

Zweiter Teil: Legitimation supranationaler Hoheitsgewalt durch Verfassunggebung

Im Ersten Teil dieser Arbeit wurde ein Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität entwickelt; dieses Modell erwies sich als besonders geeignet, die Frage nach der Legitimität einer Verfassung oder Verfassunggebung auch für solche Fälle zu beantworten, die vom „klassischen“ Fall der Verfassungsneuschöpfung abweichen, also etwa für die Verfassunggebung in einem existierenden Verfassungsstaat oder für die Verfassungslegitimität im Gliedstaat eines Bundesstaates.

Im Zweiten Teil soll nun dieses Modell auf den „Fall“ der europäischen Integration angewendet werden. Dabei stellt sich zunächst die Frage, welcher Normenkomplex überhaupt als „Europäische Verfassung“ angesehen werden kann, deren Legitimität untersucht werden soll (A.). Hierfür kommt nämlich nicht nur die Verfassung eines zwar noch nicht existenten, aber möglichen künftigen Europäischen Bundesstaates in Betracht, sondern möglicherweise auch das schon existierende bzw. im Entwurf befindliche Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union.

Danach sollen drei immer wieder erhobene generelle Einwände gegen die Anwendung der Theorie der Verfassunggebung auf diese Normenkomplexe erörtert und entkräftet werden (B.): der Einwand, die völkerrechtlichen Verträge, auf denen diese Normen beruhen, seien kein Akt der Verfassunggebung, sowie der Einwand der fehlenden Souveränität der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Union und der Einwand des fehlenden europäischen Volkes bzw. der mangelnden Homogenität in Europa. Zur weiteren Entkräftung dieser Einwände soll auch auf Parallelen zur Verfassunggebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates hingewiesen werden.

Nachdem sich diese Einwände als nicht stichhaltig erwiesen haben werden, soll die Theorie der Verfassunggebung auf das Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Union (C.) und auf die mögliche Schaffung eines künftigen Europäischen Bundesstaates (D.) angewandt werden.

Schließlich (E.) sollen zwei Umstände in die Überlegungen einbezogen werden, die miteinander verknüpft sind: zum einen der Umstand, daß die europäische Integration ein fortschreitender Prozeß ist und (bisher zumindest) nur in kleinen Schritten vorangeht und zum anderen der Umstand, daß das Grundgesetz diesen Prozeß zu regulieren versucht und ihm möglicherweise auch Grenzen setzt.

A. Zum Begriff der Europäischen Verfassung

Bevor untersucht wird, welche Normenkomplexe als Europäische Verfassung (d.h. als Verfassung auf europäischer Ebene) in Betracht kommen, ist der Begriff der Verfassung zu klären.

I. Der Begriff der Verfassung

1. Beschränkung auf einen normativen Verfassungsbegriff

Der Begriff „Verfassung“ bzw. „Konstitution“ hat ein sehr breites und buntes und sich dabei in der Begriffsgeschichte veränderndes Bedeutungsspektrum.⁵²⁴ Die Schriftlichkeit kann als notwendiges Merkmal von Verfassungen angesehen werden oder nicht; unter Verfassung läßt sich eine Einzelnorm verstehen (im Sinne der Fundamentalnorm) oder die Gesamtheit der höchsten Normen. Verfassung muß nicht einmal als Norm verstanden werden: Als Verfassung eines Gemeinwesens kann auch in einem deskriptiven Sinne der Zustand dieses Gemeinwesens bezeichnet werden, wie man ihn etwa durch die Angabe der Regierungsform beschreiben kann; insoweit klingen Parallelen zum medizinischen Begriff der „Verfassung“ eines Menschen an.⁵²⁵ In dieser deskriptiven Weise sprach Aristoteles⁵²⁶ von der Verfassung eines Gemeinwesens, und auch die als „Geisteswissenschaft“ verstandene Verfassungslehre R. Smends⁵²⁷ hat einen deskriptiven Charakter, ebenso wie Hegels Betrachtung der Verfassung als „entwickelte und verwirklichte Vernünftigkeit“⁵²⁸. Je nach Erkenntnisinteresse und Theorieumfeld kann Verfassung auch als Schnittstelle zwischen den Systemen „Recht“ und „Politik“ (Systemtheorie)⁵²⁹, als „rechtlich-institutionelle Regelungen, die sich als Restriktionen für das Handeln ökonomischer und politischer Entscheidungsträger darstellen“ (Konstitutionen-Ökonomik)⁵³⁰ oder als höchste Norm in einer Normenhierarchie betrachtet werden, deren Geltung allein auf einer fiktiven „Grundnorm“ beruht (Reine Rechtslehre)⁵³¹. Selbstverständlich ist es auch zulässig, weitere, nicht an ein bestimmtes Theorieumfeld anknüpfende Verfassungsbegriffe zu bilden.⁵³²

524 Vgl. dazu und zum folgenden H. Mohnhaupt / D. Grimm, Verfassung, S. 1 ff.; S. auch K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Rn. 1 ff.

525 Dazu H. Mohnhaupt / D. Grimm, Verfassung, S. 1 f., 25 ff.

526 Vgl. vor allem Aristoteles, Politik, 1279b ff., 1289a ff.

527 R. Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, S. 119 f.

528 G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 265; zu Hegels Begriff der (politischen) Verfassung vgl. auch ebda. § 273 (weil die Verfassung etwas an und für sich Seiendes sei, könne sie nicht „gemacht“ werden – das richtet sich gegen die Theorie der Verfassungsgebung) und § 274. Daß Hegels Verfassungsbegriff dezidiert nicht-normativ ist, erkennt man etwa an seiner Gewaltenteilungslehre (ebda. § 272): Die Gewaltenteilung als Notwendigkeit der gegenseitigen Beschränkung der Gewalten aufzufassen, sei falsch und „die Ansicht des Pöbels“.

529 N. Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, S. 470 ff.

530 C. Kirchner / A. Schwartze, Legitimationsprobleme in einer Europäischen Verfassung, S. 185.

531 So H. Kelsen für seinen Begriff der „Verfassung im positivrechtlichen Sinne“: Allgemeine Staatslehre, S. 248 ff.; Reine Rechtslehre, S. 228 ff.

532 Vgl. etwa den Verfassungsbegriff R. Steinbergs, der die „von einer Verfassung typischerweise wachzunehmenden Funktionen“ zugrundelegt und „fünf Stufen der Verfassung“ unterscheidet (Sicherheit, Rechtsstaat, Demokratieprinzip, Sozialstaatsprinzip, Ökologiegrundsatz): Grundgesetz und Europäische Verfassung, S. 366 ff. Steinberg kommt zu dem Ergebnis, daß die „europäischen Verträge“ eine Verfassung in diesem Sinne bilden. Ähnlich untersucht P. M. Huber zur Beantwortung der Frage, inwieweit das Primärrecht der EU bzw. EG eine Verfassung darstellt, die „Erfüllung der Verfassungsfunktionen“, nämlich der Ordnungsfunktion, Bestandssicherungsfunktion, Schutzfunktion,

Der Untersuchungsgegenstand der vorliegenden Arbeit, die Vermittlung von Legitimität durch Verfassungsgebung, rechtfertigt es, diese Begriffsvielfalt für die Zwecke dieser Arbeit zu reduzieren. Denn in der Theorie der Verfassungsgebung hat eine Verfassung bestimmte Funktionen zu erfüllen und bedarf dazu bestimmter Eigenschaften. Im folgenden soll also ein Verfassungsbegriff verwendet werden, der den Anforderungen der Theorie der Verfassungsgebung genügt. (Damit soll natürlich nicht behauptet werden, dies sei der einzig mögliche oder der beste Verfassungsbegriff schlechthin.)

Der *deskriptive Verfassungsbegriff* mag für die europäische Ebene ohne weiteres anwendbar und auch nützlich sein; so haben etwa die europäische Integration und die Integration in Smends Verfassungslehre nicht nur die Bezeichnung gemeinsam, sondern benennen durchaus ähnliche Vorgänge, und die Beschäftigung mit Smends Werk kann auch bei der Lösung europäischer Probleme hilfreich sein.⁵³³ Das ist aber nicht das Thema dieser Arbeit. In der vorliegenden Untersuchung soll und kann der deskriptive Verfassungsbegriff außer Betracht bleiben, denn die Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung, die hier im Zentrum des Interesses steht, versteht die Verfassung gerade als höchste *Norm* und rechtliche Grundordnung, die die Ausübung von Hoheitsgewalt regelt. Der Verfassungsbegriff dieser Theorie ist ein normativer. Die Untersuchung beschränkt sich daher auf den *normativen Verfassungsbegriff*.⁵³⁴

Charakteristisch für die Theorie der Verfassungsgebung ist auch das Verständnis von Verfassung als einheitlicher Normenkomplex, als schriftlich fixierte, umfassende rechtliche Grundordnung. Die amerikanischen Verfassungen ab 1776 und die französische Verfassung von 1791 sind Prototypen dieses Verfassungsbegriffs.⁵³⁵ Die folgenden Betrachtungen werden sich an diesem Typus von Verfassungen orientieren.⁵³⁶

Ein Merkmal des Verfassungsbegriffs der Theorie der Verfassungsgebung wird schon jetzt deutlich: Die Funktion der Verfassung besteht in erster Linie in der Organisation, Regulierung und Beschränkung der Ausübung von Hoheitsgewalt. Ob es sich dabei um *staatliche* Hoheitsgewalt handelt, ist nicht von entscheidender Bedeutung.⁵³⁷ Die Mög-

programmatischen Funktion, Legitimationsfunktion und Integrationsfunktion (Europäisches und nationales Verfassungsrecht, S. 199 ff.).

533 Vgl. I. Pernice, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, S. 113 ff.; T. Schilling, Die Verfassung Europas, S. 388 f.; C. Koenig, Ist die Europäische Union verfassungsfähig?, S. 269. Skeptisch hinsichtlich der Integrationsfähigkeit (im Smendschen Sinne) der Europäischen Verfassung ist A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 88 ff.

534 Der Übergang vom eher deskriptiven zum eher normativen Verständnis des Verfassungsbegriffs fand zeitgleich mit der Entwicklung der Theorie der Verfassungsgebung statt, nämlich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, vgl. H. Mohnhaupt / D. Grimm, Verfassung, S. 100 f.

535 H. Mohnhaupt / D. Grimm, Verfassung, S. 5

536 Damit soll nicht ausgeschlossen werden, daß auch Normen, denen die Merkmale „Einheitlichkeit“ oder „Schriftlichkeit“ fehlen, im Rahmen einer Theorie der Verfassungsgebung als „Verfassung“ betrachtet werden können. Es würde den Rahmen der Untersuchung aber sprengen, hierfür detaillierte Anforderungen zu formulieren.

537 So auch A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 79. Ähnlich M. Morlok, Grundfragen einer Verfassung auf europäischer Ebene, S. 75: „Abstrahiert man das Bezugsproblem der Verfassung, so liegt es nicht in der Bedrohlichkeit eines Steuerungsapparates gerade in den Strukturen eines Staates, sondern in den Institutionen effektiver politischer Steuerung und Herrschaft per se – grundsätzlich unabhängig davon, ob diesen staatliche Qualität beigemessen wird. Das, was

lichkeit der Abtrennung des Verfassungsbegriffs vom Staat ist freilich nicht unbestritten und bedarf daher einer eingehenderen Erörterung.

2. Beschränkung auf die Staatsverfassung?

Häufig werden allein Staaten für verfassungsfähig gehalten.⁵³⁸ Dafür lassen sich zunächst historische und begriffsgeschichtliche Gründe erkennen. Ein *historischer* Grund für die enge Verbindung von Staat und Verfassung liegt in der Tatsache, daß der moderne normative Verfassungsbegriff nicht viel später als der moderne Territorialstaat entstanden ist und zunächst nur auf diesen bezogen war. Das gilt auch und gerade für die Prototypen moderner Verfassungen in Nordamerika und Frankreich am Ende des 18. Jahrhunderts. In Deutschland wurden die ersten Erfahrungen mit dem modernen normativen Verfassungsbegriff bei der Konstitutionalisierung des monarchischen Staates gemacht – auch hier besteht also in historischer Hinsicht eine enge Verbindung zwischen dem modernen Verfassungsgedanken und dem Staat. *Begriffsgeschichtlich* ist zunächst eine Bedeutungsverwandtschaft zwischen „Staat“ und „Verfassung“ festzustellen, die am lateinischen Begriff „status“ deutlich wird; dieser Begriff, aus dem sich später der Begriff „Staat“ entwickelte, hatte in der Antike und im Mittelalter zunächst die Bedeutung „Zustand“ (eines Gemeinwesens), also die gleiche Bedeutung wie der deskriptive Verfassungsbegriff.⁵³⁹ Aber nicht nur dieser vormoderne Verfassungsbegriff weist eine enge Bindung zum Begriff des Staates auf; vielmehr sind auch wichtige Grundlegungen des modernen Verfassungsbegriffs aufs engste mit dem Staatsbegriff verbunden: Der Prototyp für G. Jellineks Theorie der Selbstverpflichtung des Staates⁵⁴⁰ etwa ist der schon erwähnte monarchische Staat; auf der Grundlage dieser Theorie wird der Staat zur „Verfassungsvoraussetzung“.⁵⁴¹

Aus solchen zeitlichen Koinzidenzen und begrifflichen Parallelen folgt aber nicht, daß die Beschränkung des Verfassungsbegriffs auf die Staatsverfassung zwingend ist.⁵⁴² Eine solche Beschränkung bedarf vielmehr einer inhaltlichen Begründung, zumal der

verfassungsrechtliche Beschränkungen wünschenswert macht, sind die institutionalisierten Chancen, für Befehle Gehorsam zu finden. Das Bezugsproblem der Verfassung liegt also nicht in der Existenz eines Staates, sondern im Vorhandensein institutionalisierter politischer Herrschaft ...“.

538 Paradigmatisch J. Isensee, HStR § 13 Rn. 1, 6, 87, 144; ebenso P. Kirchhof, HStR § 19 Rn. 18; E.-W. Böckenförde, Begriff und Probleme des Verfassungsstaates, S. 136 f. Im Ergebnis erkennt auch D. Grimm nur Staatsverfassungen als „Verfassung im vollen Sinn des Begriffs“ an, wenn er mit der Schaffung einer *solchen* Verfassung für Europa die „Verstaatlichung“ der Europäischen Union verbindet, die auf diese Weise die „Kompetenz-Kompetenz“ gewänne: Braucht Europa eine Verfassung?, S. 49 f.

539 Dazu H. Mohnhaupt / D. Grimm, Verfassung, S. 1 ff.

540 Vgl. zu Jellineks Theorie der Selbstverpflichtung J. Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, S. 409 ff.

541 Dazu C. Möllers, Staat als Argument, S. 261.

542 So auch etwa M. Morlok, Grundfragen einer Verfassung auf europäischer Ebene, S. 74 f.; ähnlich A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 101 ff.; C. Möllers, Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, S. 18 ff.

Staat seine Bedeutung als zentraler Begriff des Verfassungsrechts, wenn er sie denn jemals zu Recht hatte, inzwischen in mancher Hinsicht verloren hat.⁵⁴³

Im folgenden ist daher die Frage zu beantworten, ob der Anwendungsbereich des an der Theorie der Verfassungsgebung orientierten Verfassungsbegriffs notwendig auf Staaten beschränkt ist, ob also (auch unter Berücksichtigung möglicher zukünftiger Entwicklungen) nur Staaten oder ob auch andere Einheiten fähig sind, eine Verfassung zu haben. Aus der Sicht des Prinzipienmodells der Verfassungslegitimität erhält diese Frage folgende Gestalt: Kann es auch in nichtstaatlichen Einheiten Verfassungen geben, die – nach den drei Prinzipien Freiheitssicherung, kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit – ausreichende Legitimität haben, um ihrerseits die Ausübung von Hoheitsgewalt zu legitimieren?

Von diesen drei Legitimitätsprinzipien erscheint die Freiheitssicherung hier als unproblematisch. Denn freiheitssichernde Normen wie Gewaltenteilung und Grundrechte können auf jeder Ebene und in jeder Einheit verwirklicht werden, in der Hoheitsgewalt durch besondere Organe ausgeübt wird; dabei müssen diese Normen natürlich den Besonderheiten der jeweiligen Einheit, vor allem auch ihrer Größe, angepaßt sein.

Als problematisch und letztlich entscheidend für die Frage nach der Möglichkeit nichtstaatlicher Verfassungen erweisen sich dagegen die kollektive Autonomie und die dauerhafte Konsensfähigkeit. Denn diese Prinzipien betreffen die Willensbildung bzw. den Konsens der Menschen, die von der jeweiligen Einheit umfaßt sind; die Voraussetzungen und die Möglichkeit einer solchen Willensbildung bzw. eines solchen Konsenses hängen natürlich von den beteiligten Menschen und damit von der Beschaffenheit der jeweiligen Einheit ab. So betrachtet, lautet die Frage also: Ist die für eine Verfassungsgebung erforderliche Willensbildung bzw. ist der dauerhafte Verfassungskonsens auch auf einer nichtstaatlichen Ebene möglich?

Diese Fragestellung steht offensichtlich in engem Zusammenhang mit der Frage nach der Möglichkeit von *Demokratie* auf einer nichtstaatlichen Ebene. Denn das Ideal der Demokratie besteht gerade in der Verwirklichung kollektiver Autonomie und, damit verbunden, in der Herstellung eines möglichst weitgehenden, im Idealfall dauerhaften Konsenses bei der Ausübung von Hoheitsgewalt. Dieses Demokratieideal erfaßt allerdings einen weiteren Anwendungsbereich als die Verfassungsgebung; es bezieht sich ganz allgemein auf die Steuerung der Ausübung von Hoheitsgewalt – nicht nur durch eine Verfassung, sondern auch durch einfache Gesetze oder andere Normen und durch Einzelakte.⁵⁴⁴ Demgegenüber erscheint die Verfassungsgebung als ein Spezialfall.

Daher soll im folgenden zunächst kurz die allgemeinere Frage der Möglichkeit von Demokratie auf nichtstaatlicher Ebene erörtert werden; erst danach werden die spezifischen Probleme aufgegriffen, die sich durch den Bezug auf die Verfassung ergeben.

543 Dazu H. Hofmann, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung? – Eine Verteidigung des Staatsbegriffs aber bei J. Isensee, Die alte Frage nach der Rechtfertigung des Staates.

544 Zum Begriff und Ideal der Demokratie vgl. E.-W. Böckenförde, HStR § 22.

a) Ist Demokratie nur in einem souveränen Staat möglich?

Die Frage, ob Demokratie notwendig an den souveränen Staat gebunden ist, läßt sich nur beantworten, wenn die Demokratie zunächst unabhängig vom Staatsbegriff definiert wird. Demokratie kann in diesem Sinne als eine Form der Ausübung und Einrichtung von Hoheitsgewalt bezeichnet werden, die stets vom Willen der Betroffenen hergeleitet bzw. auf ihn zurückgeführt werden kann.⁵⁴⁵

Diese Definition entspricht der ursprünglichen vertragstheoretischen Begründung der Legitimität von Hoheitsgewalt, wie sie etwa von Kant, Locke und in gewissem Sinne auch von Rousseau entwickelt wurde:⁵⁴⁶ Die Freiheit des Individuums, die individuelle Autonomie, darf durch die Ausübung von Hoheitsgewalt nur dann eingeschränkt werden, wenn dieses Individuum der Ordnung, dem „Gesetz“ bzw. dem Gesellschaftsvertrag zugestimmt hat, nach der bzw. demzufolge die Hoheitsgewalt ausgeübt wird. Diese zunächst theoretische Legitimitätsbegründung soll durch das Demokratieprinzip möglichst weitgehend in der Praxis realisiert werden; dies ist der eigentliche Anspruch der Demokratie. In demokratischen Herrschaftsformen soll der mit dem Unterworfenen unter die Hoheitsgewalt verbundene Freiheitsverlust durch die Teilnahmemöglichkeit an der Setzung der Regeln, nach denen Hoheitsgewalt ausgeübt wird, kompensiert werden: individuell-autonome Freiheit geht über in demokratische Mitwirkungsfreiheit.⁵⁴⁷

Das Demokratieverständnis, soweit es bis hierher beschrieben ist, entspricht ganz der ursprünglichen philosophischen Legitimitätsbegründung. Und es läßt sich in dieser Form ohne weiteres auf nicht-staatliche Personenverbände anwenden; vorauszusetzen ist lediglich, daß diese Personenverbände Hoheitsgewalt ausüben und die Art und Weise, wie das geschieht, selbst regeln können.

Dennoch wird Demokratie in der Staatsrechtslehre häufig in einen ausschließlichen Zusammenhang mit dem souveränen Staat gestellt.⁵⁴⁸ Nach dieser Ansicht muß die Ausübung von Hoheitsgewalt in jedem Fall auf den Willen eines Staatsvolkes zurückgeführt werden können – auch wenn dieses nicht mit den (potentiell) Betroffenen, also den Hoheitsunterworfenen übereinstimmt. Das hat etwa zur Folge, daß Ausländer in keinem

545 Dies entspricht der Demokratiedefinition bei E.-W. Böckenförde, HStR § 22 Rn. 1, allerdings unter Ersetzung der staatsbezogenen Begriffe „Staatsgewalt“ und „Volk“ durch „Hoheitsgewalt“ bzw. „Betroffene“. Die Ersetzung ist sicher nicht in Böckenfördes Sinn; sie rechtfertigt sich hier durch die Einnahme eines zunächst staatsunabhängigen Standpunkts.

546 Auf diese vertragstheoretische Begründung bezieht sich auch E.-W. Böckenförde, HStR § 22, Rn. 5 f., 36 ff.

547 So die erste Stufe in E.-W. Böckenfördes „Metamorphose der individuellen zur demokratischen Freiheit“: HStR § 22 Rn. 37.

548 Dezidiert E.-W. Böckenförde, HStR § 22 Rn. 26 ff., 47 f.; P. Kirchhof, HStR § 183 Rn. 33 („Demokratie setzt eine Vergemeinschaftung im Staatsvolk voraus“); U. Di Fabio, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, S. 201, 206 („Staatlichkeit, Demokratie und Souveränität (bilden) eine verfassungsrechtlich durch Art. 20 Abs. 2 GG gewollte Einheit“; „der souveräne Staat und die Volkssouveränität, die im Demokratieprinzip verankert ist, (sind) im Grunde identisch“). Auch M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 38 ff., 414 ff., 468 ff. vertritt diese Ansicht. Dagegen (mit Bezug auf die Europäische Union) etwa M. Zuleeg, Demokratie in der Europäischen Gemeinschaft.

Fall an der demokratischen Willensbildung in einem Staat mitwirken dürfen, auch wenn sie dauerhaft in dem Staat leben und daher Hoheitsunterworfenen sind – sie gehören eben nicht zum Staatsvolk.⁵⁴⁹ Eine andere Konsequenz dieser Ansicht ist, daß eine Rückführung der durch die Europäische Union bzw. die Europäischen Gemeinschaften ausgeübten Hoheitsgewalt auf die Gesamtheit der Unionsbürger dem Demokratieprinzip *widerspricht*; auch diese Hoheitsgewalt muß durch die Staatsvölker (z.B. mittels der Zustimmungsgesetze zu den Gründungsverträgen oder durch personelle Legitimation der Staatsvertreter in den europäischen Organen) legitimiert werden.⁵⁵⁰

Diese Ansicht weicht von der oben dargestellten, auf die Kompensation der Einschränkung individueller Autonomie abstellenden Legitimitätsbegründung ab, denn sie bestimmt den Kreis der an der demokratischen Willensbildung Beteiligten nicht nach der (kompensationsbedürftigen) Herrschaftsunterworfenheit, sondern nach der Zugehörigkeit zu einer vorgegebenen Einheit „Staatsvolk eines souveränen Staates“. Die Begründungen für diese Abweichung vom ursprünglichen Ideal der Demokratie knüpfen vor allem an die Lehren von Rousseau und von Carl Schmitt an.⁵⁵¹

Die Gesellschaftsvertragslehre Rousseaus, die in wesentlichen Punkten von den Vertragstheorien etwa bei Locke oder Kant abweicht und genau genommen überhaupt keinen „Vertrag“, sondern den Übergang in eine andere (fiktive) Daseinsform der „Vertragschließenden“ zum Gegenstand hat, formuliert zunächst das oben dargestellte demokratische Ideal: Durch den Gesellschaftsvertrag soll eine Gesellschaftsform gefunden werden, in der „jeder einzelne, mit allen verbündet, nur sich selbst gehorcht und so frei bleibt wie zuvor“⁵⁵². Die Freiheit bleibt unter der Herrschaft des Gemeinwillens erhalten, denn es gilt: „Gehorsam dem Gesetz gegenüber, das man sich selbst gegeben hat, ist Freiheit.“⁵⁵³ Durch die Vergesellschaftung findet ein Übergang von individueller in kollektive Freiheit statt, und zwar total: Die individuelle Freiheit geht vollständig verloren

549 Vgl. die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum kommunalen Ausländerwahlrecht in Schleswig-Holstein und Hamburg: BVerfGE 83, 37; 83, 60. Allerdings stellt das Bundesverfassungsgericht diese im wesentlichen aus den positiv-rechtlichen Regelungen des Grundgesetzes abgeleitete Beschränkung der Demokratie auf das Staatsvolk in einem obiter dictum unter einen „Europavorbehalt“: Die (später mit dem neuen Art. 28 I 3 GG tatsächlich erfolgte) Einführung eines kommunalen Wahlrechts für ansässige Unionsbürger aus anderen Mitgliedstaaten verstoße nicht notwendig gegen das Demokratieprinzip, soweit es durch Art. 79 III GG geschützt ist. Auch in der Maastricht-Entscheidung hält es das Bundesverfassungsgericht offenbar für möglich, daß eine demokratische Legitimation durch das Europäische Parlament zumindest zur Legitimation durch die Parlamente der Mitgliedstaaten „hinzutritt“, also zumindest *neben* der demokratischen Legitimation durch das Staatsvolk auch eine demokratische Legitimation durch eine Gemeinschaft verschiedener Völker möglich ist: BVerfGE 89, 155, 184. Dazu auch U. Fink, Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, S. 137.

550 Zur Kritik an dieser „Volksdemokratie“ vgl. auch B.-O. Bryde, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie.

551 So bezieht sich E.-W. Böckenförde etwa auf Rousseaus Lehre von der Volkssouveränität (HStR § 22 Rn. 3 f.) und auf C. Schmitts Volksbegriff mit seinem „politischen Charakter“ (ebda. Rn. 27). Vgl. zu diesem theoretischen Hintergrund der Homogenitätsanforderungen, die auch das Bundesverfassungsgericht in der Maastricht-Entscheidung aufstellte, I. Pernice, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, S. 103 ff.

552 J.-J. Rousseau, Vom Gesellschaftsvertrag, I.6.

553 Ebda. I.8.

(„vollständige Überäußerung eines jeden Mitglieds mit all seinen Rechten an die Gemeinschaft“)⁵⁵⁴, auf der anderen Seite ist der dann herrschende Gemeinwille souverän, unveräußerlich und unteilbar.⁵⁵⁵ Die totale Selbstentäußerung des Individuums wird kompensiert durch die totale Volkssouveränität; an die Stelle des autonomen Individuums tritt die souverän herrschende Einheit „Volk“.⁵⁵⁶

Carl Schmitt knüpft an diese Vorstellung an und fügt ihr seine Lehre des Politischen hinzu.⁵⁵⁷ Die für politisches Handeln im Sinne Schmitts erforderliche Einheit wird durch eine spezifische Abgrenzung gegenüber anderen hergestellt.⁵⁵⁸ Dabei handelt es sich um die Abgrenzung gegenüber dem „Feind“. Das ist durchaus im kriegerischen Sinne gemeint: Die für politisches Handeln erforderliche Einheit entsteht bei Schmitt letztlich durch die Bereitschaft, im Kampf gegen den gemeinsamen Feind zu sterben. Diese Art von existentieller Zusammengehörigkeit findet sich für Schmitt nur im Staat; der Staat wird durch Schmitts Begriff des Politischen geradezu definiert. Die notwendige Einheit des Volkes muß dabei auf der „substantiellen Gleichheit“ der Volkzugehörigen beruhen.⁵⁵⁹ Diese „substantielle Gleichheit“ kann sich auf verschiedene Merkmale beziehen, z.B. Rasse, Glauben, gemeinsames Schicksal, Tradition. Die auf diese Weise erfolgte Einheitsbildung ist die Grundlage für die Souveränität des Volkes.

Die Konzeptionen von Rousseau und Schmitt finden sich etwa in der Demokratielehre E.-W. Böckenfördes wieder:⁵⁶⁰ Wenn er die „Metamorphose der individuellen zur demokratischen Freiheit“⁵⁶¹ beschreibt und sich dabei nicht auf den „Übergang von der individuell-autonomen Freiheit zur demokratischen Mitwirkungsfreiheit“ (erste Stufe der „Metamorphose“) beschränkt, sondern danach auch einen „Übergang von der demokratischen Mitwirkungsfreiheit zur kollektiv-autonomen Freiheit“ sieht, so bezieht er sich hinsichtlich dieser zweiten Stufe der „Metamorphose“ auf den Übergang des Individuums in den gesellschaftlichen Zustand im Sinne Rousseaus: „Die individuell-autonome Freiheit der einzelnen überträgt sich auf die politische Gemeinschaft und kehrt wieder in der kollektiv-autonomen Freiheit des Volkssouveräns“.⁵⁶² Und wenn

554 Ebda. I.6.

555 Ebda. II.1, 2.

556 Diese Argumentation übernimmt auch M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 43 (Kelsen zitierend): „Indem die ursprüngliche individuelle Freiheit in die kollektive Freiheit des Staatsbürgers überführt wird, ist ‘die Souveränität des Volkes ...’ grundlegende Bedingung der Verwirklichung des legitimatorischen Ideals der Demokratie.“

557 Hierzu und zum folgenden H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität, S. 101 ff., 131 ff.; auch E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 393 f.

558 Diese Abgrenzung wird freilich bei Schmitt auch zu einer Ausgrenzung, und zwar im übelsten denkbaren Sinne: „Zur Demokratie gehört also notwendig erstens Homogenität und zweitens – nötigenfalls – die Ausscheidung oder Vernichtung des Heterogenen“ (C. Schmitt, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, S. 14).

559 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 226 ff.

560 Zur Kritik dieser Lehre im Hinblick auf die ausschließliche Anknüpfung an das Volk E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, S. 396 ff.

561 E.-W. Böckenförde, HStR § 22 Rn. 37 ff.

562 Ebda. Rn. 38.

Böckenförde als maßgeblich für die „demokratische Gleichheit“ nicht nur die formale Staatsangehörigkeit, sondern eine „vor-rechtliche Gleichartigkeit“, die „sogenannte substantielle Gleichheit“ verlangt⁵⁶³ und dem Volksbegriff „politischen Charakter“ gibt,⁵⁶⁴ so ist das nicht nur in der Diktion, sondern auch dem Inhalt nach die Konkretisierung des Volksbegriffs durch Carl Schmitt.⁵⁶⁵ Abgeschwächt wird diese Konzeption bei Böckenförde dann allerdings – nicht ganz konsequent, aber bemerkenswert –⁵⁶⁶ durch die Anerkennung von „Teilvölkern“ in den kommunalen Gebietskörperschaften.⁵⁶⁷

Hinsichtlich der Frage nach der Möglichkeit von Demokratie ohne Verknüpfung mit dem souveränen Staat fällt auf, daß bei Rousseau und auch bei Schmitt die *Souveränität* der demokratischen Herrschaft ein grundlegendes, aber selbst kaum begründetes Theorieelement ist; und das gilt auch für die moderne, diese beiden Lehren aufnehmende Konzeption Böckenfördes.⁵⁶⁸ In Rousseaus „Gesellschaftsvertrag“ ergibt sie sich aus dem totalen Charakter der Selbstentäußerung des Individuums: eine solche vollständige Aufgabe der (theoretisch bei Rousseau zunächst unbeschränkten) individuellen Freiheit kann nur durch die unbeschränkte kollektive Freiheit kompensiert werden, also durch die Souveränität des Volkskörpers. Und für Schmitt ist politisches Handeln – und solches stellt die Demokratie dar – ohnehin allenfalls durch den „Feind“ beschränkbar, also grundsätzlich souverän.

Diese theoretischen Voraussetzungen sind aber nicht zwingend. Ein mit *begrenzter* Hoheitsgewalt ausgestatteter Personenverband setzt keineswegs die Rousseausche totale

563 Ebda. Rn. 47.

564 Ebda. Rn. 27.

565 Vgl. auch ebda. Rn. 7 mit Fn. 10: die (von Böckenförde so vertretene) Lehre vom Volk als einem „menschlichen Subjekt“, das „die volle Verfügungsmacht über die Gestaltung der politisch-sozialen Ordnung“ hat, sei ein Fall „politischer Theologie“ (im Sinne Schmitts).

566 Die Besonderheit der Gebietskörperschaften ist für Böckenförde die „unbestimmte Allgemeinheit“ der Gebietsansässigen; die Gemeinde- und Kreisbürger zeichnen sich nicht durch persönliche, funktions- oder interessenbestimmte Merkmale aus. Dem steht die Zuständigkeit der Gebietskörperschaften für „Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft“ gegenüber. Darin sieht Böckenförde ein „strukturähnliches Element zum politischen Verband des Staates“, das es erlaube, von „Teilvölkern“ zu sprechen. – Böckenfördes Argumentation läßt sich – wohl gegen seine Absicht – auf die europäische Ebene übertragen. Die genannten Strukturähnlichkeiten sind nämlich auch auf der Ebene der Europäischen Union anzutreffen: Deren Mitglieder, die Unionsbürger, stellen eine unbestimmte Allgemeinheit dar, weil sich ihr Mitgliederkreis nur nach der Staatsangehörigkeit zu einem Mitgliedstaat bestimmt. Und die Zuständigkeit der Union ist schon durch das Subsidiaritätsprinzip (Art. 5 (ex-Art. 3b) EGV) grundsätzlich auf „überstaatliche Belange“ begrenzt. Diese Strukturähnlichkeit zum Staatsvolk scheint vergleichbar mit derjenigen der kommunalen „Teilvölker“; in diesem Sinne könnte man von einem europäischen „Gesamtvolk“ sprechen.

567 Ebda. Rn. 32.

568 Vgl. E.-W. Böckenförde, HStR § 22 Rn. 85: Der (rechtsstaatliche) Demokratiebegriff der USA, der nicht ganz Böckenfördes (und Carl Schmitts) Konzeption entspricht, sei „auf die aus kontinentaleuropäischer Tradition erwachsene Staatlichkeit, die stets mit Souveränität verschwistert war und noch ist, nicht ohne weiteres übertragbar“. Deutlich auch M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 43: „Damit steht Souveränität nach außen in einer Verwirklichungsfunktion für das demokratische Prinzip“ und ebda. S. 415: „Das Demokratieprinzip ist in spezifischer, normativ qualifizierter Weise mit der Garantie souveräner Staatlichkeit verwoben.“

Selbstentäußerung seiner Mitglieder voraus;⁵⁶⁹ daher muß ein solcher Personenverband auch nicht als Kompensation für einen solchen existentiellen Eingriff die totale Souveränität des Kollektivs bieten. Und die Ausübung von (begrenzter) Hoheitsgewalt muß auch keineswegs einen existentiell-politischen Charakter wie bei Carl Schmitt haben. Vielmehr ist es durchaus denkbar, daß Hoheitsgewalt in einem Personenverband nur in bestimmten, von außen festgelegten oder begrenzten Bereichen ausgeübt wird – wie etwa in der Europäischen Union oder auch in der kommunalen oder funktionalen Selbstverwaltung.⁵⁷⁰ Die Willensbildung, aufgrund derer in solchen Personenverbänden Hoheitsgewalt ausgeübt wird, mag zwar in mancher Hinsicht schwierig sein; aber sie setzt keine gegenseitigen Bindungen voraus, die – wie bei Schmitt – einer Kriegskameradschaft gleichkommen.

Die Demokratielehren Rousseaus und Schmitts mögen, wenn man ihre (durchaus zweifelhaften) Prämissen akzeptiert, als Anknüpfungspunkt für eine Theorie der Demokratie *im souveränen Staat* dienen können; eine überzeugende Begründung dafür, daß Demokratie *nur* im souveränen Staat möglich ist, können sie nicht geben.⁵⁷¹

b) Die Möglichkeit einer Verfassung auf nichtstaatlicher Ebene

Betrachtet man die (nichtstaatliche) demokratische Willensbildung im Rahmen der *Verfassungsgebung*, treten allerdings zusätzliche Schwierigkeiten im Hinblick auf die kollektive Autonomie und damit mögliche Gründe *gegen* die Möglichkeit einer Verfassung auf nichtstaatlicher Ebene hinzu. Die Schwierigkeiten liegen in der Reichweite und Bedeutung der verfassungsgebenden Willensbildung. Während die obigen Ausführungen zur allgemeinen demokratischen Willensbildung jegliche Art der Regulierung der Ausübung von Hoheitsgewalt betrafen, geht es jetzt um die grundlegende Einrichtung von Organen und Verfahren und um die grundlegende Festlegung der Rechtsverhältnisse zwischen Individuum und Verband. Die Verfassung soll die Ordnung der Ausübung von Hoheitsgewalt umfassend und dauerhaft festlegen. Es fragt sich, ob eine derart weitreichende Entscheidung nicht doch nur im staatlichen Verband möglich ist.

Die besondere Bedeutung der verfassungsgebenden Willensbildung wurde vor allem von Carl Schmitt hervorgehoben. Für ihn spitzt sich die allgemeine Legitimitätsproblematik, die er mit seiner Lehre des Politischen und der Homogenität zu lösen glaubt, in der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes zu.⁵⁷² Die „Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit“ ist nun einmal die bedeutendste Entscheidung, die eine politische Einheit treffen kann. Gerade für diese Entscheidung müssen die Voraus-

569 Auch die Erhaltung des Rechtsfriedens verlangt keine solche totale Selbstentäußerung (so aber die Begründung von M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 34, 415): Selbst wenn man nämlich die Hobbesche Lehre (auf die dieses Argument abstellt) wörtlich nimmt, kann der Rechtsfrieden auch durch einen anderen *souveränen* Verband (den Staat) garantiert werden, der *neben* dem betreffenden mit *begrenzter* Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverband existiert.

570 Zum Problem der Demokratie in der funktionalen Selbstverwaltung umfassend E. T. Emde, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung. Gegen autonome demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung E.-W. Böckenförde, HSTR § 22 Rn. 35.

571 Im Ergebnis ähnlich wie hier I. Pernice, Maastricht, Staat und Demokratie, S. 477 ff.; W. Kluth, Die demokratische Legitimation der Europäischen Union, S. 37 ff.

572 H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität, S. 147.

setzungen politischen Handelns nach Schmitt gegeben sein. Dementsprechend wird auch in der heutigen Staatsrechtslehre betont, daß die besondere Entscheidung der Verfassungsgebung Einheitlichkeit und politische Handlungsfähigkeit voraussetze, wie sie nur in einem Staat gegeben seien.⁵⁷³

Dennoch taugt Carl Schmitt nicht unbedingt als Zeuge für die notwendige Anknüpfung des Verfassungsbegriffs an den souveränen Staat. Denn Schmitt spricht in seiner – etwas eigenartigen und hier nicht weiter zu vertiefenden – Bundeslehre auch von einer „Bundesverfassung“.⁵⁷⁴ Der „Bund“, um den es dort geht, ist aber nicht etwa der Bundesstaat im heutigen Sinne; vielmehr handelt es sich dabei um eine Staatenverbindung, die sich dadurch auszeichnet, daß „die Frage der Souveränität zwischen Bund und Gliedstaaten immer offenbleibt“.⁵⁷⁵ Ein Bundesstaat im heutigen Sinne, in dem der Bund souverän ist, wäre dagegen in Schmitts Terminologie ein „souveräner Einheitsstaat“.⁵⁷⁶ Auch ein solches Gebilde wie der „Bund“, also eine Staatenverbindung, die gegenüber dem Bundesstaat lockerer ist und in der die Gesamtheit (noch) nicht souverän gegenüber den Gliedstaaten ist, kann also nach Schmitt eine „Verfassung“ haben.

Auch unabhängig von Schmitts Verfassungslehre bleibt aber der eingangs dargelegte Einwand der besonderen Reichweite der verfassungsgebenden Entscheidung. Es mag durchaus sein, daß eine Willensbildung mit weiterreichenden Konsequenzen höhere Anforderungen z.B. an die „Homogenität“ der daran Beteiligten stellt. Die Reichweite solcher Entscheidungskonsequenzen bestimmt sich aber nicht allein aus dem Charakter der Entscheidung als Festlegung einer dauerhaften Ordnung. Vielmehr kommt es auch auf die Bedeutung des Sachbereichs an, den diese Ordnung regelt. Wird in einem Personenverband nur *begrenzte*, von außen beschränkte Hoheitsgewalt ausgeübt, dann ist auch die Reichweite und Bedeutung der verfassungsmäßigen Einrichtung der Ausübung dieser begrenzten Hoheitsgewalt von entsprechend geringer Bedeutung. Eine Entscheidung über die Art und Weise, wie begrenzte Hoheitsgewalt ausgeübt wird, wird nicht dadurch zu einer existentiellen Entscheidung, daß diese Entscheidung grundlegenden Charakter hat und auf Dauer angelegt ist; es geht eben doch nur um *begrenzte* Hoheitsgewalt.

Es ist also durchaus sinnvoll, den Verfassungsbegriff auch unabhängig vom souveränen Staat zu verwenden.⁵⁷⁷ Dauerhafte rechtliche Grundordnungen werden in vielen Bereichen festgelegt, auch in Bereichen, in denen autonom (begrenzte) Hoheitsgewalt ausgeübt wird. Und zu Recht werden solche Grundordnungen „Verfassung“ genannt. Es sei nur an die Verfassungen der nicht-souveränen Gliedstaaten im Bundesstaat erinnert oder

573 So z.B. J. Isensee, HStR § 13 Rn. 6.

574 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 63, 367 und passim.

575 Ebda. S. 373.

576 Ebda. S. 373.

577 So auch I. Pernice, der einen „postnationalen“ Verfassungsbegriff verwendet und den Verfassungsbegriff „nicht mehr auf Staat und Nation zentriert, sondern auf die Selbstbestimmung des einzelnen“ sieht: Europäisches und nationales Verfassungsrecht, S. 155 ff. (mit dem Zitat auf S. 160); ders., Die Europäische Verfassung, S. 1324; ders., Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 210 ff.

auch an die „Kommunalverfassungen“ oder die manchmal als „Verfassung“ bezeichnete Grund- oder Hauptsatzung von Universitäten.

Darüber hinaus kann es in einer als Theorie der Verfassungslegitimität verstandenen Theorie der Verfassunggebung nicht auf die theoretisch aus soziologischen Gegebenheiten abgeleitete, nur behauptete Fähigkeit eines Personenverbandes zu einer verfassungsbezogenen Willensbildung ankommen, sondern letztlich nur auf die tatsächlich stattfindende Willensbildung. Findet eine solche Willensbildung auf nichtstaatlicher, also z.B. auf europäischer Ebene tatsächlich statt, verlieren alle Erörterungen über die *Möglichkeit* einer solchen Willensbildung ihre Bedeutung. Der tatsächlich vorhandene Verfassungskonsens ist ein unwiderlegliches Argument gegen die Behauptung seiner Unmöglichkeit. Eine allgemeine Theorie der Verfassungslegitimität sollte daher immer mit der Möglichkeit eines solchen Verfassungskonsenses rechnen; für eine solche Theorie ist ein wesentliches Legitimitätskriterium das tatsächlich vorhandene Ausmaß eines Verfassungskonsenses, nicht dessen Möglichkeit.⁵⁷⁸ Wird – wegen Änderungen oder auch Fehleinschätzungen der soziologischen Gegebenheiten – ein zuvor als unmöglich erscheinender Verfassungskonsens tatsächlich hergestellt, so sollte das lediglich zu einer Neubewertung der Verfassungslegitimität, nicht zu einem begrifflichen Umbau der Theorie oder gar deren Verwerfung führen.

Im Hinblick auf die Entwicklung der Europäischen Union ist in diesem Zusammenhang auch ein praktischer Aspekt von großer Bedeutung: Die Behauptung, auf europäischer Ebene könne mangels bestimmter soziologischer Voraussetzungen keine legitime Verfassung hervorgebracht werden, verhindert unter Umständen schon die Schaffung der für eine ausreichende Willensbildung auf europäischer Ebene erforderlichen organischen Strukturen. Vieles spricht dafür, daß z.B. eine stärkere Angleichung des Europäischen Parlaments hinsichtlich Funktion und Bedeutung an herkömmliche staatliche Parlamente auch die Qualität und Bedeutung der politischen Auseinandersetzung auf europäischer Ebene erhöhen würde;⁵⁷⁹ die Aussage, verfassungsbezogene Willensbildung auf europäischer Ebene sei nicht möglich, ist daher sehr spekulativ, weil die organischen Strukturen einer solchen Willensbildung bisher noch mangelhaft sind. Einer Legitimitätstheorie steht es eher an, die Entwicklung einer verfassungsbezogenen

578 Das klingt auch bei J. Isensee an, wenn er den „Willen der beteiligten Menschen zu staatlicher Gemeinsamkeit“ als „subjektive Basis der nationalen Einheit“ bezeichnet und als vorrangig gegenüber „objektiven Momente(n) der nationalen Gemeinsamkeit“ (damit meint er z.B. „ethische, sprachliche, religiöse Gemeinsamkeiten“) hervorhebt: HStR § 13 Rn. 111. An anderer Stelle (ebda. Rn. 163 f.) weist Isensee darauf hin, daß die „Gesellschaft“ keinen (zur Willensbildung fähigen) „Verband“ darstelle; das „Volk“ unterscheide sich von der Gesellschaft durch seine körperchaftliche Organisation, durch die in Wahlen und Abstimmungen gebildete Entscheidungseinheit. Ausschlaggebend für diese Unterscheidung soll also offenbar die Fähigkeit zur Willensbildung sein. Wenn Isensee an gleicher Stelle die Homogenität als Voraussetzung der „Repräsentation“ (gemeint ist hier: der repräsentierenden Willensbildung) bezeichnet, so ist dies nicht eigentlich Bestandteil der begrifflichen Abgrenzung von Gesellschaft und Volk, sondern eine Aussage auf anderer Ebene: nämlich über die angenommenen, weiter erläuterungsbedürftigen und auch dem Beweis zugänglichen soziologischen Voraussetzungen, unter denen eine gemeinsame Willensbildung (also ein „Volk“) zu erwarten ist. Findet eine solche Willensbildung entgegen dieser Erwartung tatsächlich statt, dann handelt es sich auch nach Isensees Definition um ein „Volk“, nicht mehr nur um eine „Gesellschaft“; entgegenstehende, auf soziologischen Einschätzungen beruhende Erwartungen müssen dann eben korrigiert werden.

579 Vgl. dazu M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 274 ff.

politischen Willensbildung abzuwarten und deren Legitimität im nachhinein auf sichere Grundlage zu beurteilen, als von vornherein ihre Unmöglichkeit zu behaupten und ihr damit aufgrund einer spekulativen Einschätzung die Chance der Erprobung zu nehmen.

Auch die ausdrücklich oder unterschwellig oft zur Begründung der Beschränkung des Verfassungsbegriffs auf die Staatsverfassung herangezogene *Begriffstradition*, die schon oben angesprochen wurde, kann diese Beschränkung nicht ausreichend begründen. Denn auch wenn der Verfassungsbegriff ursprünglich für den Staat entwickelt wurde: Warum sollte er in abgewandelter bzw. erweiterter Form nicht ebenso auf neue, nichtstaatliche Einheiten anwendbar sein?

Das gilt auch für die Verfassungsbegrifflichkeit der von Hans Kelsen begründeten Reinen Rechtslehre: Das Stufenmodell der Normen, an deren Spitze die Verfassung steht, als deren einziger Geltungsgrund eine „Grundnorm“ fingiert wird, ist auf die Rechtsordnung des souveränen Staates zugeschnitten.⁵⁸⁰ Schon die Schwierigkeiten, die Kelsen selbst mit der Einordnung des Völkerrechts in dieses Stufenmodell hatte,⁵⁸¹ belegen dies – Kelsens bevorzugte Lösung war die „Souveränität ... des gesamten Rechtssystems“⁵⁸², einschließlich des Völkerrechts: also ein Analogon zum souveränen Staat, nur auf Weltebene. Ein solches Stufenmodell und der damit verbundene Verfassungsbegriff kann kaum auf das Recht der nichtsoveränen Union übertragen werden.⁵⁸³ Das

580 Kelsen identifiziert sogar den Staat mit dem Recht: H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, S. 14 ff. Zum „Stufenbau der Rechtsordnung“, die offensichtlich der Normenhierarchie im souveränen Staat nachgebildet ist, vgl. ders., *Reine Rechtslehre*, S. 228 ff.

581 Im Stufenbau der Rechtsordnung kann es nach Kelsen nur einen höchsten Geltungsgrund geben. Das Völkerrecht kann daher nur entweder dem Staatsrecht der Staaten übergeordnet, also deren Geltungsgrund sein („Primat des Völkerrechts“), oder das Völkerrecht wird aus dem Staatsrecht abgeleitet („Primat des Staatsrechts“). Im letzteren Fall ergibt sich das Problem, daß als Geltungsgrund des Völkerrechts eigentlich nur das Staatsrecht eines einzigen Staates in Betracht kommt, der sich natürlich nicht objektiv bestimmen läßt; das macht die Beschränkung auf die Binnenperspektive eines bestimmten (beliebigen) Staates erforderlich. Diese monistische Betrachtungsweise (die Kelsen im Grundsatz auch nach der zweiten Auflage der Reinen Rechtslehre 1960 beibehalten hat – lediglich das Hierarchieverhältnis zwischen den Rechtsordnungen wurde etwas abgeschwächt), der Primat des Völkerrechts oder der Primat des Staatsrechts (Kelsen bevorzugte den Primat des Völkerrechts, schloß aber den Primat des Staatsrechts nicht aus), wirken sehr künstlich und können den jeweiligen Besonderheiten des Völker- und des Staatsrechts kaum gerecht werden. Vgl. H. Kelsen, Artikel „Souveränität“; ders., *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*. Vgl. dazu W. Pauly, *Souveräner Staat und Staatenverbindungen*, S. XII ff.

582 H. Kelsen, *Der Wandel des Souveränitätsbegriffes*, S. 178.

583 Dies ist wohl die Problematik der Argumentation T. Schillings, mit der er zu dem Ergebnis kommt, daß Europa gegenwärtig keine Verfassung habe (*Die Verfassung Europas*, S. 387, 393). Auffällig ist schon die Formulierung: Während er in der Einleitung den Nachweis ankündigt, daß „die EG heute keine Verfassung hat“ (S. 387), kommt er später zu dem Ergebnis, daß es „eine Verfassung der EG im Sinne einer Staatsverfassung derzeit nicht gibt“ (S. 393, Hervorhebung von mir). Es drängt sich der Eindruck auf, daß Schilling im wesentlichen nicht die Verfassungsqualität des Primärrechts, sondern die (souveräne) Staatsqualität der EG untersucht. Der Grund für die offenbar zugrundeliegende Ineinssetzung von „Verfassung“ mit „Staatsverfassung“ scheint hier die Anlehnung an Kelsens Reine Rechtslehre zu sein: Schilling übernimmt von Kelsen die Prämisse, daß eine (Staats-) Verfassung eine rechtliche Grundordnung ist, deren Geltung auf keine andere Norm als die „Grundnorm“ zurückgeführt werden kann, die in diesem Sinne also autonom ist. Schilling spricht hier – unter Einbeziehung der Effektivitätsvoraussetzungen einer Rechtsordnung – von „autonomer Effektiv-

heißt aber nicht, daß das Primärrecht nicht einem anderen Verfassungsbegriff entspricht, der durch Weiterentwicklung der Reinen Rechtslehre gewonnen werden kann.⁵⁸⁴

Ähnliches gilt für die vor allem von J. Isensee vertretene Vorstellung, der Staat liege der Verfassung voraus, sei „bloße Machtorganisation“, die der Bändigung durch eine Verfassung bedürfe – im Gegensatz zur Europäischen Union, die allein aufgrund des vertraglichen Primärrechts existiere und damit schon gebändigt sei.⁵⁸⁵ Ganz abgesehen davon, daß man wohl mit Recht die Frage stellen kann, ob nicht auch der moderne Staat seine Existenz im wesentlichen dem Recht, der Verfassung verdankt (wie sollte ein Staat im Stadium der Vor-Verfassungsmäßigkeit aussehen?), besteht kein Grund, warum nicht auch einem rechtlich schon gebändigten Träger von Hoheitsgewalt die Vorteile einer noch besseren Bändigung durch eine Verfassung mit ihren besonderen Qualitäten zukommen sollten.

Schon das eingangs angedeutete Spektrum des Begriffs „Verfassung“ zeigt, daß dieser Begriff sich in ganz unterschiedlichen Zusammenhängen und Bedeutungsvarianten verwenden läßt. Es gibt insofern keinen „richtigen“ Verfassungsbegriff, der sich notwendig auf den Staat beziehen müßte. Entscheidend ist nur, daß die jeweils verwendete Bedeutungsvariante dem jeweiligen Thema oder Untersuchungsgegenstand angemessen ist. Im Rahmen dieser Arbeit muß daher ein Verfassungsbegriff verwendet werden, der für die Theorie der Verfassunggebung geeignet ist. Diesen gilt es nun zu definieren.

tät“ (S. 391). Kelsen setzt aber die Rechtsordnung mit dem Staat gleich; die Kelsensche Lehre und Begrifflichkeit ist, wie schon gesagt, auf souveräne Staaten zugeschnitten; „Autonomie“ entspricht „Souveränität“ (vgl. dazu auch W.-D. Grussmann, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration –, S. 55). Die Prüfung der an diese Lehre angelehnten Merkmale eines Verfassungsbegriffs ist daher letztlich nichts anderes als die Prüfung, ob das Zuordnungsobjekt der betreffenden Normen ein souveräner Staat ist – oder, unter Zuhilfenahme von Kelsens Terminologie: ob der Primat des Gemeinschaftsrechts gelte. Hinter Schillings Aussage, die EG habe keine Verfassung „im Sinne einer Staatsverfassung“, verbirgt sich also im wesentlichen nur die (sicher zustimmungsfähige) Feststellung, daß die EG kein (souveräner) Staat ist.

584 Ansätze zu einer an die Reine Rechtslehre angelehnten Theorie der Supranationalität, die auf das Merkmal der Souveränität verzichtet und sich mit einer Teilsouveränität für Union und Mitgliedstaaten begnügt (was dann u.a. zur Annahme mehrerer Grundnormen führt), finden sich bei W.-D. Grussmann, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration – (insb. S. 63). – Dazu kritisch M. Kaufmann, Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund, S. 527, 539 ff. Kaufmann spricht hier offenbar dem Primärrecht (bzw. überhaupt dem Gemeinschaftsrecht) seine Wirksamkeit ab: Es existiere gar nicht als „Gegenstand der Rechtserkenntnis“, weil eine „effektive Zwangsordnung nicht auszumachen“ sei (ebda. S. 540). Weil für Kaufmann das Primärrecht damit nicht als Grundnorm in Betracht kommt, bleibt es, Kaufmanns (staaten-) pluralistischem Ansatz entsprechend, bei den staatlichen Grundnormen als einzigem Geltungsgrund des Unionsrechts. Es fragt sich aber, ob diese Sichtweise nicht an der Realität des supranationalen Rechtslebens vorbeigeht.

585 J. Isensee, Integrationsziel Europastaat?, S. 580 ff.

3. Verfassung als rechtliche Grundordnung eines mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverbandes

a) Definition elementarer Begriffe

Für die Definition des Verfassungsbegriffs werden einige elementare Begriffe benötigt, die zuvor kurz definiert und erläutert werden sollen.

Personengesamtheit ist eine Mehrzahl natürlicher Personen. Sie bilden eine „Gesamtheit“ nur deswegen, weil sie als Gesamtheit betrachtet werden. Die Betrachtung als Gesamtheit muß dabei selbstverständlich an mindestens ein Kriterium anknüpfen, das die jeweilige Gesamtheit von anderen Personengesamtheiten unterscheidet. Dieses Kriterium ist jedoch beliebig; es kann z.B. die Staatsbürgerschaft in einem bestimmten Staat oder in einem von mehreren Staaten sein oder die Ansässigkeit in einem bestimmten Gebiet. Bestimmte oder besonders intensive gemeinsame Eigenschaften oder Beziehungen zueinander werden hier nicht vorausgesetzt.

Unter *Personenverband* soll eine auf eine gewisse Dauer angelegte Personengesamtheit verstanden werden, die so strukturiert ist, daß sie mit Hilfe von Organen in den Angelegenheiten der Verbandsmitglieder handeln kann.⁵⁸⁶

Hoheitsgewalt wird im folgenden als die Fähigkeit verstanden, eine Entscheidung legitimerweise auch gegen den Willen einer natürlichen Person durchzusetzen, indem gegen diese Person unter Inanspruchnahme eines Gewaltmonopols in einem bestimmten Verfahren unwiderstehlicher Zwang ausgeübt wird. Ein „Gewaltmonopol“ setzt dabei nicht voraus, daß die Hoheitsgewalt immer beim selben Träger liegt; vielmehr können auch verschiedene Träger von Hoheitsgewalt je nach ihrer Zuständigkeit die Hoheitsgewalt ausüben. Mit der Voraussetzung des „Gewaltmonopols“ soll lediglich eine Situation ausgeschlossen werden, in der einer legitimen Hoheitsgewalt eine andere legitime Gewalt mit entgegengesetzter Zielrichtung gegenübersteht, also ein letztlich gewaltsam auszutragender Konflikt verschiedener legitimer Gewalten. Die Hoheitsgewalt kann auch (z.B. auf bestimmte Sachgebiete) beschränkt sein; Souveränität bzw. Kompetenzhoheit ist kein Definitionsmerkmal.

