

Aufsätze

Tanja Hitzel-Cassagnes Die »Verfassungskrise« der Europäischen Union: viel Lärm um nichts?

Der Beitrag beleuchtet die paradoxe Situation, die mit der Verabschiedung des »Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft« in politischer und rechtlicher Hinsicht entstanden ist und sich auf den Anspruch bezieht, dass die »vermeintliche« Verfassungskrise der EU mit dem Reformvertrag überwunden sei. Der Beitrag behandelt zum einen das Spannungsverhältnis zwischen der formalen und rhetorischen Struktur des Reformvertrags, die sich von »Verfassungssymboliken« distanziert, und der materialen Ausgestaltung des Vertrags, der in substantieller und rechtlicher Hinsicht kaum Veränderungen im Vergleich zum gescheiterten »Vertrag über eine Verfassung für Europa« aufweist; zum anderen hinterfragt er den Status quo europäischer Konstitutionalisierung und den normativen Anspruch, der damit gegenüber den Mitgliedstaaten wie auch gegenüber den europäischen Bürgerinnen und Bürgern verbunden ist.

1. Von Unvernunft und Unvermögen

Selten war man mit solcher Einmütigkeit wie in der Diagnostik einer seit nunmehr zwei Jahren andauernden »Verfassungskrise« der Europäischen Union konfrontiert. Mag schon die Einmütigkeit für sich genommen misstrauisch stimmen, so kann man doch einigermaßen verwundert auf diese Krisendiagnostik reagieren, wenn man sich die diversen Grundsatzkonflikte im Verlauf europäischer Integration vergegenwärtigt. Zu diesen Konflikten gehören sicherlich die seit den 1970ern stattfindenden Debatten um die Art und den Status des politischen Gebildes, insbesondere um die Art des europäischen Gemeinwesens als funktionaler Zweckverband auf der einen Seite oder aber als soziale, politische und demokratische Gemeinschaft auf der anderen Seite. Im Zusammenhang mit den grundlegenden Qualifizierungen der EG/EU als funktionale oder politische Gemeinschaft wurde immer auch der Charakter der rechtlichen und insbesondere »konstitutionellen« Ordnung sowie die daran gebundenen substantiellen Rechtsmaterien und Rechtsgewährleistungen diskutiert und hinterfragt. Die anhaltenden Debatten zur Qualität europäischer »Verfassung« als inkrementell gewachsene, als faktisch existierende, als quasi-konstitutionelle oder als »constitution proper«, d.h. als Verfassung im Vollsinne der auch normativen Bedeutungen von (demokratisch legitimierten) Verfassungen, oder die Debatten zur normativen Qualität, Bindung und Legitimation europäischer Rechts- und Verfassungsansprüche im Hinblick auf Funktionalität, Effizienz oder Demokrati-

tät sind nur zwei Beispiele eines ansonsten detaillierten und weit verzweigten Diskurses.¹

Andererseits war die Verwirrung selten so groß wie angesichts der Art der Krise und deren Gründe bzw. Genese. Geht man davon aus, dass sich der gegenwärtige Stand der Diskussion primär auf die Verabschiedung des »Vertrags von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft« (VvL)² bezieht, so sticht vor allem die paradoxe Struktur der Thematisierung ins Auge, geht es doch um die »Verfassungskrise« eines politischen Systems, das in faktischer Hinsicht längst über eine Art Verfassung verfügt, dessen Versuch einer »ordentlichen« Verfassunggebung jedoch gescheitert ist, und das eben diese gescheiterte Verfassung erfolgreich vertraglich verfasst hat. Von dem Bemühen getragen, Verfassungsrhetoriken, deren Anerkennung die demokratischen Subjekte, d.h. die europäischen Bürgerinnen und Bürger verweigerten, abzustreifen und die normative Dignität der »hohen vertragschließenden Parteien« wiederzubeleben, kann sich die EU in formaler Hinsicht demnach in gar keiner Verfassungskrise befinden. Allerdings war diese Strategie – wie sich an den öffentlichen Reaktionen zeigte – enttäuschungsanfällig, was sich in der (moderaten) Rede vom »alten Wein in neuen Schläuchen« und von einer »Mogelpackung« und in der weniger moderaten Rede vom »bürokratischen Absolutismus« und vom »Bonapartismus« zum Ausdruck brachte. In diesem Sinne wurde die Wende vom Verfassungs- zum Reformvertrag als »Musterbeispiel technokratischer Politik, wenn nicht gar eines technokratischen Verfassungswandels«³ bezeichnet – wonach wir wieder bei der Verfassungskrise wären.

2. *Symboliken europäischer Konstitutionalisierung*

Der Entwurf der Grundrechtecharta und die Arbeit des »Konvents für die Zukunft Europas« können sicherlich auch als Versuche der EU angesehen werden, Gründungsakte im Sinne demokratisch legitimer Verfassunggebung nachzuahmen und über Formen der symbolischen Stilisierung von Transparenz, Kommunikation, Konsultation und Öffentlichkeit an Ideen ziviler Zugehörigkeit, politischer Vergemeinschaftung und bürgergenossenschaftlicher Solidarität zu appellieren, um einen »tacit consent« europäischer – sich aber zu großen Teilen noch als national verstehender – Bürgerinnen und Bürger in einen europäischen »Verfassungspatriotismus« zu überführen.

¹ Einen guten Einblick in Konstitutionalisierungsdebatten der EU bieten u.a. Bodnar/Kowalski/Raible/Schorkopf, *The Emerging Constitutional Law of the European Union*, Berlin/Heidelberg u.a. (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 163) 2003; Dann/Rynkowski, *The Unity of the European Constitution*, Berlin/Heidelberg u.a. (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 186) 2006; von Bogdandy/Bast, *Principles of European Constitutional Law*, 2006; Weiler/Wind, *European Constitutionalism Beyond the State*, 2003; Snyder, *General Course: Constitutional Law of the European Union*, in *Collected Courses VI, Academy of European Law*, 1998.

² Ziel des Veränderungsvertrags von Lissabon (VvL) war, die bestehenden Verträge (EUV und EGV) nicht nur zu ändern, sondern auch in einen einheitlichen Rahmen einzubinden, was in der Neufassung von Art. 1 EUV durch die Zusammenführung von Unions- und Gemeinschaftsrecht in eine einheitliche Rechtsordnung erfolgt. Der neue EUV dient demnach als Rahmenvertrag, in den der »Vertrag über die Arbeitsweise der EU« (AEUV), der den EGV ablöst, zum einen als organisationsrechtlicher Teil und Darlegung von Ausführungsbestimmungen und zum anderen als Regulierungswerk von Politikbereichen eingebunden ist; s. Fischer, *Der Vertrag von Lissabon. Text und Kommentar zum Europäischen Reformvertrag*, 2008.

³ Brunkhorst, *Der Bonapartismus am Ende der Souveränität*, unveröffentlichtes Manuskript, 2007, S. 3.

