

Einleitung

A. Problemstellung

Hoheitsgewalt ist nur dann legitim, wenn sie im Rahmen einer legitimen Verfassung ausgeübt wird; eine Verfassung wiederum wird durch Verfassungsgebung legitimiert. Seit den Revolutionen in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts in Nordamerika und Frankreich hat dieser Gedanke weithin Gültigkeit. Zuletzt zeigte sich seine allgemeine Anerkennung etwa in den Verfassungsgebungen der neunziger Jahre in den osteuropäischen Staaten¹ und in den neuen Bundesländern des vereinigten Deutschland.² Mittlerweile wird diese Art der Legitimitätsbegründung auch für die Europäische Union in Anspruch genommen: Der seit dem Frühjahr 2002 aufgrund der „Erklärung von Laeken“³ tagende Konvent entwirft eine Europäische Verfassung⁴, durch die die Legitimität europäischer Hoheitsgewalt gesteigert werden soll.

Doch die Legitimation durch Verfassungsgebung stellt nur in bezug auf *staatliche* Hoheitsgewalt ein nahezu unangefochtenes Argumentationsmuster dar. Die Möglichkeit der Verfassungsgebung auf europäischer, supranationaler, also *nichtstaatlicher* Ebene ist dagegen heftig umstritten.⁵ Von den einen wird sie abgelehnt, weil die Europäische Union kein souveräner Staat sei, weil es an einer souveränen verfassungsgebenden Gewalt in Gestalt eines homogenen Europäischen Volkes fehle, weil Verfassungsgebung nicht durch einen Vertrag zwischen Staaten erfolgen könne oder auch weil sie befürchten, die EU könnte durch die Verfassungsgebung zu einem souveränen Staat werden, so daß die Mitgliedstaaten damit ihre Souveränität verlören.⁶ Die anderen halten Verfassungsgebung auf europäischer Ebene dagegen für möglich (und sehen oft schon in den Gründungsverträgen einen bereits erfolgten Akt der Verfassungsgebung), weil sie zumindest große Ähnlichkeiten zwischen der Union und einem herkömmlichen Staat zu erkennen meinen⁷ oder weil sie staatliche Strukturen nicht als eine notwendige Voraussetzung der Verfassungsgebung ansehen. Manche streben eine europäische Verfassungsgebung an, um die Union gegenüber den Mitgliedstaaten zumindest symbolisch zu stärken – was

-
- 1 Vgl. dazu etwa H. Roggemann, Verfassungsentwicklung und Verfassungsrecht in Osteuropa.
 - 2 Vgl. dazu S. Storr, Verfassungsgebung in den Ländern – Zur Verfassungsgebung unter den Rahmenbedingungen des Grundgesetzes –, U. Sacksofsky, Landesverfassungen und Grundgesetz – am Beispiel der Verfassungen der neuen Bundesländer; M. Sachs, Landesverfassungen im Rahmen der bundesstaatlichen Rechts- und Verfassungsordnung; H. J. Boehl, Verfassungsgebung im Bundesstaat, insb. S. 164 ff.
 - 3 Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union, abgedruckt in EuGRZ 2001, S. 662-665. Die Erklärung wurde vom Europäischen Rat am 14./15. Dezember 2001 angenommen.
 - 4 Vgl. zu Begriff und Problemen einer Europäischen Verfassung jetzt die umfassenden Monographien von T. Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß, und A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, sowie die Beiträge in dem Sammelband: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht.
 - 5 Zu dieser Diskussion näher unten im Zweiten Teil, B.
 - 6 Mit dieser Tendenz etwa jüngst wieder P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund.
 - 7 So etwa M. Zuleeg, Art. 23 Rn. 5, 15, 17 f.; vgl. auch ders., Die Vorzüge der Europäischen Verfassung.

auf der anderen Seite manche Gegner einer solchen Verfassungsgebung in ihrer Furcht vor einer Staatswerdung der EU bestätigt.