Als *Betroffener* soll jede natürliche Person bezeichnet werden, die der Hoheitsgewalt für eine gewisse Dauer unterworfen und daher potentieller Adressat des aufgrund der Hoheitsgewalt ausgeübten Zwanges ist.⁵⁸⁷

586 Die Verwendung des Begriffs „Personenverband“ soll hier *nicht* an die „Verbandseinheit“ des „soziologischen“ Staatsbegriffs anknüpfen, den Jellinek dem „juristischen“ Staatsbegriff der Drei-Elemente-Lehre entgegensetzt. Es ist auch *nicht* der Personenverband des mittelalterlichen Lehnswesens gemeint, der sich „auf ein gegenseitiges, durch Befehlsgewalt und Gehorsampflicht bestimmtes Treueverhältnis stützt“ (P. Kirchhof, HStR § 183 Rn. 24 in Abgrenzung zum Territorialstaat). Überhaupt ist der Personenverband im hier verwendeten Sinne nicht als Gegenbegriff zur Gebietskörperschaft zu verstehen: Die den Personenverband bildende Personengesamtheit kann sich auch durch die Ansässigkeit der betreffenden Personen in einem bestimmten Gebiet bestimmen (dann kann der Personenverband gleichzeitig eine Gebietskörperschaft sein), muß es aber nicht.

587 Die „Betroffenheit“ in diesem Sinne ist also kein unpraktikables, weil zu unbestimmtes Kriterium. Gemeint ist nicht die nur indirekte Betroffenheit durch die *Auswirkungen* eines Hoheitsaktes (wie sie z.B. für spätere Generationen gegeben sein mag), sondern die Möglichkeit, auf Dauer hoheitlichem Zwang ausgesetzt zu sein. Die entsprechenden Bedenken von A. Peters (Elemente einer Theorie der

b) Definition der Verfassung

Das aus den Prinzipien der Freiheitssicherung, der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit folgende wesentliche Anliegen der Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung ist die wirksame rechtliche Regulierung und damit Beschränkung der Ausübung von Hoheitsgewalt, einschließlich der Gesetzgebung, durch die Verfassung; diese Regulierung soll in einer Art und Weise erfolgen, die dem Willen derjenigen, die der Hoheitsgewalt unterworfen sind, möglichst gut und möglichst dauerhaft entspricht und deren Freiheit möglichst wirksam schützt.

Die Regulierung soll und kann (wegen ihrer besonderen Dauerhaftigkeit) nur grundlegend sein, d.h. sich auf Wesentliches beschränken; detailliertere und speziellere Normen sind durch den Gesetzgeber unter Beachtung der Verfassung zu erlassen. Die Verfassung ist also eine *rechtliche Grundordnung*. In dem Begriff der „Grundordnung“ kommt dabei nicht nur der *grundlegende Charakter* der Normen zum Ausdruck, sondern auch deren herausgehobene Stellung an der *Spitze der Normenhierarchie*,⁵⁸⁸ diese Stellung in der Normenhierarchie ist notwendig, um, den zuvor genannten Anforderungen entsprechend, auch den Gesetzgeber binden zu können.⁵⁸⁹

Einige spezifische Probleme, mit denen sich die Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung beschäftigt, treten nur dann auf, wenn die Hoheitsgewalt von Organen der Gesamtheit derjenigen Personen ausgeübt wird, die ihr auch unterworfen sind. Nur

Verfassung Europas, S. 660 ff.) bezüglich der „Betroffenheitsdemokratie“ greifen für den hier verwendeten Begriff der „Betroffenheit“ also nicht.

588 J. Isensee bezeichnet die Normen, die sich durch den grundlegenden Charakter auszeichnen (er nennt als Beispiele etwa die Staatsform, die Grundlagen der Staatsorganisation, die machtwerteilende Kompetenzordnung, das Recht der höchsten Organe oder Ziele und Grenzen der Herrschaft), als „materielle Verfassung“, während das Zuhöchstsein einer Norm in der Normenhierarchie sie als „formelle Verfassung“ qualifiziert: HStR § 13 Rn. 136 ff., 139. Diese Unterscheidung soll hier nicht aufgegriffen werden, weil sie im Rahmen der Theorie der Verfassunggebung keinen Erkenntnisgewinn bringt.

589 Mit diesem Begriffsmerkmal des höchsten Ranges in der Normenhierarchie (und der damit verbundenen Unterordnung einfacher Parlamentsgesetze unter die Verfassung) fragt sich, ob z.B. Großbritannien mit seiner Parlamentsouveränität überhaupt eine Verfassung in diesem Sinne hat. Zweifel daran sind durchaus berechtigt, sollen aber nicht zu einer Abwertung des britischen Rechts etwa als „rückständig“ führen. Großbritannien hat vielmehr eine andere, „gewachsene“ Rechtstradition, die offenbar solche Sicherungsmechanismen, wie sie die Theorie der Verfassunggebung vorsieht, (bisher) nicht im gleichen Maße benötigte wie andere Länder. Die Ausübung von Hoheitsgewalt in Großbritannien gründet sich eben auf eine andere Art von Legitimität als etwa in den USA oder im revolutionären Frankreich (vgl. dazu auch H.-P. Schneider, HStR § 158 Rn. 4). Das läßt allerdings erwarten, daß die Vorstellung einer europäischen Verfassungslegitimität im Vereinigten Königreich auf keine große Resonanz stößt, so wie man sich dort allgemein mit dem Begriff einer Europäischen Verfassung bislang schwertat (dazu J. Schwarze, Verfassungsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 28 f.). – Merkwürdig mutet die Auffassung an, Frankreich habe keine Verfassung, die höhere Gesetzeskraft besitze und von einem besonderen „Pouvoir constituant“ geschaffen sei, und diese Form verfassungsloser Volkssouveränität entspreche genau der „revolutionären Tradition“ (dazu – und diese Auffassung vertretend – W. Leisner, Verfassunggebung und Verfassungskontrolle in Frankreich und Deutschland, S. 214 f.). Schließlich war doch gerade die *Verfassunggebung* von 1789-91 das zentrale Ereignis, an dem sich die Revolution kristallisierte; der *Pouvoir constituant* war ein zentraler Begriff der politischen Diskussion der Revolutionszeit. Wozu bräuchte man einen *Pouvoir constituant*, wenn man keine Verfassung braucht?

bei dieser Konstellation stellt sich z.B. das Problem der Abgrenzung zwischen gesetzgebendem Organ und verfassungsgebendem Organ, weil beide Organe hier dieselbe Personengesamtheit repräsentieren. Verfassungsgebung ist eben letztlich die Selbstorganisation legitimer Ausübung von Hoheitsgewalt durch eine Personengesamtheit gegenüber ihren Mitgliedern.

Im Rahmen einer Theorie der Verfassungsgebung genügt es daher, für den Träger der Hoheitsgewalt, dessen Handeln durch die Verfassung reguliert werden soll, zu verlangen, daß es sich um eine Gesamtheit von Personen handelt, die als Gesamtheit in einer Weise handlungsfähig ist, daß ihre Organe Hoheitsgewalt gegenüber den ihr zugehörigen Einzelpersonen ausüben können. Die erforderliche Handlungsfähigkeit hat definitionsgemäß ein *Personenverband*; es genügt daher, von einem *mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverband* zu sprechen.

Für die Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung soll „Verfassung“ also als die *rechtliche Grundordnung eines mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverbandes* verstanden werden.⁵⁹⁰

c) Unterschied zur Staatsverfassung

Der soeben definierte Verfassungsbegriff unterscheidet sich vom herkömmlichen Begriff der Staatsverfassung durch den Verzicht auf die Bezugnahme zum Staat; Bezugspunkt ist vielmehr der allgemeinere Begriff „mit Hoheitsgewalt ausgestatteter Personenverband“. Der Unterschied soll kurz erläutert werden, ohne dabei den (wohl aussichtslosen) Versuch unternehmen zu wollen, eine abschließende und allgemeingültige Definition des Staatsbegriffs zu geben.⁵⁹¹

Der Einfachheit halber soll im folgenden auf den im großen und ganzen auch heute noch gültigen⁵⁹² Staatsbegriff G. Jellineks zurückgegriffen werden.⁵⁹³ Ein *Staat* zeichnet sich nach Jellinek⁵⁹⁴ durch die Elemente Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt aus. Das territoriale Element (*Staatsgebiet*) fehlt in obiger Verfassungsdefinition, weil es für

590 Eine ähnlich allgemeine, auch inhaltlich ähnliche Verfassungsdefinition findet sich bei G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 505: „Jeder dauernde Verband bedarf einer Ordnung, der gemäß sein Wille gebildet und vollzogen, sein Bereich abgegrenzt, die Stellung seiner Mitglieder in ihm und zu ihm geregelt wird. Eine derartige Ordnung heißt eine *Verfassung*.“ (Hervorhebung im Original).

591 J. Isensee hält den Staat für begrifflich nicht faßbar; er sei „Wirklichkeit“ und liege als solche „aller Begrifflichkeit voraus“ (HStR § 13 Rn. 27).

592 Vgl. zur heutigen Rezeption der Drei-Elemente-Lehre Jellineks D. Kettler, Die Drei-Elemente-Lehre, S. 72 ff. Zumindest in methodologischer Hinsicht größere Bedeutung noch als die Drei-Elemente-Lehre hatte ein anderer Aspekt des Staatsbegriffs Jellineks, nämlich die sog. Zwei-Seiten-Lehre, nach der der Staat zugleich von der sozialwissenschaftlichen und von der juristischen Seite zu betrachten sei. Dazu H. Hofmann, Artikel „Jellinek“, Sp. 213 f.

593 Jellineks Staatsbegriff hat vor allem im Völkerrecht unverändert eine zentrale Bedeutung. Das zeichnet diesen Staatsbegriff als handhabbar und auch allgemein genug aus, um der Staatenvielfalt auf dieser Welt gerecht zu werden. Vgl. dazu J. Isensee, HStR § 13 Rn. 28 ff.; zu anderen Bestimmungsmöglichkeiten des Staatsbegriffs ebda. Rn. 41 ff.

594 G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 394 ff., 406 ff., 427 ff. Dazu J. Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, S. 282 ff., 286 ff., 294 ff.; D. Kettler, Die Drei-Elemente-Lehre, S. 22 ff., 26 ff., 35 ff.

den hier verwendeten Verfassungsbegriff keine eigenständige Bedeutung hat. Hoheitsgewalt ist zwar in den meisten Fällen auf ein bestimmtes Territorium bezogen, aber das ist für die Definition der Verfassung keine begriffliche Notwendigkeit. Jellinek zählt das Staatsgebiet zu den konstitutiven Elementen des Staates, weil sich für ihn staatliche Herrschaft als die Herrschaft über ein Gebiet darstellt; nur die Herrschaft über einen Raum von bestimmter Ausdehnung ermögliche die Ausschließlichkeit der Herrschaft nach außen und nach innen, die den Staat auszeichne.⁵⁹⁵ Diese Sichtweise mag die Verhältnisse zur Zeit der Entstehung von Jellineks „Allgemeiner Staatslehre“ (also vor dem Ersten Weltkrieg) richtig wiedergeben, kann in dieser Form aber heute mit guten Gründen angezweifelt werden. Denn aufgrund moderner Verkehrs-, Nachrichten- und Militärtechnik sowie der Globalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft kann heute kein Staat mehr auf seinem Gebiet die ausschließliche Herrschaft im Sinne Jellineks ausüben.⁵⁹⁶ Es wäre daher zu fragen, ob an dem Element „Gebiet“ für die Definition des Staates überhaupt festgehalten werden muß; aber eine solche Erörterung würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und erübrigt sich hier schon deswegen, weil der Anwendungsbereich des Verfassungsbegriffs nach hier vertretener Auffassung ja nicht auf Staaten beschränkt ist.⁵⁹⁷ – Dennoch wäre es, wollte man auf das Element des Gebiets nicht verzichten, natürlich ohne weiteres möglich, mit den genannten Einschränkungen ein Herrschaftsgebiet etwa auch für die Europäische Union zu konstatieren: Dieses wäre dann die Gesamtheit der Staatsgebiete aller Mitgliedstaaten.⁵⁹⁸

595 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 396, 398.

596 Vgl. dazu nur U. Di Fabio, *Das Recht offener Staaten*, S. 97 ff.

597 Zur immer geringeren Bedeutung der Territorialität für die EU wie auch für den Staat vgl. A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, S. 106 ff, 111 ff. Unter einem anderen Aspekt stellt A. v. Bogdandy dagegen eine „massive Verstärkung des territorialen Bezugs der Union“ durch die jüngeren Integrationschritte fest: Durch den Maastrichter und den Amsterdamer Vertrag sei ein „konkret erfahrbares einheitliches Territorium“ entstanden, ein einheitlicher Rechtsraum, in dem die regionalen Differenzierungen verschiedener zunächst außerhalb des Unionsrechts entstandener völkerrechtlicher Abkommen der Mitgliedstaaten durch deren Einbeziehung in das Unionsrecht abgebaut worden seien (Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, S. 29 f.).

598 Diese Definition eines „Unionsgebietes“ erfüllt durchaus die Merkmale, die G. Jellinek mit einem „Staatsgebiet“ verbindet. So wenig wie Jellinek die Souveränität als ein konstitutives Merkmal des Staates ansieht, fordert er für das „Gebiet“ als ein Begriffsmerkmal des Staates die souveräne Herrschaft in diesem Gebiet. Vielmehr unterscheiden sich die Merkmale des Staats-Gebietes nicht von denen des Gebietes von Gemeinden (das diese zu *Gebietskörperschaften* macht) oder von denen des Gebietes der nicht-souveränen Gliedstaaten eines Bundesstaates: G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 394 f., 397. Es stellt daher eine Jellineks Staatsbegriff nicht gerecht werdende Vermengung mit dem Merkmal der Souveränität dar, aus dem Prinzip der begrenzten Einzelzuständigkeiten und der daraus resultierenden Tatsache, daß der EG „keine umfassende Gebietshoheit zusteht“, zu folgern, das „Unionsgebiet“ sei kein Gebiet im Sinne der drei Staatselemente Jellineks (so aber offenbar S. Hobe, *Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag von Maastricht*, S. 264 f.). Entscheidend für Jellineks Staatselement des „Gebietes“ ist nicht die souveräne Ausübung von Herrschaft auf diesem Gebiet, sondern vielmehr die Ausübung von Herrschaft *über alle Personen auf diesem Gebiet*, unabhängig von deren Staats- oder Verbandszugehörigkeit (vgl. G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 398). Diese territoriale Herrschaft zeichnet den neuzeitlichen Staat gegenüber den personalen Herrschaftsverhältnissen im Feudalstaat des Mittelalters aus. Will man dieses Kriterium auf die Europäischen Gemeinschaften anwenden, so muß man nicht nach der Souveränität der Herrschaft der Gemeinschaften auf dem Unionsgebiet fragen, sondern danach, ob sich diese Herrschaft auf alle Per-

Das *Staatsvolk* bildet in der Theorie Jellineks das personale Element des Staatsbegriffs. Es erscheint nicht als dem Staat vorausgehende Einheit, sondern bildet und definiert sich erst durch die einheitliche Staatsgewalt; sein Bestand ist insoweit von den anderen Elementen der Staatsdefinition abhängig.⁵⁹⁹ Zum Staatsvolk zählen diejenigen, die in einer doppelten Beziehung zur Staatsgewalt stehen, nämlich einerseits als Objekt, als „Gegenstand staatlicher Tätigkeit“ und andererseits als Subjekt und damit als Träger subjektiver (öffentlicher) Rechte;⁶⁰⁰ zu den subjektiven Rechten zählt Jellinek dabei Abwehrrechte und Leistungsansprüche gegen den Staat sowie das Recht auf Mitwirkung an staatlicher Tätigkeit.⁶⁰¹ Diese Merkmale, die Jellinek dem Staatsvolk beimißt, treffen auch für die Mitglieder des „mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverbandes“ zu. Auch diese sind einerseits der Hoheitsgewalt unterworfen (der Personenverband soll definitionsgemäß Hoheitsgewalt gerade über seine Mitglieder haben); andererseits sind sie nach der Lehre von der Verfassungslegitimität nicht nur Träger von subjektiven Rechten in Gestalt von Abwehr- und Leistungsansprüchen gegen den Verband, sondern sie sind auch selbst – entweder direkt als Organwalter oder indirekt z.B. durch Wahlen – an der Ausübung der Hoheitsgewalt beteiligt, also Träger entsprechender Mitwirkungsrechte.

Das dritte Element schließlich, die *Staatsgewalt*, ähnelt der „Hoheitsgewalt“. Die Staatsgewalt zeichnet sich nach Jellinek zunächst dadurch aus, daß sie „Herrscher-gewalt“ ist, also unwiderstehliche, notfalls Zwang ausübende Gewalt.⁶⁰² Dieses Merkmal hat definitionsgemäß auch die „Hoheitsgewalt“ im hier gebrauchten Sinne. Die Staatsgewalt ist nach Jellinek ferner *nicht ableitbare, ursprüngliche* Herrschergewalt „aus eigener Macht“.⁶⁰³ Was Jellinek damit meint, ist nicht ganz klar. Vor dem Hintergrund etwa seiner Ausführungen zur Entstehung der Staatsgewalt durch „Aufsaugen“ anderer Herrschergewalten auf dem Staatsgebiet (z.B. der Kirche oder von Feudalherren)⁶⁰⁴ erhält die Ursprünglichkeit auch eine historische Komponente: Der Staat muß sich die Staatsgewalt auf seinem Gebiet selbst angeeignet haben. Die Ursprünglichkeit bzw. fehlende Ableitbarkeit kann aber auch als „Souveränität“ verstanden werden – so jeden-

sonen auf dem Unionsgebiet erstreckt, also auch auf Personen, die nicht Unionsbürger sind. Eine Antwort auf diese Frage findet sich z.B. in Art. 249 (ex-Art. 189) II EGV; nach Satz 2 dieser Bestimmung gelten EG-Verordnungen „unmittelbar in jedem Mitgliedstaat“ (und nicht etwa „für alle Unionsbürger“). Aus dieser Regelung läßt sich erkennen, daß durch die Gemeinschaften Hoheitsgewalt gebietsbezogen ausgeübt wird.

599 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 426 f. Wenn verlangt wird, daß das Staatsvolk ein bestimmtes Maß an Homogenität aufweisen und eine dem Staat vorausgehende Einheit bilden müsse, so ist dies also eine Forderung, die über die Drei-Elemente-Lehre Jellineks hinausgeht.

600 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 406.

601 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 419 ff. Das durch diese Rechte zum Ausdruck kommende Verhältnis des einzelnen zum Staat wird dementsprechend durch die Statusverhältnisse: status passivus (für das Objektverhältnis) sowie status negativus, status positivus und status activus (für die verschiedenen Arten subjektiver Rechte) bezeichnet. Diese Einteilung Jellineks hat sich bis in die Grundrechtstheorie der Gegenwart erhalten. Vgl. H. Hofmann, Artikel „Jellinek“, Sp. 213.

602 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 429 f.

603 Ebda. S. 430 f., 489 ff.

604 Ebda. S. 431.

falls die Auslegung von H. Kelsen.⁶⁰⁵ Dann stünde aber dieses Merkmal der Staatsgewalt in eklatantem Widerspruch zur (gleich noch zu erörternden) Aussage Jellineks, die Souveränität sei *keine* notwendige Eigenschaft des Staates bzw. der Staatsgewalt.⁶⁰⁶ Jellinek kann schließlich auch so verstanden werden, daß die Staatsgewalt dann ursprünglich und unableitbar ist, wenn der Staat die *Organisationshoheit* über die Staatsgewalt hat, soweit diese ihm zusteht, wenn er sich also selbst eine Verfassung geben kann, die die Ausübung der Hoheitsgewalt regelt.⁶⁰⁷ Ob bzw. inwieweit sich Jellineks Begriff der Staatsgewalt von der oben definierten Hoheitsgewalt unterscheidet, hängt also von der Auslegung des Merkmals „Ursprünglichkeit“ bzw. „Unableitbarkeit“ in Jellineks Theorie ab. Für die oben definierte Hoheitsgewalt ist jedenfalls deren Entstehung und Herkunft kein Definitionsmerkmal; sie kann auch z.B. von einem anderen Verband auf den Staat übertragen worden sein. Die Hoheitsgewalt in obiger Definition entspricht weitgehend der Staatsgewalt bei Jellinek, wenn das Merkmal der „Ursprünglichkeit“ als Organisationshoheit bezüglich der Ausübung der Staatsgewalt ausgelegt wird; denn der Personenverband muß definitionsgemäß die Ausübung der Hoheitsgewalt selbständig organisieren und regeln können.

Ausdrücklich sagt Jellinek, daß die Souveränität *kein* wesentliches Merkmal der Staatsgewalt sei.⁶⁰⁸ Die Staatsgewalt kann äußeren Beschränkungen unterliegen; auch eine durch äußere Vorgaben (z.B. im Gliedstaat eines Bundesstaates durch das Bundesrecht) beschränkte Herrschergewalt kann Staatsgewalt im Sinne Jellineks sein. (Aus diesem Grunde betrachtet Jellinek auch die Glieder eines Bundesstaates als Staaten im Sinne seiner Drei-Elemente-Lehre.) Das trifft auch für die Hoheitsgewalt nach obiger Definition zu: Sie kann äußeren Beschränkungen unterliegen, ihre Unabhängigkeit oder Souveränität wird nicht verlangt. Es genügt, daß sie, *soweit* sie dem Personenverband zusteht, diesem die Durchsetzung von Entscheidungen gegenüber seinen Mitgliedern ermöglicht.

Die Kritik an Jellineks Drei-Elemente-Lehre in der heutigen Literatur bezieht sich vor allem auf das Fehlen eines „einenden Bandes“ für den Staat. Dieses Band wird z.B. in einer Werthaftigkeit oder in bestimmten Staatsfunktionen oder Staatszwecken gesehen⁶⁰⁹ oder in bestimmten Homogenitätsanforderungen an das Staatsvolk⁶¹⁰. Entsprechende Merkmale werden dann oft – Jellineks Theorie ergänzend oder im Rahmen einer alternativen Theorie – als konstitutiv bzw. zentral für den Staatsbegriff betrachtet. Für den „mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverband“ im oben definierten Sinne sollen solche zusätzlichen Merkmale *kein* Begriffsbestandteil sein. Das Vorliegen dieser Merkmale mag zwar für einen konkreten Personenverband wünschenswert sein, um die Legitimität der Ausübung von Hoheitsgewalt durch diesen Personenverband zu stei-

605 H. Kelsen, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts*, S. 54 ff.

606 Diesen Widerspruch wirft Kelsen denn auch Jellinek vor.

607 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 489 ff.; Jellinek nennt das „Fähigkeit zur Selbstorganisation und Selbstherrschaft“. Dazu J. Kersten, *Georg Jellinek und die klassische Staatslehre*, S. 297 ff.

608 G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, S. 486 ff.

609 Vgl. die Integrationslehre von R. Smend (*Verfassung und Verfassungsrecht*), dem es um ein solches „einendes Band“ geht.

610 Vgl. zu diesen Homogenitätsanforderungen unten B.III.

gern; aber es ist keine Voraussetzung für die Anwendung des Verfassungsbegriffs und der Theorie der Verfassunggebung. Ist das „einende Band“ nur schwach, so wirkt sich das vor allem auf den zu erreichenden Verwirklichungsgrad der Legitimitätsprinzipien der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit aus; die Verfassung eines solchen „lockeren“ Verbandes hat dann eben nur eine geringe Legitimität. Die Anwendung dieser Theorie und damit die Möglichkeit der Beurteilung der Legitimität wird aber nicht von vornherein ausgeschlossen – selbst dann nicht, wenn die Legitimität gering sein sollte.

4. Gehört die demokratische Legitimation zum Begriff der Verfassung?

Oft wird angenommen, es sei ein Merkmal des modernen Verfassungsbegriffs, daß eine Verfassung durch das Volk gesetzt wird oder zumindest auf den Willen des Volkes zurückgeführt und in diesem Sinne demokratisch legitimiert werden kann.⁶¹¹ Diese Annahme liegt deswegen nahe, weil heute eine andere Legitimitätsbegründung für eine Verfassung als die Rückführung auf den Willen des Volkes kaum denkbar ist.

Dennoch ist es ohne weiteres möglich, die Art der Legitimität einer Verfassung vom Begriff der Verfassung zu trennen.⁶¹² Die „rechtliche Grundordnung eines mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverbandes“ kann dann eben etwa auch von außen, z.B. durch eine Besatzungsmacht, kreiert werden. Eine *begriffliche* Notwendigkeit, die demokratische Legitimation in die Definition von „Verfassung“ hineinzunehmen, besteht nicht.

Ein Vorteil der Trennung des Verfassungsbegriffs von der Art der Legitimität der Verfassung liegt darin, daß die Legitimität eingehend untersucht werden kann, ohne die begriffliche Unsicherheit „mitschleppen“ zu müssen, ob die untersuchte Norm überhaupt einen geeigneten Untersuchungsgegenstand darstellt. Ein weiterer Vorteil dieser Trennung ist die Möglichkeit, die Legitimitätsfrage statt mit der Alternative „ja“ oder „nein“ auch differenzierter, d.h. in Zwischenstufen beantworten zu können. Diese Möglichkeit geht verloren, wenn die Legitimitätsfrage in den Verfassungsbegriff integriert wird; denn dann wird die Legitimitätsfrage zur begrifflichen Frage, ob ein Normenkomplex eine Verfassung ist, und diese Frage läßt sich nur mit „ja“ oder „nein“ beantworten.

Weil das wesentliche Erkenntnisinteresse dieser Arbeit bei der Legitimitätsfrage liegt, und weil diese Legitimitätsfrage einer differenzierten Antwort bedarf, soll der hier verwendete Verfassungsbegriff unabhängig von der Art der Legitimität sein. Es soll also

611 Das gehört auch nach Grimm „zu einer Verfassung im vollen Sinn des Begriffs“: D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 31 (m.w.N.); ders., Vertrag oder Verfassung, S. 16. Grimm weist dabei ausdrücklich darauf hin, daß für ihn nicht die „homogene Volksgemeinschaft“ oder die gemeinsame ethnische Abstammung Voraussetzung einer Verfassung ist, sondern die „kollektive Identität“, „ein Bewußtsein der Zusammengehörigkeit ..., welches Mehrheitsentscheidungen und Solidarleistungen zu tragen vermag“ sowie die Fähigkeit, „sich über ... Ziele und Probleme diskursiv zu verständigen“ (Braucht Europa eine Verfassung?, S. 46 f.; Vertrag oder Verfassung, S. 23). Zur Kritik an Grimms Auffassung s. J. Habermas, Braucht Europa eine Verfassung? – Für eine Beschränkung des Verfassungsbegriffs auf Normen, die sich auf das Volk zurückführen lassen, auch H. H. Rupp, Europäische „Verfassung“ und demokratische Legitimation, S. 270 f.

612 Diese Trennung vollzieht auch A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 70.

keine Voraussetzung für die Bezeichnung eines Normenkomplexes als „Verfassung“ sein, daß er sich auf das Volk zurückführen läßt.

II. Das geltende Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union als Europäische Verfassung

Die Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung läßt sich möglicherweise nicht nur auf die Verfassung eines möglichen künftigen Europäischen Bundesstaates anwenden, der den „klassischen“ Bundesstaaten nachgebildet ist, sondern schon auf das heute geltende Gemeinschaftsrecht. Bevor daher mögliche künftige Europäische Verfassungen erörtert werden (unten III.), soll zunächst untersucht werden, ob das geltende Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union als Europäische Verfassung angesehen werden kann.

Dabei wird der soeben entwickelte Verfassungsbegriff zugrundegelegt. Zunächst soll das Primärrecht kurz dargestellt und dabei auf seinen Charakter als „rechtliche Grundordnung“ untersucht werden (1.). Sodann wird erörtert, ob bzw. auf welche Weise die Gemeinschaften und die Union als handlungsfähiger Personenverband angesehen werden können (2.). Die Ausstattung der Gemeinschaften (3.) bzw. der Union (4.) mit Hoheitsgewalt wird in getrennten Abschnitten untersucht. Das Ergebnis dieser Betrachtungen wird schließlich mit anderen Auffassungen über den Verfassungscharakter des Primärrechts verglichen (5.).

1. Das Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union als rechtliche Grundordnung

Eine *rechtliche Grundordnung* ist, wie bei der Definition des Verfassungsbegriffs im Ersten Teil der Arbeit schon ausgeführt, ein Komplex von Rechtsnormen, der sich von der übrigen Rechtsordnung in zweifacher Weise unterscheidet: Er ist Maßstab für die übrige Rechtsordnung, steht in der Normenhierarchie des jeweiligen Personenverbandes also an oberster Stelle, und seine Regelungen haben grundlegenden Charakter.

a) Überblick über das Primärrecht

Das Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften bzw. der Europäischen Union besteht aus den Gründungsverträgen der ursprünglich drei Gemeinschaften⁶¹³ EGKS,

613 Als „Europäische Gemeinschaften“ wurden ursprünglich die drei Gemeinschaften „Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl“ (EGKS), „Europäische Wirtschaftsgemeinschaft“ (EWG) und „Europäische Atomgemeinschaft“ (Euratom) bezeichnet. Seit die EWG durch den Vertrag über die Europäische Union in „Europäische Gemeinschaft“ umbenannt wurde, wird für sie die Abkürzung „EG“ verwendet. Die EGKS existiert seit dem Ablauf des EGKS-Vertrages am 23.7.2002 nicht mehr (Art. 97 EGKSv legte die Vertragsdauer auf 50 Jahre vom Zeitpunkt des Inkrafttretens an fest; der EGKSv trat am 23.7.1952 in Kraft), so daß es nunmehr noch zwei „Europäische Gemeinschaften“ gibt. Der Ausdruck „Europäische Gemeinschaften“ als Sammelbezeichnung für die Gemeinschaften soll hier nicht abgekürzt werden, um Verwechslungen mit der Europäischen Gemeinschaft (EG), also der früheren EWG, zu vermeiden. Auch die Verwendung des Ausdrucks „Europäische Gemeinschaft“ (Singular) als Sammelbezeichnung für alle drei (bzw. nunmehr zwei) Gemeinschaften, wie sie sich im politischen Sprachgebrauch vor Gründung der Europäischen Union etabliert hatte, soll

E(W)G und Euratom sowie aus den späteren Ergänzungen und Änderungen dieser Verträge.⁶¹⁴ Zum Primärrecht gehört auch der Vertrag über die Europäische Union („Vertrag von Maastricht“) von 1992, durch den nicht nur die Gründungsverträge der Gemeinschaften geändert wurden, sondern auch die Europäische Union gegründet wurde. Der Vertrag über die Europäische Union und der EG-Vertrag wurden geändert durch den „Vertrag von Amsterdam“ von 1997⁶¹⁵ und durch den „Vertrag von Nizza“ von 2001⁶¹⁶. Die durch den Vertrag von Maastricht geschaffene Europäische Union stellt sich dar als gemeinsames „Dach“ und institutioneller Rahmen⁶¹⁷ für die weiter fortbestehenden Gemeinschaften, ergänzt durch die mit dem EUV eingeführten Politiken und Formen der Zusammenarbeit,⁶¹⁸ nämlich die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (GASP)⁶¹⁹ und die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen (PJZS bzw. vor dem Amsterdamer Vertrag die „Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres“, ZBJJ)⁶²⁰.

Zum Primärrecht werden auch das ungeschriebene primäre Gemeinschaftsgewohnheitsrecht und die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsamen „allgemeinen Rechtsgrundsätze“ gerechnet.⁶²¹ Die allgemeinen Rechtsgrundsätze wurden vor allem vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) gefunden und formuliert;⁶²² zu ihnen zählen auch die sogenannten Gemeinschaftsgrundrechte.⁶²³

b) Stellung des Primärrechts an der Spitze der Normenhierarchie

Während das Primärrecht im wesentlichen aus den von den Mitgliedstaaten abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen besteht, handelt es sich beim *Sekundärrecht* um

hier vermieden werden. Vgl. zu den terminologischen Problemen S. Hölscheidt / C. Baldus, EU und EG als terminologisches Problem.

614 Zum Primärrecht vgl. T. Oppermann, Europarecht, Rn. 473 ff.; R. Streinz, Europarecht, Rn. 3, 347 ff. Zur Entstehungsgeschichte der Gründungsverträge und den mit ihren Änderungen und Ergänzungen verbundenen politischen Entwicklungen vgl. Oppermann, ebda. Rn. 12 ff.; Streinz, ebda. Rn. 14 ff.

615 Vgl. den Überblick über die Neuerungen dieses Vertrages bei T. Oppermann, Europarecht, Rn. 47. Der Vertrag von Amsterdam ist am 1.5.1999 in Kraft getreten. Durch diesen Vertrag wurde auch die Numerierung der Vorschriften im EGV und im EUV geändert.

616 ABl. C 80/2001, S. 1 ff. Der Vertrag von Nizza ist am 1.2.2003 in Kraft getreten.

617 Art. 3 I (ex-Art. C) EUV.

618 Art. 1 III (ex-Art. A III) EUV.

619 Titel V des EUV.

620 Titel VI des EUV. Dieser Bereich ist durch den Vertrag von Amsterdam weitgehend geändert worden; das drückt sich schon in der Bezeichnung aus. Die frühere Bezeichnung war „Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres (ZBJJ)“. Durch den Vertrag von Amsterdam sind die Bereiche Visa, Asyl, Einwanderung und andere Politiken des freien Personenverkehrs (auch die justizielle Zusammenarbeit in Zivilsachen), die vorher zur ZBJJ zählten, „vergemeinschaftet“, d.h. in den EGV aufgenommen worden (jetzt Art. 61 ff. EGV).

621 Vgl. dazu T. Oppermann, Europarecht, Rn. 479 ff.

622 Vgl. T. Oppermann, Europarecht, Rn. 482 ff.

623 Vgl. T. Oppermann, Europarecht, Rn. 489 ff.

Rechtsakte der durch diese Verträge zur Rechtsetzung ermächtigten Organe der Gemeinschaften bzw. der Union. Diese Rechtsakte können Einzelentscheidungen oder Normen sein, und sie können entweder nur die Mitgliedstaaten als solche oder (auch) direkt die Bürger der Mitgliedstaaten binden. Die Kompetenzen der Rechtsetzungsorgane der Gemeinschaften bzw. der Union ergeben sich aus dem Primärrecht; das Primärrecht ist auch inhaltlicher Maßstab für das durch diese Rechtsetzungsorgane erlassene Sekundärrecht. Im Gemeinschaftsrecht (also dem Recht der Europäischen Gemeinschaften und der Europäischen Union einschließlich des Sekundärrechts) besteht daher eine ausgeprägte Normenhierarchie, an deren Spitze das Primärrecht steht.

c) Grundlegender Charakter des Primärrechts

Das Primärrecht enthält zahlreiche Regelungen, die für die Gemeinschaften bzw. für die Union ähnlich grundlegenden Charakter haben wie die Staatsverfassung für einen Staat.

So normiert das Primärrecht die Bildung und die Tätigkeit der Gemeinschaftsorgane⁶²⁴ Rat, Kommission, Europäisches Parlament, Gerichtshof und Rechnungshof und organähnlicher Einrichtungen⁶²⁵ wie Wirtschafts- und Sozialausschuß, Ausschuß der Regionen oder Europäische Zentralbank. Als Organ der *Europäischen Union* mit spezifischen Kompetenzen im Bereich der GASP und der PJZS, also den Politiken und Formen der Zusammenarbeit, die neben den Gemeinschaften die Europäische Union bilden, ist der Europäische Rat anzusehen.⁶²⁶

Der grundlegende Charakter des Primärrechts zeigt sich auch in den Formulierungen von Werten und Zielen nicht nur in den Präambeln der Verträge, sondern auch in einzelnen Vertragsvorschriften.⁶²⁷

624 Zu diesen Organen T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 247 ff.

625 Zu diesen Institutionen T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 395 ff.

626 Vgl. Art. 4 (ex-Art. D) EUV; dazu T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 299 ff. Ob daneben die oben genannten Organe der Gemeinschaften gleichzeitig als Organe der Union anzusehen sind, ist umstritten; dazu R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 230c ff. Die Tatsache, daß der Rat sich selbst als „Rat der Europäischen Union“ und die Kommission sich selbst als „Europäische Kommission“ bezeichnen, hat in dieser Hinsicht keine juristische Bedeutung. Diese Bezeichnungen entsprechen nicht der Diktion des Primärrechts und werden auch nicht in juristischen und formellen Texten verwendet; vgl. dazu R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 230e. Art. 5 (ex-Art. E) EUV legt fest, daß die Gemeinschaftsorgane ihre Befugnisse auch „nach Maßgabe und im Sinne“ des EUV ausüben; ihre Kompetenzen außerhalb der Gemeinschaften, also im Bereich der GASP und der PJZS, waren bisher aber eher gering. Durch den Amsterdamer Vertrag ist jetzt allerdings eine Verschiebung eingetreten; das Gemeinschaftsorgan Rat hat durch diesen Vertrag im Bereich der PJZS eine zentrale Bedeutung erlangt (vgl. Art. 34 EUV) und handelt in diesem Bereich wie ein Organ der Europäischen Union. Vgl. dazu T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 311 ff.

627 Werte bzw. Ziele nach dem EGV sind etwa der Gemeinsame Markt bzw. Binnenmarkt und die Wirtschafts- und Währungsunion, verbunden mit bestimmten gemeinsamen Politiken, z.B. auf den Gebieten des Verkehrs und der Umwelt (vgl. Art. 2, 3, 4 (ex-3a), 14 (ex-7a) EGV). Im Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion werden z.B. die Grundsätze der offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb und der Preisstabilität genannt (Art. 98 (ex-102a), 105 I EGV). Die Regelungen über die GASP und die PJZS im EUV (Art. 11 ff. (ex-J ff.), 29 ff. (ex-K ff.) EUV) stellen nicht nur einen institutionellen Rahmen zur Verfügung, sondern geben auch das Ziel vor, diese gemeinsamen Politiken bzw. Zusammenarbeiten zur verwirklichen, und nennen hierfür eine Reihe von Werten und Zielen wie die Stärkung der Sicherheit der Union und ihrer Mitgliedstaaten, die Wahrung des Friedens

Schließlich enthält das Primärrecht eine Reihe von grundlegenden Rechten des einzelnen, nämlich in Gestalt der in erster Linie gegenüber den Mitgliedstaaten geltenden ausdrücklich normierten Grundfreiheiten⁶²⁸ und in Gestalt der in erster Linie gegenüber den Gemeinschaften bzw. der Union geltenden bislang ungeschriebenen⁶²⁹ Grundrechte⁶³⁰.

und die Förderung der internationalen Zusammenarbeit (Art. 11 I EUV) oder ein hohes Maß an Sicherheit (Art. 29 EUV). Neuerdings nennt auch der durch den Amsterdamer Vertrag eingefügte Art. 6 I EUV die „Grundsätze(n) der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit“ als gemeinsame Grundsätze aller Mitgliedstaaten, auf denen die Union beruhe, und Art. 16 EGV (ebenfalls durch den Amsterdamer Vertrag eingefügt) spricht in abstrakter Weise von den „gemeinsamen Werte(n) der Union“. Vgl. dazu I. Pernice, Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 209 Fn. 19 m.w.N. R. Bieber spricht angesichts der Wert- und Zielformulierungen von einer „eigenen Wertordnung“, die durch das Primärrecht begründet wird (R. Bieber, Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, S. 293). Skeptisch gegenüber dem Umfang, in dem solche europaweit gemeinsamen Werte tatsächlich vorhanden sind, ist allerdings A. v. Bogdandy (Zweierlei Verfassungsrecht, S. 171 ff.).

628 Dazu R. Streinz, Europarecht, Rn. 652 ff. Bei den Grundfreiheiten handelt sich um die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39-42 (ex-Art. 48-51) EGV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 43-48 (ex-Art. 52-58) EGV), die Freiheit des Dienstleistungsverkehrs (Art. 49-55 (ex-Art. 59-66) EGV), des Warenverkehrs (Art. 28-31 (ex-Art. 30-37) EGV) und des Kapital- und Zahlungsverkehrs (Art. 56-60 (ex-Art. 67-73h) EGV). Diese Grundfreiheiten sind unmittelbar geltende und damit grundsätzlich in den Mitgliedstaaten gerichtlich durchsetzbare Rechte von Bürgern der Mitgliedstaaten; der Zweck dieser Rechte ist die Beseitigung von Behinderungen entsprechender grenzüberschreitender Tätigkeiten bzw. von Diskriminierungen bei diesen Tätigkeiten aufgrund der Staatsangehörigkeit. Dabei werden die Grundfreiheiten durch das ihnen gegenüber subsidiäre allgemeine Diskriminierungsverbot des Art. 12 (ex-Art. 6) EGV ergänzt. Ihrem Zweck entsprechend richten sich diese Rechte in erster Linie gegen die Mitgliedstaaten, nicht gegen die Gemeinschaft. Die EG ist aber im Rahmen der Sekundärrechtssetzung im Bereich der Grundfreiheiten auch Verpflichtete; vgl. dazu R. Streinz, Europarecht, Rn. 709.

629 Die im Dezember 2000 durch den Europäischen Rat in Nizza feierlich verkündete Charta der Grundrechte der Europäischen Union ist bislang nicht ins Primärrecht inkorporiert worden; das dazu erforderliche Vertragsänderungsverfahren wurde nicht in Gang gesetzt. Ob als Ergebnis der Arbeiten des seit März 2002 auf der Grundlage der „Erklärung von Laeken“ tagenden Konvents auch Grundrechte in das geschriebene Primärrecht aufgenommen werden, bleibt abzuwarten.

630 Vgl. zu den Gemeinschaftsgrundrechten T. Oppermann, Europarecht, Rn. 489 ff.; H.-W. Rengeling, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft. Die Gemeinschaftsgrundrechte sind zwar nicht Bestandteil des *geschriebenen* Primärrechts, wurden aber vom EuGH als allgemeine Rechtsgrundsätze formuliert, die den Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind, und werden zum ungeschriebenen Primärrecht gezählt. Bei den Gemeinschaftsgrundrechten handelt es sich im wesentlichen um die Menschenwürde, die Achtung der Privatsphäre, die Unverletzlichkeit der Wohnung, den Gleichheitssatz und Diskriminierungsverbote, die Religions-, Vereinigungs-, Meinungs- und Berufsfreiheit, das Eigentum, den Anspruch auf effektiven gerichtlichen Rechtsschutz und auf fairen Prozeß und das Rückwirkungsverbot für Strafgesetze. Diese Gemeinschaftsgrundrechte stellen – ähnlich wie Grundrechte in Staatsverfassungen – grundlegende Regelungen des Verhältnisses zwischen Bürgern und den Gemeinschaften bzw. der Union dar. Sie unterscheiden sich von den Grundrechten in den meisten Staatsverfassungen allerdings dadurch, daß sie lediglich „Richterrecht“ darstellen; die Konsequenzen, die hieraus auch unter dem Gesichtspunkt der Legitimität zu ziehen sind, sollen noch erörtert werden.

d) Einbeziehung von Primärrechtsnormen, die keinen grundlegenden Charakter haben

Neben den angesprochenen Normen mit grundlegendem Charakter enthält das Primärrecht eine Vielzahl von Normen, die inhaltlich eher dem Wirtschafts-, Verwaltungs- oder Verfahrensrecht zuzuordnen sind als dem Verfassungsrecht und keinen grundlegenden Charakter haben. Es fragt sich, ob auch diese Normen zur „rechtlichen Grundordnung“ und damit möglicherweise zur Verfassung gerechnet werden können.⁶³¹

Für eine Einbeziehung auch dieser Normen spricht schon ihre Stellung an der Spitze der Normenhierarchie – ein wesentliches Merkmal einer rechtlichen Grundordnung. Sie sollten aber auch deshalb in die Verfassung einbezogen werden, weil nur in diesem Fall ein klares Kriterium zur Abgrenzung der Verfassung von der übrigen Rechtsordnung zur Verfügung steht: der vertragliche Ursprung des (mit der Verfassung dann identischen) Primärrechts.⁶³²

Die Einbeziehung von Primärrechtsnormen ohne grundlegenden Charakter nimmt auch nicht dem Primärrecht im ganzen seinen grundlegenden Charakter. Es ist zwar sicher richtig, daß solche Normen die *Wahrnehmung* des Primärrechts als grundlegende Rechtsordnung und damit als Verfassung erheblich erschweren,⁶³³ weil sie den Blick auf die grundlegenden Vorschriften verstellen; das ändert jedoch nichts am Vorhandensein dieser grundlegenden Vorschriften im Primärrecht (und nur dort). Auch in vielen Staatsverfassungen finden sich Normen, die nach ihrem Regelungsbereich eher dem einfachen Gesetzesrecht zuzuordnen wären, ohne daß diesen Normen deswegen die Zugehörigkeit zur Verfassung abgesprochen würde.⁶³⁴

Aus diesen Gründen können auch „technische“ Primärrechtsnormen ohne grundlegenden Charakter als Bestandteil der rechtlichen Grundordnung und damit der „Verfassung“ betrachtet werden.⁶³⁵ – Dennoch ist es sicher wünschenswert und der Wahrnehm-

631 R. Bieber etwa rechnet solche „rein technischen“ Normen nicht zur „Verfassung der Union“. Vgl. R. Bieber, Die Vereinfachung der Verträge zur Errichtung der Europäischen Union, S. 1338; ders., Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, S. 293 f.

632 Ein Abgrenzungsproblem besteht hier nur hinsichtlich des „ungeschriebenen Primärrechts“, das vor allem durch den EuGH formuliert wurde. Die Qualifizierung vom EuGH entwickelter Rechtssätze als Primärrecht ergibt sich aus ihrem grundlegenden Charakter, also nicht aus einem formalen (und damit klaren) Kriterium wie dem vertraglichen Ursprung.

633 So R. Bieber, Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, S. 294.

634 Beispiele aus dem Grundgesetz sind Art. 27: „Alle deutschen Kauffahrteischiffe bilden eine einheitliche Handelsflotte“ oder Art. 48 III 2: „Sie (sc. die Abgeordneten des Bundestages) haben das Recht der freien Benutzung aller staatlichen Verkehrsmittel“.

635 Anders A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 57 f.: Die Verträge stellten keine Verfassung im formellen Sinne dar, vielmehr sei die Europäische Verfassung rein materiell zu bestimmen; die eher technischen Normen zählen nach Ansicht von Peters dabei nicht zur materiellen Verfassung. Darüber hinaus möchte Peters offenbar den Normenbestand der materiellen Europäischen Verfassung weiter einengen: Innerhalb des Primärrechts gebe es eine Normenhierarchie, wie z.B. in den neugefaßten Art. 6 und 7 sowie 43 I Buchst. b) EUV und in den beiden EWR- und dem EMRK-Gutachten des EuGH deutlich werde (ebda, S. 341 ff.). In diesen Vorschriften bzw. Gutachten ist von „Grundsätzen“ bzw. „Grundlagen“ der Gemeinschaft die Rede, die einen umfassenderen Geltungsbereich haben bzw. – so die Auslegung der EuGH-Gutachten durch Peters – einer erschwerenden Abänderbarkeit unterliegen. Nur diese grundlegenden Normen haben nach Ansicht von Peters

barkeit des Primärrechts als Verfassung förderlich, dieses übersichtlicher zu gestalten und auf grundlegende Regelungen zu reduzieren.

2. Die Europäischen Gemeinschaften bzw. die Europäische Union als handlungsfähiger Personenverband

Im folgenden soll die Frage erörtert werden, ob die Gemeinschaften bzw. die Union als Personenverband angesehen werden können, also als Personengesamtheit, die mit Hilfe von Organen in der Lage ist, in den Angelegenheiten der Verbandsmitglieder zu handeln; inwieweit sie gegenüber Einzelpersonen mit *Hoheitsgewalt* handeln können, wird im nächsten Abschnitt erörtert (unten 3.).

Die Qualifizierung als *Personengesamtheit*, also als Gesamtheit von Einzelpersonen, ist im Hinblick auf die Entstehung und die ursprüngliche Beschaffenheit der Gemeinschaften bzw. der Union dem ersten Anschein nach problematisch. Beruhen die Gemeinschaften und die Union doch auf völkerrechtlichen Verträgen zwischen den Mitgliedstaaten; ihre Mitglieder sind Staaten, nicht deren Bürger. Allerdings lassen sich die Mitgliedstaaten selbst ohne weiteres jeweils als Personengesamtheit verstehen, nämlich als die Gesamtheit ihrer jeweiligen Staatsangehörigen. Faßt man die Staatsangehörigen aller Mitgliedstaaten zusammen, so ergibt sich eine größere Personengesamtheit. Mit Hilfe der *Gemeinschaftsorgane* ist diese auch in den Angelegenheiten ihrer Mitglieder *handlungsfähig*. Die Organe der Gemeinschaften bzw. der Union repräsentieren nämlich nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch – zumindest indirekt – deren Staatsangehörige, für die die Mitgliedstaaten ja letztlich handeln. Das gilt in besonderem Maße für das Europäische Parlament, das seit 1979 direkt von den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten gewählt wird. Auch der Abschluß der Gründungsverträge und damit die Schaffung des Primärrechts als möglicher Verfassung läßt sich aus der Perspektive der einzelnen Bürger der Mitgliedstaaten betrachten und damit als ein Akt des aus ihnen gebildeten Personenverbandes verstehen;⁶³⁶ denn die entsprechenden völkerrechtlichen Verträge sind von Regierungsvertretern abgeschlossen worden, die ja nicht nur für die jeweiligen Mitgliedstaaten, sondern auch für deren Bürger handelten, und sie sind entsprechend den Verfassungen der einzelnen Mitgliedstaaten durch Parlamentsbeschluß oder Referendum ratifiziert worden, also durch Akte, die den Bürgern (direkt oder indirekt) zugerechnet werden können.⁶³⁷

Verfassungsqualität. – Eine solche Einschränkung der Europäischen Verfassung auf „Grundsätze“ oder „Grundlagen“ erscheint aber als zu weitgehend, weil sie eine zu große Ungewißheit über den Normbestand und den Inhalt der Verfassung mit sich bringt.

636 So auch A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, S. 563 f.

637 Auf diese Weise kann die Schaffung des Primärrechts vielleicht auch als „Contrat social“, als Gesellschaftsvertrag der Bürger der Mitgliedstaaten verstanden werden; vgl. I. Pernice, *Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung*, S. 208 f. A.A. W. Hertel, *Die Normativität der Staatsverfassung und einer Europäischen Verfassung*, S. 246 und ders., *Supranationalität als Verfassungsprinzip*, S. 137: Das Primärrecht sei nicht durch einen Willensakt der vereinigten europäischen Staatsbürger geschaffen worden, sondern „durch einen Willensakt der europäischen Staaten“ (Hervorhebung im Original); ähnlich ebda. S. 120 f.: „die ‘verfassungsgebende Gewalt’ liegt ... ausschließlich bei den Mitgliedstaaten“. – Im vorliegenden Zusammenhang kommt es nur auf die Möglichkeit an, das Handeln der Gemeinschaften bzw. der Union und auch die Schaffung des Primärrechts indirekt den Unionsbürgern zuzuordnen. Ob diese auch eine besondere „Einheit“ im Sinne ei-

Gegen die Handlungsfähigkeit der Gemeinschaften bzw. der Union als Personenverband könnte eingewendet werden, auf der europäischen Ebene fehlten die Voraussetzungen demokratischer Willensbildung.⁶³⁸ Selbst wenn diese Behauptung zutreffen sollte, geht der Einwand fehl. Denn mit „Handlungsfähigkeit“ ist hier zunächst nicht mehr gemeint als die Möglichkeit, dem Personenverband Handlungen bestimmter Organe zuzurechnen; ob dieses Organhandeln auch dem Willen der Mitglieder des Personenverbandes entspricht, ist eine andere Frage (nämlich die Frage nach dem Grad der Verwirklichung der kollektiven Autonomie). Mit anderen Worten: Für das Kriterium der bloßen Handlungsfähigkeit im hier verwendeten Sinne genügt die Möglichkeit der Repräsentation durch Organe; es muß sich dabei nicht um *demokratische* Repräsentation handeln. Die Gemeinschaften bzw. die Union können demnach als handlungsfähiger Personenverband betrachtet werden.

Der Personenverband der Gemeinschaften bzw. der Union besteht aus den *Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten*. Auch die „Unionsbürgerschaft“, die durch den Vertrag von Maastricht in den EGV aufgenommen wurde, wird durch das Kriterium der Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates definiert.⁶³⁹ Der Begriff der Unionsbürgerschaft ist insoweit mißverständlich, als er das gleiche rechtliche Verhältnis zwischen den Gemeinschaften bzw. der Union und den „Unionsbürgern“ suggeriert wie zwischen einem Staat und seinen Bürgern. Richtig ist diese Analogie nur insoweit, als die Unionsbürgerschaft *überhaupt* Rechte (und Pflichten) der einzelnen Unionsbürger begründet;⁶⁴⁰ diese Rechte sind aber nicht die gleichen wie die Rechte, die mit einer *Staatsbürgerschaft* verbunden sind – schon deswegen nicht, weil die Union eben kein *Staat* ist. An die Unionsbürgerschaft knüpfen dennoch Rechte an, die auch für eine Staatsbürgerschaft (dann aber mit dem Staat als Bezugspunkt) wesentlich sind: die (nicht an eine wirtschaftliche Betätigung geknüpfte, aber einem sekundärrechtlichen Regelungsvorbehalt unterliegende) Freizügigkeit⁶⁴¹ im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten, der (durch die verschiedenen Diskriminierungsverbote konkretisierte) Anspruch auf Gleichbehandlung mit anderen Unionsbürgern⁶⁴², das aktive und passive Wahlrecht bei Kommunalwahlen⁶⁴³ und bei Wahlen zum Europäischen Parlament⁶⁴⁴, sowie diplomatischer und konsularischer Schutz⁶⁴⁵ und das Petitionsrecht⁶⁴⁶. Daher ist die Unionsbürgerschaft – *mutatis mutandis*

nes besonderen gesellschaftlichen Zustandes bilden, ist hier zunächst unerheblich. Den Übergang in einen solchen besonderen gesellschaftlichen Zustand wollte Rousseau aber mit seinem Begriff „*Contrat social*“ bezeichnen; daher wäre dieser Begriff hier nicht im rousseauschen Sinne, sondern im Sinne eines allgemeineren Gesellschaftsvertragsgedankens zu verwenden.

638 Zum Problem der demokratischen Willensbildung auf europäischer Ebene ausführlich und unter Berücksichtigung vieler argumentativer Varianten M. Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*.

639 Art. 17 I (ex-Art. 8 I) EGV.

640 Vgl. I. Pernice, *Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung*, S. 215 f.

641 Art. 18 (ex-Art. 8a) EGV; im Unterschied hierzu ist die („ältere“) Freizügigkeit nach Art. 39 ff. (ex-Art. 48 ff.) EGV an eine unselbständige bzw. selbständige Erwerbstätigkeit geknüpft.

642 Art. 12 I EGV (ex-Art. 6 EGV).

643 Art. 19 (ex-Art. 8b) I EGV.

644 Art. 19 (ex-Art. 8b) II EGV.

645 Art. 20 (ex-Art. 8c) EGV.

– durchaus mit der Staatsbürgerschaft vergleichbar.⁶⁴⁷ Auf den Grad dieser Vergleichbarkeit soll es hier aber nicht weiter ankommen. Die Unionsbürgerschaft dient hier nur als ein Abgrenzungskriterium, um den Kreis der zur Gesamtheit gehörigen Mitglieder festzulegen; der Umfang der damit verbundenen Rechte und Pflichten gegenüber der Union ist dafür ohne Bedeutung.

Die Mitglieder des Personenverbandes der Gemeinschaften bzw. der Union sollen hier aus Gründen der einfacheren Benennung als „Unionsbürger“ bezeichnet werden. Wie sich aus dem Gesagten ergibt, soll damit keine Aussage über die Staatsähnlichkeit der Gemeinschaften oder der Union gemacht werden.

3. Die Ausstattung der Gemeinschaften mit Hoheitsgewalt

Nach Art. 23 II 2 GG kann der Bund zur Mitwirkung bei der Entwicklung der Europäischen Union durch Gesetz Hoheitsrechte übertragen; dies ist nach einhelliger Auffassung z.B. durch das Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Maastricht (etwa bezüglich der Währungshoheit) geschehen. Vor Inkrafttreten des Art. 23 GG n.F. wurde die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaften auf Art. 24 I GG gestützt; auf diesem Wege wurden Hoheitsrechte etwa durch die Gründungsverträge der Gemeinschaften bzw. die entsprechenden Zustimmungsgesetze übertragen.

Aufgrund dieser Übertragung von Hoheitsrechten üben die Gemeinschaften Hoheitsgewalt aus. Das wird besonders deutlich bei Rechtsakten der Gemeinschaften, die unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten entfalten, wie der Verordnung⁶⁴⁸ und der Entscheidung⁶⁴⁹.

Die Hoheitsgewalt der Gemeinschaften ist dabei sachlich beschränkt. Das ergibt sich schon daraus, daß die Mitgliedstaaten Hoheitsrechte nur für bestimmte Regelungsbereiche auf die Gemeinschaften übertragen haben; dieser Umstand spiegelt sich wider im Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung.⁶⁵⁰ Nach diesem Prinzip dürfen die Gemeinschaftsorgane nur auf denjenigen Gebieten außenverbindlich tätig werden, für die ihnen das Primärrecht eine Kompetenz gibt. Eine Kompetenzhoheit oder Kompetenz-Kompetenz (also das Recht, sich neue Kompetenzen zu schaffen), steht den Gemeinschaften also nicht zu. Hierin unterscheiden sich die Gemeinschaften deutlich von einem Staat.