Nun liegen die Gründe für das Scheitern des »öffentlichen« europäischen Verfassungsprojekts, wenn man sich insbesondere die negativen Voten, wie sie in den Verfassungsreferenden in Frankreich und den Niederlanden zum Ausdruck gebracht wurden, ansieht, nicht auf der Hand. Endlich sei die Stimme des Volkes erkungen – allerdings war nicht so recht klar, ob diese Stimme nur die Selbstbezogen- und Selbstvergessenheit national und damit exklusiv verstandener Artikulationsformen darstellte oder ob sie als Votum gegen ein neoliberal verstandenes, sozialstaatsvergeßenes, gegen ein demokratisch defizitäres, gegen ein friedenspolitisch prekäres oder etwa gegen ein ost-erweiterndes europäisches Projekt verstanden werden konnte: Eine Mitbestimmung über Gründe und damit Mitgestaltung durch die Bürgerinnen und Bürger war ausgeschlossen. Zwei Jahre später stehen die europäischen Bürgerinnen und Bürger vor einem Reform-Vertragsabschluss, der die EU angeblich wieder »handlungsfähig« macht. Comment ça? Denn anscheinend hat sich in substantieller Hinsicht nicht viel verändert, da die materialen Teile des Verfassungsentwurfs weitgehend übernommen wurden. So beziehen sich die wichtigsten Neuerungen, die schon im Verfassungsvertrag vorgesehen waren, zum einen auf institutionelle Zusammensetzungen, Mitbestimmungs- und Abstimmungsmodalitäten, u.a. wurden die Anwendungsfälle für Abstimmungen mit qualifizierter Mehrheit ausgedehnt, das Entscheidungsfindungssystem im Rat wird sukzessive auf ein System doppelter Mehrheit umgestellt, Kommission und Parlament werden verkleinert. Zum anderen wurden institutionelle Neuerungen eingeführt, der Europäische Rat erhält Organstatus und einen Ratspräsidenten, der für eine Dauer von zweieinhalb Jahren ernannt wird, die nationalen Parlamente erhalten Kontroll- und Vetorechte, Verfahren europäischer Bürgerbegehren werden ermöglicht, die Repräsentation nach außen wird durch einen »Hohen Repräsentanten der Union für Außen- und Sicherheitspolitik« institutionalisiert, der zugleich Vizepräsident der Kommission ist. Auf der Ebene der Politiken wurden insbesondere die »gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik« sowie die Zusammenarbeit im Bereich »Justiz und Inneres« gestärkt. Neben demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzipien wird die Stellung sozialer Sicherheit, der Schutz von Beschäftigung, die Rolle von Sozialpartnerschaft und die Notwendigkeit einer horizontalen Sozialklausel programmatish hervorgehoben (s.u.). Des Weiteren wurden die Rechtsgrundlagen für einzelne Politikbereiche (Energie-, Umwelt- und Klimapolitik; Forschung und Technologieentwicklung, Gesundheitswesen und Daseinsvorsorge; Bildung, Sport, Fremdenverkehr; administrative Zusammenarbeit, humanitäre Hilfe) ausgeweitet. Dieser Umstand einer erneut »mangelhaft« reformierten Reform hat denn auch die »alten« Kritiken wieder aufleben lassen, von denen ich nur einige exemplarisch benennen möchte.

An erster Stelle steht sicherlich die berechnete Kritik an einer prima facie minimalistischen Struktur demokratischer Legitimation, die sich an den Verweisen darauf entzündet, dass sich die Union auf repräsentative Demokratien gründet und die europäischen Bürgerinnen und Bürger im Europäischen Parlament (EuP) direkt repräsentiert sind, und dass europäische Entscheidungen so »offen und bürgernah als möglich getroffen« werden (Titel II Bestimmungen über die demokratischen Grundsätze, Art. 8a EUV). Obwohl der Änderungsvertrag »den mit dem Vertrag von Amsterdam und dem Vertrag von Nizza eingeleiteten Prozess, mit dem die Effizienz und die *demokratische Legitimität* der Union erhöht und die Kohärenz ihres Handelns verbessert werden sollen« (Präambel VvL), fortzusetzen beabsichtigt und die demokratiefördernden Ziele in der Neuaufnahme des zweiten Erwägungsgrunds in der Präambel des EUV mit der

Formulierung, aus dem Erbe Europas haben sich »Freiheit, Demokratie, Gleichheit und Rechtsstaatlichkeit als universelle Werte« entwickelt, hervorhebt, wird keine kohärente Struktur einer »rule of democracy« etabliert. Transparenz, Bürgernähe, demokratische Mitwirkung wird auf unterschiedlichen Ebenen und in unterschiedlichen institutionellen und politikfeldspezifischen Kontexten thematisch: in deklaratorischer und programmatischer Hinsicht auf der Ebene der Werte- und Prinzipienkataloge sowie im Rahmen der Grundrechtecharta, in organisationsrechtlicher Hinsicht über die Unionsbürgerschaft, die Einbeziehung nationaler Parlamente und die Rolle der Regionen, und in institutioneller Hinsicht über die Bezüge auf offene, transparente und dialogische Formen der Entscheidungsfindung unter Einbeziehung zivilgesellschaftlicher Akteure.⁴

Eine ähnliche Kritik kann mit Blick auf die Verankerung sozialer Werte und Prinzipien artikuliert werden. Einerseits nehmen die Verträge auf die hohe Stellung sozialer Grundrechte Bezug, so z.B. in der Präambel des EUV oder in Art. 2 (3) EUV, der sich zwar auf die Errichtung eines Binnenmarktes bezieht, sich in den Formulierungen jedoch um einen sozialsensibel ausgestalteten Zielkatalog bemüht: »Sie [die Union] wirkt auf die nachhaltige Entwicklung Europas ... [auf] eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt ... hin ... Sie bekämpft soziale Ausgrenzung und Diskriminierung und fordert soziale Gerechtigkeit und sozialen Schutz, die Gleichstellung von Frauen und Männern, die Solidarität zwischen den Generationen und den Schutz der Rechte des Kindes«. Andererseits ist unklar, inwiefern diese Formulierungen unmittelbare rechtliche Auswirkungen haben können, da insbesondere durch das Protokoll über den »Binnenmarkt und den Wettbewerb« Prinzipien offener Marktwirtschaft und freien Wettbewerbs unter Auslassung von Sozialverträglichkeitserwägungen privilegiert werden.⁵

Die Strategie, eine semantische Verschiebung vorzunehmen, um den Vertragsstatus europäischer Verfasstheit in den Vordergrund zu rücken, hat außer einer internen Fragmentierung des Rechtskorpus und einer erweiterten Perspektive auf ein Europa »unterschiedlicher Geschwindigkeiten« kaum materiale Veränderungen im Vergleich zum Verfassungsentwurf herbeigeführt. Die Intransparenz des gesamten Vertragswerks ist kaum gesunken, die unklare Gemengelage der (vermeintlich entfallenen) Säulenstruktur und die Unbestimmtheit von Justiziabilitätsfragen sind kaum reduziert. Exemplarisch verdeutlichen lassen sich diese Probleme an Bereichen der Grund- und Menschenrechte, insbesondere an jenen mit sozialem und politischem Charakter. Demokratie, »rule of law«, Minderheitenschutz, Nichtdiskriminierung und soziale Prinzipien werden sowohl in den Werte- und Zielkatalogen, auf der Ebene rechtlicher Konkretisierung in den Verträgen als auch über Zusatzprotokolle und gemeinsame bzw. partielle und z.T. »abweichende« Erklärungen berücksichtigt. Die Grundrechtecharta,

4 Vgl. insbesondere Art. 8b EUV und Art. 16a AEUV, s. auch Art. 9c (8) EUV, der die Transparenz im Rat über die Vorgabe, Sitzungen nun öffentlich abzuhalten, steigert.

5 Harsche Kritik erfolgte zudem an den friedens- und abrüstungspolitisch bedenklichen Aspekten der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, die unter Titel V EUV (Allgemeine Bestimmungen über das auswärtige Handeln der Union und besondere Bestimmungen über die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik) geregelt wird. Die Bedenken beziehen sich insbesondere auf die »schrittweise Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik, die zu einer gemeinsamen Verteidigung führen kann« (Art. 11 (1) EUV), in Verbindung mit der mitgliedstaatlichen Verpflichtung, »ihre militärischen Fähigkeiten schrittweise zu verbessern« (Art. 28a (3) EUV). Der Verwirklichung dieses Ziels dient auch die »Europäische Verteidigungsagentur«, die u.a. zur »Ermittlung von Maßnahmen zur Stärkung der industriellen und technologischen Basis des Verteidigungssektors« beiträgt (Art. 28a (3) EUV). In Art. 28a (7) wird zudem eine Beistandsverpflichtung der Vertragsstaaten festgeschrieben.

die selbst nicht etwa als Teil des Vertragstexts inkorporiert, sondern als Zusatzprotokoll und eigenes Dokument aus den Verträgen herausgenommen, *uno actu* aber den Verträgen in Art. 6 (1) EUV rechtlich gleichgestellt und auf die Primärrechtsebene gerückt wird, erhält in diesem Zusammenhang paradigmatischen Charakter. Gleichzeitig wird ausgewiesen, dass sie »die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert«.⁶

Die Verabschiedung der Verfassungssemantik hat vor allem auf der rhetorischen und symbolischen Ebene zu Veränderungen geführt. So erfolgte unter Rücknahme der Bezüge auf die europäischen Völker und Bürger eine Fokussierung auf den Willen der Mitgliedstaaten.⁷ Mit Blick auf Suprematieansprüche und Grenzen der EU kann konstatiert werden, dass die Rhetorik insgesamt defensiver geworden⁸ und die Wahrung der Souveränität der Mitgliedstaaten in den Vordergrund gerückt ist.⁹ War die ursprüngliche Idee noch, mit dem Verfassungsentwurf auch die symbolische Verkörperung des politischen Gemeinwesens über die Stilisierung eines Gründungsmythos (»Konventsmethode« in Anlehnung an die amerikanischen »Gründungsväter« und die »Federalist Papers«, »Wille der vereinigten europäischen Völker«) und über die Generierung institutioneller Attribute (Hymne, Flagge, politische Repräsentation) zum Ausdruck zu bringen – das blanke Gerüst gleichsam mit Fleisch und Blut zu versehen –, so wurde mit dem Reformvertrag eine anämische EU zum Idealtyp stilisiert.

