

Demokratie und Gewaltenteilung

Christoph Möllers

I. Einführung	795
II. Textbefunde	797
1. Systematischer Zusammenhang	797
2. Demokratie, Art. 10–12 EUV	798
3. Gewaltenteilung, Art. 13 EUV	804
III. Verfassungstheoretische Fragen	812
1. Demokratische Legitimationssubjekte: das Fehlen des europäischen Volkes	812
2. Verschiedene demokratische Legitimationsformen – und ihre Alternativen	817
3. Gewaltenteilung – und ihre Strukturprobleme in der EU	820
4. Demokratie und Gewaltengliederung als konstitutionelle Normen	825
IV. Dogmatik	833
1. Ein unionales demokratisches Prinzip und Art. 10 EUV	833
2. Institutionelles Gleichgewicht und Art. 13 EUV	843
3. Antagonismus und wechselseitige Verstärkung beider Prinzipien	850
V. Übergreifende Deutungsangebote	852
1. Ein europäisches Demokratieprinzip	852
2. Eine europäische Gewaltenteilung	854
3. Eine gubernativ-föderale Regierungsform für die EU	855
4. Ein konstitutioneller Kern und seine Grenzen	858

I. Einführung

Mit den Art. 10–12 und 13 EUV wird ein doppelter systematischer Kreuzungspunkt des Unionsrechts zum Thema dieses Beitrags. Verbunden werden hier *erstens* die Normen der Art. 1 ff. EUV, dem Kern des Vertragsrechts,¹ mit den operativen Aufgaben- und Kompetenznormen des AEUV. Verbunden wird *zweitens* die demokratische Legitimation des politischen Willensbildungsprozesses in der EU mit der Gewaltenteilung in der unio-nalen Rechtserzeugung.

Damit stellen sich für die EU viel diskutierte Fragen. *Erstens* die alte Frage nach der hinreichenden demokratischen Legitimation der Union.²

1 Zu diesem Konzept unten, III.4.b, sowie von *Bogdandy/Bast*, in diesem Band, III.1.

2 *Jelena von Achenbach*, Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union, Berlin: Springer 2014, 300–325; *Fritz Scharpf*, Governing in Europe: Effective and Democratic?, Oxford: Oxford University Press 1999; *Paul Magnette*, European Democracy Between Two Ages, in: Catherine Barnard (Hrsg.), The Fundamentals of EU Law Revisited: Assessing the Impact of the Constitutional Debate, Oxford: Oxford Uni-

Zweitens die Frage nach einer angemessenen Organisationsstruktur für eine supranationale Organisation,³ deren Entwicklung sich in einem weltweit einmaligen Stand zwischen staatsähnlicher Föderation und internationalen Organisation befindet.⁴

Das Verhältnis von politischer Gemeinschaftsbildung zur Rechtsetzungs- und Handlungsfähigkeit wird an keiner Stelle des Unionsrechts in solcher Verdichtung verfasst wie in den Art. 10–12 und 13 EUV. Dabei transportieren die Normen einen Gehalt, der über die Rechtsform hinausgeht. Sie haben einen explikativen Wert, weil die Union in ihnen eine *rechtlich formalisierte Selbstbeschreibung ihrer eigenen politischen Legitimation* anbietet.⁵ Das damit aufgerufene Verfahren einer *normativen Rekonstruktion*⁶ der EU anhand ihrer Verträge ist nicht notwendig ein rechtfertigendes Projekt. Es kann ebenso immanente Widersprüche und Unzulänglichkeiten aufdecken.

Die folgende Darstellung wird sich zunächst dem niedergelegten Normbestand in einer sich nah am Vertragstext haltenden Deutung zuwenden (II.), um diesen dann den verfassungstheoretischen Debatten um Legitimation und Organisation der Union zuzuordnen (III.). Daran schließt der Versuch an, beide Grundsätze, Demokratie und Gewaltenteilung, als Teil eines Kernverfassungsrechts unter Aufarbeitung der Rechtsprechung des

versity Press 2007, 13–34; Allan Rosas/Lorna Armati, EU Constitutional Law, 3. Aufl., Oxford: Hart 2018, 124–140. Ein dichter Überblick findet sich bei Matthias Ruffert, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl., München: C.H. Beck 2022, Art. 9 EUV, Rn. 14 ff. Hervorzuheben ist auch die weitgehende Fehlanzeige zu diesem Stichwort bei Koen Lenaerts/Piet Van Nuffel/Tim Corthaut, EU Constitutional Law, Oxford: Oxford University Press 2021, Rn. 5004.

- 3 Zur Anwendbarkeit von Gewaltenteilungsmodellen auf die EU: Jacques Ziller, Separation of Powers in the European Union's Intertwined System of Government: A Treaty Based Analysis for the Use of Political Scientists and Constitutional Lawyers, *Il Politico* 73 (2008), 133–179; Koen Lenaerts, Some Reflections on the Separation of Powers in the European Community, *CML Rev.* 28 (1991) 11–35; Christoph Möllers, The Three Branches, Oxford: Oxford University Press 2013, 169–171.
- 4 Dazu Schütze, in diesem Band, II.; ders., European Union Law, 3. Aufl., Cambridge: Cambridge University Press 2021, 59 ff. Zu Parallelen des Exekutiv-Föderalismus mit der deutschen Struktur *Dann*, in diesem Band; der Begriff für die EU auch bei Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut (Fn. 2), Rn. 18.002.
- 5 Zu einem solchen Begriff der Verfassung Christoph Möllers, Verfassunggebung – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: Armin von Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin: Springer 2009, 227–277.
- 6 Zur Figur Daniel Gaus, Rationale Rekonstruktion als Methode politischer Theorie zwischen Gesellschaftskritik und empirischer Politikwissenschaft, *Politische Vierteljahrsschrift* 54 (2013), 231–255; für die EU Markus Patberg, Suprastaatliche Verfassungspolitik und die Methode der rationalen Rekonstruktion, *Der Staat* 53 (2014), 401–424.

EuGH zu dogmatisieren und auf konkretere Einzelprobleme zu beziehen (IV.). Der Beitrag endet mit allgemeineren Deutungsangeboten der beiden Prinzipien (V.).

II. Textbefunde

1. Systematischer Zusammenhang

Die in diesem Beitrag zu untersuchenden Normen des EU-Vertrags decken sich nicht völlig mit der Systematik des Vertrags.⁷ Art. 10–12 EUV befinden sich im Titel II, der die „demokratischen Grundsätze“ der Union regelt.⁸ Der Abschnitt beginnt mit der Herleitung der Unionsbürgerschaft aus der mitgliedstaatlichen Staatsangehörigkeit und dem Gebot der Gleichbehandlung zwischen diesen Bürgerinnen und Bürgern, als Bedingung der Möglichkeit einer demokratischen Verfassung. Diesem Abschnitt geht nur noch derjenige über „gemeinsame Bestimmungen“ voran, der die Grundlagen der Kompetenzverteilung und die Verpflichtung auf einen gemeinsamen Wertbestand vorsieht. Damit nimmt das Anliegen einer demokratischen Verfasstheit eine herausgehobene Stellung im Vertrag ein. Art. 13 EUV gehört bereits zum folgenden Abschnitt, der das institutionelle System regelt. Mit Art. 10–13 EUV wird also der Übergang von der Legitimation zur Organisation erfasst. Zugleich stehen Art. 10–13 EUV in einem viel weiteren systematischen Zusammenhang. Art. 2 EUV nennt die Demokratie als einen Grundwert der Union. In Art. 13 EUV Abs. 1, S. 1 EUV wird der institutionelle Rahmen der EU auch auf die Erfüllung dieser Werte verpflichtet. Art. 13 EUV steht systematisch im Dienst der Art. 10–12 EUV.

7 Zur heutigen Aufteilung der Verträge *Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut* (Fn. 2), Rn. 2003.

8 Zum Aufbau *Matthias Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 2), Art. 9 EUV, Rn. 21–24; *Christoph Schönberger*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 80. EL, München: C.H. Beck, Art. 9 EUV, Rn. 1–3.

2. Demokratie, Art. 10–12 EUV

a) Entscheidung für die repräsentative Demokratie

Art. 10 Abs. 1 EUV beginnt den Abschnitt mit einem Bekenntnis zur repräsentativen Demokratie.⁹ Dieser Beginn spricht systematisch dafür, dieser Form der Demokratie einen, wenn auch in seiner normativen Bedeutung zunächst ungewissen, Vorrang einzuräumen. Was mit diesem Grundsatz gemeint sein soll, ergibt sich aus den weiteren Absätzen. Art. 10 Abs. 2 EUV doppelt die Repräsentationsstränge in der Union, bringt aber zugleich zum Ausdruck, wer hier überhaupt zu repräsentieren ist: Das Europäische Parlament (EP) repräsentiert die „Bürgerinnen und Bürger“, so auch Art. 14 Abs. 2 S. 1 EUV, der Rat repräsentiert die Mitgliedstaaten, so auch Art. 16 Abs. 2 EUV. In beiden Repräsentationsnormen wird also nicht, wie in vergleichbaren Verfassungstexten, von der Vertretung eines Volkes gesprochen, sondern es werden eine auf Individuen heruntergebrochene Bürgerschaft und bereits verfasste staatliche Organisationen in der Union repräsentiert. Auf diese doppelte Vermeidung des Volksbegriffs wird zurückzukommen sein.¹⁰ Für die Mitgliedstaaten endet die Repräsentationsstruktur hier nicht. Denn die Regierungsmitglieder, die die Staaten repräsentieren, müssen laut Art. 10 Abs. 1 S. 2 EUV ihrerseits innerhalb der Mitgliedstaaten, sei es parlamentarisch, sei es direktdemokratisch, jedenfalls gegenüber ihren Bürgerinnen und Bürgern verantwortlich sein. Damit ist zugleich implizit klargestellt, dass sich Art. 10 EUV *nicht darauf beschränkt, die Organe der Union zu adressieren.*¹¹

9 Dieses Bekenntnis stammt aus dem Verfassungsentwurf, kam dort aber erst relativ spät hinein (gleicher Wortlaut seit EU, Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung von Europa 820/03, 20.7.2003, CONV 820/03, Art. I-46 Abs. 1 VVE). Dies mag daran liegen, dass repräsentative Elemente als weitgehend bestehend vorausgesetzt wurden, wohingegen partizipative Erwägungen und Bürgernähe einer bislang unerfüllten Forderung entsprachen (s. Erklärung von Laeken und EU, Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung von Europa 14/02, CONV 14/02, S. 4). Dabei wird im Lauf der Verhandlungen das Wort Grundsatz gestrichen.

10 Unten, III.I.

11 Zu diesem lange Zeit wenig beachteten Zusammenhang bereits *Isabelle Ley*, Brünn betreibt die Parlamentarisierung des Primärrechts, Anmerkungen zum zweiten Urteil des Tschechischen Verfassungsgerichtshofs zum Vertrag von Maastricht, JZ 2010, 165–173 (169 f.). Gründe dafür, dass die Norm nicht nur deskriptiv mitgliedstaatliche Legitimation unterstellt, sondern diese normativ einfordert, bei *John Cotter*, To Everything There Is a Season: Instrumentalising Article 10 TEU to Exclude Undemocratic

In das Bild einer repräsentativdemokratisch verfassten Union passt Art. 10 Abs. 4 EUV. Wenn dieser den politischen Parteien den primärrechtlichen Auftrag gibt, zur politischen Bewusstseins- und Willensbildung beizutragen, dann gehört das in den Bereich demokratischer Repräsentation, die weltweit allein in Mehrparteiensystemen funktioniert. Im deutschen Recht, an das die Formulierung angelehnt zu sein scheint, ist die entsprechende verfassungsrechtliche Norm auf eine gesetzliche Konkretisierung angelegt, die es auch im Unionsrecht in Ansätzen gibt.¹² Systematisch, aber auch politisch-praktisch hätten an diese Stelle auch Prinzipien für die Wahl des Europäischen Parlaments gehört, denen die Struktur des europäischen Parteienwesens folgen dürfte (vgl. Art. 14 Abs. 3 EUV). Im Ergebnis definieren die Absätze 1, 2 und 4 des Art. 10 EUV damit ein geschlossenes Modell demokratischer Repräsentation in der Union, das theoretisch für sich stehen könnte. Nur Art. 10 Abs. 3 EUV fügt sich dieser Systematik nicht, er gehört als eine Regelung partizipativer Demokratieformen zu Art. 11 EUV.

b) Entscheidung für partizipative Elemente

Art. 11 EUV regelt zusammen mit Art. 10 Abs. 3 EUV Gegenstände, die in der Nomenklatur der Demokratietheorie unter dem Stichwort „Partizipation“ behandelt werden.¹³ Art. 11 Abs. 1 EUV ist streng genommen keine Organisationsnorm, denn die dort geschützte Möglichkeit von Bürgerinnen und „repräsentativen Verbänden“, ihre Ansichten bekannt zu geben und auszutauschen, ist im Unionsrecht bereits grundrechtlich geschützt,¹⁴ und

Member State Representatives from the European Council and the Council, E.L.Rev. 47 (2022), 69–84 (71).