Kaum zu bestreiten ist freilich, daß in Europa heute ein beträchtlicher Teil der Hoheitsgewalt auf supranationaler Ebene ausgeübt wird. Die jahrhundertlang festgefügte Welt der Nationalstaaten hat sich gewandelt und geöffnet: Das besondere Verhältnis zwischen Bürger und Staat, in dem der Staat gegenüber seinen Bürgern Hoheitsgewalt ausübt und gleichzeitig ihr Zusammenleben umfassend fördert und sie vor äußeren Feinden schützt, verliert vor allem in Europa an Bedeutung; viele vormals exklusive Staatsaufgaben übernehmen die Union bzw. die Europäischen Gemeinschaften. Die Tendenz zur „offenen Staatlichkeit“⁸ ist angesichts der Tatsache, daß die Nationalstaaten wegen ihrer vielfältigen gegenseitigen Abhängigkeit ihre Aufgaben kaum noch alleine bewältigen können, weltweit; mit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften und später der Europäischen Union wurde jedoch eine Einrichtung geschaffen, die hinsichtlich des Grades an Integration bisher einzigartig ist. Keine andere staatenübergreifende Einrichtung verfügt in einem solchen Umfang über direkte Hoheitsgewalt gegenüber Bürgern und hat so vielfältige Aufgaben zu bewältigen. Das Bundesverfassungsgericht hat hierfür zu Recht die besondere Bezeichnung „Staatenverbund“ (im Unterschied zu Staatenbund bzw. Bundesstaat) gewählt,⁹ und auch das besondere Attribut „supranational“ (im Unterschied zu international bzw. national) ist berechtigt.¹⁰

Auch diese supranationale Hoheitsgewalt bedarf der Legitimation; sie muß also im Rahmen einer Verfassung ausgeübt werden, die ihre Legitimität wiederum aus Verfassungsgebung bezieht. Als Bezugspunkt für diese Legitimation werden hier von „staatsorientierten“ Autoren in erster Linie die Verfassungen der Mitgliedstaaten genannt: Die Übertragung von Hoheitsrechten auf die Gemeinschaften bzw. die Union sei nach den Regeln der jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassungen erfolgt und könne nicht über die dort gesetzten Grenzen hinaus gehen, weshalb diese Hoheitsrechte auch nach der Übertragung teilweise – vor allem hinsichtlich der Überschreitung gewisser Grenzen bei Grundrechtsbeeinträchtigungen – dem Regime dieser Verfassungen unterstünden.

Dieses Konzept wird aber der Tatsache nicht gerecht, daß die Ausübung von Hoheitsgewalt durch die EU nicht alleine durch die Verfassungen der Mitgliedstaaten reguliert und damit legitimiert wird, sondern sich bis zu einem gewissen Grade verselbständigt hat. Die Gründungsverträge sind keine gewöhnlichen völkerrechtlichen Verträge, deren Bedeutung sich in einer rein völkerrechtlichen Verpflichtung erschöpft und die einer detaillierten Umsetzung in innerstaatliches Recht bedürfen, um gegenüber den Bürgern wirksam zu werden; sie bilden vielmehr die Grundlage für eine sich entfaltende

8 Vgl. dazu die umfangreiche Untersuchung von S. Hobe, *Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz*.

9 In der „Maastricht-“ Entscheidung: BVerfGE 89, 155, 181. Die Kritik an diesem Begriff (vgl. H. P. Ipsen, *Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil*, S. 8 f.), die auf die Nähe zu Begriffen aus Technik und Wirtschaft hinweist, mag zwar in ästhetischer Hinsicht berechtigt sein, und vielleicht wäre eine andere Bezeichnung treffender; dennoch ist die Wahl eines besonderen, noch nicht gebräuchlichen Begriffes zu begrüßen.

10 Vgl. A. v. Bogdandy, *Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus: Entstaatlichung und Vergemeinschaftung in staatsrechtlicher Perspektive. Zu Bedeutung und Entstehung des Begriffs „supranational“* vgl. H. Mosler, *HStR* § 175 Rn. 17 ff.

autonome Rechtsordnung, die einerseits unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten hat, andererseits aber nicht mehr unter der direkten Kontrolle der mitgliedstaatlichen Verfassungen steht.

Die Problematik dieser Situation nimmt zu, je mehr Kompetenzen und Hoheitsrechte auf die EU übergehen: Die Legitimität der Ausübung von Hoheitsgewalt durch die EU kann nicht mehr in befriedigendem Umfang durch die nationalen Verfassungen vermittelt werden, und solange die europäische Einigung nicht einen souveränen Europäischen Bundesstaat hervorbringt (dessen Staatsverfassung dann eine unbestrittene Legitimitätsquelle wäre), fehlt es in der staatsorientierten Sichtweise zumindest für zukünftig erweiterte Kompetenzen der EU (wenn nicht schon für den gegenwärtigen Kompetenzbestand) an einer ausreichenden Legitimation.