Nun mögen wir nicht mehr über symbolische Verkörperungen verfügen, doch aber nach wie vor über ein (politisches) Gemeinwesen – und um darüber mehr zu erfahren, stellen die Unklarheiten und Kohärenzprobleme auf der Ebene der Verträge ein Hindernis dar. Vor diesem Hintergrund ist es hilfreich, die Perspektive ein wenig von den »großen« Ereignissen, insbesondere von den Regierungskonferenzen, weg zu verschieben und die institutionellen Reproduktionsmechanismen der EU in den Blick zu nehmen – nicht zuletzt, weil dies die »Verfassungskrise« in einem anderen Licht erscheinen lässt. Die zuvor ange-mahnten Defizite, insbesondere dass auf der Vertragsebene keine kohärente »rule of democracy« sichtbar wird, die über Verfahren, formale Kriterien und Gewährleistungen allgemeiner politischer Mitwirkungsrechte Partizipation ermöglicht, und dass die Prinzipienkollisionen zwischen sozialer Gerechtigkeit, nachhaltiger Entwicklung, inter-generationaler Solidarität auf der einen Seite und ordo-liberaler Programmatik auf der anderen Seite in den Verträgen verschleiert und invisibilisiert werden, machen auch auf den Umstand aufmerksam,

6 In diesem Zusammenhang ist u.a. das »Protokoll über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich« von besonderem Interesse, mit dem ausgeschlossen werden soll, dass aus Titel IV der Charta für Polen oder das Vereinigte Königreich geltende, einklagbare Rechte, die nach nationalem Recht nicht vorgesehen sind, geschaffen werden.

7 Art. 1 EUV begründet die Union, »der die Mitgliedstaaten Zuständigkeiten zur Verwirklichung ihrer gemeinsamen Ziele übertragen«; Art. 2 (6) EUV spezifiziert: »Die Union verfolgt ihre Ziele ... entsprechend den Zuständigkeiten, die ihr in den Verträgen übertragen sind«. Am deutlichsten sind Art. 3a und 3b EUV in dieser Hinsicht: »Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben gemäß Art. 3b bei den Mitgliedstaaten« (Art. 3a (1) EUV) und »[f]ür die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gilt der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung. Für die Ausübung der Zuständigkeiten gelten die Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit« (Art. 1-3b (1) EUV). Verweise auf das Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip finden sich u.a. in Art. 3b (3) EUV und bezogen auf die Einbindung nationaler Parlamente in Art. 8c (6) EUV, 61b AEUV und 308 (2) AEUV. Vgl. auch die Protokolle über »die Rolle der nationalen Parlamente in der EU« und über »die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit«.

8 Vgl. Art. 1, 2 (6), 3a und 3b EUV.

9 Vgl. Art. 3a (2). Ironischerweise wird der auf Vertragsebene zurückgenommene Suprematie- und Vorranganspruch über die 17. »Erklärung zum Vorrang« unter Bezug auf die ständige Rechtsprechung des EuGH wieder verankert.

dass die Reformbürden auf die internen institutionellen Prozesse und Strukturen verschoben werden.¹⁰ Deshalb muss sich der Blick auf die internen Integrationsprozesse der EU, die die Konstitutionalisierung derselben in den letzten Dekaden vorangetrieben haben, verschieben.

3. *Die institutionelle Logik: Ein hypothetisches Als-ob*

Wenn man den Status quo europäischer Konstitutionalisierung angemessen erfassen und in normativer wie praktischer Hinsicht evaluieren möchte, kommt man kaum umhin, sich die internen Rechtsentwicklungsprozesse der EU genauer anzusehen. Hier sind es in erster Linie drei Konzepte, die zugleich strukturelle Eckpfeiler darstellen, die den konstitutionellen Status verstehen helfen: »Gemeinschaftlicher Besitzstand«, »EU als Rechtsgemeinschaft« und »EU als Verfassungsordnung«.

a) In materialer Hinsicht bildet der gemeinschaftliche Besitzstand, das »acquis communautaire«, d.h. der Gesamtbestand an Rechten und Pflichten,¹¹ der für die Mitgliedstaaten der EU verbindlich ist und zu deren Übernahme die der EU beitretenden Staaten verpflichtet sind, den Rahmen dessen, was als EU-verfassungsmäßig verbürgtes Recht gilt. Nun ist die konkrete Ausgestaltung des »acquis« in erster Linie auf inner- und interinstitutionelle Diskurse zurückzuführen. Dabei ist die Entwicklung des europäischen Rechts insgesamt von Konflikten und Dissensen über die konkreten Inhalte, den Status und die Reichweite der Rechtsbestände, die Bestandteile des »acquis« darstellen, gekennzeichnet gewesen.¹² Die Idee des gemeinschaftsrechtlichen Besitzstands selbst stellte immer auch ein »contested concept« dar, und die Anerkennung desselben durch die politischen und rechtlichen Akteure der nationalen Rechtsordnungen war ein langwieriger und konfliktreicher Prozess.¹³ Neben der widerspruchreichen Sicherung der grundlegenden Akzeptanz des europäischen Rechts gab es immer wieder Dissense mit Blick auf die konkreten Prinzipien und Rechte, die Teil des »acquis« darstellen, und mit Blick auf die rechts(gewährenden) Konsequenzen desselben als eigenständigem Rechtskorpus.¹⁴ Die Gründe dafür sind sicherlich ganz unterschiedlicher Art, wobei in systematischer Hinsicht drei Arten bzw. Quellen von Dissensen von besonderer Bedeutung sind:¹⁵

¹⁰ Vgl. insbesondere Joint Study CEPS, EGMONT, EPC, *The Treaty of Lisbon: Implementing the Institutional Innovations*, 2007.

¹¹ Der gemeinschaftliche Besitzstand ergibt sich aus dem Primärrecht der Verträge, dem Sekundärrecht, aus den von den EG-Organen erlassenen Rechtsakten, den Entscheidungen der Europäischen Gerichte, Erklärungen, Entschlüssen und bestimmten Abkommen.

¹² Vgl. schon Graig/de Burca, *EU Law – Text, Cases, and Materials*, 1998; Graig/de Burca, *The Evolution of EU Law*, 1999; Shaw, *Law of the European Union*, 2000; de Burca/Weiler, *The European Court of Justice*, 2002.

¹³ Vgl. Berteau, *Looking for Coherence within the European Community*, *ELJ* 11 2 (2005), S. 154 ff.; von Bogdandy, *European Integration: Doctrine of Principles*, Jean Monnet Working Paper 9 (2003); Dann, *Thoughts on a Methodology of European Constitutional Law*, *German Law Journal* 06:11 (2005), S. 1453 ff.; Dann/Rynkowski, *The Unity of the European Constitution*, Berlin/Heidelberg u.a. (Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht 186) 2006; Wiener/Schwellnus, *Contested Norms in the Process of EU Enlargement: Non-Discrimination and Minority Rights*, *ConWEB Paper* 2 (2004).

¹⁴ S. etwa Jorgensen, *The Social Construction of the Acquis Communautaire: A Cornerstone of the European Edifice*, *EIOP* 3:5 (1999).

¹⁵ Vgl. etwa Graig, *The Evolution of EU Law*, 2002; Bodnar/Kowalski/Raible/Schorkopf (Fn. 1); von Bogdandy/Bast (Fn. 1); Weiler/Wind, *European Constitutionalism Beyond the State*, 2003; Christiansen/Reh, *Constitutionalising the European Union*, 2005; Church/Phinnemore, *Understanding the European Constitution: An Introduction to the EU Constitutional Treaty*, 2006; Barnard, *The Fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, 2007; vgl. auch Williams, *EU Human Rights Policies. A Study in Irony*, 2004.