- 12 VO 1141/2014/EU v. 22. Oktober 2014 über das Statut und die Finanzierung europäischer politischer Parteien und europäischer politischer Stiftungen, ABI. 2014 L 317/1; dazu *Thorsten Koch*, Das neue Recht der europäischen politischen Parteien, Mitteilungen des Instituts für Deutsches und Internationales Parteienrecht und Parteienforschung Nr. 1 (2018), 71–78; *Pascal Schonard*, Europäische politische Parteien und europäische politische Stiftungen, Zeitschrift für Parteienwissenschaften Nr. 3 (2022), 311–321. Überblicke bei *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 8), Art. 10 EUV, Rn. 105–114; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 2), Art. 10 EUV, Rn. 14–22.
- 13 Zum Begriff nur *Manfred Schmidt*, Demokratietheorien, 6. Aufl., Wiesbaden: Springer 2019, 227 ff.
- 14 Man denke nur an die Vereinigungsfreiheit in Art. 12 GrCh, dazu *Hans Jarass*, in: *Hans Jarass* (Hrsg.), EU-Grundrechte-Charta, 4. Aufl., München: C.H. Beck 2021, Art. 12 EUV, Rn. 4.

bedürfte keiner weiteren Regelung. Doppelt bemerkenswert ist die zweimal verwendete Figur des „repräsentativen Verband[s]“. Zum Erstens muss es sich hier um einen *anderen Repräsentationsbegriff* handeln als in Art. 10 Abs. 1, 2 EUV, denn Verbände repräsentieren nicht nach Grundsätzen demokratischer Gleichheit. Der Begriff formalisiert ein auf Assoziation oder Korporatismus aufbauendes Repräsentationsverständnis.¹⁵ Dies ist, zum Zweiten, bemerkenswert, weil die Norm Bürgerinnen und Bürger auf die gleiche normative Ebene stellt wie Verbände, was sich mit keinem normativ akzeptablen Demokratiebegriff vereinbaren lässt.¹⁶

Art. 11 Abs. 2 EUV verpflichtet die Organe der EU zu einem öffentlichen Dialog mit den repräsentativen Verbänden und der Zivilgesellschaft. Semantisch ließen sich die beiden Begriffe als Synonyme verstehen, was systematisch durch die Form der Aufzählung aber ausgeschlossen wird. Damit bleibt der Begriffsgehalt ungewiss.¹⁷ Zu denken wäre daran, zwischen Verbänden, die ökonomische Interessen vertreten, und am Gemeinwohl interessierten Organisationen der Zivilgesellschaft zu unterscheiden, aber wirklich etabliert ist eine solche Unterscheidung nicht. Art. 11 Abs. 3 EUV ergänzt dies um eine Pflicht der Kommission zu Anhörungen.

Stellt sich Art. 11 EUV als Relativierung von Art. 10 Abs. 1 EUV dar oder als dessen Ergänzung? Jedenfalls schaffen die Normen des Art. 11 keinen dezidiert politischen Mechanismus, sondern sehen eine Art gemischtes Verfahren vor, das verfassungstheoretisch am Übergang zwischen *rechtsstaatlichen und demokratischen Verfahren* liegt.¹⁸ Die Formulierung „Betroffene“ deutet auf eine Beschränkung von individuellen Rechten, nicht auf politische Selbstorganisation hin. Soweit es um die Einbeziehung von Interessen

15 Kritisch mit Blick auf Art. 11 EUV *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 2), Art. 11 EUV, Rn. 11 ff.; *Philippe C. Schmitter*, Imagining the Future of the Euro-Polity with the Help of New Concepts, in: Gary Marks/Fritz W. Scharpf/Philippe C. Schmitter (Hrsg.), Governance in the European Union, London: Sage 1996, 121–150.

16 Zur Kritik an diesen Konzepten schon anlässlich des Governance-Weißbuchs der Kommission Christian Joerges/Yves Mény/Joseph H.H. Weiler (Hrsg.), Mountain or Molehill? Responses to the European Commission's White Paper on Governance, New York: NYU School of Law 2002.

17 Der Begriff der Zivilgesellschaft leidet daran, dass er für die Rolle gesellschaftlicher Institutionen für den politischen Übergang von nicht-demokratischen zu demokratischen Gemeinschaften entwickelt wurde. Repräsentative demokratische Politik sollte er nicht ersetzen, auch nicht ergänzen: *Jean Cohen/Andrew Arato*, Civil Society and Political Theory, Cambridge: MIT Press 1994.

18 Begriffliche Einordnung bei *Christoph Möllers*, Gewaltengliederung, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 189 ff.

gehen soll, lassen sich hier politische Komponenten ausmachen.¹⁹ Dennoch ist zweifelhaft, inwieweit hier demokratische Verfahren geregelt werden, weil die zu beteiligenden „repräsentativen Verbände“ keine politischen Subjekte sind, die demokratische Freiheits- und Gleichheitsrechte für sich in Anspruch nehmen können.

Art. 10 Abs. 3 EUV fügt eine Formel hinzu, die ein Recht auf „Teilnahme am demokratischen Leben“, S. 1, mit der Pflicht zu offenen und bürgerhaften Entscheidungen, S. 2, verbindet.²⁰ Auch wenn kein durchsetzbares subjektives Recht auf demokratische Partizipation geschaffen werden soll, hat die Norm auch in der Zusammenschau mit Art. 11 EUV in S. 2 eine starke Wirkung mit Blick auf Ansprüche auf Informationszugang. Hier verstärkt der Hinweis auf das Demokratieprinzip bestehende konkretere primär- und sekundärrechtliche Positionen zugunsten von Informationspetenten.²¹

Systematisch bemerkenswert ist schließlich, dass Art. 11 EUV alle Organe adressiert, aber *allein* die Kommission ausdrücklich nennt. Wenn im Kontrast dazu Art. 10 EUV Parlament, Rat und Europäischen Rat nennt, weist das darauf hin, dass die – wohl kompensatorisch zu verstehenden – Mechanismen in Art. 11 EUV allesamt in besonderer Weise auf die Kommission zugeschnitten sind.²² Die genannten Verfahren erscheinen typisch für exekutives Handeln. Die primärrechtliche Aufhängung von Anhörungs- und Beteiligungsregeln, die sich in vielen Fällen in konkreter Form im Sekundärrecht finden, verweist implizit auf ein Legitimationsproblem der Kommission.

19 Zuletzt *Susan Rose-Ackerman*, *Democracy and Executive Power: Policymaking Accountability in the US, the UK, Germany, and France*, New Haven: Yale University Press 2021; vgl. schon *Francesca Bignami*, *The Democratic Deficit in European Community Rulemaking: A Call for Notice and Comment in Comitology*, Harv. Int'l L. J. 40 (1999), 451.

20 Dazu die grundrechtsnahe Deutung bei *Matthias Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 2), Art. 10 EUV, Rn. 12.

21 Dazu aus einer sehr großen Literatur *Alberto Alemanno*, *Unpacking the Principle of Openness in EU Law: Transparency, Participation and Democracy*, E.L.Rev. 39 (2014), 72; *Deirdre Curtin/Päivi Leino*, *Openness, Transparency and the Right of Access to Documents in the EU*, Report for the Petitions Committee, European Parliament, 2016; zum Zusammenhang mit Demokratie: *Rosas/Armati* (Fn. 2), 126. Diese Garantie findet sich mit dem Grundsatz der Offenheit auch schon in Art. 1 Abs. EUV: *Christian Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 2), Art. 1 EUV, Rn. 83 ff. Er ist für die Organe dann wieder unterschiedlich konkretisiert, knappe Übersicht bei *Nettesheim*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 8), Art. 10 EUV, Rn. 94.

22 Zur Bedeutung für die EZB, die nach Art. 13 EUV ebenfalls zu den in Art. 11 EUV adressierten „Organen der Union“ gehört, siehe *Bast/Kaiser*, in diesem Band.

c) Entscheidung für direktdemokratische Mechanismen

Art. 11 Abs. 4 EUV enthält im Ansatz eine dritte demokratische Legitimationsform, nämlich die direktdemokratische Initiative.²³ Wenn mit dieser die Kommission im Verfahren nach Art. 24 AEUV dazu aufgefordert werden kann, Rechtsakte vorzuschlagen, so ist die Einordnung des Mechanismus als direktdemokratisch²⁴ allerdings doppelt zu relativieren. Zum einen entfaltet die Initiative ausdrücklich keine rechtliche Bindungswirkung, zum anderen führt sie zu Verfahren, die die Begrifflichkeit des Vertrags als *repräsentativ* bezeichnet. Die direktdemokratische Anwendung ist also mehrfach *fest in die unionale Repräsentationsstruktur eingebunden*. Die einzige primärrechtliche Vorgabe jenseits der Existenz des Verfahrens besteht implizit darin, dass die Bürgerinnen, die eine solche Initiative ergreifen, aus mehr als einem Mitgliedstaat kommen müssen – eine Regelung, die angesichts der sehr unterschiedlichen Größe der Mitgliedstaaten keine hohe Hürden setzt und quasi nationale Initiativen verhindern soll.

d) Hybride Funktion der nationalen Parlamente

Zeigen sich in Art. 10, 11 EUV drei verschiedene Formen „demokratischer Grundsätze“, so lässt sich Art. 12 EUV in ein solches Schema nicht ebenso einordnen. Dieser regelt mit den mitgliedstaatlichen Parlamenten einen Organotyp, der nicht zur EU gehört und auch keine Erwähnung in Art. 13 EUV findet. Die Formulierung der Norm ist eigenartig, weil sie im Eingangssatz so klingt, als würde sie Pflichten der mitgliedstaatlichen Parlamente stipulieren (engl. Version *shall*), um anschließend nur eine allgemeine Pflicht der Parlamente, sich zu unterrichten, vorsieht, und ansonsten auf Rechte verweist, die in anderen Teilen der Verträge sowie im Protokoll (Nr. 1) über

23 Dazu aus der Literatur Thomas Hieber, Die Europäische Bürgerinitiative nach dem Vertrag von Lissabon, Tübingen: Mohr Siebeck 2014; kritisch etwa Fernando Mendez/Mario Mendez, The Promise and Perils of Direct Democracy for the EU, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 19 (2017), 48–85 (65 ff.); Matthias Knauff, Die Europäische Bürgerinitiative im Wandel, DVBl. 2020, 404.

24 Zu bemerken ist, dass diese Formen nicht unbedingt „direkter“ demokratisch legitimieren als repräsentative Mechanismen: Ernst-Wolfgang Böckenförde, Mittelbare/Repräsentative Demokratie als eigentliche Form der Demokratie, in: George Müller u.a. (Hrsg.), FS für Kurt Eichenberger, Basel: Helbing & Lichtenhahn 1982, 301–328; Christoph Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechungen, 3. Aufl., Berlin: Wagenbach 2008, 29.

die Rolle der nationalen Parlamente und im Subsidiaritäts-Protokoll (Nr. 2) eingeräumt werden. Art. 12 EUV ist vor allem wegen seiner impliziten Voraussetzungen von Interesse. Zum Ersten regelt er, wie Art. 10 Abs. 2 EUV, die Innenseite des mitgliedstaatlichen politischen Prozesses, indem er deren Parlamente unmittelbar adressiert und mit unionsrechtlich begründeten Rechten ausstattet. Das Unionsrecht wird so materiell zu einem Teil des Staatsorganisationsrechts der Mitgliedstaaten.

Zum Zweiten erscheint die Rolle der Parlamente hier normativ wenig zwingend. Als zentrale Legitimationsvermittler in den Mitgliedstaaten, die ja allesamt parlamentarische oder zumindest semi-parlamentarische Regierungssysteme haben, nehmen die Parlamente in der Legitimationsstruktur der EU den zentralen Platz ein, den Art. 10 Abs. 2 EUV formuliert. Ungewiss ist aber, ob Art. 12 EUV i.V.m. den einschlägigen Protokollen den Parlamenten darüber hinaus etwas geben kann oder soll. Denn durch diese Normen fungieren die mitgliedstaatlichen Parlamente nicht als direkt legitimierte demokratische Repräsentanten der nach wie vor Souveränität beanspruchenden Mitgliedstaaten, sondern als Knotenpunkte eines regulatorischen Netzwerks, in dem sie nicht aus eigenem Recht, sondern aus dem Recht der Union berechtigt und verpflichtet werden. Strukturell erinnern die ihnen gewährten Informations- und Anhörungsrechte an die Rolle von Betroffenen im Verwaltungsverfahren. Legitimatorisch ist dies eine Herunterstufung von repräsentativer Entscheidung zu schwacher Partizipation. Praktisch wirkt die Regelung eher als Versuch, die Parlamente in Mitverantwortung für Entscheidungen zu nehmen, auf die sie jedenfalls durch diese Instrumente keinen relevanten Einfluss nehmen können. Art. 12 EUV lässt die Parlamente der Mitgliedstaaten an der Entwicklung des Unionsrechts partizipieren, muss damit aber ihr Selbstverständnis als Repräsentanten des jeweiligen mitgliedstaatlichen Volkes verfehlen.²⁵ Ob unter diesen Bedingungen in speziellen Garantien wie der Subsidiaritätsrüge, die Art. 12 lit. b EUV vorsieht und im Subsidiaritätsprotokoll regelt,²⁶ eine überzeugende Kopplung von Demokratie und Kompetenzfrage gesehen werden kann,²⁷

²⁵ Vgl. auch die skeptischen Überlegungen bei *von Achenbach*, in diesem Band, IV.2.c.