Aber auch eine „europaorientierte“ Sichtweise vermag keine ausreichende Legitimitätsbegründung zu liefern, wenn sie nicht die spezifisch legitimitätsstiftende Funktion der Verfassungsgebung thematisiert. Europäische Hoheitsgewalt kann nicht alleine mit dem Hinweis darauf legitimiert werden, daß in Gestalt des geltenden Primärrechts oder eines neu zu schaffenden „Verfassungsvertrages“ ein Normenkomplex vorhanden ist, der an der Spitze der Rechtsordnung der Gemeinschaften bzw. der Union steht und daher „Verfassung“ genannt werden kann. Eine Verfassung vermittelt Legitimität nämlich nicht allein wegen ihres formalen Zuhöchstseins; vielmehr kann sie Hoheitsgewalt nur in dem Maße legitimieren, wie sie die Zwecke der Verfassungsgebung erfüllt.

Es fragt sich daher, ob die bisher im wesentlichen auf den Staat bezogene Theorie der Legitimation durch Verfassungsgebung nicht doch auch im europäischen Kontext angewandt werden kann, ob nicht sogar eine einheitliche Theorie der Legitimation staatlicher und supranationaler Hoheitsgewalt durch Verfassungsgebung formuliert werden kann.

Ein wesentliches Hindernis auf dem Weg zu einer solchen einheitlichen Theorie der Verfassungsgebung ist die herkömmliche Lehre der verfassungsgebenden Gewalt. Verfassungsgebung kann nach dieser Lehre nur durch ein bestimmtes Subjekt erfolgen, nämlich ein souveränes, homogenes (Staats-) Volk. An einem solchen fehlt es offensichtlich bisher auf europäischer Ebene. Legitimation durch Verfassungsgebung kann nach dieser Lehre auf europäischer Ebene nicht stattfinden – weder für das geltende Primärrecht noch für die Verfassung eines möglichen zukünftigen Europäischen Bundesstaates.

Die herkömmliche Lehre der verfassungsgebenden Gewalt bringt besonders für die mögliche Entstehung eines künftigen Europäischen Bundesstaates noch ein weiteres Problem mit sich: Selbst wenn man die Möglichkeit der Verfassungsgebung auf europäischer Ebene für sich genommen anerkennt, so fragt sich, ob nach dieser Lehre nicht die bisherigen Staatsverfassungen der Mitgliedstaaten der Schaffung einer Bundesverfassung entgegenstehen; schließlich werden diese Verfassungen in ihrer bisherigen Funktion im Zuge der Bundesverfassungsgebung beseitigt. Ein ähnliches Problem kann sich auch staatsintern, unabhängig vom europäischen Kontext ergeben: Darf eine bestehende Verfassung einmütig durch eine andere ersetzt werden, obwohl keine Revolution und kein politischer Zusammenbruch den Anlaß dafür geben? In der politischen Praxis würde sich das Problem zunächst in Gestalt der Frage stellen, ob überhaupt die Vorbereitung eines Aktes der Verfassungsgebung legitim wäre. Solche Vorbereitungen richten sich dann ja gegen die geltende Verfassung und untergraben damit deren Legitimität,