646 Art. 21 (ex-Art. 8d) EGV.

647 Zu diesem Ergebnis kommt auch C. Tomuschat, Staatsbürgerschaft – Unionsbürgerschaft – Weltbürgerschaft: Die Unionsbürgerschaft habe jedenfalls mehr Gemeinsamkeiten mit der Staatsbürgerschaft als mit einer „Weltbürgerschaft“. Etwas anders S. Hobe, Die Unionsbürgerschaft nach dem Vertrag von Maastricht, S. 267: Die Unionsbürgerschaft sei nur die „Vorstufe“ einer „Europa’staats’angehörigkeit“.

648 Vgl. Art. 249 (ex-Art. 189) II EGV, Art. 161 II EAGV. Dazu T. Oppermann, Europarecht, Rn. 539 ff.; R. Streinz, Europarecht, Rn. 377 ff.

649 Vgl. Art. 249 (ex-Art. 189) IV EGV, Art. 161 IV EAGV. Dazu T. Oppermann, Europarecht, Rn. 563 ff.; R. Streinz, Europarecht, Rn. 413 ff.

650 Dieses Prinzip ist nicht als solches ausdrücklich normiert; es ergibt sich vielmehr aus dem System des Primärrechts. Dazu T. Oppermann, Europarecht, Rn. 513 ff.; H. D. Jarass, Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, S. 174 f.

4. Ist auch die Europäische Union mit Hoheitsgewalt ausgestattet?

Aus der Ausstattung der Gemeinschaften mit Hoheitsgewalt läßt sich noch nicht unmittelbar folgern, daß auch die Europäische Union mit Hoheitsgewalt ausgestattet ist. Denn die Union ist von den Gemeinschaften verschieden: Die Gemeinschaften bilden nach Art. 1 III 1 EUV⁶⁵¹ die „Grundlage“ der Union, ergänzt durch die GASP und die PJZS. Die Union ist also weder eine andere Bezeichnung für die Gemeinschaften noch deren Rechtsnachfolger; die Gemeinschaften existieren auch nach der Gründung der Union fort, die Union ist ihnen gegenüber ein „aliud“.⁶⁵² Auch wenn man zu Recht am Sinn dieser rechtlichen Trennung zweifeln kann:⁶⁵³ Die Frage, ob auch die Union Träger von Hoheitsgewalt ist bzw. sein kann, bedarf de lege lata einer gesonderten Prüfung.

Zweifel an der *Fähigkeit* der Union, Träger von Hoheitsrechten zu sein, können sich aus ihrer mangelhaften Rechtspersönlichkeit ergeben. So ist die Union mangels ausdrücklicher Regelung, anders als die Gemeinschaften,⁶⁵⁴ für das innerstaatliche Recht der Mitgliedstaaten nicht rechts- und geschäftsfähig,⁶⁵⁵ auch ihre Eigenschaft als Völkerrechtssubjekt ist zumindest sehr umstritten.⁶⁵⁶ Allerdings lassen sich weder aus der innerstaatlichen Rechts- und Geschäftsfähigkeit noch aus der Völkerrechtssubjektivität Rückschlüsse hinsichtlich der Fähigkeit ziehen, Träger von Hoheitsgewalt zu sein: Die erste Eigenschaft betrifft die Fähigkeit, am innerstaatlichen Rechtsverkehr teilzunehmen – und zwar gerade nicht als Hoheitsträger, sondern als Subjekt, das zumindest teilweise (z.B. im Hinblick auf die Verwirklichung zivilrechtlicher Rechtspositionen) der innerstaatlichen Hoheitsgewalt unterworfen ist bzw. sich ihr unterwirft. Die zweite Eigenschaft betrifft die Fähigkeit, am völkerrechtlichen Verkehr mit Staaten und anderen Völkerrechtssubjekten teilzunehmen; auch diese Eigenschaft ist, wie die Völkerrechts-

651 Ex-Art. A III 1 EUV.

652 Die Ansicht, daß mit der Gründung der Union die bisherigen Gemeinschaften als eigenständige Rechtspersönlichkeiten untergegangen sind, wird kaum ernsthaft vertreten. Die Auffassungen, die für eine möglichst weitgehende *terminologische* Gleichsetzung von Union und Gemeinschaften plädieren (vor allem A. v. Bogdandy / M. Nettesheim, Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung), halten zumindest die Möglichkeit des Fortbestehens der Gemeinschaften als eigene Rechtspersönlichkeiten offen (vgl. v. Bogdandy / Nettesheim ebda. S. 23, 26). Gegen jede Gleichsetzung von Union und Gemeinschaften M. Pechstein / C. König, Die Europäische Union, Rn. 7 ff. Unter Einbeziehung der Weiterentwicklung der Union aufgrund des Amsterdamer Vertrages spricht A. v. Bogdandy nun von der Union (mit den Gemeinschaften) als „einer einzigen Organisation“ und konstatiert eine „organisatorische Einheit“ von Union und Gemeinschaften: Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, S. 41 ff.

653 So I. Pernice, Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 222.

654 Vgl. Art. 282 (ex-Art. 211) EGV, Art. 185 EAGV.

655 R. Streinz, Europarecht, Rn. 121b; H. Lecheler, Der Rechtscharakter der „Europäischen Union“, S. 390 ff.

656 Gegen eine Rechtspersönlichkeit der Union D. König, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, S. 249 ff. m.w.N. Auch H. Lecheler verneint die Völkerrechtssubjektivität der Union: Der Rechtscharakter der „Europäischen Union“, S. 392 f. Vgl. dazu auch R. Streinz, Europarecht, Rn. 121b. A.A. etwa A. v. Bogdandy, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, S. 40: Die Völkerrechtspersönlichkeit sei in Art. 24 EUV „deutlich angelegt“; ebenso I. Pernice, Art. 23 Rn. 42.

subjektivität nichtstaatlicher internationaler Organisationen zeigt, unabhängig von Hoheitsbefugnissen.

Für die Frage, ob die Union Träger von Hoheitsrechten ist, kommt es also in erster Linie weniger auf ihre Rechtspersönlichkeit als vielmehr darauf an, ob sie zur Ausübung von Hoheitsgewalt ermächtigt ist. Solche Ermächtigungen sind in dem speziell die Union betreffenden Gemeinschaftsrecht zu suchen, also in den entsprechenden Teilen des Unionsvertrages und seines rechtlichen Umfeldes.

Der EUV enthält unionspezifische Regelungen im wesentlichen in den Art. 1-7⁶⁵⁷ (gemeinsame Bestimmungen) und 46-53⁶⁵⁸ (Schlußbestimmungen) sowie 11-28⁶⁵⁹ (GASP) und 29-42⁶⁶⁰ (PJZS). Die gemeinsamen Bestimmungen (Art. 1-7) enthalten allgemeine Vorschriften, z.B. über Grundlagen, Ziele und Organe der Union; insoweit sind keine Hoheitsbefugnisse normiert. Lediglich Art. 6 enthält – neben dem Bekenntnis zur Wahrung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten – zwei Regelungen, die mit Hoheitsbefugnissen in Verbindung gebracht werden könnten: die Achtung der Grundrechte durch die Union (Abs. 2) und das Recht der Union zur Ausstattung mit Mitteln (Abs. 4). Die letztere Regelung begründet indes kein Recht zur Erhebung von Abgaben direkt beim Unionsbürger, also auch keine Hoheitsbefugnis.⁶⁶¹ Die erstere Regelung, die Achtung der Grundrechte, deutet dagegen scheinbar an, daß „die Union“ gegenüber den Unionsbürgern hoheitlich tätig werden kann, denn nur dann ergibt streng genommen die Rede von Grundrechten in diesem Zusammenhang Sinn. Diese Regelung ist durch den Amsterdamer Vertrag sogar verfahrensmäßig gestärkt und abgesichert worden, indem der EuGH im Bereich des Art. 6 II EUV eine Zuständigkeit erhalten hat.⁶⁶² Allerdings kann Art. 6 II EUV durchaus auch dann einen Sinn ergeben, wenn die Union selbst keine Hoheitsbefugnisse hat. Denn einerseits kann die Union Grundrechte auch dadurch „achten“, daß sie ihre intergouvernementale Tätigkeit darauf ausrichtet, daß die *Mitgliedstaaten* die Grundrechte achten, und andererseits kann Art. 6 II EUV dahingehend ausgelegt werden, daß mit der Bezeichnung „Union“ hier zumindest auch die Gemeinschaften als Träger von Hoheitsgewalt gemeint sind.⁶⁶³ Jedenfalls spricht die Regelung in Art. 6 II EUV nicht zwingend für eine Ausstattung der Union mit Hoheitsgewalt.

657 Ex-Art. A-F.

658 Ex-Art. L-S.

659 Ex-Art. J-J.11.

660 Ex-Art. K-K.9.

661 Vgl. R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 121; BVerfGE 89, 155, 195 f.

662 Vgl. Art. 46 Buchst. d EUV. Allerdings besteht diese Zuständigkeit des EuGH nur „in bezug auf Handlungen der Organe, sofern der Gerichtshof im Rahmen der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften oder im Rahmen dieses Vertrags zuständig ist“; diese anderweitig zu begründende Zuständigkeit des EuGH wird durch Art. 46 Buchst. d also nur um den Prüfungsmaßstab der Grundrechte für das Handeln der Organe erweitert.

663 Für die letztere Auslegung spricht auch, daß nach Art. 5 (ex-Art. E) EUV die dort genannten Organe (die gleichzeitig Unions- und Gemeinschaftsorgane sind) an die Bestimmungen des EUV gebunden sind – ohne Unterscheidung danach, ob sie als Organ einer der Gemeinschaften oder als Unionsorgan handeln. Dem entspricht jetzt Art. 46 Buchst. d, der voraussetzt, daß ein Handeln der Organe auch im Bereich der Gemeinschaften gegen Art. 6 II EUV verstoßen kann.

Die Schlußbestimmungen des Unionsvertrages (Art. 46-53) enthalten keine Regelungen hinsichtlich einer Ausstattung der Union mit Hoheitsgewalt.⁶⁶⁴

Einen wesentlichen Bestandteil der die Union betreffenden Regelungen stellen die Vorschriften zu den beiden „Säulen“⁶⁶⁵ dar, durch die die Gemeinschaften zur Union ergänzt werden:⁶⁶⁶ GASP und PJZS. In diesen Vorschriften werden Ziele formuliert⁶⁶⁷ und bestimmte Verfahren bereitgestellt, mit deren Hilfe die Politik der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaften in den Bereichen Äußeres und Sicherheit bzw. Polizei und Justiz (Strafsachen) koordiniert und auf längere Sicht zusammengeführt werden soll.

Die Außen- und Sicherheitspolitik hat dabei schon begrifflich keine Bedeutung für die Frage nach der Hoheitsgewalt gegenüber den Unionsbürgern. Polizei und Strafjustiz sind dagegen geradezu die „klassischen“ Bereiche, in denen ein *Staat* Hoheitsgewalt gegenüber den Bürgern ausübt; es fragt sich aber, ob dies auch für die Union im Verhältnis zu den Unionsbürgern gilt.

Die Formulierung der Ziele der Union für die Bereiche Polizei und Strafjustiz in Art. 29 EUV stellt noch keine Übertragung von Hoheitsgewalt auf die Union dar. Aber auch in den übrigen Vorschriften über die PJZS finden sich keine Regelungen, durch die oder aufgrund derer die Union unmittelbar gegenüber den Unionsbürgern hoheitlich tätig werden könnte.⁶⁶⁸ Die PJZS stellt eben – wie die GASP – lediglich einen rechtlichen und institutionellen Rahmen für die intergouvernementale Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten in diesen Bereichen dar,⁶⁶⁹ auch wenn durch den Amsterdamer Vertrag die Gemeinschaftsorgane Rat, EuGH und Parlament in diese Zusammenarbeit verstärkt einbezogen wurden.⁶⁷⁰ Aufgrund dieser Zusammenarbeit sind dann zwar die Mitgliedstaaten möglicherweise zu hoheitlichem Tätigwerden gegenüber ihren Bürgern verpflichtet;⁶⁷¹

664 Zu Art. 46 Buchst. d EUV vgl. die vorhergehenden beiden Fußnoten.

665 Vgl. Art. 11-28 (ex-Art. J-J.11) EUV zur GASP und 29-42 (ex-Art. K-K.9) EUV zur PJZS.

666 Vgl. Art. 1 (ex-Art. A) III EUV: „Grundlage der Union sind die Europäischen Gemeinschaften, ergänzt durch die mit diesem Vertrag eingeführten Politiken und Formen der Zusammenarbeit.“

667 Vor allem in Art. 11 und 29 (ex-Art. J.1 und K.1) EUV.

668 So hat die Annahme eines gemeinsamen Standpunktes oder ein Rahmenbeschluß oder anderer Beschluß durch den Rat (Art. 34 II Buchst. a-c EUV) keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Unionsbürger, sondern begründet nur Pflichten für die Mitgliedstaaten. Das ist für die Rahmenbeschlüsse und anderen Beschlüsse ausdrücklich geregelt (Art. 34 II Buchst. b und c EUV: „nicht unmittelbar wirksam“) und ergibt sich für die gemeinsamen Standpunkte aus deren Natur als bloße Formulierung politischer Ziele (vgl. Art. 37 EUV: die Mitgliedstaaten vertreten die gemeinsamen Standpunkte in internationalen Organisationen und auf internationalen Konferenzen).

669 Dazu R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 121a.

670 Vgl. Art. 34, 35, 39 EUV. Dazu T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 1576.

671 Die Mitgliedstaaten können dabei selbst tätig werden oder ihrerseits Hoheitsrechte auf eine andere Einrichtung übertragen, die dann Hoheitsgewalt ausübt. Das gilt auch für das „Einholen, Speichern, Verarbeiten, Analysieren und Austauschen sachdienlicher Informationen“ nach Art. 30 I Buchst. b EUV: Soweit diese Tätigkeiten personenbezogene Daten betreffen, stellen sie Grundrechtseingriffe dar; Art. 30 I Buchst. b EUV enthält nun dementsprechend auch den Hinweis auf Datenschutzvorschriften. Diese Tätigkeiten werden nicht von der Union, sondern in koordinierter Form von den Mitgliedstaaten bzw. von der von ihnen geschaffenen Einrichtung Europol (dazu sogleich im Text) vorgenommen.

Hoheitsgewalt wird in diesem Fall aber nur von den Mitgliedstaaten selbst ausgeübt, nicht von der Union.⁶⁷²

So verhält es sich auch mit Übereinkommen, die im Bereich der PJZS zwischen den Mitgliedstaaten abgeschlossen werden;⁶⁷³ zu diesen Übereinkommen zählt auch das Europol-Abkommen⁶⁷⁴, das den Aufbau eines unionsweiten Systems zum Austausch von Informationen im Rahmen eines Europäischen Polizeiamts (Europol) vorsieht.⁶⁷⁵ Diese Übereinkommen stellen völkerrechtliche Verträge dar, die gegenüber den Bürgern erst durch staatlichen Transformationsakt wirksam werden können; im Rahmen dieser Verträge wird Hoheitsgewalt durch die Mitgliedstaaten oder auch durch besondere Einrichtungen wie Europol⁶⁷⁶ ausgeübt, nicht jedoch durch die Union selbst.⁶⁷⁷

Auch aufgrund der Regelung in Art. 42 EUV erhält die Union keine Hoheitsgewalt. Nach dieser Vorschrift können einzelne Materien aus dem Bereich der PJZS dergestalt „vergemeinschaftet“ werden, daß sie aufgrund eines einstimmigen, von allen Mitgliedstaaten zu ratifizierenden Ratsbeschlusses unter den EGV fallen. Maßnahmen in diesen Bereichen können zwar auch hoheitlichen Charakter haben; sie fallen aber nach der Vergemeinschaftung nicht mehr in den Regelungsbereich des Unionsvertrages, sondern eben des EGV. Gerade die Regelung des Art. 42 EUV kann damit als Beleg dafür herangezogen werden, daß der Unionsvertrag für die *Union* keine Hoheitsbefugnisse vorsieht: Sobald die einheitliche Ausübung von Hoheitsgewalt im Bereich der PJZS nötig erscheint, soll nämlich nicht die Union, sondern die *Europäische Gemeinschaft* entsprechende Befugnisse erhalten.

Im Unionsvertrag und seinem rechtlichen Umfeld finden sich also keine Ermächtigungen der Union zur Ausübung von Hoheitsgewalt. Die Union als solche ist daher nicht mit Hoheitsgewalt ausgestattet.⁶⁷⁸ Nach dem hier verwendeten Verfassungs begriff

672 Das meint offenbar auch I. Pernice, wenn er sagt, daß die Rahmenbeschlüsse und anderen Beschlüsse nach Art. 34 II Buchst. b und c EUV „verbindlich sind und Grundrechtseingriffe gegenüber dem Bürger zumindest mittelbar bewirken können“, weshalb auch in diesem Bereich „die Bindung an die Grundrechte unerlässlich“ sei (Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union, S. 855). Pernice meint in diesem Zusammenhang eine Bindung *der Mitgliedstaaten* an die Gemeinschaftsgrundrechte (bzw. die Grundrechte einer Charta) im Rahmen ihrer intergouvernementalen Zusammenarbeit und bei der Umsetzung der Beschlüsse. Die eigentliche, unmittelbare Ausübung von Hoheitsgewalt erfolgt in diesem Bereich erst auf der mitgliedstaatlichen Ebene, nicht bereits durch die Union.

673 Vgl. Art. 34 II Buchst. d (ex-Art. K.3 II Buchst. c) EUV.

674 Übereinkommen vom 26.7.1995 über die Errichtung eines Europäischen Polizeiamts, BGBl. 1997 II, S. 2150; dazu T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 1556 und R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 422d.

675 Der EUV in der Fassung des Amsterdamer Vertrages nimmt nun Bezug auf Europol in Art. 29 II, 1. Spiegelstrich, 30, 32 EUV.

676 Europol ist keine Gemeinschafts- oder Unionseinrichtung, sondern eine mit Rechtspersönlichkeit ausgestattete Einrichtung im Rahmen intergouvernementaler Kooperation; vgl. T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 1556.

677 Zur Rechtslage nach dem Amsterdamer Vertrag vgl. auch M. Pechstein, *Amsterdamer Vertrag und Grundgesetz*, S. 575 f.

678 Ebenso im Ergebnis R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 121a. Anders aber wohl W. Schroeder, *Verfassungsrechtliche Beziehungen zwischen Europäischer Union und Europäischen Gemeinschaften*, S. 411: Das Unionsrecht entfalte eine „einheitliche Wirkung“ (d.h. es unterscheidet sich in seiner Wirkung nicht vom Recht der Gemeinschaften), und daher „gilt es unmittelbar und ohne nationale

stellt das Primärrecht daher lediglich für die Gemeinschaften eine Verfassung dar, nicht für die Union.⁶⁷⁹ Daraus rechtfertigt sich auch die im folgenden beibehaltene terminologische Unterscheidung zwischen Union und Gemeinschaften.⁶⁸⁰

5. Ergebnis zum Verfassungscharakter des Primärrechts und Vergleich mit anderen Auffassungen

a) Ergebnis des eigenen Ansatzes

Entsprechend dem hier verwendeten Verfassungsbegriff war zu prüfen, ob das Primärrecht die rechtliche Grundordnung eines mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverbandes darstellt. Es hat sich herausgestellt, daß die Gesamtheit der Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten, also der Unionsbürger, einen handlungsfähigen Personenverband darstellt; das Primärrecht als Bestandteil des für diesen Personenverband direkt oder indirekt geltenden Gemeinschaftsrechts hat den Charakter einer rechtlichen Grundordnung; im rechtlichen Rahmen der Gemeinschaften (nicht der Union als solcher) ist der Verband der Unionsbürger mit begrenzter Hoheitsgewalt gegenüber seinen Mitgliedern ausgestattet. Damit sind in der hier verwendeten Begrifflichkeit die Voraussetzungen erfüllt, nach denen das Primärrecht als Verfassung der Gemeinschaften angesehen werden kann.

b) Vergleich mit anderen Auffassungen

Die Auffassungen in der Literatur und Rechtsprechung zum Verfassungscharakter des Primärrechts lassen sich vereinfacht gesprochen zwei gegensätzlichen Richtungen zuordnen: die „europaorientierte“ und die „staatsorientierte“ Richtung.⁶⁸¹

Transformationsakte in allen Mitgliedstaaten, bindet alle seine Adressaten und verdrängt im Konfliktfall nationales Recht“.

679 Skeptisch hinsichtlich der Bezeichnung des Vertrages über die Europäische Union als Verfassung ist auch T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 309 f. Giegerich weist auf die strukturellen Unterschiede der „kooperativ-gouvernementalen“ Säulen der Union zur ersten Säule der Integrationsgemeinschaften hin und möchte allenfalls von einer „europäischen Verfassungsebene“ mit „zwei noch verschieden strukturierten Komponenten (EG und EU)“ sprechen.

680 A. v. Bogdandy und M. Nettesheim führen zwar eine Reihe von guten Gründen für die terminologische Gleichsetzung von Gemeinschaften und Union an (Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung); unter dem Aspekt der Ausübung von Hoheitsgewalt führt aber nach der gegenwärtigen Rechtslage wohl kein Weg an der Unterscheidung vorbei.

681 Vgl. zu zum folgenden auch T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 304 ff.

Die „europaorientierte“ Richtung (insbesondere der EuGH)⁶⁸² geht davon aus, daß das Gemeinschaftsrecht eine einheitliche, durch einen „Gesamtakt“ der Mitgliedstaaten begründete,⁶⁸³ autonome, d.h. auch von ihrer völkerrechtlichen Grundlage losgelöste und vor allem durch die Rechtsprechung des EuGH weiterentwickelte Rechtsordnung darstellt⁶⁸⁴ und das Primärrecht innerhalb dieser autonomen Rechtsordnung die höchste Norm, also die Verfassung.⁶⁸⁵ Von den Autoren dieser Richtung wird auch darauf hingewiesen, daß das Primärrecht bestimmte Funktionen erfüllt, die sonst von (Staats-) Verfassungen erfüllt werden, z.B. die Organisation der Erzeugung von Rechtssätzen, die Bändigung hoheitlicher Macht oder die „Regelung der Selbstregelung der beteiligten Gesellschaften“,⁶⁸⁶ auch die Einbeziehung der Bürger,⁶⁸⁷ die Kompetenzabgrenzung, die Verwirklichung des Rechtsstaatsprinzips, die Formulierung politischer Ziele und die

682 Der EuGH bezeichnet in diesem Sinne zumindest den E(W)GV schon im Urteil „Les Verts“ (EuGHE 1986, 1339, 1365) und seit dem sog. 1. EWR-Gutachten (EuGHE 1991, I-6079) in ständiger Rspr. als „Verfassung“ (ebda. Rn. 21): „Dagegen stellt der EWG-Vertrag, obwohl er in der Form einer völkerrechtlichen Übereinkunft geschlossen wurde, nichtsdestoweniger die Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft dar. ... Die wesentlichen Merkmale der so verfaßten Rechtsordnung der Gemeinschaft sind ihr Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten und die unmittelbare Wirkung zahlreicher für ihre Staatsangehörigen und für sie selbst geltender Bestimmungen.“ Die These von der Autonomie und dem Vorrang des Gemeinschaftsrechts formulierte der EuGH – noch ohne Bezugnahme auf den Verfassungsbegriff – schon in der insoweit grundlegenden Entscheidung EuGHE 1964, 1251 (Costa/ENEL), Rn. 8, 12. – Die Tatsache, daß der EuGH jeweils nur den E(W)G-Vertrag und nicht das gesamte Primärrecht als „Verfassung“ bezeichnet hat, erklärt sich wohl damit, daß der EuGH sich nur veranlaßt sah, auf das in dem jeweils zu entscheidenden Fall anzuwendende Recht einzugehen. Die Einbeziehung auch der übrigen Verträge und von Teilen des ungeschriebenen Rechts in den Verfassungsbegriff ist daher in der europarechtlichen Literatur unstrittig. Vgl. dazu G. C. Rodriguez Iglesias, Zur „Verfassung“ der Europäischen Gemeinschaft, S. 125. Zur Verfassungsbegrifflichkeit des EuGH allgemein vgl. M. Zuleeg, Die Verfassung der Europäischen Gemeinschaft in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, und grundlegend P. Pescatore, Die Gemeinschaftsverträge als Verfassungsrecht – ein Kapitel Verfassungsgeschichte aus der Perspektive des europäischen Gerichtshofs, systematisch geordnet. Auch das Bundesverfassungsgericht hatte in einer früheren Entscheidung (BVerfGE 22, 293, 296) formuliert: „Der EWG-Vertrag stellt gewissermaßen die Verfassung dieser Gemeinschaft dar“.

683 H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 58 ff.; dazu C. Tomuschat, Zweitbearbeitung Art. 24, Rn. 15 ff.

684 Vgl. A. v. Bogdandy / M. Nettesheim, Art. 1 EGV Rn. 8 f. Kritisch zu den Begründungen für die Autonomie des Gemeinschaftsrechts T. Schilling, The Autonomy of the Community Legal Order: An Analysis of Possible Foundations; dagegen wiederum J. H. H. Weiler, / U. R. Haltern, The Autonomy of the Community Legal Order – Through the Looking Glass.

685 So etwa D. H. Scheuing, Zur Verfassung der Europäischen Union, S. 139, der allerdings auch auf die Probleme der Übertragung staatsbezogener Begriffe hinweist (ebda. S. 143); A. v. Bogdandy, Skizzen einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung, S. 25; ders. / M. Nettesheim, Art. 1 EGV Rn. 61; J. Schwarze, Verfassungsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 23 ff.; auch K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, S. 541: Die Verträge seien „Grundnormen (Verfassungsnormen)“ einer eigenständigen Rechtsordnung.

686 So A. v. Bogdandy, Skizzen einer Theorie der Gemeinschaftsverfassung, S. 24. v. Bogdandy nennt hier auch die systemtheoretische „Scharnierfunktion“ zwischen Recht und Politik und die vertragliche Konstituierung der Macht.

687 A. v. Bogdandy / M. Nettesheim, Art. 1 EGV Rn. 61.

demokratische Legitimation des Primärrechts werden als Charakteristika einer Verfassung genannt, die für das Primärrecht zutreffen.⁶⁸⁸

Die in dieser Arbeit vertretene Auffassung stimmt im Ergebnis mit der „europaorientierten“ Richtung überein: Das Primärrecht stellt eine Verfassung dar. Die Begründung unterscheidet sich allerdings von den dargestellten „europaorientierten“ Auffassungen durch eine Schwerpunktsetzung: Es wird nicht das gesamte Spektrum möglicher gemeinsamer Merkmale des Primärrechts und einer Staatsverfassung betrachtet; der Blick konzentriert sich vielmehr auf solche Verfassungsmerkmale, die aus der Perspektive der Legitimation durch Verfassunggebung von Bedeutung sind. Sicher gibt es weitere Parallelen zwischen dem Primärrecht und einer Staatsverfassung, und deren Untersuchung kann in einem anderen Zusammenhang fruchtbringend sein; in dieser Arbeit, deren Thema die Legitimation durch Verfassunggebung ist, sollen sie außer Betracht bleiben. Im übrigen kann der Versuch, möglichst viele und möglichst weitgehende Parallelen zwischen dem Primärrecht und dem Staatsverfassungsbegriff zu ziehen, letztlich den Besonderheiten der supranationalen Rechtsordnung im ganzen kaum gerecht werden;⁶⁸⁹ die Beschränkung auf den Aspekt der Verfassungslegitimität läßt dagegen genug Raum für diese Besonderheiten und erfaßt dennoch die wohl wichtigste Funktion auch einer Europäischen Verfassung: die Legitimation der Ausübung von Hoheitsgewalt.

Die „staatsorientierte“ Richtung lehnt es ab, den Verfassungsbegriff im europäischen Zusammenhang zu verwenden, weil dieser Begriff nur für (souveräne) Staaten passe und die Gemeinschaften bzw. die Union eben kein (souveräner) Staat seien bzw. weil die Voraussetzungen zur Bildung eines Staates oder Staatsvolkes fehlten.⁶⁹⁰ Umgekehrt (aber mit ähnlichem argumentativem Ziel) wird von dieser Richtung die „Gefahr“ beschworen, Europa könnte eine Verfassung bekommen (oder schon haben), weil damit angeblich ein neuer Staat entstehen würde und dadurch die Eigenstaatlichkeit der Mitgliedstaaten gefährdet sei.⁶⁹¹

688 Zu den letztgenannten Verfassungsfunktionen des Primärrechts G. C. Rodriguez Iglesias, Zur „Verfassung“ der Europäischen Gemeinschaft.

689 Gegen solche Vergleiche und die bloße Anwendung des „Modells der Staatsverfassung“ auf eine Europäische Verfassung auch W. Hertel, Supranationalität als Verfassungsprinzip, S. 55 ff.; ders., Die Normativität der Staatsverfassung und einer Europäischen Verfassung, S. 240 ff. (aber mit einem anderen Lösungsvorschlag; der von Hertel postulierte „fundamentale Unterschied“ zwischen der „Integration der Mitgliedstaaten“, die sich in der Formulierung von offenen Zielsetzungen äußere, und der „Integration der Bürger“, die in der Form der rechtlichen Sicherung und Kontrolle geschehe (ebda. S. 246 ff., 251), erscheint allzu künstlich).

690 So etwa C. Koenig, Ist die Europäische Union verfassungsfähig?, S. 275 (mit Hinweis vor allem auf die Notwendigkeit einer „Nation“ als Subjekt der verfassunggebenden Gewalt und auf die fehlende Kompetenz-Kompetenz der Union; vgl. ebda. S. 272 f.); ders., Anmerkungen zur Grundordnung der Europäischen Union und ihrem fehlenden „Verfassungsbedarf“, S. 549 (sinnvoll sei der Verwendung des Verfassungsbegriffs nur dann, wenn er „auf die (künftige) Erreichung von Staatlichkeit ausgerichtet wäre“). Auch A. Anzon lehnt – unter Aufzählung einer Anzahl von entsprechenden Einzelbegründungen – eine „europäische Verfassung“ letztlich mit der Begründung ab, daß der (normative) Verfassungsbegriff nur für souveräne Staaten passe: Die „europäische Verfassung“ als Rechtsproblem, insb. S. 111, 124.

691 So etwa H.-P. Schneider, Föderative Gewaltenteilung in Europa, S. 1406, der die „Verstaatung“ der Europäischen Union als „unvermeidliche Konsequenz“ der Ausarbeitung einer Europäischen Verfassung bezeichnet. In dieser Richtung offenbar auch H. H. Rupp, Maastricht – eine neue Verfassung?

Der wesentliche Unterschied der hier vertretenen Auffassung zur „staatsorientierten“ Richtung besteht darin, daß die von dieser Richtung postulierte notwendige Verbindung zwischen Verfassung und Staat abgelehnt wird. Auch andere Personenverbände können Verfassungen haben. Verfassung wird nicht als Grundordnung eines Staates, sondern – allgemeiner – als Grundordnung eines Personenverbandes verstanden, der gegenüber seinen Mitgliedern in irgendeiner Form Hoheitsgewalt ausübt. Diese Hoheitsgewalt kann dem Personenverband auch von anderen Hoheitsträgern (z.B. Staaten) übertragen und auf bestimmte Bereiche beschränkt sein. Die Frage der Staatsqualität oder Staatsähnlichkeit der Gemeinschaften und der Union braucht daher hier nicht diskutiert zu werden. Es wird also nicht behauptet, die Gemeinschaften bzw. die Union seien ein Staat oder staatsähnlich; vielmehr wird ein anderer Verfassungsbegriff verwendet, für den diese Frage unerheblich ist.⁶⁹² Dies entspricht dem Anliegen dieser Arbeit, den Gedanken der Legitimation durch Verfassungsgebung auch für das Gemeinschaftsrecht fruchtbar zu machen, und sich dabei von der gegenwärtig offenbar nicht weiterführenden Frage der – zukünftigen oder bis zu einem gewissen Grade schon vorhandenen – Staatsqualität der Gemeinschaften zu lösen.⁶⁹³

III. Mögliche zukünftige Europäische Verfassungen

Mit Hilfe der Ergebnisse des vorigen Abschnitts hinsichtlich der Qualität des geltenden Primärrechts der Gemeinschaften als Europäische Verfassung (nach dem hier verwendeten Verfassungsbegriff) läßt sich auch die Frage nach der Verfassungsqualität entsprechender möglicher künftiger Normenkomplexe beantworten.

1. Bisherige Verfassungsentwürfe

Schon im Vorfeld der geplanten – und schließlich an der Ablehnung der französischen Nationalversammlung gescheiterten – Europäischen Verteidigungsgemeinschaft hatte die sog. „Ad-hoc-Versammlung“ in den Jahren 1952/53 auf der Basis der EGKS einen Verfassungsentwurf für eine „Europäische Gemeinschaft übernationalen Charakters“ erarbeitet, die staatsähnliche Züge tragen sollte.⁶⁹⁴ Die vorgesehene Organstruktur bestand im wesentlichen aus einem Zweikammerparlament mit alleiniger Gesetzgebungs-

Etwas zurückhaltender, aber mit ähnlicher Tendenz P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, S. 896 ff.

692 Wird der Verfassungsbegriff in dieser Weise auf das für die Legitimitätsfrage Notwendige reduziert, besteht auch keine Gefahr „enttäuschter Erwartungen“, vor denen C. Koenig bei Anwendung des Verfassungsbegriffs auf das Primärrecht warnt (C. Koenig, Ist die Europäische Union verfassungsfähig?, S. 275).

693 Diese Unterscheidung von Staatlichkeit und Verfaßtheit und die Hinwendung zu den Fragen der Verfaßtheit ist auch ein Anliegen bei U. Di Fabio, Eine europäische Charta, S. 737, 739. D. T. Tsatsos will die Unterschiede zur Staatsverfassung und die Besonderheiten des Gemeinschaftsrechts dadurch herausstreichen, daß er nicht von Europäischer Verfassung, sondern von „Europäischer Unionsgrundordnung“ spricht, die aber „verfassungsqualitative Momente“ habe: Die Europäische Unionsgrundordnung, S. 292 ff.

694 Dazu J. Schwarze, Verfassungsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 66 f.; der Entwurf ist im gleichen Sammelband abgedruckt: J. Schwarze / R. Bieber (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, S. 397-433.

kompetenz (Art. 52 des Entwurfs) und einem Exekutivrat, der „die Regierung der Gemeinschaft wahr(nimmt)“ (Art. 27 des Entwurfs); der Ministerrat sollte lediglich Koordinierungsfunktion für die Regierungstätigkeit der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten haben (Art. 35 des Entwurfs). Auch ein Gerichtshof war vorgesehen, der u.a. von natürlichen und juristischen Personen wegen Verletzung der in der EMRK vorgesehenen Rechte durch Gemeinschaftsorgane angerufen werden kann (Art. 45 des Entwurfs).

Nach dem Scheitern dieser Bemühungen wurde der Verfassungsgedanke erst wieder in den achtziger Jahren aufgegriffen, als die Perspektive einer die Gemeinschaften übergreifenden politischen Union ins Blickfeld trat. Bedeutung und Aufmerksamkeit haben vor allem die verschiedenen Entschlüsse zu „Verfassungsentwürfen“ des Europäischen Parlaments bzw. seines Institutionellen Ausschusses erlangt. Zu nennen sind hier v.a. die Entwürfe bzw. Entschlüsse aus den Jahren 1984⁶⁹⁵, 1990⁶⁹⁶ und 1994⁶⁹⁷. Angesichts der Kompetenzen des Europäischen Parlaments stellen diese Entwürfe nicht mehr als unverbindliche Vorschläge dar, durch die das Parlament Wünsche an die Mitgliedstaaten äußert, die für entsprechende Vertragsänderungen zuständig sind. So wurden diese Entwürfe denn auch jeweils im Vorfeld von Regierungskonferenzen beschlossen, die zu wesentlichen Vertragsänderungen führten (1986: Einheitliche Europäische Akte, 1993: Vertrag von Maastricht, 1997: Vertrag von Amsterdam). Der Einfluß dieser Parlamentsentwürfe auf die beschlossenen Vertragsänderungen war jedoch gering.⁶⁹⁸

Die Bezeichnung „Verfassung“ wird in den genannten Parlamentsentschlüssen offenbar nicht nur gewählt, um den Entwürfen eine gewisse Bedeutung schon durch die Bezeichnung zu verleihen, sondern auch, um die Tendenz der vom Parlament gewünschten Vertragsänderungen deutlich zu machen. Diese Tendenz betrifft die rechtstechnische Gestalt des Primärrechts, seinen Inhalt und seine Legitimitätsgrundlage.

Hinsichtlich der rechtstechnischen Gestalt wird schon seit längerem die Zusammenführung der verschiedenen Verträge zu einem einheitlichen Vertragswerk bei gleichzeitiger Reduzierung und Vereinfachung der Normen („Konsolidierung“) gefordert.⁶⁹⁹

695 Entwurf v. 14.2.1984, ABl. C 77/1984, S. 33 („Entwurf Spinelli“); dazu A. Spinelli, Das Verfassungsprojekt des Europäischen Parlaments. Der Entwurf ist im gleichen Sammelband abgedruckt: J. Schwarze / R. Bieber (Hrsg.), Eine Verfassung für Europa, S. 317-357. Kritisch zu dem Entwurf H. P. Ipsen, Europäische Verfassung – nationale Verfassung, S. 202 ff.; Ipsen wirft dem Europäischen Parlament „etatistische Präjudikation“ vor und sieht in dem Entwurf zu große Ähnlichkeit zu einer Staatsverfassung. Vgl. zu dem Entwurf auch I. Pernice, Verfassungsentwurf für eine Europäische Union.

696 Entschlüsse v. 11.7. und vom 12.12.1990, ABl. C 231/1990, S. 91 und ABl. C 19/1991, S. 65. Dazu (und zu dem Entwurf aus dem Jahr 1994) W. Hertel, Supranationalität als Verfassungsprinzip, S. 220 ff.

697 Entschluß v. 10.2.1994, ABl. C 61/1994, S. 155; dazu R. Bieber, Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, S. 291 f.; I. Pernice, HStR § 191 Rn. 68 ff.

698 Vgl. R. Bieber, Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, S. 291; J. Schwarze, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, S. 1677 f.

699 So wurde 1996 von einer Arbeitsgruppe am Robert Schumann-Zentrum des Europäischen Hochschulinstituts in Florenz unter der Leitung von A. v. Bogdandy im Auftrag des Europäischen Parlaments ein Entwurf für eine „konsolidierte Fassung“ der Verträge erarbeitet. Es zeigte sich, daß die Konsolidierung des geltenden Vertragsrechts ohne wesentliche inhaltliche Änderung möglich ist.

Ein derart gestaltetes Primärrecht hätte zumindest nach seiner rechtstechnischen Gestalt mehr Ähnlichkeit zu einer (Staats-) Verfassung als das bisherige Primärrecht – und damit auch bessere Chancen auf Beachtung und Anerkennung durch die Unionsbürger.

In bezug auf gewünschte inhaltliche Änderungen des Primärrechts bringt die Bezeichnung „Verfassung“ eine Tendenz zum Ausdruck, die sich auch in den vorgeschlagenen Änderungen widerspiegelt: die Annäherung der Funktionsverteilung der Gemeinschaftsorgane an die von Staatsorganen, vor allem hinsichtlich des Rechtsetzungsverfahrens. Die Abhängigkeit von den einzelnen Mitgliedstaaten soll durch die Reduzierung des Einstimmigkeitserfordernisses im Rat und durch die Stärkung der Stellung des Europäischen Parlaments vermindert werden; dieses soll idealerweise zum Hauptrechtsetzungsorgan werden.

Hinsichtlich der Legitimitätsgrundlage wird in der Bezeichnung „Verfassung“ der Wunsch deutlich, das Primärrecht nicht nur in der Theorie, sondern auch formal, durch einen entsprechenden Rechtssetzungsakt, von der völkerrechtlichen Grundlage zu lösen; dementsprechend forderte das Europäische Parlament wiederholt die Durchführung eines besonderen „Verfassungsgebungsverfahrens“, z.B. die Einsetzung eines „Verfassungskonvents“.⁷⁰⁰

Trotz der in diesen Verfassungsentwürfen vorgesehenen z.T. weitgehenden Änderungen des Primärrechts und trotz der damit beabsichtigten Annäherung an staatsähnliche Strukturen ist das Ziel dieser Entwürfe nach ihrem Selbstverständnis und dem Verständnis ihrer Befürworter nicht etwa die Schaffung eines Staates.⁷⁰¹ Die Gemeinschaften bzw. die Union sollen nach diesen Entwürfen eine neue Gestalt bekommen, ohne den Schritt zu einem europäischen Staat zu machen.

Die bisher angesprochenen Verfassungsentwürfe hatten eine integrationsfreundliche Zielrichtung. Die entgegengesetzte Zielrichtung ist aber ebenfalls möglich: So wurde im Vorfeld des Maastrichter Vertrages von einer Gruppe von Wissenschaftlern ein 10-Punkte-Programm für eine Europäische Verfassung erarbeitet, das sich gegen die Supranationalität richtete und für die Wiedergewinnung nationaler Zuständigkeiten eintrat; die intendierte Verfassung sollte den Bestand der Nationalstaaten gegen integrierende Tendenzen rechtlich absichern.⁷⁰²

Die Elemente des in der vorliegenden Arbeit verwendeten, dem Prinzipienmodell entsprechenden Verfassungsbegriffs liegen beim staatsverfassungsähnlichen Entwurf

Vgl. dazu A. v. Bogdandy / C.-D. Ehlermann, Zur Konsolidierung der Europäischen Gründungsverträge. Ein weiterer Entwurf eines „konsolidierten Vertrages über die Europäische Union“ im Auftrag des Europäischen Parlaments – ebenfalls 1996 erstellt – stammt von einer von R. Bieber geleiteten Arbeitsgruppe; dazu ders., Die Vereinfachung der Verträge zur Errichtung der Europäischen Union. Zum Konsolidierungsgedanken vgl. auch ders., Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, S. 293 f. Zu beiden Entwürfen ausführlich W. Hertel, Supranationalität als Verfassungsprinzip, S. 233 ff.

700 Vgl. etwa die Entschließung des Parlaments v. 10.2.1994, Nr. 2-5.

701 Vgl. J. Schwarze, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, S. 1683.

702 Vgl. zu diesen Vorschlägen der „European Constitutional Group“ M. Schröder, Grundsatzfragen einer europäischen Verfassungsgebung, S. 509, 515 f.

der Ad-hoc-Versammlung offensichtlich vor. Sie sind aber auch bei den übrigen oben erwähnten Verfassungsentwürfen vorhanden – ebenso wie beim geltenden Primärrecht, das durch diese Entwürfe lediglich abgewandelt wird, aber keinen anderen Charakter erhält. Die Ausführungen des vorangegangenen Kapitels lassen sich daher auf diese Entwürfe übertragen; diese Entwürfe können ohne weiteres als „Verfassung“ im Sinne der hier verwendeten Begrifflichkeit verstanden werden.

In jüngster Zeit ist der Verfassungsgedanke zunächst wieder anlässlich der Fertigstellung und der feierlichen Verkündung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union durch den Europäischen Rat in Nizza im Dezember 2000 ins öffentliche Bewußtsein gerückt.⁷⁰³ Diese Charta wurde von einem aufgrund eines Beschlusses des Europäischen Rates vom Juni 1999 eingesetzten Gremium, das sich selbst „Konvent“ nannte und mit Vertretern der Gemeinschaftsorgane und der Parlamente der Mitgliedstaaten besetzt war, innerhalb eines Jahres erarbeitet. Inhaltlich knüpft sie nach ihrer Präambel u.a. an die Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten sowie an die Europäische Menschenrechtskonvention und an die Rechtsprechung des EuGH sowie des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte an. Sie soll die Organe der Union (bzw. der Gemeinschaften) binden und auch die Organe der Mitgliedstaaten, soweit diese Gemeinschaftsrecht durchführen. Die Charta wurde immer wieder als ein erster Schritt zu einer Europäischen Verfassung bezeichnet, und zwar nicht nur wegen ihres Inhalts – die Grundrechte sollen einen wesentlichen Teil dieser Verfassung bilden –, sondern auch wegen des Verfahrens, in dem sie zustande gekommen ist. Schon die Bezeichnung „Konvent“ knüpft an die Tradition der verfassungsgebenden Versammlungen an, und in der Tat hat das Gremium durch seine begrenzte Aufgabenstellung, seine Größe und seine Verfahrensweise eine gewisse Ähnlichkeit mit diesen Versammlungen.⁷⁰⁴ Allerdings ist die Grundrechtecharta mit der feierlichen Verkündung in Nizza nicht rechtsverbindlich geworden; sie wurde nicht im Rahmen eines Vertragsänderungsverfahrens nach Art. 48 EUV (das eine Ratifizierung in den Mitgliedstaaten erfordern würde) in die Verträge aufgenommen, sondern stellt bisher noch eine unverbindliche Proklamation dar; die durch sie formulierten Rechte sind nicht direkt einklagbar, sondern können allenfalls eine „politische“ Bindungswirkung für die Gemeinschaftsorgane bzw. die Organe der Mitgliedstaaten erzeugen. In dieser Form stellt die Charta keine Rechtsnorm dar und hat damit auch keinen Verfassungscharakter. Sollte sie in das Vertragsrecht übernommen werden, so würde sie für sich genommen auch noch keine Verfassung darstellen; sie würde aber das geltende Primärrecht, das ja auch schon Verfassungscharakter hat, in

703 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C 364/2000, S. 1 ff. Zur Grundrechtecharta und ihrer Entstehung vgl. nur C. Calliess, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Fragen der Konzeption, Kompetenz und Verbindlichkeit; A. Weber, Die Europäische Grundrechtecharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung; I. Pernice, Eine Grundrechte-Charta für die Europäische Union; U. Di Fabio, Eine europäische Charta; S. Baer, Grundrechtecharta ante portas; K. Ritgen, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union; J. F. Lindner, EG-Grundrechtecharta und gemeinschaftsrechtlicher Kompetenzvorbehalt; T. Stein, „Gut gemeint ...“ – Bemerkungen zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union; zuletzt die Beiträge in A. Duschanek / S. Grillier (Hrsg.), Grundrechte für Europa, Wien / New York 2002. Zusammenfassend zu den jüngeren Verfassungsvisionen auch aus der Politik J. Schwarze, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht.

704 Vgl. zum Konventsverfahren unten D.III.3.

einer wesentlichen Hinsicht ergänzen und damit die Qualität der aus dem Primärrecht gebildeten Verfassung verbessern.⁷⁰⁵

Seit dem Frühjahr 2002 tagt der auf der Grundlage der „Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union“⁷⁰⁶ eingesetzte Konvent⁷⁰⁷, um einen „Verfassungsvertrag“ zu entwerfen. Der Entwurf des Konvents, dessen Fertigstellung im Juni 2003 erwartet wird, soll einen Anstoß geben für eine Umgestaltung der Verträge, die u.a. die Union „demokratischer, transparenter und effizienter“ machen und die Erweiterung der Union auf etwa 30 Mitgliedstaaten vorbereiten soll. Der Konventsentwurf wird unverbindlich sein; er soll eine „Empfehlung“ an die seiner Fertigstellung folgende Regierungskonferenz darstellen, die das erforderliche Vertragsänderungsverfahren einleiten kann. Trotz der Bezeichnung „Verfassungsvertrag“ bzw. „Verfassung“ und trotz möglicher umfassender institutioneller und sachlicher Änderungen wird sich dabei am Charakter des Primärrechts nichts ändern; insbesondere ist in keiner Weise geplant, einen Europäischen Bundesstaat mit einer Staatsverfassung zu errichten. Das möglicherweise aufgrund eines Konventsentwurfs künftig geänderte Primärrecht kann aus den gleichen Gründen wie das geltende Primärrecht als Verfassung in dem in der vorliegenden Arbeit verwendeten Sinne angesehen werden.

2. Die Verfassung eines künftigen Europäischen Bundesstaates

Die Schaffung eines Europäischen Bundesstaates scheint – anders als in den Anfangsjahren der Gemeinschaften –⁷⁰⁸ gegenwärtig außerhalb einer realitätsorientierten Perspektive zu liegen;⁷⁰⁹ H. P. Ipsens Charakterisierung der Gemeinschaften als „Zweckver-

705 Allerdings bedarf ein effektiver Grundrechtsschutz nach der Charta auch eines entsprechenden gerichtlichen Individualrechtsschutzes. Die gegenwärtigen Verfahren reichen dazu kaum aus; daher müßte die Charta noch um entsprechende Verfahrensvorschriften ergänzt werden. Dazu näher N. Reich, Zur Notwendigkeit einer Europäischen Grundrechtsbeschwerde.

706 Diese Erklärung hat der Europäische Rat am 14./15. Dezember 2001 in Laeken angenommen. Sie ist abgedruckt in EuGRZ 2001, S. 662-665.

707 Dem Konvent gehören neben seinem Vorsitzenden und seinen beiden Stellvertretern 15 Vertreter der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten, 30 Mitglieder der nationalen Parlamente, 16 Mitglieder des Europäischen Parlaments und zwei Vertreter der Kommission an. Vgl. zum Konventsverfahren auch unten D.III.3.

708 Vgl. den Titel der ersten Auflage des Werkes von W. Hallstein aus dem Jahre 1969: Der unvollendete Bundesstaat. Winston Churchill sagte schon in seiner Züricher Rede am 19.9.1946 den vielzitierten Satz: „Wir müssen eine Art Vereinigter Staaten von Europa errichten“ – freilich, wie Churchill meinte, ohne Beteiligung des Vereinigten Königreichs (zit. nach T. Oppermann, Europarecht, Rn. 12; zum ganzen vgl. ebda. Rn. 12 ff.). Zur Vorgeschichte der europäischen Einigungsidee vgl. R. H. Foerster, Europa.

709 Anders noch manche Einschätzungen im Vorfeld des Maastrichter Vertrages, z.B. C. Eiselstein, Europäische Verfassungsgebung, S. 21: „Die europäische (politische) Union wird ohne jeden Zweifel ein Bundesstaat sein, wobei die Zentrale in Brüssel die Ebene des ‘Bundes’ und die Mitgliedstaaten die Ebene der ‘Länder’ bilden werden.“ M. Seidel war nach Abschluß des Unionsvertrages der Ansicht, daß die in diesem Vertrag vorgesehene (inzwischen so erfolgte) Übertragung der Währungshoheit auf die Gemeinschaft deren Staatsqualität erfordere, so daß die Staatswerdung eine Aufgabe für die nachfolgende Regierungskonferenz sei (Zur Verfassung der Europäischen Gemeinschaft nach Maastricht, S. 138 f.). Auch in der Sachverständigenanhörung der Gemeinsamen Verfassungskommission im Vorfeld der Einfügung des Art. 23 n.F. bestand „im Grunde Einigkeit ..., daß sich hinter

band funktionaler Integration⁶⁷¹⁰ trifft auch heute noch zumindest insoweit zu, als daß sie die Staatlichkeit der Gemeinschaften – auch als Ziel der Integration – ausschließt. Dennoch erlaubt und verlangt die Befassung mit der Legitimation durch Verfassunggebung im Kontext der europäischen Integration auch die Betrachtung eines solchen zumindest für eine fernere Zukunft denkbaren Gebildes. Es handelt sich dabei um eine souveräne politische Einheit (die dennoch bundesstaatlich gegliedert sein kann), auf die die Hoheitsgewalt auf ihrem Territorium übergegangen ist. Ein solches Gebilde wäre ein souveräner Staat nach herkömmlichem Verständnis, und seine rechtliche Grundordnung wäre eine Staatsverfassung. Selbstverständlich würde eine solche Staatsverfassung die Merkmale des hier verwendeten, umfassenderen Verfassungsbegriffs erfüllen.

Damit erschließt sich also ein ganzes Spektrum von Normkomplexen, angefangen vom geltenden Primärrecht bis hin zur Verfassung eines Europäischen Bundesstaates, einschließlich denkbarer Zwischenstufen, einer Betrachtung als Verfassung im hier zugrundegelegten Sinne der rechtlichen Grundordnung eines mit Hoheitsgewalt ausgestatteten Personenverbandes.

B. Die Möglichkeit der Legitimation einer Europäischen Verfassung durch Verfassunggebung

Der in dieser Arbeit verwendete Verfassungsbegriff orientiert sich zwar an der Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung; dennoch ist die spezifische Art der Verfassungslegitimität kein konstitutiver Begriffsbestandteil. Obwohl das geltende Primärrecht bzw. entsprechende denkbare künftige Normenkomplexe soeben als „Verfassung“ identifiziert wurden, ist es daher nicht selbstverständlich, daß sie ihre Legitimität mit der Verfassunggebung begründen können bzw. sich überhaupt einer Legitimitätsbeurteilung nach der Theorie der Verfassunggebung erschließen.

Gegen die Legitimation einer Europäischen Verfassung durch Verfassunggebung werden verschiedene Einwände vorgebracht. Der erste Einwand, der vor allem gegen die Anwendung dieser Theorie auf das geltende Primärrecht sprechen könnte, ergibt sich aus der Tatsache, daß (bisher) kein ausdrücklicher verfassunggebender Akt durch die Unionsbürger stattgefunden hat, daß vielmehr das Primärrecht formal auf völkerrechtlichen Verträgen der Mitgliedstaaten beruht.

Der zweite Einwand, die fehlende Souveränität der Gemeinschaften bzw. der Union, bezieht sich ebenfalls in erster Linie auf den gegenwärtigen Zustand und das geltende

der europäischen Integration mit und nach Maastricht zunehmend deutlicher der ‘Nationalstaat Europa’, der Bundesstaat abzeichnet“ (so die Einschätzung von U. Di Fabio, Der neue Art. 23 des Grundgesetzes, S. 194 Fn. 14). Vgl. zu den Perspektiven eines Europäischen Bundesstaates T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 887 ff.; wenn Giegerich der Europäischen Gemeinschaft allerdings jetzt schon „Ähnlichkeit zum Bundesstaat“ zuspricht (ebda. S. 730 ff.), dann meint er damit nicht, daß der EG schon jetzt Souveränität zugesprochen werden könne; vielmehr geht er von einer geteilten Souveränität aus und möchte mit der Rede von der „Ähnlichkeit zum Bundesstaat“ offenbar v.a. die Ähnlichkeit der Normstrukturen der bundesstaatlichen Verfassung und des EG-Primärrechts zum Ausdruck bringen.

710 H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 197 ff.; ders., Europäische Verfassung – nationale Verfassung, S. 203.

Primärrecht. Das Argument ist hier, daß die Souveränität bei den Mitgliedstaaten und nicht bei den Gemeinschaften oder der Union liege, so daß allein die Mitgliedstaaten über deren Verfassung zu bestimmen haben.

Der dritte Einwand bezieht sich auch auf künftige Verfassungen: Legitimation durch Verfassunggebung sei hier deswegen unmöglich, weil es an einem europäischen „Volk“ als Subjekt einer solchen Verfassunggebung fehle.

Die drei Einwände müssen in den hier entwickelten argumentativen Zusammenhang gestellt werden. Es muß also geprüft werden, ob das Fehlen eines verfassunggebenden Aktes, die fehlende Souveränität auf europäischer Ebene oder das Fehlen eines europäischen „Volkes“ die Legitimation durch Verfassunggebung in bezug auf das (gegenwärtige und künftige) Primärrecht ausschließt. Es wird sich zeigen, daß die drei Einwände eine solche Art der Legitimation *nicht* ausschließen. Zur Bekräftigung dieses Ergebnisses sollen dann abschließend einige Parallelen zur Verfassunggebung im Gliedstaat eines Bundesstaates hergestellt werden – ein Fall, auf den die Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung von vielen Autoren angewendet wird.

I. Erster Einwand: Völkerrechtlicher Vertrag ist kein Akt der Verfassunggebung

Unbestreitbar beruht das Primärrecht – zumindest das geschriebene – formal auf völkerrechtlichen Verträgen. Man kann diese Verträge zwar mit H. P. Ipsen als „Gesamtakt staatlicher Integrationsgewalt“ charakterisieren,⁷¹¹ damit die rechtlichen Besonderheiten der „Übertragung“ von Hoheitsrechten nach Art. 24 I GG auf eine gemeinschaftlich gegründete „zwischenstaatliche Einrichtung“ zum Ausdruck bringen, auf diese Weise die „autonome“ Entstehung und den Vorrang auch des sekundären Gemeinschaftsrechts vor dem mitgliedstaatlichen Recht erklären und damit schließlich eine „Loslösung“ des Gemeinschaftsrechts von seiner völkerrechtlichen Grundlage begründen –⁷¹² am ursprünglichen Vertragscharakter der Gründungsverträge ändert das nichts.⁷¹³

Ein solcher Vertrag zwischen Staaten kann nach Ansicht vieler Autoren nicht als Akt der Verfassunggebung angesehen werden; durch einen solchen Vertrag kann keine Verfassung entstehen. Exemplarisch sei das an der Argumentation von D. Grimm in seiner Schrift „Braucht Europa eine Verfassung?“ dargestellt. Grimm formuliert das so: „Zu einer Verfassung im vollen Sinn des Begriffs gehört es ..., daß sie auf einen Akt zurückgeht, den das Staatsvolk setzt oder der ihm zumindest zugerechnet wird und in dem dieses sich selbst politische Handlungsfähigkeit beilegt. Eine solche Quelle fehlt dem primären Gemeinschaftsrecht. Es geht nicht auf ein europäisches Volk, sondern auf die einzelnen Mitgliedstaaten zurück und bleibt auch nach seinem Inkrafttreten von diesen abhängig. Während Nationen sich selbst eine Verfassung geben, wird der Europäischen

711 H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 58 ff.

712 Diese Erklärung beruht auf der Auslegung der „Übertragung“ von Hoheitsrechten nach Art. 24 I GG als Zurücknahme der eigenen Hoheitsgewalt und Einräumung der Möglichkeit für die zwischenstaatliche Einrichtung, deren autonom begründete Hoheitsgewalt im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland auszuüben. Grundlegend dazu H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 53 ff.

