu de Búrca (Anm. 35).

¹²⁰ Ähnlich Habermas, Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?, in: ders., Der gespaltene Westen, 2004, 113, 136 ff.

¹²¹ Kant (Anm. 113), Rechtslehre, Allgemeine Einteilung der Rechte, 345 f.

¹²² *Ibid.*, §§ 43 ff., 309, 429 ff.

Rechtssatzes darstellt, der von einer vom Volk legitimierten und auf inhaltliche Allgemeinheit verpflichteten Rechtsetzungsinstitution zurückgeführt werden kann.¹²³ Schon die negative Freiheit des Schutzes der eigenen Rechtssphäre erfordert mithin nach Kant die Ausübung der positiven Freiheit, der Teilhabe an rechtsetzenden und -durchsetzenden Institutionen – so erst kann die negative Freiheitssphäre legitim bestimmt werden. Im europarechtlichen Verfassungsbegriff ist eine Erweiterung der subjektiven Rechte um das Element positiver Freiheit als demokratische Teilhabe an der Setzung des Rechts enthalten,¹²⁴ das im völkerrechtlichen Verfassungsbegriff – aus Guten Gründen – abwesend ist.

VI. Konklusion

Interessanterweise entspricht die Union damit dem Modell, das sich einige amerikanische Vertreter für das Völkerrecht wünschen, einer privilegierten Kooperation liberal-demokratischer Staaten.¹²⁵ Die Diskussionen scheinen sich zu überkreuzen: Während die genannten amerikanischen Vertreter die EU als Vorbild für einen völkerrechtlichen Zusammenschluss liberaler Demokratien sehen,¹²⁶ lehnen die Europäer, die ein solches Modell auf dem eigenen Kontinent bereits verwirklicht sehen, es für das Völkerrecht ab. Andererseits waren es Angelsachsen, die den europäischen Europarechtlern die Konstitutionalisierung ihrer Rechtsordnung nahe brachten, bevor die Debatte in Kontinentaleuropa einsetzte. Vermutlich war es auch das Insistieren in den USA tätiger Autoren, die die Europäer dazu brachten, in der Konstitutionalisierung mehr als die Einklagbarkeit grenzüberschreitenden Handels zu sehen, nämlich ebenfalls die Teilnahme am politischen Prozess. Dem amerikanischen Vorschlag einer völkerrechtlichen Kooperation demokratischer Staaten stehen die Europäer dagegen bisher skeptisch gegenüber, vermutlich, weil sie die Aufgabe des völkerrechtlichen Universalismus befürchten. Das wiederum stützt die hier vertretene These, dass es sich beim völkerrechtlichen Konstitutiona-

¹²³ Zur demokratischen Qualität des kantianischen Liberalismus s. Brandt, Das Erlaubnisgesetz, oder Vernunft und Geschichte in Kants Rechtslehre, in: ders. (Hrsg.), Rechtsphilosophie der Aufklärung, 1982, 233, 246; Dreier, Kants Republik, JZ 59 (2004), 745 (751); Gerhardt, Immanuel Kant: Vernunft und Leben, 2002, 236; Kersting, Wohlgeordnete Freiheit, 1. Aufl. 1993, 418; ders., Kant über Recht, 1. Aufl. 2004, 140; Maus, Zur Aufklärung der Demokratietheorie, 1. Aufl. 1992, 278.

¹²⁴ Zum Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie Habermas, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, 1996, 293; Menke/Pollmann, Philosophie der Menschenrechte zur Einführung, 2007, 170 ff.

¹²⁵ S. den Vorschlag von Slaughter, International Law in a World of Liberal States, EJIL 6 (1995), 1 sowie die Reflexion von Krisch, Amerikanische Hegemonie und liberale Revolution im Völkerrecht, Der Staat 43 (2004), 267.