die auf einen früheren Akt der Verfassungsgebung zurückgeführt wird. Das führt zum Widerspruch zwischen zwei unterschiedlichen Legitimitätsbegründungen, nämlich dem früheren und dem neuen, geplanten Akt der Verfassungsgebung. Dieser Widerspruch stellt eigentlich ein altes Problem der Theorie der verfassungsgebenden Gewalt dar, das im europäischen Kontext aber aktuelle Bedeutung erlangen könnte. Die bisherigen Lösungsversuche geben meistens einfach einer der beiden Alternativen den Vorrang. Die Theorie Carl Schmitts etwa betont, daß die verfassungsgebende Gewalt permanent vorhanden sei und jederzeit eine neue verfassungsgebende Entscheidung treffen könne; sie gibt bei der Legitimitätsbegründung dem neuen Akt der Verfassungsgebung immer den Vorrang vor dem früheren. Diese Argumentation birgt allerdings die Gefahr, daß mit ihrer Hilfe die Beseitigung einer geltenden Verfassung allzu leicht legitimiert werden könnte; sie ist kaum mit der Vorstellung eines rechtsstaatlichen Verfassungsstaates vereinbar. Die (sehr dezidiert von Martin Kriele vertretene) Gegenansicht bestreitet daher die Permanenz der verfassungsgebenden Gewalt; sie führt die Legitimität einer Verfassung einzig auf den früheren Akt der Verfassungsgebung zurück und verurteilt das Subjekt der verfassungsgebenden Gewalt im Verfassungsstaat zum Schweigen. D. Murswiek geht in dieser Hinsicht noch einen Schritt weiter, wenn er die Staatsorgane für verpflichtet hält, „gegen jeden Versuch des Volkes, seinen verfassungsgebenden Willen zu betätigen, ein(zu)schreiten.“¹¹ Diese Ansicht hat aber im Hinblick auf die europäische Integration eine geradezu absurde Konsequenz: Solange das Grundgesetz (oder die Verfassung eines anderen Mitgliedstaates) gilt, wäre eine Verfassungsgebung und damit auch die Vorbereitung einer Verfassungsgebung illegitim und damit ausgeschlossen – sie wäre eine Revolution.¹² Selbst wenn *alle* Bürger die Verfassung z.B. anlässlich der Gründung eines Europäischen Bundesstaates aufheben oder sie auch nur im Rahmen weiterer Integrations Schritte über den verfassungsrechtlich zulässigen Umfang hinaus ändern wollten, dürften sie nichts tun bzw. müßten von den Staatsorganen an solchem Tun gehindert werden – sie müßten abwarten, bis die bisherige Verfassungsordnung gewissermaßen von selbst zusammenbricht, um danach legitimerweise gegebenenfalls eine neue Verfassung beschließen zu können. Die aktive Förderung und Vorbereitung eines Aktes der Verfassungsgebung wäre jedenfalls nicht legitim; die Theorie der verfassungsgebenden Gewalt wirkt hier *delegitimierend*. Keine dieser Lösungen führt also zu einem befriedigenden Ergebnis; der Widerspruch zwischen den Legitimitätsbegründungen durch den früheren und durch den neuen Akt der Verfassungsgebung muß auf andere Weise aufgelöst werden.

Die herkömmliche Theorie von der verfassungsgebenden Gewalt des souveränen, homogenen Volkes kann also kaum zur Legitimation europäischer Hoheitsgewalt herangezogen werden; diese Theorie kann weder auf das geltende Primärrecht noch auf eine zukünftige Europäische Bundesverfassung angewendet werden. Damit stellt sich die Frage nach der Brauchbarkeit dieser herkömmlichen Theorie. Ist sie vielleicht zu

11 D. Murswiek, Die verfassungsgebende Gewalt nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, S. 243. – Murswiek unterstützt dabei keineswegs Krieles Ansatz (vgl. seine Kritik an Kriele ebd. S. 197 ff.); aber seine Konstruktion führt hier zum gleichen Ergebnis wie bei Kriele.

12 So etwa U. Fink, Garantiert das Grundgesetz die Staatlichkeit der Bundesrepublik Deutschland?, S. 141.

eng gefaßt, zu sehr auf den revolutionären Kontext bezogen, in dem sie entstanden ist?¹³ Von einer europäischen Revolution kann sicher keine Rede sein. Aber ist die Vorstellung von Legitimation, die der Verfassungsgebung zugrunde liegt, wirklich notwendig mit Umsturz, Neuanfang und Bindungslosigkeit des Verfassungsgebers verbunden? Auch mit der herkömmlichen Theorie der Verfassungsgebung soll ja nicht die Revolution, sondern die in den darauf folgenden ruhigeren Zeiten geltende Verfassung legitimiert werden. Muß einer Verfassungsordnung, die durch allmähliche Entwicklung und in geordnetem Rahmen entsteht, die Legitimation nur deswegen versagt werden, weil keine Revolution stattgefunden hat? Es liegt nahe, die Theorie der Verfassungsgebung kritisch zu untersuchen und neu zu formulieren, so daß sie auch für Fragen der Legitimation europäischer Hoheitsgewalt fruchtbar gemacht werden kann.

B. Lösungsansatz

Die Kritik setzt bei der Theorie der verfassungsgebenden Gewalt an.