²⁶ Dazu an konkreten Fällen: *Federico Fabbrini/Katarzyna Granat*, Yellow Card, but No Foul: The Role of the National Parliaments under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike, *CML Rev.* 50 (2013), 115–143; *Martin Höpner/Lena Ehret*, Endlich Subsidiarität? Die parlamentarische Subsidiaritätskontrolle am Beispiel von „Monti II“, *Politische Vierteljahrsschrift* 57 (2016), 403–429.

²⁷ So *Matthias Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 2), Art. 12 EUV, Rn. 43, ähnlich Rn. 70.

mag man bezweifeln. Ein Mehr an Verfahrensbeteiligung schafft als solches kein Mehr an Selbstbestimmung.

e) Bilanz

Kaum eine mitgliedstaatliche Verfassung regelt Fragen der demokratischen Legitimation so ausführlich wie es Art. 10–12 EUV tun. Gleichzeitig lassen die Normen nicht nur viel offen, das sollen sie, sondern entwickeln verschiedene normative Modelle von Demokratie, die sich nicht widerspruchsfrei zueinander verhalten und die nicht zwingend darauf angelegt sind, anwendbare Vorgaben zu machen. Mit dem Hinweis auf Repräsentation, Partizipation und direktdemokratische Entwicklung, der zumeist auf ein einzelnes Organ bezogen ist, mit der Adressierung auch der mitgliedstaatlichen Organe und mit dem Verweis auf Durchführungsregeln erscheinen die Normen einerseits sehr fundamental, dann aber wieder auf einen sehr spezifischen institutionellen Bestand hin ausgerichtet, der älter als die Norm ist.²⁸

3. Gewaltenteilung, Art. 13 EUV

a) „Institutioneller Rahmen“

Die Formel „institutioneller Rahmen“ in Art. 13 Abs. 1 S. 1 EUV stellt die in S. 2 aufgezählten Organe²⁹ in einen übergeordneten organisatorischen Kontext, den die Norm aber wenig ausgestaltet. Zwar unterscheidet Satz 1 zwischen Werten, Zielen und Interessen der Union und verpflichtet die Organe auf alle zugleich. Doch fällt zweierlei auf, was die Norm nicht enthält: einen Grundsatz, der in mitgliedstaatlichen Verfassungen als Gewaltenteilung bezeichnet wird; eine Zuweisung der Verfassungsorganen zu den überlieferten Funktionen oder Gewalten, die ja an anderer Stelle in den Verträgen vorkommen: Gesetzgebung, Rechtsprechung und Vollzug. Dies entspricht der im Europäischen Konvent geäußerten Sicht, dass dem institutionellen System der Union keine „klassische Gewaltenteilung“ zu-

28 Zur Entstehungsgeschichte unten, II.3.b.

29 Dazu unten, II.3.b.

grunde liege, sondern dieses vielmehr „pragmatische Formen der Zusammenarbeit“ zur Koordinierung verschiedener Interessen verwirkliche.³⁰

Die Hervorhebung, dass die Organe an die Vorgaben der Verträge gebunden seien, Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV, hat keinen weitergehenden normativen Gehalt. Art. 13 Abs. 1 S. 1 EUV vermittelt damit den Eindruck, einer überschießenden Prinzipienbildung auf dem Gebiet der unionalen Organbeziehungen eher entgegenzustehen. Der institutionelle Rahmen erscheint als bloßer Hinweis auf den vertraglichen status quo, dem er nichts Grundsätzliches hinzufügen soll. Konkrete Funktionszuweisungen finden sich erst später bei den Regelungen einzelner Organe. Positiv formuliert: Art. 14 Abs. 1 S. 1 bezeichnet das Europäische Parlament als Co-Gesetzgeber, Art. 16 Abs. 1 EUV statuiert Entsprechendes für den Rat, Art. 17 Abs. 1 EUV überträgt der Kommission die Initiative zur Rechtsetzung, sowie die Anwendung und Überwachung der Einhaltung des geltenden Rechts, Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV überantwortet dem EuGH die Rechtswahrung. Negativ formuliert schließt Art. 15 Abs. 1 S. 1 EUV aus, dass der Europäische Rat als Gesetzgeber operiert. Zugleich kennt der Vertrag eine ausdrückliche Anordnung der parlamentarischen Verantwortlichkeit der Kommission, Art. 17 Abs. 8 EUV, die damit ein spezifisch gewaltenverschränktes System zu etablieren scheint.³¹

Zu diesem klassisch anmutenden Schema treten charakteristische Ausnahmen. Dies wird in dem Segment der auswärtigen Beziehungen deutlich, die im EUV geregelt sind:³² Das Verbot der Gesetzgebung i.S.d. Art. 289 AEUV in Angelegenheiten der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik in Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 3 EUV, die Zuweisung bloß beratender Funktionen an das EP, Art. 36 EUV, und der weitgehende Ausschluss des Gerichtshofs, Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 6 EUV, 275 Abs. 1 AEUV, sowie der Hinweis auf den Einsatz „einzelstaatlicher Mittel“ im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, Art. 26 Abs. 3, 41 Abs. 2 EUV. Ausnahmen finden sich, wenn auch durch den Siegeszug des ordentlichen Gesetzgebungsverfahrens immer weniger, in den verschiedenen Politiken der EU:³³ Zu nennen sind etwa die Preisetzung durch den Rat in Art. 43 Abs. 3 EUV und das System der Haushaltseinnahmen durch Eigenmittel, Art. 311 Abs. 2, 322 Abs. 2 AEUV. Das spricht dagegen, dass Art. 13 Abs. 1

30 Europäischer Konvent, Die Rechtsakte: Das derzeitige System, Vermerk des Präsidiums des Konvents v. 13.6.2002, CONV 50/02, 3, II.

31 Dazu von Achenbach, in diesem Band.

32 Dazu Ley, in diesem Band.

33 Zu dieser Entwicklung von Achenbach (Fn. 2).

EUV einen eigenständigen normativen Gehalt als Verfassungsprinzip des Unionsrechts besitzt.

b) Zum Organbegriff

Art. 13 Abs. 1 EUV erfüllt eine klassische Verfassungsfunktion, indem er Organe normativ „konstituiert“, selbst wenn diese vor Inkrafttreten dieser Norm durch Vorgängernormen bereits bestanden. Die in Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2 EUV aufgezählten Institutionen erhalten mit dem Status eines Unionsorgans eine normativ hervorgehobene Position, sie sind primärrechts-unmittelbar, haben eine eigene Aufgabe und Legitimation und bei ihrer Aufgabenerfüllung eine gewisse Autonomie.³⁴ Sie werden begrifflich von anderen Handlungsträgern der Union unterschieden, die die Verträge als „Einrichtungen und sonstige Stellen“ bezeichnen (vgl. Art. 9 S. 1 EUV et passim). Der unionsrechtliche Begriff Organ in der deutschen Version darf nicht über die grundsätzlichen Unterschiede zum deutschen Organbegriff hinwegtäuschen.³⁵

Im Ergebnis liefert Art. 13 Abs. 1 EUV – dem deutschen, aber auch anderen mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen ähnlich – eine Aufzählung primärer konstitutioneller Akteure, an der als solcher nicht viel hängt, weil die Legitimations- und Organisationsbeziehungen in den Verträgen an anderer Stelle geregelt sind. Wie gesehen, erscheint die Aufzählung im Zusammenspiel mit Abs. 2 S. 1 eher als eine Zurücknahme des Prinzipiellen, man könnte sie darin sehen, auf den operativen Vorgaben der geschriebenen Verträge gegenüber davon abweichenden allgemeineren Prinzipien zu beharren. Eine solche Deutung des Grundsatzes des „institutionellen

34 Roland Bieber, von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV, 6. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2003, Art. 7 EUV, Rn. 11; Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 8), Art. 13 EUV, Rn. 9.

35 Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 8), Art. 13 EUV, Rn. 7 f. Zum Entstehungskontext des Organbegriffs im deutschen Recht und dessen Problemen Christian Neumeier, Kompetenzen, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, 279 ff.

Gleichgewichts“ findet sich auch in manchen Rechtsprechungsanalysen.³⁶ Dies wird unten näher zu analysieren sein.³⁷

Die Hervorhebung der Unionsorgane ist deswegen dort von Interesse, wo eine solche Einordnung in den hier gesetzten „institutionellen Rahmen“ hätte infragestehen können. Dies ist, soweit ersichtlich, bei zwei der genannten Institutionen der Fall:

Der *Europäische Rat* ist aus informellen Konsultationen der Staats- und Regierungschefs hervorgegangen, die ausdrücklich nicht im formellen Rahmen der vertraglichen Ordnung abgehalten werden sollten.³⁸ Als Repräsentanten der Mitgliedstaaten waren (und sind) diese Versammlungen immer auch Formationen der vertragsändernden Gewalt, also eines kommunikativen Vorraums primärrechtlich orientierter politischer Willensbildung, der die gesamte Union in Geltung setzt und formell weiterentwickelt. Die prominente Rolle, die der Europäische Rat im aktuellen Vertragsänderungsverfahren spielt, Art. 48 Abs. 3, 5 EUV, belegt dies. Damit erscheint der Europäische Rat in einem besonderen Maße als die Stelle, in der sich die Organordnung des Art. 13 EUV und die vertragsändernde Gewalt des Art. 48 EUV überschneiden, also Innen und Außen der Ordnung zusammenkommen. Darauf wird zurückzukommen sein.³⁹ Zugleich operiert der Europäische Rat heute stark als Initiativorgan für die zentralen politischen Anliegen der Union.⁴⁰ Ihm wird eine Regierungsfunktion zugeordnet und damit eine wesentliche Rolle im Gewaltengefüge.⁴¹ Die Einordnung als Organ formalisiert und integriert diesen politischen Raum in die Ordnung, ohne ihn aber voll einhegen zu können oder zu sollen. Dies ist eine besondere Herausforderung für jedes Modell der Gewaltengliederung.⁴²

³⁶ So die grundsätzliche These der Rechtsprechungsanalyse bei *Bruno de Witte*, The Role of the Court of Justice in Shaping the Institutional Balance in the EU, in: *Joana Mendes/Ingo Venzke (Hrsg.)*, Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?, Oxford: Hart 2018, 143–156; mehr Hinweise unten, IV.2.

³⁷ Unten, IV.2.

³⁸ Zur Entstehung von *Bogdandy/Rugge*, in diesem Band.

³⁹ Unten IV.2.

⁴⁰ Zur Rolle des Europäischen Rats im Agenda-Setting: *Henning Deters/Gerda Falkner*, Remapping the European Agenda-Setting Landscape, *Public Administration* 99 (2021), 290–303 (296 ff.).

⁴¹ Unten, III.3.b.

⁴² Dazu unten, V.

Die Stellung der EZB wurde auch im Konvent lange diskutiert.⁴³ Zu lösen war das Problem, diese als selbstständig und unabhängig anzuerkennen, ohne sie aus der Rechtsbindung zu entlassen.⁴⁴ Zu Beginn der Arbeit der EZB finden sich Versuche, die Bank als eine Institution eigenen Rechts zu verstehen, die den anderen Organen gegenübersteht, ohne in eine gemeinsame Institutionenordnung eingeordnet und dieser damit untergeordnet zu sein.⁴⁵ Dieser Ansatz sollte maßgeblich dazu dienen, die EZB der Kontrolle durch den EuGH zu entziehen. Dieser Ansatz hat sich durch die Rechtsprechung der Gerichte erledigt.⁴⁶ Besonders bleibt die EZB als wichtigste politisch unabhängige Agentur der EU, die nominell zugleich als Unionsorgan qualifiziert wird.⁴⁷ Unabhängiges Verwaltungshandeln ist ein klassisches Problem der Gewaltenteilung.

Für die anderen aufgezählten Organe bleibt es beim allgemeinen Problem aller juristischen Organbegrifflichkeiten, das darin besteht, Ausdifferenzierungen der Institutionenstruktur aufzufangen, also konkret zu klären, welchen Status Mitglieder oder Untereinheiten einer Institution beanspruchen können. Um diesem Problem zu entgehen, ist es konsequent, so enumerativ vorzugehen wie in Art. 13 Abs. 1 EUV.