¹²⁶ S. auch Slaughter/Burke-White (Anm. 82), 327.

lismus um eine weniger anspruchsvolle und möglicherweise gerade deshalb universalisierungsfähige Version des Konstitutionalismus handelt.¹²⁷

Summary¹²⁸

Kant *versus* Locke: European and International Constitutionalism in Comparison

In international law as well as in European law, constitutionalization has been discussed as a new analytical framework for understanding a number of changes that have challenged the classical image of inter-state international law and organization. However, the two debates and the corresponding legal developments are rarely compared in a conceptual way. This article attempts to provide such a comparison of international and European constitutionalism. It is therefore guided by two questions: What are the differences and commonalities between the two “constitutionalisms”? And how can they be conceptualized theoretically?

The article can be read in the scientific context of a project to further a coherent concept of post-national constitutionalism, encompassing Europe as well as the international sphere within the framework of the graduate program “Multilevel Constitutionalism: European Experiences and Global Perspectives” at Humboldt University, Berlin. While this research project is driven by a focus on analogous developments detectable in both the European and the international legal order, the present article cautions against premature enhancements of the term “constitutionalism”: Institutional differences necessitate different conceptual underpinnings. Particularly, the political dimension of the EU should be accounted for in a specific theoretical framework of European constitutionalism. Europe is, despite all its shortcomings in this regard, democratically legitimized in a way that international law is not (and does not aim to be). At the same time, the comparably stronger democratic legitimacy is needed more urgently because European constitutionalism exhibits a much stronger form of impact and merging between the national and the European legal orders. The author argues that the differences between international and European constitutionalism militate against the utilization of a unified notion of post-national constitutionalism, and require distinct theoretical conceptions.

The comparison of the two “constitutionalisms” is methodologically divided into two approaches, each discussing “constitutionalism” from a different point of view: On the one hand, post-national constitutionalism is treated as an academic debate, a reflection on the theorization of certain factual changes taking place in the respective legal orders. On the other hand, it is understood as a legal concept. The reconstruction of post-national constitutionalism as an academic debate is presented by re-examining the various influential publications which initiated and shaped the debates. These debates are split up into different periods in which they revolved around different issues and sensibilities. The second approach

¹²⁷ Für einen weniger materiell-rechtlich geprägten völkerrechtlichen Konstitutionalismus s. Klabeers (Anm. 49) sowie ders., Possible Islands of Predictability: The Legal Thought of Hannah Arendt, *Leiden Journal of International Law* 20 (2007), 1.

¹²⁸ Summary by the author.

is topos-oriented, singling out four recurrent elements of the concept of constitutionalism which feature prominently in the respective argumentations for constitutionalization: Which role, for example, do human rights play in the European and the international legal order, if we look at them through the prism of constitutionalism?

The results of these two methods of comparison eventually suggest the following: While both constitutionalisms can be understood as expressions of a liberal concept of constitutionalism, concentrated around a foundational legal position of the individual, important differences justify a denomination of European constitutionalism as Kantian and international constitutionalism as Lockean. The term “liberal” is used here to demonstrate the legitimacy of the respective order as stemming from the individual, instead of from a collective entity such as the state in classical international law. In international constitutionalism, the role of the individual is predominantly limiting. Liberty is defined in a negative way, stating restrictions for public authority vis-à-vis an individual sphere of freedom. This corresponds to a Lockean conception of liberty which has a strong understanding of individual liberty and conceives of public authority as a means of securing these individual rights. The status of the individual in European constitutional law is more complex.

While the European citizen also possesses negative liberties such as fundamental freedoms and human rights, he also disposes of positive means to influence European politics: national and European elections. The debate and the concept of European constitutionalism have been extended to the democratic *gestalt* of the EU and its deficits. This conception of individual rights is better captured by the Kantian legal philosophy: In his “metaphysics of morals” as well as in the writing on perpetual peace, Kant presented a normative framework of public authority which is based on the individual right to liberty. It needs to be realized through the participation of the individual in the concretization of the exact content of these liberties in a true republic. This difference needs to be accounted for by the conceptualization of European and international legal constitutionalism.

ZaöRV 69 (2009)