Nach den herkömmlichen Formulierungen dieser Theorie ist eine Verfassung dann legitim, wenn sie auf einen Akt der verfassungsgebenden Gewalt zurückgeht; die verfassungsgebende Gewalt ist dabei das „Volk“ (oder, in anderer Terminologie: die verfassungsgebende Gewalt kommt dem „Volk“ als dem bei der Verfassungsgebung handelnden Subjekt zu). Im Mittelpunkt dieser Betrachtungsweise steht also ein handelndes Subjekt, das (Staats-) „Volk“, und eine bestimmte Handlung dieses Subjekts, der Akt der Verfassungsgebung. Diese Betrachtungsweise soll im folgenden „*urheberorientiert*“ heißen. Üblicherweise werden dem Subjekt und seiner Handlung bestimmte Eigenschaften zugeschrieben – in manchmal fast theologischer Diktion¹⁴: Vor allem bildet es eine Einheit und hat unbeschränkte Macht; im Hinblick auf den Akt der Verfassungsgebung ist es völlig frei in der Verfahrensweise und in der inhaltlichen Gestaltung der Verfassung: Das verfassungsgebende Subjekt ist *souverän*. Charakteristisch für die urheberorientierte Betrachtungsweise ist auch die Verwendung *binärer Begrifflichkeiten*: Staat, Volk, Akt der Verfassungsgebung sind Begriffe, deren Voraussetzungen nach dem herkömmlichen Begriffsverständnis entweder vorliegen

13 Vgl. etwa C. Möllers, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, S. 4 ff., 9 ff. Möllers erkennt uneingeschränkte Normativität nur für revolutionär entstandene, „herrschaftsbegründende“ Verfassungen an (und verbindet dies mit dem „Konzept der verfassungsgebenden Gewalt“); nicht-revolutionär entstandene Verfassungen können für ihn allenfalls bestehende Herrschaftsstrukturen verrechtlichen und haben eine „eingeschränkte Normativität“. Gerade die Normativität ist aber eine wesentliche legitimierende Verfassungsfunktion, deren Anwendung nicht auf revolutionär entstandene Herrschaftsordnungen beschränkt sein sollte. Das meint wohl auch Möllers, wenn er einen „normativen Eigenwert“ für den Begriff der Verfassung auf europäischer Ebene fordert. Dieser kann nach seiner Darstellung offenbar allerdings mangels „einer demokratischen Gründungslegende wie in Frankreich“ nicht die Qualität einer staatlichen Verfassung erreichen (ebda. S. 29). Die begriffliche Verbindung zwischen der Legitimationsfähigkeit der Verfassung und ihrem revolutionären Ursprung wird auch deutlich bei U. Haltern, Gestalt und Finalität, S. 815 ff.

14 Entsprechende Formulierungen für die verfassungsgebende Gewalt und ihre Eigenschaften finden sich vor allem bei Carl Schmitt: „natura naturans“, „Urkraft alles staatlichen Wesens“, „unendliche(r), unfaßbare(r) Abgrund“, „unbeschränkte(r) und unbeschränkbare(r) Inhaber der jura dominationis“, um nur einige Beispiele zu nennen (Die Diktatur, S. 140, 142 f.). Im Anschluß an Schmitt schreibt auch E.-W. Böckenförde dem Volk als verfassungsgebende Gewalt entsprechende der Theologie entlehnte Attribute zu: „potestas constituens, norma normans, creatio ex nihilo“ (Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzkonzept des Verfassungsrechts, S. 12).

kömmlichen Begriffsverständnis entweder vorliegen oder nicht – tertium non datur. Eine legitime Verfassung kann nur durch einen Akt der Verfassungsgebung geschaffen werden, und zwar durch ein Volk in einem Staat. Die Frage nach der Legitimität einer Verfassung wird auf diese Weise zum Streit um Begriffe: Ist die betreffende organisatorische Einheit ein Staat? Gibt es ein Volk? Liegt ein Akt der Verfassungsgebung vor?

