

Europäische Verfassung und europäische Legitimität

– Ein Beitrag zum kontraktualistischen Argument in der Verfassungstheorie –

Niels Petersen*

I. Methodische Vorüberlegungen	432
II. Theoretische Grundlagen des Verfassungsbegriffs	433
1. Historischer und philosophischer Hintergrund	433
2. Verfassung als Gesellschaftsvertrag	435
3. Verfassung und Legitimität	436
4. Verfassung und völkerrechtlicher Vertrag	437
III. Die Verfassungsfähigkeit der Europäischen Union	438
1. Die Staatsqualität des verfassten Gemeinwesens als zwingende Voraussetzung	438
2. Verfassung als normative Letztbegründung	440
3. Fragmentarischer Charakter der Unionsverträge	441
4. Fehlende Legitimationsfähigkeit einer europäischen Verfassung	442
a. Einheitlicher <i>demos</i> als Grundlage eines funktionierenden Gemeinwesens?	442
b. Gründungsmythos als Verfassungsvoraussetzung?	443
IV. Konkretisierung des Verfassungsbegriffs: Die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Verfassung	445
1. Formelle Verfassungsqualität der Unionsverträge	446
a. Vorrang der Verfassung	446
b. Erschwerte Abänderbarkeit der Verfassung	448
c. Erfordernis einer einheitlichen Verfassungsurkunde	448
2. Materielle Elemente des Verfassungsbegriffs	450
a. Genetisch bedingte Legitimität: Der <i>pouvoir constituant</i>	451
b. Legitimität <i>qua</i> Verfassungsinhalt	454
aa. Organisatorischer Mindestgehalt von Verfassungen	454
bb. Grundrechte als zwingender Verfassungsinhalt?	464
V. Fazit	465

Nach dem enttäuschenden Ergebnis der Regierungskonferenz von Nizza ist die Reform des institutionellen Rechts der Europäischen Union wieder stärker in den Blickpunkt der öffentlichen Debatte gerückt. Angestoßen durch eine Rede Joschka Fischers vor der Humboldt Universität zu Berlin¹ haben sich verschiedene europäische Spitzenpolitiker für den Entwurf eines Verfassungsdokuments für die Europäische Union ausgesprochen.² Zwar gab es auch kritische Stimmen. Einige Staa-

* Der Verfasser ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht. Herzlicher Dank gilt vor allem Dr. Anne van Aaken, Prof. Dr. Stefan Kadelbach und Ulf Petersen für zahlreiche bereichernde Anregungen. Die Verantwortung für etwaige Unzulänglichkeiten trägt selbstverständlich ausschließlich der Verfasser.

¹ Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, abgedruckt in *Integration* 3/2001, 149; auch zu finden im Internet unter <<http://www.whi-berlin.de/fischer.htm>>.

ten fürchteten, eine ausdrücklich so bezeichnete Verfassung für Europa könne sie in ihrer Qualität als souveräne Akteure auf internationalem Parkett beeinträchtigen.³ Die Forderung nach einer "europäischen Verfassung" ist jedoch im Zuge dieser Entwicklungen von einem Projekt wissenschaftlicher und intellektueller Eliten zu einem mehrheitsfähigen politischen Vorhaben geworden, das seinen vorläufigen Höhepunkt in dem Entwurf des in Laeken eingesetzten Verfassungskonvents⁴ gefunden hat. Valéry Giscard d'Estaing hat diese Entwicklung anlässlich der Vorstellung des Konventsentwurfs vor dem europäischen Parlament anschaulich beschrieben:

"Vor zwei Jahren durfte man nicht einmal das Wort Verfassung in den Mund nehmen [...]. Heute hat sich der Gedanke einer europäischen Verfassung in der Öffentlichkeit durchgesetzt."⁵

Dieses Zitat suggeriert jedoch, dass es sich bei dem Verfassungsbegriff um einen politischen Begriff handelt, der je nach öffentlicher Stimmungslage verwendet werden kann. In der Wissenschaft ist man sich allerdings einig, dass die Verfassungsqualität der rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union kaum von deren Bezeichnung wird abhängen können. Daher wird insbesondere in der deutschen Rechtswissenschaft schon seit den beiden Verfassungsentwürfen des Europäischen Parlaments von 1984⁶ und 1994⁷ eine intensive Debatte um den Inhalt des Verfassungsbegriffs und die Verfassungsfähigkeit der Europäischen Union geführt.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob sich bei Inkrafttreten des Konventsentwurfes in der Verfassungsfrage qualitative Unterschiede ergeben würden. Abhandlungen zum institutionellen Recht der EU rekurren bereits heute teilweise wie selbstverständlich auf den Begriff des Verfassungsrechts als Bezeichnung für das Primärrecht der EU.⁸ Auch der EuGH⁹ und das BVerfG¹⁰ haben im Zu-

² S. nur die ausführlichen Nachweise bei H.-J. Blanke, *Essentialia einer europäischen Verfassungsurkunde*, 2001, 4 ff.

³ So erklären sich etwa die verhaltenen Reaktionen der britischen Regierung; s. etwa T. Blair, *Europas politische Zukunft*, Rede in der polnischen Börse am 6.10.2000 in Warschau, auf deutsch auszugsweise abgedruckt in: *Internationale Politik* 2/2001, 73 (78): "Vielleicht können die Briten es sich leichter als andere Nationalitäten vorstellen, dass bei einem Gebilde, das so dynamisch ist wie die EU, eine Debatte über eine Verfassung nicht unbedingt zu einem rechtsverbindlichen Einzeldokument namens Verfassung führen muss."

⁴ Entwurf eines Vertrages über eine Verfassung in Europa, CONV 850/03 vom 18.7.2003. Im Folgenden abgekürzt als Verf.-E.

⁵ V. Giscard d'Estaing, *Verfassungsrede vor dem Plenum des Europäischen Parlaments in Straßburg am 3.9.2003*, auf deutsch abgedruckt in: *EuGRZ* 2003, 649 (650).

⁶ *Abl. Nr. C 77 v. 19.3.1984*, 33.

⁷ *Abl. Nr. C 61 v. 28.2.1994*, 155.

⁸ Als Beispiele seien hier nur genannt: A. v. Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2003; F. Snyder, *General Course on Constitutional Law of the European Union*, *Collected Courses of the Academy of European Law VI.1* (1995), 41; J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, 1999; M. L. Fernandez Esteban, *The Rule of Law in the European Constitution*, 1999, 7 ff.; J.-P. Jacqué, *La constitution de la Communauté européenne*, *RUDH* 1995, 397 ff.

⁹ EuGH, Rs. 294/83, *Les Verts/Europäisches Parlament*, *Slg.* 1986, 1357, Rn. 23 ("charte constitutionnelle de base qu'est le traité"); Rs. 1/91, *EWG-Gutachten*, *Slg.* I-1991, 6099, Rn. 21.

sammenhang mit den Gemeinschaftsverträgen bereits von einer Verfassung gesprochen. Dennoch gibt es in der Literatur immer noch zahlreiche Stimmen, die das Bestehen einer europäischen Verfassung entweder vollständig in Abrede stellen¹¹ oder zumindest Einschränkungen hinsichtlich der Verfassungsqualität machen.¹²

Crux der Debatte ist der Verfassungsbegriff, über dessen Definition bisher weder in der deutschen Rechtswissenschaft noch in der anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union Einigkeit erzielt werden konnte.¹³ Erschwert wird die Diskussion dadurch, dass dem Begriff "Verfassung" unterschiedlichste Bedeutungen beigegeben werden.¹⁴ So wird teilweise die gesamte, auch außerrechtliche politische Ordnung eines Gemeinwesens als Verfassung verstanden.¹⁵ Im Zentrum der nachfolgenden Überlegungen soll allerdings der Begriff der Verfassung als Normbestand stehen. Dabei soll nach einigen methodischen Vorüberlegungen (I.) eine theoretische Konzeption erarbeitet werden (II.), die vor dem Hintergrund der europäischen Integration zu konkretisieren ist (IV.). Zudem wird noch einmal auf die Diskussion um die grundsätzliche Verfassungsfähigkeit der Union eingegangen (III.).

¹⁰ BVerfGE 22, 293 (296): "Der EWG-Vertrag stellt gewissermaßen die Verfassung dieser Gemeinschaft dar."

¹¹ D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, 581 (585 ff.); ders., Does Europe Need a Constitution?, ELJ 1 (1995), 282 (288 ff.); C. Koenig, Ist die Europäische Union verfassungsfähig?, DöV 1998, 268; ders., Anmerkungen zur Grundordnung der Europäischen Union und ihrem fehlenden Verfassungsbedarf, NVwZ 1996, 549 (550 f.); E. Klein, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 56 (70 f.); U. Haltern, Internationales Verfassungsrecht, AöR 128 (2003), 511 (545 ff.).

¹² Einige Autoren sehen in den Gründungsverträgen allein eine materielle Verfassung, sprechen diesen jedoch die formelle Verfassungsqualität ab, so etwa J. Gerkrath, L'émergence d'un droit constitutionnel pour l'Europe, 1997, 127; F. Chaltiel, Droit constitutionnel et droit communautaire, RTD eur. 35 (1999), 395 (507); E. Pache, Eine Verfassung für Europa – Krönung oder Kollaps der europäischen Integration?, EuR 2002, 767 (775). J.-C. Piris, Does the European Union Have a Constitution? Does It Need One?, Harvard Jean Monnet Working Paper 5/00 (2000) erkennt den Verträgen zwar grundsätzlich Verfassungscharakter zu (S. 13), macht jedoch qualitative Unterschiede zwischen der *constitutional charter* der EU und *constitutions*, die allein Staaten vorbehalten seien (S. 16 ff.). Eine ähnliche Unterscheidung findet sich bei T. Läufer, Zum Stand der Verfassungsdiskussion in der Europäischen Union, in: A. Randelzhofer/R. Scholz/D. Wilke (Hrsg.), GS Eberhard Grabitz, 1995, 355 (360) und P. Kirchhof, Europa auf dem Weg zu einer Verfassung?, ZSE 2003, 358 (380). Letzterer unterscheidet zwischen einem staats- und einem europarechtlichen Verfassungsbegriff. Differenzierende Ansätze auch bei C. Möllers, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: v. Bogdandy (Anm. 8), 1 (29 ff.) und F. Schorkopf, Constitutionalization or a Constitution for the European Union, in: A. Bodnar/M. Kowalski/K. Raible/F. Schorkopf (Hrsg.), The Emerging Constitutional Law of the European Union, 2003, 1 (11), die jeweils zwischen Verfassung und Konstitutionalisierung unterscheiden und im Rahmen der Europäischen Union letzteren Begriff favorisieren.

¹³ J. Schwarze, Verfassungsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft, in: ders./R. Bieber (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, 1984, 15 (19 ff.).

¹⁴ Vgl. nur D. Grimm, Verfassung, in: Görres-Gesellschaft (Hrsg.), Staatslexikon, 7. Aufl. 1989, 634; K. Loewenstein, Verfassungslehre, 3. Aufl. 1975, 151 ff.; H. Heller, Allgemeine Staatslehre, 1934, 249 ff.

¹⁵ *Ibid.*, 250.

I. Methodische Vorüberlegungen

Disziplinär gehört diese Untersuchung zur Verfassungslehre, einem Teilbereich der allgemeinen Staatslehre¹⁶. Der Verfassungsbegriff ist ein Begriff der Rechtstheorie, aus dem sich keine rechtlichen Folgerungen ableiten lassen.¹⁷ Ob das Primärrecht der Europäischen Union als Verfassung zu qualifizieren ist oder nicht, hat demnach keinen Einfluss auf die Auslegung des geltenden Rechts.¹⁸ Zwar hat der EuGH in seinen Urteilen, in denen er das Primärrecht als *charte constitutionnelle*¹⁹ qualifiziert hat, aus dieser Feststellung auch normative Schlüsse gezogen. Im EWR-Gutachten²⁰ etwa folgert der Gerichtshof aus dem Verfassungscharakter der Verträge qualitative Unterschiede zwischen EWG-Vertrag und EWR-Abkommen und stellt daher die Notwendigkeit unterschiedlicher Auslegungsinstrumentarien fest. Diese Argumentation ist jedoch zirkulär:²¹ Die Qualifizierung eines bestimmten Normbestandes als Verfassung beruht auf der Feststellung von Charakteristika, die als für eine Konstitution zwingend notwendig angesehen werden. Fehlt es an einer solchen zwingenden Eigenschaft, ist eine Bezeichnung als Verfassung nicht möglich. Liegen jedoch alle erforderlichen Merkmale vor, können aus dem Umstand allein, dass es sich bei den Gründungsverträgen um eine Verfassung handelt, keine weitergehenden Folgerungen abgeleitet werden.

Die allgemeine Staatslehre hat grundsätzlich zwei Erkenntnisinteressen. Sie beschäftigt sich zum einen mit der Typisierung und Erklärung von Phänomenen, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt in Zusammenhang stehen, zum anderen mit der – methodisch problematischeren – Frage nach deren idealer Form.²² Die Frage nach dem Begriff der Verfassung gehört dabei vornehmlich in erstere Kategorie. Grundlage der Typisierung ist das vergleichende Arbeiten, wobei als Referenzsysteme in erster Linie bestehende Rechtssysteme in Betracht kommen.²³ Doch auch

¹⁶ R. Herzog, Allgemeine Staatslehre, 1971, 309. Die Bezeichnung Staatslehre für die Beschäftigung mit transnationalen Phänomenen mag verwundern, ist historisch aber dadurch zu erklären, dass die Ausübung hoheitlicher Gewalt ursprünglich allein mit dem Staat in Verbindung gebracht werden konnte. Zu den neuen Anforderungen an die Staatslehre und der Ausweitung ihres Erkenntnisgegenstandes s. A. Voßkuhle, Die Renaissance der "Allgemeinen Staatslehre" im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung, JuS 2004, 2.

¹⁷ S. Oeter, Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozess, ZaöRV 59 (1999), 901 (902) spricht von einer rein begrifflichen Debatte. Oeter nimmt an, dass die Diskussion um die Verfassungsfähigkeit der Union im Kern auf einem begrifflichen Missverständnis beruhe, *ibid.*, 902 f.

¹⁸ C. Vedder/H.-P. Folz, in: E. Grabitz/M. Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Art. 48, Rn. 16 (Stand: Oktober 1999); s. auch S. Kadelbach, Allgemeines Verwaltungsrecht unter europäischem Einfluß, 1999, 21. A.A. aber J.-P. Jacqué, Cours général de droit communautaire, Collected Courses of the Academy of European Law I.1 (1990), 237 (256); G.G. Sander, Der Europäische Gerichtshof als Förderer und Hüter der Integration, 1998, 58, die aus dem Verfassungscharakter des Primärrechts methodische Folgerungen für dessen Auslegung ziehen wollen.

¹⁹ S. Anm. 9.

²⁰ EuGH, Rs. 1/91 (Anm. 9), Rn. 16 ff.

²¹ A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, 167 f.; W. Hertel, Die Normativität der Staatsverfassung und einer Europäischen Verfassung, JöR 48 (2000), 233 (239); Möllers (Anm. 12), 43 f.

²² R. Zippelius, Allgemeine Staatslehre, 14. Aufl. 2003, § 1 I.

diese vergleichende Staatslehre ist methodisch nicht unproblematisch. Die aus ihr gewonnenen Erkenntnisse können Geltung allein für die untersuchten Bezugssysteme beanspruchen, also nur bedingt universalisiert werden. Schwerer noch wiegt die Frage nach dem Grad der vorzunehmenden Generalisierung. Wird dieser zu eng gefasst, favorisiert die vergleichende Methode eine Festschreibung des *status quo* und verschließt sich somit neuen Tendenzen und historischen Entwicklungen. Virulent wird dieses Problem insbesondere dann, wenn eine Übertragung traditionell staatlicher Institutionen und Begrifflichkeiten auf überstaatliche Organisationsformen diskutiert wird. Umgekehrt kann eine zu starke Generalisierung zum Verlust jeglicher Begriffskonturen führen.

Auch wenn die bestehenden Verfassungen und damit das vergleichende Arbeiten Grundlage unseres theoretischen Verfassungsverständnisses sein müssen, bedarf dieses mithin der Ergänzung durch normative Methoden. Die Strukturen bestehender Verfassungen sind auf ihre historischen und philosophischen Hintergründe zurückzuführen, um aus diesen allgemeine Leitlinien gewinnen zu können. Zu betrachten sind daher nicht einzelne Verfassungsinhalte, sondern vielmehr die von dieser Institution erfüllten Funktionen.²⁴ Referenzobjekte werden dabei – mangels anderer Anschauungsgegenstände – Staatsverfassungen sein, was eine Generalisierung über den Staatsbegriff hinaus selbstverständlich nicht ausschließt.²⁵

II. Theoretische Grundlagen des Verfassungsbegriffs

1. Historischer und philosophischer Hintergrund

Der Verfassungsbegriff lässt sich bis in die Antike zurückverfolgen.²⁶ Aristoteles verwendet den Begriff *politeia*, um damit die Ordnung der verschiedenen Gewalten der Polis zu beschreiben.²⁷ Im späten Mittelalter bilden sich Herrschafts-

²³ G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1928, 37; s. auch U. Fink, Legalität und Legitimität von Staatsgewalt im Lichte neuerer Entwicklungen im Völkerrecht, JZ 1998, 330 (332) und speziell zur (europäischen) Verfassungslehre P. Pescatore, La constitution, son contenu, son utilité, ZSR 111,1 (1992), 41 (43).

²⁴ Peters (Anm. 21), 38 f.; I. Pernice, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 148 (158).

²⁵ Vgl. A. v. Bogdandy, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht. Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union, Der Staat 40 (2001), 3 (10), der darauf hinweist, dass die Rechtswissenschaft in ihrem innersten eine vergleichende Wissenschaft sei und bei der Erklärung supranationaler Phänomene mangels anderer Vergleichsgrößen notwendig auf den Staat Bezug nehmen müsse.