713 So auch I. Pernice, Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 208 f.

Union eine Verfassung von Dritten gegeben.⁷¹⁴ Gegen die letztere Formulierung kann man freilich einwenden, daß ja die Regierungsvertreter bzw. Parlamente *aller* Mitgliedstaaten die Verträge in Vertretung für ihre Bürger abgeschlossen haben (bei Ratifizierungen durch Volksabstimmung haben sogar die Bürger selbst gehandelt), so daß letztlich die Verträge nicht „Dritten“ als Urheber zuzurechnen sind, sondern den Bürgern aller Mitgliedstaaten und damit den Unionsbürgern selbst.⁷¹⁵

Aber das trifft vielleicht noch gar nicht den Kern der Sache. Bei der Kritik am völkerrechtlichen Vertrag als Verfassungserzeugung geht es nämlich letztlich nicht um die Zurechnung von Willenserklärungen, sondern um die Frage der *Souveränität*.

Dieser Zusammenhang wird etwa bei der „klassischen“ Behandlung des Problems der Verfassungsentstehung durch Vertrag in G. Jellinek's „Lehre von den Staatenverbindungen“ deutlich.⁷¹⁶ Jellinek begründet seine Ansicht, „noch weniger als ein Staat (können) die Staatsverfassung durch Vertrag entstehen“ damit, daß man durch Vertrag „keinen höheren Willen über sich und keinen selbständigen Willen neben sich hervorbringen“ könne; der Vertrag bestehe „nur so lange, als es mit den höchsten Interessen der Contrahenten ... verträglich ist“.⁷¹⁷ Die mit Vertrag „eingesetzte Societätsgewalt (könne) daher nie das hervorragendste Merkmal einer Staatsgewalt haben: sie (könne) nicht *herrschen*, nicht bedingungslos befehlen, sondern (sei) immer auf den guten Willen der Gesellschaftsglieder angewiesen.“⁷¹⁸ Es bestehe weiterhin ein Austrittsrecht der vertragsschließenden Staaten, und das „principielle Postulat der Staatsidee, dass sie höher stehe als jedes Particularinteresse, dass daher im Falle des äussersten Conflictes ihr jedes ihren Zwecken widerstrebende Interesse eines Staatsgliedes aufgeopfert werden müsse, hat einem derart construirten Gebilde gegenüber keine Berechtigung.“⁷¹⁹ Mit anderen Worten: durch völkerrechtlichen Vertrag souveräner Einzelstaaten kann kein souveräner Bundesstaat entstehen.

Die Bildung eines (souveränen) Staates geschieht nach Jellinek vielmehr dadurch, „dass ein Volk, welches sich als Einheit fühlt und weiss, diese Einheit dadurch zum Ausdruck bringt, dass es sich als solche organisirt und demgemäss als Staat darstellt.“⁷²⁰ Souveränität kann also nur durch ein als einheitliches Subjekt gedachtes Volk hervorgebracht werden: „Wer die Existenz vertragsmässiger Grundlagen des Bundesstaates behauptet, der muss in ihnen nothwendig eine Schranke für die Kompetenzerweiterung desselben aus eigenem Rechte finden und demgemäss die Souveränität des Bundes leugnen. Wenn man hingegen den Bundesstaat als Staat und zwar als die zur souveränen

714 D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 31.

715 So auch I. Pernice, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, S. 164; ders., Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 208 f.

716 G. Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen, S. 257 ff.; dazu W. Pauly, Souveräner Staat und Staatenverbindungen, S. XXI.

717 G. Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen, S. 257 f.

718 Ebda. S. 258; Hervorhebung im Original.

719 Ebda. S. 259.

720 Ebda. S. 263.

Gesamtpersönlichkeit organisierte Nation erfasst, so lassen sich für seine Kompetenz nur diejenigen Schranken ziehen, welche sie sich selbst gesetzt hat.⁷²¹

Auch Carl Schmitt schließt die Möglichkeit der Verfassungsgebung für einen souveränen Bundesstaat durch völkerrechtlichen Vertrag aus. Er kennt zwar die Kategorie des „Verfassungsvertrages“, doch ein solcher Verfassungsvertrag ist ein „Bundesvertrag“, durch den ein „Bund“ gebildet wird.⁷²² Schmitt verwendet dabei einen eigenartigen Begriff des Bundes. Ausdrücklich verweigert er diesen Begriff einer Einordnung in den Gegensatz Bundesstaat – Staatenbund.⁷²³ Voraussetzung für die Bildung eines „Bundes“ ist die „substantielle Homogenität“ der Gliedstaaten („meistens ... eine nationale Gleichartigkeit der Bevölkerung“),⁷²⁴ die mit der in seiner Demokratielehre entwickelten „demokratischen Homogenität“ vergleichbar ist. Der Bund im Sinne Schmitts zeichnet sich insbesondere dadurch aus, daß im Verhältnis zwischen den Gliedstaaten und dem Bund die Frage der Souveränität offenbleibt.⁷²⁵

Für Schmitt ist nun ein „Bund“, „in welchem nicht die Mitgliedstaaten, sondern der Bund als solcher souverän ist, ... in Wahrheit ein souveräner Einheitsstaat“.⁷²⁶ Wird ein solcher Einheitsstaat durch Vertragsschluß gebildet, dann wird dessen Verfassung zwar „bei Gelegenheit dieses Vertrages ... vereinbart“, aber diese Verfassung beruht „in ihrer Weitergeltung doch nicht auf jenem Vertrag, sondern auf dem Willen der verfassungsgebenden Gewalt des neuen Einheitsstaates“.⁷²⁷

Jellineks und auch Schmitts Bundesstaatstheorie liegt also die Vorstellung zugrunde, daß die Verfassung eines souveränen Bundesstaates (bei Schmitt heißt das dann: „Einheitsstaat“) nur durch ein homogenes, souveränes Subjekt begründet werden kann: das Volk des Gesamtstaates. Dieses Subjekt ist letztlich die Quelle der Souveränität des Bundesstaates.

Genau diese Vorstellung legt offenbar auch D. Grimm seinen Ausführungen zur Unmöglichkeit der vertraglichen Begründung einer Europäischen Verfassung zugrunde: Die Europäische Union könne nicht über ihre (vertraglich begründete) Grundordnung (das Primärrecht) verfügen; Herren der Verträge blieben vielmehr die Mitgliedstaaten, „die nicht etwa in der Union aufgegangen sind“.⁷²⁸ Der Unterschied zur „Verfassung im Vollsinn des Begriffs“ liege „in der Rückführung auf den Willen der Mitgliedstaaten statt auf den des Unionsvolks“. Die Verträge seien daher nicht „Ausdruck der Selbstbe-

721 Ebda. S. 301.

722 Vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 63. Zu Schmitts Bundeslehre vgl. auch ebda. S. 363 ff.; dazu H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität, S. 139.

723 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 366.

724 Ebda. S. 375 f.

725 Ebda. S. 373, 379.

726 Ebda. S. 373.

727 Ebda. S. 62.

728 D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 31.

stimmung einer Gesellschaft über Form und Ziel ihrer politischen Einheit“.⁷²⁹ Dies ist die oben skizzierte Lehre der Bundesstaatsverfassung nach G. Jellinek und C. Schmitt.

Nur: Jellineks und auch Schmitts Lehre bezieht sich, soweit sie ein einheitliches Volk zur Voraussetzung macht, auf den *souveränen* Bundesstaat (bzw. Bund), es geht letztlich um die Verfassung eines souveränen Staates. Für die Entstehung der Verfassung eines *souveränen* Staates mag man die Existenz einer souveränen Einheit „Volk“ für erforderlich halten – das soll hier offenbleiben und nicht weiter vertieft werden. Aber bei der Europäischen Union handelt es sich nach wohl einhelliger Ansicht *nicht* um ein souveränes Gebilde. Daher kann eine auf den souveränen Staat bezogene Lehre auch nicht auf die Union angewendet werden.⁷³⁰ Selbst nach der Lehre Carl Schmitts ist es möglich, die Verfassung eines „Bundes“, der noch keinen „Einheitsstaat“ darstellt, durch „Verfassungsvertrag“ zu begründen, und dieser Bundesvertrag ist nach Schmitt sogar ein „Akt der verfassungsgebenden Gewalt“^{731, 732}

729 D. Grimm, ebda. Ähnlich Grimms Formulierung: „Verfassungen ... sind Festlegungen einer Gesellschaft über Art und Form ihrer politischen Einheit.“ (Ist die Zeit reif für eine europäische Verfassung?, S. 258). Diese Formulierungen Grimms stimmen im übrigen wörtlich mit dem Verfassungsbegriff Carl Schmitts überein („Gesamtsentscheidung über Art und Form der politischen Einheit“), vgl. C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 20 f. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang Grimms Bemerkung: „Auch die europäischen Verträge sind eine Festlegung über Art und Form der politischen Einheit“ (Ist die Zeit reif für eine europäische Verfassung?, S. 258); Grimm sieht den Unterschied zur Verfassung nur im „Zurechnungsobjekt“, das nicht in einem europäischen Volk, sondern in den Mitgliedstaaten bestehe.

730 Vgl. auch den Hinweis von M. Morlok (Grundfragen einer Verfassung auf europäischer Ebene, S. 80 f.) auf die manchmal stillschweigende oder unbewußte Anreicherung des Verfassungsbegriffs mit Eigenheiten des souveränen Staates und den darin versteckten „Etatismus“ unseres Verfassungsdenkens. Gerade in bezug auf die Problematik der Europäischen Verfassung fordert Morlok insoweit ein Überdenken des Verfassungsbegriffs.

731 C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 368.

732 Hier drängt sich der Gedanke auf, Schmitts Bundeslehre auf die Europäische Union zu übertragen. Das ist jedoch nicht so einfach. Es fällt nämlich schwer, den „Einheitsstaat“ im Sinne Schmitts vom „Bund“ zu unterscheiden. Beide sind im Inneren homogen und nach außen souverän. Die Gliedstaaten des Bundes, d.h. auch: deren Bürger, müssen in offenbar ganz ähnlicher Weise „substantiell homogen“ sein wie die Bürger in einem Einheitsstaat. Liegt die erforderliche „substantielle Homogenität“ der Gliedstaaten vor, dann ist der Übergang zum Einheitsstaat fließend, ja es besteht nach Schmitt sogar eine Tendenz zur allmählichen Herausbildung eines Einheitsstaates (Verfassungslehre, S. 388 f.) Der dazu erforderliche Übergang der Souveränität von den Gliedstaaten auf den Bund läßt sich allerdings nur durch einen „existentiellen Konflikt“ feststellen, und ein solcher wird aufgrund der Homogenität im Bund eigentlich gerade vermieden (Verfassungslehre, S. 379). Der Übergang vom Bund zum Einheitsstaat findet also offenbar im Verborgenen statt. Es drängt sich auch der Eindruck auf, daß sich Schmitts „Verfassungsvertrag“ des Bundes allenfalls durch Verfahrensbesonderheiten, aber nicht dem Wesen nach von einem Akt der Verfassungsgebung im Einheitsstaat unterscheidet. Die Verfassung wird jedenfalls auf eine homogene Gesamtheit von Gliedstaaten bzw. deren Bürgern zurückgeführt; die angebliche Zergliederung dieser Gesamtheit in „politische Einheiten“ ist kaum erkennbar. – Letztlich zeigt sich hier wohl der innere Widerspruch einer Theorie, die die „Einheit“ zum zentralen Begriff macht und dann versucht, eine aus Einheiten zusammengesetzte Einheit zu konstruieren. Die Auflösung der Untereinheiten (der Gliedstaaten), die Schmitt als einen historischen Vorgang darzustellen versucht, ist wohl in Wahrheit der Versuch einer Bereinigung der Theorie von diesem inneren Widerspruch. – Zu den Schwierigkeiten, Carl Schmitts Bundeslehre auf die Europäische Union anzuwenden, und zu dem inneren Widerspruch dieser Bundeslehre vgl. auch ausführlich I. Pernice, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, S. 109 ff.

Der Verfassungsbegriff, den Grimm in seiner Schrift „Braucht Europa eine Verfassung?“ verwendet, ist, das wird hier deutlich, nicht so offen, wie es anfangs den Anschein hat. Grimm stellt zwar zunächst die Frage, „ob das von der Verfassung befriedigte Verrechtlichungsbedürfnis sich auf die Herrschaftsform des Staates oder auf das Herrschaftsmittel der Hoheitsgewalt bezieht“⁷³³ und gibt sogleich die – eigentlich überzeugende – Antwort: „Was der Verrechtlichung bedarf, ... ist also die Hoheitsgewalt, und zwar unabhängig davon, ob sie dem Staat oder einem überstaatlichen Gebilde zusteht“. An dieser Stelle sieht es noch so aus, als ob eine europäische Verfassung möglich und auch nötig sei. Dann argumentiert Grimm aber mit der notwendigen Rückführung der Verfassung auf einen Akt des Staatsvolkes,⁷³⁴ und diese scheinbar nur auf die demokratische Willensbildung und deren Schwierigkeiten auf europäischer Ebene bezogene Argumentation⁷³⁵ bringt bei genauem Hinsehen in der oben geschilderten Weise den Aspekt der Souveränität ins Spiel. Die Rückführung auf den Willen des Staatsvolkes in der Weise, wie Grimm dies fordert (und wie es Jellinek und Schmitt auch fordern), ist nämlich (akzeptiert man die Prämissen) allenfalls für die Verfassung eines *souveränen* Gemeinwesens notwendig. Dadurch verengt sich Grimms zunächst offener Verfassungsbegriff auf den Begriff der Verfassung eines souveränen Gemeinwesens. Ganz deutlich wird das am Schluß seiner Schrift, wo er konstatiert: „Soweit die Forderung ‘Vom Vertrag zur Verfassung’ jedoch darauf zielt, den Verträgen diejenigen Elemente hinzuzufügen, welche sie bislang noch von einer Verfassung im vollen Sinn des Begriffs trennen, würde dies gerade auf die Verstaatlichung der Europäischen Union hinauslaufen.“⁷³⁶ Und: „Mit der Verfassung im vollen Sinn des Begriffs gewänne die Union die Kompetenz-Kompetenz.“⁷³⁷ An anderer Stelle: „Die Frage nach der europäischen Verfassung wird auf diese Weise zu der Frage nach einem europäischen Staat. Wer eine Verfassung im vollen Sinne des Begriffs anstrebt, entscheidet sich damit zugleich für eine Umwandlung der Europäischen Union in einen Staat, ob er das will oder nicht.“⁷³⁸ In Kurzform gebracht liest sich Grimms Argumentation also so: *Verfassung „im vollen Sinn des Begriffs“ ist die Verfassung eines souveränen Staates. Die Europäische Union ist kein souveräner Staat. Daher hat und braucht sie keine Verfassung.* Das eigentlich entscheidende Teilargument ist dabei die Verengung des Verfassungsbegriffs auf die Staatsverfassung.

Diese Argumentationsweise findet sich nicht nur bei D. Grimm. Sie wird vielmehr von vielen Autoren verwendet, wenn der Stand und die Entwicklungsaussichten der europäischen Integration mit Hilfe der Begriffe „Verfassung“ oder „Verfassungsgebung“

733 D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 27.

734 Ebda. S. 31.

735 Vgl. Grimms – möglicherweise für sich genommen durchaus berechtigte – Zweifel an der Qualität demokratischer Strukturen in der Union in diesem Zusammenhang: D. Grimm, Ist die Zeit reif für eine europäische Verfassung?, S. 262. Gewiß erreichen die demokratischen Strukturen auf europäischer Ebene nicht die Qualität der Demokratie in einem klassischen Nationalstaat. Eine solche Qualität ist aber angesichts der beschränkten Zuständigkeiten der Gemeinschaften bzw. der Union auch nicht erforderlich.

736 D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 49.

737 Ebda. S. 50; ähnlich ders., Vertrag oder Verfassung, S. 27 f.

738 D. Grimm, Ist die Zeit reif für eine europäische Verfassung?, S. 261.

aufgezeigt werden sollen.⁷³⁹ Es wird dann gesagt, solange die Mitgliedstaaten über das Primärrecht und damit über die „Verfassung“ der Union bestimmen können und nicht die Union selbst bzw. ihre Bürger, habe die Union keine echte Verfassung. Das könne sich erst dann ändern, wenn die Souveränität oder die Kompetenz-Kompetenz auf die Union übergegangen sei. Das Argument läßt sich in zwei Richtungen verwenden: Einerseits kann gefolgert werden, die Union habe keine echte Verfassung, solange sie nicht souverän ist; andererseits kann aber auch gefolgert werden, die Union könne nicht souverän werden, solange sie keine echte, auf das Unionsvolk zurückgehende Verfassung hat. Bei näherem Hinsehen zeigt sich allerdings, daß bei diesen Argumentationen nicht die Verfassung und auch nicht die legitimierende Funktion der Verfassungsgebung im Mittelpunkt stehen, sondern die *Souveränität*. Die Möglichkeit, über die Verfassung zu bestimmen, steht hier gleichsam stellvertretend für die Souveränität. Beruht die Verfassung der EU bzw. der Gemeinschaften auf einem völkerrechtlichen Vertrag, dann liegt die Bestimmungsmacht über die Verfassung und damit die Souveränität bei den vertragsschließenden Mitgliedstaaten, beruht sie dagegen auf einem einheitlichen Willensakt aller Unionsbürger, so liegt diese Bestimmungsmacht und damit die Souveränität bei der EU bzw. den Gemeinschaften. Die scheinbar leicht zu treffende Unterscheidung zwischen der Begründung des Primärrechts durch völkerrechtlichen Vertrag und durch verfassungsgebenden Akt soll in dieser Sichtweise die eigentlich viel schwierigere Frage nach der Souveränität beantworten. Diese Argumentation wird allerdings der differenzierten Legitimierungsfunktion der Verfassungsgebung nicht gerecht und setzt außerdem die Souveränität des verfassungsgebenden Subjekts voraus; gerade auf diese Voraussetzung soll in dieser Arbeit aber verzichtet werden.

Hier sollen vielmehr der Begriff der Verfassung und die Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung – im Unterschied zum Verfassungsbegriff etwa von D. Grimm – vom souveränen Staat losgelöst verwendet werden; daher müssen Jellineks und Schmitts Lehren der Bundesstaatsverfassung – selbst wenn man deren Prämissen akzeptiert – nach dem zuvor Gesagten nicht angewendet werden. Damit erscheint die Verfassungsgebung auch durch völkerrechtlichen Vertrag zwischen souveränen Staaten als möglich.⁷⁴⁰

II. Zweiter Einwand: Keine Souveränität auf europäischer Ebene

Der in der soeben erörterten Argumentation gegen die vertragliche Verfassungsgebung versteckte Einwand, die Europäische Union bzw. die Europäischen Gemeinschaften seien nicht souverän, ist auch für sich genommen beachtlich.⁷⁴¹ Die Gemeinschaften bzw. die Union sind in der Tat nicht souverän; sie sind vielmehr in vielfältiger Weise

739 Als Beispiel vgl. nur C. Möllers, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, S. 14 f.: „Das zentrale Problem des Verfassungsvertrags besteht in der Frage, inwieweit sich der durch Vertrag neu entstandene Hoheitsträger von den Vertragsparteien verselbständigen kann, anders gesagt: ob es sich beim Verfassungsvertrag tatsächlich um eine Verfassung handelt oder nur um einen völkerrechtlichen Vertrag.“ Ähnlich E. Klein, Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft, S. 70 f.

740 Im Ergebnis ebenso – allerdings im Schwerpunkt mit völkerrechtlicher Argumentation – A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 220 ff., insb. 239 ff.

741 Vgl. zu diesem Einwand M. Pechstein / C. Koenig, Die Europäische Union, Rn. 574 ff.

vom Willen der Mitgliedstaaten abhängig. Diese Abhängigkeit wird vor allem am Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung deutlich, nach dem die Kompetenzen zwischen den Mitgliedstaaten und den Gemeinschaften verteilt sind: Die Gemeinschaften haben grundsätzlich nur solche Kompetenzen, die ihnen durch die Mitgliedstaaten übertragen werden; sie haben keine Kompetenzhoheit. Dies alles wurde schon oben angesprochen.

Wäre es möglich, sich die Unionsbürger als Urheber des Primärrechts zu denken, dann wären sie in ihren Kompetenzen und Handlungsmöglichkeiten beschränkt: Sie könnten als Verfassungsgeber nur im Rahmen der Vorgaben der Mitgliedstaaten tätig werden. Diese fehlende (äußere) Souveränität der Gemeinschaften bzw. eines europäischen Verfassungsgebers entspricht in der Tat nicht dem urheberorientierten Bild der allmächtigen, allkompetenten verfassungsgebenden Gewalt, wie es vor allem von Carl Schmitt und von Teilen der heutigen Staatslehre gezeichnet wird. Folgt man dieser Sichtweise, so erscheint die Legitimation nichtstaatlicher Formen Europäischer Verfassungen, insbesondere des geltenden Primärrechts, durch Verfassungsgebung ausgeschlossen. In dieser Sichtweise ist eine Bindung des Verfassungsgebers an bestimmte Vorgaben nicht denkbar, die Legitimation durch Verfassungsgebung scheint tatsächlich auf souveräne Staaten beschränkt zu sein.⁷⁴²

Dem sind zunächst die weiter oben angestellten Überlegungen zur Souveränität des Verfassungsgebers insbesondere in den Gliedstaaten eines Bundesstaates entgegenzuhalten. Wie gezeigt, kann auch die Verfassung eines Gliedstaates durch Verfassungsgebung legitimiert werden, obwohl dieser nicht souverän ist. Die Legitimität der gliedstaatlichen Verfassung kann nach den Prinzipien der Freiheitssicherung, der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit beurteilt werden, obwohl sich der Gliedstaat und seine Verfassung nach den bundesrechtlichen Vorgaben zu richten haben; insbesondere die Vorgabe bzw. Beschränkung der gliedstaatlichen Kompetenzen durch das Bundesrecht ist dafür kein Hindernis. Souveränität im Sinne der Unbeschränktheit einer erst durch die Verfassung zu beschränkenden, ursprünglichen Hoheitsgewalt ist also keine Voraussetzung für die Legitimation durch Verfassungsgebung. Der Verfassungsgeber ist nicht notwendig allmächtig. Legitimation durch Verfassungsgebung verlangt nicht die Souveränität des betreffenden Personenverbandes in jeder Hinsicht, sondern lediglich die möglichst weitgehende Verwirklichung seines Willens bei der verfassungsrechtlichen Normierung der Ausübung von Hoheitsgewalt *in dem Rahmen, in dem er über diese Hoheitsgewalt verfügen kann*. Inwieweit dies der Fall ist, läßt sich beim Primärrecht und anderen denkbaren nichtstaatlichen Europäischen Verfassungen überprüfen. Mangelnde Souveränität auf europäischer Ebene schließt daher die Legitimation durch Verfassungsgebung für diese Ebene nicht aus.

742 Eine Möglichkeit, unter Beibehaltung der urheberorientierten Sichtweise Verfassungsgebung auf europäischer Ebene zu denken, besteht in der Annahme geteilter Souveränität. Diesen Ansatz verfolgt T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionsprozess, S. 475 ff.: Die Souveränität der verfassungsgebenden Gewalt sei zwischen den Mitgliedstaaten und den Mitgliedstaatsvölkern geteilt. So zutreffend der Gedanke geteilter Souveränität sein mag: Dieses Bild der verfassungsgebenden Gewalt kann zwar das Problem fehlender (Gesamt-) Souveränität auf europäischer Ebene lösen, läßt aber das reichhaltige legitimitätsstiftende Potential der Theorie der Verfassungsgebung – wie andere urheberorientierte Theorien auch – weitgehend brach liegen.

Außer der Analogie zum Gliedstaat eines Bundesstaates – auf die gleich noch einmal zurückzukommen ist – spricht ein weiterer Grund dagegen, die Legitimation durch Verfassungsgebung von der Souveränität des betreffenden Gemeinwesens abhängig zu machen: Das Bild vom souveränen Staat, das dieser Sichtweise zugrunde liegt, trifft auch für „normale“ Staaten heute nicht mehr zu.⁷⁴³ Die politischen, ökonomischen, ökologischen und auch militärischen Interdependenzen zwischen den Staaten sind heute so stark, daß man sie eigentlich nicht mehr als „souverän“ im ursprünglichen Sinne bezeichnen kann. W. v. Simson hat das schon 1965 festgestellt,⁷⁴⁴ und die Interdependenzen haben seitdem deutlich zugenommen.⁷⁴⁵ Heute weist die Problematik der „Globalisierung“ vor allem auf einen Verlust der Steuerungsfähigkeit des einzelnen Staates in bestimmten Bereichen hin.⁷⁴⁶ In bezug auf die EU und ihre Mitgliedstaaten wird jetzt von „geteilter Souveränität“⁷⁴⁷ gesprochen: Wichtige „Staats“-Funktionen können nicht mehr allein von den Mitgliedstaaten wahrgenommen werden, also werden sie gemeinschaftlich ausgeübt, und nur diese gemeinschaftliche Ausübung ist, wenn überhaupt, „souverän“. Vielleicht ist die Kategorie der Souveränität inzwischen auch überholt und sollte völlig aufgegeben werden.⁷⁴⁸ Ein Volk ist, auch wenn es innerhalb bestimmter Staatsgrenzen lebt, nicht mehr frei von äußeren Einflüssen und Bedingungen. Hielte man am Bild der allmächtigen verfassungsgebenden Gewalt fest, so müßte man schon zweifeln, ob die Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung auf „normale“ Staaten heute überhaupt noch anwendbar ist. Solche Zweifel werden jedoch (richtigerweise) kaum geäußert.

III. Dritter Einwand: Es gibt kein „europäisches Volk“

Der dritte Einwand gegen die Legitimation einer Europäischen Verfassung durch Verfassungsgebung ergibt sich aus dem scheinbaren Fehlen eines geeigneten verfassungsgebenden Subjekts: Es gibt kein „europäisches Volk“ (bzw. keine „europäische Nation“).⁷⁴⁹ Diese Aussage scheint dem ersten Anschein nach richtig zu sein, wenn man eine

743 Dazu und zum folgenden schon W. v. Simson, Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart. Vgl. auch J. Isensee, HStR § 13 Rn. 99.

744 Ebda.

745 Vgl. etwa (mit Bezug auf die daraus für das Demokratieprinzip entstehenden Probleme) J. Habermas, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie.

746 Vgl. dazu mit Bezug auf daraus resultierende Demokratiedefizite A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 743 ff.

747 Dazu S. Hobe, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, S. 433 ff.; I. Pernice, Verfassungsentwurf für eine Europäische Union, S. 138 und ders., Art. 23 Rn. 21 m.w.N. in Fn. 121; T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 366 ff. Vgl. auch M. Hilf, Die Europäische Union und die Eigenstaatlichkeit ihrer Mitgliedstaaten, S. 79; S. Oeter, Föderalismus, S. 91 f.

748 So E. Denninger, Vom Ende nationalstaatlicher Souveränität in Europa, S. 1125.

749 Vgl. zur Problematik eingehend A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union. Zur Begründung, warum es gegenwärtig kein „europäisches Volk“ im herkömmlichen Sinne gibt, vgl. auch H. Lübke, Abschied vom Superstaat, S. 100. Eine kritische Darstellung der „Kein-Demos-These“ mit zahlreichen Nachweisen gibt J. H. H. Weiler, Der Staat „über alles“, S. 97 ff. Vgl. auch T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 931 ff.

urheberorientierte Theorie der verfassungsgebenden Gewalt zugrundelegt und sich beim Begriff „Volk“ am üblichen Sprachgebrauch orientiert. Denn dann kann man kaum von einer verfassungsgebenden Gewalt „des Volkes“ auf europäischer Ebene sprechen, weil es unüblich ist, von *dem* europäischen Volk zu sprechen. Nach wie vor existieren die Völker der einzelnen Mitgliedstaaten, ein irgendwie gearteter Übergang zu einem einzigen „europäischen Volk“ hat nach allgemeiner Ansicht (noch) nicht stattgefunden⁷⁵⁰ und ist nach Ansicht vieler auch für die (absehbare) Zukunft ausgeschlossen.

Dieser Sichtweise läßt sich entgegenhalten, daß die Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung nicht urheberorientiert sein sollte, daß sie vielmehr, wie in dieser Arbeit gezeigt, besser als prinzipienorientierte Lehre verstanden werden kann, die kein vorgegebenes Subjekt mit bestimmten Eigenschaften zum Ausgangspunkt hat. Das Fehlen eines solchen Subjekts ist – für sich genommen – unschädlich für die Anwendbarkeit einer prinzipienorientierten Theorie der Verfassunggebung.

Bei näherer Betrachtung hat der Einwand eines fehlenden europäischen Volkes jedoch auch für die prinzipienorientierte Theorie Bedeutung. Das wird deutlich, wenn man die Argumentationsstruktur der urheberorientierten Theorie und des Prinzipienmodells vergleicht. Die urheberorientierte Theorie postuliert die Notwendigkeit eines vorgegebenen, eine Einheit bildenden Subjekts, das die Verfassung kreiert. In dieser Theorie werden vor allem die Voraussetzungen zur Bildung eines solchen einheitlichen Subjekts herausgestellt. Sind diese Voraussetzungen gegeben, stellt die Schaffung der Verfassung durch dieses Subjekt, also eine entsprechende Willensbildung, kein Problem mehr dar; denn daß dieses Subjekt die Fähigkeit zur Willensbildung in bezug auf eine Verfassung hat, wird aufgrund der „Einheitlichkeit“ dieses Subjekts als selbstverständlich vorausgesetzt; der Verfassungsgeber wird wie eine einzige Person betrachtet. In der Tat läßt sich eine Personenmehrheit auch als einzelne Person, sozusagen als „black box der Willensbildung“ behandeln, *wenn man davon ausgehen kann, daß diese Personenmehrheit zur gemeinsamen Willensbildung fähig ist*. Genau darauf – und nicht auf weitere Attribute der Einheitlichkeit – kommt es der prinzipienorientierten Theorie an: Die Fähigkeit des Personenverbandes zur Bildung eines gemeinsamen verfassungsbezogenen Willens ist eine entscheidende Voraussetzung für die Verwirklichung der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit. Daher haben diejenigen Anforderungen der urheberorientierten Theorie an das einheitliche verfassungsgebende Subjekt, *die auf die Möglichkeit der kollektiven Willensbildung auf europäischer Ebene bezogen sind* – und nur diese! –, auch Bedeutung für das Prinzipienmodell und bedürfen hier einer Erörterung.

Der Einwand des fehlenden europäischen Volkes kann zunächst im Sinne der bloßen Feststellung verstanden werden, daß sich (noch) kein gemeinsamer politischer Wille auf europäischer Ebene herausgebildet hat, sich zu einem *Staat* zusammenschließen – es gibt eben (noch) kein „europäisches Staatsvolk“, so wie es (noch) keinen europäischen Staat gibt. Ein solcher Einwand steht und fällt mit der Annahme, eine Verfassung könne

750 Anders aber S. Oeter, Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union, S. 682 ff.: Die Abgeordneten des Europäischen Parlaments seien inzwischen „Repräsentanten‘ des Volkes (‘Volk‘ als Gesamtheit der Herrschaftsunterworfenen) im Hinblick auf eine die ganze Union umfassende Hoheitsgewalt“ (Zitat auf S. 683; Hervorhebung im Original).

es nur in einem Staat geben. Weil der in dieser Arbeit verwendete Verfassungsbegriff nicht an den Staat gebunden ist, kann ein so verstandener Einwand des fehlenden europäischen Volkes für das hier entwickelte Verfassungsverständnis nicht durchgreifen: Eines *Staatsvolkes* bedarf es zur Verfassungsgebung nicht.

Die zweite Bedeutung des Einwands, die fehlende Einheitlichkeit bzw. Homogenität⁷⁵¹ der Unionsbürger, bezieht sich dagegen auf die Möglichkeit, die faktischen Voraussetzungen der kollektiven verfassungsbezogenen Willensbildung und ist daher auch für eine Verfassungsgebung von Bedeutung, die nicht auf den Staat beschränkt ist. Häufig werden Anforderungen an das verfassungsgebende Subjekt formuliert, die sich auf die technischen oder kommunikativen Voraussetzungen einer verfassungsgebenden bzw. überhaupt einer demokratischen Willensbildung beziehen: z.B. die Forderung nach gemeinsamer Sprache⁷⁵² und gemeinsamen Kommunikations- und Medienstrukturen,⁷⁵³ zu denen auch europaweit wirkende Parteien und Verbände gehören.⁷⁵⁴ Auch wirtschaftliche und soziale⁷⁵⁵ Homogenität wird gefordert.⁷⁵⁶ Darüber hinaus werden Anforderungen an die vorgegebene Einheitlichkeit genannt, die sich eher auf die psychische Disposition für einen verfassungsgebenden Willensakt beziehen; so etwa die geistige, politische oder Wertegemeinschaft⁷⁵⁷ oder eine Schicksals-,⁷⁵⁸ Traditions-,⁷⁵⁹ Geschichts-,⁷⁵⁹ Religions- oder Abstammungsgemeinschaft,⁷⁶⁰ ein bestimmter „Volkscharakter“⁷⁶¹ Überein-

751 Vgl. zu diesen Homogenitätsanforderungen M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 49 ff., 261 ff.; ders., Verfassungspatriotismus, substantielle Gleichheit und Demokratieprinzip im europäischen Staatenverbund, S. 43 ff.; A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 653 ff., 700 ff.; P. Kirchhof, HStR § 183 Rn. 37. Schon in bezug auf den Staat werden Homogenitätsanforderungen für die Herausbildung einer „Nation“ bzw. eine demokratische Willensbildung formuliert: J. Isensee, Nationalstaat und Verfassungsstaat – wechselseitige Bedingtheit, S. 147 ff.; C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 226 ff.

752 So J. Isensee, Staat im Wort (insb. S. 572 f.); D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 42 ff. Zum Sprachkriterium A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, S. 139 ff.; A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 706 f.

753 Dazu A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, S. 142 ff.

754 Vgl. zu diesen kommunikativen Anforderungen M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 268 ff.

755 Zum Begriff H. Heller, Politische Demokratie und soziale Homogenität.

756 Dazu T. Schilling, Die Verfassung Europas, S. 399 f. Auch das Bundesverfassungsgericht forderte im Maastricht-Urteil allem Anschein nach „relative“ soziale Homogenität des Volkes: BVerfGE 89, 155, 186.

757 Im Maastricht-Urteil verlangte das Bundesverfassungsgericht offenbar auch die – „relative“ – geistige und politische Homogenität: BVerfGE 89, 155, 186. Zu dem irreführenden Zitat von Hermann Heller, das das Bundesverfassungsgericht als Beleg für seine Homogenitätsforderungen anführt, obwohl es allenfalls für den Bereich der sozialen Homogenität zutrifft und eigentlich Carl Schmitt hätte zitiert werden müssen, I. Pernice, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, S. 103 ff. Kritisch zu den Homogenitätsanforderungen des Bundesverfassungsgerichts M. Zuleeg, Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, S. 16 ff.

758 Dazu A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, S. 133 ff.

759 Dazu A. Augustin, ebda. S. 135 ff.

760 Vgl. zum Kriterium der Abstammungsgemeinschaft A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, S. 114 ff. Auch Carl Schmitts Forderung nach völkischer Homogenität gehört hierher: C. Schmitt,

stimmung der Lebensbedingungen und -stile,⁷⁶² ein gemeinsamer „Mythos“⁷⁶³ bzw. die Zugehörigkeit zu einer auf gemeinsamer Kultur basierenden (Kultur-) Nation⁷⁶⁴ oder

Verfassungslehre, S. 223 ff., 361 ff. Schmitts Homogenitätskonzept erweist sich bei näherem Hinsehen allerdings als inhaltsleer, rein formal und auch widersprüchlich, weil es auf seiner Lehre vom Politischen und damit auf der Unterscheidung zwischen Freund und Feind basiert. Abgesehen davon, daß die Abgrenzung zum „Feind“ die Bestimmung des homogenen Kreises der „Freunde“ nur in negativer und damit inhalts- und substanzloser Weise ermöglicht und außerdem von der kontingenten Beschaffenheit des „Feindes“ abhängt, erfordert die Abgrenzung selbst die Entscheidung durch eine Einheit, die durch die Abgrenzung erst hergestellt werden soll. Zum ganzen eingehend H. Hofmann, Legitimität gegen Legalität, S. 138 ff.; vgl. auch T. Schilling, Die Verfassung Europas, S. 401. – Daß Schmitts Homogenitätsforderung schließlich in die Forderung nach Art- bzw. Rassegleichheit mündet, sei nur am Rande erwähnt; vgl. dazu H. Hofmann, ebda., S. 195 ff.

761 Dazu A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, S. 116 ff.

762 Ebda. S. 118 ff.

763 Dazu W. v. Simson, Was heißt in einer europäischen Verfassung „Das Volk“?, S. 3, 6.

764 Hinter der Forderung nach kultureller Gemeinschaft als Voraussetzung der Verfassungsgebung bzw. überhaupt der demokratischen Willensbildung steht das auch in einer Gegenbewegung zur napoleonischen Fremdherrschaft in Deutschland entstandene (vgl. R. Brubaker, Staats-Bürger, S. 33; U. Scheuner, Nationalstaatsprinzip und Staatenordnung seit dem Beginn des 19. Jahrhunderts, S. 115; B. Schönemann, Volk, Nation, Nationalismus, Masse, S. 325 ff.) und u.a. von Herder und Schiller formulierte (vgl. B. Schönemann, a.a.O., S. 316 ff., 328 f.) Konzept der *Kulturnation*. Danach definiert sich die „Nation“ durch bestimmte objektive Merkmale wie gemeinsame Sprache, Geschichte, Religion usw. Demgegenüber stellt das (ursprünglich französische) Konzept der *Staatsnation* den politischen Willen der Bürger zur Bildung eines gemeinsamen Staates in den Vordergrund (vgl. B. Schönemann, a.a.O., S. 321 ff.; auch Sieyes hatte eine solche Vorstellung von der Nation, wenn er schreibt: „Für die erste Epoche (sc. der Bildung einer politischen Gesellschaft) ist eine mehr oder weniger beträchtliche Anzahl von Individuen anzunehmen, die sich vereinigen möchten. Schon allein durch diese Tatsache bilden sie eine Nation ...“: Was ist der Dritte Stand?, S. 165) – die „Nation“ definiert sich durch den gemeinsamen politischen Willen (dieses Konzept wurde etwa als Rechtfertigung für die Eingliederung des päpstlichen Avignon in die französische Nation 1791 aufgrund eines Votums der Bevölkerung angeführt: Diese Eingliederung stelle keine Eroberung dar, sondern entspreche dem Selbstbestimmungsrecht der Völker; vgl. dazu E. Schulin, Die Französische Revolution, S. 109 f.; U. Scheuner, a.a.O., S. 113). Vgl. zu den verschiedenen Konzepten der Nation U. Scheuner, a.a.O., insb. S. 106; Scheuner weist darauf hin, daß auch die „Kulturnationen“ durch politische Vorgänge mitgestaltet wurden, die den Kern der Bewusstseinsbildung bildeten – insofern stehen die beiden Nationsbegriffe durchaus in einer Wechselbeziehung, so daß es sicher verfehlt ist, das Konzept der Kulturnation für allein maßgeblich zu halten. Ähnlich weist W. Pauly darauf hin, daß das französische und das deutsche Modell der Nation „konvergieren“ (Zu Grund und Grenzen der Legitimität von Nationalstaatlichkeit, S. 46 f.). Ausführlich zu den verschiedenen Begriffen von Nation E.-W. Böckenförde, Die Nation – Identität in Differenz; Böckenförde weist insbesondere darauf hin, daß das deutsche Konzept der Kulturnation zunächst unpolitisch war und erst im Zuge des Kampfes gegen die napoleonische Herrschaft in Deutschland politisiert wurde (a.a.O., S. 48 f.); er schlägt einen allgemeineren Nationenbegriff vor: „Nation (ist) eine abgegrenzte Gruppe von Menschen, die durch gemeinsames politisches Selbstbewußtsein miteinander verbunden ist und als politisches Subjekt (politische Willensgemeinschaft) handelt oder handeln will“ (a.a.O., S. 37); von untergeordneter Bedeutung seien die verschiedenen Anknüpfungspunkte für die Bildung einer solchen Nation; diese Anknüpfungspunkte (Sprache, Geschichte, die Zugehörigkeit zu einem Staat als solche, aber auch der „Unterschied oder Gegensatz zu anderen“) würden je nach der konkreten historischen Situation von der Nation selbst bestimmt (a.a.O., S. 41 f.). Eine *europäische* Nation gibt es nach Böckenfördes Ansicht noch nicht; ihre Bildung sei allerdings möglich – wenn er dies auch offenbar in zeitlicher Hinsicht für eine Frage von Generationen hält (ders., Welchen Weg geht Europa?, S. 39 f.). – Kritisch zum Konzept der Kulturnation etwa R. Grawert, Der Deutschen supranationaler Nationalstaat, S. 131 ff.; für Grawert führen „die dunklen Wege in die Tiefe nationaler Existenz nur zu

zumindest einer politisch-rechtlichen Kulturgemeinschaft⁷⁶⁵. Hier wird argumentiert, daß nur bei Erfüllung dieser Voraussetzungen die Bereitschaft und damit die Möglichkeit zu gemeinsamer politischer Willensbildung, insbesondere zur Verfassunggebung bestehen. Ein abgeschwächtes Homogenitätskonzept, nämlich das der „relativen Homogenität“⁷⁶⁶, legt sich nicht auf bestimmte Homogenitätskriterien fest, sondern trägt der Tatsache Rechnung, daß in der Geschichte die unterschiedlichsten Gemeinsamkeiten zur Nationenbildung geführt haben; relative Homogenität wird als „sozialpsychologischer Zustand“ verstanden, es genüge ein ausreichendes „Wir-Gefühl“; damit sei gleichzeitig eine „Abgrenzung gegenüber anderen“ gegeben. Ein solches Homogenitätsverständnis knüpft nicht in erster Linie an objektive Gemeinsamkeiten an, sondern an subjektive Dispositionen. Es kommt etwa dann zum Ausdruck, wenn darauf abgestellt wird, ob (trotz oder wegen vorhandener Gegensätzlichkeiten bzw. Gemeinsamkeiten) die Bereitschaft zu einem gemeinsamen Willensakt vorhanden ist,⁷⁶⁷ oder ob die (potentielle) Minderheit bereit ist, das Mehrheitsvotum zu akzeptieren.⁷⁶⁸ Ähnlich ist der Hinweis auf die Notwendigkeit eines allgemeinen Einverständnisses zu verstehen, das es erlaubt, Kontroversen auszuklammern und ein Leben mit unbeantworteten Fragen zu ermöglichen⁷⁶⁹ bzw. Entscheidungsgewalt als Ausdruck des eigenen Wesens und Wollens anzusehen und hinzunehmen;⁷⁷⁰ auch die Forderung nach „kollektiver Identität“,⁷⁷¹ nach einem „Bewußtsein der Zusammengehörigkeit“, das „Mehrheitsentscheidungen und Solidarleistungen zu tragen vermag“,⁷⁷² geht in diese Richtung. Auch bei solchen Formulie-

Ungewißheiten“, wenn Völker in nicht-rationaler Weise „vorstaatlich“ definiert werden. Statt dessen weist Grawert auf die Vorteile der Bestimmung des „Volkes“ mit Hilfe eines zweckmäßigen Staatsangehörigkeitsrechts hin. Kritisch gegenüber der Idee der Kulturnation ebenfalls J. Nida-Rümelin, Demokratie als Kooperation, S. 104 f.; ebenso gegen ein „vordemokratisches, ethnisch-kulturelles Volksverständnis“ B.-O. Bryde, Verfassunggebende Gewalt des Volkes und Verfassungsänderung im deutschen Staatsrecht: Zwischen Überforderung und Unterforderung der Volkssouveränität, S. 334 ff.; ähnlich S. Oeter, Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union, S. 690 ff. Vgl. zum Nationsbegriff und den verschiedenen Nationskonzepten jetzt die eingehende Darstellung bei A. Siehr, Die Deutschenrechte des Grundgesetzes, S. 126 ff., insb. S. 233 ff. Vgl. auch H. Hofmann, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, S. 1070, und besonders zur historischen Entwicklung der Nationskonzepte R. Brubaker, Staats-Bürger.

765 Dazu A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, S. 122 ff.

766 E.-W. Böckenförde, HStR § 22 Rn. 47 f., 63 f.; ders., Die Zukunft politischer Autonomie, S. 111 ff.; vgl. auch ders., Die Nation – Identität in Differenz. Böckenförde ist der Auffassung, eine „relative Homogenität“ auf europäischer Ebene, die für die Bildung einer europäischen Nation ausreichen würde, sei derzeit nicht gegeben (a.a.O., S. 125).

767 Dazu auch T. Schilling, Die Verfassung Europas, S. 401 f., der hier auch von „formeller Homogenität“ spricht und diese auf europäischer Ebene für gegeben hält.

768 Vgl. A. v. Bogdandy, Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus: Entstaatlichung und Vergemeinschaftung in staatstheoretischer Perspektive, S. 222 (mit einiger Skepsis hinsichtlich der Akzeptanz von Mehrheitsvoten auf europäischer Ebene).

769 W. v. Simson, Was heißt in einer europäischen Verfassung „Das Volk“?, S. 6 f.

770 Ebda. S. 18.

771 Dazu A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union, S. 155 ff.

772 So D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, S. 46 f.; allerdings ist für Grimm u.a. eine gemeinsame Sprache Voraussetzung zur Erfüllung der genannten Kriterien, insofern handelt es sich nicht

rungen bleibt freilich die Frage, ob bzw. in welchem Maße denn die genannten Anforderungen erfüllt sind; hier besteht die Gefahr, daß die Homogenität letztlich nur aufgrund eigener Einschätzungen bestimmt wird und damit argumentativ in sehr verschiedene Richtungen gewendet werden kann.⁷⁷³

Über den Grad an Homogenität der Menschen in Europa läßt sich freilich streiten.⁷⁷⁴ Es gibt vielfältige kulturelle Gemeinsamkeiten und gemeinsame geschichtliche Wurzeln; die grundlegenden Wertvorstellungen⁷⁷⁵, gerade in bezug auf Recht und Verfassung, können als im wesentlichen homogen bezeichnet werden.⁷⁷⁶ Die Kommunikationsmöglichkeiten sind durch erweiterte Fremdsprachenkenntnisse und die gesteigerte internationale Mobilität im Rahmen von Studium und Beruf in den letzten Jahrzehnten deutlich verbessert worden.⁷⁷⁷ Ein europäischer politischer Diskurs findet statt – zumindest auf der Ebene der „Europäischen Parteien“;⁷⁷⁸ eine europaweite öffentliche Mei-

um ein rein subjektives Konzept. Grimm betont dabei aber ausdrücklich, daß er nicht auf die „homogene Volksgemeinschaft“ abstellt.

773 So auch die Kritik von W. Hertel, *Supranationalität als Verfassungsprinzip*, S. 178 ff.

774 Die ausführliche Untersuchung von A. Augustin, *Das Volk der Europäischen Union*, kommt zu dem Ergebnis, daß in der EU zwar keine Sprachengemeinschaft vorliege, wohl aber eine Willensgemeinschaft im Sinne einer europaweiten Akzeptanz der EU und ihrer Einrichtungen (ebda. S. 187 ff.). Die übrigen Homogenitätsmerkmale seien indifferent und das Ergebnis abhängig von den jeweiligen Prämissen. In bezug auf die Verfassungsgebung (in Gestalt eines singulären Aktes der Unionsbürger) ist Augustin der Auffassung, daß sie eine Willens-, Kommunikations- und Handlungsgemeinschaft voraussetze; die Selbstkonstitution einer solchen Gemeinschaft sei zwar möglich, aber sei bisher noch nicht erfolgt (ebda. S. 302 ff.). – A. Peters kommt zu dem Ergebnis, ein für die Demokratie ausreichend homogener europäischer Demos (nicht aber ein europäischer Ethnos) sei „in Ansätzen vorhanden und entwicklungsfähig“: Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 655; vgl. auch die Darstellung und Bewertung der verschiedenen Homogenitätsanforderungen ebda. S. 700 ff.

775 D. König (Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, S. 608 f.) stellt etwa auf gemeinsame Werte ab, „die transeuropäischer Art sind“, und beruft sich für deren Vorhandensein auf ihre Nennung in Art. 6 I EUV: die Grundsätze der Freiheit und Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und der Rechtsstaatlichkeit. Den Kern dieser Grundsätze sieht sie im „Selbstbestimmungsrecht der einzelnen Unionsbürger“.

776 Vgl. in rechtshistorischer Perspektive M. Stolleis, *Das „europäische Haus“ und seine Verfassung*. P. Häberle spricht in diesem Zusammenhang vom „gemeineuropäischen Verfassungsrecht“; grundlegend sein so betitelter Aufsatz; vgl. auch ders., *Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft* und ders., *Europäische Verfassungslehre*, S. 103 ff. Ergänzend dazu M. Heintzen, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union* (mit Konzentration auf das Unionsrecht – vgl. ebda. S. 5). Zu den im Text angesprochenen Gemeinsamkeiten auch M. Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, S. 264 ff.; Kaufmann hält sie allerdings für nicht ausreichend. Eher zweifelnd hinsichtlich des Umfangs gemeinsamer Wertvorstellungen A. v. Bogdandy, *Zweierlei Verfassungsrecht*, insb. S. 181 f. (an die Stelle gemeinsamer Werte habe das funktionale Äquivalent der Akzeptanz von Verfahrensergebnissen zu treten).

777 Sehr skeptisch – gerade in bezug auf die Sprachkompetenzen der Unionsbürger – beurteilt diese Kommunikationsmöglichkeiten und auch deren Entwicklungsfähigkeit allerdings D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, S. 39 ff.

778 Nach Art. 191 (ex-Art. 138a) EGV tragen „politische Parteien auf europäischer Ebene“ dazu bei, „den politischen Willen der Bürger der Union zum Ausdruck zu bringen“. Tatsächlich bildeten politisch verwandte Parteien aus verschiedenen Mitgliedstaaten der EG bzw. EU seit den siebziger Jahren Vereinigungen (z.B. die Sozialdemokratische Partei Europas oder die Europäische Volkspartei),

nung zu bestimmten Themen ist im Ansatz erkennbar.⁷⁷⁹ ebenso eine „europäische Öffentlichkeit“⁷⁸⁰. Homogenität ist auch insoweit vorhanden, als sich keine „fixen Spaltungen“ feststellen lassen, die das Funktionieren von Mehrheitsentscheidungen verhindern könnten – auch nicht entlang der Grenzen zwischen den Mitgliedstaaten.⁷⁸¹ Auch bleibt offen, ob bzw. in welchem Maße der Grad an Homogenität in Zukunft steigen wird – angeregt vielleicht durch Kompetenzerweiterungen und den Ausbau demokratischer Verfahren auf europäischer Ebene;⁷⁸² möglicherweise wird durch das Argument, die Homogenität reiche für eine solche Vertiefung der europäischen Integration nicht aus, gerade das Entstehen einer solchen Homogenität verhindert.⁷⁸³ Man sollte dabei bedenken, daß es historisch oft der Staat war, der – z.B. durch Sprachenregelungen oder eine bestimmte Bildungspolitik – eine Nation konstituierte, nicht umgekehrt.⁷⁸⁴ Vielleicht bedarf eine europäische Verfassungsgebung angesichts der begrenzten Kompetenzen der Gemeinschaften und wegen der daraus folgenden geringeren Bedeutung der gemein-

die auf europapolitischem Gebiet eng zusammenarbeiten. Diesen „Europäischen Parteien“ korrespondieren entsprechende Fraktionen im Europäischen Parlament. Wenn auch diese Europäischen Parteien bislang lediglich gut strukturierte und verfestigte Arbeitsgemeinschaften der nationalen Parteien darstellen (die Mitgliedschaft von einzelnen Bürgern ist nur in einzelnen dieser Parteien möglich und ist die Ausnahme), bilden sie unter Vermittlung durch die jeweiligen nationalen Parteien auch einen „Transmissionsriemen“ für die politische Willensbildung auf europäischer Ebene. Vgl. zum ganzen G. Jasmut, Die politischen Parteien und die europäische Integration, insb. S. 179 ff. (zur Entwicklung der Zusammenarbeit von Parteien in Europa und zur Geschichte der „Europäischen Parteien“), S. 221 ff. (zum Begriff der „Europäischen Partei“), 231 ff. (zur Stellung der Mitgliedsparteien in einer „Europäischen Partei“).

779 R. Bieber, Steigerungsform der europäischen Union: Eine Europäische Verfassung, S. 301 f.; ders., Verfassungsgebung und Verfassungsänderung in der Europäischen Union, S. 325 f. Sehr skeptisch in dieser Hinsicht dagegen C. Koenig, Ist die Europäische Union verfassungsfähig?, S. 271.

780 P. Häberle, Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?, S. 16 ff.; ders., Europäische Verfassungslehre, S. 162 ff.; A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 714 ff.

781 Für A. Peters stellt die Abwesenheit von „fixen Spaltungen“ eine zentrale Demokratievoraussetzung dar. Sie weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, daß für das Abstimmungsverhalten in den Organen der EU bzw. EG keineswegs allein die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Mitgliedstaat maßgeblich ist, sondern eine Vielzahl anderer Faktoren bzw. Zugehörigkeiten eine Rolle spielen: Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 711 f.

782 Dies ist ein wesentlicher Teil der Kritik von J. Habermas (Braucht Europa eine Verfassung?) an der gegenüber einer Europäischen Verfassung skeptischen Haltung D. Grimms (Braucht Europa eine Verfassung?). Habermas hält die Gewichtung der Schwierigkeiten für falsch, die sich daraus ergibt, daß „man eine als kulturelles Substrat in Anschlag gebrachte kollektive Identität, die sich ... nur *artikulierte*, für notwendig hält“. Statt dessen sei „zu erwarten, daß die politischen Institutionen, die durch die Europäische Verfassung geschaffen würden, eine *induzierende* Wirkung haben“ (ebda. S. 191, Hervorhebungen im Original). Zu diesem Gedanken vgl. auch M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 274 ff.; zu den Gegenargumenten (zunehmende „Sichtbarkeit“ der nicht akzeptierten EU führt zu weiterer Entfremdung) ebda. S. 325 ff. C. D. Classen weist darauf hin, daß sich eine demokratische Infrastruktur nur dort entwickeln kann, wo bereits gewisse institutionelle Strukturen vorhanden sind: Europäische Integration und demokratische Legitimation, S. 257. E.-W. Böckenförde meint, daß „Institutionen auf europäischer Ebene, sind sie richtig gebaut, (zur Bildung eines europäischen Volkes oder einer europäischen Nation) ... beitragen (können)“ (Die Zukunft politischer Autonomie, S. 125).

783 Ähnlich W. Hertel, Supranationalität als Verfassungsprinzip, S. 178 ff.

784 Dazu J. H. H. Weiler, Der Staat „über alles“, S. 113 f.

schaftlichen im Vergleich zur staatlichen Hoheitsgewalt auch nicht des gleichen Maßes an Homogenität, wie sie für die staatliche Verfassungsgebung gefordert wird.⁷⁸⁵ Vielleicht ist als Folge der gegenseitigen kulturellen Durchdringung heute nicht einmal mehr für die *staatliche* Verfassungsgebung ein solches Maß an Homogenität erforderlich (bzw. möglich), wie bisher angenommen wurde.⁷⁸⁶ Vielleicht ist es durchaus möglich, gleichzeitig Mitglied zweier Bürgergemeinschaften zu sein – der mitgliedstaatlichen und der europäischen.⁷⁸⁷ Und schließlich besteht bei einer *einzelstaatlichen* verfassungsgebenden Willensbildung (also einer Willensbildung, die eine Zustimmung in *allen* Mitgliedstaaten zur Voraussetzung macht), wie sie bei der Setzung bzw. Änderung des Primärrechts gegenwärtig praktiziert wird,⁷⁸⁸ keine Gefahr der Majorisierung eines Mitgliedstaates durch die übrigen; damit wäre die Bereitschaft der Minderheit zur Annahme des Mehrheitsvotums lediglich auf einzelstaatlicher Ebene notwendig, so daß unter diesem Aspekt die – ja ausreichend vorhandene – Homogenität auf einzelstaatlicher Ebene ausreichen würde.

Dennoch: Die von den urheberorientierten Theorien formulierten Homogenitätsanforderungen haben ohne Zweifel Bedeutung für die *Qualität* kollektiver verfassungsgebender Willensbildung. Die einzelstaatliche Willensbildung, die keine Homogenität auf europäischer Ebene erfordern würde, hat nämlich den Nachteil, daß durch die Beschränkung auf das in *allen* Mitgliedstaaten Zustimmungsfähige das erreichbare Maß an kollektiver Autonomie reduziert wird: Der Minimalkonsens entspricht dem Willen der *Gesamtheit* der Unionsbürger sehr wahrscheinlich weniger als eine in europaweitem Diskurs gefundene und von der Mehrheit der Unionsbürger angenommene Verfas-

785 Ähnlich C. D. Classen, Europäische Integration und demokratische Legitimation, S. 256. Das Argument läßt sich auch in umgekehrter Richtung formulieren: Die Kompetenzen der Gemeinschaften dürfen nur so weit reichen, wie sich das beim gegebenen Grad an Homogenität vertreten läßt; so etwa W. v. Simson, Was heißt in einer europäischen Verfassung „Das Volk“?, S. 13 (der offenbar zumindest für solche begrenzten Gemeinschaftskompetenzen die Homogenität für ausreichend hält). – Der Begriff der Europäischen Verfassung wird sicher überbeansprucht und zu sehr an die Staatsverfassung angelehnt, wenn verlangt wird, daß das Primärrecht als „identitätsstiftender Gründungsakt einer alle Lebens- und Rechtsbereiche umfassenden Gemeinschaft bzw. Union“ gesehen wird. So aber M. Schröder, Grundsatzfragen einer europäischen Verfassungsgebung, S. 512.