Zum ersten ist das »acquis communautaire« ein fragmentierter Rechtskorpus, der quasi-konstitutionelle Organisations-, Verfahrens- und Rechtsprinzipien (so etwa Vorrang und direkte Wirkung auf der einen Seite, Verhältnismäßigkeit, Grund- und Individualrechtsprinzipien auf der anderen Seite), verwaltungsrechtliche Grundsätze und materiale Rechte unterschiedlicher Rechtsbereiche (wirtschaftliche und marktbezogene Rechte, aber auch soziale, politische und Bürgerrechte) enthält. Zum zweiten sind die rechtlichen Instrumente und Rechtsgewährleistungsmechanismen hinsichtlich Reichweite und Bindungswirkung in Abhängigkeit von den identifizierten Rechtsquellen differenziert (Vertragsrecht, Regulierungsinstrumentarien, Sekundärrecht, Richterrecht etc.). Zum dritten, und das scheint der wichtigste Aspekt, hängt die Struktur und der Status des »acquis« in hohem Maße von der Qualifizierung der EU als politisch-rechtlichem Gebilde ab. Ob die EU primär als funktional-zweckverbandliche oder aber als soziale und politische Ordnung betrachtet wird, hat Auswirkungen auf die Rechts- und die Rechtsschutzkonzeption (negative, in erster Linie ökonomische und liberale Freiheiten versus positive, soziale und politische Rechte). Diese systematischen Hintergrund-einstellungen lassen sich an den unterschiedlichen Konfliktbereichen, die den Status quo der europäischen Rechtsordnung beeinflussen, illustrieren: die Durchsetzung von Vorrang und direkter Wirkung als konstitutionellen Prinzipien und Eckpfeilern der europäischen Verfassungsordnung; die richterliche Ausweitung der Nichtdiskriminierungs- und Gleichheitsprinzipien und die Re-interpretation eines negativen, marktbezogenen Prinzips als universales Gleichheitsprinzip, das positive Teilhaberechte impliziert; die schrittweise Inkorporierung von sozialen Rechten und Schutzklauseln sowie die sich verdichtende Ausdeutung der Rechte, die an den Europäischen Bürgerschaftsstatus gebunden sind (insbesondere politische und prozedurale Zugangsrechte). Eine praktische Konsequenz (trotz oder gar aufgrund) dieser Deutungs- und Anerkennungskonflikte ist, dass die faktische Implementierung des »acquis« zwar eine gewisse Variationsbreite aufweist, die faktische Harmonisierung und Vereinheitlichung des europäischen Rechts aber weitgehend gewährleistet ist. Dabei lässt sich insbesondere an den Bereichen der Grund- und Menschenrechte aufzeigen, dass die Grundrechtecharta nicht weit über die vom Europäischen Gerichtshof (EuGH) postulierten Rechte hinausgeht, sondern den Status quo europäischer Grundrechtsgewährleistungen nur in einem Dokument zusammenfasst, d.h. keine genuin neuen Rechte kodifiziert, sondern nur den konsolidierten Rechtsbestand widerspiegelt und transparent macht. Diese Entwicklungen machen insgesamt auf den Umstand aufmerksam, dass die inner-, inter- und intrainstitutionellen Strukturen die rechtlichen und politischen Integrationsprozesse weitgehend bedingen, was durch die nachholende Kodifizierung des »acquis« in Form der »Erklärung zum Vorrang«, insbesondere über das beigefügte »Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates«, in dem es heißt, »[d]ie Tatsache, dass der Grundsatz dieses Vorrangs nicht in den künftigen Vertrag aufgenommen wird, ändert nichts an seiner Existenz und an der bestehenden Rechtsprechung des Gerichtshofs«,¹⁶ bebildert wird.

- b) Die Qualifizierung der EU als »Rechtsgemeinschaft« und die Idee einer »Integration durch Recht« zeichnen das Recht als konstitutives Prinzip europäischer Vergemeinschaftung und als praktisches Instrumentarium zur Siche-

¹⁶ Erklärung Nr. 17 EUV.

rung von Integrationsprozessen aus.¹⁷ Prämisse ist dabei, dass das Funktionieren des europäischen Integrationsprojekts in systematischer Hinsicht an ein zugrunde liegendes Prinzip von Rechtsstaatlichkeit (oder besser: »rule of law«) und in praktischer Hinsicht an rechtliche und juristische Implementierungsinstrumentarien gebunden ist. In der Konsequenz bedarf die EU in dieser Perspektive zur erfolgreichen Integration einer gleichfalls integrativen Struktur europäischer Rechtsanwendung und -durchsetzung, die die nationalen Gerichte auf allen Ebenen durchdringt, was sich in der Idee kooperativer und horizontaler europarechtlicher Rechtsprechung zum Ausdruck bringt. Nun wurden die Versuche, eine einheitliche europäische Rechtsanwendung zu sichern, von zahlreichen Konflikten über den Status europäischen Rechts im Verhältnis zu nationalem Verfassungsrecht, über die Grenzen von Harmonisierung und die Integrität nationaler Rechts- und Verfassungsordnungen (insbesondere mit Blick auf individuelle Grund- und Menschenrechte sowie demokratische Rechte und Organisationsprinzipien)¹⁸ sowie über richterliche Kompetenz- und Kompetenz-Kompetenz-Verteilungen begleitet.¹⁹ Trotz anhaltender und wiederkehrender Auseinandersetzungen über Leges-

17 Vgl. schon früh in diesem Sinne Cappelletti/Secombe/Weiler, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, Bd. 1 und 2, 1985 und 1986; Graig/de Burca (Fn. 12).

18 Vgl. Hitzel-Cassagnes, *Geltung und Funktion. Supranationale Gerichtsbarkeit im Spannungsfeld von Praktischer Rationalität, Recht und Demokratie*, 2004.

19 Wenn man etwa die Dispute zwischen dem EuGH und den höchsten nationalen und Verfassungsgerichten der neuen Mitgliedstaaten mit jenen vergleicht, die seit den 1970ern zwischen dem EuGH auf der einen und dem Bundesverfassungsgericht, dem italienischen Corte costituzionale, dem französischen Conseil d'Etat, Conseil Constitutionnel und Court de Cassation stattfinden, scheinen sich die Konflikte zu wiederholen. Vgl. Albi/Elsuwege, *The EU Constitution, National Constitutions and Sovereignty: An Assessment of a »European Constitutional Order«*, *European Law Review* (2005), S. 741 ff.; Capeta, *Courts, Legal Culture and EU Enlargement*, *Croatian Yearbook of European Law and Policy* 1 (2005), S. 23 ff.; Capeta, *Creating Interpretative Legal Culture in Eastern Europe*, Conference-Paper: 6th Biennial Conference of ECSA-C (2006); Kowalik-Banczyk, *Should We Polish It Up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law*, *German Law Journal* 06:10 (2005), S. 1355 ff.; Kühn, *Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture at the Onset of the European Enlargement*, *The American Journal of Comparative Law* 52 (2004), S. 531 ff.; Kühn, *The Application of European Law in the New Member States: Several (Early) Predictions*, *German Law Journal* 06:03 (2005), S. 563 ff.; Lefevre, *Interpretative communications and the implementation of Community law at national level*, *European Law Review* (2004), S. 808 ff.