²⁶ Ausführlichere Abhandlungen zur Geschichte des Verfassungsbegriffs finden sich etwa bei P. Badura, Verfassung, in: R. Herzog/H. Kunst, u.a. (Hrsg.), Evangelisches Staatslexikon, 3. Aufl. 1987, 3737 (3738 ff.); Grimm (Anm. 14), 634; H. Mohnhaupt/D. Grimm, Verfassung: Zur Geschichte des Begriffs von der Antike bis zur Gegenwart, 2. Aufl. 2002; E.-W. Böckenförde, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: A. Buschmann, u.a. (Hrsg.), FS Rudolf Gmür, 1983, 7 ff.; zur Begriffsverwendung in der Antike vgl. insbesondere H. Mohnhaupt, Verfassung I, in: ders./Grimm, a.a.O., 5 ff.

verträge zwischen dem Oberhaupt eines Landes (König, Landesherr) und den ihm nachgeordneten Herrschaftsträgern heraus, die die Abgrenzung der unterschiedlichen Herrschaftssphären zum Inhalt haben. Die konstitutionellen Monarchien des 19. Jahrhunderts kennen Verfassungen als Begrenzung der staatlichen Herrschafts- und Entscheidungsgewalt. Diese werden entweder direkt vom Monarchen oktroyiert oder von diesem mit den Volksvertretungen vereinbart, ohne dass sie sich groß in ihrer Wirkung unterscheiden würden.²⁸ Vorläufer der modernen Staatsverfassungen der Neuzeit sind die US-amerikanische Verfassung von 1787 sowie die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789, die erstmals vom Prinzip der Volkssouveränität ausgehen und die Verfassung damit als Legitimationsgrundlage des Staates begreifen.²⁹

Diese kurze Skizze zeigt, dass sich, betrachtet man die typischen Funktionen einer Verfassung, im Grundsatz zwei Traditionen unterscheiden lassen: Die Verfassung dient – etwa in den mittelalterlichen Herrschaftsverträgen und im Frühkonstitutionalismus – zunächst der reinen Herrschaftsorganisation und -begrenzung. In der amerikanischen und französischen Revolution wird der Verfassung erstmals auch eine herrschaftsbegründende Funktion zugemessen.³⁰ Der weitergehende Begriff ist dabei der letztere. Zwar impliziert die Begründung von Herrschaft nicht logisch zwingend zugleich auch deren Begrenzung. Allerdings wird grenzenlose Herrschaft faktisch nicht zu rechtfertigen sein.³¹ Somit wird Herrschaftslegitimierung zugleich Herrschaftsbegrenzung bedingen: Die Ausübung von hoheitlicher Gewalt ist nur insoweit legitimiert, wie die Ermächtigung reicht.

Die philosophischen Grundlagen des herrschaftsbegründenden Verfassungsbegriffs finden sich in der Aufklärung. In Abkehr von der aristotelischen Vorstellung des Menschen als *zoon politikon*, als ein auf die politische Gemeinschaft hin angelegtem Wesen,³² begreift die politische Philosophie der Aufklärung den Menschen als grundsätzlich freies Individuum.³³ So ist etwa nach Kant Freiheit, „sofern sie mit jeder anderen Freiheit zusammen bestehen kann, [...] d[a]s einzige, ursprüngliche, jedem Menschen, kraft seiner Menschheit zustehende Recht.“³⁴ Die

²⁷ Aristoteles, Politik 1278 b.

²⁸ G. Oestreich, Vom Herrschaftsvertrag zur Verfassungsurkunde, in: R. Vierhaus (Hrsg.), Herrschaftsverträge, Wahlkapitulationen, Fundamentalgesetze, 1977, 45 (49); Böckenförde (Anm. 26), 10.

²⁹ Zur legitimierenden Funktion von Verfassungen s. auch R. Steinberg, Grundgesetz und europäische Verfassung, ZRP 1999, 365 (369); K. Eichenberger, Sinn und Bedeutung einer Verfassung, ZSR 110, 2 (1991), 143 (157); P. Häberle, Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft, DVBl. 2000, 840 (841).

³⁰ Diese Unterscheidung ist am deutlichsten herausgearbeitet bei Möllers (Anm. 12), 3 ff.

³¹ In der politischen Philosophie findet sich eine unbegrenzte Ermächtigung des Herrschers lediglich bei T. Hobbes (De cive, Kap. 7, § 14). Alle späteren kontraktualistischen Konzeptionen sehen in dem legitimierenden Gesellschaftsvertrag gleichzeitig auch einen Vertrag zur Herrschaftsbegrenzung, W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrages, 1994, 96.

³² Aristoteles, Politik 1253 a 2.

³³ Kersting (Anm. 31), 11.

³⁴ I. Kant, Die Metaphysik der Sitten, 345 (hrsgg. v. W. Weischedel, Werkausgabe, Band VIII, 1977).

Gewährleistung individueller Freiheit genießt heute zumindest in Europa längst auch einen hohen rechtlichen Stellenwert.³⁵ Sie hat in Art. 6 I EU durch die hervorgehobene Erwähnung der Freiheit vor allen anderen Grundwerten und insbesondere den Menschenrechten ihren besonderen Ausdruck gefunden.³⁶

Sieht man in dem Menschen jedoch ein grundsätzlich freies Wesen, so bedarf jede Beschränkung dieser Freiheit der Rechtfertigung. Insbesondere die Ausübung staatlicher Herrschaft, die ja in vielfältigster Form in die Freiheitssphäre des Individuums eingreifen kann, ist legitimationsbedürftig.³⁷ In der Philosophie wurde zur Legitimation öffentlicher Gewalt die Figur des Gesellschaftsvertrages entwickelt.³⁸ Soll dieser Gedanke des Legitimationserfordernisses staatlicher Herrschaft jedoch über den Charakter einer philosophischen Idee hinausgehen, so bedarf er der normativen Umsetzung.³⁹

2. Verfassung als Gesellschaftsvertrag

In der Verfassungslehre wird zur Bestimmung des Verfassungsbegriffs oft auf die Figur des Gesellschaftsvertrages rekurriert.⁴⁰ Dies ist auf die Tatsache zurückzuführen, dass die in der philosophischen Theorie dem ursprünglichen Kontrakt zugeordnete Funktion, Herrschaft durch die Normierung der grundlegenden Bedingungen ihrer Ausübung zu legitimieren, heute die Verfassungen demokratischer Gemeinwesen übernehmen.⁴¹ Auch greifen moderne Verfassungsgesetze durch die Erwähnung des regelmäßig nicht direkt beteiligten Volkes als *pouvoir constituant*⁴² auf die Idee des Gesellschaftsvertrages zurück. Die Verfassung gibt dem Vertragsgedanken so die erforderliche normative Kraft, gewährleistet die rechtliche Bindung der Herrschaftsgewalt an die ihr übertragenen Aufgaben.⁴³

³⁵ Vgl. etwa J. Habermas, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: U.K. Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, 1994, 83 (90).

³⁶ S. dazu A. v. Bogdandy, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Anm. 8), 149 (163 ff.). In Art. I-2 Verf.-E. steht die Menschenwürde allerdings noch vor der Freiheit.

³⁷ P. Mastroradi, Demokratietheoretische Modelle – praktisch genutzt, AJP 1998, 383 (384).

³⁸ Der Vertragsgedanke geht auf Hobbes zurück, De cive, Kap. 5, § 7.

³⁹ U.K. Preuß, Revolution, Fortschritt und Verfassung, 1994, 20 f.

⁴⁰ Der Gedanke der normativen Verfassung als Gesellschaftsvertrag ist insbesondere durch P. Häberle entwickelt worden, s. etwa Verfassungsgerichtsbarkeit als politische Kraft, in: ders., Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Politik und Rechtswissenschaft, 1980, 55 (68 f.). S. auch allgemein G. Haverkate, Verfassungslehre, 1992, 39 und 48 ff. und speziell auf Europa bezogen I. Pernice, Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, JÖR 48 (2000), 205 (209); ders. (Anm. 24), 160 ff.

⁴¹ S. Kadelbach, Union Citizenship, Jean Monnet Working Paper 9/03 (2003), 54; s. auch E.-W. Böckenförde, Geschichtliche Entwicklung und Bedeutungswandel der Verfassung, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 29 (42 f.).

⁴² G. Frankenberger, Die Rückkehr des Vertrages. Überlegungen zur Verfassung der Europäischen Union, in: L. Wingert/K. Günther (Hrsg.), Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit, FS Habermas, 2001, 507 (520).

⁴³ Hertel (Anm. 21), 243 f.

Allerdings muss man sich der Grenzen dieses kontraktualistischen Erklärungsansatzes bewusst sein. Ein solcher Vertrag, der den Staat aufgrund der Zustimmung aller Staatsbürger konstituiert, wird sich empirisch nie nachweisen lassen; es muss sich notwendigerweise um eine Fiktion handeln.⁴⁴ Auch über eine stillschweigende nachträgliche Zustimmung, das viel zitierte renansche “*plébiscite de tous les jours*”⁴⁵, wird sich kaum ein Vertragsschluss konstruieren lassen, da unklar bleibt, wie eine solche Zustimmung zum Ausdruck gebracht werden soll.⁴⁶ Allein das Fehlen gewaltsamer Auflehnung gegen die bestehende Ordnung wird kaum ausreichen, da dieses neben der Legitimität der ausgeübten Herrschaft auch andere Gründe haben kann.⁴⁷

Die Verfassung kann somit allenfalls als hypothetischer Kontrakt im kantischen Sinne verstanden werden, der nicht auf der autonomen Zustimmung aller Individuen, sondern lediglich auf deren Zustimmungsfähigkeit beruht.⁴⁸ Der Vertrag ist danach eine bloße Idee, ein gedachtes Verfahren zur Überprüfung der Legitimität verfassungsrechtlicher Regelungen.⁴⁹ In den Blickpunkt rückt nicht das Zustandekommen, sondern der Inhalt der Verfassung. Der Vertrag ist Kennzeichen der Reziprozität verfassungsrechtlicher Regelungen, der Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung⁵⁰.

3. Verfassung und Legitimität

Angesichts der Tatsache, dass Verfassungen historisch nicht nur eine legitimierende, sondern auch eine herrschaftsbegrenzende Funktion zukam, erscheint die vorgestellte Verknüpfung des Verfassungsbegriffs mit dem Legitimitätsgedanken auf den ersten Blick keineswegs zwingend.⁵¹ Sie wird denn auch teilweise als unzulässige begriffliche Verengung kritisiert, die außer Acht lasse, dass auch nicht-demokratische Staaten wie China, Libyen oder der Irak eine Verfassung besäßen, die mit dem legitimistischen Konstitutionsverständnis nicht erfasst werden könnten.⁵²

⁴⁴ So deutlich erstmals Kant (Anm. 34), § 47: “Der Akt, wodurch sich das Volk selbst zu einem Staat konstituiert, eigentlich aber nur die Idee desselben, nach der die Rechtmäßigkeit desselben allein gedacht werden kann, ist der ursprüngliche Kontrakt [...]” (S. 434). Hervorhebung hier.

⁴⁵ E. Renan, *Qu’est-ce qu’une nation?*, 241 (hrsgg. von R. Girardet, *Qu’est-ce qu’une nation? et autres écrits politiques*, 1996): “L’existence d’une nation est [...] un plébiscite de tous les jours, comme l’existence de l’individu est une affirmation perpétuelle de vie.”

⁴⁶ Kersting (Anm. 31), 35.

⁴⁷ S. nur D. Held, *Models of Democracy*, 1987, 181 f.

⁴⁸ So auch der Ansatz in der neueren politischen Philosophie, etwa bei J. Rawls, *A Theory of Justice*, 2. Aufl. 1999, 16 und *passim*.

⁴⁹ S. zu diesem Aspekt Kersting (Anm. 31), 199.

⁵⁰ Vgl. zur Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung Haverkate (Anm. 40); Pernice (Anm. 24), 167. S. zur inhaltlichen Konkretisierung noch unten IV 2.

⁵¹ S. nur die positivistische Kritik am kontraktualistischen Ansatz bei H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, 250 f.

⁵² So insbesondere Peters (Anm. 21), 63 ff.

Allerdings verliert der Verfassungsbegriff mit jeder Generalisierung an Kontur. Abgesehen davon, dass bei den genannten Staaten Zweifel bestehen, ob die Verfassung – wenn schon keine legitimierende – so doch zumindest eine effektive herrschaftsbegrenzende Funktion erfüllt, erscheint es vor diesem Hintergrund als angebracht, den Verfassungsbegriff im jeweiligen regionalen und historischen Kontext des Untersuchungsgegenstandes zu analysieren.⁵³ So lange an diesen keine normativen Folgen geknüpft sind,⁵⁴ erscheint eine Differenzierung jedenfalls als unschädlich.

In Europa bestehen starke Anzeichen für das Bestehen einer völkergewohnheitsrechtlichen Pflicht der demokratischen Legitimierung öffentlicher Gewalt.⁵⁵ Eine illegitime Verfassung wäre demnach gleichzeitig illegal. Einem rechtswidrigen Normenkomplex Verfassungsqualität zuerkennen zu wollen, diene jedoch keinem rechtswissenschaftlichen Erkenntnisinteresse, sondern verwässerte lediglich Begriffskonturen. Sollten sich im Übrigen Tendenzen innerhalb des Völkerrechts bestätigen, die Legitimität von Regierungen universell zum Legalitätskriterium zu machen,⁵⁶ so wäre der hier vorgeschlagene Verfassungsbegriff auch über Europa hinaus universalisierbar.

Möchte man demnach in einer Verfassung mehr sehen als ein bloßes Organisationsstatut beliebigen Inhalts, diese mit dem demokratischen Gedanken verknüpfen, reicht es nicht aus, auf die herrschaftsbegrenzende Funktion der Verfassung zurückzugreifen. Herrschaftsformende Verfassungen dienten der Einschränkung grundsätzlich weiterbestehender monarchischer Gewalt,⁵⁷ haben also keinen explizit demokratischen Hintergrund. Daher liegt es nahe, bei der Bestimmung der notwendigen Charakteristika einer Verfassung insbesondere deren herrschaftslegitimierende Funktion zugrunde zu legen. Hierauf wird im Rahmen der Konkretisierung des Verfassungsinhalts zurückzukommen sein.⁵⁸

4. Verfassung und völkerrechtlicher Vertrag

Was die äußere Form der Verfassung angeht, so zeigt schon die Tatsache, dass Konstitutionen ursprünglich Verträge waren,⁵⁹ dass ein Verfassungsgesetz, die vor-

⁵³ Eichenberger (Anm. 29), 176 f. Selbst Peters, *ibid.*, gesteht an anderer Stelle zu, dass "die Verfassungsfunktionen historisch und kulturell kontingent" seien (38 f.).

⁵⁴ S. oben, I.

⁵⁵ J.A. Frowein, Demokratie und Völkerrecht in Europa, in: K. Ginther, u.a. (Hrsg.), FS Karl Zemanek, 1994, 365 ff.

⁵⁶ Grundlegend T.M. Franck, The Emerging Right to Democratic Governance, *AJIL* 86 (1992), 46; G.H. Fox, The Right to Political Participation In International Law, *Yale J. Int'l L.* 17 (1992), 539.

⁵⁷ Vgl. Möllers (Anm. 12), 9 ff.

⁵⁸ S. unten, IV 2.

⁵⁹ G. Frankenberg, The Return of the Contract: Problems and Pitfalls of European Constitutionalism, *ELJ* 6 (2000), 257 (258 ff.); J. Isensee, Staat und Verfassung, in: ders./P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts I, 2. Aufl. 1995, § 13, Rn. 122. Diese Verträge dienten zumeist allerdings nicht der Herrschaftslegitimierung, sondern lediglich der Begrenzung bereits bestehender Herrschaft. Sie waren daher gerade keine Gesellschaftsverträge.

nehmliche Erscheinungsform moderner Staatsverfassungen, nicht zwingend notwendig ist.⁶⁰ Die Unterscheidung zwischen Vertrag und Gesetz hat ohnehin allein Bedeutung für den Entstehungsprozess, jedoch keinen Einfluss auf die Rechtsqualität einer Norm.⁶¹ Der oft bemühte Gegensatz zwischen Verfassung und völkerrechtlichem Vertrag⁶² ist daher nur ein scheinbarer. Dass die Europäische Union als zwischenstaatliche Organisation zwingend allein durch Verträge konstituiert werden kann, steht somit dem Verfassungscharakter des primären Unionsrechts nicht entgegen.⁶³

III. Die Verfassungsfähigkeit der Europäischen Union

Bevor die soeben erarbeiteten theoretischen Grundsätze vor dem Hintergrund der europäischen Integration konkretisiert werden, soll im Folgenden noch einmal auf die Debatte eingegangen werden, ob die Europäische Union überhaupt verfassungsfähig ist. Im Schrifttum wird ihr von einigen Autoren nämlich schon *a priori* die Fähigkeit abgesprochen, Objekt einer Verfassunggebung zu sein. Die Argumentation setzt im Wesentlichen an zwei Punkten an. Zum einen wird Staatlichkeit als Element des Verfassungsbegriffs gesehen oder dieser zumindest Voraussetzungen unterworfen, die faktisch allein in staatlichen Gemeinwesen existieren (1.-3.). Zum anderen wird auf die legitimierende Funktion der Verfassung rekurriert und der Union die Legitimationsfähigkeit abgesprochen (4.).