786 Ein Indiz dafür ist die Anerkennung kultureller Vielfalt, z.B. in Form des Minderheitenschutzes, in vielen nationalstaatlichen Verfassungen; P. Häberle spricht hier von der „Verfassung des Pluralismus“: Die europäische Verfassungsstaatlichkeit, S. 484 ff. Vgl. zu dem (Bedeutungs-) Verlust der Homogenität schon innerhalb des Staates bzw. der „Nation“ C. Grewe, Demokratie ohne Volk oder Demokratie der Völker? – Zur Demokratiefähigkeit der Europäischen Union, S. 61 ff.; U. R. Haltern, Europäischer Kulturkampf, S. 596 ff.

787 J. H. Weiler spricht etwa von einem europäischen Demos und entwirft ein Konzept der „multiplen Demoi“, das eine gleichzeitige Identifikation und Loyalität mit Europa *und* dem jeweiligen Mitgliedstaat erlaube (Der Staat „über alles“, S. 130 ff.) und so die demokratische Legitimation *beider* Ebenen hoheitlichen Handelns, der europäischen wie der mitgliedstaatlichen, ermögliche; ähnlich J. Nida-Rümelin, Demokratie als Kooperation, S. 134 ff. Zum Konzept „multipler Loyalitäten“ vgl. auch U. R. Haltern, Europäischer Kulturkampf, S. 608 ff. Ähnliches deutet W. v. Simson an: Was heißt in einer europäischen Verfassung „Das Volk“?, S. 12 („Aufteilung des Volksbegriffs in zwei verschiedene Kategorien“). Dieser allgemein auf die politische Willensbildung bezogene Gedanke gilt natürlich auch für die Verfassungsgebung.

788 Vgl. dazu unten C.I.4.a).

sung.⁷⁸⁹ Aus der Sicht der kollektiven Autonomie ist also die europaweite Willensbildung zu bevorzugen. Eine solche europaweite Willensbildung ist aber mühsamer, wenn keine einheitliche Sprache gesprochen wird oder kaum Medien vorhanden sind, die im gesamten Personenverband verbreitet sind. Gemeinsamkeiten in den Anschauungen, die durch gemeinsam erlebte Geschichte, Erziehung in derselben Wertegemeinschaft sowie durch Schicksals- oder Abstammungsgemeinschaft erzeugt werden, können die kollektive verfassungsgebende Willensbildung fördern. Diese Faktoren, die auch in der Diskussion über das angebliche „Demokratiedefizit“ in der EU eine große Bedeutung haben,⁷⁹⁰ können also die Verwirklichung des Legitimitätskriteriums der kollektiven Autonomie verbessern und verdienen daher Berücksichtigung in einem Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität.⁷⁹¹

Allerdings kann das (vermutete oder behauptete) Fehlen eines oder mehrerer dieser Faktoren nicht dazu führen, daß schon die *Anwendbarkeit* eines Prinzipienmodells der Legitimation durch Verfassungsgebung ausgeschlossen wird. Denn die Theorie der Verfassungsgebung gibt Kriterien zur Beurteilung der Legitimität einer (in welchem Verfahren auch immer geschaffenen) Verfassung an die Hand, und die möglicherweise schlechte Verwirklichung dieser Kriterien (mit der Folge möglicherweise geringer Legitimität dieser Verfassung) ist kein Grund, die Lehre nicht anzuwenden – im Gegenteil: Erscheint die Legitimität einer Verfassung als problematisch, so verlangt dies geradezu nach Anwendung des Prinzipienmodells der Legitimation durch Verfassungsgebung, um eine genauere Aussage über die Legitimität (und die Möglichkeiten ihrer Verbesserung) machen zu können. Das schließt nicht aus, daß das Ergebnis einer solchen Anwendung der Lehre die Feststellung geringer (oder fehlender) Legitimität ist.

Der von der urheberorientierten Theorie der verfassungsgebenden Gewalt formulierte Einwand gegen die Anwendung des Gedankens der Verfassungsgebung, es fehle an einem europäischen Volk als Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt, hat für die *Anwendbarkeit* des Prinzipienmodells also keine Bedeutung. Aus dem Einwand ergeben sich für das Prinzipienmodell allerdings Hinweise auf Probleme bei der Verwirklichung der Legitimitätskriterien der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit auf europäischer Ebene. Diese Probleme resultieren aus faktischen Schwierigkeiten bei einer verfassungsgebenden kollektiven Willensbildung auf europäischer Ebene. Die Untersuchung dieser Schwierigkeiten ist eine Aufgabe verschiedener Disziplinen wie Soziologie, Psychologie und Demokratietheorie;⁷⁹² eine solche Untersuchung könnte, so ist zu hoffen, im einzelnen Aufschluß darüber geben, inwieweit und auf welchem Weg

789 S. zu dem Defizit an kollektiver Autonomie bei einzelstaatlicher Willensbildung oben im Ersten Teil, G.V.2.

790 Eine erschöpfende und systematisch weitgehend überzeugende, allerdings etwas unkritische Analyse des Problembereichs „Demokratiedefizit in der Europäischen Union“ findet sich jetzt in der schon zitierten Arbeit von M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip.

791 Ähnlich fordert H. Hofmann die differenzierte Untersuchung der komplexen Voraussetzungen von Geltung und Wirksamkeit einer Verfassung anstelle einer Subjektivierung dieser Voraussetzungen unter dem Namen des Staates: Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, S. 1066 Fn. 18.

792 Zu den Hilfestellungen, die die Demokratietheorie hier geben kann, vgl. M. G. Schmidt, Demokratietheorien, S. 438 ff.

es möglich ist, die kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit und damit die Legitimität einer Europäischen Verfassung zu steigern.

In der vorliegenden Arbeit kann eine derart umfassende Untersuchung nicht geleistet werden; sie beschränkt sich allein auf die Frage, ob und in welchem Maße gegenwärtige und zukünftige Europäische Verfassungen durch Verfassunggebung legitimiert werden können. Prognosen über die künftige Entwicklung der soziologischen Legitimitätsvoraussetzungen können und sollen hier nicht aufgestellt werden.

IV. Parallelen zur Verfassunggebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates

Für die Gliedstaaten eines Bundesstaates ist die Möglichkeit der Legitimation durch Verfassunggebung oben schon begründet worden. Zur Bekräftigung der hier vertretenen These, daß auch eine Europäische Verfassung durch Verfassunggebung legitimiert werden kann, soll daher noch kurz auf einige staats- und verfassungstheoretische Parallelen zwischen den Europäischen Gemeinschaften⁷⁹³ und den Gliedstaaten eines Bundesstaates hingewiesen werden.

Ebenso wie der Gliedstaat eines Bundesstaates können die Gemeinschaften, wie gezeigt, als Personenverband bzw. – juristisch gesehen – als Körperschaft betrachtet werden, die über *beschränkte Hoheitsgewalt* verfügt. Beide – die Gemeinschaften und der Gliedstaat – verfügen über Kompetenzen in bestimmten Bereichen und auch über die organisatorischen und verfahrensmäßigen Mittel, um in diesen Kompetenzbereichen – notfalls mit Zwang gegenüber den Bürgern – zu handeln; sie sind aber nicht souverän.

Der wesentliche Unterschied zwischen den Gemeinschaften und dem Gliedstaat in einem Bundesstaat besteht – zumindest dem ersten Anschein nach – in der Organisationshoheit bei der Ausübung der Hoheitsgewalt:⁷⁹⁴ Der Gliedstaat gibt sich – unter Beachtung der ihm vom Bund gesetzten Grenzen – selbst eine Verfassung, die wiederum die Grundlage seiner ebenfalls autonom gesetzten einfachen Gesetze ist; auf diese Weise bestimmt der Gliedstaat weitgehend autonom über die Ausübung der Hoheitsgewalt, soweit sie ihm zusteht. Für die Europäischen Gemeinschaften trifft dies scheinbar nicht zu: Ihre Verfassung, das Primärrecht, entsteht weitgehend durch völkerrechtlichen Vertrag der Mitgliedstaaten, die ja keine Organe der Gemeinschaften sind; die Verfassung,

793 Der Vergleich bezieht sich auf die Gemeinschaften und nicht auf die Union, weil nur erstere mit Hoheitsgewalt ausgestattet sind.

794 Das Merkmal der Organisationshoheit verwendet übrigens auch G. Jellinek zur Abgrenzung der Staatlichkeit der Gliedstaaten von der Nichtstaatlichkeit etwa der Gemeinden. Er nennt dies die „Fähigkeit zur Selbstorganisation und Selbstherrschaft“ (Allgemeine Staatslehre, S. 489 ff.). Ein Staat zeichnet sich nach Jellinek dadurch aus, daß er die Ausübung der Staatsgewalt, soweit er über sie verfügen kann, selbst organisiert und regelt. Das bedeutet vor allem, daß die Verfassung eines Staates auf autonomer Rechtsetzung durch den Staat selbst beruht. Bei den Gliedstaaten eines Bundesstaates ist das der Fall; diese sind nach Jellinek „Staaten, denn sie können sich durch ihre eigenen, ausschließlich auf ihrem Willen beruhenden Verfassungen organisieren“ (Allgemeine Staatslehre, S. 491). Als Beispiel für die fehlende Organisationshoheit nennt Jellinek die Gemeinden: „Wo hingegen ein Herrschergewalt übender Verband seine Organisation von einem über ihm stehenden Staate als dessen Gesetz empfangen hat, da ist kein Staat vorhanden. So vor allem bei den Kommunen, deren Verfassung stets auf Staatsgesetzen ruht, die höchstens in untergeordneten Dingen eine begrenzte Organisationsbefugnis zugestehen.“ (Ebda.)

auf der das übrige Gemeinschaftsrecht beruht, wird den Gemeinschaften also gleichsam „von außen“ vorgegeben. Die Mitgliedstaaten setzen den Gemeinschaften durch das Primärrecht nicht nur kompetenzielle Grenzen, sondern bestimmen auch maßgeblich über die Organisation und die Art und Weise der Ausübung der gemeinschaftlichen Hoheitsgewalt. Diese Situation scheint mit dem Fall vergleichbar zu sein, daß ein „Gliedstaat“ eines Bundesstaates seine Verfassung nicht selbst setzt, sondern vom Bund erhält. In einem solchen Fall einer oktroyierten gliedstaatlichen Verfassung, den man in der historischen Realität vor allem in den unselbständigen Kolonien wiederfindet, wäre die Anwendung der Theorie der Legitimation durch Verfassunggebung in der Tat nicht sinnvoll.

Bei näherem Hinsehen erweist sich ein solcher Vergleich aber als zu voreilig. In formaler Hinsicht trifft es zwar zu, daß das Primärrecht nicht von den Gemeinschaften selbst, sondern „von außen“ gesetzt wird. Dieser formale Aspekt ist aber nur ein Indiz für die Antwort auf die eigentlich interessierende Frage, inwieweit die Gemeinschaften selbst über die Organisation und die grundsätzlichen Fragen der Ausübung ihrer Hoheitsgewalt bestimmen können. Für diese Frage kommt es wesentlich darauf an, inwieweit das Primärrecht auf den Willen der Individuen zurückgeht, die „Mitglieder“ der Gemeinschaft sind, also auf den Willen der Unionsbürger. Hier unterscheiden sich die Gemeinschaften von der oben exemplarisch genannten unselbständigen Kolonie: Deren Organisationsstatut wird tatsächlich von außen vorgegeben, die Einwohner der Kolonie haben darauf keinen oder, wenn sie denn im Bund mitbestimmen können, nur geringen Einfluß; dagegen *sind die Bürger der das Primärrecht setzenden Mitgliedstaaten in ihrer Gesamtheit identisch mit den Unionsbürgern*. Wird die Beteiligung eines Mitgliedstaates am Abschluß eines primärrechtsetzenden völkerrechtlichen Vertrages – dem demokratischen Anspruch gemäß – auf den Willen *seiner* Bürger zurückgeführt, so liegt es nicht fern, einen solchen Vertragsschluß, zu dem notwendig alle Mitgliedstaaten zustimmen müssen, auf den Willen der Bürger aller einzelnen Mitgliedstaaten und damit auf den Willen der Unionsbürger insgesamt zurückzuführen.⁷⁹⁵ Das trifft erst recht in

795 Die Verbindung zwischen dem Primärrecht als Europäischer Verfassung und den Unionsbürgern, auf deren Willen es letztlich zurückzuführen ist, wird also nicht an der Stelle durchbrochen, an der die Organe der Mitgliedstaaten an der Primärrechtsetzung beteiligt sind. Im Gegenteil: Durch diese Beteiligung wird die Verbindung gerade hergestellt. Daß es sich um eine mittelbare Verbindung und keine direkt-demokratische Rechtsetzung handelt, hindert selbstverständlich nicht die Betrachtung dieses Vorganges als Verfassunggebung. – Dagegen sieht M. Kaufmann einen kategorialen Unterschied zwischen der Konstituierung durch Bürger (bezogen auf den Staat) und der Konstituierung durch Staaten (bezogen auf die EU): M. Kaufmann, *Permanente Verfassunggebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund*, S. 531 ff., insb. 534 f. Kaufmann bezeichnet die Staaten als „kollektive Akteure“, die – im Gegensatz zu „menschlichen Akteuren“ mit ihrem „psychisch konstituierten Binnensystem“ – eine „höhere Fähigkeit zum normgeleiteten Handeln“ haben. Die Staaten erscheinen hier als entmenschte, jedenfalls ihren eigenen Bürgern völlig fremde Wesen. Dabei bleibt unklar, wo genau der wesensmäßige Unterschied zwischen der Verfassunggebung durch gemeinsames Handeln der Organe mehrerer Mitgliedstaaten und der Verfassunggebung durch Organe in einem Staat (z.B. das Zusammenwirken von verfassungsgebenden Versammlungen auf Bundes- und auf Gliedstaatsebene) liegt. Im übrigen gibt es genügend historische Beispiele für diktatorische Staaten, denen man eine „höhere Fähigkeit zum normgeleiteten Handeln“ durchaus absprechen kann – ebenso wie den Organen, die für sie handelten und letztlich den Bürgern, die diese Organe unterstützten.

den Fällen zu, in denen in einzelnen Mitgliedstaaten Referenden zur Vertragsratifizierung durchgeführt werden.

Verläßt man also die formal-juristische Perspektive und richtet den Blick auf die Bürger der Mitgliedstaaten in ihrer Eigenschaft als Unionsbürger, dann läßt sich die Aussage, den Gemeinschaften sei ihre Verfassung „von außen“ vorgegeben, nicht mehr halten. In dieser Sichtweise haben die Gemeinschaften in bezug auf die Verfassungsgebung (und übrigens auch in bezug auf die unter diesem Gesichtspunkt vielleicht neu aufzuwerfende Frage der Staatlichkeit)⁷⁹⁶ also gewisse Ähnlichkeit mit dem Gliedstaat eines Bundesstaates – nur daß das Verhältnis zwischen dem Teil und dem Ganzen gleichsam „umgestülpt“ ist.⁷⁹⁷ Damit soll nicht behauptet werden, das geltende Primärrecht habe das gleiche Maß an verfassungsrechtlicher Legitimität wie die Verfassung eines Gliedstaates in einem demokratischen Bundesstaat, die z.B. durch Beschluß einer verfassungsgebenden Versammlung mit anschließendem Referendum zustande gekommen ist. Es soll nur behauptet werden, daß die Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung auf das Primärrecht angewendet werden kann und auf diese Weise, wie bei der Verfassung eines Gliedstaates, Aussagen über das Maß an dessen verfassungsrechtlicher Legitimität (das nicht von vornherein gleich Null ist) gewonnen werden können – und auch Aussagen über die Möglichkeiten, diese Legitimität zu steigern.

C. Die Verfassungslegitimität des (geltenden) Primärrechts

Im folgenden soll die Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung auf das Primärrecht angewendet werden; auf diese Weise sollen Aussagen über die Verfassungslegitimität des Primärrechts bzw. der durch das Primärrecht normierten Ausübung von Hoheitsgewalt gewonnen werden. An dieser Stelle muß noch einmal hervorgehoben werden, daß die Legitimation durch Verfassungsgebung nur *ein* (wenn auch zentrales) Legitimitätskriterium darstellt; unter anderen Gesichtspunkten können andere Legitimitätskriterien genannt werden. Ein Legitimitätsgrund, der gerade in bezug auf die Europäische Union häufig genannt wird, ist der Wohlfahrtsgewinn: Die Ausübung von Hoheitsgewalt auf europäischer Ebene kann vielleicht auch dadurch (zumindest zum Teil) gerechtfertigt werden, daß die Wohlfahrt der Bürger gegenüber der nur einzelstaatlichen

796 Der im Text angestellte Vergleich legt den Gedanken nahe, den Staatsbegriff *in Analogie zum Gliedstaat eines Bundesstaates* tatsächlich auch auf die Gemeinschaften anzuwenden und damit die These von der Staatlichkeit der Gemeinschaften zu begründen. Denn wenn die herrschende Lehre den nichtsouveränen Gliedern eines Bundesstaates das Merkmal „Staatlichkeit“ zuspricht, warum sollte das nicht auch in bezug auf die nichtsouveränen Gemeinschaften möglich sein? Es greift offenbar zu kurz, die Frage der Staatlichkeit der Gemeinschaften allein als eine Frage ihrer Souveränität zu verstehen (so aber z.B. M. Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, S. 135 ff.). – Diese Problematik braucht hier aber nicht weiter vertieft werden, weil die mögliche Staatlichkeit der Gemeinschaften, wie der Staatsbegriff überhaupt, für die hier entwickelte Theorie keine maßgebliche Bedeutung hat.

797 Die zeitliche Abfolge der Bildung von Gliedstaaten und Bundesstaat einerseits und der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaften andererseits spricht nicht gegen den Vergleich; denn es trifft nicht zu, daß Bundesstaaten immer durch Zusammenschluß der Gliedstaaten entstanden sind. G. Jellinek weist z.B. auf das Beispiel der Umwandlung Brasiliens von einem Zentralstaat zu einem Bundesstaat aufgrund der Verfassung von 1891 hin (*Allgemeine Staatslehre*, S. 780). Für den Vergleich der Gemeinschaften mit einem Gliedstaat ist es also unerheblich, daß die Gemeinschaften zeitlich erst nach den Mitgliedstaaten (die ja im Vergleich dem Bund entsprechen) entstanden sind.

und damit in bestimmten Bereichen weniger wirkungsvollen Ausübung von Hoheitsgewalt zunimmt.⁷⁹⁸ Mit stärkerem Bezug zur Verfassung, aber ohne direkte Rekurrerung auf die Verfassungsgebung kann man auch die „Bewährung“ einer Verfassung als Legitimitätskriterium betrachten.⁷⁹⁹ Das ist aber nicht das Thema dieser Arbeit; ihr geht es nicht um eine umfassende und abschließende Bewertung der Legitimität (europäischer) Hoheitsgewalt, sondern nur um eine zentrale Argumentationsfigur, die bei der Bewertung dieser Legitimität hilfreich ist, nämlich die Legitimation durch Verfassungsgebung.

Entsprechend den früheren Ausführungen zum Primärrecht beschränkt sich der folgende Abschnitt auf das Recht der Gemeinschaften; denn das spezifische *Unionsrecht* läßt sich, wie gezeigt, nicht als eine Verfassung (in dem in dieser Arbeit verwendeten Sinne) verstehen und entzieht sich damit auch einer Anwendung der Theorie der Verfassungsgebung.

Die folgende Darstellung muß sich außerdem auf einige wesentliche Punkte beschränken. Zwar können die Kriterien des Prinzipienmodells der Verfassungslegitimität auch bei der Bewertung vieler Detailregelungen des Primärrechts herangezogen werden – das würde aber den Umfang dieser Arbeit sprengen und deren eigentlichen Gegenstand, die Legitimation durch Verfassungsgebung, in den Hintergrund drängen.

Nur in einigen wichtigen Bereichen soll daher im folgenden exemplarisch demonstriert werden, wie die Legitimität des Primärrechts nach den Kriterien der Freiheitssicherung, der kollektiven Autonomie und der dauerhaften Konsensfähigkeit beurteilt werden kann.

I. Freiheitssicherung

Die freiheitssichernde Funktion des Primärrechts soll im folgenden in fünf Hinsichten untersucht werden: Grundrechte (1.), gewaltenteilende Einrichtung von Organen und Verfahren (2.), Festlegung der Kompetenzen der Gemeinschaften und ihrer Organe (3.), Trennung zwischen verfassungsgebendem Organ und verfaßten Gemeinschaftsorganen (4.) und änderungsfester Verfassungskern (5.).

1. Grundrechte

Die Gemeinschaftsgrundrechte werden im allgemeinen, wie schon erwähnt, zum (ungeschriebenen) Primärrecht gezählt; sie sollen daher hier als (ungeschriebenes) Verfassungsrecht der Gemeinschaften betrachtet werden. Die freiheitssichernde Funktion der

798 Skeptisch gegenüber dem Wohlfahrtsargument C. Kirchner / A. Schwartze, Legitimationsprobleme in einer Europäischen Verfassung, S. 200 f.; vgl. dazu auch W. v. Simson, Der Staat als Teil und als Ganzes.

799 So A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 580 ff.: „Legitimation durch Bewährung heißt, daß eine Verfassung dann gerechtfertigt ist, wenn sie durch ihre (weitgehend indirekten) Leistungen, also ihren *Output*, zum Wohlergehen (einschließlich Selbstbestimmung) der Bürger beiträgt. Dabei kommt es wesentlich auf den realen, nicht den bloß erwarteten Output an. Dieser kann nur *ex post* und in letzter Instanz nur *von den Bürgern* festgestellt werden.“ (Hervorhebungen im Original.) Dieses Legitimitätskonzept hat dort Berührungspunkte mit dem Konzept der Verfassungsgebung, wo es sich auf die Bürger als „letzte Instanz“ zur Beurteilung der „Bewährung“ und damit auf deren Willen, also in gewisser Weise auf die kollektive Autonomie bezieht.

Grundrechte ist an ihrer *rechtlichen Wirksamkeit* zu messen. Diese Wirksamkeit soll im folgenden anhand der rechtlichen Verankerung der Gemeinschaftsgrundrechte und der dieser Verankerung entsprechenden Bindungswirkungen untersucht werden.

Dem Wortlaut nach sind die Grundrechte bis zu einem gewissen Grade auch im geschriebenen Primärrecht verankert. In Art. 6 II EUV⁸⁰⁰ heißt es nämlich, die „Union“ achte die „Grundrechte“, wie sie in der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) gewährleistet sind und wie sie sich „aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten als allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts ergeben“.⁸⁰¹ Diese Norm hat aber eher den Charakter einer Formulierung von Werten und Zielen und bedeutet wohl auch keine einseitige Bindung an die EMRK⁸⁰²; jedenfalls enthält sie keine ausdrücklich normierten Grundrechte. Auch die gemeinsame Erklärung von Parlament, Rat und Kommission zum Grundrechtsschutz⁸⁰³ und die Entschließung des Parlaments zu Grundrechten und Grundfreiheiten von 1989⁸⁰⁴ stellen keine Grundrechtsnormen dar, sondern Absichtserklärungen, allenfalls Selbstverpflichtungen der jeweiligen Gemeinschaftsorgane;⁸⁰⁵ da sie nicht direkt auf eine Vertragsnorm rückführbar sind, sind sie auch kein Bestandteil des geschriebenen Primärrechts. Das gilt auch für die schon mehrfach angesprochene im Dezember 2000 durch den Europäischen Rat in Nizza feierlich verkündete Charta der Grundrechte der Europäischen Union; diese ist bislang nicht ins Primärrecht inkorporiert worden und kann daher allenfalls eine Appellwirkung entfalten.⁸⁰⁶ Eine rechtlich bindende, über eine Absichtserklärung hinausgehende Normierung einzelner Gemeinschaftsgrundrechte findet sich also nicht im geschriebenen Primärrecht.

Formulierungen von Grundrechten, die als rechtlich verbindlich angesehen werden, finden sich dagegen in der Rechtsprechung des EuGH.⁸⁰⁷ Dieser hat in einer ganzen Reihe von Leitentscheidungen in Wahrnehmung seiner Kompetenz zur „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung“ des EGV (Art. 220 EGV)⁸⁰⁸ einzelne Grundrechte entwickelt und formuliert; er betrachtet die Gemeinschaftsgrundrechte dabei als Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze, die den Verfassungsüberlieferun-

800 Ex-Art. F II EUV.

801 Dazu, daß Art. 6 II EUV auch die Organe der Gemeinschaften bindet, vgl. oben A.II.4.

802 Vgl. R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 358.

803 Vom 5.4.1977, *Abl. C* 103/1.

804 Vom 12.4.1989, *Abl. C* 120/51.

805 Dazu A. Weber, *Die Europäische Grundrechtscharta – auf dem Weg zu einer europäischen Verfassung*, S. 537.

806 Eine solche Appellwirkung ist allerdings bereits jetzt festzustellen; vgl. I. Pernice, *Die Europäische Verfassung*, S. 1334, mit einigen Beispielen, in denen das spanische Verfassungsgericht bzw. Generalanwälte beim EuGH auf die Charta Bezug nehmen.

807 Vgl. dazu etwa T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 489 ff.; H.-W. Rengeling, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft*.

808 Ex-Art. 164 EGV.

gen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind.⁸⁰⁹ Bei der Findung und Formulierung der Gemeinschaftsgrundrechte nimmt der EuGH eine wertende Rechtsvergleichung vor: Er beschränkt sich nicht darauf, den „kleinsten gemeinsamen Nenner“ der Grundrechte in den einzelnen Mitgliedstaaten zu finden, sondern versucht, die „beste“ Regelung im nationalen Recht zu finden, die sich in die Struktur und Ziele der Gemeinschaften einfügt.⁸¹⁰ Dabei bedient er sich als „Quellen der Inspiration“ auch internationaler Menschenrechtsabkommen, an denen die Mitgliedstaaten beteiligt sind, insbesondere der EMRK.

Es fragt sich also, welches Maß an Wirksamkeit den so begründeten Gemeinschaftsgrundrechten zukommt. Die Grundrechtsrechtsprechung des EuGH ist verschiedentlich kritisiert worden wegen ihrer Unbestimmtheit, insbesondere wegen des Fehlens einer Schrankensystematik.⁸¹¹ Soweit diese Kritik zutrifft, ist auch die Wirksamkeit der Gemeinschaftsgrundrechte beeinträchtigt; denn unbestimmte Grundrechtsnormen lassen Raum für Auslegungen, die den Freiheitsschutz verringern könnten. Der EuGH hat es insoweit in der Hand, den Grundrechtsschutz im Zuge der Weiterentwicklung seiner Rechtsprechung durch größere Bestimmtheit der Formulierung von Gemeinschaftsgrundrechten zu verbessern.

Von größerer Bedeutung für die Frage der Wirksamkeit der Gemeinschaftsgrundrechte ist aber ihr Charakter als Richterrecht. Dem EuGH kommt zwar faktisch die Funktion eines „Supreme Court“ der Gemeinschaften zu, dessen Entscheidungen auch über den jeweils entschiedenen Einzelfall hinaus von den Gemeinschaftsorganen (und grundsätzlich auch von den Mitgliedstaaten) beachtet werden.⁸¹² Seine zahlreichen Grundsatzentscheidungen, mit denen er die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts mit dem Ziel der Förderung der Integration vorantrieb, waren zweifelsohne von großer Wirksamkeit; das gilt auch für die Grundrechtsrechtsprechung. Dennoch ist der EuGH *selbst* formal nicht an seine eigene Rechtsprechung gebunden. Das dem EuGH zu unterstellende Bestreben, einen Selbstwiderspruch zu vermeiden und der eigenen Rechtsprechung eine gewisse Kontinuität zu geben, kann diesen Mangel kaum ausgleichen. Es bliebe dem EuGH unbenommen, mit entsprechender Begründung (etwa mit dem Hinweis auf eine wirtschaftliche Notlage) den erreichten Grundrechtsstandard wieder zu verringern. In bezug auf den EuGH selbst bleibt also die Wirksamkeit der ungeschriebenen Gemeinschaftsgrundrechte deutlich hinter der Wirksamkeit eines geschriebenen Grundrechtskatalogs auf Primärrechtsebene zurück.

809 Vgl. die Formulierung in Art. 6 II EUV (ex-Art. F II EUV). Diese durch den Vertrag von Maastricht entstandene Vorschrift erkennt also die schon in längerer Rechtsprechungstradition vorgenommene Qualifizierung der Gemeinschaftsgrundrechte an.

810 Vgl. dazu und zum folgenden T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 491, 483; T. Giegerich, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß*, S. 262 ff., 1051 ff. Zur Methode der Herleitung von Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, insbesondere von Grundrechten eingehend C. Sobotta, *Transparenz in den Rechtsetzungsverfahren der Europäischen Union*, S. 290 ff. (mit dem Versuch, unter Anwendung dieser Methode ein „Grundrecht auf Zugang zu Informationen“ herzuleiten, ebda. S. 321 ff.).

811 Dazu T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 492 m.w.N.

812 Zur Rolle und Bedeutung des EuGH vgl. etwa T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 381 ff., insb. 384 ff.

Allerdings ist angesichts der Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH gegenwärtig kaum zu erwarten, daß das Gericht den erreichten Grundrechtsstandard tatsächlich wesentlich reduziert; diese Einschätzung teilt auch das Bundesverfassungsgericht und sieht aus diesem Grund gegenwärtig keine Gefahr für den Grundrechtsschutz, wenn die Wahrung der Grundrechte gegenüber der auf die Gemeinschaftsorgane übertragenen Hoheitsgewalt ausschließlich dem EuGH obliegt.⁸¹³

Dennoch ist festzustellen: Der Grundrechtsschutz im Gemeinschaftsrecht ist rechtlich weniger wirksam als ein in der Verfassung (dem Primärrecht) ausdrücklich festgeschriebener Grundrechtskatalog. Nach den Legitimitätskriterien der Theorie der Verfassungsgebung ist ein solcher (geschriebener) Grundrechtskatalog daher wünschenswert, die Legitimität des Europäischen Verfassungsrechts ließe sich dadurch deutlich steigern.⁸¹⁴

2. Gewaltenteilende Einrichtung von Organen und Verfahren

Ein wesentlicher freiheitssichernder Gesichtspunkt bei der Einrichtung von Organen und Verfahren ist die gegenseitige Kontrolle und Machtbalance verschiedener Hoheitsträger, also die Gewaltenteilung. Die Hoheitsträger der Gemeinschaften haben freilich – nicht zuletzt als Ausdruck der Beteiligung der Mitgliedstaaten an der Ausübung gemeinschaftlicher Hoheitsgewalt – andere Funktionen und stehen zueinander in einem anderen Verhältnis als die „klassischen“ drei Gewalten Legislative, Exekutive und Judikative im modernen demokratischen Verfassungsstaat. So ist nicht das direkt gewählte Europäische Parlament das Hauptrechtsetzungsorgan, sondern der aus Regierungsvertretern der Mitgliedstaaten zusammengesetzte Rat, der gleichzeitig (neben der Kommission) exekutive Aufgaben wahrnimmt⁸¹⁵; diese Kompetenz- und Machtkonzentration im Rat widerspricht nicht nur der herkömmlichen Zuweisung der Gesetzgebungsfunktion an das Parlament, sondern auch überhaupt der „klassischen“ Trennung von Gesetzgebung und Gesetzesvollzug.

813 Das Bundesverfassungsgericht ist seit der „Solange II“-Entscheidung (BVerfGE 73, 339, 377) der Auffassung, die Grundrechtsprechung des EuGH gewährleiste generell einen so wirksamen und dem Grundgesetz gleichzuachtenden Grundrechtsschutz gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften, daß es selbst auf die Ausübung seiner Gerichtsbarkeit über das Sekundärrecht, d.h. auf die Prüfung des Sekundärrechts am Maßstab deutscher Grundrechte verzichtet. Vgl. auch BVerfGE 89, 155, 174 f. (Maastricht) und BVerfGE 102, 147, 162 ff. (Bananenmarktordnung). – Allerdings bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung des EuGH in neuen, nicht wirtschaftlichen Politikfeldern, etwa bei der Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen entwickeln wird. Es ist durchaus möglich, daß sich in diesen Bereichen größere Abweichungen von nationalen Grundrechtsstandards ergeben werden; vgl. die entsprechenden Bedenken bei A. v. Bogdandy, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, S. 92 f.

814 Die Einführung eines geschriebenen Grundrechtskataloges würde auch keinen „Schritt in Richtung Staatlichkeit“ bedeuten, wie oft befürchtet wird. Ein Grundrechtskatalog stellt vielmehr ein Desiderat für die Ausübung von Hoheitsgewalt durch Organe jeder Art dar – seien sie staatlich oder nicht. – Die im Dezember 2000 vom Europäischen Rat proklamierte Grundrechtecharta könnte dem Mangel abhelfen – wenn sie rechtlich verbindlich wäre. Das ist aber gegenwärtig (noch) nicht der Fall.

815 So z.B. in Gestalt der einzelfallbezogenen Entscheidungen nach Art. 249 (ex-Art. 189) IV EGV, etwa bezüglich mitgliedstaatlicher Subventionen gem. Art. 88 (ex-Art. 93) II EGV.

Das heißt aber nicht, daß das Gefüge von Organen und Verfahren in den Gemeinschaften den Grundsatz der Gewaltenteilung, soweit er der Freiheitssicherung dient,⁸¹⁶ in schwerwiegender Weise verletzen würde.⁸¹⁷ Denn zum einen schreibt der Grundsatz der Gewaltenteilung – auch und gerade, wie oben gezeigt, in seiner ursprünglichen Formulierung bei Montesquieu – keine *bestimmte* Verteilung von „Gewalten“ vor; schon ein Vergleich moderner Verfassungsstaaten zeigt eine Vielfalt möglicher Konstellationen, die dem Grundsatz der Gewaltenteilung nach allgemeiner Ansicht entsprechen. Und zum anderen besteht auch zwischen den Gemeinschaftsorganen ein zum Teil sehr ausgefeiltes System von Kontroll- und Mitwirkungsbefugnissen und anderen Instrumenten gegenseitiger Einflußnahme; solche gegenseitige Kontrolle und Einflußnahme in Gestalt eines „institutionellen Gleichgewichts“⁸¹⁸ ist aber die für die Freiheitssicherung zentrale Forderung des Gewaltenteilungsgrundsatzes.⁸¹⁹

So ermöglichen die weitreichenden Zuständigkeiten des EuGH⁸²⁰ eine effektive freiheitssichernde Kontrolle der übrigen Hoheitsträger der Gemeinschaften durch dieses Gericht. Die Kommission hat eine Reihe von klagebewehrten Kontrollbefugnissen gegenüber anderen Gemeinschaftsorganen und gegenüber den Mitgliedstaaten.⁸²¹ Die Kommission selbst wiederum kann nur mit Zustimmung des Europäischen Parlaments ernannt werden⁸²² und unterliegt dessen Mißtrauensvotum⁸²³. Auch die Kontrollbefugnisse des Rechnungshofs müssen hier genannt werden;⁸²⁴ diese Kontrollbefugnisse sind mit dem Amsterdamer Vertrag durch die Einführung eines Klagerechts für den Rechnungshof verstärkt worden.⁸²⁵ Die Mitgliedstaaten wiederum haben aufgrund der Zuständigkeit ihrer Organe für die Konkretisierung des Gemeinschaftsrechts (vor allem bei den Richtlinien, aber auch bei der Anwendung unmittelbar geltenden Gemeinschaftsrechts durch Behörden und Gerichte) eigene Gestaltungsmöglichkeiten, durch die sie – trotz der Überordnung des Gemeinschaftsrechts nach Art. 10 EGV⁸²⁶ – eigene Akzente setzen können; bei Auseinandersetzungen mit den Gemeinschaften in diesem Zusammenhang haben sie auch Klagerechte vor dem EuGH.⁸²⁷ Diese Form „vertikaler“ oder „föderaler“ Gewaltenteilung wird ergänzt durch die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, einstimmig

816 Gewaltenteilung ist nicht nur ein Mittel der Freiheitssicherung, sondern kann auch z.B. als eine Methode effektiver Aufgabenverteilung angesehen werden.

817 So auch H. P. Ipsen, Europäische Verfassung – nationale Verfassung, S. 198 f.

818 Kritisch zu diesem Begriff T. Oppermann, Europarecht, Rn. 243.

819 Allerdings hat in den Gemeinschaften der Freiheitsschutz durch Gewaltenteilung inzwischen gegenüber dem Freiheitsschutz durch Grundrechte an Bedeutung verloren; die Gewaltenteilung dient heute zu einem großen Teil „dem Schutz und der Förderung der spezifischen Aufgaben der Organe“ (so A. v. Bogdandy, Europäische Prinzipienlehre, S. 170).

820 Vgl. Art. 220 ff. (ex-Art. 164 ff.) EGV, Art. 46 (ex-Art. L) EUV.

821 Vgl. Art. 230 (ex-Art. 173) II, 226 (ex-Art. 169) EGV.

822 Art. 214 (ex-Art. 158) II UAbs. 1, 3 EGV.

823 Art. 201 (ex-Art. 144) EGV.

824 Vgl. Art. 248 (ex-Art. 188c) EGV.

825 Vgl. die neue Fassung des Art. 230 (ex-Art. 173) III EGV.

826 Ex-Art. 5 EGV.

827 Vgl. Art. 230 (ex-Art. 173) II EGV.

oder gegebenenfalls mit Mehrheit im Rat gewissermaßen „von oben“ maßgeblichen Einfluß auf die Gemeinschaften und deren Rechtsakte zu nehmen.

Trotz dieser vielfältigen Kontroll- und Einflußmöglichkeiten verschiedener „Gewalten“ der Gemeinschaften ist die Freiheitssicherung durch Gewaltenteilung hier gewiß nicht in optimaler Weise verwirklicht. Das gilt vor allem für die Stellung des Europäischen Parlaments, dessen Möglichkeiten der Kontrolle und Einflußnahme auf exekutive, ja sogar legislative Hoheitsakte der übrigen Organe deutlich hinter entsprechenden Möglichkeiten herkömmlicher nationaler Parlamente zurückbleiben. Hier wird nicht nur ein „Demokratiedefizit“ deutlich, sondern eben auch ein Mangel in der Gewaltenbalance: Das direkt gewählte Parlament hat zwar die erforderliche Unabhängigkeit, um die von den Regierungen der Mitgliedstaaten beschickten Organe Rat und Kommission wirkungsvoll zu kontrollieren – ihm fehlt es aber an ausreichenden Instrumenten einer solchen Kontrolle. Diese Problematik kann hier aber (ebenso wie andere mögliche Defizite der Gewaltenteilung in den Gemeinschaften) nicht näher untersucht werden.⁸²⁸

3. Festlegung der Kompetenzen der Gemeinschaften und ihrer Organe

Die Verfassungsfunktion der Freiheitssicherung wird in grundlegender Weise durch die Festlegung von Verbands- und Organkompetenzen in der Verfassung erfüllt. Freiheitsbeeinträchtigungen durch Handlungen der Träger von Hoheitsgewalt sind dann zumindest auf den durch diese Kompetenzen abgesteckten Rahmen beschränkt. Die Qualität dieser Beschränkung – und damit das Maß der dadurch bewirkten Freiheitssicherung als Kriterium der Verfassungslegitimität – hängt vor allem von der Bestimmtheit der Kompetenzvorschriften ab. Unbestimmte Kompetenznormen erzeugen Ungewißheit über die Befugnisse von Hoheitsträgern und tragen in entsprechend geringerem Maße zur Freiheitssicherung bei.

Im Fall der Gemeinschaften stellt sich bei der *Verbandskompetenz* das Problem der primärrechtlichen Kompetenzabgrenzung zu den Mitgliedstaaten. Die *Organkompetenz* wirft demgegenüber kaum zusätzliche Fragen auf, weil die maßgeblichen primärrechtlichen Vorschriften mit der Verbands- gleichzeitig die Organkompetenz regeln (z.B. Art. 308 EGV⁸²⁹: „Erscheint ein Tätigwerden der Gemeinschaft erforderlich ..., so erläßt der Rat ... die geeigneten Vorschriften“). Allerdings überträgt sich durch diese rechtstechnische Kopplung von Verbands- und Organkompetenz jede Unbestimmtheit der Verbandskompetenz auf die Frage der Organzuständigkeit. Dadurch können zusätzliche Probleme entstehen, wenn z.B. eine Regelungsmaterie jedenfalls einer von mehreren Kompetenzen zugeordnet werden kann und nur unsicher ist, welche von diesen Kompetenzen einschlägig ist; denn in diesem Fall steht zwar die Verbandskompetenz fest, die Organkompetenz kann aber zweifelhaft sein (wenn verschiedene dieser Kompetenzen durch unterschiedliche Organe wahrgenommen werden). Auch im Hinblick auf das an-

828 Vgl. dazu etwa T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 263 ff. Problematisch ist etwa, daß der Rat beim Haushaltsrecht eine stärkere Position als das Parlament hat, daß das Parlament kaum Einsetzungs- und Wahlrechte gegenüber regierenden und verwaltenden Organen hat (Ausnahme: Zustimmung zur Benennung des Kommissionspräsidenten und zur Ernennung der Kommission als Gesamtkollegium, Art. 214 EGV n.F.) oder daß eine Kontrolle nur gegenüber der Kommission, dem Rat gegenüber aber nur in Ansätzen stattfindet.

829 Ex-Art. 235 EGV.

anzuwendende Verfahren können unbestimmte Kompetenzvorschriften Unsicherheit erzeugen und damit die Freiheitssicherung zusätzlich beeinträchtigen. Viele primärrechtliche Kompetenznormen legen nämlich nicht nur das Organ fest, das in dem jeweiligen Bereich tätig wird, sondern auch das anzuwendende Verfahren (z.B. die erforderlichen Mehrheiten oder die Einbeziehung weiterer Organe)⁸³⁰. Das gleiche gilt für die Rechtsform: Oft hängt es von der einschlägigen Kompetenz ab, ob durch Richtlinie, Verordnung, Entscheidung oder in anderer Form gehandelt werden kann.⁸³¹ Auch in dieser Frage kann sich daher eine Unbestimmtheit von Kompetenzvorschriften auswirken und dadurch die Freiheitssicherung beeinträchtigen.

Die primärrechtliche Regelung der Gemeinschaftskompetenzen ist oben schon kurz angesprochen worden.⁸³² Das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung erhebt zwar den Anspruch, daß jeweils einzelne Kompetenzbereiche primärrechtlich bestimmt werden; eine völlig unbestimmte Generalemächtigung ist dadurch ausgeschlossen. Allerdings wird dieses Prinzip nicht immer konsequent eingehalten. Im Hinblick auf die Bestimmtheit problematisch sind – neben den ungeschriebenen Kompetenzen –⁸³³ insbesondere die Vorschriften der Art. 94, 95 EGV⁸³⁴ (Rechtsangleichung bezüglich des Ge-

830 Z.B. Art. 93 (ex-Art. 99) EGV (Harmonisierung von Steuern): „Der Rat erläßt auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments und des Wirtschafts- und Sozialausschusses einstimmig die Bestimmungen zur Harmonisierung ...“

831 Z.B. Art. 52 (ex-Art. 63) EGV (Dienstleistungsfreiheit): „Der Rat erläßt ... Richtlinien zur Liberalisierung einer bestimmten Dienstleistung“.

832 S.o. A.II.3. Dazu und zum folgenden vgl. auch T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozess, S. 344 ff.

833 Ungeschriebene Kompetenzen ergeben sich z.B. aus der implied-powers-Lehre; vgl. dazu etwa T. Oppermann, Europarecht, Rn. 527 ff. Diese Lehre wurde in der Rechtsprechung des EuGH entwickelt; vgl. EuGHE 1956, II-297; 1960, VI-681. Es handelt sich um „stillschweigende Hilfskompetenzen“, die an ausdrücklich durch das Primärrecht zugewiesene Kompetenzen anknüpfen. Ähnlich der Lehre von der „Kompetenz kraft Sachzusammenhangs“ im deutschen Verfassungsrecht sollen die Gemeinschaften auch für solche Materien zuständig sein, für die sie keine ausdrückliche Kompetenz haben, deren Regelung aber zur effektiven Wahrnehmung einer anderen, ausdrücklich zugewiesenen Kompetenz erforderlich ist. Die Lehre von den implied powers fand bisher vor allem in zwei Bereichen Anwendung: bei der Einrichtung von Hilfsorganen der Gemeinschaften (vgl. R. Streinz, Europarecht, Rn. 344.) und bei der Begründung der Kompetenz zum Abschluß von völkerrechtlichen Verträgen mit Dritten („Parallelität von Innen- und Außenkompetenz“; vgl. R. Streinz, Europarecht, Rn. 594).

834 Ex-Art. 100, 100a EGV; vgl. zu diesen Vorschriften T. Oppermann, Europarecht, Rn. 1208 ff. Welchen Umfang die Kompetenzen nach Art. 94, 95 EGV letztlich haben, hängt von der Auslegung dieser insoweit etwas unklaren Vorschriften ab. Aus dem Wortlaut ist nämlich nicht zu ersehen, ob die Rechtsangleichung nur dann erfolgen soll, wenn das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes bzw. des Binnenmarktes durch Unterschiede in den nationalen Vorschriften ernsthaft beeinträchtigt ist, oder schon dann, wenn die Angleichung seine Verwirklichung in irgendeiner Weise fördert (unabhängig davon, ob schon nationale Regelungen existieren oder nicht); vgl. zu diesem Problem T. Oppermann, Europarecht, Rn. 1210 f. Eine solche weite Auslegung ist aber im Hinblick auf das im EGV vorherrschende Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung problematisch; außerdem spricht die Aufgabenorm des Art. 3 Buchst. h EGV, nach der die Gemeinschaft die Aufgabe der Rechtsangleichung hat, soweit dies für das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes „erforderlich“ ist, für eine entsprechend enge Auslegung der Art. 94, 95 EGV. Die allgemeinen Vorteile jeder Angleichung binnenmarktrelevanten nationalen Rechts genügen jedenfalls allein nicht für eine Kompetenzbegründung nach Art. 94, 95 EGV.

meinsamen Marktes bzw. Binnenmarktes) und Art. 308 EGV⁸³⁵ (Kompetenzergänzung bzw. -abrundung), auch wenn diese Vorschriften heute zurückhaltender angewendet werden.⁸³⁶ Bei diesen Vorschriften wird auch ein Merkmal deutlich, das – mehr oder weniger deutlich – ebenso die anderen primärrechtlichen Kompetenzvorschriften auszeichnet: Kompetenzen werden nicht als begrenzte sachliche Regelungsbereiche, sondern *zielorientiert*, also *final* formuliert.⁸³⁷ Diese Regelungstechnik der finalen Kompetenznormierung entspricht zwar dem ursprünglichen, dynamischen, auf Entwicklung ausgerichteten Charakter der Gemeinschaften, ist aber im Vergleich etwa zu den sachbereichsbezogenen Kompetenzkatalogen des Grundgesetzes ungenau – nicht nur wegen der ungenaueren Formulierung der Ziele, sondern auch wegen der Ungewißheit der für die Anwendung finaler Kompetenzvorschriften erforderlichen Prognose über die Förderung der einschlägigen Ziele durch die jeweiligen Maßnahmen.⁸³⁸ Diese Unbestimmtheit

835 Ex-Art. 235 EGV; vgl. zu dieser Vorschrift T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 523 ff.; T. Giegerich, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß*, S. 456 ff. Welche einzelnen Kompetenzen aus Art. 308 EGV hergeleitet werden können, hängt von der Beschaffenheit und dem Umfang der „Ziele“ der EG ab, auf die sich diese Vorschrift bezieht. Fraglich ist, ob nur die konkreten Aufgaben der EG gemeint sind, wie sie etwa in Art. 3 EGV festgelegt sind, oder etwa auch die politischen Fernziele, wie sie z.B. in der Präambel des EGV genannt sind. Die volle Einbeziehung dieser Fernziele könnte dazu führen, daß sich aus Art. 308 EGV fast unbeschränkte Kompetenzen ableiten ließen. Derart umfangreiche Kompetenzen sollen aber durch Art. 308 EGV nicht übertragen werden; das ergibt sich schon aus der Zusammenschau der zahlreichen begrenzten Einzelermächtigungen im EGV, die kaum einen eigenen Regelungsgehalt hätten, würden sich die Kompetenzen bereits aus Art. 308 EGV ergeben. Art. 308 EGV ist daher restriktiv auszulegen; die Einbeziehung aller Fernziele bei gleichzeitiger Einräumung einer weitgehenden Einschätzungsprärogative für den Rat hinsichtlich der Erforderlichkeit zur Zielverwirklichung geht jedenfalls zu weit. Eine restriktive Auslegung entspricht auch der neueren Rspr. des EuGH (vgl. EuGHE 1996, I-1759 – Gutachten zum Beitritt zur EMRK), der bei politisch besonders bedeutsamen Vorhaben die Anwendung des Art. 308 EGV ausschließt und auf die Vertragsänderung nach Art. 48 (ex-Art. N) EUV verweist; vgl. dazu näher U. Häde / A. Puttler, *Zur Abgrenzung des Art. 235 EGV von der Vertragsänderung*.

836 Auf Anregung der Gipfelkonferenz der Staats- und Regierungschefs 1972 in Paris wurde Art. 235 EWGV (jetzt Art. 308 EGV) neben anderen Vertragsbestimmungen einige Jahre lang „weitestgehend ausgeschöpft“, um trotz fehlender ausdrücklicher primärrechtlicher Kompetenzzuweisung den bis dahin fast ausschließlich wirtschaftspolitisch orientierten EWG-Vertrag durch die Einbeziehung neuer Politiken abzurunden, so etwa der Umwelt-, Forschungs-, Regional-, Sozial- und Währungs politik. Nach der Schaffung entsprechender ausdrücklicher primärrechtlicher Kompetenznormen durch die EEA und den EUV wurde eine Heranziehung des Art. 235 (jetzt Art. 308) zunehmend überflüssig. Die rechtliche Problematik besteht allerdings fort. Vgl. dazu T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 523 ff.

837 Auf diesen Aspekt weist besonders H. D. Jarass hin: Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten, S. 178 ff. (mit einer Zusammenstellung der finalen Formulierungen von Kompetenzen im EGV auf S. 179). Auch U. Hufeld erörtert das Problem „final strukturierte(r) Querschnittskompetenz(en)“ (Die *Verfassungsdurchbrechung*, S. 149); ob man jedoch mit Hufeld die Wirkung solcher Kompetenznormen als (letztlich wohl gerechtfertigte, vgl. ebd. S. 222 f.) „Verfassungsdurchbrechung“ des Grundgesetzes charakterisieren (S. 122 f.) und die Situation mit „Weimarer Zeiten“ (S. 126) vergleichen muß, mag dahinstehen. Vgl. zur Problematik unbestimmter Kompetenzvorschriften im Gemeinschaftsrecht auch C. W. Beyer, *Die Ermächtigung der Europäischen Union und ihrer Gemeinschaften*, und M. Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, S. 317 ff.

838 H. D. Jarass, *Die Kompetenzverteilung zwischen der Europäischen Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten*, S. 180. Auf die geringe Normativität „politischer Zielformeln“ in (Staats-) Verfassun-

ist ein generelles Problem bei der Betrachtung des Primärrechts als Verfassung: Sie entspricht der ursprünglich beabsichtigten Entwicklungsoffenheit des Gemeinschaftsrechts (daher auch der Begriff der „Wandelverfassung“ für das Primärrecht)⁸³⁹, steht aber im Widerspruch zu herkömmlichen Vorstellungen von einer stabilen Verfassung und mindert die auf das Primärrecht zurückzuführende Legitimität der Ausübung von gemeinschaftlicher Hoheitsgewalt.⁸⁴⁰

Die strukturelle Unbestimmtheit gemeinschaftsrechtlicher Kompetenzvorschriften wird zwar abgeschwächt durch die kompetenzbeschränkenden Prinzipien der Subsidiarität (Art. 5 II EGV⁸⁴¹) und der Verhältnismäßigkeit (Art. 5 III EGV⁸⁴²). Dennoch wäre im Interesse der Bestimmtheit und damit der Freiheitssicherung eine möglichst sachbereichsbezogene, jedenfalls klarere Formulierung der Gemeinschaftskompetenzen wünschenswert.⁸⁴³

4. Trennung zwischen verfassungsgebendem Organ und den verfaßten Organen

Ein eng mit der Freiheitssicherung verbundenes Prinzip der Verfassungslegitimität ist, wie schon dargestellt, die Trennung zwischen dem verfassungsgebenden Organ und den

gen, gerade wenn es um Kompetenzfragen geht, weist schon W. Kägi hin: Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, S. 99.

839 H. P. Ipsen, Europäische Verfassung – Nationale Verfassung, S. 201.

840 Vgl. zu dieser Dynamik des Primärrechts und den Auswirkungen auf seinen Verfassungscharakter J. Schwarze, Verfassungsentwicklung in der Europäischen Gemeinschaft, S. 35 ff. Schwarze spricht in diesem Zusammenhang von „Verfassungsentwicklung“.

841 Ex-Art. 3b II EGV.

842 Ex-Art. 3b III EGV.

843 Für einen Kompetenzkatalog daher I. Boeck, Die Abgrenzung der Rechtsetzungskompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in der Europäischen Union, S. 245; K. Heckel, Der Föderalismus als Prinzip überstaatlicher Gemeinschaftsbildung, S. 161 ff. Boeck und Heckel weisen dabei aber auch (mit unterschiedlicher Akzentuierung) auf die mit der Einführung eines solchen Kompetenzkataloges verbundenen Schwierigkeiten hin. Skeptisch M. Schröder, Grundsatzfragen einer europäischen Verfassungsgebung, S. 516 f.: Ein fester Kompetenzkatalog könne sich wegen der nicht abgeschlossenen Entwicklung der Integration als zu rigide erweisen. Für eine differenzierte Lösung mit enger abgegrenzten Kompetenzen in ausgewählten Bereichen J. Schwarze, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, S. 1685 f. Differenzierend und mit interessanten Vorschlägen I. Pernice, Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, insb. S. 872 ff.; ders., Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 221 f.; ders., Die Europäische Verfassung, S. 1327 ff. Pernice weist auch auf die Vorteile einer „finalen“ Kompetenzregelung hin; diese sei nicht nur dem Entwicklungscharakter der Union angemessen, sondern könne auch eine stärkere Kompetenzbeschränkung darstellen als mancher weit gefaßte Sachbereich aus den Kompetenzkatalogen des Grundgesetzes. Insgesamt plädiert Pernice jedoch auch für eine bessere Abgrenzung der Zuständigkeiten; diese sei auch als Ausgleich für die Erweiterung von Mehrheitsentscheidungen im Rat notwendig. Im einzelnen macht er dazu differenzierte Vorschläge; neben Kompetenzkatalogen nach Sachbereichen könnten auch z.B. Negativabgrenzungen oder prozedurale Lösungen („Subsidiaritätsausschuß“) hilfreich sein. Außerdem müsse differenziert werden zwischen „exklusiven bzw. konkurrierenden Kompetenzen zu supranationaler Rechtsetzung in einigen Bereichen und den Koordinierungs- und Förderkompetenzen hinsichtlich der Politik der Mitgliedstaaten in anderen Bereichen“. – Deziert gegen einen Kompetenzkatalog wendet sich H.-P. Schneider, Föderative Gewaltenteilung in Europa, S. 1415 ff.

verfaßten Organen. In bezug auf die Gemeinschaften bedeutet dies eine (möglichst durch die Verschiedenheit der Organe und der Verfahren zum Ausdruck kommende) Trennung zwischen Primärrechtsetzung und an das Primärrecht gebundenem Handeln der Gemeinschaftsorgane. Die Primärrechtsetzung erfolgt durch völkerrechtlichen Vertrag der Mitgliedstaaten bzw. im Verfahren nach Art. 48, 49 EUV; außerdem hat der EuGH das Primärrecht nicht nur verbindlich ausgelegt, sondern – vor allem im Bereich der Gemeinschaftsgrundrechte – rechtsschöpferisch weiterentwickelt. Diese beiden „Quellen“ des Primärrechts sollen im folgenden betrachtet werden.

a) Primärrechtsetzung durch die Mitgliedstaaten bzw. im Verfahren nach Art. 48, 49 EUV⁸⁴⁴

Die Unterscheidung zwischen Primärrechtsetzung durch die Mitgliedstaaten und Sekundärrechtsetzung durch die gemäß dem Primärrecht eingerichteten und handelnden Organe der Gemeinschaften scheint – zumindest dem ersten Anschein nach und im Ergebnis – genau der Idee von der Trennung zwischen verfassungsgebendem Organ und den verfaßten Organen zu entsprechen. Denn das Primärrecht wird grundsätzlich von einem außerordentlichen und im „normalen“ Rechtsleben nicht in Erscheinung tretenden „Organ“ (der Gesamtheit der Mitgliedstaaten bzw. deren Vertretern) in einem besonderen Verfahren (nach Art. 48 bzw. – im Rahmen eines Beitrittsverfahrens – Art. 49 EUV oder durch „normalen“ völkerrechtlichen Vertrag)⁸⁴⁵ gesetzt. In dieser Hinsicht ist es sinnvoll, von den Mitgliedstaaten nicht nur als den „Herren der Verträge“, sondern auch als „verfassungsgebender Gewalt“ (im Sinne eines verfassungsgebenden Organs) für

844 Ex-Art. N, O EUV.

845 Die Gründungsverträge sind in dem für völkerrechtliche Verträge üblichen Verfahren geschlossen worden. Anschließend *Vertragsänderungen* sollten dagegen an ein bestimmtes Verfahren gebunden sein, wie es im heutigen Art. 48 EUV vorgesehen ist, d.h. durch eine Konferenz von Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten unter vorheriger Beteiligung der Gemeinschaftsorgane Parlament, Rat und evtl. Kommission (die ein Initiativrecht hat) und anschließende Ratifizierung in den Mitgliedstaaten erfolgen. Die Einhaltung dieses Verfahrens für Vertragsänderungen ist nach Ansicht des EuGH zwingend (EuGHE 1971, 1003; 1976, 455 – Defrenne II); auch nach der WVRK, insbesondere Art. 40 WVRK, stellt dieses Revisionsverfahren eine abschließende Regelung dar, erlaubt also keine Vertragsänderung in einem anderen Verfahren (dazu M. Herdegen, *Vertragliche Eingriffe in das „Verfassungssystem“ der Europäischen Union*, S. 453 f.). Dennoch sind in der Vergangenheit immer wieder kleinere Vertragsänderungen „beinahe versehentlich“ durch „normalen“ völkerrechtlichen Vertrag der Mitgliedstaaten, also unter Abweichung von Art. 48 EUV (bzw. den entsprechenden Vorgängerregelungen) durchgeführt worden, und auch eine Vertragsänderung „großen Stiles“, etwa die Umwandlung der EU in einen Bundesstaat, wäre wohl nicht an Art. 48 EUV gebunden, sondern würde z.B. durch völkerrechtlichen Vertrag oder durch ein besonderes Verfassungsgebungsverfahren unter direkter Beteiligung der Unionsbürger erfolgen. Vgl. dazu T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 218, 501 ff. – Es fällt außerdem schwer, einen wesentlichen Unterschied zwischen dem Verfahren nach Art. 48 EUV und einem völkerrechtlichen Vertrag der Mitgliedstaaten unter Außerachtlassung des Art. 48 zu erkennen. Das Europäische Parlament und gegebenenfalls die Kommission werden nach Art. 48 lediglich angehört; nur der Rat hat scheinbar die Möglichkeit, durch Verweigerung der befürwortenden Stellungnahme die Vertragsänderung zu verhindern. Allerdings kann die Vertragsänderung sowohl nach Art. 48 als auch durch „normalen“ völkerrechtlichen Vertrag ohnehin nur mit Zustimmung aller Mitgliedstaaten bzw. deren Regierungsvertreter erfolgen – der Rat setzt sich aber gerade aus Regierungsvertretern zusammen; die Vorstellung, daß der Rat gegen den Willen der Mitgliedstaaten bzw. deren Regierungsvertreter die befürwortende Stellungnahme verweigert, ist geradezu paradox.

die Gemeinschaften zu sprechen.⁸⁴⁶ Dabei ist allerdings schon zweifelhaft, ob bei den Verfahren nach Art. 48, 49 EUV überhaupt von Verfassungsgebung gesprochen werden kann; handelt es sich doch um im geltenden Primärrecht, also in der bestehenden Verfassung vorgesehene Verfahren und damit eigentlich um Verfassungsänderungen.⁸⁴⁷ Dagegen könnte man allerdings einwenden, die durch den Vertrag von Maastricht eingeführte Regelung der Art. 48, 49 EUV habe (abgesehen von der dort vorgesehenen – sehr beschränkten – Beteiligung von Rat, Parlament und Kommission) nur deklaratorischen Charakter und bringe nur die auch ohne ausdrückliche Regelung jederzeit bestehende Möglichkeit der Vertragsänderung bzw. Schaffung neuer vertraglicher Regelungen durch die Mitgliedstaaten zum Ausdruck.