Es besteht nun die Vermutung, daß die oben dargestellten Probleme der Theorie der Verfassungsgebung in erster Linie durch die urheberorientierte Betrachtungsweise und die binären Begrifflichkeiten verursacht werden. So scheitern die Versuche, die Theorie auf supranationaler Ebene anzuwenden, meist an der Diskussion über die Anwendbarkeit bestimmter binärer Begriffe (v.a. Staat, Volk, Verfassung, Akt der Verfassungsgebung); insbesondere herrscht Streit über die Existenz eines verfassungsgebenden Subjekts mit den geforderten Eigenschaften. Ein solcher Streit um Begriffe, die in einem bestimmten historischen und ideengeschichtlichen Kontext entstanden sind und deren Anwendbarkeit auf „Europa“ heute in Frage steht, scheint kein geeignetes Instrument für die Beantwortung der Legitimitätsfrage zu sein.¹⁵ Die Verwendung binärer Begriffe erscheint im übrigen schon deswegen als ungeeignet für die Begründung von Legitimitätsurteilen, weil „Legitimität“ selbst eher eine graduelle denn eine binäre Begrifflichkeit ist: Es ist durchaus sinnvoll (und oft erhellend), von einem „Mehr“ oder „Weniger“ an Legitimität zu sprechen; das binäre Urteil „legitim“ oder „nicht legitim“ ist dagegen zu lapidar und eher ein Zeichen mangelnder Bereitschaft zur ernsthaften Erörterung der Legitimitätsfrage.

Auch die Schwierigkeiten bei der theoretischen Untersuchung der Verfassungsgebung für einen zukünftigen Europäischen Bundesstaat sind auf die urheberorientierte Betrachtungsweise zurückzuführen. Der bei einer zukünftigen europäischen Verfassungsgebung störende Widerspruch zwischen vergangenheits- und zukunftsbezogener Legitimitätsbegründung resultiert vor allem daraus, daß das Subjekt der Verfassungsgebung in der urheberorientierten Sichtweise bei beiden Akten der Verfassungsgebung – dem vergangenen und dem zukünftigen – mit dem Anspruch unbeschränkter Gestaltungsfreiheit und unbeschränkter Macht auftritt. Im Ergebnis kann dieser Anspruch aber nur in bezug auf *eine* Verfassungsgebung eingelöst werden: die vergangene oder die zukünftige. Die neue Verfassungsgebung ist nur möglich, wenn dem bisherigen verfassungsgebenden Subjekt die unbeschränkte Gestaltungsfreiheit und Macht aberkannt wird; das ist notwendig ein revolutionärer Schritt, dessen Größe und Bedeutung abschreckt und damit eine möglicherweise wünschenswerte oder allseits gewünschte Entwicklung verhindert. Die urheberorientierte Sichtweise scheitert offenbar auch deswegen an der Problematik der europäischen Verfassungsgebung, weil sie im Grunde eine Theorie der Revolution ist: Der in dieser Hinsicht die deutsche Staatsrechtslehre (d.h.: seine Anhänger *und* seine Kritiker) prägende Carl Schmitt sieht in der verfassungsgebenden Gewalt eine „souveräne Diktatur“, deren Charakteristikum gerade in der Negation jeglicher Bindung an eine bestehende Rechtsordnung besteht – und genau vor dieser revolutionären Situation fürchten sich liberale Kritiker Schmitts wie M. Kriele und verbannen deswegen die ver-

15 Zur mangelnden Eignung des binären Begriffs „Staat“ im Zusammenhang der europäischen Integration vgl. G. F. Schuppert, Zur Staatswerdung Europas, S. 53. Schuppert fordert zur Beschreibung der Entwicklung europäischer Institutionen „eine *Begriffssprache der Skalierung*, die Übergänge und graduelle Abstufungen zu erfassen vermag“ (Hervorhebung im Original).

fassunggebende Gewalt aus dem Verfassungsstaat. Wünschenswert erscheint daher eine Theorie der Verfassunggebung *im Verfassungsstaat* – also, entgegen Carl Schmitt, eine Theorie der Normalität, nicht des Ausnahmezustandes.

Diese Arbeit versucht, sich so weit wie möglich von der urheberorientierten Betrachtungsweise zu lösen. Als Legitimitätsgrund werden nicht bestimmte Eigenschaften eines verfassunggebenden Subjekts angesehen; vielmehr wird danach gefragt, zu welchem Zweck Verfassunggebung überhaupt stattfindet: Auf welche Weise erzeugt Verfassunggebung Legitimität? Schon bei oberflächlicher Betrachtung wird deutlich, daß Verfassunggebung nicht nur einen einzigen legitimierenden Zweck verfolgt, sondern mehrere, möglicherweise gegensätzliche: Durch Verfassunggebung soll die Freiheit des einzelnen Bürgers vor hoheitlicher Willkür geschützt, gleichzeitig aber auch der Wille der Gesamtheit der Bürger verwirklicht werden. Außerdem soll durch Verfassunggebung eine dauerhafte, stabile Ordnung errichtet werden. Der Wille der Gesamtheit der Bürger kann dabei in Widerspruch zu den Vorstellungen und der Freiheit einzelner Bürger geraten; die Dauerhaftigkeit der Ordnung kann der Verwirklichung eines gewandelten Willens der Gesamtheit der Bürger entgegenstehen – um nur einige dieser möglichen Zielkonflikte zu nennen.