1. Die Staatsqualität des verfassten Gemeinwesens als zwingende Voraussetzung

Sieht man in Staat und Verfassung zwei zwingend zusammengehörige Komplementärbegriffe,⁶⁴ so kann das primäre Unionsrecht nicht Verfassungsrecht sein, solange sich die Europäische Union noch nicht zu einem Staat entwickelt hat.⁶⁵ Zur Begründung einer notwendigen Anbindung des Verfassungsbegriffs an den Staat

⁶⁰ K. Lenaerts/M. Desomer, *New Models of Constitution-Making in Europe: The Quest for Legitimacy*, CMLR 39 (2002), 1217 (1221).

⁶¹ Deutlich wird dies insbesondere im Völkerrecht, wo gar diskutiert wird, bestimmte multilaterale Verträge als sog. "law-making treaties" zu qualifizieren, s. dazu I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5. Aufl. 1998, 11 ff.; Q.D. Nguyen /P. Daillier/A. Pellet, *Droit International Public*, 6. Aufl. 1999, Rn. 65.

⁶² Sehr pointiert findet sich diese Unterscheidung etwa bei D. Grimm, *Vertrag oder Verfassung*, StW & StP 6 (1995), 509 (510 ff.); T. Schilling, *The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations*, Harvard Int'l L.J. 37 (1996), 389 (390 ff.).

⁶³ A. v. Bogdandy, *Skizzen einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung*, in: T. v. Danwitz, u.a. (Hrsg.), *Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit*, 1993, 9 (25).

⁶⁴ So Isensee (Anm. 59), Rn. 1; P. Kirchhof, *Die Staatenvielfalt – ein Wesensgehalt Europas*, in: J. Hengstschläger, u.a. (Hrsg.), *Für Staat und Recht*, FS Hubert Schambeck, 1994, 947 (952); K. Stern, *Staatsrecht I*, 2. Aufl. 1984, 74 ff.; O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, 1994, 208 ff. und schon C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, 3, 79.

wird angeführt, dass die Union nur Produkt des Rechts sei und ihre Lebensfähigkeit aus den Verträgen speise. Demgegenüber sei der Staat gerade Voraussetzung des Rechts. Allein er bedürfe daher einer Verfassung zur rechtlichen Bindung der Staatsgewalt.⁶⁶

Allerdings werden ähnlich wie die Organe der Europäischen Union auch die staatlichen Institutionen, die Träger hoheitlicher Gewalt sind, erst durch die Verfassung konstituiert.⁶⁷ Doch selbst wenn man sich von dieser legitimationstheoretisch begründeten Perspektive löst und einen formalen Staatsbegriff zugrunde legt, der Staatsqualität schon bei bloßer Faktizität von Staatsgewalt zuerkennt,⁶⁸ so handelt es sich bei dieser Definition doch um eine rechtliche Konvention. Der Staat bleibt ein Produkt des Rechts. Machtausübung ist allein deshalb staatlich, weil sie von Rechts wegen dem Staat zugerechnet wird.⁶⁹ Insofern besteht in dieser Hinsicht zwischen Staat und supranationaler Organisation kein qualitativer Unterschied.

Auch aus der Tatsache, dass moderne Verfassungen klassischerweise Staatsverfassungen sind, lässt sich kein zwingender begrifflicher Zusammenhang ableiten. Diese traditionelle Verknüpfung ist vielmehr der Tatsache geschuldet, dass hoheitliche Zwangsgewalt seit der Entstehung moderner Nationalstaaten lange Zeit auch allein durch diese ausgeübt worden ist.⁷⁰ Sieht man die Legitimierung öffentlicher Gewalt als Hauptfunktion der Verfassung, so hatte diese außerhalb von Staaten bis zum zweiten Weltkrieg keinen Anwendungsbereich. Seither haben sich jedoch auch außerhalb des Staates hoheitliche Strukturen entwickelt.⁷¹ Markantestes Beispiel ist die Schaffung supranationaler Organisationen wie der Europäischen Union, deren Beschlüsse unmittelbare Individualwirkung haben können. Durch diese Entwicklung entsteht jedoch gleichzeitig ein Bedürfnis zur rechtlichen Begründung und Begrenzung der durch diese Organisationen ausgeübten Hoheitsgewalt. Inso-

65

Darüber, dass dieser Zustand noch nicht erreicht ist, besteht Einigkeit: S. nur J.-C. Piris, *L'Union européenne a-t-elle une constitution? Lui en faut-il une?*, RTD eur. 35 (1999), 599 (608 ff.); U. Di Fabio, *Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, Der Staat* 32 (1993), 191 (214); P. Lerche, *Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgesetzes*, in: B. Bender, u.a. (Hrsg.), *Rechtsstaat zwischen Sozialgestaltung und Rechtsschutz*, FS Konrad Redeker, 1993, 131 (132); C.O. Lenz, *Vertrag von Maastricht – Ende demokratischer Staatlichkeit?*, NJW 1993, 1962 (1963).

⁶⁶ J. Isensee, *Integrationsziel Europastaat?*, in: O. Due/M. Lutter/J. Schwarze (Hrsg.), *FS Ulrich Everling*, 1995, 567 (580 f.).

⁶⁷ P. Häberle, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 1998, 620; I. Pernice, *Fondements du droit constitutionnel européen, i.E.*, 20 f., zu finden im Internet unter <www.whi-berlin.de/fondements-03.htm>.

⁶⁸ Grundlegend die Drei-Elementen Lehre von Jellinek (Anm. 23), 174 ff.; Diese ist heute im Völkerrecht noch die vorherrschende Sichtweise, vgl. nur G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum, *Völkerrecht I/1*, 2. Aufl. 1989, § 12 II; A. Bleckmann, *Völkerrecht*, 2001, Rn. 118.

⁶⁹ C. Möllers, *Staat als Argument*, 2000, 263.

⁷⁰ C. Walter, *Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion*, DVBl. 2000, 1 (5); vgl. auch I. Harden, *The Constitution of the European Union*, Public Law 1994, 609 (613): “[According to the classical conception t]he state as a legal person embodies sovereignty in the sense of a unified public power.”

⁷¹ A. v. Bogdandy, *Die Verfassung der europäischen Integrationsgemeinschaft als supranationale Union*, in: ders. (Hrsg.), *Die europäische Option*, 1995, 97 (123).

fern wird die Gleichsetzung von Verfassung und Staat den heute bestehenden, komplexen Strukturen öffentlicher Entscheidungsfindung nicht mehr gerecht.⁷² Daher ist die Diskussion um die Verfassungsfähigkeit der Europäischen Union keineswegs der erste Versuch, Verfassungsstrukturen auf die internationale Ebene zu übertragen. Die Debatte um die Konstitutionalisierung des Völkerrechts ist wesentlich älter.⁷³

2. Verfassung als normative Letztbegründung

Die fehlende Verfassungsfähigkeit der Union wird teilweise mit dem Charakter ihrer Rechtsordnung begründet. Mit der Verfassung sei immer die normative Letztbegründung eines Rechtssystems verknüpft. Geltungsgrund des Unionsrechts seien dagegen die Anwendungsbefehle der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen, es handle sich daher lediglich um eine abgeleitete Rechtsordnung.⁷⁴

An dieser Auffassung ist zutreffend, dass die europäische Rechtsordnung ihre Geltung nicht aus sich selbst heraus ableiten kann. Grundlage sind allerdings nicht die nationalen Rechtsanwendungsbefehle, sondern vielmehr völkerrechtliche Verträge.⁷⁵ Wie die Mitgliedstaaten ihre vertraglichen Verpflichtungen in nationales Recht umsetzen, ist aus völkerrechtlicher Sicht nicht relevant und damit nicht konstitutiv für die Rechtsordnung der Europäischen Union.⁷⁶ Insofern lässt sich deren Geltung nicht aus dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten ableiten. Dass das Unionsrecht Geltung nicht aus sich selbst heraus beanspruchen kann, sondern auf eine außerhalb des Bezugssystems stehende Begründung zurückgreifen muss, ist kein Spezifikum der europäischen Rechtsordnung. Auch nationale Verfassungen tragen ihren Geltungsgrund nicht in sich. Sie bedürfen dafür vielmehr ebenfalls eines externen Referenzsystems, eines Rekurses auf die Rechtstheorie.⁷⁷

⁷² Vgl. auch Pernice (Anm. 24), 155 f.

⁷³ Der Bezug des Verfassungsbegriffs auf das Völkerrecht stammt von A. Verdross, *Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft*, 1925; s. auch G. Scelle, *Le Droit constitutionnel international*, in: *Mélanges Carré de Malberg*, 1933, 503. Aus der aktuellen Diskussion seien hier nur B. Fassbender, *UN Security Council Reform and the Right of Veto: A Constitutional Perspective*, 1998, 101 ff.; J. Crawford, *The Charter of the United Nations as a Constitution*, in: G.H. Fox (Hrsg.), *The Changing Constitution of the United Nations*, 1997, 3; A. Fischer-Lescano, *Die Emergenz der Globalverfassung*, *ZaöRV* 63 (2003), 717 und B.-O. Bryde, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts*, *Der Staat* 42 (2003), 61 genannt.

⁷⁴ So Schilling (Anm. 62), 394; P. Kirchhof, *Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts*, in: P. Hommelhoff/P. Kirchhof (Hrsg.), *Der Staatenverbund der Europäischen Union*, 1994, 11 (13 f.); Koenig (Anm. 11.), 273 f.; Klein (Anm. 11.), 70.

⁷⁵ Folgt man dagegen der Autonomiethese und sieht die Unionsverträge nicht als völkerrechtliche Verträge, stellt sich das hier behandelte Problem nicht, so dass auf diese Diskussion an dieser Stelle nicht eingegangen werden soll.

⁷⁶ Das ergibt sich aus Art. 27 der Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23. Mai 1969, *ILM* 8 (1969), 679.

⁷⁷ Bekanntes Beispiel ist etwa die Grundnorm Kelsens als Geltungsgrund allen Rechts, wobei die Grundnorm explizit nicht Teil des Rechtssystems ist, s. H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 202; ders. (Anm. 51), 252.

3. Fragmentarischer Charakter der Unionsverträge

Ein weiterer Versuch, die Verfassung mit dem Staatsbegriff zu verknüpfen, ist der Hinweis auf die mangelnde Reichweite ihres Regelungsgehalts. Die konstituierenden Verträge der Union deckten nicht die gesamte Ausübung öffentlicher Gewalt ab und könnten daher unabhängig von ihrer Bezeichnung keine Verfassung bilden.⁷⁸

Dieser Auffassung liegt ein ungeteilter Souveränitätsbegriff zugrunde.⁷⁹ Ein solcher entspricht jedoch nicht mehr der Realität des internationalen Rechts. In vielen Fällen kann die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtung einseitig nicht rückgängig gemacht werden.⁸⁰ "Herren der Verträge" sind die Staaten nur noch als Kollektiv.

Die Hoheitsgewalt wird funktional zwischen unterschiedlichen Ebenen aufgeteilt,⁸¹ wobei es für die jeweilige Ebene einer eigenen Legitimationsgrundlage bedarf.⁸² Insofern kann man das Argument der fragmentarischen Gestalt der Unionsverträge in sein Gegenteil wenden: Auch die Staatsverfassungen der EU-Mitgliedstaaten kontrollieren nur einen Teil der das staatliche Gemeinwesen betreffenden Hoheitsgewalt und bekommen somit gleichsam fragmentarischen Charakter.⁸³ Dennoch wird ihnen niemand die Verfassungsqualität absprechen. Daher sollte man Abschied nehmen von einem holistischen Verfassungsverständnis und die Konstitutionen der verschiedenen Ebenen als Komplementärverfassungen begreifen.⁸⁴

⁷⁸ So wohl D. Murswiek, Maastricht und der pouvoir constituant, *Der Staat* 32 (1993), 161 (168 ff.).

⁷⁹ Etwas anders gewendet findet sich das Argument bei Koenig (Anm. 11.), 272 f., der die Kompetenz-Kompetenz als entscheidendes Merkmal begreift.

⁸⁰ Möllers (Anm. 69), 405. Diese Auffassung ist zwar für die EU nicht unbestritten. Allerdings lässt sich ein einseitiges Austrittsrecht juristisch nicht plausibel begründen, s. dazu nur U. Everling, Sind die Mitgliedstaaten noch Herren der Verträge? Vom Verhältnis von Europäischem Gemeinschaftsrecht zum Völkerrecht, in: R. Bernhardt, u.a. (Hrsg.), *Völkerrecht als Rechtsordnung, Internationale Gerichtsbarkeit, Menschenrechte*: FS Hermann Mosler, 1983, 173 (183); Y. Petit, in: V. Constantinesco/R. Kovar/D. Simon (Hrsg.), *Traité sur l'Union européenne*, 1995, Art. Q, Rn. 4. Insofern sieht der Entwurf des Verfassungskonvents durch die Normierung des Austrittsrechts in Art. I-59 Verf.-E. eine Änderung der materiellen Rechtslage vor, die jedoch an dem Befund zur Teilbarkeit von Souveränität nichts ändert.

⁸¹ H. Schulze-Fielitz, *Der Leviathan auf dem Wege zum nützlichen Haustier?*, in: R. Voigt (Hrsg.), *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?*, 1993, 95 (119 f.); I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?*, *CMLR* 36 (1999), 703 (709).

⁸² Von "Teilverfassungen" spricht insofern konsequent P. Häberle, *Europäische Verfassungslehre*, 2001/2002, 220 ff.

⁸³ V. Bogdandy (Anm. 63), 28.

⁸⁴ Grundlegend Pernice (Anm. 67), 28; ebenso Läufer (Anm. 12), 362; Walter (Anm. 70), 8.

4. Fehlende Legitimationsfähigkeit einer europäischen Verfassung

Durch die Bestimmung der Verfassung über ihre legitimitätsbegründende Funktion⁸⁵ wird eine weitere Dimension in die Debatte um den Verfassungsbegriff eingeführt. Verfassungsvoraussetzung ist auf Grundlage dieser Definition die Legitimität des konstituierten Gemeinwesens. Das führt dazu, dass die Diskussion um die Verfassungsfähigkeit der Europäischen Union oft eine verdeckte Debatte über deren Legitimität ist.⁸⁶ Diese wird bei einigen Autoren vom Bestehen einer Wirkidentität abhängig gemacht, die wiederum auf die Existenz zum einen eines einheitlichen *demos* (a.), zum anderen eines Gründungsmythos (b.) zurückgeführt wird.

a. Einheitlicher *demos* als Grundlage eines funktionierenden Gemeinwesens?

Die Legitimität überstaatlicher Gemeinwesen wird oft mit dem Argument bestritten, dass es solchen an einem homogenen Staatsvolk fehle. Demokratie setze einen einheitlichen *demos* voraus.⁸⁷ Eine Mehrheitsentscheidung bedeute nämlich immer einen Eingriff in die Freiheit der Minderheit. Ein funktionierendes Gemeinwesen setze daher die freiwillige Akzeptanz der Entscheidung durch letztere voraus. Dies sei jedoch nur bei einer gewissen nationalen Homogenität gewährleistet.⁸⁸

Homogenität kann dabei auf zwei unterschiedliche Arten verstanden werden, zum einen als ethnische, zum anderen als ethische. Die erste Begründungslinie lässt sich auf Carl Schmitt zurückführen.⁸⁹ Allerdings ist die ihr zugrunde liegende Prämisse empirisch nicht haltbar.⁹⁰ Begreift man Homogenität, wie Schmitt, in einem engen, ethnisch-kulturellen Sinne, so ließe sich nicht erklären, dass – um auf eine populäre Unterscheidung zurückzugreifen – nicht nur Kultur- sondern auch Staats- oder Willensnationen, die in dieser Hinsicht wesentlich heterogener sind, funktionierende Demokratien haben können.⁹¹ Auch erscheint nicht plausibel, warum gerade ethnische, nicht jedoch soziale, kulturelle oder religiöse Zugehörigkeit entscheidendes Bindemittel einer Gesellschaft sein soll.

⁸⁵ S. oben, II.

⁸⁶ Ebenso Peters (Anm. 21), 67.

⁸⁷ So M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, 1997, 262 f.; J. Isensee, Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates, JZ 1999, 265 (274); Grimm (Anm. 11.), 589 f.

⁸⁸ Isensee, *ibid.*

⁸⁹ C. Schmitt (Anm. 64), 231 ff. Dieser brauchte den Rückgriff auf das Homogenitätskonzept zur Auflösung von Antinomien, die sich aus seinem Bundesstaatskonzept ergaben, dazu I. Pernice, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, AöR 120 (1995), 100 (110).

⁹⁰ S. Kadelbach, Unionsbürgerschaft, in: v. Bogdandy (Anm. 8), 539 (573).

⁹¹ J.H.H. Weiler, Does Europe Need a Constitution? Demos, Telos and the German Maastricht Decision, ELJ 1 (1995), 219 (240 ff.); F. Mancini, Europa: Gründe für einen Gesamtstaat, KritV 81 (1998), 386 (394 ff.); vgl. auch G. Robbers, Eine neue Verfassung für die Europäische Union, ZSE 2003, 383 (390); A. v. Aaken, Comment, in: S. Voigt/H.-J. Wagener (Hrsg.), Constitutions, Markets and Law, 2002, 325 (326).

Daher wird heute überwiegend ein weiterer Begriff erforderlicher Homogenität vertreten, bei der auf das Bestehen eines einheitlichen Grundkonsenses, eines homogenen *ethos* abgestellt wird. Allerdings wird dieses normativ postulierte Erfordernis der Erfahrungsvielfalt moderner Gesellschaften nicht gerecht,⁹² da diese sich längst nicht mehr auf einem kulturellen, sozialen oder religiösen Konsens gründen.⁹³ Verbindungs- und Trennungslinien sozialer, kultureller oder religiöser Art verlaufen vielmehr längst über staatliche Grenzen hinweg.⁹⁴ Es gehörte daher schon zu den Einsichten der US-amerikanischen *Federalists*, dass die Ausdifferenzierung der Gesellschaft die Bildung einer stabilen Mehrheit und damit die Unterdrückung von Minderheiten gerade verhindert.⁹⁵ Insofern versteckt sich hinter der *demos*-These kein explizit demokratisches, sondern ein latent etatistisches Argument.⁹⁶

b. Gründungsmythos als Verfassungsvoraussetzung?