Auch wenn man von der Einordnung als Verfassungsgebung oder Verfassungsänderung absieht, wird aber die Trennung von verfassungsgebendem Organ und verfaßten Organen durch die Verfahren nach Art. 48, 49 EUV nur eingeschränkt verwirklicht. Das wird vor allem an der Funktion und Bedeutung des Rates deutlich: Dieses Gemeinschaftsorgan ist zwar selbstverständlich nicht identisch mit der Gesamtheit der Mitgliedstaaten und kann von sich aus auch kein Primärrecht setzen (auch wenn in dem Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 II EUV die Einberufung einer Regierungskonferenz zur Änderung des Primärrechts von der befürwortenden Stellungnahme des Rates abhängig ist bzw. der Rat nach Art. 49 I EUV einen einstimmigen Beschluß fassen muß); aber es besteht eben aus Regierungsvertretern der Mitgliedstaaten, und letztlich sind es Regierungsvertreter der Mitgliedstaaten (zusammen mit den in den Mitgliedstaaten für die Ratifizierung zuständigen Organen, die aber praktisch nur ein Vetorecht haben), die auch die Primärrechtsetzung durchführen. Ein Unterschied besteht zwar in der Notwendigkeit der Ratifizierung in den Mitgliedstaaten (Art. 48 III, 49 II 2 EUV) und damit der engeren Bindung der Regierungsvertreter an die gesetzgebenden Organe (in einigen Fällen auch an das zu erwartende Ergebnis eines Referendums) im jeweiligen Mitgliedstaat. Dieser Unterschied ist jedoch nur graduell, weil die Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten auch bei ihrer Mitwirkung im Rat gemäß den demokratischen Regeln den jeweiligen gesetzgebenden Organen bzw. dem Volk des jeweiligen Mitgliedstaates verantwortlich sind.

Lediglich die Beteiligung des Europäischen Parlaments bzw. der Kommission an den Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48, 49 EUV scheint den Einfluß der Regierun-

846 So z.B. M. Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*, S. 143 f. („konstitutionelle Gewalt“ bzw. „pouvoir constituant“); T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 218, 501; H. Steinberger, *Der Verfassungsstaat als Glied einer europäischen Gemeinschaft*, S. 22 f. – Einen etwas anderen Akzent hat der Gedanke, den J. H. Kaiser auf der Staatsrechtslehrertagung 1964 formuliert hat. Er sprach davon, daß aufgrund von Art. 24 GG (der damals für die Schaffung der Gemeinschaften und weitere Integrationsschritte einschlägigen Vorschrift) und entsprechender Regelungen in den Verfassungen der anderen Mitgliedstaaten ein „internationaler Verfassungsgeber“ tätig wird, der eine internationale Gemeinschaft konstituiert. Dieser neue „pouvoir constituant“ bestehe aus den Völkern der Mitgliedstaaten, die vor allem durch ihre nationalen Parlamente handelten (J. H. Kaiser, *Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften*, S. 17 ff.). Kaiser nahm hier offenbar Bezug auf die von der staatlichen Ebene her bekannte Vorstellung der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes (bzw. hier: der Völker).

847 So T. Giegerich, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß*, S. 486 f. Zum Unterschied zwischen Verfassungsgebung und Verfassungsänderung vgl. oben im Ersten Teil E.I.

vertreter der Mitgliedstaaten auf die inhaltliche Ausgestaltung des Primärrechts zu beschränken. Bei näherem Hinsehen reicht diese Beschränkung aber nicht sehr weit. Denn die Kommission wird in beiden Verfahren allenfalls angehört; auch das Parlament hat im Vertragsänderungsverfahren nach Art. 48 nur ein Anhörungsrecht (Abs. 2). Im Beitrittsverfahren nach Art. 49 bedarf der Beitritt und damit die Vertragsänderung zwar der Zustimmung des Parlaments (Abs. 1), aber dabei handelt es sich nur um ein Vetorecht, das dem Parlament keine eigenen inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten gibt; außerdem sind die anlässlich der Beitrittsverfahren vorgenommenen Vertragsänderungen bisher eher unbedeutend (abgesehen von den notwendigen technischen Vertragsänderungen).

Es sind also die Mitgliedstaaten bzw. ihre Regierungsvertreter, die zunächst das Primärrecht maßgeblich inhaltlich festlegen und dann im Rat als (zentralem) Gemeinschaftsorgan auf der Ebene des Sekundärrechts tätig werden. Die Mitgliedstaaten sind eben nicht nur „Herren der Verträge“⁸⁴⁸ sondern gleichzeitig „Herren des Rates“. Diese Verbindung steht im Gegensatz zum freiheitssichernden Prinzip der Trennung von verfassungsgebendem Organ und verfaßten Organen.⁸⁴⁹ Daran wird deutlich, daß bei der Schaffung des Primärrechts nicht die änderungsfeste rechtliche Sicherung der Freiheiten der Unionsbürger gegenüber den Gemeinschaftsorganen im Vordergrund stand, sondern wohl eher die Sicherung des Einflusses der Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaften und deren Organe.

b) Rechtsschöpferische Fortentwicklung des Primärrechts durch den EuGH

Schon im Abschnitt über die Freiheitssicherung durch Grundrechte wurde festgestellt, daß die vom EuGH formulierten Gemeinschaftsgrundrechte insoweit vom Ideal abweichen, als daß der EuGH selbst rechtlich nicht an sie gebunden ist. Dieses Defizit an Freiheitssicherung kann auch unter dem Gesichtspunkt der Trennung zwischen verfassungsgebendem Organ und verfaßten Organen betrachtet werden: Durch die „Findung“ primärrechtlicher allgemeiner Rechtsgrundsätze und die Fortentwicklung bzw. Konkretisierung weiter Teile des geschriebenen Primärrechts⁸⁵⁰ wird der EuGH auf der Ebene des Primärrechts rechtsschöpferisch tätig, er betätigt sich in diesem Bereich im Ergebnis wie ein Verfassungsgebungsorgan, und zwar in einem Maße, das über die übliche rechtsschöpferische Tätigkeit staatlicher Verfassungsgerichte wohl hinausgeht;⁸⁵¹ gleichzeitig

848 Wenngleich auch die Verfügbarkeit der Verträge durch die Mitgliedstaaten wohl Einschränkungen unterliegt, z.B. durch geschaffene Besitzstände der Unionsbürger; so I. Pernice, Art. 23 Rn. 21.

849 Die Feststellung M. Kaufmanns, „Verfassungsgeber und verfassungsändernder Gesetzgeber“ fielen bei der Union bzw. den Gemeinschaften zusammen (Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 143), erfaßt daher nur einen Teil der Legitimitätsproblematik. Zutreffend ist jedenfalls die Feststellung, die Europäische Union befinde sich „im Zustand permanenter Verfassung(s)gebung“ (ebda. und ders., Permanente Verfassungsgebung und verfassungsrechtliche Selbstbindung im europäischen Staatenverbund, S. 530 ff.).

850 Beispielhaft für die Fortentwicklung des geschriebenen Primärrechts durch den EuGH seien hier nur das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und mitgliedstaatlichem Recht, der Rechtsschutz, die Staatshaftung oder die Grundfreiheiten genannt; vgl. dazu A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 403 ff.

851 Auch wenn die „Findung“ der allgemeinen Rechtsgrundsätze durch den EuGH vor allem darin besteht, daß er die im Gemeinschaftsrecht und in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten schon angelegten und quasi latent vorhandenen Grundsätze lediglich ausformuliert und konkretisiert (vgl. da-

ist er ein „verfaßtes“, nämlich durch das Primärrecht eingerichtetes und aufgrund des Primärrechts handelndes Organ. Diese Doppelfunktion mag zwar zumindest aus pragmatischer Sicht notwendig sein;⁸⁵² sie steht aber im Gegensatz zum Prinzip der Trennung von verfassunggebendem Organ und verfaßten Organen.

5. Änderungsfester Verfassungskern

Das Prinzip der Freiheitssicherung muß sich auch in einem änderungsfesten Verfassungskern widerspiegeln. Einer solchen Änderungsfestigkeit scheint der Charakter des Primärrechts als „Wandelverfassung“ direkt zu widersprechen. Einer Verfassung, deren Änderung und Fortentwicklung geradezu zu ihrem Wesenskern gerechnet wird, die im wesentlichen ihre eigene Wandlung normiert, scheint ein änderungsfester Kern fremd zu sein.

Dennoch ist die Existenz eines solchen änderungsfesten Kerns weder begrifflich noch nach dem Selbstverständnis des Primärrechts ausgeschlossen. Der „Wandelcharakter“ des Primärrechts muß nicht seinen gesamten Inhalt umfassen, sondern kann auch einen Teil aussparen, der als grundlegend, dauerhaft und keiner Wandlung bedürftig angesehen wird.⁸⁵³

In Gestalt ausdrücklicher Normierungen (wie Art. 79 III GG) finden sich zwar keine änderungsfesten Teile des Primärrechts. Allerdings finden sich im I. EWR-Gutachten⁸⁵⁴ des EuGH Formulierungen, die so verstanden werden können, daß das Primärrecht nicht geändert werden darf, wenn dadurch „die Grundlagen der Gemeinschaft selbst beeinträchtigt“ werden.⁸⁵⁵ Das wäre der Sache nach tatsächlich ein änderungsfester Kern des Primärrechts.

zu T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 482 ff.), handelt es sich aus der Perspektive der anderen Gemeinschaftsorgane und der Unionsbürger dabei um einen Akt der Rechtsschöpfung; denn ohne die „Ausformulierung“ durch den EuGH gäbe es keine Rechtsgrundsätze, die bestimmt genug wären, um von den übrigen Gemeinschaftsorganen beachtet zu werden. Außerdem besteht die „Findung“ durch den EuGH immerhin auch in einem Ermitteln der „besten“ Grundsätze aus den einzelnen Rechtsordnungen, und das erfordert in nicht unerheblichem Maße eine Bewertung und eigene Entscheidung des EuGH.

852 A. Peters diskutiert verschiedene Begründungen für die Befugnis des EuGH zur Verfassungsrechtsfortbildung (Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 414 ff.), hält diese Befugnis letztlich aber nur für „pragmatisch rechtfertigbar“ (ebda. S. 421).

853 Vgl. dazu A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, S. 442 ff.; M. Heintzen, *Hierarchisierungsprozesse innerhalb des Primärrechts der Europäischen Gemeinschaft*.

854 Vom 14.12.1991, EuGHE 1991, I-6079. Dazu M. Herdegen, *Vertragliche Eingriffe in das „Verfassungssystem“ der Europäischen Union*; M. Heintzen, *Hierarchisierungsprozesse innerhalb des Primärrechts der Europäischen Gemeinschaft*, S. 37 ff.; T. Giegerich, *Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß*, S. 509 ff.

855 Ebd. Rn. 71 f. Diese Auslegung des Gutachtens ist freilich umstritten; vgl. dazu A. Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, S. 452 ff. m.w.N. Peters geht davon aus, daß der EuGH hier keine absolute Änderungsfestigkeit der „Grundlagen“ festlegen möchte, sondern für Änderungen der „Grundlagen“ lediglich die Förmlichkeit der Vertragsänderung, jetzt also die Einhaltung des Verfahrens nach Art. 48 EUV verlangt.

Allerdings erfüllt der änderungsfeste Kern, um den es dem EuGH – folgt man der entsprechenden Auslegung – in dem Gutachten ging, kaum Funktionen der Freiheitssicherung. Der EuGH bezog sich vor allem auf die „Regeln ..., die für die Wirtschafts- und Handelsbeziehungen innerhalb der Gemeinschaft gelten und bei denen es sich in ihrer Mehrzahl um grundlegende Bestimmungen der Rechtsordnung der Gemeinschaft handelt“.⁸⁵⁶ Hier geht es um die effektive Regulierung von Wirtschafts- und Handelsbeziehungen nach den Vorstellungen der E(W)G, nicht um individuelle Freiheitsrechte oder die freiheitssichernde Bindung von Organen.⁸⁵⁷

Ein *solcher* änderungsfester Kern hat keine legitimierende Wirkung im Sinne des Prinzips der Freiheitssicherung. Legitimitätsstiftend in diesem Sinne wäre erst ein änderungsfester Kern des Primärrechts, der die für Vertragsänderungen zuständigen Organe mit freiheitssichernder Zielrichtung bei der Vertragsänderung bindet.⁸⁵⁸ Das wäre etwa dann der Fall, wenn primärrechtliche Grundrechte oder das System der Gewaltenteilung als änderungsfest angesehen werden müßten. Vertragliche Bekenntnisse zu Freiheit, Menschen- und Grundrechten wie etwa in Art. 6 I und II EUV⁸⁵⁹ genügen dafür alleine noch nicht; es müßte vielmehr deutlich werden, daß im Primärrecht der Schutz der Freiheit gerade *Vorrang* vor den wirtschaftlichen und sonstigen Zielen hat und den primären Verfassungszweck darstellt.⁸⁶⁰ Angesichts des Zögerns der Mitgliedstaaten, die Grundrechtecharta oder sonst einen geschriebenen Grundrechtekatalog in das geltende Primärrecht aufzunehmen, kann gegenwärtig sicher nicht von einem solchen Vorrang des Freiheitsschutzes ausgegangen werden. Gegenwärtig fehlt es daher noch an einem legitimitätsstiftenden änderungsfesten Kern; er kann aber entstehen, sobald die Freiheitssicherung zu den änderungsfesten „Grundlagen der Gemeinschaft“ gerechnet werden kann.⁸⁶¹

856 Ebd. Rn. 41 (vgl. die Bezugnahme auf die diesen Gedanken einleitende Rn. 40 in Rn. 70).

857 Die „immanenten Schranken einer Änderung der Gemeinschaftsverfassung“, die T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 514 ff. skizziert (v.a. „kein Rückbau der demokratischen und rechtsstaatlichen Struktur der Gemeinschaftsverfassung“), erscheinen zwar als wünschenswert und könnten durchaus Legitimität im Sinne des Prinzips der Freiheitssicherung stiften, aber zumindest im I. EWR-Gutachten finden sich keine Anhaltspunkte für einen *solchen* änderungsfesten Verfassungskern.

858 Die Existenz eines solchen änderungsfesten Kerns nimmt schon für das geltende Primärrecht A. Peters an, und zwar in Gestalt der von ihr zum „überpositiven Bereich“ gerechneten und völkerrechtlich abgesicherten „fundamentalen Menschenrechte“ (Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, S. 447).

859 Ex-Art. F I und II EUV.

860 Mit der Forderung nach einem solchen Vorrang des Freiheitsschutzes und damit der Grundrechte ist *nicht* gemeint, daß die EG bzw. EU eine aktive, progressive Grundrechtspolitik betreiben sollte, im Sinne eines vorrangigen Politikfeldes „Grundrechte“ neben anderen Politikfeldern wie Umwelt- oder Verbraucherschutz und womöglich mit eigenen Organen wie etwa einem „Grundrechtekommissar“. Vgl. dazu die berechtigte Kritik an entsprechenden Vorschlägen bei A. v. Bogdandy, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, S. 73 ff. Gemeint ist vielmehr ein wirksamer Freiheitsschutz durch das Primärrecht selbst, mit die Organe bindenden, klaren und einklagbaren Regelungen.

861 Insoweit kann das I. EWR-Gutachten auch Anlaß für Hoffnung auf die Entstehung eines legitimitätssteigernden änderungsfesten Verfassungskerns geben. Die damit verbundene Beschränkung der Mitgliedstaaten in ihrer Eigenschaft als „Herren der Verträge“ ist dann allerdings die notwendige Konsequenz. Wenn die Änderungsfestigkeit wie beschrieben der Freiheitssicherung dient, ist diese Beschränkung nicht nur hinnehmbar, sondern unter dem Gesichtspunkt der Verfassungslegitimität

II. Kollektive Autonomie

Angewandt auf die Gemeinschaften, verlangt das Prinzip der kollektiven Autonomie, daß das Primärrecht möglichst weitgehend dem Willen der Unionsbürger entspricht. Die Unionsbürger sind der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften dauerhaft unterworfen, sie sind also *dauerhaft Betroffene* und damit die maßgebliche Bezugsgruppe für die kollektive Autonomie im Rahmen der Theorie der Verfassunggebung. Ob neben den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten auch andere dauerhaft Betroffene einbezogen werden sollten, wie z.B. die auf Dauer in den Mitgliedstaaten lebenden Angehörigen von Drittstaaten, kann im Rahmen dieser Arbeit dahingestellt bleiben.⁸⁶²

Wie die möglichst weitgehende Übereinstimmung einer Verfassung mit dem Willen der Bürger durch geeignete Verfahrensweisen erreicht werden kann, wurde bereits dargestellt. Die bei der Schaffung des *Primärrechts* angewandten Verfahren sind im wesentlichen völkerrechtlicher Natur und unterscheiden sich von diesen Verfahrensweisen. Das Primärrecht wurde ursprünglich durch völkerrechtliche Verträge geschaffen; auch das jetzt in Art. 48, 49 EUV vorgesehene Verfahren zur Änderung der Verträge folgt diesem Muster im wesentlichen. In diesem Sinne kann man die verschiedenen zum Primärrecht gehörenden Verträge auch als *Verfassungsverträge* bezeichnen, denn durch sie wurde Verfassungsrecht im Wege des völkerrechtlichen Vertrages geschaffen. Zu Recht werden daher auch einige neuere Vorschläge für eine Europäische Verfassung, die kein europäisches verfassungsgebendes Organ vorsehen, sondern das bisherige völkerrechtliche Verfahren anwenden wollen, als „Verfassungsvertrag“ bezeichnet.⁸⁶³

Das völkerrechtliche Verfahren ist freilich im Hinblick auf die mit ihm zu verwirklichende kollektive Autonomie problematisch. Im wesentlichen handelt es sich bei diesem Verfahren um die Ausarbeitung, Aushandlung und Unterzeichnung eines Entwurfs durch die Regierungen der Mitgliedstaaten und die anschließende Ratifizierung durch die Parlamente der Mitgliedstaaten bzw. durch Referenden. Dies sind zwar Elemente repräsentativer bzw. plebiszitärer Willensbildung, jedoch werden sie in nicht sehr effektiver Weise eingesetzt: Die Erarbeitung des Entwurfs und damit die inhaltliche Gestaltung obliegt ausschließlich den Regierungen, während die Ratifikation durch nationale Parlamente bzw. Referenden auf die bloße Zustimmung oder Ablehnung beschränkt

begrüßenswert. Jedenfalls stellen solche Beschränkungen für die Mitgliedstaaten nicht notwendig eine Katastrophe dar, die das Fortbestehen der Gemeinschaften gefährdet; so aber offenbar M. Schweizer, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, S. 51 f.: Wenn die „Grundlagen der Gemeinschaft“ eine Schranke für die Änderung des Primärrechts bildeten, „(d)ann würden die Mitgliedstaaten ihre Rolle als ‘Herren der Verträge’ verlieren. Das wäre der vielgesuchte point of no return und im übrigen eine Konstruktion, die auch noch Art. 79 Abs. 3 in den Schatten stellt. Selbst der integrationsfreundlichste Mitgliedstaat müßte hier eine Vollbremsung einleiten.“ (S. 52).

862 In der hier vertretenen Theorie kommt es in erster Linie auf die Dauerhaftigkeit des Betroffenseins an, nicht auf die Staatsangehörigkeit. Die Staatsangehörigkeit ist aber ein ausreichender Nachweis des dauerhaften Betroffenseins. Ob bzw. unter welchen Voraussetzungen ein solcher Nachweis auch ohne das Merkmal der Staatsangehörigkeit geführt werden kann, bedürfte einer eigenen Untersuchung, die den Rahmen dieser Arbeit sprengen würde.

863 Vgl. zu diesen Vorschlägen und zu dieser Bezeichnung J. Schwarze, Auf dem Wege zu einer europäischen Verfassung – Wechselwirkungen zwischen europäischem und nationalem Verfassungsrecht, insb. S. 1684.

ist.⁸⁶⁴ Die in Art 48 II EUV vorgesehene Anhörung des Europäischen Parlaments ändert auch nichts an diesem Befund, weil sie unverbindlich ist und dem Parlament keinen maßgeblichen Einfluß auf das Verfahren gibt. Besonders auffällig ist dieses demokratische Defizit bei der Ratifikation durch die Parlamente der Mitgliedstaaten: Diese sind ihrem Zweck nach Foren politischer Auseinandersetzung, in deren Verlauf das zu Beschließende inhaltlich gestaltet wird, wobei Kompromisse gefunden werden können. Die „Degradierung“ zu einem Organ, das eine vorgegebene Regelung lediglich annehmen oder ablehnen, aber nicht inhaltlich auf sie einwirken kann, entspricht nicht der eigentlichen Aufgabe und den Möglichkeiten eines Parlaments.⁸⁶⁵ Die Einflußmöglichkeiten der gewählten nationalen Parlamentarier auf das Primärrecht sind gering. Etwas besser kann die Verwirklichung der kollektiven Autonomie in denjenigen Mitgliedstaaten gelingen, die zur Ratifizierung ein Referendum vorsehen. Hier wirkt der auch sonst bei Referenden meist anzutreffende Mechanismus, daß das Wissen um die später notwendige plebiszitäre Bestätigung bei den Verfassern des zur Abstimmung stehenden Entwurfs (hier: bei der mitgliedstaatlichen Regierung) eine engere Bindung an die mutmaßlichen Meinungen der Bürger bewirkt; außerdem haben die Bürger durch ihr „Vetorecht“ zumindest verfahrensabschließend noch einmal die direkte Kontrolle über den Akt der Primärrechtsetzung.

Dennoch: Auch das Referendum ist – ebenso wie die parlamentarische Ratifikation – auf den jeweiligen Mitgliedstaat und damit dessen Perspektive beschränkt. Die Regierungsvertreter müssen nur das Referendum in ihrem jeweils eigenen Mitgliedstaat in ihre Überlegungen einbeziehen, das nationale Parlament beurteilt den zu ratifizierenden Entwurf vorwiegend aus der nationalen Perspektive. Die solcherart zustande gekommenen Akte der Primärrechtsetzung entsprechen daher nicht in erster Linie dem Willen der Gesamtheit der Unionsbürger, sondern sind so beschaffen, daß sie – soweit dies möglich ist – dem Willen der Bürger in jedem einzelnen Mitgliedstaat entsprechen. Das klingt zwar nach mehr kollektiver Autonomie, ist aber in Wirklichkeit weniger: Im Vordergrund steht dann nämlich die Suche nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner – und diese Rücksichtnahme auf jeden einzelnen Mitgliedstaat kann leicht zu einer Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten führen, die nicht dem Willen der *Gesamtheit* der Unionsbürger entspricht.⁸⁶⁶

864 Darüber hinaus kann es eine gesteigerte Rückanbindung der Regierungsvertreter an das nationale Parlament geben, wie dies z.B. Art. 23 II, III GG vorsieht: Der Bundestag soll demnach durch die Bundesregierung unterrichtet werden und Gelegenheit zur Stellungnahme haben; diese Stellungnahme soll von der Bundesregierung bei den Verhandlungen berücksichtigt werden. Wie wirkungsvoll eine solche Rückanbindung allerdings ist, sei dahingestellt; welche Position die Regierungsvertreter in den nichtöffentlichen Verhandlungen des Rates vertreten, kann der Bundestag nicht überprüfen.

865 In ähnlicher Weise wurde das Verfahren der Verfassungsänderungen kritisiert, die im Zuge der Wiederherstellung der Einheit Deutschlands erfolgten. Diese Verfassungsänderungen wurden durch den Einigungsvertrag, also einen völkerrechtlichen Vertrag, vorgenommen; der Bundestag (und der Bundesrat) stimmten nur im Rahmen des Verfahrens nach Art. 59 II 1 GG über das Ergebnis der Verhandlungen zwischen der Bundesregierung und der Regierung der DDR ab. Zu dieser Kritik H. Hofmann, Zur Verfassungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 156 f.

866 Die Rücksichtnahme auf nationale Interessen ist auch ein Grund für das „Demokratiedefizit“ auf der Ebene des Sekundärrechts. Dort äußert sich diese Rücksichtnahme z.B. in der häufigen Notwendigkeit einstimmiger Ratsbeschlüsse und auch in der Zusammensetzung des Europäischen Parlaments, in dem kleinere Mitgliedstaaten mit überproportional vielen Abgeordneten vertreten sind.

Insgesamt sind die bisher angewandten Verfahren der Primärrechtsetzung also nur bedingt zur Verwirklichung der kollektiven Autonomie geeignet.⁸⁶⁷ Diese Situation ließe sich etwa durch obligatorische Plebiszite in allen Mitgliedstaaten verbessern. Auch eine stärkere Mitwirkung des Europäischen Parlaments könnte die kollektive Autonomie steigern; dann wäre allerdings das Europäische Parlament gleichzeitig verfassunggebendes und verfaßtes Organ, wodurch wiederum die Freiheitssicherung gefährdet würde. Vorzugswürdig wäre demgegenüber die maßgebliche Einbeziehung der Parlamente (oder von Parlamentariern) der Mitgliedstaaten in den Prozeß der Primärrechtsetzung; deren Beitrag sollte nicht auf die abschließende Zustimmung beschränkt sein.

III. Dauerhafte Konsensfähigkeit

Das Prinzip der dauerhaften Konsensfähigkeit fordert einen Verfassungsinhalt, der objektiv geeignet erscheint, die Zustimmung der Bürger für einen längeren Zeitraum zu erhalten. Vieles spricht dafür, daß dies für das Primärrecht eher nicht zutrifft. So ist das Primärrecht nicht nur häufig in grundlegender Weise geändert worden – die Wandelbarkeit ist sogar ein Prinzip, das bei der Schaffung des Primärrechts bewußt eingeführt wurde und das wie ein Leitmotiv in vielen Regelungsbereichen des Primärrechts anzutreffen ist.⁸⁶⁸ Die Gemeinschaften sind eben von Anfang an auf eine fortschreitende „Integration“ angelegt, heute insbesondere auf eine „Erweiterung“ und „Vertiefung“⁸⁶⁹. Das ist nur möglich, wenn auch das Primärrecht veränderten Umständen und Möglichkeiten möglichst weitgehend angepaßt werden kann. Die bisherigen institutionellen Reformen und die mehrmalige Erweiterung der Gemeinschaften um neue Mitgliedstaaten einschließlich der damit notwendigen Änderungen des Primärrechts waren denn auch rechtlich weitgehend unproblematisch: Sie stellten keinen Bruch mit dem bisherigen Primärrecht dar, sondern waren in diesem schon angelegt. Das Primärrecht erscheint auf diese Weise als eine Verfassung, die ihre eigene Veränderbarkeit zum Prinzip und ihre Veränderung zum Ziel erklärt. Dauerhaft – und dauerhaft konsensfähig – scheint in dieser Perspektive lediglich die Wandelbarkeit zu sein;⁸⁷⁰ die Anforderungen des Prinzips der dauerhaften Konsensfähigkeit wären damit wohl nicht erfüllt.

Dennoch lassen sich im Primärrecht außer der abstrakten und allein nicht ausreichenden Wandelbarkeit auch konkretere Werte und Ziele finden, die offenbar dauerhaft konsensfähig sind. So ist die Beseitigung von Handelsschranken und die Schaffung eines einheitlichen Wirtschaftsraumes von Anfang an ein Ziel der Gemeinschaften gewesen, das sich primärrechtlich nicht nur in den Präambeln⁸⁷¹, sondern auch in Einzelvor-

867 Eine Reihe von Vorschlägen zur Verbesserung des Verfahrens der Primärrechtsetzung macht R. Bieber, *Verfassungsgebung und Verfassungsänderung in der Europäischen Union*, S. 318 ff.

868 Das wird schon in verschiedenen Formulierungen in den Präambeln der Gründungsverträge deutlich, die sich auf angestrebte Änderungsprozesse beziehen. So spricht die Präambel des EGV im ersten Erwägungsgrund von einem „immer engeren Zusammenschluß der europäischen Völker“.

869 Zu diesen Stichworten und der „Finalität“ der Europäischen Union T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 912 ff.

870 Daher der Begriff „Wandelverfassung“ bei H. P. Ipsen, *Europäische Verfassung – Nationale Verfassung*, S. 201.

871 Vgl. Präambel des EGV, 4. und 6. Erwägungsgrund.

schriften⁸⁷² niedergeschlagen hat. Auch Frieden und Freiheit in Europa und die Besserung der Lebensbedingungen gehören zu diesen ursprünglichen, langfristigen Zielen. Inzwischen sind weitere Ziele wie die Demokratie⁸⁷³ und der Umweltschutz⁸⁷⁴ sowie Freiheit, Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten und die Rechtsstaatlichkeit⁸⁷⁵ hinzugekommen. Insgesamt hat eine Verlagerung der Gewichtung stattgefunden: Stand anfänglich die wirtschaftliche Einigung im Vordergrund, so rückt nun – nach dem Erreichen eines wichtigen Ziels der wirtschaftlichen Einigung, nämlich der Währungsunion – die politische Einigung ins Blickfeld. Das ist aber keine Änderung der Zielvorstellungen, die von mangelnder Dauerhaftigkeit des Konsenses über diese Ziele zeugen würde, sondern eher Ausdruck der Zielkontinuität: Das Ziel der wirtschaftlichen Einigung verliert seine zentrale Stellung nicht deswegen, weil es aufgegeben wird, sondern weil es in weiten Teilen erreicht ist; und die politische Einigung ist keine neue Idee, sondern war schon bei der Gründung der Gemeinschaften eine langfristige Zielvorstellung⁸⁷⁶. Die politische Einigung erscheint so als konsequente Fortführung der wirtschaftlichen Einigung – eben als Realisierung einer fortschreitenden Integration im weiteren Sinne.

Während also in bezug auf die Werte und Ziele im Primärrecht bei genauerer Betrachtung eine dauerhafte Konsensfähigkeit festgestellt werden kann, gilt dies nicht im gleichen Maße für die im Primärrecht vorgesehenen Organe und Verfahren. Diese werden nicht mit dem Anspruch langfristiger, sondern allenfalls mittelfristiger Konsensfähigkeit eingerichtet; die Einrichtung erfolgt immer unter dem Vorbehalt aufgrund veränderter Umstände notwendig werdender institutioneller Reformen. Das ist allerdings kein Zeichen mangelnder Rücksicht auf dauerhafte Konsensfähigkeit bei der Primärrechtsetzung, sondern eine Folge der beabsichtigten fortschreitenden Integration, die immer wieder Änderungen bei den Organen und Verfahren erforderlich machen kann.

Dennoch: Aus der Sicht des Legitimitätsprinzips der dauerhaften Konsensfähigkeit leidet das Primärrecht an dem Mangel, daß Organe und Verfahren für wandelbar angesehen werden (müssen). Das wird sich wohl erst dann ändern, wenn die Gemeinschaften nicht mehr in erster Linie auf fortschreitende Integration, also auf Veränderung angelegt sind, sondern eine als langfristig stabil geltende Struktur erreicht haben.

IV. Ergebnis

Die Anwendung des Prinzipienmodells auf das geltende Primärrecht zeigt eine Reihe von Legitimitätsmängeln auf. Mängel bezüglich des Prinzips der Freiheitssicherung können durch eine bessere inhaltliche Ausgestaltung des Primärrechts beseitigt werden,

872 Vgl. nur die in Art. 2, 3 I EGV genannten Ziele oder die Rechtsangleichungsvorschriften der Art. 94, 95 EGV (ex-Art. 100, 100a EGV), die die Errichtung und das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes bzw. des Binnenmarktes zum Ziel haben.

873 Dritter und sechster Erwägungsgrund in der Präambel des EUV sowie jetzt auch Art. 6 I EUV.

874 Achter Erwägungsgrund in der Präambel des EUV.

875 Art. 6 I EUV (eingefügt durch den Vertrag von Amsterdam).

876 Vgl. zur Europaidee in den Jahren nach dem Zweiten Weltkrieg, der die Vorstellung „Vereinigter Staaten von Europa“ (Churchill) oder einer „Europäischen Föderation“ (Schuman) nicht fremd war, T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 12 ff.

z.B. durch die Aufnahme eines Katalogs verbindlicher Grundrechte oder die Stärkung der Kontrollbefugnisse des Europäischen Parlaments. Die kollektive Autonomie könnte durch eine Änderung des Verfahrens zur Primärrechtsetzung gesteigert werden: Statt des völkerrechtlich geprägten Verfahrens könnten etwa obligatorische Plebiszite in allen Mitgliedstaaten eingeführt und die nationalen Parlamente stärker beteiligt werden. Eine Verbesserung der dauerhaften Konsensfähigkeit ist dann zu erwarten, wenn das Primärrecht seinen Charakter als „Wandelverfassung“ verliert und die institutionelle Struktur der Gemeinschaften bzw. der Union sich verfestigt.

Insgesamt kann das Primärrecht zwar keinesfalls als „illegitim“ bezeichnet werden. Seine Legitimität ist jedoch in beachtlichem Umfang verbesserungsbedürftig und auch verbesserungsfähig.

D. Die Legitimation durch Verfassunggebung für einen möglichen künftigen Europäischen Bundesstaat

Im folgenden soll die Theorie der Verfassunggebung auf den Fall angewendet werden, daß sich die Mitgliedstaaten durch einen singulären Akt, also in einem Schritt (und nicht als Abschluß einer langfristigen, kontinuierlich fortschreitenden Integrationsentwicklung) zu einem souveränen Europäischen Staat zusammenschließen – genauer: zu einem Bundesstaat, denn ein europäischer Zentralstaat liegt wohl nicht im Horizont des Möglichen und wird auch von kaum jemandem gewünscht. Es geht also um die Überführung der gegenwärtigen Gemeinschaften in einen Bundesstaat und um die Frage, welche Anforderungen die Theorie der Verfassunggebung an den Inhalt und das Zustandekommen der Verfassung dieses Bundesstaates stellt.

Eine solche Entstehung eines Europäischen Bundesstaates ist gegenwärtig allerdings unwahrscheinlich;⁸⁷⁷ wahrscheinlicher ist die Entwicklung, die bisher auch ein Leitbild für das geltende Primärrecht darstellt, nämlich eine immer weiter fortschreitende wirtschaftliche und politische Einigung der Mitgliedstaaten, die in fernerer Zukunft zur Bildung eines Bundesstaates führen kann, aber nicht muß (diese Entwicklung in kleinen Schritten wird Gegenstand des folgenden Abschnitts sein). Dennoch erscheint auch die Betrachtung eines hypothetischen direkten Übergangs von den Gemeinschaften in ihrem gegenwärtigen Integrationsstadium zu einem Europäischen Bundesstaat lohnenswert, und zwar nicht nur als vielleicht unter außergewöhnlichen Umständen in Betracht kommende, zumindest denkbare Möglichkeit, sondern vor allem als Extremfall, an dem Zusammenhänge deutlich werden, die auch für eine kontinuierlich fortschreitende Integration bedeutsam werden können. Dabei kann diese Betrachtung direkt auf Ergebnisse aus dem Ersten Teil der Arbeit zurückgreifen.

877 So auch H.-J. Blanke, Der Unionsvertrag von Maastricht – Ein Schritt auf dem Weg zu einem europäischen Bundesstaat?. Eine engagierte Aufzählung von Gründen gegen die Bildung eines Europäischen Bundesstaates findet sich bei H. Lübke, Abschied vom Superstaat. Einen Überblick über das juristische Meinungsspektrum hinsichtlich der künftigen Bildung eines Europäischen Bundesstaates gibt M. Hilf, Die Europäische Union und die Eigenstaatlichkeit ihrer Mitgliedstaaten, S. 83 ff. Zu gegenwärtigen Entwicklungsperspektiven für die Europäische Union allgemein T. Oppermann, Der Europäische Traum zur Jahrhundertwende.

Die Frage, ob ein (souveräner) Europäischer Bundesstaat und dessen Verfassung nur dann entstehen kann, wenn es ein „souveränes“ „europäisches Volk“ gibt, und die Frage nach den Kriterien, an denen ein solches „europäisches Volk“ zu erkennen ist, soll hier bewußt außer Betracht bleiben. Es handelt sich dabei um faktische Fragen der Macht und der Soziologie, auf die das hier entwickelte Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität keine Antwort geben kann. Es sollen nur die Fragen erörtert werden, die sich mit einer Theorie der Verfassungsgebung nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis beantworten lassen.

I. Ein Fall der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat

Bei der mit der Bildung eines Europäischen Bundesstaates verbundenen Schaffung der Bundesverfassung handelt es sich um einen Fall der *Verfassungsgebung im Verfassungsstaat*. Denn die Verfassungen der bisherigen Mitgliedstaaten werden aufgehoben und durch neue (dann gliedstaatliche) Verfassungen ersetzt. Das gilt selbst dann, wenn die neuen gliedstaatlichen Verfassungen inhaltlich weitgehend den jeweiligen vorherigen gliedstaatlichen Verfassungen entsprechen würden.⁸⁷⁸

Daher sind für das Verfassungsgebungsverfahren die schon oben dargelegten Besonderheiten der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat zu berücksichtigen: Durch die mit der Schaffung der gesamtstaatlichen Verfassung einhergehende Beseitigung der bisherigen Verfassungsordnungen in den Mitgliedstaaten wird die verfassungsrechtliche Freiheitssicherung potentiell gefährdet; die dieser Freiheitsgefährdung zuzuschreibende Minderung der Legitimität kann durch ein erhöhtes Maß an kollektiver Autonomie (und, wenn möglich, dauerhafter Konsensfähigkeit) in bezug auf die neue Verfassungsordnung ausgeglichen werden. Das bedeutet, daß die mit der Bildung eines Europäischen Bundesstaates verbundene Verfassungsgebung nach den Legitimitätskriterien der Verfassungsgebung grundsätzlich zulässig ist. Dabei muß aber, soll die delegitimierende Wirkung der Beseitigung der bisherigen Verfassungsordnung ausgeglichen werden, auf einen besonders hohen Grad an Zustimmung (und, soweit möglich, dauerhafte Zustimmungsfähigkeit) durch die Unionsbürger geachtet werden. Dazu würde es nicht genügen, wenn die neue Verfassungsordnung nur eine ähnliche Zustimmung wie die alte erfahren würde; erforderlich ist vielmehr ein deutlich ausgeprägtes und erkennbares Votum der Unionsbürger für eine neue Verfassungsordnung. Eine solche erhöhte Zustimmung kann durch entsprechende Verfahrensgestaltungen im Vorfeld und beim eigentlichen Akt der Verfassungsgebung gefördert werden: Ein besonders hohes Maß an kollektiver Autonomie läßt sich etwa, wie schon oben gezeigt, idealerweise durch eine Kombination repräsentativer und plebiszitärer Verfahrensweisen erreichen, also z.B. die Einberufung einer gewählten verfassungsgebenden Versammlung auf europäischer Ebene oder mehrerer solcher Versammlungen auf der Ebene der Mitgliedstaaten, verbunden mit intensiver öffentlicher Diskussion, gegebenenfalls Referenden über Vorfragen und einem abschließenden Referendum über die neue Verfassungsordnung.

878 Es ist wohl zu erwarten, daß die bisherigen Mitgliedstaaten beim Zusammenschluß zu einem Bundesstaat ihre bisherigen Verfassungsordnungen – dann als Gliedstaaten – möglichst weitgehend beibehalten würden.

Dies ist, wie gesagt, eine Idealvorstellung, die, auch wenn sie nicht zu verwirklichen sein sollte, zumindest einen Orientierungspunkt für die Verfahrensgestaltung bilden kann. Die Realität der Verfassungsgebung entspricht oft, wie schon oben in bezug auf die staatliche Verfassungsgebung festgestellt, nicht dem Idealbild. Sollte die Verfassungsgebung zur Bildung eines Europäischen Bundesstaates in einem Verfahren zustande kommen, das die erhöhten Anforderungen an die kollektive Autonomie nicht ausreichend berücksichtigt (also etwa unter maßgeblicher Führung durch die Regierungen der Mitgliedstaaten bei Vernachlässigung der Beteiligung der Unionsbürger), so wäre dieser Vorgang aus dem Blickwinkel der Verfassungslegitimität zwar bedauerlich; dennoch bleibt dann die Hoffnung, daß die neue Verfassungsordnung in Zukunft zumindest die gleiche Zustimmung wie die gegenwärtige erfährt, und daß mit der neuen Verfassungsordnung ein zumindest gleich wirksames System der Freiheitssicherung errichtet wird. Stellt sich später heraus, daß dies der Fall ist, dann erweist sich damit die stattgefundene Verfassungsgebung (einschließlich der Beseitigung der Verfassungen der Mitgliedstaaten) zumindest im nachhinein als legitim: Die kollektive Autonomie hat sich dann eben *trotz* des mangelhaften Verfahrens verwirklicht, und die Gefährdung der Freiheitssicherung hat sich, so wird dann festzustellen sein, eben nicht zu tatsächlichen Freiheitsverletzungen verdichtet.

II. Notwendigkeit einzelstaatlicher Willensbildung

Oben⁸⁷⁹ wurde schon festgestellt, daß vom Standpunkt der Verfassungslegitimität das Verfahren der Verfassungsgebung für den neuen Bundesstaat so ausgestaltet werden sollte, daß die Willensbildung auf der Ebene der Einzelstaaten (also der Mitgliedstaaten) erfolgt; eine rein gesamtstaatliche Willensbildung würde die Anforderungen des Prinzipienmodells in bezug auf die Verfassungen der Einzel- bzw. späteren Gliedstaaten nicht erfüllen.⁸⁸⁰

Einige Verfahrensvarianten mit einzelstaatlicher Willensbildung wurden bereits oben in allgemeiner Form vorgestellt; sie kommen auch für die Bildung eines Europäischen Bundesstaates in Betracht. Hierbei ergibt sich die Besonderheit, daß mit den Gemeinschaftsorganen, insbesondere dem Rat und dem Europäischen Parlament, schon gemeinschaftsübergreifende Organe vorhanden sind, die in der Lage wären, etwa einen Verfassungsentwurf zu erarbeiten und zu beschließen. Auch bei dieser Verfahrensvariante ist eine einzelstaatliche Willensbildung möglich, nämlich durch die (auf repräsentativem oder plebiszitärem Wege erfolgende) Zustimmung aller Mitgliedstaaten zu einem solchen Entwurf. Allerdings kann die Beteiligung von Gemeinschaftsorganen aus anderen Gründen Probleme aufwerfen; diese sollen sogleich erörtert werden.

879 Erster Teil, G.V.2.

880 Im Ergebnis ist daher M. Schröder zuzustimmen, wenn er feststellt, daß als „Bezugspunkt der verfassungsgebenden Gewalt ... nur die europäischen Völker und diese gemeinsam mit den Mitgliedstaaten in Betracht“ kommen: Grundsatzfragen einer europäischen Verfassungsgebung, S. 521.

III. Beteiligung der Organe der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaftsorgane am Verfassungsgebungsverfahren

Die Beteiligung der Organe der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaften am Verfassungsgebungsverfahren ist in verschiedenen Formen denkbar: So kann ein Organ eines Mitgliedstaates oder ein Gemeinschaftsorgan lediglich einen unverbindlichen Verfassungsentwurf ausarbeiten oder eine unverbindliche Stellungnahme abgeben; dann ist dieses Organ als „Experte“ zu betrachten, der an der Verfassungsgebung beteiligt wird; dies ist eine nach der Theorie der Verfassungsgebung legitime Verfahrensgestaltung, wie früher schon gezeigt wurde.

Die Verfahrensbeteiligung kann aber auch so ausgestaltet sein, daß das Organ einen verfahrensmäßig abgesicherten Einfluß auf den Inhalt der künftigen Verfassung hat; dann wird die Legitimität dieser Beteiligung problematisch. Diese Legitimitätsprobleme sollen im folgenden für die Organe der Mitgliedstaaten und für die Gemeinschaftsorgane getrennt betrachtet werden.

1. Beteiligung der Organe der Mitgliedstaaten

Im Zusammenhang mit der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat ist die Problematik der Beteiligung der Staatsorgane an der Verfassungsgebung früher schon ausführlicher erörtert worden. Die dort angestellten Überlegungen treffen auch für die Beteiligung der Staatsorgane der Mitgliedstaaten an der Verfassungsgebung für einen Europäischen Bundesstaat zu. Denn die Auswirkungen einer solchen Beteiligung auf die Verfassungslegitimität sind die gleichen: Die Freiheitssicherungsfunktion der bestehenden mitgliedstaatlichen Verfassung wird zwar dadurch in besonderem Maße gefährdet, daß die Bindung der Staatsorgane an die existierende Verfassung durch ihre Beteiligung an der Beseitigung dieser Verfassung gelockert wird; aber diese Unsicherheit beim Übergang zu einer neuen Verfassungsordnung und der damit verbundene Nachteil für die Legitimität einer solchen Verfassungsgebung kann durch ein besonders hohes Maß an kollektiver Autonomie und dauerhafter Konsensfähigkeit – garantiert etwa durch ein geeignetes Verfahren – aufgewogen werden.

2. Beteiligung der Gemeinschaftsorgane

Etwas anders gestaltet sich die Problematik bei der Beteiligung der Gemeinschaftsorgane an der Verfassungsgebung für den Bundesstaat. Das Problem der Freiheitssicherung, das bei der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat und auch, wie gerade gesehen, bei der Beteiligung von Organen der Mitgliedstaaten an der Verfassungsgebung für einen neuen Bundesstaat im Zentrum steht, hat hier eine geringere Bedeutung; dafür treten andere mögliche Probleme hinzu.

a) Gefährdung der Freiheitssicherung

Die oben zur Beteiligung der Organe der Mitgliedstaaten angestellten Überlegungen hinsichtlich der Gefährdung der Freiheitssicherung treffen grundsätzlich auch auf die – aus praktischen Gründen vielleicht besonders wünschenswert scheinende – Beteiligung der *Gemeinschaftsorgane* am Verfassungsgebungsverfahren für den neuen Bundesstaat zu. Denn die neue bundesstaatliche Verfassungsordnung ersetzt nicht nur die Verfas-

sungsordnungen in den bisherigen Mitgliedstaaten, sondern auch die bisherige Verfassung der Gemeinschaft, das Primärrecht, dem die Gemeinschaftsorgane unterworfen sind. Allerdings ist bei der Beteiligung der Gemeinschaftsorgane an der Ersetzung des bisherigen Primärrechts durch eine neue bundesstaatliche Verfassung zu berücksichtigen, daß das gegenwärtige Primärrecht die weitere Integration der Union und damit seine eigene Veränderung zum Ziel hat; darauf wurde schon hingewiesen. Die Gemeinschaftsorgane, insbesondere die Kommission, haben demnach die Aufgabe, auf entsprechende Änderungen hinzuwirken. Die Bindung der Gemeinschaftsorgane an das Primärrecht kann daher letztlich auch kein Hindernis für ihre Beteiligung an der Verwirklichung der höchstmöglichen Integrationsstufe (eben des Bundesstaates) darstellen. Die Bindungswirkung des Primärrechts ist insoweit geringer als die Bindungswirkung einer herkömmlichen Staatsverfassung. Die durch die Beteiligung der Gemeinschaftsorgane an der Verfassungsgebung verursachte *zusätzliche* Freiheitsgefährdung ist also nicht so hoch einzustufen wie bei der Beteiligung von Staatsorganen an einer Verfassungsgebung.

b) Insbesondere: Mängel im Hinblick auf die Trennung von verfassunggebendem Organ und verfaßten Organen

Die Beteiligung von Gemeinschaftsorganen an der Verfassungsgebung scheint dem ersten Anschein nach aber gegen den Grundsatz der Trennung von verfassunggebendem Organ und verfaßten Organen zu sprechen. Hier ist jedoch eine differenzierende Betrachtungsweise notwendig: Der Grundsatz ist nur dann verletzt, wenn ein beteiligtes Gemeinschaftsorgan auch in dem neuen Bundesstaat weiterexistiert, also auch in der neuen Verfassungsordnung ein „verfaßtes Organ“ ist. Der Trennungsgrundsatz soll lediglich verhindern, daß ein Organ an der Setzung von Verfassungsnormen maßgeblich beteiligt ist, die es selbst zu beachten hat; eine solche Möglichkeit der Selbstgesetzgebung könnte nämlich die Wirksamkeit verfassungsrechtlicher Normierung und Beschränkung der Organtätigkeit verringern und dadurch die Freiheitssicherung gefährden. Es ist für den Trennungsgrundsatz daher unschädlich, wenn ein in einer zu beseitigenden Verfassungsordnung verfaßtes Organ an der Schaffung einer neuen Verfassungsordnung beteiligt ist, in der dieses Organ keine hoheitlichen Funktionen mehr hat. Das dürfte für die gegenwärtigen Gemeinschaftsorgane der Fall sein, denn es ist nicht anzunehmen, daß sie im neuen Bundesstaat mit den gleichen Aufgaben und der gleichen Struktur erhalten bleiben; ein Bundesstaat erfordert eben andere Organe als eine supranationale Gemeinschaft. Unter der Voraussetzung der Diskontinuität der Gemeinschaftsorgane beim Übergang zum Bundesstaat ist ihre Beteiligung an der Verfassungsgebung unter dem Gesichtspunkt der Trennung von verfassunggebendem Organ und verfaßten Organen also unproblematisch.

c) Mängel im Hinblick auf das Prinzip der kollektiven Autonomie

Ein weiteres Problem bei der Beteiligung von Gemeinschaftsorganen an der Verfassungsgebung kann sich aus dem ergeben, was gemeinhin als „Demokratiedefizit“ der Gemeinschaftsorgane und ihrer Tätigkeit bezeichnet wird. Als problematisch werden hier etwa die nur indirekte demokratische Legitimation des Rates und die Abstimmungsarithmetik angesehen, die nicht nur im Rat, sondern auch im Europäischen Parlament dafür sorgt, daß kleine Mitgliedstaaten ein überproportional großes Gewicht

haben. Solche demokratischen Schwächen der Gemeinschaftsorgane in ihrer jetzigen Gestalt sind – in bezug auf ihre „normale“, nicht verfassungsgebende Tätigkeit – andernorts ausführlich erörtert worden;⁸⁸¹ hier kann und soll nicht näher darauf eingegangen werden. Es soll nur darauf hingewiesen werden, daß die maßgebliche Beteiligung eines Gemeinschaftsorgans, dem im Hinblick auf seine Struktur ein „Demokratiedefizit“ bescheinigt wird, zu einem Defizit an kollektiver Autonomie im Verfassungsgebungsverfahren führen kann.

3. Die Idee des Verfassungskonvents

Eine Verfahrensvariante, bei der die direkte Beteiligung von Gemeinschaftsorganen oder Organen der Mitgliedstaaten und die damit verbundenen Legitimitätsprobleme vermieden werden, ist die Schaffung eines Verfassungskonvents. Bei einem solchen Verfahren, das an die in der Amerikanischen Revolution begründete Tradition der Verfassungskonvente anknüpft, wird eine Versammlung einberufen, die die künftige Verfassung berät, einen Entwurf erstellt und möglichst auch die Annahme dieses Entwurfs als Verfassung beschließt. Das Charakteristikum eines solchen Verfassungskonvents ist seine Aufgabenstellung: Er ist einzig zur Schaffung der Verfassung einberufen und hat keine weiteren Aufgaben. Damit ist die Trennung zwischen verfassungsgebendem Organ und den verfaßten Organen gewährleistet.

Ein solches Konventsverfahren wurde ansatzweise bei der Schaffung der im Dezember 2000 proklamierten „Grundrechtecharta“ der Europäischen Union angewendet; der auf die „Erklärung von Laeken“ zurückgehende gegenwärtig tagende Verfassungskonvent ist dem Grundrechtekonvent in Zusammensetzung und Verfahren sehr ähnlich.

Wenn auch diese beiden Konvente ihrer Bezeichnung nach an die Verfassungskonvente der Amerikanischen und der Französischen Revolution anknüpfen, unterscheiden sie sich bei näherem Hinsehen erheblich von ihren historischen Vorbildern. Der Unterschied besteht vor allem darin, daß die beiden Europäischen Konvente keine Kompetenz zur verbindlichen Verfassungssetzung haben; ihre Beschlüsse stellen lediglich Empfehlungen für die zur Änderung des Primärrechts zuständige Regierungskonferenz dar.⁸⁸²

Daher geht bei diesem Verfahren der Vorteil, den ein Verfassungskonvent bezüglich der Trennung zwischen verfassungsgebendem Organ und verfaßten Organen bieten kann, verloren; denn letztlich setzt nicht der Konvent, sondern die Regierungskonferenz (zusammen mit den für die Ratifizierung zuständigen Organen der Mitgliedstaaten) die

881 Besonders eingehend Marcel Kaufmann, *Europäische Integration und Demokratieprinzip*; W. Kluth, *Die demokratische Legitimation der Europäischen Union*.

882 Die Grundrechtecharta wurde bis heute nicht in geltendes Recht umgesetzt. Zum Charakter der Beschlüsse, die am Ende der Arbeit des Verfassungskonvents stehen sollen, heißt es in der „Erklärung von Laeken“: „Der Konvent prüft die verschiedenen Fragen. Er erstellt ein Abschlussdokument, das entweder verschiedene Optionen mit der Angabe, inwieweit diese Optionen im Konvent Unterstützung gefunden haben, oder – im Falle eines Konsenses – Empfehlungen enthalten kann. Zusammen mit den Ergebnissen der Debatten in den einzelnen Staaten über die Zukunft der Union dient das Abschlussdokument als Ausgangspunkt für die Arbeit der Regierungskonferenz, die die endgültigen Beschlüsse fassen wird.“

Verfassung.⁸⁸³ Die beiden Europäischen Konvente stellen funktional also ein Expertengremium dar, das einen unverbindlichen Verfassungsentwurf ausarbeitet.

Wegen dieser eingeschränkten Funktion der beiden Konvente ist es auch unerheblich, daß deren Vertreter nicht direkt gewählt wurden.⁸⁸⁴ Hätten die Konvente die Kompetenz zur verbindlichen Verfassungssetzung, so wäre aus dem Blickwinkel der kollektiven Autonomie eine direkte demokratische Wahl der Konventsmitglieder zu fordern; auf eine solche Wahl könnte allenfalls verzichtet werden, wenn die neue Verfassung einem Referendum unterliegt.⁸⁸⁵ Die Zusammensetzung eines Expertengremiums, das einen unverbindlichen Entwurf erstellt, hat dagegen kaum eine Bedeutung für die kollektive Autonomie. Deren Verwirklichung hängt maßgeblich von den Verfahrensschritten ab, die *nach* der Entwurfserstellung, also nach Abschluß der Tätigkeit des Konvents erfolgen. Diese Verfahrensschritte entsprechen bei beiden Konventen dem „normalen“ Vertragsänderungsverfahren der Art. 48, 49 EUV.