Das bedeutet umgekehrt nicht, dass andere vertragliche Organe als diejenigen, die Art. 13 Abs. 1 EUV aufzählt, nicht auch an die dort genannten Regeln gebunden wären. Man kann den Hohen Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik, der in Art. 18, 27 EUV genannt wird, oder die Agentur für Flugsicherheit (EASA),⁴⁸ die durch einen Sekundärrechtsakt gegründet wurde, beide als Teile des institutionellen Rahmens

43 Dazu ausführlich *Bast/Kaiser*, in diesem Band.

44 In Art. 7 EGV als Vorgängervorschrift ist sie noch nicht erwähnt, sondern in einer eigenen Norm, Art. 8 EGV. Im VVE sollte sie als „sonstiges Organ“ auftreten, Art. I-30 VVE. Die Einbeziehung der EZB wurde immer auch aus Bedrohung ihrer Unabhängigkeit kritisiert: *Franz Mayer*, Die Rückkehr der Europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon, ZAöRV 67 (2007), 1141–1217 (1176).

45 *Martin Selmayr/Chiara Zilioli*, The Constitutional Status of the ECB, CML Rev. 44 (2007), 355. Zur Einordnung als Institution sui generis auch *Charlotte Gaitanides*, Die Verfassung für Europa und das Europäische System der Zentralbanken, in: Gaitanides/Kadelbach/Rodriguez Iglesias (Hrsg.), Europa und seine Verfassung, FS für Manfred Zuleeg, Baden-Baden: Nomos 2005, 550 (555 f.).

46 Beginnend mit EuGH, Urteil v. 10.7.2003, Rs. C-11/00, ECLI:EU:C:2003:395 – *Kommission/EZB*.

47 Zur dogmatischen Relevanz *Bast/Kaiser*, in diesem Band, IV.I.

48 VO 2018/l139/EU v. 4. Juli 2018 zur Festlegung gemeinsamer Vorschriften für die Zivilluftfahrt und zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Flugsicherheit sowie zur Änderung der Verordnungen, ABI. 2018 L212/1.

verstehen.⁴⁹ Damit verliert die Aufzählung in Art. 13 Abs. 1 EUV viel von ihrer Bedeutung. Sie schafft eine vertragliche Garantie für den Bestand der aufgezählten Organe, beschränkt aber die dort genannten Bindungen nicht auf diese und begrenzt auch nicht die Möglichkeit, sekundärrechtlich neue Organe zu schaffen. Die gesonderte Erwähnung des Wirtschafts- und Sozialausschusses sowie des Ausschusses der Regionen in Art. 13 Abs. 4 EUV illustriert das Problem eher, als dass sie es löst. Der Hinweis auf den bloß beratenden Charakter der beiden Ausschüsse bezeichnet damit aber auch ex negativo ein gemeinsames Charakteristikum der Organe, nämlich die Fähigkeit, bindende Entscheidungen zu treffen (einzige Ausnahme: der Rechnungshof), die sich aber wiederum nicht auf die aufgezählten Organe beschränkt.

c) Legalität und loyale Zusammenarbeit

Art. 13 Abs. 2 S. 2 EUV verpflichtet die Organe auf Einhaltung ihrer Kompetenzen und auf loyale Zusammenarbeit mit den anderen Organen.⁵⁰ Dieser Rechtsgedanke entstammt einer älteren, aus der Tradition des Bundesstaatsrechts kommenden Vorgabe,⁵¹ die sich für das vertikale Verhältnis zwischen Föderation und Gliedern nunmehr in Art. 4 Abs. 3 EUV findet.⁵² In föderalen Strukturen stellt die Pflicht zur Kooperation zwischen den Gliedern untereinander und im Verhältnis zur Union, in der deutschen Tradition die „Bundestreue“ einen bemerkenswerten Unterschied zwischen dem europäischen und dem amerikanischen Verfassungsverständnis dar.⁵³

49 So wendet das Gericht das institutionelle Gleichgewicht auch auf Agenturhandlungen an: EuG, Urteil v. 14.5.2009, Rs. T-165/06, ECLI:EU:T:2009:157, Rn. 67 – *Fiorucci/Amt der EU für geistiges Eigentum*; Urteil v. 13.9.2010, Rs. T-135/08, ECLI:EU:T:2010:397, Rn. 85 – *Schniga/Gemeinschaftliches Sortenamt*. In beiden sagt es, dass es gegen das institutionelle Gleichgewicht verstossen würde, wenn es als Gericht die Ermessensentscheidung einer Agentur durch eine eigene Entscheidung ersetzen würde. Dafür bedarf es aber wohl keines solchen kurzen Ausflugs ins Grundsätzliche.

50 Dazu im ersten Zugriff *Christian Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 2), Art. 13 EUV, Rn. 19 ff.; *Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut* (Fn. 2), Rn. 16.003.

51 Hartmut Bauer, Die Bundestreue, Tübingen: Mohr 1992, 243 ff; Hermann Wilfried Bayer, Die Bundestreue, Tübingen: Mohr 1961, 27 ff. Grundlegend für die europäische Ebene: Marc Blanquet, L’Article 5 du Traité C.E.E., Paris: LGDJ 1994.

52 *Christian Calliess*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 2), Art. 13 EUV, Rn. 28.

53 Zu dieser Besonderheit *Daniel Halberstam*, Of Power and Responsibility: The Political Morality of Federal Systems, Virginia L. Rev. 90 (2004), 731–834 (763 ff.).

Eine entsprechende horizontale Verpflichtung, die im deutschen Verfassungsrecht als „Verfassungsorgantreue“ diskutiert wird,⁵⁴ und sich, wenn auch selten, in anderen nationalen Verfassungsordnungen findet, ist weniger gebräuchlich. Denn wenn sich Union und Mitgliedstaaten oder im Recht mitgliedstaatlicher Bundesstaaten nationale und föderale Ebene gegenüberstehen, so dient eine solche Norm der Rücksichtnahme, der Treue oder der „Comity“, also der Lösung eines potentiellen Konflikts zwischen vergleichbaren politischen Akteuren mit einer voll ausgebauten Organstruktur. Die Organe für sich, deren Beziehungen eine Norm wie Art. 13 Abs. 2 S. 2 EUV regelt, erfüllen dagegen jeweils ganz unterschiedliche Funktionen, so dass nicht ohne Weiteres klar ist, wie sich Konflikte zwischen ihnen ergeben können, die man mit einer Norm lösen könnte, die über die Kompetenzverteilung hinausgreift.

d) Normative Bindungen

Art. 13 Abs. 1 S. 2 legitimiert den institutionellen Rahmen der Organe, wie gesehen, durch eine umfangreiche Zweckbestimmung, die diesen an Werte, Ziele und Interessen bindet. Als Werte lassen sich die Gehalte des Art. 2 EUV identifizieren, als Ziele diejenigen in Art. 3 Abs. 1 EUV. Unklar ist, was mit den Interessen der Union, der Bürgerinnen und der Mitgliedstaaten bezeichnet werden soll. In einer systematischen Stelle des Vertrags, an der man einen schlichten Hinweis auf die Rechtsbindung der Unionsorgane hätte erwarten können, der dann mittelbar in Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV erfolgt, wird das Recht gar nicht erwähnt, stattdessen wird auf verschiedene normative Begriffe verwiesen, die teilweise primärrechtlicher Provenienz sind, teilweise gar keine Rechtsqualität beanspruchen können.⁵⁵ Diese Überdeterminierung des Organhandelns durch in ihrer Bedeutung ungewisse Maßstäbe erinnert an die alte Einsicht, dass die Vervielfachung von Bindungen faktisch zu deren Freistellung führen kann, weil die auftretenden

54 Wolf-Rüdiger Schenke, *Die Verfassungsorgantreue*, Berlin: Duncker & Humblot, 1977.

55 Zur Unsortiertheit der Normen auch Martin Nettesheim, „Gegründet auf Werten ...“.

Das Narrativ der Wertegemeinschaft und der Sanktionsmechanismus des Art. 7 EUV, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), *Die Neuerfindung Europas*, Baden-Baden: Nomos 2019, 91–110.

Widersprüche auf vielerlei Weise aufgelöst werden können.⁵⁶ Das dürfte eine auf Recht beruhende Konstitutionalisierung der Vertragsstruktur eher erschweren, weil sie nicht im Sinne eines politischen Konstitutionalismus darauf angelegt ist, Räume zu öffnen, sondern eine solche Öffnung nur als Nebeneffekt erzeugt. Der in der Norm folgende Hinweis auf „Kohärenz, Effizienz und Kontinuität ihrer Politik und ihrer Maßnahmen“ weist zudem auf den immer noch stark *technokratischen Einschlag* der Vertragssemantik hin, der sich die politische Herrschaft, die mit der Union errichtet wird, letztlich als eine Form des Verwaltens imaginiert.⁵⁷ Dass demokratische Wahlen, auf die in Art. 10 Abs. 1 EUV, wenn auch nur implizit, so doch eindeutig, hingewiesen wird, dazu dienen, ein Stück *politische Diskontinuität und Inkohärenz* in hoheitliches Handeln zu bringen, ja, dass in dieser Diskontinuität der Kern politischen Handelns stecken könnte,⁵⁸ hat sich den Schöpfern der Verträge offensichtlich nicht erschlossen.

Art. 13 Abs. 1 S. 2 EUV stiftet nichtsdestotrotz mit dem Hinweis auf Art. 2, 3 EUV eine manifeste Bindung der Organe. Inwieweit diese rechtlich auszuformulieren ist, vielleicht sogar justitiabel ist, bleibt die Frage, bei deren Beantwortung man wohl zwischen der zweifelhaften Einklagbarkeit bestimmter Werte und Ziele als solcher und der Auslegung anderer Rechtspflichten im Lichte der Werte und Ziele zu unterscheiden hat. Zummindest an letzterer besteht kein Zweifel,⁵⁹ erstere ist jedenfalls mit Blick auf die Jurisdiktionsbeschränkung von Art. 269 EUV, wie sich zeigen wird, nur mit Einschränkung zu bejahen.

56 Dazu *Eberhard Schmidt-Äßmann*, Gefährdungen der Rechts- und Gesetzesbindung der Exekutive, in: Joachim Burmeister (Hrsg.), *Verfassungsstaatlichkeit: FS für Klaus Stern*, München: C.H. Beck 1997, 745–762 (754 f., 760 f.).

57 Dem entspricht die Beobachtung, dass die Frage des institutionellen Gleichgewichts vor allem unter Effizienzgesichtspunkten diskutiert wird, vgl. etwa Europäischer Konvent, Arbeitspapier über die Funktionsweise der Organe, 10.I.2003, CONV 477/03, 12.

58 Dieser Hinweis wird in der Theoriegeschichte in aller Regel mit Hannah Arendt in Verbindung gebracht, siehe *Hannah Arendt*, Über die Revolution, München: R. Piper & Co 1963, 183 ff. Zum dahinterstehenden Verfassungsverständnis *Christoph Möllers*, *Pouvoir Constituant – Constitution – Constitutionalisation*, in: Armin v. Bogdandy/Jürgen Bast (Hrsg.), *Principles of European Constitutional Law*, Oxford/Portland: Hart 2006, 183 (184–191); *Ulrich K. Preuß*, Revolution, Fortschritt und Verfassung, Frankfurt a.M.: Fischer 1994, 19.

59 *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, V.3.

e) Bilanz

Art. 13 EUV bietet keine klassische Norm der Gewaltenteilung, wie sie sich in vielen mitgliedstaatlichen Verfassungen findet; den Unionsorganen werden keine definierten Funktionen zugewiesen. Eine solche Zuweisung findet sich aber partiell in Einzelbestimmungen der beiden Verträge, so dass sich ein fragmentiertes, aber dennoch auch mit den aus dem Recht staatlicher Verfassungen überlieferten Kategorien beschreibbares Bild ergibt.⁶⁰ Dabei könnten sich die Normen an die ihr vorausgehenden gerichtlichen und wissenschaftlichen Überlegungen zur Figur des „institutionellen Gleichgewicht“ anschließen lassen, auch wenn ein solcher Anschluss, wenn man vom Wortlaut ausgeht, nicht unbedingt erwünscht war.

III. Verfassungstheoretische Fragen

Mit Art. 10–13 EUV intervenieren die Vertragsgesetzgeber nolens volens als Rechtsetzer in alte theoretische Debatten um Demokratie und Gewaltengliederung. Will man die besonders unübersichtliche Diskussion um die demokratische Legitimation dabei grob strukturieren, so kann man zwischen Fragen der Legitimationssubjekte (1.) und denen der Art der Legitimation (2.) unterscheiden. Derart konkretisiert führt die Argumentation zur Frage der Ausgestaltung der Unionsorgane in der Begrifflichkeit der Integration auf ein legitimes institutionelles Gleichgewicht (3.). Schließlich ist die Frage nach dem spezifisch *kernkonstitutionellen* Charakter unseres Normkomplexes zu behandeln (4.).