Neue Aspekte hat zuletzt Ulrich Haltern in die Diskussion um die Verfassungsfähigkeit der Europäischen Union eingeführt.⁹⁷ Haltern bestreitet die Möglichkeit einer rationalen Begründung von Legitimität⁹⁸ und stellt stattdessen auf das Bestehen symbolischer Integrationsfaktoren ab. Da es der Europäischen Union an solchen, insbesondere einem Gründungsmythos, fehle, seien ihre Gründungsverträge, wie immer man sie auch bezeichnen mag, nicht als Verfassung zu bezeichnen.

Die Kritik fußt auf einem kulturwissenschaftlichen Rechtsverständnis. Recht sei kein bloß von außen auf die Gesellschaft einwirkender Normkörper, sondern Teil gesellschaftlicher Prozesse. Es sei nur ein Blickwinkel auf das Gesellschaftlich-Politische und konkurriere dabei insbesondere mit der politischen Handlung.⁹⁹ Während letztere zukunftsgerichtet sei, knüpfe Recht immer an die Vergangenheit an und verlängere deren Bedeutung in die Zukunft. Quelle der Rechtsbefolgung sei Loyalität. Allein die politische Handlung folge den Grundsätzen verantwortlichen Handelns und sei an universellen Prinzipien wie Gerechtigkeit und Vernunft aus-

⁹² H. Abromeit/T. Schmidt, Grenzprobleme der Demokratie: konzeptionelle Überlegungen, in: B. Kohler-Koch (Hrsg.), *Regieren in entgrenzten Räumen*, PVS-Sonderheft 1998, 293 (306).

⁹³ U. Haltern, *Integration als Mythos. Zur Überforderung des Bundesverfassungsgerichts*, JÖR 45 (1997), 31 (52 ff.).

⁹⁴ U. Beck, *Was ist Globalisierung?*, 1997, 92 f.

⁹⁵ H. Dreier, *Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille. Die Theorie der amerikanischen Federalists im Vergleich mit der Staatsphilosophie Kants*, AÖR 113 (1988), 450 (463). Dieser Ansatz findet sich schon bei J. Madison, *Federalist No. 10*.

⁹⁶ So zutr. Möllers (Anm. 12), 21.

⁹⁷ U. Haltern, *Gestalt und Finalität*, in: v. Bogdandy (Anm. 8), 803 (820 ff.); ders., *Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination*, ELJ 9 (2003), 14 ff.; ders. (Anm. 11), 545 ff.

⁹⁸ Zur Kritik am vernunftgeleiteten liberalen Rechtsverständnis s. insbesondere *ibid.*, 537 f.; vgl. auch schon Haltern (Anm. 93), 76 ff.

⁹⁹ Haltern (Anm. 11), 526 ff.

gerichtet.¹⁰⁰ Die für die Rechtsbefolgung notwendige Loyalität setze die Bereitschaft der Menschen voraus, für die Gemeinschaft Opfer zu erbringen, wofür wiederum eine Wir-Identität erforderlich sei, die sich aus der Existenz eines Gründungsmythos – typischerweise einer Revolution – speise. Funktion der Verfassung sei es nun, diesen Gründungsmythos zu perpetuieren und damit als Sinnspeicher der politischen Gemeinschaft zu fungieren.¹⁰¹

Anders als der Staat könne sich die Union allerdings nicht auf ein Sinnreservoir verlassen. Das europäische Recht sei ein reines Vernunftprodukt. Ihm fehle sowohl ein Ursprungsmythos als auch ein der Konstituierung des Gemeinwesens zugrunde liegendes Opfer. Das europäische Recht stehe allein im Dienste der Wirtschaft; ihm fehle die Finalität, ein tieferer Sinn und damit ein Wesensmerkmal der Verfassung.¹⁰²

Die zentrale Prämisse *Haltens*, dass ein Mythos Konstitutionsvoraussetzung eines jeden politischen Gemeinwesens sei, überschätzt jedoch die Bedeutung mythologischen Einflusses auf die Gesellschaft. Ein Mythos erhält seinen Einfluss dadurch, dass er tatsächlich geglaubt wird. Nimmt die Gesellschaft ihm gegenüber jedoch eine kritische Distanz ein und durchschaut seine Funktionsweise, verliert er an Wirkmächtigkeit.¹⁰³ Insofern gewinnt die Revolution als Paradebeispiel des Gründungsmythos ihre Anziehungskraft nicht in erster Linie aus dem ihr innewohnenden Opfer, sondern vielmehr aus der ihr zugrunde liegenden Idee. Diese ist überhaupt erst Quelle der Opferbereitschaft.¹⁰⁴ Loyalität kann das Recht nur dann einfordern, wenn es – als Produkt der politischen Handlung – auch tatsächlich verantwortlichem Handeln entsprungen ist. Das alleinige Abstellen auf die Symbolik unterschätzt somit die integrative Kraft rationalen Handelns.¹⁰⁵

Auch muss der Ursprung eines Gemeinwesens nicht immer in einer Revolution liegen. Die Revolution ist Mittel des Traditionsbruchs, um eine überkommene Gesellschaftsordnung zu überwinden.¹⁰⁶ Soll Vorhandenes jedoch nicht überwunden, sondern lediglich ergänzt werden, so bedarf es hierfür keiner Revolution, keines Traditionsbruchs.

Soweit *Haltens* schließlich die mangelnde Identifikation der Bürger Europas mit der Europäischen Union als Argument gegen deren Legitimität als demokratisches Gemeinwesen anführt, beruht dies auf der Prämisse, dass eine der nationalen Identität ähnliche Identifikation Funktionsvoraussetzung einer politischen Organisation ist. Diese Hypothese entbehrt bisher jedoch der empirischen Begründung.¹⁰⁷

¹⁰⁰ *Ibid.*, 528 ff.

¹⁰¹ *Ibid.*, 532 ff.

¹⁰² *Ibid.*, 547 ff.

¹⁰³ Abromeit/Schmidt (Anm. 92), 304.

¹⁰⁴ J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 4. Aufl. 1994, 609: “[D]ie Prinzipien der Verfassung werden in unserem Gemüt keine Wurzeln schlagen, bevor sich nicht die Vernunft ihrer orientierenden, ihrer zukunftsweisenden Gehalte vergewissert hat” (Hervorhebung hier).

¹⁰⁵ K. Eder, *Integration durch Kultur? Das Paradox der Suche nach einer europäischen Identität*, in: R. Viehoff/R.T. Segers (Hrsg.), *Kultur, Identität, Europa*, 1999, 147 (169).

¹⁰⁶ Habermas (Anm. 104), 605.

¹⁰⁷ A. v. Bogdandy, *Europäische Verfassung und europäische Identität*, JZ 2004, 53.

Vielmehr entspricht es einer in den Sozialwissenschaften verbreiteten Auffassung, dass Mehrfachidentitäten unterschiedlicher Ausprägung möglich sind und der Grad der Identifikation je nach der von einem Verband ausgeübten Funktion ein unterschiedlicher sein kann.¹⁰⁸ Unter dieser Voraussetzung lässt sich allerdings die normativ begründete Annahme Haltens, dass eine Identifikation der Bürger Europas mit der Union nicht existiere, in dieser Schärfe nicht nachvollziehen,¹⁰⁹ was eine Revision der daraus gezogenen Folgerungen nahe legt.

IV. Konkretisierung des Verfassungsbegriffs: Die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Verfassung

Die Tatsache, dass die Europäische Union damit grundsätzlich verfassungsfähig ist, ist nur eine notwendige, jedoch noch keine hinreichende Bedingung für die Qualifizierung des jeweils geltenden Primärrechts als Verfassung. Für eine Eingrenzung des Verfassungsbegriffs muss über die bloße Herausarbeitung der grundlegenden Verfassungsfunktionen¹¹⁰ hinausgegangen werden. In einem nächsten Schritt sind diese zu konkretisieren und so die charakteristischen Merkmale einer Verfassung zu bestimmen, anhand derer die konstitutionelle Qualität eines Normbestandes identifiziert werden kann.

Bei der Bestimmung des Konstitutionsbegriffs wird in der Verfassungstheorie gängigerweise zwischen der Verfassung im formellen und im materiellen Sinne differenziert. Während die materielle Verfassung sich über den Inhalt ihrer Regelungsmaterien definiert, wird die formelle Verfassung nach dem Verfahren ihrer Revision sowie ihrem Rang in der Normenhierarchie bestimmt.

Oft werden diese Begriffe als unabhängig verstanden, sodass ein bestimmter Normkörper durchaus Verfassungscharakter nur nach formellem oder materiellem Verständnis haben kann. Auch müssen sich formelle und materielle Verfassung nach überwiegender Auffassung innerhalb desselben Rechtssystems nicht decken.¹¹¹ Diese Isolierung beider Verfassungsbegriffe erscheint jedoch nicht als sinnvoll.¹¹² Gerade die formellen Kriterien verhelfen einer Verfassung zu ihrer Normativität.¹¹³ Diese ist wiederum Voraussetzung dafür, dass die Verfassung ihrer herrschaftslegitimierenden und -begrenzenden Funktion gerecht werden kann.¹¹⁴

¹⁰⁸ Vgl. W. Reese-Schäfer, Supranationale oder transnationale Identität. Zwei Modelle kultureller Integration in Europa, in: Viehoff/Segers (Anm. 105), 253 (264).

¹⁰⁹ S. nur Kadelbach (Anm. 90), 577 m.w.N.

¹¹⁰ S. oben, II.

¹¹¹ Vgl. dazu Darstellung und Nachweise bei A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, 2000, 254 f.

¹¹² Peters (Anm. 21), 52.

¹¹³ P. Badura, Verfassung und Verfassungsgesetz, in: H. Ehmke, u.a. (Hrsg.), FS Ulrich Scheuner, 1973, 19 (32); vgl. auch sogleich unter IV 1.

¹¹⁴ S. oben unter II.

Folglich sollte ein Normenkomplex nur dann als Verfassung angesehen werden, wenn er den Anforderungen sowohl in materieller als auch in formeller Hinsicht entspricht.

1. Formelle Verfassungsqualität der Unionsverträge

Als Merkmale einer formellen Verfassung werden gemeinhin drei Charakteristika identifiziert: der Vorrang der Verfassung, ihre erschwerte Abänderbarkeit sowie die Existenz einer einheitlichen Verfassungsurkunde.¹¹⁵

a. Vorrang der Verfassung

Erste und wichtigste Eigenschaft der formellen Verfassung ist der Vorrang gegenüber allem übrigen Recht. Der Vorrang ist logisch geboten, soweit man der Verfassung legitimierende Funktion zuschreibt. Schließlich muss sich gerade die gesetzgebende Gewalt in diesem Fall aus der Verfassung ableiten lassen.¹¹⁶ Doch auch Herrschaftsbegrenzung ist effektiv nur möglich, wenn sich die in der Verfassung normierten Schranken der Ausübung öffentlicher Gewalt auch rechtlich manifestieren.¹¹⁷ Das setzt jedoch voraus, dass sich alle Herrschaftsausübung an der Verfassung messen lassen muss, was ohne deren Vorrangstellung nicht möglich ist.¹¹⁸ Der Vorrang der Verfassung ist somit Ausdruck ihrer Normativität.

Im Unionsrecht kann eine Normenkonkurrenz in zwei verschiedenen Richtungen auftreten, die hier auseinanderzuhalten sind: Zum einen ist das Verhältnis zwischen Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten zu betrachten, zum anderen das von Primär- zu Sekundärrecht.

In der Literatur wird oft ein enger Zusammenhang zwischen dem Verfassungscharakter der Unionsverträge und dem Vorrangverhältnis des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten¹¹⁹ gesehen.¹²⁰ Allerdings lässt das Verhältnis der unterschiedlichen Ebenen eines föderalen Systems zueinander keinen zwingenden Schluss auf den Verfassungscharakter eines bestimmten Normbestandes zu.¹²¹ Rechtslogisch erforderlich ist einzig, dass die Regelungen zur vertikalen Kompetenzabgrenzung mit Vorrangwirkung gegenüber dem abgeleiteten Recht aller Ebenen ausgestattet sind, da deren Kompetenzen ansonsten nicht wirksam ge-

¹¹⁵ R. Gavison, *What Belongs in a Constitution?*, in: Voigt/Wagener (Anm. 91), 1; Schwarze (Anm. 13), 17.

¹¹⁶ J.-F. Aubert, *La constitution, son contenu, son usage*, ZSR 110, 2 (1991), 9 (40 f.).

¹¹⁷ Zu den Verfassungsfunktionen s. oben, II.

¹¹⁸ Walter (Anm. 70), 5. Grundlegend in diesem Zusammenhang die Entscheidung des US Supreme Court aus dem Jahr 1803 in *Marbury v. Madison*, 5 U.S. [1 Cranch] 137.

¹¹⁹ EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1143.

¹²⁰ Vgl. etwa Haverkate (Anm. 40), 15 f.; B. de Witte, *International Agreement or European Constitution?*, in: J.A. Winter, u.a. (Hrsg.), *Reforming the Treaty on European Union*, 1996, 3 (12 f.).

¹²¹ I.E. zutr. Peters (Anm. 21), 350.

sichert werden könnten.¹²² Im Übrigen hängt das Konkurrenzverhältnis der Normen auf den unterschiedlichen Ebenen von der konkreten Ausgestaltung der Kompetenzordnung ab. Dies wird umso deutlicher, wenn man sich noch einmal die Funktion der Vorrangwirkung vor Augen führt. Diese dient dazu, die legitimierende und beschränkende Funktion der Verfassung rechtlich umzusetzen. Das europäische Primärrecht übt diese Funktion allerdings nur für die europäischen Institutionen aus.¹²³ Die mitgliedstaatliche Gewalt wird dagegen durch die nationalen Verfassungen konstituiert. So sind etwa die Mitgliedstaaten folgerichtig außer bei der Umsetzung von Gemeinschaftsrecht grundsätzlich nicht an die Grundrechte der Europäischen Union gebunden.¹²⁴

Das Vorrangerfordernis bezieht sich somit nur auf die horizontale Ebene, das Verhältnis zwischen Primär- und Sekundärrecht. Die Bindung der rechtserzeugenden Organe der Union an die Verträge ergibt sich aus Art. I-18 (3) Verf.-E.¹²⁵ Sekundärrecht, das gegen Vertragsbestimmungen verstößt, ist nichtig, was vor dem Europäischen Gerichtshof geltend gemacht werden kann, Art. III-270 Verf.-E.¹²⁶

Dieses Hierarchieverhältnis zwischen Primär- und Sekundärrecht hält allerdings Anne Peters in ihrer Habilitationsschrift nicht für ausreichend. Ausgehend von der Prämisse, dass in den Unionsverträgen keine förmliche Verfassungsurkunde zu sehen sei,¹²⁷ sei nicht auf das gesamte Primärrecht, sondern allein auf diejenigen Normen abzustellen, denen auch materiell Verfassungsgehalt zukomme.¹²⁸ Daher könne von einer Verfassung im formellen Sinne nur die Rede sein, wenn die Normen des Primärrechts mit materiellem Verfassungsgehalt gegenüber den übrigen Vertragsnormen Vorrang beanspruchen könnten.¹²⁹

Diese Auffassung ist mit dem dargestellten Zweck des Vorrangs, die Ausübung hoheitlicher Gewalt zu begrenzen, jedoch nicht vereinbar. Eine Veränderung des Primärrechts kann allein durch eine Vertragsänderung vorgenommen werden. Un-

¹²² Vgl. Aubert (Anm. 116), 21, der allerdings besonders den Kompetenzsicherungscharakter der Gliedstaaten in einem bundesstaatlichen System betont. Umgekehrt gilt dies jedoch genauso.

¹²³ Dass dies dem Verfassungscharakter der Verträge nicht abträglich ist, ist bereits unter III 3 dargestellt worden.

¹²⁴ Vgl. Art. II-51 I Verf.-E. Das entbindet sie aber nicht von der aus Art. 2 Verf.-E. (bisher Art. 6 I EU) folgenden Verpflichtung, auf nationaler Ebene entsprechende grundrechtliche Mindeststandards zu gewährleisten; s. dazu A. v. Bogdandy, Zweierlei Verfassungsrecht: Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses?, *Der Staat* 39 (2000), 163 (168 f.) und Pernice (Anm. 67), 47 f.

¹²⁵ Bisher Art. 5 EU bzw. Art. 7 I EG.

¹²⁶ Skeptisch dagegen Möllers (Anm. 12), 44 ff., der aus der Tatsache, dass der EuGH Sekundärrechtsakte nur eingeschränkt auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundfreiheiten überprüft, auf eine begrenzte Vorrangwirkung schließen möchte. Allerdings binden auch Verfassungsnormen immer nur ihren jeweiligen Adressaten. So ist logisch durchaus denkbar, dass die Grundfreiheiten allein an die Mitgliedstaaten gerichtet sind. Wenn der EuGH dies annimmt, mag das dogmatisch anfechtbar sein, ändert jedoch nichts an der grundsätzlichen Vorrangwirkung der Verträge.

¹²⁷ Dazu sogleich unter IV 1 c.

¹²⁸ Peters (Anm. 21), 340 f.