Damit zeigt sich, daß die beiden Europäischen Konvente aus der Sicht der Theorie der Verfassungsgebung nur dem Namen nach an die historischen Verfassungskonvente anknüpfen. Der Sache nach wird dem üblichen Vertragsänderungsverfahren lediglich die Erarbeitung eines unverbindlichen Entwurfs durch ein Expertengremium vorgeschaltet. Immerhin eröffnet sich auf diese Weise aber die Möglichkeit, einen Entwurf zu erstellen, der für die Gesamtheit der Unionsbürger in höherem Maße konsensfähig ist als das Ergebnis von Verhandlungen zwischen Regierungsvertretern, die direkt in nationale politische Verantwortlichkeiten eingebunden sind.⁸⁸⁶

E. Kompetenzübertragungen in der allmählich fortschreitenden europäischen Integration

Während die Erörterung der Legitimation durch Verfassungsgebung sich bisher auf das Primärrecht und auf die Schaffung eines Bundesstaates durch einen singulären Akt beschränkte, ist der nun zu behandelnde Gegenstand komplexer. Es geht um ein Szenario, das zumindest in den letzten Jahren als die wahrscheinlichste Entwicklung in Europa

883 Vgl. zu den damit verbundenen Problemen bezüglich der Trennung von verfassungsgebendem Organ und verfaßten Organen oben C.I.4.a).

884 Beide Konvente setzen sich aus Vertretern der Gemeinschaftsorgane und der Regierungen und Parlamente der Mitgliedstaaten zusammen.

885 Vgl. zur Verwirklichung der kollektiven Autonomie bei den verschiedenen Verfahrensvarianten die Ausführungen oben im Ersten Teil G.III.

886 T. Stein („Gut gemeint ...“ – Bemerkungen zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union, S. 1432) ist allerdings bezüglich der Qualität der durch den ersten Konvent erarbeiteten Grundrechtecharta skeptisch: Das Konventsverfahren mit seiner Einbeziehung „aller möglichen gesellschaftlichen Gruppen“ habe zu einem „Innovationsdruck“ und zu einem „Inhalt geführt, der eine baldige Inkorporierung der Charta in die Verträge unwahrscheinlich macht“. Statt dessen hätte die Charta nach Ansicht Steins besser von Experten erarbeitet werden müssen. – So viel Skepsis gegenüber der Beteiligung von Bürgern erstaunt. Die (angeblich) fehlende Ratifizierungsfähigkeit der Charta rührt, wenn sie überhaupt richtig diagnostiziert ist, weniger von einer exzessiven Bürgerbeteiligung als wohl eher von einem anderen „Geburtsfehler“ her, den Stein auch anspricht (ebda. S. 1426): Der Auftrag an den Konvent lautete nicht, eine ratifizierungsfähige Vertragsergänzung zu erarbeiten, sondern zunächst nur eine „feierliche Grundrechteerklärung“, deren Inkorporierung in das Primärrecht offen blieb.

angesehen wurde: die allmählich fortschreitende Integration, die nun nicht mehr in erster Linie in wirtschaftlicher Hinsicht, sondern vor allem auf politischem Gebiet erfolgt und mit der Übertragung von zusätzlichen Kompetenzen auf die Gemeinschaften bzw. die Union und wohl auch mit Änderungen im institutionellen Gefüge der Gemeinschaften und der Union verbunden ist.⁸⁸⁷ Der oben erörterte Schritt der Schaffung eines Bundesstaates kann am Ende einer solchen Entwicklung stehen, muß es aber nicht.

Im folgenden soll also das Entwicklungsstadium erörtert werden, in dem noch kein Bundesstaat existiert, vielmehr die Gemeinschaften bzw. die Union und die Mitgliedstaaten nebeneinander bestehen und zusätzliche Kompetenzen auf die Gemeinschaften bzw. die Union übergehen. In diesem Stadium existieren auf beiden Ebenen Verfassungen: das Primärrecht und die Verfassungen der Mitgliedstaaten. Die Ausübung von Hoheitsgewalt wird teils durch das Primärrecht, teils durch die mitgliedstaatlichen Verfassungen normiert; dieser Zustand kann als „Verfassungsverbund“⁸⁸⁸, „Verfassungsgemeinschaft“⁸⁸⁹ oder „Doppelverfassung“⁸⁹⁰ bezeichnet werden.

Die verfassungstheoretische Problematik dieser Situation liegt vor allem darin begründet, daß die verfassungsrechtliche Vermittlung der Legitimität der Ausübung von Hoheitsgewalt gleichzeitig auf zwei unterschiedlichen Grundlagen beruht: dem gemeinschaftsrechtlichen und dem mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht. Gehen Kompetenzen

887 Vgl. T. Oppermann, *Europarecht*, Rn. 31 ff. Diese Integration in kleinen Schritten, deren Endziel offen ist, wird inzwischen von manchen als untauglich für die Bewältigung der durch die gleichzeitige Erweiterung und Vertiefung der Union entstehenden Probleme angesehen. So hat der Bundesminister des Auswärtigen, Joschka Fischer, in einer vielbeachteten Rede am 12. Mai 2000 in der Humboldt-Universität zu Berlin (abgedruckt in: F. Ronge (Hrsg.), *In welcher Verfassung ist Europa – Welche Verfassung für Europa?*, Baden-Baden 2001, S. 299-309) die Vision eines Endzustandes der Union als „Europäische Föderation“ mit einem Zweikammerparlament und einer Regierung gezeichnet. Diese Föderation wäre kein souveräner Bundesstaat; vielmehr würden die Nationalstaaten fortbestehen, und die Souveränität wäre zwischen ihnen und der Föderation geteilt. Der Weg zu dieser Föderation könne auch über einen „Europäischen Grundvertrag“ führen, der zunächst nur von einer Staatengruppe innerhalb der Union abgeschlossen wird und dem sich weitere Mitgliedstaaten anschließen könnten. Der wesentliche Unterschied zu der bisherigen, als „Methode Monnet“ bezeichneten Integrationspolitik ist die über abstrakte Ziele (wie den Frieden in Europa) hinausgehende Formulierung eines Endzustandes der Union, wobei diese Formulierung auch konkrete Organisationsstrukturen einschließt. In politischer Hinsicht mag dieser Ansatz wesentliche Vorteile bringen; die verfassungstheoretische Problematik ist aber die gleiche wie bei der bisherigen Integrationspolitik, denn nach wie vor geht es um die partielle Übertragung von Kompetenzen auf die Union und die verfassungsrechtliche Normierung ihrer Ausübung.

888 Der Begriff wurde von I. Pernice geprägt. S. nur I. Pernice, *Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung*, S. 261 ff.; ders., *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, S. 29 ff.; ders., *Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund*, S. 870 mit weiteren Nachweisen in Fn. 46; ders., *Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung*, S. 214 f.; ders., *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, S. 163 ff. und ders., *Die Europäische Verfassung*, S. 1326 f. – Vgl. auch mit anderer Akzentuierung P. M. Huber, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, S. 208 f.; Huber nimmt den Begriff von Pernice auf, betrachtet aber das Primärrecht im Gegensatz zu diesem nicht als autonome, sondern als „staatenvermittelte“ Verfassungsordnung (ebda. S. 221).

889 P. Häberle, *Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft*, S. 841 („Verfassungsgemeinschaft sui generis“).

890 Der Ausdruck wird vorwiegend in der österreichischen Literatur verwendet; vgl. die Nachweise bei I. Pernice, *Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund*, S. 870 Fn. 46.

von den Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaften bzw. die Union über, so bedeutet dies, daß auch die verfassungsrechtliche Normierung und Beschränkung der Kompetenzzusübung von der mitgliedstaatlichen Ebene auf die europäische Ebene wechselt – also eine Änderung der mitgliedstaatlichen (und gleichzeitig natürlich der Europäischen) Verfassung bewirkt wird.⁸⁹¹ Dieser Wechsel des verfassungsrechtlichen Bezugspunktes für einzelne Kompetenzbereiche wirft im Hinblick auf die Legitimität der Ausübung der entsprechenden Hoheitsgewalt vor allem zwei Fragen auf: Wie weit wird der Übergang von Kompetenzen auf die Gemeinschaften bzw. die Union von den Verfassungen der Mitgliedstaaten, insbesondere vom Grundgesetz, gedeckt? Und unter welchen Voraussetzungen kann eine Kompetenzübertragung nach der Theorie der Verfassungsgebung auch dann als legitim angesehen werden, wenn sie gegen eine mitgliedstaatliche Verfassung verstößt? Diese beiden Fragen sollen im folgenden erörtert werden.

I. Die Zulässigkeit von Kompetenzübertragungen nach dem Grundgesetz

Gehen Kompetenzen von einem Mitgliedstaat auf die Gemeinschaften bzw. die Union über, so hat dies zur Folge, daß die mit der Wahrnehmung dieser Kompetenzen verbundene Hoheitsgewalt nicht mehr von den Organen des Mitgliedstaates nach der mitgliedstaatlichen Verfassung, sondern von den Gemeinschaftsorganen nach der gemeinschaftsrechtlichen Verfassung ausgeübt wird. Die verfassungsrechtliche Normierung der Hoheitsgewalt ändert sich also für diesen Kompetenzbereich grundlegend. Da nach der Theorie der Verfassungsgebung die Ausübung von Hoheitsgewalt möglichst wirkungsvoll und dauerhaft verfassungsrechtlich normiert werden sollte, ist eine solche grundlegende Änderung der Normierung grundsätzlich unzulässig.

Allerdings kann die Übertragung von Kompetenzen auf die Gemeinschaften bzw. die Union (oder auf Militärbündnisse, internationale Organisationen, „zwischenstaatliche Einrichtungen“ oder ähnliches) ausnahmsweise in einer Verfassung vorgesehen sein. So kann eine Verfassungsvorschrift eine solche Kompetenzübertragung ausdrücklich bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen erlauben, oder die Verfassung sieht ein allgemeines Verfassungsänderungsverfahren vor, das für den Zweck der Kompetenzübertragung angewendet werden kann.

Solche Regelungen stellen natürlich eine „Aufweichung“ der verfassungsrechtlichen Normierung von Hoheitsgewalt dar; ihre Legitimität nach dem Prinzipienmodell, vor allem nach dem Kriterium der Freiheitssicherung, ist daher problematisch. Dennoch sind solche Verfassungsregelungen oft notwendig und auch legitim, weil sie geeignet sind, ein durch den allgemeinen Wunsch nach Übertragung von Kompetenzen mögli-

891 Deshalb ist richtigerweise die Übertragung von Hoheitsrechten i.S.v. Art. 23, 24 GG als (materielle) Verfassungsänderung zu qualifizieren: U. Hufeld, Die Verfassungsdurchbrechung, S. 115 ff.; I. Pernice, Der europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, S. 219. Ebenso wohl auch C. Tomuschat, Zweitbearbeitung Art. 24, Rn. 34, der aber darauf besteht, daß „es sich bei der Anwendung des Art. 24 Abs. 1 GG rechtlich weder um eine Verfassungsänderung noch um eine Verfassungsdurchbrechung“ handelt und davor warnt, diese Anwendung des Art. 24 I in die Nähe einer Verfassungsgebung zu rücken, die von den Bindungen des Art. 79 III freigestellt wäre. Vgl. auch die Nachweise bei A. Randelzhofer, Art. 24 I, Rn. 8 ff. (der selbst die Frage der Charakterisierung der Übertragung als Verfassungsänderung offenläßt).

cherweise entstehendes Spannungsverhältnis zur aktuell bestehenden Verfassung abzubauen.

Im folgenden soll untersucht werden, welche Kompetenzübertragungen auf die Gemeinschaften bzw. die Union nach dem *Grundgesetz*⁸⁹² zulässig sind. Die Betrachtung konzentriert sich dabei auf die Vorschriften der Art. 23, 79 III und 146 GG sowie den änderungsfesten Verfassungskern des Grundgesetzes.

1. Art. 23 GG

Diese Vorschrift wurde im Zusammenhang mit der Ratifikation des Vertrages von Maastricht in das Grundgesetz eingefügt⁸⁹³; sie sollte eine verfassungsrechtliche Grundlage für die Gründung und die weitere Entwicklung der Europäischen Union bieten und insoweit die bisher für die Gründung und Entwicklung der Gemeinschaften angewandte Vorschrift des Art. 24 I GG ersetzen⁸⁹⁴, der Art. 23 nun als Spezialvorschrift vorgeht. Während Art. 24 I die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen (als solche galten bisher auch die Europäischen Gemeinschaften) durch einfaches Gesetz ohne weitere Voraussetzungen⁸⁹⁵ zuläßt, normiert Art. 23 zusätzliche⁸⁹⁶ Anforderungen an die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaften.⁸⁹⁷

892 Hinsichtlich der Verfassungen der übrigen Mitgliedstaaten vgl. etwa P. Häberle, *Europaprogramme neuerer Verfassungen und Verfassungsentwürfe – der Ausbau von nationalem „Europaverfassungsrecht“*; S. Hobe, Art. 23 Rn. 88 ff.

893 Durch Gesetz vom 21.12.1992, BGBl. I S. 2086.

894 Vgl. D. König, *Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes*, S. 138 f.

895 Nach wohl h.M. in der Literatur (vgl. etwa D. König, *Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses – Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes*, S. 439 ff.; H. Mosler, *HStR* § 175 Rn. 65 ff.) unterliegt allerdings die Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 24 I GG zumindest den Beschränkungen des Art. 79 III GG (das Bundesverfassungsgericht bezog sich in den „Solange“-Entscheidungen allerdings nicht auf Art. 79 III, sondern sah die Grenze in der Unantastbarkeit der „Identität“ des Grundgesetzes bzw. dem „Grundgefüge“ der Verfassungsordnung: BVerfGE 37, 271, 279 – Solange I; BVerfGE 73, 339, 375 f. – Solange II; die Literatur knüpfte meist an diese Rspr. an und konkretisierte die „Identität“ bzw. das „Grundgefüge“ durch den nach Art. 79 III GG geschützten Bereich). Daraus läßt sich folgern, daß die Übertragung unzulässig ist, wenn die zwischenstaatliche Einrichtung bestimmte Strukturanforderungen nicht erfüllt (z.B. hinsichtlich des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips oder des Grundrechtsschutzes). Diese Auffassung kommt bei der Auslegung des Art. 24 I hinsichtlich *materieller* Übertragungsbeschränkungen zu Ergebnissen, die der ausdrücklichen Regelung in Art. 23 weitgehend entsprechen.

896 Tatsächlich stellt Art. 23 n.F. gegenüber Art. 24 I eher eine verfahrensmäßige und inhaltliche *Erschwerung* der weiteren Übertragung von Hoheitsrechten dar (so auch etwa S. Magiera, *Die Grundgesetzänderung von 1992 und die Europäische Union*, S. 8). Die Einschätzung, Art. 23 Abs. 1 GG sei „gerade deshalb geschaffen worden, um die Beschränkungen, die Art. 24 Abs. 1 GG ... enthält, ... zu überwinden“, trifft also nicht zu (so aber D. Murswiek, *Maastricht und der pouvoir constituant*, S. 166).

897 Art. 23 erfaßt dabei nicht nur die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaften selbst, sondern auch auf andere zwischenstaatliche Einrichtungen wie z.B. Europol, wenn diese im Rahmen der Europäischen Union tätig sind.

a) Anwendungsbereich

Die damit notwendige Abgrenzung zwischen Art. 23 GG und Art. 24 I GG knüpft an den Begriff „Europäische Union“ an, der in Art. 23 I 1 erwähnt ist. Art. 23 war nach seiner Entstehungsgeschichte zunächst auf die Gründung der Europäischen Union in der Gestalt anwendbar, die sie durch den Vertrag von Maastricht erhalten sollte. Dabei umfaßt der Begriff der Union auch die Gemeinschaften; gemeint sind also nicht allein die unionsspezifischen Strukturen, die erst durch den Vertrag von Maastricht eingeführt wurden (Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres bzw. polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen sowie Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik), denn auf diese Strukturen sind, wie oben gezeigt, durch den Vertrag von Maastricht gerade *keine* Hoheitsrechte übertragen worden.⁸⁹⁸

Nachdem die Gründung nun vollzogen ist, ist Art. 23 GG für die weitere „Entwicklung“ der Europäischen Union anzuwenden, wobei durch diese Entwicklung die Union ihre Gestalt natürlich ändern kann. Art. 23 sieht mit der Verwendung des Begriffs „Entwicklung“ eine solche Änderung offensichtlich vor; eine Beschränkung auf die Gestalt, die die Union durch den Gründungsakt erhalten hat, ist nicht vorgesehen. Für den Anwendungsbereich des Art. 23 stellt sich damit die Frage, welche Änderungen zulässig sind, um überhaupt noch von einer „Europäischen Union“ im Sinne von Art. 23 sprechen zu können.

Der Begriff kann enger (im Sinne einer größeren Nähe zu der Gestalt, die die Union ursprünglich im Vertrag von Maastricht erhalten hat) oder weiter ausgelegt werden.⁸⁹⁹ Auch bei der engeren Auslegung muß aber berücksichtigt werden, daß der Vertrag von Maastricht selbst eine dynamische Entwicklung der Union vorsieht, so daß zumindest die in diesem Vertrag schon angelegte Entwicklung von Art. 23 umfaßt ist.⁹⁰⁰ Im übrigen ist zu bedenken, daß sich eine Reihe von Anforderungen an die Union, die die Entwicklungsmöglichkeiten in eine bestimmte Richtung lenken, in der (noch zu erörternden) sog. Struktursicherungsklausel des Art. 23 I 1, 2. Hs. findet, so daß eine weitergehende Einschränkung schon des Begriffs „Europäische Union“ nicht notwendig ist. Außerdem kann für die Übertragung von Hoheitsrechten auf ein Gebilde, das nicht mehr als „Europäische Union“ bezeichnet werden kann, die Spezialvorschrift des Art. 23 keine Vorrangwirkung entfalten, so daß möglicherweise (wenn es sich noch um eine „zwischenstaatliche Einrichtung“ handeln würde) wieder Art. 24 I GG mit seinen geringeren Voraussetzungen anwendbar wäre; diese Konsequenz entspräche aber wohl nicht der Absicht des verfassungsändernden Gesetzgebers, der die mit der Gründung der Union begonnene Entwicklung dichter regulieren wollte als in der bisherigen Regelung in Art. 24 I GG.

Der Begriff „Europäische Union“ in Art. 23 muß also weit ausgelegt werden und jede Weiterentwicklung des durch den Vertrag von Maastricht entstandenen Gebildes

898 Der Begriff „Europäische Union“ in Art. 23 ist also weiter gefaßt als in dieser Arbeit, in der er auf die unionsspezifischen Strukturen beschränkt ist.

899 Für eine weitere Auslegung offenbar R. Scholz, Art. 23 Rn. 40 ff.; für eine engere Anlehnung an den Vertrag von Maastricht I. Pernice, Art. 23 Rn. 40.

900 Darauf weist I. Pernice a.a.O. hin.

umfassen. Das gilt allerdings nicht mehr für einen Europäischen Bundesstaat.⁹⁰¹ Mag man diesen auch in dem schon in der Präambel des Grundgesetzes genannten Staatsziel „Vereintes Europa“ perspektivisch angelegt sehen,⁹⁰² so handelt es sich bei der „Europäischen Union“ im Sinne von Art. 23 GG doch nicht um einen souveränen Bundesstaat. Das läßt sich schon an der in Art. 23 GG vorgesehenen Kompetenzübertragung auf die Union erkennen, einer Regelung, die für einen Gliedstaat in einem souveränen Bundesstaat gegenstandslos wäre (dieser könnte den Gliedstaaten Kompetenzen einfach entziehen). Die Schaffung eines Europäischen Bundesstaates ist also nicht mehr von Art. 23 GG erfaßt.

b) Die Übertragung von Hoheitsrechten

Im Zentrum der Regelung des Art. 23 GG steht die „Übertragung“ von Hoheitsrechten. Dieser Ausdruck wird schon in Art. 24 I GG verwendet. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹⁰³ und nach herrschender Lehre⁹⁰⁴ ist er nicht in einem quasi dinglichen Sinne zu verstehen, also nicht, wie es der Wortlaut nahelegt, im Sinne eines Wechsels des Rechtsträgers, verbunden mit der endgültigen Entäußerung der Hoheitsrechte.⁹⁰⁵ Vielmehr besteht die „Übertragung“ nach dieser Ansicht in einem Zurücknehmen der Ausübung der eigenen, unveräußerlichen Hoheitsgewalt, wobei dem „Empfänger“ in entsprechendem Umfang die Möglichkeit zur Ausübung *seiner* Hoheitsgewalt eingeräumt wird.

Art. 23 GG knüpft an die Zulässigkeit der Übertragung von Hoheitsrechten eine Reihe von Anforderungen; zunächst sollen die verfahrensmäßigen, später die materiellen Anforderungen dargestellt werden.

c) Verfahrensvorschriften

Verfahrensanforderungen nehmen in Art. 23 GG vom Textumfang her den weitaus größten Raum ein. So ist eine (möglichst frühzeitige) Beteiligung des Bundestages (Abs. 2 S. 2, Abs. 3) und – in ihren jeweiligen Interessenbereichen – die Beteiligung des Bundesrates (Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2, Abs. 4, Abs. 5 S. 1 u. 2), der Länder (Abs. 6) und der Bundesregierung (Abs. 5 S. 3, Abs. 6 S. 2) vorgesehen. Diese – für eine Verfassung ungewöhnlich umfangreichen und detaillierten – Regelungen werden durch das in Abs. 7 vorgesehene Bundesgesetz weiter konkretisiert.⁹⁰⁶

901 So auch etwa C. D. Classen, Art. 23 Rn. 4. Diese Auslegung des Begriffs „Europäische Union“ in Art. 23 I entbindet allerdings nicht von der Notwendigkeit, auch die in Art. 23 I 3 i. V. m. Art. 79 III normierten Grenzen für eine Entwicklung in Richtung eines Europäischen Bundesstaates zu untersuchen und zu beachten; Classen hält das offenbar für überflüssig (ebda. Rn. 25).

902 I. Pernice, Art. 23 Rn. 35.

903 Vgl. BVerfGE 37, 271, 279.

904 Vgl. H. Mosler, HStR § 175 Rn. 41 ff.; I. Pernice, Art. 23 Rn. 82 ff.; C. Tomuschat, Zweitbearbeitung Art. 24, Rn. 18; grundlegend H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, S. 53 ff.

905 So aber T. Flint, Die Übertragung von Hoheitsrechten, S. 142 ff.

906 Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union v. 12.3.1993, BGBl. I S. 313.

An einzelnen Formulierungen⁹⁰⁷, aber auch aus der Gesamtschau der Verfahrensregelungen ist die Regelungsabsicht des Art. 23 zu erkennen, den Bundestag und gegebenenfalls den Bundesrat und die Länder möglichst *frühzeitig* an dem Verfahren zu beteiligen. Werden diese Organe zu spät einbezogen, so besteht die Gefahr, daß sie inhaltlich keinen Einfluß mehr auf den von Regierungsvertretern der Mitgliedstaaten ausgehandelten Entwurf nehmen können; diese Gefahr besteht vor allem dann, wenn, wie bisher bei Art. 24 I GG, die Beteiligung lediglich in einer das Verfahren abschließenden Zustimmung besteht. Die Positionen des Bundestages, des Bundesrates und der Länder sollen daher, soweit diese Organe zu beteiligen sind, schon bei den Verhandlungen mit den anderen Mitgliedstaaten einfließen, um ihnen die Chance der Berücksichtigung zu geben. Dieses Anliegen ist nicht nur etwa aus der Sicht des Gewaltenteilungsgrundsatzes oder des föderalen Prinzips zu begründen, sondern auch unter dem Gesichtspunkt der Verfassungslegitimität: Vor allem über den Bundestag können auf diese Weise die Bürger schon frühzeitig in die Willensbildung bezüglich der Kompetenzübertragung einbezogen werden, wodurch das vom Prinzip der kollektiven Autonomie vorgegebene Ziel besser erreicht werden kann: daß die mit der Kompetenzübertragung verbundene Verfassungsumgestaltung dem Willen der Bürger möglichst gut entspricht. Ob das durch die Regelungen des Art. 23 GG im Einzelfall auch gelingt, bleibt allerdings abzuwarten.

Nach den verfahrensrechtlichen sollen nun die materiellen Anforderungen erörtert werden, die Art. 23 GG an die Übertragung von Hoheitsrechten knüpft.

d) Die Struktursicherungsklausel

Die sog. Struktursicherungsklausel in Art. 23 I 1, 2. Hs. GG verpflichtet die deutschen Staatsorgane zur Mitwirkung an der Entwicklung der „Europäischen Union“, die „demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet“. Diese Regelung beinhaltet außer der *Verpflichtung* der deutschen Staatsorgane, die Entwicklung einer so beschaffenen Union aktiv zu fördern⁹⁰⁸, vor allem eine *Schranke* für die Übertragung von Hoheitsrechten: Hoheitsrechte dürfen auf eine Union, die den genannten Grundsätzen *nicht* entspricht, nicht übertragen werden.

Bei der Auslegung dieser Grundsätze ist zu berücksichtigen, daß Art. 23 schon auf die Gründung der Union anwendbar war, also jedenfalls auf ein nichtstaatliches Entwicklungsstadium. Es wäre daher falsch, diese Grundsätze so zu verstehen, wie es in bezug auf einen Staat angemessen wäre oder gar wie sie im Grundgesetz konkretisiert sind.⁹⁰⁹ Art. 23 I 1, 2. Hs. verlangt also nicht, daß *demokratische Grundsätze* dadurch verwirklicht werden, daß das Europäische Parlament die gleichen Befugnisse erhält wie der Bundestag; vielmehr genügen die Selbstbestimmung der Unionsbürger und die Verantwortlichkeit der Gemeinschaftsorgane gegenüber den Unionsbürgern in dem Maße

907 Abs. 2 S. 2: „zum frühestmöglichen Zeitpunkt“; Abs. 3 S. 1: „vor ihrer Mitwirkung an Rechtssetzungsakten“.

908 Insoweit geht die Regelung über Art. 24 I GG hinaus, der lediglich die Möglichkeit der Übertragung von Hoheitsrechten vorsieht („kann ... übertragen“); vgl. I. Pernice, Art. 23 Rn. 39.

909 Ebenso I. Pernice, Art. 23 Rn. 50; BVerfGE 89, 155, 182.

und mit den Mitteln, die einem „Staatenverbund“ wie der Union angemessen sind. Grundsätzlich zulässig ist daher auch das in der Union praktizierte Nebeneinander von zwei demokratischen „Legitimationssträngen“ für die Rechtsetzung, nämlich der direkten Legitimation des direkt gewählten Europäischen Parlaments und der indirekten Legitimation der Regierungsvertreter im Rat über die nationalen Parlamente, denen sie verantwortlich sind.⁹¹⁰

Als *rechtsstaatliche Grundsätze* i.S.v. Art. 23 I 1, 2. Hs. ist nicht die klassische Gewaltenteilung mit Parlament, Regierung / Verwaltung und Gerichten im herkömmlichen Sinn zu verstehen, weil eine solche Funktionsverteilung in einem Staatenverbund, in dem z.B. auch die Mitgliedstaaten einen ausreichenden Einfluß für sich beanspruchen, kaum zu realisieren ist; statt dessen kann man in der Union ein komplexes System von horizontaler und vertikaler Gewaltenteilung feststellen, in das die verschiedenen Gemeinschaftsorgane und die Mitgliedstaaten eingebunden sind. Hinsichtlich der Gewaltenteilung ist also nur die Funktionsverteilung auf verschiedene Organe zu verlangen, die in einem effektiven Balanceverhältnis zueinander stehen. Darüber hinaus beinhalten die rechtsstaatlichen Grundsätze vor allem die Bindung der Organe der Union an Gesetz und Recht sowie den Grundsatz der Rechtssicherheit und einen effektiven Rechtsschutz durch unabhängige (gegebenenfalls auch nationale) Gerichte mit der Garantie rechtlichen Gehörs.⁹¹¹

Der Verweis auf die *sozialen Grundsätze* in Art. 23 I 1, 2. Hs. ist problematisch, weil dieser Begriff unbestimmt und kaum justitiabel ist.⁹¹² Insbesondere ist nicht verlangt, daß die Union selbst auf dem Gebiet der Sozialpolitik tätig wird.⁹¹³ Letztlich lassen sich wohl nur extreme Situationen ausschließen, etwa die Errichtung eines Wirtschaftssystems, das es auch den Mitgliedstaaten unmöglich macht, weiterhin angemessen sozialpolitisch tätig zu sein.

Die *föderativen Grundsätze* haben das Verhältnis der Union zu den Mitgliedstaaten im Blick, nicht die föderale Struktur von Mitgliedstaaten.⁹¹⁴ Sie sollen das Fortbestehen und eine gewisse Selbständigkeit und Eigenverantwortung der Mitgliedstaaten gewährleisten. Ein europäischer Zentralstaat wäre damit ausgeschlossen, nicht jedoch ein Bundesstaat, in dem die Mitgliedstaaten als Gliedstaaten weiterbestehen würden. Andererseits kann aber nicht gefolgert werden, daß ein Europäischer Bundesstaat das Ziel der Entwicklung sein soll;⁹¹⁵ denn föderative Grundsätze lassen sich auch etwa in einem Staatenverbund verwirklichen.

Auch der *Grundsatz der Subsidiarität* betrifft das Verhältnis der Union zu den Mitgliedstaaten. Er besagt im wesentlichen, daß Aufgaben grundsätzlich auf der „niedrigeren“, bürgernäheren, d.h. hier: mitgliedstaatlichen Ebene wahrzunehmen sind und nur

910 I. Pernice, Art. 23 Rn. 52.

911 R. Scholz, Art. 23 Rn. 59.

912 I. Pernice, Art. 23 Rn. 67.

913 I. Pernice, ebda.

914 I. Pernice, Art. 23 Rn. 69 f.; M. Zuleeg, Art. 23 Rn. 29 ff. mit Nachweisen auch zur Gegenansicht, daß die föderalen Strukturen der Mitgliedstaaten gemeint und zu schützen seien.

915 I. Pernice, Art. 23 Rn. 69.

dann auf die Unionsebene übertragen werden können, wenn hierfür eine Notwendigkeit besteht.⁹¹⁶

Schließlich muß die Union einen *dem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz* gewährleisten. Schon dem Wortlaut nach wird hier nicht der *gleiche* Grundrechtsschutz wie nach dem Grundgesetz verlangt, sondern lediglich eine funktionale Äquivalenz.⁹¹⁷ Es müssen also nicht inhaltlich die gleichen Grundrechte gewährleistet sein, sondern nur ein in seiner Wirksamkeit dem Grundgesetz insgesamt vergleichbarer Grundrechtsschutz. Das Kriterium entstammt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁹¹⁸, das seit der Solange II-Entscheidung diese Äquivalenz in der gegenwärtigen Union aufgrund der Grundrechtsrechtsprechung des EuGH für gegeben hält. Ein geschriebener Grundrechtskatalog ist nach diesem Kriterium nicht erforderlich.

e) Die Verweisung auf Art. 79 II, III GG

Art. 23 I 3 GG verweist für die (inzwischen erfolgte) Gründung der Union und für Vertragsänderungen und vergleichbare Regelungen, durch die das Grundgesetz geändert oder ergänzt wird oder solche Änderungen oder Ergänzungen ermöglicht werden, auf Art. 79 II und III GG.⁹¹⁹ Das bedeutet für diese Fälle, daß für das Gesetz, durch das Hoheitsrechte übertragen werden, Zweidrittelmehrheiten in Bundestag und Bundesrat erforderlich sind (Art. 79 II; im Bereich des Art. 23 I 2 genügen dagegen jeweils einfache Mehrheiten) und daß die materiellen Änderungsgrenzen des Art. 79 III zu beachten sind. Weil Art. 79 I bewußt aus der Verweisung ausgespart wurde, ist eine Änderung des Grundgesetzentextes dabei nicht erforderlich.⁹²⁰

Eine schwierige Auslegungsfrage ist die Abgrenzung zwischen Art. 23 I 2 und Art. 23 I 3. Wegen der unterschiedlichen Rechtsfolgen soll es offenbar einen Unterschied geben zwischen „einfachen“ Übertragungen von Hoheitsrechten nach Satz 2 und „verfassungsändernden“ Übertragungen von Hoheitsrechten nach Satz 3 (genauer: Übertragungen von Hoheitsrechten, „durch die dieses Grundgesetz seinem Inhalt nach geändert oder ergänzt wird“). Nun stellt aber, wie oben gezeigt, *jede* Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaften bzw. die Union (wenn nicht einen Akt der Verfassungsgebung, so doch zumindest) eine Verfassungsänderung dar, weil dadurch die verfassungsrechtliche Regelung der Ausübung von Hoheitsgewalt zumindest im Hinblick auf die übertragenen Hoheitsrechte geändert wird: Diese werden nicht mehr von den im Grundgesetz dafür vorgesehenen Organen nach dem dort geregelten Verfahren ausgeübt, sondern von Gemeinschaftsorganen nach gemeinschaftsrechtlichen Verfahren. Nimmt man Satz 3 wörtlich, bleibt für Satz 2 also eigentlich kein Anwendungsraum mehr.

916 Ebda. Rn. 71 ff.

917 Ebda. Rn. 75.

918 BVerfGE 37, 271, 280 ff. – Solange I; BVerfGE 73, 339, 376 f. – Solange II; auch BVerfGE 89, 155, 174 f. – Maastricht und BVerfGE 102, 147, 162 ff. – Bananenmarktordnung.

919 Hierzu und zum folgenden I. Pernice, Art. 23 Rn. 89 ff.

920 Hierfür gibt es vor allem praktische Gründe. Vgl. dazu und zur damit verbundenen Problematik U. Hufeld, Die Verfassungsdurchbrechung, S. 132 ff.

Weil das aber zur Konsequenz hätte, daß die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaften bzw. die Union in jedem Fall nicht nur die materiellen Grenzen des Art. 79 III beachten müßte, sondern auch Zweidrittelmehrheiten in Bundestag und Bundesrat erfordern würde, käme dies im Ergebnis einer deutlichen Erschwerung weiterer Integrations Schritte gegenüber der bisherigen Regelung in Art. 24 I gleich, nach der eine einfache Mehrheit im Bundestag allein genügt. Das stünde im Widerspruch zur insgesamt integrationsfreundlichen Tendenz des Art. 23 (vgl. Abs. 1 S. 1: „Zur Verwirklichung eines vereinten Europas ...“) und anderer Regelungen im Grundgesetz (z.B. der Präambel). Deswegen, und weil andernfalls die Differenzierung zwischen Art. 23 I 2 und Art. 23 I 3 überflüssig wäre, ist Art. 23 I 3 restriktiv auszulegen:⁹²¹ „Inhaltsänderung“ bzw. „ergänzung“ des Grundgesetzes im Sinne dieser Vorschrift⁹²² ist demnach nicht jede Kompetenzübertragung, sondern nur eine solche, durch die eine im Grundgesetz ausdrücklich geregelte Kompetenzzuordnung geändert wird⁹²³ oder die mit einer über die bloße Kompetenzübertragung hinausgehenden Verfassungsänderung verbunden ist⁹²⁴ oder die schon so weitreichend ist, daß der materielle Verfassungskern bzw. der von Art. 79 III geschützte Bereich berührt ist⁹²⁵. Auch Primärrechtsänderungen, durch die die Stellung Deutschlands in der Union geändert wird (genauer: durch die der Einfluß Deutschlands und des Grundgesetzes auf die Ausübung gemeinschaftlicher Hoheitsrechte verringert wird), können unter Art. 23 I 3 GG fallen;⁹²⁶ das gilt auch für Beitrittsverträge, in deren Folge das Stimmengewicht der deutschen Vertreter in den Organen der Gemeinschaften verringert wird.⁹²⁷

Die materiellen Änderungs schranken, die sich durch die Verweisung auf Art. 79 III ergeben, sollen im folgenden Abschnitt erörtert werden.

921 Vgl. R. Streinz, *Europarecht*, Rn. 210c; U. Hufeld, *Die Verfassungsdurchbrechung*, S. 118 f.; I. Pernice, *Art. 23 Rn. 92*. A.A. O. Rojahn, *Art. 23 Rn. 47*; R. Streinz, *Art. 23 Rn. 64 ff.*; C. D. Classen, *Art. 23 Rn. 21*; B. Schmidt-Bleibtreu / F. Klein, *Kommentar zum Grundgesetz*, *Art. 23 Rn. 16*.

922 Es bietet sich an, die „Inhaltsänderung“ bzw. „ergänzung“ i.S.v. Art. 23 I 3 GG von der (allgemeineren) Verfassungsänderung begrifflich und terminologisch zu unterscheiden (obwohl die Bezugnahme auf den „Inhalt“ in diesem Zusammenhang sicher nicht selbsterklärend ist); so wohl auch U. Hufeld, *Die Verfassungsdurchbrechung*, S. 118 f. (insb. Fn. 22).

923 Dieses Kriterium wird – als eines von mehreren – von I. Pernice a.a.O. benannt.

924 So wohl R. Streinz a.a.O. und U. Hufeld a.a.O.

925 Dieses letztgenannte Kriterium wird sinngemäß auch von I. Pernice a.a.O. benannt, nicht jedoch von den anderen zitierten Autoren. Es ist aber ein wichtiges Kriterium, weil schon eine Kompetenzübertragung allein so weit gehen kann, daß materielle Grenzen der Verfassungsänderung erreicht werden, z.B. der Anwendungsbereich von Art. 79 III beginnt (Extrembeispiel: Übertragung der „Hausgut“-Kompetenzen der Länder auf die Union). Wäre dies kein Fall von Art. 23 I 3, so wäre vom Wortlaut her zweifelhaft, ob Art. 79 III Anwendung findet – Art. 79 III muß aber in jedem Fall Anwendung finden, weil der nachträglich ins Grundgesetz eingefügte Art. 23 den Anwendungsbereich des selbst änderungsfesten Art. 79 III nicht einschränken kann (vgl. dazu auch den nächsten Abschnitt).

926 So H. D. Jarass / B. Pieroth, *Grundgesetz*, *Art. 23 Rn. 23* (allerdings ohne die Einschränkung auf die Verringerung des Einflusses auf die Ausübung der Hoheitsrechte). A.A. M. Zuleeg, *Art. 23 Rn. 48* (*Art. 23 I 3* betreffe allenfalls Hoheitsrechtsübertragungen).

927 A.A. S. Hobe, *Art. 23 Rn. 50*.

2. Art. 79 III GG

Art. 79 III GG stellt eine materielle Änderungsschranke⁹²⁸ auch für die Übertragung von Hoheitsrechten dar. Das gilt nach inzwischen ganz überwiegender Ansicht für den Anwendungsbereich von Art. 24,⁹²⁹ und das gilt jedenfalls auch für den Anwendungsbereich von Art. 23, denn diese nachträglich in das Grundgesetz eingefügte Vorschrift unterliegt selbst den Änderungsschranken des Art. 79 III, kann also ihrerseits die Anwendung des Art. 79 III weder einschränken noch anordnen. Die Verweisung in Art. 23 I 3 ist daher nur deklaratorisch.⁹³⁰

a) Die geschützten Grundsätze

Nach Art. 79 III ist eine Änderung des Grundgesetzes unzulässig, durch die bestimmte Grundsätze berührt werden⁹³¹. Hierbei handelt es sich um die Gliederung des Bundes in Länder, die grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung und die in Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze. Die Gliederung des Bundes in Länder wäre etwa dann berührt, wenn die Bundesrepublik Deutschland in einen Zentralstaat umgewandelt würde oder den Ländern ein Kern eigener Aufgaben (das „Hausgut“) entzogen würde; unschädlich wäre dagegen die in Art. 29, 118, 118a vorgesehene Neugliederung der Bundesländer.⁹³² Die „grundsätzliche Mitwirkung der Länder bei der Gesetzgebung“ bezieht sich auf die Gesetzgebung des Bundes; dabei ist nicht der Bestand der hierfür vom Grundgesetz vorgesehenen Einrichtungen und Verfahren (z.B. Bundesrat und Vermittlungsausschuß) geschützt, sondern lediglich ein Mindestmaß an Mitspracherechten.⁹³³

Der Schutz der in Art. 1 und 20 niedergelegten Grundsätze umfaßt nicht den gesamten Regelungsgehalt dieser Vorschriften und auch nicht deren Konkretisierungen in anderen Verfassungsvorschriften; geschützt ist nur ihr substantieller Kerngehalt,⁹³⁴ dessen Bestimmung im einzelnen freilich problematisch sein kann. In bezug auf Art. 1 umfaßt dieser Kerngehalt jedenfalls den – ohnehin schon elementaren – Schutz der Menschenwürde in vollem Umfang (Art. 1 I), nicht jedoch die diesen Schutz zum Teil konkretisierenden Grundrechte der Art. 2 ff. im einzelnen. Diese einzelnen Grundrechte werden

928 Vgl. zu Inhalt und Funktion des Art. 79 III auch H. Dreier, Grenzen demokratischer Freiheit im Verfassungsstaat, S. 746 ff.; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, S. 165 ff.

929 C. Tomuschat, Zweitebearbeitung Art. 24, Rn. 50 f.; umfangreiche Nachweise bei A. Randelzhofer, Art. 24 I, Rn. 84 ff. Das Bundesverfassungsgericht bezog sich vor Inkrafttreten des Art. 23 GG n.F. zwar nicht ausdrücklich auf Art. 79 III als Grenze für die Übertragung von Hoheitsrechten, sprach aber von den „konstituierenden Strukturen“ und von der „Identität“ der Verfassung, die änderungsfest seien: BVerfGE 37, 271, 279 f.; 73, 339, 375 f.

930 Vgl. H. Dreier, Art. 79 III Rn. 8.

931 Das Merkmal „berührt werden“ ist nach umstrittener Ansicht des Bundesverfassungsgerichts restriktiv auszulegen. Näher dazu H. Dreier, Art. 79 III Rn. 15.

932 H. Dreier, Art. 79 III Rn. 16 f.

933 Ebda. Rn. 19 f.

934 Vgl. hierzu und zum folgenden H. Dreier, Art. 79 III Rn. 21 ff.

auch nicht über Art. 1 III in den Schutz des Art. 79 III einbezogen; die „Grundsätze“ des Art. 1 III umfassen lediglich einen Mindestbestand an unmittelbar geltenden und prozessual durchsetzbaren Grundrechten, nicht aber den gegenwärtigen Bestand im einzelnen. Gegenüber Abs. 1 und Abs. 3 hat das Bekenntnis zu den Menschenrechten nach Art. 1 II im Rahmen des Art. 79 III kaum eine eigenständige Bedeutung.⁹³⁵

Hinsichtlich des Art. 20 sind die nicht-monarchische Staatsform („Bundesrepublik“⁹³⁶, Grundelemente der Sozialstaatlichkeit⁹³⁷ und (in Bekräftigung und Ergänzung der durch Art. 79 III ausdrücklich geschützten Gliederung des Bundes in Länder und deren Mitwirkung bei der Gesetzgebung) die Grundsubstanz der Eigenstaatlichkeit der Länder („Bundesstaat“)⁹³⁸ geschützt sowie – inhaltlich wohl am bedeutsamsten – die Grundsätze des Demokratie- und des Rechtsstaatsprinzips. Die geschützten Grundsätze des *Demokratieprinzips*⁹³⁹ umfassen dabei u.a. die Volkssouveränität im Sinne der Rückführbarkeit allen Staatshandelns auf das Volk, das Mehrheitsprinzip, evtl. auch bestimmte Wahlrechtsgrundsätze wie Allgemeinheit, Freiheit und Gleichheit der Wahl⁹⁴⁰. Nicht geschützt sind dagegen z.B. das im BWahlG normierte Wahlsystem der kombinierten Verhältnis- und Mehrheitswahl oder der Bestand an zulässigen Referenden. Das *Rechtsstaatsprinzip* wird in Art. 20 nicht ausdrücklich erwähnt; Art. 20 II, III nennt jedoch einige wichtige Bestandteile. Umstritten ist daher, inwieweit auch andere, in Art. 20 nicht ausdrücklich genannte Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips (wie z.B. der Bestimmtheitsgrundsatz oder das Rückwirkungsverbot) von Art. 79 III geschützt werden.⁹⁴¹ Geschützt ist jedenfalls die Gewaltenteilung, und zwar nicht nur als abstraktes Prinzip, sondern auch bezüglich der in Art. 20 II 2 und III genannten Dreiteilung und der Funktionsaufteilung in Gesetzgebung, Vollziehung und Rechtsprechung – nicht jedoch bezüglich der Funktionszuweisung *im einzelnen*, die das Grundgesetz an anderer Stelle vornimmt. Geschützt sind auch der Vorrang der Verfassung, die Bindung der vollziehenden und der rechtsprechenden Gewalt an das Gesetz und wohl auch der Vorbehalt des Gesetzes gegenüber dem Handeln der Verwaltung in bestimmten Fällen.⁹⁴²

Nach einhelliger Auffassung wird das nachträglich ins Grundgesetz eingefügte Widerstandsrecht nach Art. 20 IV *nicht* vom Schutz des Art. 79 III erfaßt.⁹⁴³

b) Schutz der souveränen Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?

Heftig umstritten ist die Frage, ob Art. 79 III GG auch den Bestand der Bundesrepublik Deutschland als souveräner Staat schützt und damit etwa die Eingliederung in einen

935 H. Dreier, Art. 79 III Rn. 25.

936 Ebda. Rn. 29.

937 Ebda. Rn. 38.

938 Ebda. Rn. 39.

939 Vgl. zum folgenden im einzelnen H. Dreier, Art. 79 III Rn. 30 ff.

940 H. Dreier, Art. 79 III Rn. 32.

941 Dazu H. Dreier, Art. 79 III Rn. 44.

942 H. Dreier, Art. 79 III Rn. 43.

943 H. Dreier, Art. 79 III Rn. 45.

Europäischen Bundesstaat (zumindest im Wege der Verfassungsänderung) bzw. die allmähliche Aufgabe der souveränen Staatlichkeit im Wege sukzessiver Übertragungen von Hoheitsrechten verhindern würde. Eine ausdrückliche Regelung hierzu enthält Art. 79 III nicht.

Als Argument für den Schutz der Staatlichkeit wird zunächst der Verweis des Art. 79 III auf die Grundsätze des Art. 20 GG i.V.m. der dort (in Art. 20 I) verwendeten Bezeichnung „Bundesstaat“ genannt; der Wortbestandteil „Staat“ weise auf den Staat als Schutzgut des Art. 79 III hin.⁹⁴⁴ Diese Argumentation ist aber durchaus zweifelhaft. Art. 20 I legt das Bundesstaatsprinzip als eine Staatsfundamentalnorm fest; damit ist in erster Linie das Verhältnis des Bundes zu den Ländern angesprochen, nicht das Verhältnis des Bundes nach außen (also etwa zur Europäischen Union oder als Teil der Völkerrechtsgemeinschaft). Zu den „Grundsätzen“, die Art. 79 III schützt, sollte daher nur dieses Verhältnis des Bundes zu den Ländern gehören, nicht die „Staatlichkeit“ des Ganzen.⁹⁴⁵

Ein anderes Argument für den Schutz der Staatlichkeit bezieht sich auf den Regelungsadressaten des Art. 79 III GG: den verfassungsändernden Gesetzgeber.⁹⁴⁶ Art. 79 III setze „das Vorhandensein dieses verfassungsändernden Gesetzgebers und dessen Fähigkeit zur Beachtung der Ewigkeitsgarantie voraus“. Gehe die Staatlichkeit der Bundesrepublik aber unter, dann gebe es auch keinen verfassungsändernden Gesetzgeber mehr. Das ist jedoch eine seltsame Argumentation: Einer Norm, die dem Normadressaten (hier: dem verfassungsändernden Gesetzgeber) etwas verbietet (hier: Änderungen in dem durch Art. 79 III geschützten Bereich), kann kein Gebot entnommen werden, daß der Normadressat sich selbst erhalte, um der Norm weiterhin als Adressat zur Verfügung stehen zu können; denn einer solchen Norm wäre selbstverständlich genüge getan, wenn überhaupt kein Adressat mehr existieren würde, der gegen das normierte Verbot verstoßen könnte.

Für einen Schutz der Staatlichkeit durch Art. 79 III GG wird weiter das Argument angeführt, die durch Art. 79 III geschützten Grundsätze, vor allem das Demokratieprinzip, könnten nur im Rahmen des konkreten souveränen Staates verwirklicht werden, für den das Grundgesetz geschaffen wurde. Dafür wiederum werden letztlich vor allem drei Begründungen gegeben: Erstens lege der durch Art. 79 III geschützte Art. 20 II 1 GG fest, daß die Staatsgewalt auf das deutsche Staatsvolk zurückgeführt werden müsse;⁹⁴⁷ bei Eingliederung in einen Europäischen Bundesstaat sei das nicht mehr gewährleistet.⁹⁴⁸ Zweitens könnten Demokratie und Volkssouveränität überhaupt nur in einem

944 P. Kirchhof, HStR § 19 Rn. 71. Dazu U. Fink, *Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?*, S. 138 f.

945 Ausführlich dazu und im Ergebnis wie hier C. Möllers, *Staat als Argument*, S. 383 ff.

946 So U. Fink, *Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?*, S. 139; in diese Richtung wohl auch W. Heyde, Art. 23 Rn. 64 f. (Art. 79 III werde „gegenstandslos“).

947 So etwa D. Murswiek, *Maastricht und der pouvoir constituant*, S. 162 f. Nach Murswiek ergibt sich sogar „aus Art. 20 Abs. 1 GG der Verfassungsgrundsatz der souveränen Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland“ (ebda. S. 176).

948 Das Bundesverfassungsgericht ist in der Maastricht-Entscheidung dieser Argumentation offenbar nicht ganz gefolgt, wenn es auch eine demokratische Legitimation durch die Staatsvölker der Mitgliedstaaten (repräsentiert durch das Europäische Parlament) zumindest dann für möglich hält, wenn sie zur Legitimation durch die mitgliedstaatlichen Parlamente „hinzutritt“ (BVerfGE 89, 155, 184).

Nationalstaat und nur von einem Staatsvolk verwirklicht werden;⁹⁴⁹ das treffe zwar für die Bundesrepublik Deutschland zu, die über ein Staatsvolk verfüge, nicht aber für die europäische Ebene: Es gebe eben keinen europäischen Nationalstaat und kein „europäisches Volk“.⁹⁵⁰ Und drittens beziehe sich Art. 79 III, auch wenn er nur abstrakt formulierte Grundsätze nennt, nach seiner Regelungsabsicht zumindest stillschweigend auf die Bundesrepublik Deutschland als den Handlungszusammenhang, in dem diese Grundsätze zu schützen seien.⁹⁵¹

Die erste Begründung für die angebliche Nationalstaatsbezogenheit der durch Art. 79 III geschützten Grundsätze argumentiert mit der Auslegung der positiv-rechtlichen Norm des Art. 20 II 1 GG. Das Bundesverfassungsgericht hat dies in seiner Entscheidung zum schleswig-holsteinischen kommunalen Ausländerwahlrecht getan und ist zu dem Ergebnis gekommen, daß „Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG bestimmt, daß das Staatsvolk der Bundesrepublik Deutschland Träger und Subjekt der Staatsgewalt ist“.⁹⁵² Selbst wenn man dieser Auslegung folgt, so schützt Art. 79 III doch nur die *Grundsätze* des Art. 20 II 1. Schon weil sich die vom Bundesverfassungsgericht gefundene Auslegung des Art. 20 II 1 offenbar erst unter Einbeziehung weiterer Normen des Grundgesetzes ergibt, die *nicht* vom Schutz des Art. 79 III erfaßt werden (v.a. des Art. 116 I)⁹⁵³, ist es sehr zweifelhaft, ob die Anknüpfung der demokratischen Willensbildung an das deutsche Staatsvolk auch durch Art. 79 III geschützt ist. Das Bundesverfassungsgericht scheint jedenfalls nicht dieser Ansicht zu sein, wenn es in einem obiter dictum erklärt: „Daraus folgt nicht, daß die derzeit im Bereich der Europäischen Gemeinschaften erörterte Einführung eines Kommunalwahlrechts für Ausländer nicht Gegenstand einer nach Art. 79 Abs. 3 GG zulässigen Verfassungsänderung sein kann“⁹⁵⁴. Gerade für dieses Kommunalwahlrecht hatte das Bundesverfassungsgericht die Beschränkung der Wahlberechtigten auf Angehörige des deutschen Staatsvolkes vor allem aus Art. 20 II 1 GG abgeleitet – eine Beschränkung, die offenbar nicht zu den nach Art. 79 III geschützten „Grundsätzen“ zählt.⁹⁵⁵

Auch die zweite Begründung für die Nationalstaatsbezogenheit der durch Art. 79 III geschützten Grundsätze, die behauptete objektive (also von der Regelungsabsicht des Art. 79 III bzw. des Art. 20 unabhängig bestehende) Notwendigkeit eines Nationalstaats

949 Vgl. U. Pensi, Bestand nationaler Staatlichkeit als Bestandteil der Änderungsgrenzen in Art. 79 III GG, S. 192 m.w.N. in Fn. 1.

950 Zu diesem Argument jetzt umfassend A. Augustin, Das Volk der Europäischen Union.

951 So argumentieren etwa U. Pensi (Bestand nationaler Staatlichkeit als Bestandteil der Änderungsgrenzen in Art. 79 III GG) und U. Fink (Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, S. 140 f.).

952 BVerfGE 83, 37, 37 (Leitsatz); vgl. auch BVerfGE 83, 60, 71 (Ausländerwahlrecht zu den Bezirksversammlungen in Hamburg). Ebenso mit ausführlicher Begründung M. Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, S. 155 ff. – allerdings nicht mit Bezug auf die Problematik der Beteiligung von Ausländern, sondern auf die Problematik pluralistischer, mit staatlichen und privaten Mitgliedern besetzter Entscheidungsträger.

953 BVerfGE 83, 37, 51.

954 BVerfGE 83, 37, 59.

955 Vgl. dazu auch U. Fink, Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, S. 137.

mit einem Staatsvolk für die Verwirklichung der durch Art. 79 III geschützten Grundsätze, trifft bei näherer Betrachtung unter Einbeziehung der bisherigen Ergebnisse dieser Arbeit nicht zu: Die föderativen Grundsätze, vor allem die Gewährleistung eines „Hausgutes“ an Länderaufgaben, lassen sich auch z.B. in einem dreigliedrigen Europäischen Bundesstaat verwirklichen, in dem die Länder mit ihren Aufgaben im wesentlichen bestehen bleiben. Der Schutz von Menschenwürde, Grundrechten, Rechtsstaatlichkeit und sozialen Prinzipien läßt sich in einem Europäischen Bundesstaat mit Organen, die effektiv an entsprechende Normen gebunden sind, ebensogut gewährleisten wie in einem Nationalstaat. Und auch das in diesem Zusammenhang am stärksten problematisierte Schutzgut des Art. 79 III, das Demokratieprinzip, läßt sich auf europäischer Ebene verwirklichen; das haben die weiter oben angestellten Überlegungen gezeigt, in denen begründet wurde, daß das Demokratieprinzip auch außerhalb des Handlungszusammenhangs eines souveränen Staates verwirklicht werden kann.

Zur dritten Begründung ist festzustellen, daß die Annahme nicht zwingend ist, die in Art. 79 III geschützten Grundsätze bezögen sich nach der Regelungsabsicht des Art. 79 auf den Staat „Bundesrepublik Deutschland“. Denn das Grundgesetz enthielt schon in seiner ursprünglichen Fassung Formulierungen und Regelungen, die über den nationalstaatlichen Horizont hinausweisen: So spricht die Präambel schon immer von einem „vereinten Europa“, in dem die Bundesrepublik ein „Glied“ sein solle, und Art. 24 I sah von Anfang an die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen vor. Die Einordnung in einen übernationalen Zusammenhang und die Ausübung von Hoheitsgewalt durch übernationale Einrichtungen sind dem Grundgesetz also nicht fremd.⁹⁵⁶ Es ist daher möglich und auch angemessen, Art. 79 III so auszulegen, daß die dort genannten Grundsätze für jede Form der Ausübung von Hoheitsgewalt gelten, also auch dann, wenn etwa Hoheitsrechte nach Art. 24 I (oder nun nach Art. 23) übertragen worden sind. Es entspricht der spezifischen Regelungsabsicht des Art. 79 III insgesamt sogar besser, wenn auch die auf eine zwischenstaatliche Einrichtung (oder die Gemeinschaften bzw. die Union) übertragenen Hoheitsrechte nur unter Beachtung der geschützten Grundsätze ausgeübt werden können; andernfalls müßten die übertragenen Hoheitsrechte von der Bindung an diese Grundsätze schlechthin freigestellt werden.⁹⁵⁷ Diese Sichtweise spiegelt sich auch im neuen Art. 23 I 1 wider: Die Struktursicherungsklausel nennt gerade die „demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätze(n)“ *in bezug auf die Europäische Union*, also jenseits des nationalstaatlichen Zu-

956 Zur Entstehungsgeschichte vgl. M. Bermanseder, Die europäische Idee im Parlamentarischen Rat. Bermanseder beschäftigt sich mit den Vorstellungen des Parlamentarischen Rates über die zukünftige Entwicklung Europas und den hierzu vor allem durch die Übertragung von Hoheitsrechten zu leistenden Beitrag Deutschlands. Die Einigung Europas wurde im Parlamentarischen Rat als wichtiges Ziel angesehen, und zwar nicht nur in wirtschaftlicher, sondern auch in politischer Hinsicht. Konkrete Vorstellungen über den Endzustand dieser Einigung gab es kaum; vorrangig war das Bestreben, das Grundgesetz für mögliche künftige Entwicklungen offen zu halten.