In der gegenwärtigen Urteilspraxis etwa des polnischen, tschechischen und ungarischen Verfassungsgerichts (Tschechien: Pl US 50/04, Ungarn: 30/1998 (VI.25), 17/2004 (V.25) AB.IV.1., Polen: K 15/04, K 18/04, P 1/05) spielen Fragen nach Art und Status europäischen »Verfassungsrechts« und der Rolle europäischer bzw. nationaler Richter als Rechtswahrungsinstanzen eine zentrale Rolle. Sadurski bezeichnet diese Auseinandersetzungen gar als drittes Kapitel der Solange-Geschichte (Constitutional Court in Central Europe – Democracy – European Union, *ELJ* 14:1 (2008), S. 1 ff.). Aber auch die Akzeptanz bzw. Nichtakzeptanz etwa der Köbler-Entscheidung des EuGH (C-241/01 Gerhard Köbler vs Republik Österreich [2003] *ECR I-10239*; s. Komárek, *Inter-Court Constitutional Dialogue after the Enlargement – Implications of the Case of Professor Köbler*, *CYELP* 1 (2005), S. 75 ff.), in der nicht nur die richterliche Verantwortung, europäisches Recht durchzusetzen und europäische Rechte zu gewährleisten, betont, sondern das Prinzip der Staatshaftung auf gerichtliche Verletzungen europäischen Rechts ausgedehnt wurde, oder etwa die Handhabung des Vorabentscheidungs- bzw. Vorlageverfahrens geben Aufschluss über das Kooperationsverhältnis zwischen europäischen und nationalen Gerichten sowie über den Rechtsschutzgehalt europäischer Rechte für die »europäischen Bürger« aus den neuen Mitgliedstaaten. Vgl. Herrmann, *Die Reichweite der gemeinschaftsrechtlichen Vorlagepflicht in der neueren Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 17:8 (2006), S. 231 ff.; s. auch Komárek, *European Constitutional Pluralism and the European Arrest Warrant: Contrapunctual Principles in Disharmony*, *Jean Monnet Working Paper* 10 (2005); Uitz, *EU Law and the Hungarian Constitutional Court: Lessons from the First Post-Accession Encounter*, in: Sadurski/Ziller/Zurek (Hrsg.) *After Enlargement: Legal and Political Responses in Central and Eastern Europe*, Robert Schuman Center 2006, S. 41 ff.; Sadurski/Ziller/Zurek ebd., Boulanger, *Europeanisation through Judicial Activism? The Hungarian Constitutional Court's Legitimacy and the Return to Europe*, in: Sadurski/Czarnota/Krygier (Hrsg.) *Spreading Democracy and the Rule of Law? The Impact of EU Enlargement on the Rule of Law, Democracy and Constitutionalism in Post-Communist Legal Orders*, 2006, S. 275 ff. und Kochenov, *EU Influence on the Citizenship Policies of the Candidate Countries: The Case of the Roma Exclusion in the Czech Republic*, *JCER* 3:2 (2007), S. 124 ff.

hierarchien, über die Angemessenheit von Grundrechts- und Rechtsschutzniveaus, über die Art und den Status der Legitimation europäischen Rechts und über legitime Letztentscheidungsinstanzen haben die europäischen Gerichte die nationalen Gerichte erfolgreich dazu verpflichtet, nicht nur als nationale Richter, sondern zugleich als europäische Richter Recht zu sprechen. Insbesondere über das Prinzip »indirekter Wirkung« elaborierte der EuGH ein dogmatisches Instrumentarium, das nationalen Richtern erlaubte, ihre Funktion als europäische Richter wahrzunehmen – was unter anderem zur Folge hatte, dass insbesondere Gerichte unterhalb der höchstrichterlichen Appellations- und Verfassungsgerichtsebene eine pro-europäische und der Jurisprudenz des EuGH zugewandte Rechtsprechungspraxis betrieben haben (auch unter Umgehung nationaler Legeshierarchien und höherer nationaler Gerichtsinstanzen).²⁰

Die Idee rechtlicher Integration durch kooperative und pro-aktiv europäische Rechtsprechungspraktiken ist dabei in vieler Hinsicht mit der Vorstellung einer funktionierenden »Interpretationsgemeinschaft«, die als Garant für »Integration durch Interpretation« gilt, verknüpft. Daraus folgen spezifische Erwartungen an richterliche Hintergrundorientierungen und Rechtsverständnisse, an methodologische Einstellungen und richterliche Selbstverständnisse. Drei Aspekte sind dabei von besonderer Bedeutung: Zum ersten verweist das Prinzip »indirekter Wirkung«, das sich auf die Funktion nationaler Richter, die einheitliche Anwendung europäischen Rechts zu sichern, bezieht, nicht nur auf die Möglichkeit und Verpflichtung nationaler Gerichte, die Verfahren europäischer Rechtswahrung auszuschöpfen (z.B. Vorabentscheidungs-/Vorlageverfahren), sondern auch auf die Erwartung, dass nationale Gerichte nationales Recht im Lichte europäischen Rechts europarechtskonform interpretieren.²¹ Nach dem Prinzip indirekter Wirkung, das Interpretationsregeln artikuliert, wird von den nationalen Gerichten nicht nur gefordert, europäisches Recht in der Auslegung nationalen Rechts in Betracht zu ziehen, sondern die nationalen Regelungen im Lichte europäischen Rechts (d.h. so nah als möglich an europäischem Recht) auszulegen und jene Regeln nicht anzuwenden, die mit europäischem Recht inkompatibel sind.²² Eine indirekte Konsequenz, die sich aus dieser Verpflichtung ergibt, ist, dass sie implizit den Kanon an Interpretationsregeln, die Hierarchisierung von Argumentationstopoi und die Abwägung der Auslegungsmethoden modifiziert. So wird von den nationalen Gerichten erwartet, dass sie vom positiven Gesetzestext und dem »Willen des Gesetzgebers«, insofern diese mit europäischen Rechtsverpflichtungen nicht konform gehen, absehen. Hingegen werden die nationalen Gerichte ermutigt, dem EuGH-eigenen Kanon, der in erster Linie aus einer Mischung aus teleologischen, zweckorientierten und funktionsbezogenen Argumentationsinstrumentarien

²⁰ Vgl. Craig, *The Evolution of EU Law*, 1997; Drake, *Twenty Years after Von Colson: the impact of 'indirect effect' on the protection of the individual's Community right's*, *European Law Review* 30 (2005), S. 329 ff.; Klabbers, *Informal Instruments before the European Court of Justice*, *Common Market Law Review* (1994), S. 907 ff.; Hartkamp/Hesseling/Hondius/Joustra/du Perron/Veldman, *Towards a European Civil Code*, 2004.

²¹ Die Entfaltung von Interpretationsregeln seitens des EuGH war nicht nur durch die Notwendigkeit inspiriert, Vorrang und direkte Wirkung als dogmatische Eckpfeiler der europäischen Verfassungsordnung zu stärken und damit die einheitliche Interpretation und effiziente Anwendung europäischen Rechts zu gewährleisten, sondern auch Ersatz für das Fehlen eines formal abgesicherten Prinzips horizontaler direkter Wirkung von Sekundärrecht, insbesondere von Richtlinien.

²² Nachweise wie in Fn. 20.

besteht und unterschiedliche Rechtsquellen und -ebenen vergleichend in Betracht zieht,²³ heranzuziehen. Dabei wäre es allerdings verkürzt, allein die funktional-teleologischen Aspekte gerichtlicher Interpretation auszuzeichnen. Die EuGH-eigene Anwendung »wertender Rechtsvergleichung« ist in normativer Hinsicht zum einen in die Idee »gemeinsamer Verfassungstraditionen«, die auf EU-Ebene ihren Ausdruck finden, eingebettet, und zum anderen in die Idee einer (friedens-, rechts-, und demokratiesichernden) Kooperation unter Bedingungen gleichen Respekts.²⁴ Die in diesem Kontext interessierende praktische Konsequenz ist, dass auch die nationalen Gerichte dazu ermutigt werden, auf teleologische Auslegungsmethoden zurückzugreifen, um im Ergebnis eine europarechtskonforme Interpretation nationalen Rechts zu erreichen, was unter Umständen zu einer Entformalisierung des methodischen Interpretations- und Argumentationsgefüges und zu einer Diversifizierung interpretativer Instrumentarien und Techniken unter dem Telos »so as to arrive at the results conform to Community rule« führt.