1. Demokratische Legitimationssubjekte: das Fehlen des europäischen Volkes

Die Frage der demokratischen Legitimation der europäischen Integration wurde schon früh im Prozess von einzelnen Beteiligten aufgeworfen,⁶¹ aber auch immer wieder unter Hinweis auf die bestehende politische Legitima-

60 So auch die Bilanz bei Ziller (Fn. 3) und bereits früher bei Lenaerts (Fn. 3), 14; Gerard Conway, Recovering a Separation of Powers in the European Union, *ELJ* 17 (2011), 304–322; Jean-Pierre Jacqué, The Principle of Institutional Balance, *CML Rev.* 41 (2004), 383–391; Möllers, Three Branches (Fn. 3).

61 Weitere Nachweise oben, Fn. 2.

tion der Mitgliedstaaten zurückgewiesen.⁶² Sie wurde aber spätestens mit dem Vertrag von Maastricht unabweisbar. Mit diesem haben nicht nur die Verträge selbst, sondern auch viele mitgliedstaatliche Verfassungen das Anliegen einer demokratischen Legitimation der EU ausdrücklich aufgenommen und damit die Frage, ob die Union demokratisch legitimiert sein *kann*, förmlich beendet.⁶³ Trotzdem wird die Debatte über die richtige Konstruktion einer Legitimationssubjektivität weitergeführt – und zwar hinsichtlich des Geltungsgrunds der Union, also mit Blick auf deren verfassunggebende Gewalt.⁶⁴ In dieser Debatte geht es letztlich um eine legitimationstheoretische Sicht auf das Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten, zugleich ist sie aber, wenn sie sich auf die operativen Details einlässt, viel differenzierter, schon weil es sehr unterschiedliche Möglichkeiten gibt, dieses Verhältnis zu arrangieren. An dieser Stelle verbinden sich dann Fragen der Legitimation notwendig mit solchen der Gewaltenteilung.

Auf einer *ersten Ebene* stellt sich die Frage, welche Legitimationssubjekte der Union zur Verfügung stehen und wie sie sich zueinander verhalten. Klar scheint zu sein, dass die mitgliedstaatlichen *Völker der Union* über die Beteiligung am vertragserzeugenden Prozess und über die Legitimation der mitgliedstaatlichen Regierungen in den Unionsorganen Legitimation vermitteln.⁶⁵ Diese Legitimation wird gewissermaßen verfassunggebend fundiert, wenn die mitgliedstaatlichen Volksvertretungen an der Vertragssetzung beteiligt sind.

Umstrittener ist die Existenz eines entsprechenden Legitimationssubjekts auf europäischer Ebene, eines europäischen Volkes. Die Existenz eines solchen wird heute wohl mehrheitlich bestritten. Gründe hierfür speisen sich aus argumentativen Annahmen, die auf verschiedenen Ebenen liegen. Sie sollen sich etwa aus einer fehlenden gesellschaftlichen Integration, aus dem Fehlen einer gemeinsamen politischen Öffentlichkeit,⁶⁶ aus dem Ver-

⁶² Einflussreich Andrew Moravcsik, In Defence of the ‘Democratic Deficit’: Reassessing Legitimacy in the European Union, *JCMS* 40 (2002), 603–624 (611 ff.).

⁶³ Der viel diskutierte Beitrag von Grimm argumentiert nicht auf Grundlage der Rechtslage: Dieter Grimm, Does Europe Need a Constitution?, *ELJ* 1 (1995), 282–302.

⁶⁴ Dazu oben Patberg (Fn. 6); ders., *Constituent Power in the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2020.

⁶⁵ Versuche, die Legitimation auf diesen Beitrag zu reduzieren, finden sich nach wie vor, etwa bei Richard Bellamy, *A Republican Europe of States*, Cambridge: Cambridge University Press 2019.

⁶⁶ Grimm (Fn. 63), 294 f.

dünnen des Legitimationspotentials für große föderale Gemeinschaften⁶⁷ oder aus dem immer noch mitgliedstaatlich geprägten Wahlrecht zum Europäischen Parlament ergeben.⁶⁸ Dagegen steht eine wachsende, aber immer noch kleinere Reihe von Beiträgen, die vom Bestehen eines gemein-europäischen Legitimationssubjekts ausgeht.⁶⁹ Auch hier finden sich unterschiedliche Arten von Argumenten. So lässt sich auf die relativierten Homogenitätserwartungen in größeren föderalen Demokratien wie Indien⁷⁰ oder den Vereinigten Staaten hinweisen, die nationale Demokratien bei großer Diversität sind oder die wie Indien und die Schweiz nicht über einen gemeinsamen sprachlichen Kommunikationsraum verfügen. Eher normativ argumentieren lässt sich sowohl mit Vorgaben des Art. 2 EUV, die sich auch auf einen sozialen Raum,⁷¹ nicht allein auf die hoheitliche Organisation der EU beziehen, und mit den politischen Voraussetzungen der unionalen Legitimationsmechanismen.⁷² So lässt sich Art. 2 EUV so deuten, dass mit der Referenz auf eine europäische Gesellschaft die Gemeinsamkeit eines politischen Konfliktraums unterstellt wird, der sich nicht mehr auf Konflikte zwischen den Mitgliedstaaten reduzieren lässt.⁷³ Damit verweben sich in dieser Debatte normative und deskriptive Kriterien: die Frage, was überhaupt vom Volksbegriff vorausgesetzt wird, mit der, inwieweit es eines solchen für eine hinreichende Legitimation der Union überhaupt bedarf.

Der *Text der Verträge* erscheint in dieser Hinsicht nicht zufällig unent-schlossen: Einerseits stellt dieser das Prinzip der Repräsentation prominent heraus; andererseits nennt er keine zu repräsentierenden Legitimationssubjekte. Zu repräsentieren sind laut Art. 10 Abs. 2 EUV die Bürgerinnen und Bürger der Union und diejenigen der Mitgliedstaaten. Diese Formulierung vermeidet die Nennung von Legitimationssubjekten, sondern bezieht sich auf ein Aggregat von Individuen. Man mag davon ausgehen, dass solche Legitimationssubjekte nur unter bestimmten sozialen Bedingungen entste-

67 *Dirk Jörke*, Die Größe der Demokratie. Über die räumliche Dimension von Herrschaft und Partizipation, Berlin: Suhrkamp 2019.

68 *BVerfGE* 123, 267 – *Lissabon*.

69 *Angela Augustin*, Das Volk der Europäischen Union, Berlin: Duncker & Humblot 2000.

70 *Philipp Dann/Maxim Bönnemann/Tanja Herklotz*, Of Apples and Mangoes: Comparing the European Union and India, *Indian Yearbook of Comparative Law* 2016, 3–20.

71 *Armin von Bogdandy*, Strukturwandel des öffentlichen Rechts, Berlin: Suhrkamp 2022, § 2.

72 *Ibid.*; *von Achenbach* (Fn. 2), 327 ff.

73 *von Bogdandy/Bast*, in diesem Band, III.3.

hen können, aber, wenn dem so wäre, könnte dies wiederum nicht durch eine Norm, die wie Art. 2 EUV eine Gesellschaft unterstellt, gesetzt werden. Wenn es bestimmte soziale Bedingungen politischer Legitimation gibt – und es ist eine offene Frage, welche genau dies sein sollten –, wären diese jedenfalls nicht durch rechtliche Setzung zu schaffen.⁷⁴

Die vertragliche Formel einer demokratischen Vertretung der „Unionsbürgerinnen und Unionsbürger“ in Art. 10 Abs. 2, Art. 14 Abs. 2 EUV ist Gegenstand einer mitunter begrifflich überladen wirkenden Diskussion zwischen und innerhalb von Rechts- und Politikwissenschaften über die Frage, ob und wenn ja was repräsentiert wird.⁷⁵ Die vertragliche Formel selbst verkennt nicht nur entsprechende Formulierungen in den mitgliedstaatlichen Verfassungen, die in der Regel von der Repräsentation eines Volkes sprechen, sondern vor allem den Repräsentationsbegriff selbst. Dieser knüpft an die Entstehung einer politischen Gemeinschaft an.⁷⁶ Bürgerinnen und Bürger werden nicht als Einzelne für sich repräsentiert, deren individuelle Anliegen sich aus privatnützigen subjektiven Rechten ergeben, sondern als Teil einer politischen Gemeinschaft, die als Volk bezeichnet wird. Wenn die Bürgerinnen und Bürger der EU gemeinsam das Europäische Parlament wählen, so ist dies jedenfalls ein Akt kollektiver Selbstbestimmung⁷⁷, es entscheidet nicht eine Gesellschaft, sondern ein formalisierter Personenverband. Dass das Repräsentationsprinzip, nach dem dieser Verband entscheidet, die Kontingente kleinerer Mitgliedstaaten überrepräsentiert, ist ein Problem,⁷⁸ das aber an der grundsätzlichen Einordnung nichts ändert. Gleiches gilt für den Umstand, dass das so kreierte Parlament in diesem System so wenig Organsouveränität genießt wie in den meisten anderen, zumal föderalen Verfassungsordnungen. Die Annahme, dass die Verträge ein europäisches Volk unterstellen, ist durch all dies aber nicht ausgeschlossen.

⁷⁴ So wohl auch ibid., die die europäische Gesellschaft nicht als Legitimationssubjekt konzipieren.

⁷⁵ Vgl. die eingehende Darstellung bei *von Achenbach*, in diesem Band, III.I.

⁷⁶ Vgl. theoretisch nur *Nadia Urbinati*, Representative Democracy. Principles and Genealogy, Chicago: The University of Chicago Press 2006, sowie *Adalbert Podlech*, Repräsentation, in: Otto Brunner/Werner Conze/Reinhart Koselleck, Geschichtliche Grundbegriffe, Bd. 5, Stuttgart: Klett 1972 ff., 509–547.

⁷⁷ Zum Versuch einer Trennung von Demokratiebegriff und kollektiver Selbstbestimmung *von Bogdandy/Bast*, in diesem Band, II.3.

⁷⁸ Zur plausiblen Rechtfertigung der degressiven Proportionalität als Instrument der Hegemonieverhinderung *von Achenbach*, in diesem Band, III.2.

Die Auslassung des Volksbegriffs in den Verträgen ist interessant, weil dieser eine Art quasi-liberale Vorstellung von Legitimation ohne politische Vergemeinschaftung zugrunde liegt, die sich auch in der Literatur⁷⁹ und amtlichen Verlautbarungen („Europa der Bürger“) findet.⁸⁰ Hier führt eine wirkmächtige Spur von der maßgeblich subjektiv-rechtlich gesteuerten Form der frühen Integration⁸¹ zum gegenwärtigen, weiterhin individualistisch formulierten Demokratieverständnis der Verträge, das Demokratie ohne politisches Subjekt zu konstruieren sucht. Ein politischer Grund dieser Auslassung dürfte aber auch in einem doppelten Sachzwang liegen: einerseits die Rede vom europäischen Volk zu vermeiden (zu den Gründen sogleich) und andererseits den unionalen und den mitgliedstaatlichen Legitimationsstrang für grundsätzlich gleichberechtigt zu halten.

Die Existenz eines europäischen Volkes in den Verträgen vorauszusetzen, hätte nicht nur andere systematische Fragen aufgeworfen, namentlich die nach einem demokratischen Verfassungsgebungsprozess,⁸² sondern vor allem endgültig die völkertraglichen Grundlagen der Union und damit ihre Abhängigkeit von Entscheidungen der souveränen Mitgliedstaaten in Frage gestellt. Zugleich ist die Lösung der Verträge, die mitgliedstaatliche Legitimation auch ohne Erwähnung der Völker zu beschreiben, um sie mit derjenigen der Union auf einen Stand zu bringen, wenig überzeugend. Sie ist systematisch ebenso wenig mit der von der Union qua Art. 2 EUV beanspruchten Funktion einer Hüterin der mitgliedstaatlichen Demokratien in Einklang zu bringen wie mit den Verpflichtungen, die Art. 12 EUV für die mitgliedstaatlichen Parlamente vorsieht.

79 Deutlich wirtschaftsliberal gewendet bei *Ernst-Ulrich Petersmann*, Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law, Fribourg: University Press Fribourg 1991. Grundsätzliche Kritik bei *Isabelle Ley*, Kant versus Locke, ZaöRV 69 (2009), 317–345.

80 Zu diesem Topos, das sich aber nicht zufällig erstmal auf Grundrechte bezieht: *Frank Schorkopf*, Die unentschiedene Macht: Verfassungsgeschichte der Europäischen Union 1948–2007, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2023, 174 ff.

81 Juristisch *Christoph Schönberger*, Unionsbürger, Tübingen: Mohr Siebeck 2005, 274 ff.; aus politikwissenschaftlicher Perspektive bei *Karen Alter*, Establishing the Supremacy of European Law, Oxford: Oxford University Press, 2001, 33–63; historisch *Schorkopf* (Fn. 80), 106 ff.