¹²⁹ *Ibid.* Zur Diskussion um Normenhierarchien innerhalb des Primärrechts s. etwa H. Hofmann, Normenhierarchien im europäischen Gemeinschaftsrecht, 2000; A. v. Arnould, Normenhierarchien innerhalb des primären Gemeinschaftsrechts, *EuR* 2003, 191 ff.

geachtet dessen, ob ein änderungsfester europarechtlicher Kernbestand existiert, an dem sich jede Vertragsänderung zu messen hat,¹³⁰ wird dieser kaum das gesamte materielle Verfassungsrecht umfassen.¹³¹ Insbesondere die Regelungen über die horizontale wie vertikale Kompetenzverteilung können nicht als änderungsfest bezeichnet werden.¹³² Da es im Übrigen jedoch kein strengeres Normsetzungsverfahren gibt als das der Vertragsänderung, bedarf es für eine wirksame Herrschaftsbegrenzung keiner Normenhierarchie innerhalb des Primärrechts. Begrenzende Funktion übernimmt hier bereits die erschwerte Abänderbarkeit. Eine Unterscheidung anhand der materiellen Qualität primärrechtlicher Normen erscheint daher müßig.¹³³ Entscheidend ist somit allein die Differenzierung zwischen Primär- und Sekundärrecht. Hier besteht jedoch eine ausreichende Vorrangwirkung.

b. Erschwerte Abänderbarkeit der Verfassung

Sowohl aus der herrschaftsbegründenden als auch aus der herrschaftsbegrenzenden Funktion folgt auch die erschwerte Abänderbarkeit von Verfassungsnormen. Soll Staatsgewalt durch die Verfassung wirksam beschränkt werden, so bedarf deren Abänderung höherer prozeduraler Anforderungen als die aus der Verfassung abgeleitete Ausübung von Staatsgewalt. Dies gilt insbesondere für die Rechtsetzung. Schon das auf Effizienzerwägungen gestützte Mehrheitserfordernis¹³⁴ bei Entscheidungen macht es notwendig, die von der Entscheidung ebenfalls betroffene Minderheit zu schützen.

Dieses Merkmal bereitet bei den Gründungsverträgen der Union keine Schwierigkeiten. Jede Vertragsänderung bedarf der Ratifikation durch alle Mitgliedstaaten, während Sekundärrecht auch durch einfache oder qualifizierte Mehrheitsentscheidungen gesetzt werden kann.¹³⁵

c. Erfordernis einer einheitlichen Verfassungsurkunde

Drittes Merkmal der konventionellen Definition einer formellen Verfassung ist die Verkörperung des Normtextes in einer einheitlichen Urkunde.¹³⁶ Das europä-

¹³⁰ Dazu v. Arnauld, *ibid.*, 210 ff.

¹³¹ Zum Begriff des materiellen Verfassungsrechts s. unten, IV 2.

¹³² Dies wäre, wie die fortwährende Diskussion um die Stimmenverteilung bei qualifizierten Mehrheitsentscheidungen des Rates zeigt, *de lege ferenda* auch kaum wünschenswert.

¹³³ Anders wäre die Beurteilung möglicherweise, wenn für unterschiedliche Bereiche des Primärrechts differenzierte Vertragsänderungsmechanismen eingeführt würden. Zu solchen rechtspolitischen Überlegungen s. etwa Lenaerts/Desomer (Anm. 60), 1244 m.w.N.

¹³⁴ Grundlegend J.M. Buchanan/G. Tullock, *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*, 1962, 96 ff.; s. aber auch schon I. Kant, *Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis*, hrsgg. v. W. Weischedel, Werkausgabe, Band XI, 1977, 152.

¹³⁵ Art. III-302 Abs. 8 Verf.-E. (Art. 205 EG).

¹³⁶ Dieses Kriterium betonen etwa Eichenberger (Anm. 29), 157; Schwarze (Anm. 13), 17; Heller (Anm. 14), 270; M. Hilf, *Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in*

ische Primärrecht besteht derzeit noch aus einem Geflecht mehrerer Verträge, die es nicht einmal abschließend konstituieren. Neben den Gründungsverträgen zählen zum Primärrecht auch alle Beitritts- und Änderungsverträge sowie die allgemeinen Rechtsgrundsätze.¹³⁷ Von einer Verfassungsurkunde kann also zumindest bis zum möglichen Inkrafttreten des Konventsentwurfs nicht die Rede sein.¹³⁸

Gefolgert wird das Erfordernis einer formellen Urkunde aus der Normativität der Verfassung.¹³⁹ Dem ist zwar zuzugeben, dass die Schriftlichkeit von Normen die Rechtssicherheit erhöht und unter diesem Gesichtspunkt als wünschenswert erscheint.¹⁴⁰ Rechtslogisch zwingend ist sie aber nicht.¹⁴¹ Augenfälligstes Beispiel für nicht schriftlich niedergelegte Normen ist das Gewohnheitsrecht, dem auch niemand die Geltung aufgrund seiner fehlenden textlichen Verkörperung abspricht.¹⁴² Selbst ungeschriebenes Verfassungsrecht ist in Ländern, in denen grundsätzlich eine Verfassungsurkunde existiert, nicht selten.¹⁴³ Nicht zuletzt wirkt auch das Unionsrecht in nicht unerheblichem Maße auf die nationalen Verfassungsrechtsordnungen ein, ohne dass dies einen textlichen Niederschlag fände.¹⁴⁴

Auch die einheitliche Zusammenfassung aller Verfassungsnormen in einem Dokument ist historisch keine zwingende Verfassungseigenschaft. Eine Bestimmung wie Art. 79 I GG, die vorsieht, dass jede Verfassungsänderung auch mit einer Änderung des Verfassungstextes einhergehen müsse, fehlte etwa noch in der Weimarer Reichsverfassung.¹⁴⁵ Das hatte zur Konsequenz, dass auch außerhalb der Verfassungsurkunde Verfassungsrecht existieren konnte.

Das Erfordernis einer Verfassungsurkunde folgt daher weder aus den Funktionen der Verfassung, noch hat es sich historisch als unabdingbares Merkmal herausgebildet. Insofern würde das Inkrafttreten des Konventsentwurfs in formeller Hinsicht nichts am Verfassungscharakter des europäischen Primärrechts ändern.¹⁴⁶

Deutschland, Österreich und der Schweiz, VVDStRL 53 (1994), 8 (20); Schorkopf (Anm. 12), 8; vgl. auch Haltern (Anm. 11), 535; ders., Finalität (Anm. 97), 817 f.

¹³⁷ A. Bleckmann, *Europarecht*, 6. Aufl. 1997, Rn. 526; T. Oppermann, *Europarecht*, 2. Aufl. 1999, Rn. 474.

¹³⁸ A.A. jedoch Schwarze (Anm. 13), 24.

¹³⁹ So bei Preuß (Anm. 39), 21 f.; Möllers (Anm. 12), 24; Chaltiel (Anm. 12), 407.

¹⁴⁰ Zu den Funktionen der Urkundlichkeit H. Dreier, Bestandssicherung kodifizierten Verfassungsrechts am Beispiel des Grundgesetzes, in: O. Behrends/W. Sellert (Hrsg.), *Der Kodifikationsgedanke und das Modell des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)*, 2000, 119 (127 f.).

¹⁴¹ Peters (Anm. 21), 306.

¹⁴² Insbesondere im internationalen Bereich hat das Gewohnheitsrecht eine große Bedeutung. S. nur Nguyen (Anm. 61), Rn. 205; W. Graf Vitzthum, in: ders. (Hrsg.), *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2001, Rn. 155.

¹⁴³ Aubert (Anm. 116), 39 f., der Beispiele aus der schweizerischen Verfassung anführt.

¹⁴⁴ Pernice (Anm. 67), 28; Dreier (Anm. 140), 130 f.

¹⁴⁵ H. Dreier, in: ders., *Grundgesetz*, 1998, Art. 79 I, Rn. 2; C. Bushart, *Verfassungsänderung in Bund und Ländern*, 1989, 32 ff.

¹⁴⁶ So auch Frankenberg (Anm. 42), 528.

2. Materielle Elemente des Verfassungsbegriffs

Neben formellen Kriterien bedarf es nach der gängigen Unterscheidung auch materieller Elemente, um von einer vollgültigen Verfassung sprechen zu können.¹⁴⁷ Die Verwendung des Begriffs der materiellen Verfassung ist uneinheitlich. Einige Autoren verstehen unter materieller Verfassung all jene Normen, die sich auf das Verhältnis zwischen Bürger und Staatsgewalt beziehen.¹⁴⁸ Dieser weite Verfassungsbegriff bezieht seine Legitimation aus der Annahme, dass dem gesamten öffentlichen Recht herrschaftsbegrenzende Funktion zukommt, er insofern einem entscheidenden Konstitutionscharakteristikum entspricht. Er nivellierte jedoch die Unterscheidung zwischen Verfassungs- und Verwaltungsrecht und wäre daher wissenschaftlich nur eingeschränkt brauchbar.¹⁴⁹

Die Bestimmung eines materiellen Verfassungsinhalts scheint demnach eine Unterscheidung zwischen fundamentalen und weniger grundlegenden Elementen des öffentlichen Rechts vorauszusetzen. Das prominenteste Beispiel einer Festlegung zwingender materieller Verfassungsgehalte findet sich in der *Déclaration des Droits de l'homme* von 1789.¹⁵⁰ Auch in vielen aktuellen Abhandlungen zum Verfassungsbegriff werden bestimmte, meist aus rechtsvergleichender Analyse gewonnene Kataloge mit zwingenden Verfassungsinhalten angeführt.¹⁵¹ Doch ein substantialistischer rechtsvergleichender Ansatz eignet sich zur Gewinnung materieller Verfassungsinhalte nur bedingt. Die aus der Rechtsvergleichung gewonnenen Erkenntnisse können Geltung allein für die untersuchten Bezugssysteme beanspruchen, also nur eingeschränkt universalisiert werden.

Aus diesen Gründen wird der Versuch der Bestimmung eines materiellen Verfassungsbegriffs oft als eine Frage persönlicher Wertungen angesehen.¹⁵² Verfassungsinhalte seien nicht Gegenstand der Verfassungsdefinition, sondern allein Grundlage ihrer Legitimität. Es sei daher zwischen der rechtlichen und der Idealverfassung zu trennen.¹⁵³

¹⁴⁷ Für Carl Schmitt sind die materiellen Elemente gar die entscheidenden (Anm. 64), 20 ff.; ähnliches gilt für das britische Verfassungsrecht, das ebenfalls nur materielle Verfassungselemente kennt, vgl. A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 9. Aufl. 1948, 23.

¹⁴⁸ So Kelsen (Anm. 51), 252; Herzog (Anm. 16), 309. Vgl. auch schon Kant, *MdS* (Anm. 34), § 43 (429).

¹⁴⁹ Vgl. Heller (Anm. 14), 274 f.

¹⁵⁰ In Art. 16 heißt es dort: "Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution."

¹⁵¹ S. etwa die jeweils unterschiedlichen Kataloge bei L. Henkin, *Elements of Constitutionalism*, *International Commission of Jurists: The Review* 60 (1998), 11 ff.; Frankenberg (Anm. 42), 526 ff.; P. Pescatore, *Die Gemeinschaftsverträge als Verfassungsrecht – ein Kapitel Verfassungsgeschichte in der Perspektive des europäischen Gerichtshofs, systematisch geordnet*, in: W. Grewe/H. Rupp/H. Schneider (Hrsg.), *Europäische Gerichtsbarkeit und nationale Verfassungsgerichtsbarkeit*, FS Hans Kutscher, 1981, 319 (321 f.); Steinberg (Anm. 29), 366 ff.; Gavison (Anm. 115), 1 ff.

¹⁵² Aubert (Anm. 116), 36.

¹⁵³ Zur Unterscheidung zwischen rechtlicher und idealer Verfassung P. Allot, *The Crisis of European Constitutionalism: Reflections on the Revolution in Europe*, *CMLR* 34 (1997), 439 (468).

Geht man allerdings davon aus, dass die Hauptfunktion der Verfassung in der Legitimierung von Staatsgewalt besteht,¹⁵⁴ sind gewisse materielle Gehalte unentbehrlich. Damit ist jedoch zugleich auch der mögliche Inhalt einer materiellen Bestimmung des Verfassungsbegriffs angedeutet. Das grundlegende Organisationsstatut eines Gemeinwesens ist immer dann als Verfassung zu bezeichnen, wenn es die legitime Ausübung von Staatsgewalt ermöglicht.

Die Legitimität eines konstituierenden Normenbestandes lässt sich dabei von zwei Seiten her bestimmen. Zum einen kann auf das Verfahren des Zustandekommens abgestellt werden, zum anderen auf den konkreten Inhalt. Je mehr man dabei das Gewicht auf eine der beiden Seiten legt, desto unwichtiger wird die andere. Bestehen genaue Vorgaben zum Inhalt einer Verfassung, so verliert das Verfahren des Zustandekommens an Bedeutung. Der Verfassungsgeber ist dann bereits derart gebunden, dass das Ergebnis des Verfahrens durch dessen Ausgestaltung kaum mehr beeinflusst werden kann.¹⁵⁵

a. Genetisch bedingte Legitimität: Der *pouvoir constituant*

Einige Autoren stellen bei der Bestimmung der Qualität einer Verfassung insbesondere auf deren Genese ab. Vor allem Dieter Grimm stützt sich bei seiner Kritik am vorgeblichen Verfassungscharakter der europäischen Verträge auf das Fehlen eines *pouvoir constituant*. Die Verträge seien gerade nicht auf ein Unionsvolk rückführbar, sondern lediglich durch den Willen der Mitgliedstaaten begründet.¹⁵⁶ Ein anderer, ebenfalls am Akt der Verfassungsgebung anknüpfender Ansatz findet sich bei Christoph Möllers.¹⁵⁷ Dieser bezieht sich jedoch nicht auf die formalen Rahmenbedingungen, sondern auf die materielle Beteiligung. Er legt ein "radikal *Input*-orientiert[es]" Konzept¹⁵⁸ zugrunde und folgert aus diesem, dass allen Bürgern bei der Verfassungsgebung die gleiche Beteiligungschance eingeräumt werden müsse. Da die Partizipation der Staatsbürger bei den europäischen Verträgen jedoch über die Mitgliedstaaten vermittelt werde, hätten die Stimmen je nach Staatsangehörigkeit ein unterschiedliches Gewicht.¹⁵⁹

¹⁵⁴ Dazu oben, II.

¹⁵⁵ Zum Problem der rechtlichen Bindung des *pouvoir constituant* vgl. auch E.-W. Böckenförde, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, in: ders. (Anm. 41), 90 (107 ff.).

¹⁵⁶ Grimm (Anm. 11.), 586; H. Lecheler, Braucht die "Europäische Union" eine Verfassung? Bemerkungen zum Verfassungsentwurf des europäischen Parlaments vom 9. September 1993, in: GS Grabitz (Anm. 12), 393 (399).

¹⁵⁷ Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung (Anm. 12), 30 ff.

¹⁵⁸ *Ibid.*, 33.

¹⁵⁹ Allerdings relativiert Möllers seinen Ansatz zu einem gewissen Grade und sieht die Schaffung eines institutionalisierten politischen Prozesses, der Entscheidungsalternativen generiert, als ausreichende Legitimationsbasis an, *ibid.* Damit ist auch er i.E. der Auffassung, dass Defizite bei der genetischen Legitimation durch inhaltliche Legitimitätselemente zu einem gewissen Grade kompensiert werden können.

Gegen beide Auffassungen lässt sich sowohl ein empirisches als auch ein theoretisches Argument anführen. In der Verfassungspraxis kommen sowohl Verfassungen vor, die nicht direkt auf den Willen der betroffenen Bürger zurückzuführen sind als auch solche, bei denen das Erfordernis der Stimmrechtsgleichheit bei der Verabschiedung nicht vollständig verwirklicht worden ist. Insbesondere die Rückführbarkeit von Staatsverfassungen auf einen verfassungsgebenden Akt des Volkes ist oft bloße Fiktion.¹⁶⁰ Die Verabschiedung erfolgt in vielen Fällen nicht durch die Staatsbürger, sondern durch deren Repräsentanten.¹⁶¹ Die Gründungsverträge der Union sind durch demokratisch legitimierte Parlamente ratifiziert worden. Der Unterschied zur Verfassungsgebung in Nationalstaaten besteht somit allein im Grad der Mittelbarkeit.¹⁶²

Des Weiteren ist eine Vermittlung der Beteiligung am Akt der Verfassungsgebung über Gliedstaaten und damit eine Aufweichung der Stimmrechtsgleichheit in föderalen Systemen nichts ungewöhnliches.¹⁶³ Dies zeigt sich etwa am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland, wo die Verabschiedung des Grundgesetzes ebenfalls ein bestimmtes Zustimmungsquorum der Länderparlamente erforderte.¹⁶⁴

Auch in theoretischer Hinsicht erscheint es als plausibel, die Legitimität einer Verfassung eher an ihrem Inhalt denn an ihrer Genese festzumachen.¹⁶⁵ Den vorgestellten Auffassungen liegt eine freiheitlich-individualistische Konzeption zugrunde, bei der der Akt der Verfassungsgebung die Funktion der autonomen Selbstbeschränkung im Rahmen des Gesellschaftsvertrages übernimmt.¹⁶⁶ Als so verstandenes autonomiewahrendes Element genügt zur Legitimität einer Verfassung jedoch nicht die tatsächliche Zustimmung einer Mehrheit der Bevölkerung. Der Mehrheitswille ist schließlich gerade nicht gleichbedeutend mit der *volonté générale* im rousseauschen Sinne¹⁶⁷. Die Majorität könnte die Verfassung vielmehr zum Instrument der Zementierung ihrer Macht machen.¹⁶⁸ Der ursprüngliche Kontrakt würde so zu einem unzulässigen Vertrag zu Lasten Dritter.

¹⁶⁰ C. Dorau, Die Verfassungsfrage der Europäischen Union, 2001, 67; Frankenberg (Anm. 42), 520. Diese Fiktion ist jetzt auch in Art. I-1 Verf.-E. bemüht worden.

¹⁶¹ Vgl. dazu auch Herzog (Anm. 16), 313 ff.