Zum zweiten hat der EuGH durch die Anforderung an nationale, insbesondere unterinstanzliche Gerichte, nationales Recht zu prüfen und ggf. die Entscheidungsergebnisse der nationalen Legislativen anzupassen, nicht nur die Auslegungspraktiken beeinflusst,²⁵ sondern auch eine Veränderung der Rolle und Funktion der rechtsprechenden Instanzen sowie der hierarchischen und kompetenzverteilenden Struktur nationaler Gerichtssysteme bewirkt. Die Rede von solch unterschiedlichen Phänomenen eines »judicial empowerment« auf der Ebene »einfacher« Gerichtsbarkeiten, einer Juridifizierung von Politik auf der einen Seite und einer Politisierung von Recht auf der anderen Seite verweist sicherlich auf Transformationsphänomene, die eine auch auf europäische rechtliche Integrationsprozesse zurückzuführende Veränderung der Funktionsweise, Verantwortung und des Status von Gerichtsbarkeit bewirken.²⁶ Im Rahmen einer integrierten – wenn auch über mehrere politische Ebenen differenzierten – europäischen Rechtsordnung nehmen Gerichte stärker an politischen Gestaltungs- und Implementierungsprozessen (an »institutional engineering«) teil, was die Grenzlinien zwischen Judikative, Legislative und Exekutive ebenso wie die Legeshierarchien und die internen Kompetenzallokationen des judikativen Systems verschiebt und damit die politische, gesellschaftliche und soziale Verantwortlichkeit der Judikative erhöht. Diese Strukturmerkmale rechtlicher Praktiken, d.h. die Übernahme einer »politisierten« Rolle als zugleich nationaler und europäischer Richter und die Teilnahme an einer »Interpretationsgemeinschaft«, die stark von zweckorientierten diskursiven Techniken Gebrauch macht, werden vielfach

23 Vgl. etwa Bleckmann, Europarecht, 1990; Wegener, Art. 220, in: Callies/Ruffert, EUV-/EGV-Kommentar 2002, Rn. 2; Huber, Art. 220, in: Streinz, EUV/EGV-Kommentar, 2003, Rn. 1; Schwarze, Art. 220, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Rn. 1; Müller/Christensen, Juristische Methodik, Bd. 2 (Europarecht), 2003; Callies, Rechtsfortbildung und Richterrecht in der EU, in: Göttinger Online Beiträge zum Europarecht 1, 2005; Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH, 1995 und Hartley, The Foundations of European Community Law, 1998.

24 Vgl. Hitzel-Cassagnes, Der EuGH im Spannungsfeld von Konstitutionalisierung und Demokratisierung, in: Becker/Zimmerling (Hrsg.), Politik und Recht, PVS Sonderheft, 2006; Hitzel-Cassagnes, Discursive Processes in the European Institutional System, in: Fossum/Schlesinger/Kvaer (Hrsg.), Public Sphere and Civil Society? Transformations of the European Union, ARENA Report 2 (2007), S. 29 ff.

25 Vgl. Dann (Fn. 13); von Bogdandy (Fn. 13); Heutger, Law and Language in the European Union, Global Jurist Topic 3 (2003), S. 1 ff.; Heutger, A more Coherent European Wide Legal Language, EIOP 7:2 (2004).

26 Vgl. Cappelletti u.a. (Fn. 17); Graig/de Burca (Fn. 12); Stone Sweet, Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe, 2000; Shapiro/Stone Sweet, On Law, Politics and Judicialisation, 2002; Harlow/Rawlings, Pressure through Law, 1992; Mattli/Slaughter, Constructing the European Community from the Ground up: The Role of Individual Litigants and National Courts, Jean Monnet Working Paper (1996).

nicht nur als entscheidend für die rechtliche Integration der EU, sondern als eigentlicher Motor europäischer Integration und Verfassungsentwicklung angesehen. In diesem Licht zeigt sich denn auch, dass die Vertragsrevisionen von Maastricht, Amsterdam, Nizza und nun auch von Lissabon weitgehend als *nachholende »Kodifizierungen«* betrachtet werden können.

- c) Die EU hat also einerseits gemeinwesenbezogene Organisationsprinzipien, ein System von Verfahrensprinzipien zweiter Ordnung, einen Grund-, Menschen- und (in nuce) Bürgerrechtskatalog sowie ein justizielles Rechtsschutzsystem für individuelle, kollektive und öffentliche Rechtsansprüche ausgebildet, die aber andererseits weder auf ein verfassungsgebendes Forum, d.h. einen sichtbaren und artikulationsfähigen »pouvoir constituant« noch auf öffentliche, inklusive, durch formale und prozedurale Prinzipien angeleitete Rechtfertigungsdiskurse zurückzuführen sind. Nun haben europäische Institutionen auf diese Defizite in unterschiedlicher Hinsicht mit dem Bemühen reagiert, die Legitimation europäischer Verfasstheit zu erhöhen – nicht nur durch Maßnahmen, intern Transparenz und Rechenschaftspflichten zu erhöhen und Prinzipien »guten Regierens« zu etablieren,²⁷ sondern eben auch durch den Entwurf der Grundrechtecharta oder die Etablierung der Europäischen Konvention. Was sich aus diesen institutionellen Praktiken rechtlicher und politischer Funktionsträger folgern lässt, ist, dass die Frage nach der konstitutionellen Verfasstheit der EU gerade dadurch gekennzeichnet ist, dass die politischen und rechtlichen Akteure mit dem System so umgehen, als ob es über eine Verfassung verfügte. Dieser hypothetische Erwartungsrahmen ist zumindest in funktionaler Hinsicht und angesichts der auf der Vertrags-, Vertragsverhandlungs- und Vertragsabschlussebene festgehaltenen Defizite so erfolgreich, dass insofern kaum von einer Verfassungskrise gesprochen werden kann. Nun kann man an dieser Stelle nicht stehen bleiben – zumindest dann nicht, wenn man geneigt ist, institutionelle Performanz nicht nur in funktionaler, sondern auch in normativer Hinsicht zu bewerten. Wir sind nach wie vor mit einer Situation konfrontiert, die demokratisch defizitär ist, weil nicht alle Betroffenen, d.h. weil nicht alle europäischen Bürgerinnen und Bürger an der Hervorbringung dieser Verfassung teilnehmen.

4. Die EU-Verfassung als Provisorium

Hier stellt sich erneut – wenn auch in anderer Perspektive – die Frage, wie man Integrationsprozesse in einem »konstitutionalisierten« Europa demokratisch einholen kann, wenn man in Rechnung stellt, dass die Vertragsrevisionen (ebenso wie der Verfassungsentwurf) seit Maastricht an diesem Punkt insofern versagt haben, als sie die demokratischen Defizite, die mit der Konstitutionalisierung der EU einhergingen, nicht hinreichend abgebaut haben. Vor dem Hintergrund dessen, dass auf Vertragsebene weder ein kohärentes und gehaltvolles System demokratischer Rechte und Verfahren etabliert wurde, und dass die Umsetzung und Verwirklichung demokratischer Prinzipien (Transparenz, Bürgernähe, Einbin-

²⁷ Vgl. insbesondere Europäische Kommission, Weissbuch Europäisches Regieren, KOM (2001) 428; dies., Weissbuch über eine europäische Kommunikationspolitik, KOM (2006) 35; dies., Mitteilung an das Europäische Parlament, den Rat, den europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen zur Partnerschaft für die Kommunikation über Europa, KOM (2007) 569; dies., Grünbuch Recht auf Zugang der Öffentlichkeit zu Dokumenten im Besitz der Organe der Europäischen Gemeinschaft – Ein Überblick, KOM (2007) 185, und dies., Grünbuch Europäische Transparenzinitiative KOM (2006) 194.

dung von Zivilgesellschaft, institutionelle Verantwortung, offener Dialog) den – insbesondere europäischen – Institutionen, der Sekundärrechtsgenese und der interinstitutionellen Zusammenarbeit *qua Vertrag*²⁸ überantwortet wurden, erscheint es mir aussichtsreich, die normativen Potentiale, die in den institutionellen Strukturen begründet liegen, stärker in den Blick zu nehmen.

Der entscheidende Punkt ist, dass konstitutionalisierende Integrationsprozesse, die stark informell, inkrementell und elitengesteuert verlaufen, nur legitimiert werden können, wenn sie an inklusive und öffentliche Rechtfertigungsdiskurse rückgebunden werden. Unter Bedingungen einer prozedural und demokratisch defizitären politisch-rechtlichen Ordnungsbildung können öffentliche Rechtfertigungsdiskurse, die prinzipiengeleitet (Gleichheit, wechselseitiger Respekt und Anerkennung, Inklusion von Betroffenen) und prozessorientiert (Transparenz, Offenheit, Reversibilität) sind, zur nachholenden demokratischen Domestizierung der europäischen Entscheidungsorgane beitragen. Demokratische Partizipation eröffnet die Möglichkeit, Einfluss auf die gemeinsamen Entscheidungen von Betroffenen, einen Raum von Freiheit in Anspruch zu nehmen, und die »Befugnis, keinen anderen Gesetzen zu gehorchen, als zu denen ich meine Beistimmung habe geben können«,²⁹ als *conditio sine qua non* der Ausübung von Freiheit zu verbürgen.