82 Dazu unten, III.3.

2. Verschiedene demokratische Legitimationsformen – und ihre Alternativen

Die Frage, inwieweit es angemessen ist, von mitgliedstaatlichen Völkern oder einem unionalen Volk zu sprechen, um die Union demokratisch zu legitimieren, setzt bereits ein repräsentatives Demokratieverständnis voraus. Partizipative Demokratieverständnisse bedürfen keiner Bestimmung eines Legitimationssubjekts, sie garantieren Betroffenen oder Assoziationen lediglich Beteiligungsmöglichkeiten. Ein repräsentatives Demokratieverständnis ist für die Beschreibung und Bewertung der Union aber keinesfalls selbstverständlich. Dass sich die Union als repräsentative Demokratie versteht, wie es Art. 10 EUV so prominent zum Ausdruck bringt, ist bemerkenswert. Die Legitimation der europäischen Integration wurde lange Zeit nicht notwendig als repräsentativ-demokratische Legitimation verstanden, ja noch nicht einmal notwendig als demokratische.

Als nicht-demokratische Legitimationselemente, die die Debatte der europäischen Integration seit ihren Anfängen begleiten, sind drei hervorzuheben: *Zum Ersten* die durch die Integration entstehende wirtschaftliche Wohlfahrt, die namentlich für die Rechtfertigung der Binnenmarktstruktur von entscheidender Bedeutung war – und die in der Formel der Output-Legitimation beschrieben wurde.⁸³ *Zum Zweiten* rechtfertigen sich manche Unionsorgane in einer langen Tradition mit der weit verstandenen unabhängigen Expertise ihres Handelns. Elemente einer solchen Rechtfertigung kennen wir aus der Geschichte der Kommission⁸⁴ und in der Gegenwart von der EZB.⁸⁵ Eine solche Rechtfertigung spielte auch in der Bewältigung der Euro-Krise eine wesentliche Rolle,⁸⁶ in der Kommission und EZB mit dem IMF zusammenwirkten. Dieses Zusammenwirken wurde gerade wegen des greifbaren Mangels an demokratischer Legitimation kritisch

⁸³ Grundlegend *Fritz W. Scharpf*, Demokratietheorie zwischen Utopie und Anpassung, Konstanz: Univ. Verl. 1970, 66 ff. Auf die europäische Integration bezogen: *ders.*, Regieren in Europa, Frankfurt a.M.: Campus 1999, 20 ff.

⁸⁴ EU-Kommission, Weißbuch „Europäisches Regieren“, 25.7.2001, KOM (2001) 428 endg., 6.

⁸⁵ Vgl. dazu die wohlwollend kritischen Überlegungen bei *Paul Tucker*, Unelected Power: The Quest for Legitimacy in Central Banking and the Regulatory State, Princeton: University Press Princeton 2018.

⁸⁶ Und wurde nicht selten als liberal-autoritärer Übergriff kritisiert: *Jonathan White*, Politics of Last Resort: Governing by Emergency in the European Union, Oxford: Oxford University Press 2019.

bewertet und als technokratisch-autoritär beurteilt,⁸⁷ obwohl dabei die hintergründige Rolle der Mitgliedstaaten und ihrer demokratischen Prozesse nicht immer hinreichend mitbedacht wurde.⁸⁸

Eine *dritte* nicht-demokratische Legitimationsressource kann in der Bedeutung des *Rechts* gesehen werden. Lange Zeit ließ sich das Recht der europäischen Integration auch als subjektiv-rechtlich unterfütterte, wohlwollende Bindung der nationalen politischen Prozesse an ein europäisches Gemeinwohl verstehen. Dessen Legitimationsleistung hing nicht von demokratischen Rechtsetzungsprozessen ab, sondern war Ausdruck einer friedlichen Koexistenz von Mitgliedstaaten, die die transnationalen Freiheitssphären ihrer Bürger schützt. Auf einer solchen Grundlage ließ sich auch die stark rechtsfortbildende und oft vertragsunmittelbar argumentierende Rechtsprechung des EuGH rechtfertigen. Das konnte man, je nach Verständnis der richterlichen Funktion als Usurpation,⁸⁹ als willkommene Arbeit am Projekt der Integration oder schlicht als den Normalfall des Verhaltens eines obersten Föderationsgerichts⁹⁰ deuten. Nicht zufällig wurde deswegen das Verhältnis zwischen dem EuGH und dem unionalen Gesetzgeber zum Gegenstand einer zentralen europarechtswissenschaftlichen Kontroverse.⁹¹ Noch heute ist ein solches Verständnis lebendig, wenn nicht zufällig von der Kommission der Rechtsstaatlichkeit ein Vorrang vor anderen Werten des Art. 2 EUV eingeräumt wird.⁹²

Neben diese nicht-demokratischen Legitimationsressourcen treten *andere Demokratiekonzepte* als das der Repräsentation. Deliberative Demokatiemodelle, deren Legitimationsleistung im Geben und Nehmen von Gründen gesehen wird,⁹³ schmiegen sich, obwohl in der philosophischen Debat-

87 Ibid., 106 ff.

88 Christoph Möllers, Krisenzurechnung und Legitimationsproblematik in der Europäischen Integration, *Leviathan* 4 (2015), 339–364.

89 Martin Höpner, Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration: Eine akteursbezogene Erklärung, *Berliner Journal für Soziologie* 21 (2011), 203–229. Ulrich Haltern/Andreas Bergmann (Hrsg.), *Der EuGH in der Kritik*, Tübingen: Mohr Siebeck 2012; Hjalte Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 1986.

90 Christoph Schönberger, Normenkontrollen im EG-Föderalismus, *EuR* 2003, 600–627.

91 Joseph H.H. Weiler, The Transformation of Europe, *Yale Law Journal* 100 (1991), 2403–2483; Miguel P. Maduro, We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution, Oxford: Hart 1998.

92 Dazu unten, IV.1.b.

93 Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1992, 349 ff.

te nicht so intendiert, im Ergebnis oft eng expertokratischen Modellen an.⁹⁴ Grundsätzlich finden sich in der Literatur zur EU viele Überlegungen zu genuin verwaltungsbezogenen Legitimationsmodellen, die schlicht darauf hinaus laufen, dass Betroffene mit den Unionsorganen, namentlich mit der Kommission und ihren Untergliederungen, in einen Austausch treten und die Behörde dadurch mit Rechtfertigung versorgen. Dieses Modell hat die Kommission schon lange in verschiedenen Varianten propagiert. Solche Formate von Partizipation bieten dann vor allem Verfahren an, in denen Stellungnahmen zu Rechtsetzungsvorschlägen besprochen werden können.⁹⁵

Wenn die Verträge in Art. 11 EUV, wie gesehen, einerseits demokratische Repräsentation hervorheben, andererseits partizipative Verfahren mit einem korporatistischen Einschlag ausdrücklich erwähnen und diese vor allem auf die Kommission beziehen, folgen sie pluralistischen Demokratiemodellen, auch wenn die Frage nach dem konkreten Regelungsgehalt der Normen damit nicht beantwortet wird. Zugleich geht der demokratische Normbestand aber an der institutionellen Praxis der EU vorbei. Wenn man die Beobachtung ernst nimmt, dass sich die Union in ihrer neueren institutionellen Entwicklung eigentlich regelmäßig auf im weitesten Sinne unabhängige Stellen einigen kann,⁹⁶ zu nennen wären die EZB,⁹⁷ das Agenturwesen,⁹⁸ FRONTEX,⁹⁹ oder die lange Diskussion um die Organisation der

⁹⁴ Vgl. etwa den etwas idealisierenden Blick auf das Ausschusswesen bei *Christian Joerges/Jürgen Neyer*, From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology, *ELJ* 3 (1997), 273–299, oder die (dort zu Recht kritischen) Überlegungen zu den Trilogien bei *von Achenbach*, (Fn. 2), 469 ff.

⁹⁵ Oben, II.2.b.

⁹⁶ *Antoine Vauchez*, Démocratiser l'Europe, Paris: Seuil 2014.

⁹⁷ *Christoph Möllers*, Some Reflections on the State of European Democracy with Regard to the Banking Union and the ECB, in: Stefan Grundmann/Hans-W. Micklitz (Hrsg.), The European Banking Union and Constitution, Oxford: Hart 2019, 205–218; positiver *Deirdre Curtin*, Accountable Independence of the European Central Bank: Seeing the Logics of Transparency, *ELJ* 23 2017, 28–44.

⁹⁸ Relativierend mit Blick auf deren praktische Unabhängigkeit aber *Deirdre Curtin*, Executive Power in the European Union, Oxford: Oxford University Press 2009, 146–165.

⁹⁹ *Bettina Schöndorf-Haubold*, Europäisches Polizei- und Sicherheitsrecht, in: Jörg Philipp Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2022, 1461–1567; *Herbert Rosenfeldt*, Frontex im Zentrum der europäischen Grenz- und Küstenwache, Tübingen: Mohr Siebeck 2021, 259 ff. Namentlich geht es um die operative Unabhängigkeit in Art. 93 Abs. 3 Frontex-VO.

Bankenaufsicht,¹⁰⁰ die ursprünglich nicht unbedingt der EZB zugeordnet werden sollte, so finden diese Entwicklungen *in den grundsätzlichen Regelungen der Verträge keinen Ausdruck*. Ein ähnlicher Einwand gilt auch für die offene Rollensuche der EU-Kommission, die ihren eigenen Übergang von einem kompetenziell reich ausgestatteten Sekretariat einer zwischenstaatlichen Organisation zum politischen Führungsorgan einer politischen Gemeinschaft mal mehr, mal weniger offensiv betreibt.¹⁰¹ Zudem scheinen sich unter dem Begriff der Politisierung der Kommission unterschiedliche Phänomene zu finden: einerseits eine politische Führung durch Initiativen und Mehrheitsbildung in Parlament und Mitgliedstaaten, andererseits eine politisch motivierte Flexibilität bei rechtswidrigem Verhalten der Mitgliedstaaten, dessen Verfolgung zu den Kernaufgaben des nicht politischen Mandats der Kommission gehört, die aber als Verhandlungsmasse verwendet wird.¹⁰² Vor diesem institutionellen Hintergrund ergibt sich ein komplexes Bild, indem verschiedenste theoretische Angebote einem sehr diversen Normbestand und einer nicht einfach auf den Begriff zu bringenden institutionellen Praxis gegenüberstehen. Das sind anspruchsvolle Voraussetzungen für eine juristische Konkretisierung des Gebots demokratischer Legitimation.¹⁰³

3. Gewaltenteilung – und ihre Strukturprobleme in der EU

Gewaltengliederung, Gewaltenteilung, Checks und Balances oder institutionelle Balance sind Begriffe zur ganzheitlichen Beschreibung einer ausdifferenzierten politischen Organisation. Sie können deskriptiv und normativ verwendet werden. Dabei ist darauf zu achten, nicht in ein Schema zu verfallen, in dem ein vermeintlich „klassisches“ Modell, das es auch im

100 Niamh Moloney, European Banking Union: Assessing its Risks and Resilience, CML Rev. 51 (2014), 1609–1670; David Howarth/Lucia Quaglia, Die Bankenunion als Krönung der Wirtschafts- und Währungsunion?, integration 38 (2015), 44–59.

101 Hierzu auch Robert Stüwe/Thomas Panayotopoulos (Hrsg.), The Juncker Commission, Baden-Baden: Nomos 2020. Sowie auch die aktuelle Veröffentlichung des juristischen Dienstes der Kommission: *Juristischer Dienst (Kommission)*, 70 Years of EU Law: A Union for its Citizens, Brussels: EU Publications 2022, 52, 377 f.

102 Beobachtung für die Schuldenkrise bei Fritz W. Scharpf, Political legitimacy in a Non-Optimal Currency Area, in: Olaf Cramme/Sara B. Hobolt (Hrsg.), Democratic Politics in a European Union Under Stress, Oxford: Oxford University Press 2014, 19–47.

103 Dazu unten, IV.l.c.

demokratischen Verfassungsstaat so nicht gibt, einer Verfallsform oder der „ganz anderen“ EU gegenübergestellt wird.¹⁰⁴ Im Kern ließen sich mit diesen Kategorien immer zwei gegenläufige normative Anliegen in Verbindung bringen: als vorrevolutionäre Schicht individueller Freiheitsschutz durch die Teilung politischer Macht und als nachrevolutionäre Schicht kollektive Freiheitsausübung durch Ermöglichung demokratischer Herrschaft. Der zeitgemäß verstandene Grundsatz hat sich zwischen diesen beiden Deutungen nicht zu entscheiden, sondern ihr Nebeneinander und Gegeneinander durch die Einrichtung verschiedener Organe und Funktionen zu organisieren.¹⁰⁵ Derart auf individuelle Freiheit und demokratische Politik bezogen verliert das Modell seine vermeintliche Beschränktheit auf staatliche Herrschaft.