Um dieser Varietät der Legitimitätsgründe gerecht zu werden, sollen die mit der Verfassunggebung verbundenen Legitimationsziele als *Prinzipien* formuliert werden. Solche Prinzipien können mehr oder weniger stark verwirklicht sein, sie können sich widersprechen oder gegenseitig bestärken, und mit ihrer Hilfe läßt sich eine Aussage über die Legitimität begründen, die ein „Mehr“ oder „Weniger“ zuläßt.

Ausgangspunkt für die Auffindung der mit dem Gedanken der Verfassunggebung verbundenen Legitimitätsprinzipien sollen die „klassischen“ Theorien der Verfassunggebung sein, wie sie in der Amerikanischen und der Französischen Revolution formuliert worden waren. Diese ursprünglichen Vorstellungen sind dabei von der urheberorientierten Interpretation zu unterscheiden, die sie später vor allem durch Carl Schmitt erfahren haben. Ergänzend sollen einige Überlegungen aus der (den Amerikanischen und französischen Revolutionären ebenfalls bekannten) Theorie des Gesellschaftsvertrages herangezogen werden; viele Varianten dieser Theorie beschäftigen sich ja gerade mit der Legitimität von Herrschaft in einem in bestimmter Weise geordneten Gemeinwesen. Das Ziel ist es, konkrete, plausible Legitimitätsprinzipien zu formulieren und in Beziehung zueinander zu setzen.

Mit Hilfe dieser Legitimitätsprinzipien sollen dann zunächst einige „klassische“ mit der Verfassunggebung zusammenhängende Legitimitätsfragen erörtert werden, wie z.B. die Grenzen der Verfassungsänderung, die Möglichkeit der Verfassunggebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates oder die Frage nach dem richtigen Verfahren der Verfassunggebung. Das Prinzipienmodell soll dabei nicht nur zur Klärung dieser Fragen beitragen, sondern durch die Plausibilität der Lösungen auch seine Brauchbarkeit erweisen.

Diese Überlegungen, die sich zunächst auf den Nationalstaat beziehen, sollen im nächsten Schritt auf die supranationale Ebene erweitert werden. Dabei soll gezeigt werden, daß bestimmte Begriffe (v.a. der Verfassungsbegriff), die bisher meist staatsbezogen verwendet wurden, auch auf der supranationalen Ebene sinnvoll eingesetzt werden können bzw. daß das Prinzipienmodell auf manche spezifisch staatsbezogenen Begriffe

und Denkmuster der herkömmlichen Theorie verzichten kann. Insbesondere die Vorstellung von der notwendigen Souveränität des Verfassungsgebers wird sich als verzichtbar erweisen. Das Prinzipienmodell ist damit, so soll gezeigt werden, auf staatlicher *und* auf supranationaler Ebene gleichermaßen anwendbar.

Mit Hilfe des Prinzipienmodells sollen dann die bereits angesprochenen „europaspezifischen“ Probleme der Verfassungsgebung einer Lösung zugeführt werden. Das Ziel ist dabei nicht die Präsentation fertiger Antworten auf Legitimitätsfragen, sondern lediglich die Bereitstellung angemessener Begriffe und Argumentationsmuster. Insbesondere soll die Arbeit keine politologisch-soziologische Einschätzung der künftigen Entwicklung oder der Entwicklungsmöglichkeiten der europäischen Integration geben; sie soll nur Legitimitätsmaßstäbe bereitstellen, die je nach den zugrundegelegten oder tatsächlich festgestellten politisch-soziologischen Gegebenheiten zu unterschiedlichen Beurteilungen der Legitimität führen können. Am Ende soll keine abschließende Aussage über den Legitimitätsgrad der Ausübung von Hoheitsgewalt durch europäische Organe stehen; vielmehr soll im wesentlichen angegeben werden, von welchen Faktoren diese Legitimität abhängt. Dabei sollen einzelne konkrete Legitimitätsprobleme herausgegriffen und exemplarisch erörtert werden.