Ich möchte nunmehr mit einem kantisch inspirierten Gedankenexperiment abschließen, das das europäische Integrationsprojekt einerseits als normative Kooperationsnötigung versteht und es andererseits an Prinzipien von Demokratieermöglichung und -verwirklichung zurückzubinden sucht. Dafür ist es notwendig, eine konzeptionelle und normative Weichenstellung mit der Frage vorzunehmen, inwiefern Institutionen ihren Teil dazu beitragen können, Entscheidungsprozesse demokratisch und partizipatorisch zu gestalten – etwa in Form transparenter, fairer und inklusiver Zugangsmöglichkeiten zu den institutionellen Entscheidungsforen und in Form einer prinzipiengeleiteten Strukturierung von Verständigungsprozessen. Eine demokratietheoretisch inspirierte Kritik an europäischen Integrationsprozessen sollte nicht die Chance vernachlässigen, die »social engineering«-Kapazität, die in den institutionellen Strukturen enthalten ist, zur Stärkung demokratischer Partizipation zu nutzen, denn im Prozess einer »selbstinduzierten« Demokratisierung institutioneller Strukturen in der Form institutioneller Selbstbeschränkung und Rechtfertigung kann das Aufbrechen eben dieser Strukturen begründet liegen. In diesem Zusammenhang kann dann ein institutioneller Rationalisierungsprozess öffentlicher Selbstverständigung, in dem Anerkennungs- und Inklusionsanforderungen normativ vermittelt werden und die kommunikative Macht von Betroffenen gestärkt wird – nicht nur in Form von Rechenschaftsverpflichtungen, denen politische Institutionen unterstellt werden, sondern in Form von effektiver Teilnahme und Teilhabe an der Ausübung, Anwendung, Verteilung und Begrenzung »politischer« Autorität – als regulative Idee gefasst werden. Den Ausgangspunkt eines solchen Gedankenexperiments bildet die kantsche Figur provisorischen Rechts, die es erlaubt, eine Perspektivenverschiebung vorzunehmen, die für die Idee nachholender demokratischer Domestizierung Raum lässt und sie in Verfahrensmechanismen zur wechselseitigen Selbsteinwirkung und -beschränkung übersetzt, um sie Prozessen öffentlichen Vernunftgebrauchs zu öffnen.

Für Kant bestimmen bekanntlich zwei begrifflich-konzeptionelle Grundlegungen den Rahmen dessen, wie Institutionen strukturiert sind: die formale Anlage

28 Vgl. insbesondere Art. 252a EUV.

29 Kant, *Metaphysik der Sitten* (MdS), in: Immanuel Kant, *Theorie-Werkausgabe*, hrsg. von Weischedel, 1956, A 22.

des Vernunftbegriffs und der Gesetzesbegriff. Neben dem formalen, allgemeinen und notwendigen Charakter des Freiheitsbegriffs ist die Idee der Gesetzesförmigkeit von zentraler Bedeutung. Ausgangspunkt dafür bildet die Annahme, auch die praktische Freiheit gründe in der Vernunft: »Diese gibt daher auch Gesetze, welche ... objektive Gesetze der Freiheit sind, und welche sagen, was geschehen soll, *ob es gleich vielleicht nie geschieht*«.30 In den unterschiedlichen Formulierungen des kategorischen Imperativs kommt dann die Idee, dass es sich bei der Erläuterung der Bedingungen von Freiheit der Form nach um ein allgemeines Gesetz handeln muss, besonders zum Ausdruck, da die Vernunft einen subjektiven Grundsatz der Probe unterwerfen muss, sich »durch denselben [...] zugleich als allgemein gesetzgebend zu denken, er sich zu einer solchen allgemeinen Gesetzgebung qualifiziere«.31 Diese Formulierungen mögen insofern bedenklich klingen, als nicht unmittelbar ersichtlich ist, wie aus dem rigiden und abschließenden Charakter der institutionellen Form die Idee von Prozessualität und Reversibilität entfaltet werden kann – das erschließt sich erst im Zusammenhang mit der Unterscheidung zwischen einem hypothetischen und einem konstitutiven Gebrauch regulativer Ideen einerseits und der Idee des öffentlichen Vernunftgebrauchs andererseits. Begriffen und Ideen kommt in erster Linie ein ordnender und aufklärender Charakter zu,32 sie dienen immer nur als Probestein von Wahrheitsregeln, bezogen auf die Bedingungen ihrer Verwirklichung und Grenzen.33 Diese regulative Struktur trifft auch und insbesondere für die Verwirklichung der Freiheitsgesetze zu: »Praktisch ist alles, was durch Freiheit möglich ist. Wenn die Bedingungen der Ausübung unserer freien Willkür aber empirisch ist, so kann die Vernunft dabei keinen anderen als regulativen Gebrauch haben«.34

Nun ist der Personenbegriff für Kant eng mit der Idee der Zurechenbarkeit verknüpft. Sowohl die Idee der moralischen Person als auch der Person als Rechtssubjekt zehren von dem Umstand, dass insbesondere Handlungen zurechenbar sind; entsprechend kann die moralische Persönlichkeit als »Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen« verstanden werden, woraus aber wiederum folgt – und darin liegt die Idee eines Prozesses öffentlichen Vernunftgebrauchs35 in praktischer Hinsicht begründet –, »dass eine Person keinen ande-

30 Kant, Kritik der reinen Vernunft (KdRV), in: Kant (Fn. 29), A 803 (Herv. Hitzel-Cassagnes). In der Metaphysik der Sitten wird dieses Postulat ausgeführt. »Zu aller Gesetzgebung (sie mag nun innere oder äußere Handlungen, und diese entweder a priori durch bloße Vernunft, oder durch die Willkür eines andern vorschreiben) gehören zwei Stücke: erstlich, ein Gesetz, welches die Handlung, die geschehen soll, objektiv als notwendig vorstellt, d.i. welches die Handlung zur Pflicht macht, zweites, eine Triebfeder, welche den Bestimmungsgrund der Willkür zu dieser Handlung subjektiv mit der Vorstellung des Gesetzes verknüpft; mithin ist das zweite Stück dieses: dass das Gesetz die Pflicht zur Triebfeder macht«, Kant, MdS (Fn. 29), A 13/14.

31 Kant, MdS (Fn. 29), A 25.

32 In der Kritik der reinen Vernunft findet sich unter dem Titel »Von dem regulativen Gebrauch der Ideen« die Behauptung, dass die transzendentalen Ideen, also jene, die die Bedingungen unserer Erkenntnis in den Blick nehmen, niemals von »konstitutivem Gebrauche« sind, d.h., sie liefern keine Begriffe bestimmter Gegenstände – ihr Gebrauch ist entsprechend ein regulativer und hypothetischer. Vgl. Kant, KdRV (Fn. 30), A 644.