Dass die Struktur internationaler Organisationen sich dennoch nicht dem Schema von gesetzgebender, vollziehender und rechtsprechender Gewalt fügt, ist lange anerkannt.¹⁰⁶ Auch die frühe EWG passt bei allen Besonderheiten gegenüber gängigen völkerrechtlichen Formen nicht in dieses Modell. Doch ist klar, dass sich die Organisation der EU deutlich in die Richtung einer gewaltengegliederten Föderation entwickelt hat, für die die traditionellen Modelle der Gewaltengliederung einen immer höheren Beschreibungswert entfalten.¹⁰⁷ Über eine Judikative verfügte die EWG von Beginn an. Mit der Institution des Parlaments und der Etablierung des Mitentscheidungsverfahrens als Regelfall der Sekundärrechtsetzung gewann

¹⁰⁴ Zur Kritik nur *Christoph Möllers*, Separation of Powers: A Short Manual for the Perplexed, in: Hans-Martien Ten Napel/Wim Voermans (Hrsg.), *The Powers That Be*, Leiden: Leiden University Press 2016, 321–340; *ders.*, Separation of Powers, in: Roger Masterman/Robert Schütze (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2019, 230–257.

¹⁰⁵ *Möllers*, Three Branches (Fn. 3), 51 ff.

¹⁰⁶ *Jan Klabbers*, *An Introduction to International Institutional Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, 153–177; *Matthias Ruffert/Christian Walter*, *Institutionaliertes Völkerrecht*, München: C.H. Beck 2014, 25 ff.; *Möllers*, Gewaltengliederung (Fn. 18), 291 ff. Zu Unterschieden zwischen EU und internationalem Recht spezifisch *Isabelle Ley*, Die fehlende Opposition: Konzeptionelle Schwierigkeiten nicht-staatlicher Demokratietheorievorstellungen, in: Jürgen Neyer/Franz C.Mayer/Claudio Franzius (Hrsg.), *Grenzen der Europäischen Integration*, Baden-Baden: Nomos 2014, 195–211.

¹⁰⁷ *Ziller* (Fn. 3), 137 u.ö; *Koen Lenaerts/Amaryllis Verhoeven*, Institutional Balance as a Guarantee for Democracy in EU Governance, in: Christian Joerges/Renaud Dehousses (Hrsg.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, Oxford: Oxford University Press 2002, 35–88 (43).

auch die Rede von einer Legislative an Plausibilität,¹⁰⁸ die auch Eingang in die Verträge fand. Die Exekutive, aber das ist nichts Untypisches,¹⁰⁹ lässt sich in der EU am wenigsten klar festmachen und ist am schwierigsten mit einem bestimmten Verfahren oder bestimmten Organen zu identifizieren. Die Struktur, in der das Unionsrecht maßgeblich von den Mitgliedstaaten, aber auch kooperativ und schließlich zum Teil auch allein von Unionsorganisationen vollzogen wird,¹¹⁰ ist schwer auf einfache Konstellationen zu reduzieren – hat darin aber Strukturähnlichkeiten mit dem deutschen Exekutivföderalismus.¹¹¹

Damit kann man als *Ausgangspunkt* der Beschreibung der EU in Figuren der Gewaltengliederung ein einfaches Modell einer parlamentarischen Zwei-Kammer-Föderation¹¹² mit eigenem oberstem Gericht nehmen, um dann in *einem zweiten Schritt die Besonderheiten der Union* begrifflich genauer zu definieren. Wenn man dies zum Ausgangspunkt nimmt, so fallen eine formelle und eine substanzielle Besonderheit auf, die einer weiteren Systematisierung der Organisationsstruktur im Sinne eines modernen Modells der Gewaltenteilung Grenzen ziehen.

a) Formelle Besonderheit: geringe Allgemeinheit von Verfahren und Organisation

Die *formelle* Besonderheit besteht im nach wie vor nicht vollendeten Verallgemeinerungsgrad der Verfahrens- und Organisationsregeln der Verträge, die es überhaupt erst ermöglichen würden, Modelle für legislative und exekutive Funktionen als solche zu entwickeln. Den Regelstrukturen von Rechtsetzung und Vollzug stehen besondere Verfahren und Organisationsmodelle zur Seite. Oftmals gelten diese für Fälle, die politisch besonders

108 von Achenbach (Fn. 2), 13 ff.; Philipp Dann, Die politischen Organe, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 5).

109 Möllers, Three Branches (Fn. 3), 96 ff. Empirisch zur Annäherung der Kommission an klassische Modelle aber: Anhrit Wille, The Normalization of the European Commission: Politics and Bureaucracy in the EU Executive, Oxford: Oxford University Press 2013.

110 Thomas von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, Berlin: Springer 2008; Eberhard Schmidt-Aßmann, Allgemeines Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., Berlin: Springer 2004, 381 ff.

111 Dann (Fn. 108), 343 ff.; Fritz W. Scharpf, Joint-Decision Trap Revisited, JCMS 44 (2006), 845–864; Ziller (Fn. 3), 176; Dann, in diesem Band.

112 In diese Richtung wohl von Achenbach (Fn. 2).

umstritten, damit aber auch politisch besonders wichtig sind. Der Umfang des AEUV verdankt sich zu einem wesentlichen Teil der Tatsache, dass im Unionsrecht bestimmte Politiken mit spezifischen Verfahren versehen werden. Dieser *Mangel an Verfahrens- und Organisationsverallgemeinerung*¹¹³ muss sich in der Struktur der Normen niederschlagen, die einen besonderen Anspruch auf Allgemeinheit erheben sollten wie die Grundlagenbestimmungen des EUV. Dass sich beispielsweise das Agenturwesen der EU nicht in Art. 13 EUV erwähnt findet, mag man systematisch damit rechtfertigen, dass es sich um abgeleitete Einrichtungen handelt. Es mindert die Aussagekraft der Norm aber nichtsdestotrotz.

b) Sachliche Besonderheit der EU: fragmentierte Regierungsfunktion

Gewaltenteilungsmodelle sind immer auch Modelle des Regierens. An einem einheitlichen organisatorischen Ort der *Regierung* fehlt es aber in der EU.¹¹⁴ Versteht man unter Regierung den organisierten Fokus politischer Führung, von dem nach innen politische Initiativen definiert werden und nach außen die politische Gemeinschaft repräsentiert wird,¹¹⁵ eine Struktur also, die sich in parlamentarischen Systemen im Zusammenhang von Parlament und Kabinett, letztlich aber in der Figur einer Regierungschefin manifestiert, in präsidialen Systemen im Präsidenten, so hat die Union viele Regierungen. Regierungsfunktionen werden vom Europäischen Rat, von der Präsidentin der Kommission, vom Ratsvorsitz, mitunter in der Außenpolitik vom Hohen Kommissar, ja auch von einzelnen Mitgliedstaaten je nach Politikfeld wahrgenommen. Man könnte auch sagen, dass jedes Politikfeld in der Union seine eigene Regierung hat. Wie sich dieser Zusammenhang einordnen lässt, wird unten zu diskutieren sein.¹¹⁶ Auffällig ist aber, dass sich Modelle, die die Autonomie der europäischen Verfassungsordnung betonen, systematisch besser mit einer Organisation vereinbaren

113 Dazu die Bestandsaufnahme bei *Nicholas Otto*, Die Vielfalt unionaler Rechtsetzungsverfahren, Tübingen: Mohr Siebeck 2022, der ein großes Maß an systematischer Ordnung diagnostiziert.

114 Dazu *Christoph Möllers*, Die Europäische Union als demokratische Föderation, Köln: Thyssen-Stiftung 2019.

115 Zum Begriff *Frank Johnson Goodnow*, Comparative Administrative Law, New York: G. P. Putnam's Sons 1893, 49 ff.; *Hans D. Jarass*, Politik und Bürokratie als Elemente der Gewaltenteilung, München: C.H. Beck 1975, 87.

116 Unten, V.2.

ließen, in dem es ein entscheidendes politisches Führungsorgan erstens gibt und dieses zweitens als ein unionseigenes agiert. So bleibt es in jedem Fall bei geringer Verallgemeinerbarkeit der Regierungsstruktur.¹¹⁷

Die Unterscheidung zwischen Regierung und Verwaltung ist für Gebilde wichtig, in denen sich Demokratie und Rechtsstaat verbinden, weil mit dieser Unterscheidung zugleich die politisch aufzufüllende Spalte einer Gemeinschaft¹¹⁸ und der rechtlich gebundene Vollzugsapparat bezeichnet werden und so ein organisationsinterner Zusammenhang zwischen beiden geschaffen wird. Der Ort der Regierung ist der demokratisch zentrale Zurechnungspunkt politischer Gemeinschaften, in dem sich die Handlungsfähigkeit der hoheitlichen Organisation erweisen muss, die wiederum Legitimationsbedarf auslöst.¹¹⁹ Wenn es an einem solchen einheitlichen Zurechnungspunkt fehlt, dann kann die Organisationsverfassung keine geschlossene Konzeption demokratischer Legitimation anbieten. Gewaltenteilung und Legitimationsprinzipien können dann nicht aneinander anschließen. Ein legitimationsorientiertes Modell der Gewaltengliederung unterstellt nämlich, dass es einen systematischen Zusammenhang zwischen der Legitimation und dem Aufgabenbestand verschiedener Organe gibt, der durch Verfahrens- und Organisationsstrukturen vermittelt wird.¹²⁰ Mit einer fragmentierten Regierungsfunktion¹²¹ lässt sich dieser Zusammenhang für die EU nicht systematisch bestimmen.

117 von Bogdandy/Rugge, in diesem Band.

118 Claude Lefort, La question de la démocratie, in: ders. (Hrsg.), *Essais sur le politique*, Paris: Seuil 1986, 17–32; dazu Isabelle Ley, Opposition im Völkerrecht, Berlin: Springer 2014, 31 ff.

119 Wenn es an diesem Ort fehlt, fehlt es auch an der Möglichkeit, einen Kontrollanspruch institutionell anzusetzen, so mit Blick auf das EP von Achenbach, in diesem Band, III.5.

120 Möllers, Gewaltengliederung (Fn. 18), §§ 3, 4.

121 Zu den verschiedenen normativen Konnotationen der Rede von der Fragmentierung: Christoph Möllers, Fragmentierung als Demokratieproblem?, in: Claudio Franzius/Franz C. Mayer/Jürgen Neyer (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos 2010, 150–172.

4. Demokratie und Gewaltengliederung als konstitutionelle Normen

a) Bedingungen des Verfassungsvorrangs

Wie lassen sich Art. 10–13 EUV als Elemente eines europäischen Kernkonstitutionalismus rekonstruieren? Die Debatte um die Möglichkeit einer europäischen Verfassung erscheint angesichts der institutionellen Entwicklung veraltet.¹²² Heute kann als gesichert gelten, dass die europäischen Verträge die Funktion einer Verfassung erfüllen,¹²³ indem sie durch die Einrichtung von Organen und Verfahren einen eigenen politischen Prozess sowohl konstituieren als auch an rechtliche Vorgaben binden.¹²⁴ Damit ist allerdings noch nicht die Frage beantwortet, ob die Erfüllung von Verfassungsfunktionen und das Vorliegen einer Verfassung gleichzusetzen sind.¹²⁵ Denn zugleich bieten die Verträge keine einheitliche Urkunde und regeln für eine Verfassung viele Gegenstände vergleichsweise detailliert.¹²⁶ In jedem Fall sind spezifische Bedingungen des Verfassungscharakters der Europäischen Verträge zu bedenken.

Zum Ersten gibt es keine formelle *Binnenhierarchie* im Vertragsrecht.¹²⁷ Für die beiden Verträge ergibt sich dies aus Art. 1 Abs. 3 S. 2 EUV.¹²⁸ In der Rechtsprechung sind Indizien für eine Binnenhierarchisierung nur punktuell zu erkennen und von der Formulierung der Verträge unabhängig,¹²⁹ wohl am deutlichsten in Kadi¹³⁰, weniger klar im zweiten EMRK-Gutach-

122 Vgl. aber die skeptische Erinnerung an den Zustand nach dem Scheitern des Verfassungsprozesses bei Schorkopf (Fn. 80), 294.

123 Mit Nachweisen bei von Bogdandy/Bast, Einleitung zu diesem Band, II.

124 Möllers, Begriffe der Verfassung (Fn. 5); Ulrich K. Preuß, Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik, in: ders. (Hrsg), Zum Begriff der Verfassung, Frankfurt a.M.: Fischer 1994, 7–35.

125 Sabine Müller-Mall, Verfassende Urteile: Eine Theorie des Rechts, Berlin: Suhrkamp 2023.

126 Kritisch Dieter Grimm, The Constitution of European Democracy, Oxford: Oxford University Press, 2017, 28 ff.

127 Diese Frage hat sich namentlich angesichts EuGH, Gutachten 1/91 v. 14.12.1991, ECLI:EU:C:1991:490 – *EWR-Abkommen I*, immer wieder gestellt, wurde aber letztlich weder vom Gerichtshof noch von der Literatur ausdrücklich bejaht.