¹⁶² Pernice (Anm. 24), 166; ders. (Anm. 40), 209 und 213; Kadelbach (Anm. 18), 21; S. Hobe, Bedingungen, Verfahren und Chancen europäischer Verfassungsgebung: Zur Arbeit des Brüsseler Verfassungskonvents, EuR 2003, 1 (9); G. Rodriguez Iglesias, Zur "Verfassung" der Europäischen Gemeinschaft, EuGRZ 1996, 125 (130 f.).

¹⁶³ C. Grabenwarter, Staatliches Unionsverfassungsrecht, in: v. Bogdandy (Anm. 8), 283 (331).

¹⁶⁴ O. Kimminich, Deutsche Verfassungsgeschichte, 2. Aufl. 1987, 620; W. Frotscher/B. Pieroth, Verfassungsgeschichte, 3. Aufl. 2002, Rn. 740. Ähnliches gilt heute noch für die Schweiz, wo eine Totalrevision der Bundesverfassung neben einer Mehrheit der Bevölkerung auch eine Mehrheit der Kantone erfordert, vgl. Art. 195 der Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999.

¹⁶⁵ S. dazu die Ausführungen unter II 2.

¹⁶⁶ Besonders deutlich wird dies bei Möllers (Anm. 12), 31, der in der Verfassungsgebung unter Berufung auf Sieyès einen "Akt der Selbstbindung [...] freier und gleicher Bürger" sieht.

¹⁶⁷ J.J. Rousseau, Du contract social, 1762, Bd. 4, Kap. 2.

¹⁶⁸ Insofern ist das Thukydides-Zitat, das die Präambel des Entwurfs des von Giscard d'Estaing geleiteten Verfassungskonvents einleitet, in mehrfacher Hinsicht bedenklich. Demokratie ist

Entscheidendes Legitimitätskriterium ist daher die Zustimmungsfähigkeit, der fiktive Konsens aller.¹⁶⁹ Gewiss ist es ein Irrglaube, eine ganze Verfassungsordnung aus abstrakten Vernunftprinzipien oder überpositivem Naturrecht deduzieren zu können.¹⁷⁰ Auch eine *output*-orientierte Legitimität¹⁷¹ bedarf der Rückbindung an Verfahren, sodass auf eine mittelbare Beteiligung der betroffenen Bürger nicht verzichtet werden kann. Die Verfahren der alltäglichen Entscheidungsfindung sollen jedoch durch die Verfassung gerade normiert werden. Der Verfassungsinhalt ist insoweit entscheidend für die Legitimität einfachgesetzlicher Regeln und Einzelfallentscheidungen.¹⁷² Insofern kann die Verfassung kein rein prozedurales Produkt sein; ihr Inhalt ist vielmehr zu einem gewissen Grade durch das zugrunde gelegte Legitimitätskonzept determiniert. Spielraum besteht nur bei der Konkretisierung der so identifizierten Mindeststandards.

In diesem Zusammenhang hat jedoch die genaue Ausgestaltung des bloß formalen Akts der Abstimmung über die Verfassung keine nennenswerten Auswirkungen auf deren Qualität.¹⁷³ Wichtiger erscheinen hier Offenheit und Transparenz des Verfahrens der Ausarbeitung.¹⁷⁴ Der in Laeken eingesetzte europäische Verfassungskonvent ist in dieser Hinsicht ein wesentlicher Fortschritt im Prozess der europäischen Verfassungsgebung.¹⁷⁵

nämlich, anders als das Zitat suggerieren möchte, gerade nicht die bloße Herrschaft der Mehrheit, sondern soll im Grundsatz die Selbstbestimmung des Individuums schützen, s. etwa Haverkate (Anm. 40), 331 ff.; M. Zuleeg, Demokratie in der Europäischen Gemeinschaft, JZ 1993, 1069 (1072). Insoweit dient die Verfassung gerade auch dem Schutz vor der Tyrannei der Mehrheit.

¹⁶⁹ Kant (Anm. 134): "[E]s ist eine bloße Idee der Vernunft, [...] jeden Gesetzgeber zu verbinden, daß er seine Gesetze so gebe, als sie aus dem vereinigten Willen eines ganzen Volkes haben entspringen können" (S. 153). Vgl. auch J. Habermas, Legitimationsprobleme im modernen Staat, PVS Sonderheft 7/1976, 39: "Legitimität bedeutet die Anerkennungswürdigkeit einer politischen Ordnung." Ebenso Rawls (Anm. 48), 16.

¹⁷⁰ Augustin (Anm. 111), 251 f. m.w.N.

¹⁷¹ Zur Unterscheidung zwischen *input*- und *output*-Legitimität grundlegend F.W. Scharpf, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, 1970, 21 ff.

¹⁷² A. v. Aaken, "Rational Choice" in der Rechtswissenschaft, 2003, 183.

¹⁷³ I.E. ebenso C. Franzius, Europäische Öffentlichkeit und europäische Verfassung, KritV 86 (2003), 325 (334). Anders T. Schmitz, Das europäische Volk und seine Rolle bei der Verfassungsgebung in der Europäischen Union, EuR 2003, 217 (226), der eine direkte Beteiligung des Volkes aus Gründen der unmittelbaren Betroffenheit und der Sachnähe befürwortet. Aus dieser Erkenntnis lässt sich jedoch nicht folgern, dass eine unmittelbare Volksbeteiligung auch tatsächlich die für das Volk als Ganzes beste Verfassung generierte. Dies bedürfte der empirischen Absicherung.

¹⁷⁴ Dies gilt insbesondere, wenn man einen prozeduralen Legitimationsbegriff zugrunde legen möchte, vgl. etwa J. Habermas, Drei normative Modelle der Demokratie, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen, 1999, 277 (285).

¹⁷⁵ Franzius (Anm. 173), 333; s. allgemein zum Verfahren T. Oppermann, Eine Verfassung für die Europäische Union. Der Entwurf des europäischen Konvents, DVBl. 2003, 1165 (1167); Hobe (Anm. 162), 12 ff.

b. Legitimität *qua* Verfassungsinhalt

Entscheidend für die Verfassungsqualität eines konstituierenden Normenkomplexes ist somit in erster Linie nicht seine Entstehung, sondern vielmehr sein Inhalt. Wie bereits ausgeführt wurde, ist es dabei jedoch nicht möglich, ein absolutes positives Referenzsystem zu identifizieren.¹⁷⁶ Zu einem gewissen Grade sind Verfassungsinhalte vielmehr historisch und kulturell bedingt.¹⁷⁷ Untersucht werden kann jedoch in negativer Hinsicht, ob ein gewisser Normenkomplex sich innerhalb der Grenzen legitimer politischer Ordnung bewegt.¹⁷⁸ Unter diesem Gesichtspunkt soll im Folgenden versucht werden, die notwendigen Verfassungsinhalte näher zu konkretisieren. Dabei ist zu analysieren, ob das primäre Unionsrecht diesen Anforderungen gerecht wird.

aa. Organisatorischer Mindestgehalt von Verfassungen

Ausgehend von ihrer Hauptfunktion, der Begründung und Begrenzung von Herrschaftsgewalt, ist die Verfassung im Kern ein Organisationsstatut. Dem muss sie dadurch Rechnung tragen, dass sie die grundlegenden Regelungen über Verteilung und Ausübung staatlicher Gewalt normiert.¹⁷⁹ Insbesondere der Normsetzungsprozess muss soweit bestimmt sein, dass sich die Geltung von Gesetzen aus der Verfassung ableiten lässt.

Die Legitimationsfunktion verlangt jedoch mehr: Nicht jede beliebige Aufteilung hoheitlicher Gewalt begründet schon eine Verfassung. Vielmehr muss durch entsprechende Verfahren die Legitimität ihrer Ausübung garantiert werden. Nun sind jedoch die Autoren, die ein Demokratiedefizit der Europäischen Union beklagen, zahlreich.¹⁸⁰ Abgestellt wird dabei vor allem auf die marginale Funktion des Europäischen Parlaments im Rechtsetzungsprozess und die erheblichen Abweichungen vom Grundsatz gleicher Repräsentation¹⁸¹ sowie den starken Einfluss von Exekutivorganen über den Rat an der Normerzeugung¹⁸². Mit dieser Kritik werden zwei unterschiedliche Problemkreise angesprochen, namentlich die unzurei-

¹⁷⁶ B.-O. Bryde, Das Demokratieprinzip des Grundgesetzes als Optimierungsaufgabe, in: T. Blanke (Hrsg.), Demokratie und Grundgesetz. Eine Auseinandersetzung mit der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (KJ-Sonderheft), 2000, 59 (62).

¹⁷⁷ K. Hesse, Die normative Kraft der Verfassung, 1959, 18.

¹⁷⁸ Vgl. Rawls (Anm. 48), 176.

¹⁷⁹ Schorkopf (Anm. 12), 6.

¹⁸⁰ S. nur G. Lübke-Wolff, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), 246 (255 ff.); J.H.H. Weiler, European Democracy and Its Critics: Polity and System, in: ders. (Anm. 8), 264; H. Steinberger, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, VVDStRL 50 (1991), 9 (39 ff.); Pache (Anm. 12), 776; C. Gusy, Demokratiedefizite postnationaler Gemeinschaften unter Berücksichtigung der EU, ZfP 1998, 267 (271); Kirchhof (Anm. 12) 371 ff.; F. Müller, Demokratie zwischen Staatsrecht und Weltrecht, 2003, 127 f.

¹⁸¹ Lübke-Wolff (Anm. 180), 248.

¹⁸² Weiler (Anm. 180), 266; Steinberger (Anm. 180), 40; Gusy (Anm. 180), 272; Kirchhof (Anm. 12) 371.

chende Bürgerbeteiligung an den Entscheidungsprozessen zum einen und die mangelnde Gewaltenteilung zum anderen.

Ersteres ist ein *input*-orientiertes Argument und lässt sich auf den zutreffenden Gedanken zurückführen, dass die Demokratie in erster Linie der individuellen Selbstbestimmung¹⁸³ dient.¹⁸⁴ Allerdings ist die Idee von einer Selbstregierung des Volkes, eines Gemeinwesens ohne Herrschaft,¹⁸⁵ nicht mehr als eine bloße Utopie.¹⁸⁶ Schon die unmittelbare Demokratie ist eine Herrschaft der Mehrheit über die Minderheit. Bei der mittelbaren Demokratie kommt hinzu, dass die Herrschaft nicht mehr durch das Volk selbst, sondern durch dessen Repräsentanten ausgeübt wird. Denn zum einen kann zwischen den Interessen der Repräsentanten und der Repräsentierten eine beträchtliche Divergenz bestehen.¹⁸⁷ So zeigen sozialwissenschaftliche Studien, dass die Präferenzen der Wählerschaft oft in beträchtlichem Maße durch die eigenen Präferenzen der Regierenden überformt werden.¹⁸⁸ Zum anderen wird sich eine Wahlentscheidung immer nur auf bestimmte Punkte im Wahlprogramm eines Kandidaten oder einer Partei beziehen, also lediglich ein Kompromiss sein.¹⁸⁹ Daher lässt sich Legitimität nicht allein über den Wahlakt und damit den Grad der Partizipation bestimmen.¹⁹⁰ Das Bild von der Legitimationsskette ist insofern formalistisch und irreführend.¹⁹¹

¹⁸³ Zu dieser Funktion der Demokratie s. nur BVerfGE 2, 1 (12) – SRP-Verbot; 44, 125 (142) – Öffentlichkeitsarbeit; Bryde (Anm. 176), 60; Lübke-Wolff (Anm. 180), 252 f. sowie oben Anm. 168 m.w.N. Vgl. ferner die Ausführungen unter II.

¹⁸⁴ Instruktiv zum Zusammenhang zwischen *input*-orientierten Legitimationselementen und der Gewährleistung von Selbstbestimmung Scharpf (Anm. 171), 25 f.

¹⁸⁵ So schon das kant'sche Ideal. S. Kant (Anm. 34), § 46: "Nun ist es, wenn jemand etwas gegen einen anderen verfügt, immer möglich, dass er ihm dadurch unrecht tue, nie aber in dem, was er über sich selbst beschließt (denn *volenti non fit iniuria*). Also kann nur der übereinstimmende und vereinigte Wille aller, so fern ein jeder über alle und alle über einen jeden dasselbe beschließen, mithin nur der allgemeine Volkswille gesetzgebend sein." (S. 432) Dagegen findet sich bei Rousseau (Anm. 167), Bd. 3, Kap. 4 die Einsicht, dass diese "vollkommene" Form der Demokratie allein den Göttern vorbehalten sein könne.

¹⁸⁶ K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rn. 131.

¹⁸⁷ G. Majone, Independence versus Accountability? Non-Majoritarian Institutions and Democratic Government in Europe, in: J.J. Hesse/T.A.J. Toonen (Hrsg.), The European Yearbook of Comparative Government and Public Administration, Vol. I (1994), 117 (133); W.H. Riker, Implications from the Disequilibrium of Majority Rule for the Study of Institutions, American Political Science Review 74 (1980), 432 (433); Müller (Anm. 180), 89 f.

¹⁸⁸ D.C. Mueller, Public Choice II, 1989, 179 ff.; R. Richter/E.G. Furubotn, Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl. 1999, 457 ff.; T. Persson/G. Tabellini, The Economic Effects of Constitutions, 2003, 14 f.

¹⁸⁹ Augenfälliges Beispiel ist das sog. "Ostrogorski-Paradox", das zeigt, dass eine *en bloc*-Abstimmung über bestimmte Sachthemen, wie sie Wahlen in repräsentativen Systemen notwendigerweise darstellen, genau entgegengesetzte Ergebnisse zeitigen kann, wie wenn über alle Themen einzeln abgestimmt worden wäre, s. dazu C. Offe, Politische Legitimation durch Mehrheitsentscheidung?, in: B. Guggenberger/C. Offe (Hrsg.), An den Grenzen der Mehrheitsdemokratie. Politik und Soziologie der Mehrheitsregel, 1984, 150 (163).

¹⁹⁰ Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass Partizipation wichtigste reale Voraussetzung einer "am Modell des politischen Bürgers normativ orientierte[n] demokratischen Republik sei" (So M.T. Greven, Mitgliedschaft, Grenzen und politischer Raum: Problemdimensionen der De-

Da Herrschaft durch das Volk (sog. *input*-Legitimation) somit nur in sehr eingeschränktem Maße realisierbar ist, rückt ein anderer Maßstab in den Blickpunkt: Entscheidungen sind in ihrer Qualität danach zu beurteilen, ob sie für das Volk (sog. *output*-Legitimation) getroffen worden sind. Abgestellt werden sollte daher auf die Problemlösungskapazität europäischer Institutionen.¹⁹² Da substantielle Beurteilungen der Richtigkeit von Entscheidungen immer von individuellen Wertkonzeptionen abhängig sind,¹⁹³ ist auch eine *output*-orientierte Legitimation nicht *ex post* nach der tatsächlichen Qualität getroffener Entscheidungen zu beurteilen.¹⁹⁴ Vielmehr gilt es, *ex ante* zu analysieren, inwieweit die Ausgestaltung des Verfahrens am Wohlergehen der Betroffenen orientierte Entscheidungen erwarten lässt.¹⁹⁵ Insbesondere zwei Aspekte sind in diesem Zusammenhang genauer zu untersuchen: zum einen die Effizienz politischer Entscheidungsfindung, zum anderen deren Anfälligkeit gegen den Missbrauch politischer Macht.

(1) Problemlösungskapazität europäischer Institutionen

Hintergrund der Problemlösungskapazität als Legitimitätskriterium ist die Überlegung, dass die Ausübung staatlicher Herrschaft nur dann gerechtfertigt ist, wenn Individuen ihre Probleme nicht autonom regeln können.¹⁹⁶ Angesichts zunehmender politischer, ökonomischer und ökologischer Interdependenzen verlieren die Nationalstaaten jedoch an Handlungsfähigkeit. Sie werden von Entscheidungen anderer Staaten oder auch privater Akteure in hohem Maße beeinflusst.¹⁹⁷

mokratisierung der Europäischen Union, in: Kohler-Koch (Anm. 92), 249 (255), Hervorhebung hier), da der hier vertretene Ansatz sich bereits gegen die Prämissen dieses Modells wendet.

¹⁹¹ Ähnlich C. Tietje, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, DVBl. 2003, 1081 (1095). Zur Kritik an dem durch das Bild von der Legitimationskette beschriebenen hierarchischen Demokratieverständnis s. – allerdings aus anderer Perspektive – auch A. Rincken, Demokratie und Hierarchie. Zum Demokratieverständnis des Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts, KritV 79 (1996), 282; T. Blanke, Antidemokratische Effekte der verfassungsgerichtlichen Demokratietheorie, KJ 31 (1998), 432.

¹⁹² S. F.W. Scharpf, Regieren in Europa: Effektiv und demokratisch?, 1999, 20; M. Jachtenfuchs, Theoretical Perspectives on European Governance, ELJ 1 (1995), 115 (129): "Efficiency may even substitute democracy as a source of legitimation or as a legitimating argument."

¹⁹³ A. Tschentscher, Prozedurale Theorien der Gerechtigkeit, 2000, 267.

¹⁹⁴ So aber Tietje (Anm. 191), 1095 und Peters (Anm. 21), 580 ff. Beide konstruieren die Legitimation zwar ebenfalls prozedural, indem sie auf die nachträgliche Anerkennung abstellen. Allerdings ist Legitimität ein normativer Begriff, der sich auf den Grund der Anerkennung einer politischen Ordnung bezieht; s. dazu Habermas (Anm. 169), 54 ff. und schon die Kritik am Gesellschaftsvertrag kraft Zustimmung *ex posteriore* unter II 2; vgl. auch C. Engel, Book Review, German Law Journal 4 (2003), No. 12, Rn. 11 ff.