33 Kant, KdRV (Fn. 30), A 647.

34 Kant, KdRV (Fn. 30), A 800.

35 Recht schönes Anschauungsmaterial bietet auch das Kapitel »Vom Meinen, Wissen und Glauben« aus der Kritik der reinen Vernunft. Hier verweist Kant auf die Möglichkeit (und Wünschbarkeit) prozeduraler Lösungen von Erkenntnisfragen. Drei Beweggründe spielen dabei eine Rolle, *zum ersten* die Diskrepanz zwischen den Anforderungen der Wahrheitsbedingungen und der (Un)Möglichkeit ihrer faktischen Einlösung, *zum zweiten* die Irrtumsanfälligkeit individueller Urteilsfindung und *zum dritten* die notwendig subjektive Struktur des Fürwahrhaltens: Indem wir uns angesichts der wechselseitigen Anerkennung unseres Vernunftvermögens auf einen begründenden Meinungsaustausch einlassen, kommen wir den Wahrheitsansprüchen noch am nächsten: »Ich kann nichts behaupten, d.i. als ein für jedermann notwendig gültiges Urteil aussprechen, als was Überzeugung wirkt«, Kant, KdRV (Fn. 30), A 821/2.

ren Gesetzen als denen, die sie (entweder allein oder wenigstens zugleich mit anderen) sich selbst gibt, unterworfen ist.«³⁶ Wird die Idee der Freiheitsgesetze positiv entfaltet und unter dem Gesichtspunkt der sozialen Kooperation betrachtet, kommt insbesondere das Recht in den Blick: »Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.«³⁷

Bedenkt man, dass Kant zugleich von einer Pflicht, einen »status civilis« herbeizuführen, ausgeht – um die Willküranfälligkeit nicht rechtlich eingetragener sozialer Kooperation zu bannen –, dann hat das auch institutionelle Konsequenzen, und die Postulate »sei ein rechtlicher Mensch«³⁸ und »mache dich anderen nicht zum bloßen Mittel, sondern sei für sie zugleich Zweck«,³⁹ haben gleichsam selbst einen regulativen Status. Zwei Implikationen sind von besonderer Bedeutung; zum ersten die normative Erwartung, dass Bürger einer »res publica« als Rechtsadressaten und Rechtsautoren zu verstehen sind, und zum zweiten, dass Institutionen die Bedingungen von Freiheitsgewährleistungen herstellen sollen. Betrachten wir den Status europäischer Integration und Konstitutionalisierung, ist offensichtlich, dass die Kongruenz von Rechtsautoren und -adressaten nicht gegeben ist. Entscheidend in diesem Kontext ist nun, dass Kant vorschlägt, die institutionelle Sicherung der Ermöglichungs- und Realisierungsbedingungen von Freiheit über Verfahrensmerkmale und Organisationsprinzipien zu erläutern. Wenn er »civitas«⁴⁰ und »republikanische Verfassung« jeweils als »Vereinigung einer Menge von Menschen unter Rechtsgesetzen« darstellt, dann sind die »Menschen« die zur Gesetzgebung vereinigten Glieder, sprich die Bürger, »und die rechtlichen, von ihrem Wesen (als solchen) unabtrennbaren Attribute derselben sind gesetzliche Freiheit, keinem anderen Gesetz zu gehorchen, als zu welchem er seine Beistimmung gegeben hat.«⁴¹ Wenn er nun die gewaltenteilige Struktur der institutionellen Ordnung einer »civitas« normativ auszeichnet, dann deshalb, weil dadurch Reflexivität gewährleistet und eine Realisierungsbedingung der Bildung von Freiheitsgesetzen benannt wird. Greift man an diesem Punkt auf die Idee des öffentlichen Vernunftgebrauchs zurück, wird deutlich, weshalb politischen und rechtlichen Institutionen eine reflexive und »provisorische« Struktur zukommt,⁴² weil die Freiheit des öffentlichen Urteils und des öffentlichen Vernunftgebrauchs⁴³ das Ferment einer Annäherung an die Idee freiheitssichernder und freiheitsgewährleistender Institutionen und »gemeiner Wesen«, d.h. politischer Organisation und »res publica« bildet.

Diese Erwägungen ermöglichen eine instruktive Perspektive auf die europäischen – institutionengesteuerten – Vergemeinschaftungsprozesse, weil die Realisierungsmöglichkeiten normativer Prinzipien sichtbar werden. »Öffentliche Beurteilung«, d.h. Prozesse öffentlicher Rechtfertigung können einerseits zu Änderungen im »status civilis« selbst und andererseits zu einer dynamischen

³⁶ Kant, MdS (Fn. 29), A 22.

³⁷ Kant, MdS (Fn. 29), A 33.

³⁸ Kant, MdS (Fn. 29), A 43.

³⁹ Kant, KdrV (Fn. 30), A 751.

⁴⁰ Vgl. Kant, MdS (Fn. 29), A 165 ff.

⁴¹ Kant, MdS (Fn. 29), A 166.

⁴² Vgl. Kant, MdS (Fn. 29), A 168 ff.

⁴³ Zum öffentlichen Prozess freien Meinungs Austauschs schreibt er: »Zu dieser Freiheit gehört denn auch die, seine Gedanken, seine Zweifel, die man sich nicht selbst auflösen kann, öffentlich zur Beurteilung auszustellen, ohne darüber für einen unruhigen und gefährlichen Bürger verschrien zu werden. Dies liegt schon in dem ursprünglichen Rechte der menschlichen Vernunft [...] Von dieser Freiheit muss alle Besserung, deren unser Zustand fähig ist, herkommen«, Kant, KdrV (Fn. 30), A 752.

Veränderung bzw. Verbesserung politischer Institutionen führen, wenn sie auf die »Perfektionierung« der Sicherung der Bedingungen von Freiheitsgewährleistungen verpflichtet werden. In diesem Sinne werden sie dazu genötigt, sich reflexiv gegenüber ihren faktischen Unzulänglichkeiten zu verhalten. Kant macht darauf aufmerksam, dass Institutionen aufgrund ihrer faktischen Unzulänglichkeit immer »unter Vorbehalt« stehen, d.h. dass jeder präsente Zustand nur als Provisorium im Hinblick auf einen besseren Zustand zu fassen ist.⁴⁴ In dieser Perspektive können wir von europäischer Integration, von europäischer Konstitutionalisierung, von europäischer Verfassung als von einem auf Dauer gestellten Provisorium sprechen, in dessen Rahmen normative, d.h. demokratiefördernde und demokratieverwirklichende Potentiale intern ausgebaut werden können. Europäische Konstitutionalisierung ist in diesem Sinne notwendig provisorisch, weil sie einem reflexiven Vernunftgebrauch auf Dauer unterstellt werden muss – und sich ihre normative Dignität nur darauf gründen kann, dass sie eine vorläufige Form einer reflexiven Ordnung darstellt, die zugleich Medium sozialer Kooperation ist. Für eine solche Form der »Institutionalisierung autonomer und die Entinstitutionalisierung heteronomer Verhaltensweisen«⁴⁵ bieten die sich exklusiv als Autoren verstehenden »hohen vertragschließenden Parteien« bis dato keine Gewähr, die europäischen Bürgerinnen und Bürger vermögen sich also kaum zu einer »Beistimmung dem Wunsche nach« genötigt sehen. Vor diesem Hintergrund sollten die institutionellen Strukturen und Praktiken stärker in den Blick gerückt und erstens auf die Stärkung der formalen und transparenzsteigernden Grundstruktur, zweitens auf den Ausbau der reflexiven Strukturen wechselseitiger Selbstbeschränkung und drittens auf die Prozeduralisierung und Ermöglichung »öffentlichen Vernunftgebrauchs« hin eruiert werden.

Summary:

In den »Vertrag von Lissabon zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft« wurden einerseits die materialen Teile des gescheiterten Verfassungsvertrags weitgehend übernommen, andererseits wurden intern vollzogene Rechtsentwicklungen und -fortbildungen überwiegend nachholend kodifiziert, was erneut zu Kritik insbesondere an der demokratischen Qualität und Sozialverträglichkeit Europäischer »Konstitutionalisierung« geführt hat. Der Beitrag setzt sich vor diesem Hintergrund mit dem Problem auseinander, wie die institutionellen Strukturen und Praktiken Europäischer Rechtsfortbildung umgestaltet werden können, um die Legitimation europäischer Verfasstheit zu erhöhen. Dabei handelt es sich nicht nur um Fragen danach, wie die »hohen vertragschließenden Parteien« das Prinzip der Bürgernähe im Sinne von Transparenz und Offenheit in den Verträgen verankern können, sondern um Fragen danach, wie informelle, inkrementelle und elitengesteuerte Integrationsprozesse an inklusive und öffentliche Rechtfertigungsdiskurse rückgebunden werden können, und wie die Kongruenz von (Integrations-)Adressaten und Autoren gewährleistet werden kann.

⁴⁴ S. Kant, MdS (Fn. 29), A 212/3.

⁴⁵ Maus, Zur Theorie der Institutionalisierung bei Kant, in: Göhler/Lenk/Münkler/Walther (Hrsg.), Politische Institutionen im gesellschaftlichen Umbruch. Ideengeschichtliche Beiträge zur Theorie politischer Institutionen, 1990, S. 366.