957 Weil Art. 79 III direkt nur deutsche Staatsorgane verpflichten kann, besteht die Bindung an die Grundsätze in bezug auf die übertragenen Hoheitsrechte natürlich im wesentlichen darin, daß die Übertragung nicht erfolgen darf, wenn die Verwirklichung der Grundsätze aufgrund der Struktur der zwischenstaatlichen Einrichtung (bzw. der Gemeinschaften oder der Union) nicht gewährleistet ist.

sammenhangs.⁹⁵⁸ Zwar kann Art. 23 nicht ohne weiteres zur Auslegung des Art. 79 III herangezogen werden, weil er nachträglich eingefügt wurde und daher selbst den Bindungen des Art. 79 III unterliegt; aber die Tatsache, daß sich Art. 23 ohne großen Bruch in das Grundgesetz einfügt, bestätigt zumindest, daß diese Sichtweise dem Grundgesetz nicht fremd ist.

Nach dem Gesagten ist also die These, der Schutz des Art. 79 III beziehe sich nicht nur auf die dort genannten Grundsätze, sondern auch auf den konkreten Staat, in dessen Rahmen diese Grundsätze zu schützen seien, nicht haltbar.⁹⁵⁹ Insoweit würde Art. 79 III selbst der Eingliederung in einen Europäischen Bundesstaat nicht im Weg stehen, wenn die Verwirklichung der geschützten Grundsätze in diesem neuen Bundesstaat gewährleistet wäre. *Nach* der Einordnung in den neuen Bundesstaat könnte allerdings Art. 79 III GG – selbst wenn das Grundgesetz als gliedstaatliche Verfassung insoweit weitergelten sollte – wegen der Überordnung des Bundesrechts über das Recht der Einzelstaaten (einschließlich deren Verfassungsrecht) und wegen des unmittelbaren Durchgriffs der Bundesstaatsgewalt auf die Bürger die Verwirklichung der geschützten Grundsätze auf der neuen Bundesebene nicht mehr auf Dauer gewährleisten. Das kann nur durch eine dem Art. 79 III GG entsprechende Ewigkeitsklausel in der Verfassung des neuen Europäischen Bundesstaates erreicht werden. Daher ließe Art. 79 III GG die Eingliederung in einen Europäischen Bundesstaat nur unter der Voraussetzung zu, daß die Verfassung dieses neuen Bundesstaates eine dem Art. 79 III GG entsprechende Regelung enthält.⁹⁶⁰ Geschieht die Aufgabe der souveränen Staatlichkeit nicht durch einen singulären Akt, sondern sukzessiv durch die Übertragung weitreichender Hoheitsrechte, so muß darauf geachtet werden, daß auf europäischer Ebene eine dem Art. 79 III GG entsprechende Regelung existiert, sobald Hoheitsrechte in einem solchen Umfang übertragen werden, daß bezüglich der deutschen Unionsbürger eine Verletzung der in Art. 79 III GG genannten Grundsätze durch die Gemeinschaften bzw. die Union als möglich erscheint.

958 Daher können die „demokratischen Grundsätze“ in Art. 23 I 1 GG auch nicht in dem „eingeschränkten Sinne“ verstanden werden, daß damit „nicht die Bildung eines europäischen Volkes als Subjekt von Hoheitsgewalt der Union gemeint“ sei (so aber U. Penski, ebda. S. 195).

959 Im Ergebnis wie hier T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, S. 1409 ff.; H. D. Jarass / B. Pieroth, Grundgesetz, Art. 23 Rn. 29; S. Hobe, Art. 23 Rn. 53; B. Schmidt-Bleibtreu / F. Klein, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 23 Rn. 5a; M. Zuleeg, Art. 23 Rn. 51 ff. A.A. J. Isensee, Integrationsziel Europastaat?, S. 588 f. m.w.N.

960 So auch E. Wiederin, Verfassungsgebung im wiedervereinigten Deutschland, S. 445 f. Wiederin ist dabei pessimistisch hinsichtlich der Aussicht, daß die übrigen Mitgliedstaaten einer solchen Regelung zustimmen würden, weil Ewigkeitsklauseln dem Verfassungsrecht der meisten Mitgliedstaaten fremd sind.

3. Art. 146 GG

Die etwas schillernde Vorschrift des Art. 146 GG⁹⁶¹ bezieht sich nach ihrem Wortlaut auf einen Akt der Verfassungsgebung. Sie ist im hier untersuchten Zusammenhang deswegen interessant, weil sie möglicherweise eine Regelung auch für den Fall trifft, daß eine Übertragung von Hoheitsrechten stattfindet, die den *sonstigen* Vorschriften des Grundgesetzes widerspricht. Denn eine solche eigentlich verfassungswidrige Übertragung von Hoheitsrechten könnte als Akt der Verfassungsgebung anzusehen sein⁹⁶² und daher einen möglichen Anwendungsfall von Art. 146 darstellen.

Seine jetzt geltende Fassung hat Art. 146 im Zuge der deutschen Wiedervereinigung erhalten.⁹⁶³ Für seine Auslegung ist es unerlässlich, zunächst die ursprüngliche Fassung zu betrachten. Art. 146 a.F. hatte den Wortlaut: „Dieses Grundgesetz verliert seine Gültigkeit an dem Tage, an dem eine Verfassung in Kraft tritt, die von dem deutschen Volke in freier Entscheidung beschlossen worden ist.“ Die neue Fassung unterscheidet sich davon zwar nur durch einen eingeschobenen Relativsatz, der klarstellt, daß das Grundgesetz „nach Vollendung der Einheit und Freiheit Deutschlands für das gesamte deutsche Volk gilt“; nach dem Wortlaut scheint sich der Regelungsgehalt des Art. 146 also nicht geändert zu haben. Dennoch ist hier eine genauere und differenziertere Betrachtung nötig:

Art. 146 a.F. bezog sich nach ganz einhelliger Auffassung⁹⁶⁴ auf den Fall der Wiederherstellung der Einheit Deutschlands. Das ergibt sich nicht nur aus der Entstehungsgeschichte,⁹⁶⁵ sondern auch aus dem Zusammenhang mit der Präambel des Grundgesetzes (alter Fassung), in der es heißt, das deutsche Volk habe das Grundgesetz beschlossen, „um dem staatlichen Leben für eine Übergangszeit eine neue Ordnung zu geben“, und habe bei diesem Beschluß „auch für jene Deutschen gehandelt, denen mitzuwirken versagt war“, und das „gesamte Deutsche Volk bleib(e) aufgefordert, in freier Selbstbestimmung die Einheit und Freiheit Deutschlands zu vollenden“. In dieser Sichtweise konnte eine freie Entscheidung des deutschen Volkes, wie sie Art. 146 a.F. voraussetzte, nur von *allen* Deutschen, also unter Mitwirkung der Deutschen in der DDR, getroffen werden – dies ist eben eine Verfassungsgebung aus Anlaß der Wiedervereinigung. Eine Verfassungsgebung etwa aus Gründen der Beseitigung des verfahrensmäßigen „Ge-

961 Mit der plötzlichen Aktuellwerdung des Art. 146 anläßlich der deutschen Wiedervereinigung ist die Literatur zu diesem früher eher vernachlässigten Grundgesetzartikel (eine Ausnahme ist etwa der Aufsatz von U. Scheuner aus dem Jahr 1953, Art. 146 GG und das Problem der verfassungsgebenden Gewalt) innerhalb kurzer Zeit um zahlreiche Aufsätze und Abhandlungen vermehrt worden. Einen Überblick bieten K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes; H. Moelle, Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz; J. Isensee, HStR § 166; ders., Braucht Deutschland eine neue Verfassung?; M. Heckel, HStR § 197 Rn. 86 ff.; H. Dreier, Art. 146.

962 Vgl. dazu unten II.

963 Durch das Einigungsvertragsgesetz i.V.m. Kap. II Art. 4 Einigungsvertrag v. 23.9./31.8.1990, BGBl. II 885, 890.

964 H. Moelle, Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz, S. 54 ff. m.w.N.

965 So H. Moelle, Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz, S. 55; zur Entstehungsgeschichte vgl. K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 40 ff.

burtsmakels“ des Grundgesetzes, ohne Bezug auf den Anlaß der Wiedervereinigung, sah Art. 146 a.F. nicht vor.⁹⁶⁶

Während nahezu Einigkeit über den Anwendungsfall des Art. 146 a.F. herrschte, war seine normative Bedeutung umstritten. Nach einer Auffassung⁹⁶⁷ hatte Art. 146 a.F. keinen eigenen normativen Gehalt, sondern stellte nur deklaratorisch fest, daß durch einen Akt der Verfassungsgebung das Grundgesetz eben seine Gültigkeit verliere. Nach anderer Auffassung⁹⁶⁸ stellte Art. 146 a.F. eine Legitimitätsbrücke zwischen dem Grundgesetz und einer nach Art. 146 a.F. beschlossenen Verfassung her: Wird im Zuge der Wiederherstellung der Einheit Deutschlands eine neue Verfassung beschlossen, so soll nach dieser Auffassung dieser Akt aus der Sicht des Grundgesetzes als legitim gelten: Nach Art. 146 a.F. „verliert“ das Grundgesetz „seine Gültigkeit“, d.h. es gibt für diesen Fall selbst seinen Geltungsanspruch auf.

Aus der Sicht der Theorie der Verfassungsgebung ist der zweiten Auslegung des Art. 146 a.F. der Vorzug zu geben. Durch diese Vorschrift hat der Verfassungsgeber des Grundgesetzes zum Ausdruck gebracht, daß die errichtete Verfassungsordnung im Hinblick auf eine mögliche Wiedervereinigung vorläufig sein sollte. Für den Fall der Wiedervereinigung sollten die Staatsorgane nicht mehr an das Grundgesetz gebunden sein – nicht zuletzt um zu verhindern, daß das Grundgesetz zu einem Hindernis für die Wiedervereinigung wird. Diese Zurücknahme des Geltungsanspruchs des Grundgesetzes gilt nicht nur für die Zeit nach Beschluß einer neuen Verfassung, sondern, und dies ist die eigentlich wichtige normative Bedeutung des Art. 146 a.F., schon für die *Vorbereitung* dieses Aktes der Verfassungsgebung. Denn eine Beteiligung von Staatsorganen an einer Verfassungsgebung im Verfassungsstaat (um eine solche handelt es sich hier nach der in dieser Arbeit verwendeten Terminologie) ist, wie schon oben festgestellt wurde, aus der Sicht der Theorie der Verfassungsgebung zwar nicht schlechthin unzulässig, aber im Hinblick auf ihre Legitimität problematisch: Es stellt eine Gefährdung der Freiheits-sicherung dar, wenn Staatsorgane an der Aufhebung eines Normenkomplexes beteiligt sind, dessen freiheitssichernder Zweck gerade darin liegt, sie, die Staatsorgane, zu binden. Art. 146 a.F. räumte von vornherein solche Legitimitätszweifel für den dort geregelten Fall der Wiedervereinigung aus dem Weg: Die Vorbereitung der Wiedervereinigung sollte für die Staatsorgane (die nach der Präambel im übrigen zur Ermöglichung der Wiedervereinigung verpflichtet waren)⁹⁶⁹ legitim sein.

Angesichts dieser Verknüpfung des Art. 146 a.F. mit der Wiederherstellung der Einheit Deutschlands ist der Regelungsinhalt der *Neufassung* dieser Vorschrift nicht ohne weiteres klar.⁹⁷⁰ Denn inzwischen ist die Wiedervereinigung erfolgt; darauf wird in Art. 146 n.F. sogar ausdrücklich hingewiesen. Sollte sich der Regelungsinhalt durch die

966 So auch etwa J. Isensee, HStR § 166 Rn. 32 ff.

967 Vgl. K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 72 ff. m.w.N.

968 Dazu H. Dreier, Art. 146 Rn. 36.

969 BVerfGE 36, 1 – Wiedervereinigung.

970 Zu den verschiedenen Ansichten, die dazu vertreten werden, vgl. im einzelnen H. Dreier, Art. 146 Rn. 29 ff.; J. Isensee, HStR § 166 Rn. 53 ff.; M. Heckel, HStR § 197 Rn. 86 ff. Zur Auslegung der Neufassung vgl. auch H. Hofmann, Zur Verfassungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland, S. 158 ff.; K. Merkel, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes, S. 87 ff.

Neufassung nicht geändert haben – und dafür spricht eben die weitgehende Identität des Wortlauts – dann bleibt für Art. 146 n.F. kein Anwendungsraum mehr; der einzige Fall, in dem Art. 146 Anwendung finden konnte, ist schon eingetreten und wird in der Zukunft nicht mehr eintreten. Man kann hier zwar das Argument einwerfen, die durch Art. 146 gegebene Möglichkeit zur Verfassungsgebung sei noch nicht „verbraucht“, weil die Einheit Deutschlands im Wege des Beitritts der DDR nach Art. 23 a.F. wiederhergestellt wurde, ohne daß eine Verfassungsgebung nach Art. 146 a.F. stattgefunden hat.⁹⁷¹ Eine nachträgliche Anwendung⁹⁷² des Art. 146 (n.F.) aus Anlaß der erfolgten Wiedervereinigung wäre dann aber, wenn überhaupt, nur in einem engen sachlichen und auch zeitlichen Zusammenhang mit dieser Wiedervereinigung möglich – andernfalls ginge der Bedingungszusammenhang zwischen der Verfassungsgebung nach Art. 146 und der Wiedervereinigung verloren. Dieser Zusammenhang ist zumindest in zeitlicher Hinsicht inzwischen wohl nicht mehr gegeben.⁹⁷³ Um zu diesem Ergebnis zu kommen, bedarf es nicht der Annahme, Art. 23 a.F. und Art. 146 a.F. hätten sich gegenseitig ausgeschlossen, so daß die Wiedervereinigung nur entweder nach Art. 23 oder nach Art. 146 hätte erfolgen können; in einem solchen Ausschließlichkeitsverhältnis standen die beiden Vorschriften in der Tat wohl nicht.⁹⁷⁴

Soll also Art. 146 n.F. mangels Anwendungsfall nicht leerlaufen, so müßte er einen anderen Regelungsinhalt als die ursprüngliche Fassung haben. Nach seinem Wortlaut kann Art. 146 n.F. auch so ausgelegt werden, daß die Möglichkeit zur Verfassungsgebung im Verfassungsstaat nun auch *unabhängig vom Fall der Wiedervereinigung* bestehen soll.⁹⁷⁵ Ist das nicht bloß deklaratorisch gemeint, dann bedeutet diese Ausle-

971 Diese Ansicht vertritt offenbar C. Enders, *Offene Staatlichkeit unter Souveränitätsvorbehalt*, S. 44 ff., und hält Art. 146 GG (dessen Regelungsgehalt nach seiner Ansicht wegen Art. 79 III GG durch die Neufassung nicht wesentlich geändert werden konnte) für ein geeignetes rechtliches Instrument, um die nach seiner Ansicht die europäische Integration hindernden Fesseln des Art. 79 III im Rahmen einer Verfassungsgebung abzustreifen. Dabei bleibt Enders aber eine überzeugende Erklärung für den Zusammenhang einer solchen Verfassungsgebung mit der Wiedervereinigung Deutschlands schuldig; denn nur für *diesen* Fall läßt Art. 146 a.F. (auf den sich Enders letztlich beruft) eine Verfassungsgebung zu. – Auch H. Moelle vertritt die Ansicht, daß die Möglichkeit der legalen Verfassungsgebung nach Art. 146 (n.F.) nach der Wiedervereinigung zeitlich unbefristet fortbestehe: H. Moelle, *Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz*, S. 196 f.; ebenso H. Dreier, Art. 146 Rn. 29 ff. Aber: Eine *unbegrenzte* Weitergeltung des Ablösungsvorbehalts des Art. 146 würde den konditionalen Zusammenhang mit der Wiedervereinigung, der ja unzweifelhaft bestand, letztlich lösen: Hundert Jahre nach der Wiedervereinigung ließe sich eine Verfassungsgebung nach Art. 146 wohl kaum mit dem Hinweis auf das längst vergangene Ereignis rechtfertigen.

972 Das ist die sog. „Draufsatteltheorie“; dazu J. Isensee, *HStR* § 166 Rn. 28.

973 Dazu H. Hofmann, *Zur Verfassungsentwicklung in der Bundesrepublik Deutschland*, S. 160 (m.w.N.); a.A. H. Dreier, Art. 146 Rn. 35.

974 So aber J. Isensee, *HStR* § 166 Rn. 26.; dazu wie hier ablehnend H. Dreier, Art. 146 Rn. 30.

975 Für diese Auslegung H. Moelle, *Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz*, S. 196 f. Moelle argumentiert mit dem Wortlaut des Art. 146 n.F., der keinen Hinweis auf eine zeitliche Beschränkung enthalte, sowie mit dem Hinweis darauf, daß Art. 146 a.F. (und auch n.F.) die Möglichkeit offenhalten wolle, den vorläufigen Charakter bzw. den Legitimationsmangel des Grundgesetzes zu beseitigen. Weiterhin sei die zeitliche Grenze des Art. 5 des Einigungsvertrages (der eine Frist von zwei Jahren für die Befassung mit den Fragen des Art. 146 vorsah) verfassungsrechtlich unerheblich; außerdem sei der verfassungsändernde Gesetzgeber nicht befugt, dem ursprünglich unbefristeten Art. 146 a.F. nun eine Befristung beizufügen – dazu sei nur der *pouvoir constituant* befugt.

gung, daß das Grundgesetz seinen eigenen Geltungsanspruch gegenüber den Staatsorganen immer dann zurücknimmt, wenn eine Verfassungsgebung im Verfassungsstaat stattfindet. Jeder Akt der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat – und damit auch dessen Vorbereitung durch die Staatsorgane – erscheint dann aus der Sicht des Grundgesetzes als legitim; dabei trifft Art. 146 n.F. keinerlei Festlegungen bezüglich des Inhalts oder des Verfahrens einer solchen Verfassungsgebung. Das Grundgesetz könnte jederzeit in einem beliebigen (demokratischen) Verfahren durch eine andere Verfassung ersetzt werden; die Staatsorgane dürften ein solches Verfahren legitimerweise vorbereiten und durchführen. Dabei wären keine erhöhten Anforderungen etwa bezüglich des Prinzips der kollektiven Autonomie zu beachten, also keine besonderen Mehrheiten, Quoren o.ä.; eine „freie Entscheidung“ würde genügen, also z.B. ein demokratischer Beschluß mit einfacher Mehrheit.⁹⁷⁶

Hätte Art. 146 n.F. einen solchen Regelungsinhalt, so wäre dadurch das im Grundgesetz eingerichtete System der Freiheitssicherung erheblich geschwächt. Der absolute

Zu der Argumentation Moelles ist folgendes zu sagen: Der Anlaß für eine Anwendung des Art. 146 a.F. sollte nach ganz überwiegender Meinung die Wiedervereinigung sein. Art. 146 a.F. hatte vor allem den Zweck, den Weg zur Wiedervereinigung verfassungsrechtlich offenzuhalten: das Grundgesetz sollte kein Hindernis auf diesem Weg sein; Art. 146 a.F. hob den vorläufigen Charakter des Grundgesetzes hervor, um die Wiedervereinigung zu ermöglichen. Zwar wurden auch die Souveränitätsbeschränkungen und die „Verfahrensmängel“ bei der Schaffung des Grundgesetzes als legitimatorischer Mangel empfunden (wobei die „Verfahrensmängel“ von deutscher Seite beabsichtigt waren, um den *im Hinblick auf die Wiedervereinigung* vorläufigen Charakter des Grundgesetzes hervorzuheben). Das ändert aber nichts daran, daß Art. 146 a.F. allein an die Wiedervereinigung anknüpfte; eine Anwendung des Art. 146 a.F. etwa schon aus Anlaß einer Erlangung der vollen Souveränität der Bundesrepublik vor der Wiedervereinigung wäre nicht möglich gewesen, wie Moelle selbst feststellt (ebda. S. 54 f.). Der Zweck des Art. 146 a.F., die Wiedervereinigung zu ermöglichen, ist nun erreicht, ohne daß Art. 146 a.F. angewendet wurde. Damit ist der als die Bindung der gesamten Verfassung lockernde Ausnahmenvorschrift sehr eng auszulegende Art. 146 a.F. gegenstandslos geworden. Der verfassungsändernde Gesetzgeber konnte, wie Moelle zu Recht feststellt, nicht über seine Handlungsmöglichkeiten hinausgehen und nicht als *pouvoir constituant* tätig werden. Das bedeutet aber, daß der verfassungsändernde Gesetzgeber die Anwendbarkeit des Art. 146 a.F. nicht *erweitern* konnte. Die Verknüpfung mit der Wiedervereinigung als Anlaß der Verfassungsgebung bleibt bestehen, auch wenn der Wortlaut der Neufassung keinen Hinweis darauf enthält. Und daß Art. 5 EV keinen Verfassungsrang hat, ist zwar richtig; aber diese Regelung gibt immerhin einen Hinweis darauf, in welchem zeitlichen Rahmen vernünftigerweise von einem Zusammenhang mit der Wiedervereinigung ausgegangen werden konnte. – Moelle versucht, die Konsequenzen seiner Ansicht, nämlich die jederzeit ohne besonderen Anlaß bestehende legale Möglichkeit einer Verfassungsgebung ohne Bindung an die Grenzen des Art. 79 III GG, dadurch abzumildern, daß er eine Bindung des Verfassungsgebers an völkerrechtliche Vorgaben postuliert; aus dieser Bindung folge eine Bindung des Verfassungsgebers an inhaltliche Vorgaben, die „bis auf das Fehlen einer Pflicht zur Fortschreibung des föderalistischen Prinzips den in Art. 79 Abs. 3 GG festgehaltenen Grundsätzen“ entsprechen (ebda. S. 69). Diese Argumentation ist unhaltbar: Abgesehen davon, daß Moelle eine Begründung für die behaupteten Auswirkungen der völkerrechtlichen Vertragsbindungen auf die Verfassungsgebung schuldig bleibt (immerhin handelt es sich beim Völkerrecht und der durch Verfassungsgebung erzeugten Verfassungslegitimität um zwei verschiedene normative Kategorien), genügt der kurze Hinweis auf Art. 7 II des Deutschlandvertrages sowie auf das gemeinschaftsrechtliche Gebot der Verfassungshomogenität und die Menschenrechtspakte (S. 68 f.) nicht, um daraus exakt die in Art. 79 III GG festgelegten Änderungsgrenzen (bis auf das föderale Prinzip) zu folgern.

976 Ein *Bundestagsbeschluß* allein würde allerdings wohl nicht genügen, denn der Bundestag wird nicht mit dem Auftrag der Verfassungsgebung gewählt, so daß die Rückkopplung an den Willen der Bürger und Wähler nicht ausreichend gewährleistet wäre.

Geltungsanspruch gegenüber allen Staatsorganen (einschließlich der Gesetzgebung) wäre dahingehend zurückgenommen, daß den Staatsorganen jederzeit und ohne bestimmten Anlaß das legale Mittel der Vorbereitung und Durchführung einer Verfassungsgebung zur Verfügung steht, wenn sie die durch das Grundgesetz errichteten Schranken überschreiten wollen. Die Bindung aller Staatsorgane an das Grundgesetz wäre damit gelockert.

Durch eine solche mit der Neufassung des Art. 146 bewirkte Lockerung wäre das im Grundgesetz normierte System der Freiheitssicherung grundlegend geändert und abgeschwächt; damit wäre die Schwelle des änderungsfesten Verfassungskerns überschritten.⁹⁷⁷ Dies wäre nur durch einen Akt der Verfassungsgebung möglich, nicht im Wege einer Verfassungsänderung nach Art. 79. Der verfassungsändernde Gesetzgeber, der Art. 146 neugefaßt hat, konnte daher eine solche Lockerung (in Gestalt der Ablösung von der Bedingung der Wiedervereinigung) nicht vornehmen – sie lag außerhalb seiner Kompetenz. Das gilt auch dann, wenn man Art. 146 n.F. als Normgrundlage für eine zwar inhaltlich an Art. 79 III, aber verfahrensmäßig nicht an Art. 79 II gebundene „Totalrevision“ versteht;⁹⁷⁸ denn auch über das Verfassungsänderungsverfahren kann der verfassungsändernde Gesetzgeber nach der Theorie der Verfassungsgebung, wie schon festgestellt, nicht selbst verfügen.⁹⁷⁹

Damit scheidet die Auslegung des Art. 146 n.F. als anlaßunabhängige Legitimierung jeder Verfassungsgebung im Verfassungsstaat aus. Es bleibt nur die oben erörterte – und aus der zeitlichen Perspektive des verfassungsändernden Gesetzgebers damals sinnvolle – Auslegung, daß die Möglichkeit eines Aktes der Verfassungsgebung *im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Wiedervereinigung* weiterhin offengehalten werden sollte.⁹⁸⁰ Nachdem dieser Zusammenhang nun nicht mehr besteht, kann Art. 146 n.F. allenfalls noch deklaratorische Bedeutung haben: Er gibt also die – selbstverständliche – Aussage wieder, daß nach einer erfolgreichen Verfassungsgebung im Verfassungsstaat

977 Ob auch die Grenzen des Art. 79 III GG überschritten sind, kann hier offenbleiben. Jedenfalls trifft es nicht zu, daß Art. 146 GG n.F. gerade deswegen als Ermöglichung anlaßunabhängiger Verfassungsgebung auszulegen ist, weil dadurch nur der „bereits in Art. 79 III angelegte“ Rückgriff auf den *pouvoir constituant* ausgestaltet werde (so aber P. M. Huber, Art. 146 Rn. 12 f.). Art. 79 III unterscheidet richtigerweise zwischen verfassungsänderndem Gesetzgeber und Verfassungsgeber; das bedeutet aber keine „Anerkennung“ des Verfassungsgebers im Sinne seiner Legitimation.

978 So M. Heckel, HStR § 197 Rn. 114 ff.; ähnlich H. D. Jarass / B. Pieroth, Grundgesetz, Art. 146 Rn. 3 ff. Etwas abgeschwächt S. Speckmaier, Art. 146 Rn. 22 ff.: Volksabstimmung über einen im Verfahren nach Art. 79 II GG erarbeiteten Entwurf (*ohne* vorherige Änderung des Art. 79 II, durch die ein Verfahren der Volksabstimmung eingeführt würde).

979 Daher kommt auch die Auslegung von S. Speckmaier (s. vorherige Fn.) nicht in Betracht. Das Verfahren der Verfassungsänderung nach Art. 79 II GG sieht keine Volksabstimmung vor, und Art. 146 n.F. kann daran nichts ändern. Im übrigen ist keineswegs klar, daß der „Beschluß des deutschen Volkes“ nach Art. 146 in Form eines Plebiscits ergehen müßte (Speckmaier setzt das offenbar voraus); auch ein repräsentatives Verfahren wäre im Rahmen des Art. 146 a.F. denkbar gewesen.

980 Zur Entstehungsgeschichte vgl. B. Stückrath, Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, S. 97 ff.

das Grundgesetz nicht mehr gilt, hat aber für eine solche Verfassungsgebung keinerlei legitimierende Wirkung.⁹⁸¹

Art. 146 n.F. hat daher auch für die Übertragung von Hoheitsrechten keine eigenständige Bedeutung.⁹⁸² Auf diese Vorschrift kann auch nicht etwa der Beitritt zu einem Europäischen Bundesstaat gestützt werden.⁹⁸³

4. Der änderungsfeste Verfassungskern des Grundgesetzes

Die oben im Zusammenhang mit der Verfassungsänderung entwickelten Überlegungen waren – dort noch ohne Bezug zum Grundgesetz – zu dem Ergebnis gekommen, daß eine Verfassung nach der Theorie der Verfassungsgebung einen Kern enthalten muß, der einem etwaigen in der Verfassung selbst normierten Verfassungsänderungsverfahren entzogen ist.

Auch das Grundgesetz, das seine Legitimität auf den Gedanken der Verfassungsgebung stützt, muß demnach einen änderungsfesten Verfassungskern haben. Zum Teil ist dieser theoretisch begründete Verfassungskern ausdrücklich im oben erörterten Art. 79 III GG normiert. Der Verfassungskern stimmt jedoch nicht notwendig mit der Regelung in Art. 79 III überein; der Schutz des Art. 79 III kann zum Teil über den Verfassungskern hinausgehen, muß ihn aber auch nicht erschöpfen. Im folgenden soll sich die Betrachtung des änderungsfesten Verfassungskerns auf solche Änderungsschranken konzentrieren, die für den hier untersuchten Fall der Übertragung von Hoheitsrechten eine Bedeutung haben.

Anknüpfungspunkt für die Ermittlung des änderungsfesten Verfassungskerns ist vor allem das Legitimitätsprinzip der Freiheitssicherung; daraus ergeben sich z.B. Grenzen

981 So auch i.E. A. v. Campenhausen, Art. 146 Rn. 16 ff. Vgl. zu dieser Ansicht auch H. Moelle, Der Verfassungsbeschluß nach Artikel 146 Grundgesetz, S. 21 f. m.w.N. (Moelle ist allerdings anderer Ansicht: ebda. S. 196 f.). In bezug auf eine Eingliederung in einen Europäischen Bundesstaat durch einen verfassungsgebenden Akt wird die Ansicht von der lediglich deklaratorischen Bedeutung des Art. 146 n.F. auch von M. Kaufmann, Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 417 f. vertreten.

982 A.A. B. Stückrath, Art. 146 GG: Verfassungsablösung zwischen Legalität und Legitimität, S. 251 ff. Stückrath zieht, wie viele andere Autoren, die Möglichkeit nicht einmal in Erwägung, daß Verfassungsgebung im Rahmen der europäischen Integration tatsächlich außerhalb und im Widerspruch zur bestehenden Verfassung erfolgen (und dennoch legitim sein) könnte. Stückrath sieht vielmehr Art. 146 n.F. als „conditio sine qua non für den künftigen europäischen Bundesstaat“; mit Hilfe von Art. 146 sollen die Fesseln des Art. 79 III bei der Bildung eines europäischen Bundesstaates abgeworfen werden; das habe vor allem Bedeutung für den durch Art. 79 III geschützten Föderalismus, der „mit hoher Wahrscheinlichkeit“ nicht in die „zu schaffende Verfassung Europas“ übernommen werde.

983 So aber etwa D. Murswiek, Maastricht und der pouvoir constituant, S. 188 f.; P. M. Huber, Art. 146 Rn. 19; J. Wolf, Die Revision des Grundgesetzes durch Maastricht, S. 600 f. Wolf erblickt in Art. 146 GG sogar ein *Grundrecht* auf Beteiligung an einer Volksabstimmung über den Vertrag von Maastricht. Wie hier dagegen i.E. J. Isensee, HStR § 166 Rn. 68. Isensee stellt allerdings auf die Normierung der Integrationsoffenheit des Grundgesetzes in der Formulierung „gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa“ aus der ursprünglichen Präambel des Grundgesetzes ab; damit sei nicht „Gliedstaat Europas“ gemeint. Ebenfalls gegen eine Aktivierung des Art. 146 GG für den Beitritt zu einem Europäischen Bundesstaat P. Lerche, Europäische Staatlichkeit und die Identität des Grundgesetzes, S. 144 ff.; A. v. Campenhausen, Art. 146 Rn. 22 f.

hinsichtlich der Aufhebung des Grundrechtsschutzes oder der Gewaltenteilung und hinsichtlich grundlegender Änderungen am System freiheitssichernder Regelungen; auch die Revisionsnormen sind als änderungsfest zu betrachten.

Die letztgenannte Grenze, die Änderungsfestigkeit der Revisionsnormen, hat für Kompetenzübertragungen insofern eine Bedeutung, als die Verfassungsvorschriften, die Kompetenzübertragungen ermöglichen, als Revisionsnormen angesehen werden müssen. Denn die Übertragung von Hoheitsrechten stellt, wie schon festgestellt, eine materielle Verfassungsänderung dar. Die ursprüngliche Übertragungsnorm des Grundgesetzes, Art. 24 I, ist also änderungsfest. Genauer gesagt dürfen die durch Art. 24 I eröffneten Übertragungsmöglichkeiten zwar eingeschränkt, aber nicht erweitert werden; eine Einschränkung ist deswegen unproblematisch, weil dadurch der Umfang zulässiger materieller Verfassungsänderungen verringert, die Verfassung also eher stabilisiert und damit die Freiheit besser gesichert wird.⁹⁸⁴ Daher war die Einfügung des Art. 23 n.F. in das Grundgesetz zulässig: Zwar betrifft diese Vorschrift Kompetenzübertragungen und stellt insoweit inhaltlich eine Änderung des vorher allein einschlägigen Art. 24 I dar; aber diese Änderung geschah in Form einer *Einschränkung* der Übertragungsmöglichkeiten – die zusätzlichen formellen und materiellen Voraussetzungen einer Kompetenzübertragung auf die Union waren in Art. 24 I nicht vorgesehen. Unzulässig wäre dagegen eine *Erweiterung* der Kompetenzübertragungsmöglichkeiten gegenüber der – allerdings schon sehr weiten – ursprünglichen Regelung in Art. 24 I.

Während die völlige Aufhebung des Grundrechtsschutzes oder der Gewaltenteilung im Rahmen von Kompetenzübertragungen auf die Gemeinschaften bzw. die Union kaum zu erwarten sind (und im übrigen auch leicht feststellbar wären), stellt der *Schutz des Gesamtsystems der Freiheitssicherung* hier wohl die praktisch bedeutsamste Änderungsgrenze dar.⁹⁸⁵ Diese Grenze läßt sich allerdings kaum umfassend und gleichzeitig

984 Natürlich kann die Einschränkung durch Verfassungsänderung wieder rückgängig gemacht werden, ist also selbst nicht änderungsfest.

985 Das Bundesverfassungsgericht hatte in den beiden Solange-Entscheidungen hinsichtlich des einer Übertragung von Hoheitsrechten nach Art. 24 I GG (Art. 23 n.F. existierte zu dieser Zeit noch nicht) geschützten Bereichs des Grundgesetzes nicht auf Art. 79 III verwiesen, sondern eine solche Übertragung von Hoheitsrechten für unzulässig erklärt, „die die Identität der geltenden Verfassung der Bundesrepublik Deutschland durch Einbruch in die sie konstituierenden Strukturen aufheben würde“ (BVerfGE 37, 271, 279 – Solange I; die Formulierung wird in BVerfGE 73, 339, 375 f. – Solange II wiederholt; das Bundesverfassungsgericht sprach hier zusätzlich vom „Grundgefüge“ der Verfassungsordnung). Weiter heißt es in der Solange I – Entscheidung (BVerfGE 37, 271, 280): „Ein unaufgebbares, zur Verfassungsstruktur des Grundgesetzes gehörendes Essentiale der geltenden Verfassung der Bundesrepublik Deutschland ist der Grundrechtsteil des Grundgesetzes.“ Dabei soll aber nicht jede Änderung des Grundrechtsteils, sondern nur dessen „Relativierung“ ausgeschlossen sein. Vgl. dazu auch P. Kirchhof, HStR § 183 Rn. 59. Auch wenn diese Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts oft lediglich als Umschreibung der Grenzen des Art. 79 III verstanden wurden (maßgeblich von H. Mosler, HStR § 175 Rn. 65 ff.), ist in ihnen doch die Idee eines änderungsfesten Verfassungskerns erkennbar, der unabhängig von Art. 79 III besteht, in erster Linie an die Verfassungsfunktion der Freiheitssicherung anknüpft und sich aus dem Gesamtsystem der Verfassung ergibt. Ähnlich argumentiert auch A. Randelzhofer mit dem „materiellen Verfassungsbegriff“ als absolute Grenze für Übertragungen von Hoheitsrechten nach Art. 24 I (Art. 24 I, Rn. 95 ff.). – Auch H. Dreier nimmt offenbar an, daß Art. 79 III GG selbst kein unüberwindliches Hindernis für eine Fortentwicklung der Europäischen Union zu einem Bundesstaat wäre; der Schutz der Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland liege außerhalb des Regelungsbereichs des Art. 79 III. Viel-

konkret beschreiben. Das System der Freiheitssicherung wird im Grundgesetz – wie in jeder Verfassung – durch die dort vorgesehenen Staatsorgane und die freiheitssichernden Verfassungsnormen gebildet, die für sie gelten; dazu zählen etwa Zuständigkeits- und Verfahrensnormen, aber auch z.B. die Grundrechte. Nicht *jede* Änderung dieser Normen stellt eine Überschreitung der Änderungsschranke dar; es geht vielmehr um das gesamte System, das durch diese Organe und die sie regelnden ineinandergreifenden Normen gebildet wird und vor grundlegenden Änderungen geschützt sein soll.⁹⁸⁶ Ein wesentlicher Bestandteil dieses Systems ist etwa die Machtbalance zwischen verschiedenen Organen; demnach wäre z.B. eine Änderung der Organstruktur, durch die diese Balance deutlich verschoben wird, ebenso unzulässig wie die Abschaffung eines Verfassungsorgans, z.B. des Bundesrates, oder ein weitgehender Entzug seiner Kompetenzen.

Die soeben exemplarisch genannten Grenzen können auch durch Kompetenzübertragungen überschritten werden. So kann ein Organ wesentliche Kompetenzen dadurch verlieren, daß seine Kompetenzen, die es bisher im innerstaatlichen Bereich wahrgenommen hat, nun auf die Union übertragen werden. Das kann in extremen Fällen zur Störung der Balance zwischen den Organen oder zum Bedeutungsverlust und damit zur faktischen Abschaffung eines Organs führen. Auch der effektive Grundrechtsschutz kann verlorengehen, wenn zu umfangreiche Kompetenzen auf eine Union übertragen werden, die selbst keinen ausreichenden Grundrechtsschutz gewährt.⁹⁸⁷ Wo genau die Grenzen liegen, müßte allerdings anhand der jeweils übertragenen Kompetenzen im einzelnen erörtert werden; das würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Abstrakt läßt sich nur sagen, daß die einzelnen Organe, die im Grundgesetz mit Kompetenzen ausgestattet werden, genug von diesen Kompetenzen behalten müssen, um ihre Funktion effektiv im Rahmen des Grundgesetzes und in der vom Grundgesetz vorgesehenen Balance mit anderen Organen wahrnehmen zu können.⁹⁸⁸

mehr sieht Dreier – ähnlich zur hier vertretenen Ansicht – das Problem im „Identitätswechsel der Bundesrepublik Deutschland“, in der „Wesensveränderung der Staatlichkeit“, im „Gegenstandsverlust der staatlichen Bestimmungen“; ein Vorgang mit solchen Konsequenzen bedürfe einer Verfassungsgebung und sei nicht mehr im Rahmen einer Verfassungsänderung möglich: H. Dreier, Art. 79 III Rn. 46; ders., Art. 146 Rn. 16.

986 In bezug auf das Grundgesetz könnte man hier an die vom Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Parteienverbot entwickelte freiheitlich-demokratische Grundordnung denken (vgl. BVerfGE 2, 1, 12 f. – SRP; 5, 85, 140 – KPD). Wegen der unterschiedlichen Zielrichtung (Verhinderung des Mißbrauchs von Parteiprivilegien einerseits, Freiheitssicherung andererseits) läßt sich der Begriff jedoch im hier untersuchten Zusammenhang nicht ohne weiteres übernehmen.

987 Vgl. die entsprechende Regelung in Art. 23 I 1 GG.

988 M. Kaufmann sieht dagegen – unter dem Blickwinkel der Verwirklichung des Demokratieprinzips – im Rahmen des bestehenden Verfassungsrechts und des Art. 79 III GG offenbar erheblich weitergehende Möglichkeiten für die Übertragung von Kompetenzen auf die Union bzw. die Gemeinschaften (Europäische Integration und Demokratieprinzip, S. 420 ff.). Für ihn liegt die Grenze für Kompetenzübertragungen erst bei Sachbereichen mit „funktionaler Zuordnung zum Demokratieprinzip“; dazu zählt er neben den Staatsorganisationsnormen und dem Wahl- und Parteienrecht sowie den demokratiebezogenen Grundrechten auch das Bildungswesen und etwa Bestimmungen über die Gerichtssprache (ebda. S. 424). Diese Beschränkung des übertragungsfesten Kompetenzbereichs auf Normen mit direktem Bezug zu demokratischer Willensbildung resultiert aus einem sehr formalen Verständnis des (für Kaufmann allein durch Art. 79 III GG bestimmten) änderungsfesten Verfas-

Die Grenze des änderungsfesten Verfassungskerns ist jedenfalls dann überschritten, wenn die Kompetenz-Kompetenz oder *Kompetenzhoheit* auf die Gemeinschaften bzw. die Union übergehen sollte. Denn in diesem Fall würde es den Gemeinschaften bzw. der Union freistehen, beliebige bisher von Organen der Mitgliedstaaten wahrgenommene Kompetenzen an sich zu ziehen und nach eigenem Ermessen auszuüben; die verfassungsmäßige Regulierung der Ausübung von Hoheitsgewalt durch das Grundgesetz (und die Verfassungen der anderen Mitgliedstaaten) ginge verloren – das Grundgesetz könnte seine freiheitssichernde Funktion nicht mehr wahrnehmen. Die Übertragung der Kompetenzhoheit wäre daher jedenfalls als Akt der Verfassungsgebung zu qualifizieren und könnte nur als solcher legitimiert werden.

II. Zur Legitimität verfassungswidriger Kompetenzübertragungen als sukzessive Verfassungsgebung

Im vorherigen Abschnitt wurden die Grenzen zulässiger Kompetenzübertragungen nach dem Grundgesetz aufgezeigt; entsprechende Grenzen können sich für die übrigen Mitgliedstaaten aus ihren jeweiligen Verfassungsordnungen ergeben. Verstößt eine Kompetenzübertragung gegen solche verfassungsrechtlichen Grenzen, so ist sie nicht nur verfassungswidrig, sondern selbstverständlich grundsätzlich auch illegitim. Dennoch: Auch eine Verfassungsgebung „im großen Stil“ verstößt schon begrifflich gegen die bestehende Verfassungsordnung, kann sich aber unter besonderen Voraussetzungen als legitim erweisen. Kriterien für diese Legitimität eines verfassungswidrigen Aktes liefert das Prinzipienmodell. Es liegt daher der Gedanke nahe, verfassungswidrige Kompetenzübertragungen als „kleine Akte der Verfassungsgebung“ zu betrachten und deren Legitimität mit Hilfe des Prinzipienmodells zu untersuchen. Dadurch kann die Theorie der Verfassungsgebung über den Fall der Schaffung einer völlig neuen Verfassung z.B. im Rahmen des Zusammenschlusses zu einem Europäischen Bundesstaat hinaus auch für eine fortschreitende Integration in Gestalt einer „sukzessiven Verfassungsgebung“ fruchtbar gemacht werden. Im folgenden sollen dazu einige Überlegungen angestellt werden.

Erfolgt eine Kompetenzübertragung unter Verstoß gegen die geltende Verfassung, so bedeutet dies einen Umbau der Verfassungsordnung, der sich außerhalb der durch die jeweilige mitgliedstaatliche Verfassung selbst vermittelten Legitimität vollzieht. Aus verfassungstheoretischer Sicht ist dies tatsächlich ein Akt der Verfassungsgebung – auch wenn der Umbau nur geringfügig zu sein scheint. Bei der sukzessiven Übertragung von Kompetenzen unter Verstoß gegen eine mitgliedstaatliche Verfassung handelt es sich dann eben um eine Verfassungsgebung in kleinen Schritten – wobei jeder Schritt für sich schon einen Akt der Verfassungsgebung darstellt.⁹⁸⁹

sungskerns und vernachlässigt den Umstand, daß durch allzu umfangreiche Kompetenzübertragungen in verschiedenen materiellen Sachbereichen die Zuständigkeit, Bedeutung und Funktionen der bestehenden Staatsorgane, die nach der Verfassung eigentlich für diese Sachbereiche zuständig wären, ausgehöhlt werden und damit die in der Verfassung vorgesehene Organ- und Verfahrensstruktur immer mehr umgangen wird, so daß letztlich auch durch die bloße Übertragung materieller Sachbereiche der änderungsfeste Verfassungskern verletzt werden kann.

989 Die österreichische Verfassungslehre beschäftigte sich schon länger mit einem ähnlichen Problem – allerdings bezogen auf die schrittweise Verlagerung von Kompetenzen von den Bundesländern auf

Die Charakterisierung einer solchen verfassungswidrigen Kompetenzübertragung als Verfassunggebung verhilft zu den Kriterien, anhand derer die Legitimität dieses Vorgangs beurteilt werden kann. Es handelt sich nämlich um einen Fall der Verfassunggebung im Verfassungsstaat, mit der Besonderheit, daß die maßgeblichen Legitimitätskriterien gleichzeitig auf zwei verschiedene Ebenen bezogen werden müssen: die mitgliedstaatliche und die Europäische Verfassung.

Im einzelnen: Die verfassungswidrige Kompetenzübertragung verletzt das bisherige Freiheitssystem und bedeutet daher, wie jede Verfassunggebung im Verfassungsstaat, eine Gefährdung der Freiheitssicherung. Diese Gefährdung eines der drei Legitimitätsprinzipien kann nur dann hingenommen werden, wenn sie durch eine entsprechend bessere Verwirklichung der Legitimitätsprinzipien in der neuen Verfassungsordnung ausgeglichen wird. An diesem Ausgleich können wiederum alle drei Legitimitätsprinzipien beteiligt sein:

1. Freiheitssicherung

Bis zu einem gewissen Grade ist ein Ausgleich dadurch möglich, daß die Freiheitssicherung in der neuen Verfassungsordnung, in der die verfassungsrechtliche Normierung der übertragenen Kompetenzen auf der europäischen Ebene erfolgt, besser verwirklicht wird als vorher. Es ist allerdings kaum zu erwarten, daß der Kompetenzübergang *allein* durch diesen Aspekt der besseren Freiheitssicherung legitimiert werden kann. Denn zum einen wird die Freiheitssicherung gegenwärtig auf der europäischen Ebene jedenfalls kaum besser verwirklicht als in den Verfassungen der Mitgliedstaaten, so daß eine weitgehende Umgestaltung des Primärrechts erforderlich wäre, um die mitgliedstaatlichen Verfassungen hinsichtlich der Freiheitssicherung zu übertreffen – falls dies überhaupt in nennenswertem Umfang möglich ist; und zum anderen wäre die bessere Verwirklichung der Freiheitssicherung auf der europäischen Ebene, selbst wenn sie gelingen sollte, nicht ohne weiteres ein ausreichendes Argument, um den Kompetenzübergang zu legitimieren: Immerhin wird durch den verfassungswidrigen Kompetenzübergang die betroffene mitgliedstaatliche Verfassung, die ja im übrigen grundsätzlich weite Geltung, als Ganzes in Frage gestellt und damit die Freiheitssicherung, soweit sie durch *diese* Verfassung auch zukünftig zu gewährleisten ist, zusätzlich gefährdet.⁹⁹⁰

den Bund („schleichende Gesamtänderung“); vgl. dazu P. Pernthaler, Der Verfassungskern, S. 70 ff. Richtigerweise betont Pernthaler, daß die Gesamtänderung nicht aus einer bloßen Häufung von für sich genommen jeweils zulässigen Kompetenzverschiebungen besteht, sondern nur in den einzelnen Kompetenzverschiebungen selbst gefunden werden kann, von denen eben eine, mehrere oder alle als (einfache) Verfassungsänderungen unzulässig sind (ebda. S. 73 f.).

990 Auf die besondere Gefährdung der Freiheitssicherung bei der Verfassunggebung im Verfassungsstaat wurde schon früher hingewiesen; dort wurde die Verfassunggebung im Verfassungsstaat in allgemeiner Form als Beseitigung einer Verfassung und ihre Ersetzung durch eine andere behandelt. In dem jetzt erörterten Zusammenhang handelt es sich um einen speziellen Fall der Verfassunggebung im Verfassungsstaat: Die bisherige Verfassung wird nicht komplett beseitigt, sondern nur hinsichtlich der zu übertragenden Kompetenzen; im übrigen gilt sie (im großen und ganzen) weiter. Hier ist die Freiheitsgefährdung in einer Hinsicht schwächer, in anderer Hinsicht stärker als im Fall der vollständigen Verfassungsbeseitigung: Einerseits gilt ja auch während und nach der Verfassunggebung im Verfassungsstaat die bisherige Verfassung mit ihrem System der Freiheitssicherung größtenteils fort, so daß keine ungewisse, völlig unregelte Übergangssituation entsteht; andererseits wird durch

Angesichts dieser Schwierigkeiten ist es sogar möglich, daß die Freiheitssicherung nach dem Kompetenzübergang nicht nur kaum besser, sondern insgesamt *schlechter* verwirklicht wird als vorher. Jedenfalls ist nicht zu erwarten, daß die Freiheitssicherung in der neuen Verfassungsordnung so viel besser verwirklicht wird als in der alten, daß allein dadurch der verfassungswidrige Kompetenzübergang legitimiert werden könnte. Daher ist wohl in jedem Fall ein (zusätzlicher) Ausgleich durch die anderen Legitimitätskriterien (kollektive Autonomie und dauerhafte Konsensfähigkeit) notwendig.

2. Kollektive Autonomie

Das Legitimitätskriterium, das bei der Verfassungsgebung im Verfassungsstaat am besten geeignet ist, die Gefährdung der Freiheitssicherung auszugleichen, ist die kollektive Autonomie. Diese kann im hier betrachteten Fall auf zwei verschiedene Ebenen bezogen werden: einerseits die Bürger des jeweiligen Mitgliedstaates, andererseits die Unionsbürger. Weil die übertragenen Kompetenzen auf der europäischen Ebene ausgeübt werden, kommt es für die Legitimität der neuen Verfassungsordnung jedenfalls darauf an, daß die verfassungsrechtliche Normierung dieser Kompetenzausübung *auf der europäischen Ebene* möglichst gut dem Willen der Betroffenen entspricht; hinsichtlich der übertragenen Kompetenzen findet also ein Wechsel der Bezugsebene der kollektiven Autonomie von den Bürgern der jeweiligen Mitgliedstaaten zu den Unionsbürgern statt.

Allerdings bleiben die mitgliedstaatlichen Verfassungen im übrigen (also abgesehen vom Kompetenzübergang) grundsätzlich bestehen. Die immer noch umfangreichen bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzen werden durch die *mitgliedstaatlichen* Verfassungen normiert und beschränkt; deren Legitimität beruht auf der kollektiven Autonomie auf mitgliedstaatlicher Ebene. Daher müssen entsprechend dem Kriterium der kollektiven Autonomie die mitgliedstaatlichen Verfassungen auch *nach* ihrer durch den Kompetenzübergang bewirkten Umgestaltung möglichst gut dem Willen der Bürger des jeweiligen Mitgliedstaates entsprechen; die Bürger in *allen* Mitgliedstaaten müssen also mit dem Kompetenzübergang soweit wie möglich einverstanden sein.

Der Kompetenzübergang ist daher nur dann legitim, wenn er möglichst gut auch dem Willen der Bürger in allen Mitgliedstaaten entspricht. Auf dieses größtmögliche Einverständnis der Bürger in den Mitgliedstaaten kann nicht verzichtet werden. Es ist also nicht möglich, ein nur mäßiges Einverständnis der Bürger eines bestimmten Mitgliedstaates etwa mit dem Hinweis darauf zu kompensieren, daß die Normierung auf europäischer Ebene in besonders hohem Maße dem Willen der *Gesamtheit der Unionsbürger* entspricht.

Solange die Mitgliedstaaten fortbestehen, kommt es also für die Legitimität eines Kompetenzübergangs auf *beide* Ebenen an: Unverzichtbar ist ein möglichst gutes Einverständnis der Bürger in allen Mitgliedstaaten mit dem Kompetenzübergang; darüber hinaus muß die verfassungsrechtliche Normierung der Kompetenzausübung auf europäischer Ebene möglichst gut dem Willen der Unionsbürger entsprechen.⁹⁹¹ Ein Ausgleich

die teilweise Beseitigung der bisherigen Verfassung deren Legitimität in Zweifel gezogen, wodurch die zukünftige Wirksamkeit ihres Freiheitssicherungssystems verringert werden kann.

991 Dabei kann die europäische Bezugsebene mit der Zeit immer mehr Gewicht bekommen: Je mehr Kompetenzen auf die Gemeinschaften bzw. die Union übergehen, desto größer wird die Bedeutung

der mit der verfassungswidrigen Kompetenzübertragung verbundenen Gefährdung der Freiheitssicherung ist daher nur durch einen besonders hohen Grad an Verwirklichung der kollektiven Autonomie auf *beiden* Ebenen möglich, also durch eine besonders starke und deutliche Willensbildung auf der mitgliedstaatlichen und auf der europäischen Ebene. Dies läßt sich z.B. durch die oben dargestellten Verfahren der einzelstaatlichen (d.h. hier: mitgliedstaatlichen) Willensbildung erreichen.

Dabei ist allerdings zu beachten, daß sich die Willensbildung in aller Deutlichkeit gerade auf einen Akt der *Verfassungsgebung* beziehen muß; es muß klar sein, daß die betreffende Kompetenzübertragung den Rahmen der geltenden Verfassung und die Möglichkeiten zur Verfassungsänderung überschreitet, daß also ihre Legitimität nicht durch die bisherige Verfassung, sondern allein durch den Verfassungsgebungsakt vermittelt wird. Dieser Charakter als Akt der Verfassungsgebung dürfte nur bei wenigen, besonders bedeutsamen Kompetenzübertragungen deutlich hervortreten. In der Regel wird die Frage, ob eine Kompetenzübertragung nach der geltenden Verfassung noch zulässig oder schon unzulässig ist, einer genaueren juristischen Prüfung bedürfen – dann fehlt es aber an der notwendigen Klarheit der Charakterisierung als Verfassungsgebung.

Diese Klarheit ist aber etwa dann gegeben, wenn nicht einzelne Kompetenzen, sondern die *Kompetenzhoheit* übertragen wird. Daß damit der Rahmen der bisher geltenden Verfassung überschritten wird, bedarf keiner eingehenden Prüfung, sondern ist ohne weiteres einsichtig; damit ist der Charakter eines Aktes der Verfassungsgebung hinreichend deutlich. Ähnliches dürfte für die Übertragung eines größeren Bündels an wesentlichen Kompetenzen gelten. Eine weitere Variante ist die Schaffung der Möglichkeit, in Zukunft durch Verfassungsänderung bzw. Übertragungsgesetz erheblich weitergehende Kompetenzen zu übertragen. So könnte etwa eine dem Art. 23 I 2 bzw. 24 I GG entsprechende Regelung in das Grundgesetz aufgenommen werden, die die Übertragung von Hoheitsrechten unter Überschreitung der Grenzen insbesondere des Art. 79 III GG in bestimmten auch wesentlichen Sachbereichen bis hin zur vollständigen Übertragung dieser Sachbereiche ausdrücklich ermöglicht. In jedem Fall sollte ein solcher verfassungsgebender Schritt in einem Verfahren erfolgen, das sich deutlich von der herkömmlichen Gesetzgebung oder Verfassungsänderung absetzt; hier wäre etwa an ein Referendum zu denken.⁹⁹²

3. Dauerhafte Konsensfähigkeit

Wie die kollektive Autonomie bezieht sich auch die dauerhafte Konsensfähigkeit, solange die Mitgliedstaaten fortbestehen, auf beiden Ebenen: Der dauerhafte Konsens

der gemeinschaftsrechtlichen Verfassung für eine legitime Normierung und Beschränkung der Ausübung von Hoheitsgewalt.

992 Solche Akte in den „Formen der verfassungsgebenden Gewalt“ sollen nach S. Oeter (Souveränität und Demokratie als Probleme in der „Verfassungsentwicklung“ der Europäischen Union, S. 689) in der Europäischen Union entbehrlich sein. Oeter verweist auf den „in der Praxis eher unmerklichgleitenden Charakter“ der Etablierung einer europäischen Demokratie und kann sich die Verfassungsgebung in der Europäischen Union eher als „Prozeß schleichender Akkumulation wichtiger Grundentscheidungen im Stil der englischen Verfassungsentwicklung“ vorstellen. Diese Sichtweise mag zwar der bisherigen Praxis entsprechen; jedoch ist eine solche schleichend akkumulierte Verfassung kaum in der Lage, Legitimität durch Verfassungsgebung zu vermitteln.

muß sowohl bei den Bürgern der einzelnen Mitgliedstaaten, als auch bei der Gesamtheit der Unionsbürger als möglich erscheinen. Bei der Übertragung von Kompetenzen muß die dauerhafte Konsensfähigkeit im Hinblick auf eben diese Kompetenzübertragung selbst verlangt werden: Es muß ein dauerhafter Konsens auf beiden Ebenen über das Verbleiben der übertragenen Kompetenzen auf der europäischen Ebene als möglich erscheinen. Eine Kompetenzübertragung allein zum Zwecke der Bewältigung kurzzeitig auftretender Probleme würde daher gegen das Prinzip der dauerhaften Konsensfähigkeit verstoßen.

4. Ergebnis

Eine Übertragung von Kompetenzen auf die Gemeinschaften bzw. die Union, die gegen eine mitgliedstaatliche Verfassung verstößt, erscheint als legitimer Schritt sukzessiver Verfassungsgebung, wenn die Legitimitätsprinzipien bei und nach der Kompetenzübertragung in besonders hohem Maße verwirklicht werden. Das kann in erster Linie vom Prinzip der kollektiven Autonomie erwartet werden. Gelingt durch eine geeignete Ausgestaltung des Verfahrens eine besonders deutliche verfassungsgebende Willensbildung der Bürger sowohl auf mitgliedstaatlicher als auch auf europäischer Ebene, so kann dadurch die mit dem Verfassungsbruch verbundene Freiheitsgefährdung ausgeglichen und so die verfassungswidrige Kompetenzübertragung legitimiert werden.