¹⁹⁵ Damit dürfte auch die von H. Brunkhorst, Globale Solidarität. Inklusionsprobleme der modernen Gesellschaft, in: FS Habermas (Anm. 42), 605 (621 f.) gegenüber dem *output*-orientierten Legitimitätskonzept geäußerte Kritik zumindest auf den hier vertretenen Ansatz nicht zutreffen.

¹⁹⁶ C. Gussy, Das Mehrheitsprinzip im demokratischen Staat, in: Guggenberger/Offe, Mehrheitsdemokratie (Anm. 189), 61.

¹⁹⁷ S. dazu nur die ausführliche Darstellung bei E. Altvater/B. Mahnkopf, Grenzen der Globalisierung. Ökonomie, Ökologie und Politik in der Weltgesellschaft, 5. Aufl. 2002, 90 ff.

Daher besteht zwischen den Betroffenen einer Entscheidung und denjenigen, die auf diese zumindest indirekt Einfluss nehmen können, oft keine Kongruenz mehr.¹⁹⁸ Das "soveräne" Staatsvolk wird vielmehr zu einem nicht unbeträchtlichen Grade fremdbestimmt. Um diesen Entwicklungen entgegenzuwirken und der öffentlichen Gewalt ihre Handlungsfähigkeit zu wahren, entwickelt sich eine zunehmende Kooperation von Staaten auf internationaler Ebene, die unterschiedlichste institutionelle Ausgestaltungen erfährt. Die Europäische Union ist dabei im Hinblick auf das Integrationsniveau am stärksten entwickelt.

Angesichts der Probleme, nationalstaatliche Demokratiekonzepte auf die zwischenstaatliche Ebene zu übertragen, wird vorgeschlagen, die Legitimität supranationaler Organe schon allein aus der Tatsache herzuleiten, dass die öffentliche Gewalt durch die Integration an Handlungsfähigkeit zurückgewinne.¹⁹⁹ Dies ist jedoch nur insoweit plausibel, als der Integrationsprozess ausschließlich neue Handlungsoptionen eröffnet, ohne gleichzeitig staatliche Verfügungsmöglichkeiten nennenswert einzuschränken.

Betrachtet man vor diesem Hintergrund die von der Europäischen Union wahrgenommenen Aufgaben, ist jedoch zu differenzieren. Es können drei Arten von Regelungskompetenzen unterschieden werden:²⁰⁰ negative oder deregulative Normen, bei denen Staaten sich darauf verpflichten, Handlungen zu unterlassen; regulative Normen, die dazu dienen, ökonomische Ineffizienzen zu beheben; schließlich redistributive Regelungen, die im Wesentlichen die Umverteilung materieller Ressourcen zum Ziel haben. Diese sind im Folgenden separat zu untersuchen.

(a) Deregulative Institutionen

Nach einer verbreiteten Auffassung bedürfen deregulative Institutionen, denen insbesondere die Grundfreiheiten²⁰¹ und die Wettbewerbsregeln²⁰² zuzurechnen sind, keiner besonderen Legitimierung, da Deregulierung gerade der Gewährleistung und nicht der Einschränkung von Freiheit diene.²⁰³ Diese Ansicht findet ihre Wurzeln in der neoliberalen ökonomischen Theorie Friedrich August von

¹⁹⁸ U. Volkmann, Setzt Demokratie den Staat voraus?, AöR 127 (2002), 575 (602).

¹⁹⁹ So etwa Bryde (Anm. 176), 65; ähnlich auch P. Craig/G. de Búrca, EU Law, 3. Aufl. 2003, 170.

²⁰⁰ Die hier vorgeschlagene Unterscheidung geht auf M. Zürn, Regieren jenseits des Nationalstaats. Globalisierung und Denationalisierung als Chance, 1998, 224 f. zurück.

²⁰¹ Art. III-18 ff. Verf.-E. (Art. 28 ff. und 39 ff. EG). Allerdings sind die Grundfreiheiten mittlerweile nicht mehr allein negative Regelungen, sondern können den Staaten auch Handlungspflichten auferlegen; s. dazu S. Kadelbach/N. Petersen, Die gemeinschaftsrechtliche Haftung für Verletzungen von Grundfreiheiten aus Anlass privaten Handelns, EuGRZ 2002, 213 m.w.N.

²⁰² Art. III-50 ff. Verf.-E. (Art. 81 ff. EG). In Form des Kartellrechts und der Fusionskontrolle enthält natürlich auch das europäische Wettbewerbsrecht regulative Elemente.

²⁰³ E.-J. Mestmäcker, Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft, Rechtstheorie 1989, 273 (287 f.); ders., On the Legitimacy of European Law, RabelsZ 58 (1994), 615 (631); in diese Richtung auch H.-P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 200; P. Kirchhof, Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland, in: J. Isensee (Hrsg.), Europa als politische Idee und als rechtliche Form, 1993, 63 (70).

Hayeks²⁰⁴, dem zufolge der Staat einzig dem Zweck dient, die allgemeinen Rahmenbedingungen des Marktes zu gewährleisten. Defizit dieser Auffassung ist, dass sie dem Markt die Fähigkeit zuschreibt, maßgeblicher Ordnungsfaktor der Gesellschaft sein zu können. Allerdings handelt es sich hierbei schon innerhalb der normativen Prämissen um eine nicht erfüllbare Voraussetzung. Eine deregulierte Marktwirtschaft zeigt ohne korrigierende Eingriffe von außen verschiedene Effekte des Marktversagens.²⁰⁵ Gründe von Marktversagen sind etwa Informationsasymmetrien, Monopole, externe Effekte und öffentliche Güter. So haben Individuen die Möglichkeit, durch die kostenfreie, aber rivalisierende Nutzung kollektiver Güter externe Kosten zu produzieren und die Kosten ihres Handelns somit auf die Gemeinschaft abzuwälzen. Der unbeschränkte Gebrauch von Freiheit geht mithin mit der Einschränkung konkurrierender Freiheiten einher.²⁰⁶ Allein aus diesem Grund bedarf die Gewährleistung wirtschaftlicher Freiheiten bereits der Legitimierung.²⁰⁷

Innerhalb Europas kommt ein weiterer Punkt hinzu: Im Wettbewerb der unterschiedlichen staatlichen Wirtschaftssysteme kommt es zu sog. internationalen negativen Externalitäten. Die Nationalstaaten bieten ihren Bürgern ein differenziertes Angebot staatlicher Leistungen, die sie über Steuern finanzieren. Durch die Gewährleistung weitgehender wirtschaftlicher Freiheiten werden bestimmten Eliten Potenziale eröffnet, Leistungen verschiedener Staaten nutzen zu können, ohne sie finanzieren zu müssen.²⁰⁸ Konsequenz der Neoliberalen wäre die Forderung an die Staaten, ihr Angebot an (Sozial-)Leistungen zu reduzieren, um sich den Bedingungen des Marktes anpassen zu können. Damit wäre das neoliberale System zum Standard erhoben worden, ohne dass es das einzige mit der Gewährleistung individueller Freiheit zu vereinbarende System wäre.²⁰⁹ Die Bürger wären somit der Selbstbestimmung über das der Gesellschaft zugrunde liegende politische und wirtschaftliche System beraubt. Insofern ist die Auffassung, Deregulierung bedürfe keiner externen Legitimierung, nicht haltbar.²¹⁰

Für eine Legitimation ist auch der rein formale Ratifikationsakt der Gründungsverträge durch die nationalen Parlamente allein nicht ausreichend. Wenn man nämlich davon ausgeht, dass politische Entscheidungsprozesse keine dauerhaften und allgemeingültigen Wahrheiten hervorbringen, ist deren Reversibilität notwendige Legitimitätsvoraussetzung.²¹¹ Durch die Vertragsratifikation begeben sich die nationalen Parlamente jedoch jeglicher Gestaltungsmöglichkeiten, sodass eine ent-

²⁰⁴ F.A. v. Hayek, Die Verfassung der Freiheit, 3. Aufl. 1991.

²⁰⁵ G. Majone, Redistributive und sozialregulative Politik, in: M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch (Hrsg.), Europäische Integration, 1996, 225 (240).

²⁰⁶ Deutlich Brunkhorst (Anm. 195), 623 f.

²⁰⁷ Zürn (Anm. 200), 234.

²⁰⁸ S. nur Beck (Anm. 94), 232 f.

²⁰⁹ Allerdings ist in diesem Punkt zu differenzieren. Dass Deregulierung keineswegs zwangsläufig zu einem *race to the bottom* führen muss, zeigt F.W. Scharpf, Die Problemlösungsfähigkeit der Mehrebenenpolitik in Europa, in: Kohler-Koch (Anm. 92), 121 (124 ff.).

²¹⁰ So i.E. auch die Kritik von Lübke-Wolff (Anm. 180), 252 f.

²¹¹ Zürn (Anm. 200), 242; Gusy (Anm. 196), 71 f.; Offe (Anm. 189), 164.

sprechende Kompensation erforderlich ist.²¹² Daher kann Deregulierung nur legitimiert werden, wenn und soweit auf supranationaler Ebene Institutionen mit positiver Gestaltungsmacht zur Lösung von Problemen eingerichtet werden, die durch individuelles Handeln oder den Markt nicht gelöst werden können. Insofern sind internationale, allein auf wirtschaftliche Deregulierung ausgerichtete Kooperationen, wie etwa das GATT, unter demokratiethoretischen Gesichtspunkten wesentlich bedenklicher als die EU.²¹³ Daher sind effektive regulative Kompetenzen der Europäischen Union ein notwendiges Korrektiv, ohne die die Legitimität deregulativer Institutionen nicht gewährleistet werden könnte.

(b) Regulative Kompetenzen

Regulative Kompetenzen dienen in erster Linie der Korrektur von Fehlentwicklungen des Marktes, insbesondere dem Schutz von Kollektivgütern. Führt man sich vor Augen, dass in jeder rivalisierenden Nutzung eines Kollektivgutes gleichzeitig eine Freiheitsbeeinträchtigung anderer an diesem Kollektivgut partizipierender Individuen liegt, dienen regulative Maßnahmen somit in erster Linie dem Ausgleich konfligierender individueller Freiheitssphären. Sie ermöglichen es der öffentlichen Hand damit, ihre Handlungskompetenzen gegenüber ökonomischen Akteuren zu wahren. Allerdings sind auch sie legitimationstheoretisch nicht ohne Probleme, da in jeder Korrektur eines vermeintlichen Marktversagens gleichzeitig auch ein Freiheitseingriff liegt. Umweltschutz- oder Sicherheitsstandards belasten diejenigen, denen sie auferlegt werden.

Bei Entscheidungen über regulative Maßnahmen stellt sich allerdings das Problem, dass diese oft wenige betreffen, den Betroffenen jedoch hohe ökonomische Kosten auferlegen. Auf der anderen Seite steht eine große Anzahl von Begünstigten, die jeder für sich gesehen einen wesentlich geringeren Nutzen ziehen. Beispiele sind etwa Umweltschutzstandards, die teure Investitionen der betroffenen Industrien erfordern. Das hat zur Folge, dass die Adressaten belastender Regelungen einen wesentlich höheren Anreiz zur Organisation ihrer Interessen und zum Lobbyismus haben.²¹⁴ Insbesondere in politischen Systemen, die durch einen starken Einfluss von Parteien auf Exekutive und Legislative gekennzeichnet sind, führen die beschriebenen Konstellationen oft zu klientelistischer Politik.²¹⁵

Insofern lassen sich vernünftige Ergebnisse im Bereich regulativer Politik nur erzielen, wenn sichergestellt ist, dass Entscheidungen auf der Basis fachlicher Expertise und unter Berücksichtigung empirischer Kenntnis der regulierten Aktivität getroffen werden.²¹⁶ Politische Unabhängigkeit ist insoweit kein Defizit. Unabhängig-

²¹² P. Graf Kielmansegg, Integration und Demokratie, in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch (Anm. 205), 47 (53).

²¹³ Vgl. Zürn (Anm. 200), 243; Craig/de Búrca (Anm. 199), 170.

²¹⁴ Zum Problem der kollektiven Organisation sog. diffuser Interessen s. M. Olson, Die Logik des kollektiven Handelns, 4. Aufl. 1998, 49.

²¹⁵ Majone (Anm. 205), 242 ff.

²¹⁶ Majone (Anm. 187), 118 f.

ge Institutionen sind uns schließlich auch von der nationalstaatlichen Ebene her nicht unbekannt: Weder die Bundesbank bzw. die Europäische Zentralbank noch die Gerichtsbarkeit unterliegen politischer Verantwortlichkeit. Vielmehr steht die Expertise als Legitimationskriterium im Vordergrund.²¹⁷ Daher ist die starke Rolle der Europäischen Kommission im Rechtsetzungsprozess, die sich zum einen im Quasi-Initiativmonopol im Normsetzungsprozess²¹⁸, zum anderen in der Verordnungsgewalt²¹⁹ ausdrückt, trotz ihrer geringen politischen Verantwortlichkeit positiv zu bewerten. So werden in Brüssel oft effizientere Regelungen getroffen als dies auf nationalstaatlicher Ebene möglich wäre.²²⁰

Die Blickrichtung verschiebt sich im Rahmen regulativer Politik daher von der politischen Verantwortlichkeit der Akteure hin zum Bestehen einer institutionellen Kontrolle, die gewährleistet, dass Entscheidungen tatsächlich gemeinwohlorientiert sind und nicht der Ausnutzung persönlicher Machtstellungen dienen. Auf diesen Punkt wird noch einzugehen sein.²²¹

Allerdings haben auch regulative Entscheidungen immer Verteilungscharakter und sind daher nicht frei von politischen Wertungen. Zum einen impliziert die Abgrenzung gegenläufiger Freiheitsrechte immer eine vorausgehende Wertentscheidung. Zum anderen lassen sich negative Auswirkungen des Marktes und Folgen korrigierender Gegenmaßnahmen nicht mathematisch exakt berechnen. Dem wird im Normsetzungsverfahren durch eine politische Kontrolle der Kommission in zweierlei Hinsicht Rechnung getragen: Zum einen darf die Kommission nur bei entsprechender konstitutioneller Ermächtigung tätig werden. Zum anderen hat die Kommission bei Verordnungen und Richtlinien nur ein Initiativrecht. Ihre Initiativen bedürfen der Zustimmung von Parlament und Europäischem Rat.²²² Bei der Verordnungsgebung erfolgt die politische Kontrolle dagegen allein *ex ante*, durch die Bestimmung der sekundärrechtlichen Ermächtigungsnorm.

Allerdings führt vor allem im ersten Fall das hohe Zustimmungsquorum innerhalb des Rates zu Effizienzdefiziten insbesondere in solchen Fällen, in denen bestimmte Mitgliedstaaten auf Kosten anderer von Deregulierungsmaßnahmen profitieren.²²³ Das im Verfassungsentwurf vorgesehene, an der Größe der Bevölkerung orientierte Quorum²²⁴ würde Entscheidungshürden abbauen und insofern zu einer Legitimitätssteigerung beitragen.

²¹⁷ *Ibid.*, 117 ff. und 133.

²¹⁸ Art. I-33 (1) Verf.-E.

²¹⁹ Art. I-35 (1) Verf.-E.

²²⁰ Majone (Anm. 187), 138; differenzierend Scharpf (Anm. 209), 140 ff.

²²¹ S. unten, IV 2 b aa (2).

²²² Vgl. Art. I-33 (1) und III-302 Verf.-E.

²²³ Scharpf (Anm. 192), 170 f.

²²⁴ Art. I-24 Abs. 1 Verf.-E.

(c) Redistributive Politik

Im Unterschied zu regulativer Politik bezieht sich redistributive Politik nicht auf die Korrektur von Marktversagen im engeren Sinne. Sie folgt vielmehr der Einsicht, dass Politik neben dem Streben nach ökonomischer Effizienz auch andere Ziele verfolgen sollte, die nicht mit ökonomischen Kategorien zu fassen sind, und zielt daher auf die Korrektur sozial unerwünschter Ergebnisse, die durch den Markt erzeugt werden.²²⁵ Ihren Namen verdankt sie der Tatsache, dass solche Maßnahmen zumeist sozialpolitischen Charakter haben und mit der Umverteilung finanzieller Ressourcen einhergehen.

Hierbei handelt es sich in erster Linie um originär politische Wertentscheidungen.²²⁶ Die politische Verantwortlichkeit der Entscheidungsträger spielt in diesem Zusammenhang mithin eine zentrale Rolle. Allerdings besteht auch in diesem Zusammenhang die Gefahr von Entscheidungen, die nicht dem Interesse der repräsentierten Bürger entsprechen. Dies gilt zum einen für Fälle von Zuwendungen für einen beschränkten Kreis von Nutznießern, etwa Subventionen für Industrie und Landwirtschaft. Hier steht den organisierten Interessen der Leistungsempfänger das eher diffuse Interesse am möglichst sparsamen Umgang mit Steuergeldern und am Konsumentenschutz gegenüber.²²⁷ Zum anderen ist zwischen der grundsätzlichen Entscheidung für ein bestimmtes Politikziel und dessen Umsetzung durch konkrete Handlungsstrategien zu unterscheiden.²²⁸ Nur für erstere gilt das Primat des Politischen, während letztere möglichst in einem rationalisierten Verfahren erfolgen sollte.²²⁹ Vor diesem Hintergrund ist die Initiative der Kommission zur Durchführung einer wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Folgenabschätzung bei wichtigen Legislativakten²³⁰ zu begrüßen.