In dieser Arbeit soll auch nicht der Versuch unternommen werden, eine *universelle* Legitimitätstheorie zu erarbeiten. Die Legitimitätsbegründung durch Verfassungsgebung ist nicht (und war noch nie) universell gültig; in Großbritannien etwa ist sie genauso schwer zu finden wie bei Laband oder Anschütz, die der Weimarer Verfassung eine besondere, gegenüber dem einfachen Gesetz (und dem Gesetzgeber) erhöhte Geltungskraft absprachen. Dennoch liefert die Verfassungsgebung – auch international – heute wohl eine der prominentesten Legitimitätsbegründungen, und auch das Grundgesetz beruft sich auf sie. Wie die Einsetzung des europäischen Verfassungskonvents zeigt, besteht die Möglichkeit, daß die Legitimitätsbegründung durch Verfassungsgebung auch auf europäischer Ebene Anerkennung findet; diese Arbeit möchte dafür die theoretischen Voraussetzungen schaffen.

C. Gang der Darstellung

Die Arbeit gliedert sich in zwei Teile. Gegenstand des Ersten Teils ist die Verfassungsgebung im herkömmlichen nationalstaatlichen Kontext. Nach der Erörterung der Argumentationsstruktur der gegenwärtigen urheberorientierten Theorie der verfassungsgebenden Gewalt (A.) werden die klassischen Theorien der Verfassungsgebung aus der Amerikanischen und Französischen Revolution sowie die Lehre Carl Schmitts untersucht (B.).

Im folgenden Abschnitt (C.) soll als Alternative zur urheberorientierten Betrachtungsweise ein Prinzipienmodell der Verfassungslegitimität entwickelt werden, das auf das unausgeschöpfte Erbe der amerikanischen und der französischen Theorie der Verfassungsgebung sowie auf die Theorie des Gesellschaftsvertrages zurückgreift. Die zu dem Modell gehörenden Legitimitätsprinzipien werden danach (D.) im einzelnen entfaltet und zueinander ins Verhältnis gesetzt.

Der nächste Abschnitt (E.) beschäftigt sich mit der Verfassungsänderung und Verfassungsgebung in einem Staat mit geltender Verfassung; dabei sind insbesondere die Gründe für den Schutz der bestehenden Verfassung herauszuarbeiten.

Nach der Erörterung der Verfassungsgebung in den Gliedstaaten eines Bundesstaates (F.) sollen schließlich die Verfassungsgebungsverfahren und deren legitimitätsstiftendes Potential untersucht werden (G.).

Im Zweiten Teil der Arbeit sollen die im Ersten Teil erarbeiteten theoretischen Grundlagen auf die europäische, supranationale Ebene erweitert und dort angewendet werden. Dazu muß zunächst geklärt werden, was unter einer „Europäischen Verfassung“ zu verstehen ist, und ob das geltende Primärrecht bzw. künftige vergleichbare Normkomplexe unter diesen Begriff fallen (A.).

Anschließend (B.) ist zu zeigen, daß auch eine Europäische Verfassung durch Verfassungsgebung legitimiert werden kann; entsprechende Einwände dagegen sollen ausgeräumt werden.

Im folgenden Abschnitt (C.) soll dann die Verfassungslegitimität des geltenden Primärrechts mit Hilfe des Prinzipienmodells untersucht werden; diese Untersuchung beschränkt sich allerdings auf einige wesentliche Punkte. Danach wird die Legitimation durch Verfassungsgebung bei der (hypothetischen) Schaffung eines Europäischen Bundesstaates erörtert (D.).

Im letzten Abschnitt (E.) rückt schließlich der Aspekt des allmählichen Fortschreitens der europäischen Integration ins Zentrum des Interesses. Hier geht es nicht um Verfassungsgebung in einem Akt, sondern um die Legitimität und die Grenzen bzw. Voraussetzungen einer schrittweisen Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union. Eine wichtige Grenze wird dabei durch die jeweilige geltende nationale Verfassung gezogen. Außer dem Verlauf dieser Grenze nach dem Grundgesetz soll auch die Legitimität verfassungswidriger Kompetenzübertragungen mit Hilfe der Legitimitätskriterien der Verfassungsgebung untersucht werden.