Da redistributive Regelungen oft einen hohen Einsatz von Ressourcen erfordern, stellen sie auf Unionsebene die Ausnahme dar. Beispiele sind die Agrarpolitik²³¹ und die europäischen Strukturfonds²³². Zu berücksichtigen ist dabei, dass die Wertentscheidung zugunsten einer Agrar- oder Strukturpolitik und Bestimmungen zu deren grundsätzlicher Ausgestaltung bereits im Vertrag selbst getroffen wurde. Außerhalb von Vertragsänderungen ist demnach keine Reform des Systems, sondern sind nur Justierungen innerhalb des Systems möglich. Diese erschwerte Abänderbarkeit sorgt damit für eine Betonierung des *status quo* und verstößt so gegen die bereits beschriebene Reversibilitätsbedingung²³³. Abhilfe würde hier ein in politi-

²²⁵ Zürn (Anm. 200), 225.

²²⁶ S. J.M. Buchanan, *Die Grenzen der Freiheit: Zwischen Anarchie und Leviathan*, 1984, 141 f.

²²⁷ Vgl. aber auch Offe (Anm. 189), 168, der aus der Intensität der Präferenzen der betroffenen Minderheit Abweichungen vom Mehrheitsprinzip zumindest in Erwägung zieht.

²²⁸ Zu dieser Unterscheidung A. Downs, *Ökonomische Theorie der Demokratie*, 1968, 4 ff.

²²⁹ Vgl. A. v. Aaken (Anm. 172), 300 ff.

²³⁰ Aktionsplan "Vereinfachung und Verbesserung des Regelungsumfelds" vom 5.6.2002, KOM(2002) 278.

²³¹ Art. III-121 ff. Verf.-E. (Art. 32 ff. EG).

²³² Art. III-116 ff. Verf.-E. (Art. 158 ff. EG).

²³³ Zu dieser s. oben, IV 2 b (1), Text vor Fußnote 211.

schen Diskussionen immer wieder gefordertes vereinfachtes Verfahren der Vertragsänderung für bestimmte technische Teilbereiche schaffen.²³⁴

(2) Missbrauchsanfälligkeit der Entscheidungen europäischer Institutionen

Neben der Problemlösungskapazität ist die Missbrauchsanfälligkeit ein weiteres entscheidendes Kriterium für die Qualität politischer Entscheidungen. Diese resultiert aus der bereits beschriebenen Tatsache, dass die Interessen von Repräsentanten und Repräsentierten nicht immer übereinstimmen.²³⁵ Folglich müssen durch institutionelle Vorkehrungen Anreize geschaffen werden, die Handlungen von Personen, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt betraut sind, an den Interessen der von ihnen Vertretenen auszurichten. Möglich ist dies nur durch eine Sanktionierung fehlerhafter Entscheidungen. Klassische demokratische Instrumente dafür sind zum einen die politische Verantwortlichkeit der Entscheidungsträger, zum anderen deren institutionelle Kontrolle. Erfüllen politische Repräsentanten ihre Aufgaben nur unzureichend, müssen sie mit dem Verlust ihrer Position rechnen.

Die politische Verantwortlichkeit der Mitglieder des Ministerrates als Hauptgesetzgebungsorgan wird über die nationalen Parlamente gewährleistet. Dies ist insofern problematisch, als bei Wahlen auf mitgliedstaatlicher Ebene selten über konkurrierende Programme europäischer Politik, sondern vielmehr auf der Grundlage nationalstaatlich ausgerichteter Themen entschieden wird.²³⁶ Dabei handelt es sich jedoch um kein spezifisches Problem europäischer Institutionen. Vielmehr sind Wahlkämpfe immer selektiv. Auch auf nationaler Ebene konzentrieren sie sich nur auf eine kleine Auswahl zentraler Politikfelder oder werden gar von sachfremden Erwägungen dominiert. So ist es etwa bei Landtagswahlen kein seltenes Phänomen, dass die im Bund regierende Koalition für ihre Bundespolitik "abgestraft" wird.

Die Kommission ist politisch dem Europäischen Parlament gegenüber verantwortlich. Aufgrund der erforderlichen 2/3-Mehrheit für ein Misstrauensvotum²³⁷ ist diese Verantwortung zwar schwächer ausgestaltet als bei nationalen Regierungen. Da die Kommission in erster Linie regulative Aufgaben wahrnimmt, ist eine gewisse politische Unabhängigkeit jedoch kein Defizit, sondern erhöht die Effizienz der Entscheidungsfindung.²³⁸ Denn dadurch ist gewährleistet, dass ein Misstrauen nicht aufgrund parteitaktischer Erwägungen, sondern nur bei offensichtlichen sachlichen Verfehlungen ausgesprochen wird. Zudem unterliegt die Kommission der rechtlichen Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof.²³⁹ Die Gefahr von Manipulationen ist daher nicht höher als in nationalen Administrationen.²⁴⁰

²³⁴ So auch die Forderung von C. Tomuschat, Schwäche durch Starrheit, F.A.Z. v. 27.4.2004, 8.

²³⁵ S. dazu die Nachweise in Anm. 188.

²³⁶ Graf Kielmansegg (Anm. 212), 52.

²³⁷ Möglichkeit des Misstrauensvotums nach Art. III-243 Verf.-E. (Art. 201 EG).

²³⁸ G. Majone, Regulatory Legitimacy, in: ders., *Regulating Europe*, 1996, 284 (287).

²³⁹ In persönlicher Hinsicht durch das Amtsenthebungsverfahren nach Art. III-253 Verf.-E. (Art. 216 EG), in sachlicher Hinsicht durch Nichtigkeits- und Untätigkeitsklage nach Art. III-270 und III-272 Verf.-E. (Art. 230 und 232 EG).

Die Ausübung von Kontrolle und die Sanktionierung fehlerhafter Entscheidungen setzt Informationen über den Entscheidungsprozess voraus. Transparenz und Informationsoffenheit der Entscheidungsfindung sind demnach unabdingbare Voraussetzungen demokratischer Legitimität.²⁴¹ Auf dieser Ebene bestanden bisher gravierende Defizite.²⁴² Dazu zählt insbesondere die Tatsache, dass der Rat seine Entscheidungen nicht öffentlich getroffen hat.²⁴³ Insofern ist es eine entscheidende Verbesserung, dass der Entwurf des Verfassungskonvents nun in Art. III-305 die Öffentlichkeit der Sitzungen des Rates vorschreibt. Auch in anderen Bereichen gibt es, angestoßen durch die Rechtsprechung des EuGH, positive Tendenzen.²⁴⁴

Auch wenn man über Verbesserungen in einzelnen Punkten sicherlich diskutieren kann, erscheinen die institutionellen Vorkehrungen insoweit als ausreichend, um dem Missbrauch von Entscheidungsmacht entgegenzuwirken. Daher kann man auch Kritikern entgegentreten, die in der fehlenden Gewaltenteilung, bedingt durch die Tatsache, dass das maßgebende Legislativorgan der EG, der Rat, mit den Spitzen der Exekutive der einzelnen Mitgliedstaaten besetzt ist, ein entscheidendes Element des europäischen Demokratiedefizits sehen.²⁴⁵ Die Gewaltenteilung ist nämlich kein unangreifbares Dogma, sondern vor dem Hintergrund ihrer Funktion zu sehen.²⁴⁶ Diese liegt jedoch gerade in der Verhinderung von Machtmissbrauch.²⁴⁷ Die Kritik relativiert sich daher, wenn man davon ausgeht, dass in der EU eine ausreichende institutionelle Kontrolle besteht.²⁴⁸ Dies gilt zumal, wenn man bedenkt, dass die Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Legislative auch in vielen Mitgliedstaaten nicht in Reinform verwirklicht ist.²⁴⁹

(3) Bewertung

Im Rahmen dieser Abhandlung zum europäischen Verfassungsbegriff müssen Ausführungen zur Legitimität der Europäischen Union unvollständig bleiben. Es zeigt sich jedoch, dass die rechtswissenschaftliche Diskussion sich angesichts der komplexen Herausforderungen moderner Politik von klassischen, ausschließlich

²⁴⁰ Scharpf (Anm. 192), 168 f.

²⁴¹ M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch, Regieren im dynamischen Mehrebenensystem, in: dies. (Anm. 205), 15 (32 f.); A. Benz, Ansatzpunkte für ein europafähiges Demokratiekonzept, in: Kohler-Koch (Anm. 92), 345 (357 f.).

²⁴² Graf Kielmansegg (Anm. 212), 52; Gussy (Anm. 180), 273; Zürn (Anm. 200), 252 f.

²⁴³ Art. 6 I der Geschäftsordnung des Rates v. 22.7.2002.

²⁴⁴ S. dazu den Überblick bei S. Kadelbach, Case Law, CMLR 38 (2001), 179 und die vorsichtig optimistische Bewertung *ibid.*, 193 f.

²⁴⁵ S. die Nachweise in Anm. 182.

²⁴⁶ Majone (Anm. 187), 134.

²⁴⁷ F.E. Schnapp, in: I. v. Münch/P. Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 2, 5. Aufl. 2001, Art. 20, Rn. 39.

²⁴⁸ Zürn (Anm. 200), 248 f. sieht das Problem daher auch nicht in einem Mangel an Gewaltenteilung. Er ist vielmehr der Auffassung, dass die EU wegen zu vieler *checks and balances* teilweise einer Lähmung unterliegt.

²⁴⁹ E. Stein, International Integration and Democracy: No Love at First Sight, AJIL 95 (2001), 489 (521).

partizipationsorientierten Maßstäben lösen sollte. Ein formalistisches Denken auf der Grundlage von Legitimationsketten beruht bereits auf falschen empirischen Prämissen.²⁵⁰ Im Zeitalter abnehmender staatlicher Handlungsmacht sind alternative Begründungsmuster demokratischer Legitimation zu diskutieren. Als Maßstab des Entscheidungsprozesses sollte in diesem Rahmen nicht primär der Grad an Partizipation, sondern die Qualität des Ergebnisses in den Blick genommen werden. Die Beteiligung der Betroffenen ist in diesem Zusammenhang nur ein Kriterium neben anderen.

Wendet man diesen Maßstab auf die Europäische Union an, so haben vorstehende Überlegungen gezeigt, dass die materiellen Gehalte der Unionsverfassung in legitimatorischer Hinsicht wesentlich problematischer sind als das institutionelle Gleichgewicht und der Prozess der Entscheidungsfindung auf Unionsebene. Angesichts der Tatsache, dass auch nationalstaatliche Demokratien vor dem Hintergrund der skizzierten Maßstäbe in Teilbereichen Defizite aufweisen,²⁵¹ kann die Diskussion um das Demokratiedefizit der Europäischen Union jedoch ihre grundsätzliche Legitimität nicht absprechen. Im Sinne eines "komparativen" Demokratieverständnisses²⁵² handelt es sich vielmehr um einen Optimierungsauftrag.

bb. Grundrechte als zwingender Verfassungsinhalt

Neben der institutionellen Ausgestaltung werden oft die Grundrechte als weiteres notwendiges Verfassungselement angesehen.²⁵³ Dieses Erfordernis wird aus der herrschaftsbegrenzenden Verfassungsfunktion hergeleitet.²⁵⁴ Hier ist jedoch zu differenzieren: Die Begrenzung von öffentlicher Gewalt ist auf zweierlei Arten denkbar. Zum einen kann man dieser nur bestimmte, einzeln aufgeführte Aufgaben übertragen, zum anderen, ausgehend von einer grundsätzlichen Allzuständigkeit öffentlicher Gewalt, dem Einzelnen bestimmte Freiheitsräume reservieren, die der Herrschaftsgewalt nicht zugänglich sind. In der deutschen Verfassungsordnung finden sich beide Varianten. Der Gesetzgeber bedarf für den Erlass von Gesetzen grundsätzlich keiner Ermächtigung.²⁵⁵ Schranken werden ihm lediglich durch die Grundrechte gesetzt. Die Exekutive unterliegt demgegenüber einer doppelten Beschränkung: Sie darf den Einzelnen belastende Maßnahmen nur ergreifen, wenn sie ausdrücklich ermächtigt worden ist, und hat gleichzeitig die Grundrechte als Schranken zu beachten.

²⁵⁰ Dazu IV 2 b.

²⁵¹ Zu den demokratischen Defiziten des Nationalstaates s. auch Müller (Anm. 180), 83 ff.; speziell zur Bundesrepublik Deutschland K. Schweinsberg, *Demokratiereform*, 2003.

²⁵² A. v. Bogdandy, *Demokratisch, demokratischer, am demokratischsten? Zur Steigerungsfähigkeit eines Verfassungsprinzips am Beispiel einer Neugestaltung der Verordnungsgebung*, in: J. Bohnert, u.a. (Hrsg.), *Verfassung – Philosophie – Kirche*, FS Alexander Hollerbach, 2001, 363 (369).

²⁵³ Vgl. die Nachweise in Anm. 151.

²⁵⁴ S. etwa Walter (Anm. 70), 5.

²⁵⁵ Das Problem der föderalen Kompetenzverteilung sei hier außer Betracht gelassen, da es sich hierbei nur um ein Problem der horizontalen Zuständigkeitsverteilung innerhalb der staatlichen Gewalt handelt, nicht jedoch die vertikale Eingriffskompetenz des Staates gegenüber dem Bürger betrifft.

Geht man von einem grundsätzlichen Freiheitsrecht des Individuums aus,²⁵⁶ so wird deutlich, dass Grundrechte zur Absicherung dieser individuellen Freiheit umso notwendiger sind, je mehr Aufgaben der öffentlichen Gewalt zugesprochen sind und vor allem je größer deren Gestaltungsspielraum ist. Aus dem zunächst nur begrenzten Aufgabenbereich der Europäischen Gemeinschaft erklärt sich daher der Verzicht auf eine ausdrückliche Aufnahme von Grundrechten in die europäischen Verträge. Diese Lücke hat die Rechtsprechung des EuGH mit zunehmendem Fortschreiten der Integration und Ausweitung der Gemeinschaftskompetenzen zu füllen versucht.²⁵⁷ Heute ist anerkannt, dass die Grundrechte der Europäischen Union mit dem übrigen Primärrecht zumindest auf einer Stufe stehen.²⁵⁸ Im Konventsentwurf ist endlich sogar ein ausdrücklicher Grundrechtskatalog enthalten.

V. Fazit

Der theoretische Charakter des Verfassungsbegriffs und die historisch und kulturell bedingten unterschiedlichen Erscheinungsformen positiver Verfassungen erschweren die Bildung eines wissenschaftlichen Konsenses über eine angemessene Definition. Ein ausschließlich an formellen Kriterien orientierter, positivistischer Verfassungsbegriff muss zwar Ausgangspunkt jeder Verfassungsbestimmung sein.²⁵⁹ Als hinreichendes Kriterium vermag er aufgrund seiner Inhaltsleere jedoch nicht zu befriedigen.²⁶⁰ Die Formulierung von Katalogen mit typischen oder zwingenden Verfassungsinhalten hat systematisierenden Wert, muss angesichts der Beschränkung auf die untersuchten Referenzsysteme allerdings immer unvollständig bleiben. Der hier vorgeschlagene Ansatz orientiert sich dagegen an der Fähigkeit eines Normenkomplexes, die durch diesen konstituierte öffentliche Gewalt zu legitimieren. Ungeachtet dessen jedoch, welchen Verfassungsbegriff man zugrunde legen möchte, fällt es bei einem nicht-etatistischen, einem "entzauberten Verfassungsverständnis"²⁶¹ schwer, dem primären Unionsrecht den Verfassungscharakter abzusprechen. Bis auf die ausdrückliche Bezeichnung bringt eine Verwirklichung des Konventsentwurfes insofern nur eine graduelle Änderung.

²⁵⁶ S. oben, II.

²⁵⁷ EuGH, Rs. 26/69, *Stauder*, Slg. 1969, 424, Rn. 7; Rs. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg. 1970, 1134, Rn. 4; Rs. 4/73, *Nold*, Slg. 1974, 504, Rn. 13.

²⁵⁸ Vgl. dazu nur jüngst EuGH, Rs. C-112/00, *Schmidberger/Republik Österreich*, EuZW 2003, 592 m. krit. Anm. B. Koch = EuGRZ 2003, 492 m. zust. Anm. S. Kadelbach/N. Petersen, Europäische Grundrechte als Schranken der Grundfreiheiten, EuGRZ 2003, 693. Für einen Vorrang der Grundrechte als wesentlichen, die gemeinsamen werthaltigen Mindeststandards der Mitgliedstaaten wiedergebenden Grundprinzipien gar v. Arnauld (Anm. 129), 209 f.

²⁵⁹ S. oben, IV.

²⁶⁰ E. Schmidt-Aßmann, *Der Verfassungsbegriff in der deutschen Staatslehre der Aufklärung und des Historismus*, 1967, 199 ff.

²⁶¹ U. Di Fabio, *Eine europäische Charta: Auf dem Weg zur Unionsverfassung*, JZ 2000, 737 (739).

Summary²⁶²**European Constitution and European Legitimacy**

Since a long time there has been debate on whether the founding treaties of the European Union form a constitution. The draft of a constitutional treaty by the European convention of Laeken is therefore an occasion to consider the theoretical foundations of the notion of a constitution.

Every definition of constitution has to depart from a formal concept identifying constitutional norms by their superiority over regular laws and providing some form of entrenchment. Nevertheless, material criteria have to be added to the formal ones in order to distinguish a constitution from organisational statutes. The thesis of this article is that a set of norms can only be called a constitution if it is able to constitute legitimate public power.

Consequently, the legitimacy of European institutions is the condition for the draft constitutional treaty being a constitution. Traditional concepts of legitimacy are based on input-oriented criteria determining institutional legitimacy by the degree of participation of the citizens. In this article, a rather output-oriented approach is proposed, applying criteria like decision-making efficiency and susceptibility to abuse. Considering the Union's institutional structure in the light of this concept, legitimacy deficits are still existent. An optimal level of democratic legitimacy is nevertheless not even found in democratic nation states. The deficits mentioned are not so serious that they could lead to the conclusion that the European Union has to be regarded as illegitimate. Therefore, institutional reform has rather to be seen as a task of optimisation than as a cure for a desperate malady.

²⁶² Summary by the author.