128 Dazu Bast/von Bogdandy, in diesem Band, V.2.

129 Kurz und zurückhaltend, aber nicht ablehnend etwa Rosas/Armati (Fn. 2), 52 f.

130 EuGH, Urteil v. 3.9.2008, verb. Rs. C-402/05 und C-415/05, ECLI:EU:C:2008:461 – *Kadi und Al Barakaat International Foundation/Rat u. Kommission*; dazu Christina Eckes, Protecting Supremacy from External Influences: A Precondition for a European Constitutional Legal Order?, ELJ 18 (2012), 230–250 (241, 247).

ten.¹³¹ Damit bleibt es beim Anwendungsvorrang der lex-specialis-Regel.¹³² Angesichts des relativ geringen Verallgemeinerungsgrads der Verträge entsteht damit ein Problem: Das Unionsrecht stellt allgemeine Verfahren und Organe bereit und ergänzt sie durch auf spezifische Politikbereiche zugeschnittene Sonderregeln. Dies relativiert nicht allein die Vorgaben zur Organgliederung in Art. 13 EUV, sondern auch die demokratischen Grundsätze der Art. 10–12 EUV, weil es im Ergebnis ausgeschlossen ist, dass Normen des Primärrechts gegen andere Normen des Primärrechts verstößen. Der Ausschluss des Parlaments in Art. 113 AEUV bei der gesetzlichen Erhebung indirekter Steuern verstößt nicht gegen Art. 10 Abs. 1 EUV.¹³³ Anders formuliert: Das, was am Unionsrecht als Überkonstitutionalisierung kritisiert wird, kann auch als Unterkonstitutionalisierung bewertet werden,¹³⁴ wenn man die Entwicklung verallgemeinerbarer Grundsätze als Element der Konstitutionalisierung versteht. Dann hilft es beim Demokratieprinzip auch nicht weiter, dieses als Minimalgarantie zu verstehen.¹³⁵

Damit lassen sich mit Blick auf die lex-specialis-Regel, zum Zweiten, drei Arten von Normtypen in den Verträgen erkennen: Art. 2 EUV verpflichtet, wie gesehen, auf die Beachtung von „Werten“ (valeurs, values, valori). Werte sind in der Rechtstheorie praktisch Prinzipien gleichzusetzen, auch wenn Werte auf eine moralische Herleitung verweisen, während Prinzipien aus einem rationalen Begründungszusammenhang folgen sollen.¹³⁶ Doch

131 EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014, ECLI:EU:C:2014:2454 – EMRK II; dazu eine positive Rekonstruktion bei *Daniel Halberstam*, A Constitutional Defense of CJEU Opinion 2/13 on EU Accession to the ECHR, VerfBlog (12.3.2015).

132 Schütze, European Union Law (Fn. 4), 195 ff.; zu diesem Grundsatz für das Unionsrecht *Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut* (Fn. 2), Rn. 23.006. Vielleicht nicht zufällig zeigt er sich in der Rechtsprechung beim EuG, etwa Urteil v. 22.4.2016, verb. Rs. T-60/06 RENV II und T-62/06 RENV II, ECLI:EU:T:2016:233, Rn. 52–58 – *Italien u.a./Kommission*; Urteil v. 5.11.2014, Rs. T 307/12 und T-408/13, ECLI:EU:T:2014:926, Rn. 198 – *Mayaleh/Rat*.

133 So zutreffend als Reflexion über das Verhältnis von EUV und AEUV nach Art. 1 Abs. 3 EUV *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, V.1, die aber zugleich eine materielle Hierarchie diagnostizieren.

134 Dieser Gedanke schon bei Möllers, Three Branches (Fn. 3).

135 von Bogdandy/Spieker, in diesem Band, IV.2.b. Kritisch Möllers, Demokratie (Fn 24), Rn. 28; anders aber Armin von Bogdandy, Demokratie, demokratischer, am demokratischsten? Zur Steigerungsfähigkeit eines Verfassungsprinzips am Beispiel einer Neugestaltung der Verordnungsgebung, in: Joachim Bohnert u.a. (Hrsg.), Verfassung – Philosophie – Kirche, FS für Alexander Hollerbach, Berlin: Duncker & Humblot 2001, 363–384 (369, 384).

136 So etwa Habermas (Fn. 93).

weicht der Sprachgebrauch der Verträge davon ab: Der Abschnitt, in dem sich Art. 10–12 EUV befinden, enthält in der deutschen Version demokratische „Grundsätze“, die in den anderen Übersetzungen als „Prinzipien“ (principles, principes, principi) formuliert sind.¹³⁷ Man kann die Art. 10–13 EUV als Grundsätze verstehen, die Werte konkretisieren. Das Unionsrecht kennt allgemeine Grundsätze oder Prinzipien, anerkannt als einer dieser Grundsätze ist die institutionelle Balance.¹³⁸ Schließlich sind die allermeisten weiteren Normen der Verträge in technischen Sinne Regeln, die aus Tatbestand und Rechtsfolge bestehen. Der Vertrag unterscheidet damit nach Allgemeinheitsgrad zwischen Werten, Prinzipien und sonstigen Regeln.

Zum Dritten fungiert die Normenhierarchie zwischen unionalem Primärrecht und Sekundärrecht nicht mit der gleichen uniformen Striktheit wie der Vorrang des Unionsrechts gegenüber dem Recht der Mitgliedstaaten.¹³⁹ Das hängt zum einen mit der Funktion des EuGH als oberstes Bundesgericht zusammen, das sich vornehmlich um die Einheitlichkeit der Unionsorgane, nur eingeschränkt um die Durchsetzung konstitutioneller Grundsätze gegenüber den eigenen Unionsorganen kümmern muss. Die Funktion entspricht somit nicht der eines spezialisierten Verfassungsgerichts.¹⁴⁰ Diese Diagnose bestätigt sich im Vertragsrecht in den spezifischen Jurisdiktionsausschlüssen der Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 6 EUV oder Art. 269 AEUV. Der EuGH sichert im Ergebnis die einheitliche Anwendung des Unionsrechts, er verrechtlicht nicht in gleicher Weise das politische Handeln der Unionsorgane. Das zeigt sich in jüngster Zeit darin, dass die Konstitutionalisierungsschübe, die vom EuGH in Bezug auf Art. 2 EUV, namentlich das Rechtsstaatsprinzip ausgingen, sich stets gegen die Mitgliedstaaten gerichtet haben.¹⁴¹

Dies ist problematisch, wenn man für die konstitutionellen Wirkungen der Verträge zwischen einer Grundordnung für die Union und einer Rah-

¹³⁷ Zudem führt Art. 13 EUV, wie gesehen, noch weitere normative Formen ein, die aus einem administrativen, weniger aus einem konstitutionellen Begriffsfeld kommen, dazu oben, II.3.

¹³⁸ Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut (Fn. 2), Rn. 25.022.

¹³⁹ Schönberger (Fn. 90), 613 ff.; anders Bast/von Bogdandy, in diesem Band, III.2.

¹⁴⁰ Zu den Unterschieden Christoph Schönberger, Höchstrichterliche Rechtsfindung und Auslegung gerichtlicher Entscheidungen, VVDStRL 71 (2012), 296–335; Christoph Möllers, Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts, in: Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius/Christoph Möllers (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 2011, 281–422.

¹⁴¹ Nachweise unten, IV.2.a.

menordnung für die Mitgliedstaaten unterscheidet, denn dann scheint der Rahmen mehr vorzugeben als der Grund.¹⁴² Vermutlich trägt diese Unterscheidung schon wegen der fehlenden Hierarchie zwischen EUV und AEUV nicht weit. Der Vertragsgeber ist, wie gesehen, auch der erste Interpret der Werte und Prinzipien. Deswegen sind die Wirkungen derjenigen vertraglichen Grundsätze, die sich über Werte vermittelt auch auf die Mitgliedstaaten anwenden lassen, für diese Mitgliedstaaten potentiell deutlich intensiver als für die Union.

Ein Verständnis, das die Art. 10–12, 13 EUV im Ergebnis zu effektiven Grundsätzen des EU-Rechts entwickeln will, ist aber, *zum Vierten*, im mitgliedstaatlichen Verfassungsrecht keineswegs selbstverständlich. Viele mitgliedstaatlichen Verfassungen, etwa in den Niederlanden, Dänemark, Schweden oder Österreich, operieren grundsätzlich sehr zurückhaltend bei der Entwicklung verfassungsrechtlicher Prinzipien.¹⁴³ Spezifischer würde die Vorstellung, aus *demokratischen* Werten Grundsätze für politische Verfahren herzuleiten, um diese dann gegen Entscheidungen politischer Organe zu wenden, in vielen Verfassungsordnungen auf methodische Zweifel stoßen. Auch wenn dieses Problem sich für die Auslegung der Art. 10–12 EUV auf der *Herleitungsebene* nicht stellt, eben weil dort diese Grundsätze ausdrücklich niedergelegt sind, stellt es sich für die weitere Konkretisierung doch, in der diese Grundsätze ebenso als Programmsätze wie als anwendbare Regeln verstanden werden können. Jedenfalls stellen die Mitgliedstaaten im Fall der Demokratie nicht nur einen starken eigenen politischen Anspruch, sondern dieser Anspruch wird auch von der Kommission für die EU anerkannt, wenn Entdemokratisierungstendenzen in den Mitgliedstaaten von ihr zumeist als Probleme der Rechtsstaatlichkeit formuliert werden.¹⁴⁴

142 von Bogdandy/Spieker, in diesem Band, IV.2.a.

143 Leonard Besselink, Niederlande, in: Armin von Bogdandy/Peter M. Huber/Lena Marcussen (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. I, Heidelberg: C.F. Müller 2007, 327–388; Ewald Wiederin, Österreich, in: ebd., 389–450.

144 Dazu Christoph Möllers/Linda Schneider, Demokratisierung in der Europäischen Union, Tübingen: Mohr Siebeck 2018, 24 ff.; Wojciech Sadurski, Poland's Constitutional Breakdown, Oxford: Oxford University Press 2019, 192 ff.; Martin Nettesheim, Die „Werte der Union“: Legitimitätsstiftung, Einheitsbildung, Föderalisation, Eur 57 (2022), 525–545 (540); Eva Lautsch/Sebastian Unger, Zivilgesellschaft zwischen Binnenmarkt und Demokratie, Zeitschrift für das Recht der Non Profit Organisationen (npoR) 2021, 173–177 (177).

b) Werte – materielle Hierarchisierung – Anwendungsvorrang

Die Frage des vertraglichen Verfassungsvorrangs lässt sich auch als eine solche des unterschiedlichen materiellen Gehalts der vertraglichen Normen verstehen. So mag man mit der Festschreibung von Werten einen spezifischen Vorranganspruch identifizieren.¹⁴⁵

Die Werte des Art. 2 EUV haben einen doppelt erweiterten Anwendungsbereich gegenüber den anderen vertraglichen Normen: *Zum Ersten* adressieren sie unmittelbar auch die Mitgliedstaaten.¹⁴⁶ Dies gilt für die Normen des EUV und des AEUV, die die Werte des Art. 2 EUV konkretisieren, nur zum Teil. So wird man die oben analysierten Normgehalte des Art. 10–12 EUV nur insoweit auch auf die Mitgliedstaaten anwenden, wie dies ausdrücklich formuliert wird. Art. 13 EUV ist nur auf die Unionsorganisation anzuwenden. *Zum Zweiten* sind die Werte des Art. 2 EUV allgemeiner formuliert als die ihnen folgenden Prinzipien und Regeln. Sie haben einen weiteren Anwendungsbereich und eine weniger definierte Rechtsfolge. Aus diesem Befund kann man jenseits der Frage formeller Adressaten eine Kernverfassung herleiten,¹⁴⁷ in welcher bestimmte Normen durch die Einbeziehung in die Wertegarantie des Art. 2 EUV normative Deckung erhalten. Anders als in vielen nationalen Verfassungen¹⁴⁸ verbindet sich mit dieser Einordnung aber, wie gesehen, weder eine formelle Hierarchie, die die Möglichkeit der Vertragsänderung einschränkt, noch ein Vorrang des EUV gegenüber dem AEUV.

¹⁴⁵ Die oft kritische Debatte um den Wertbegriff kann hier nicht weiter verarbeitet werden, siehe aber *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1991, 67–91; *Ulrich Matz*, Rechtsgefühl und objektive Werte, München: C.H. Beck 1966; zu Geschichte und philosophischer Systematik: *Herbert Schnädelbach*, Philosophie in Deutschland 1831–1933, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1983, 198–234. Zur Geschichte des Wertediskurses in der EU *Kiran Klaus Patel*, Projekt Europa: Eine kritische Geschichte, München: C.H. Beck 2017, 186 ff.

¹⁴⁶ *Matthias Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 2), Art. 2 EUV, Rn. 9; *Lenaerts/Van Nußfel/Corthaut* (Fn. 2), Rn. 5002. Das ist wegen der eindeutigen Formulierung nicht umstritten.

¹⁴⁷ Zum Begriff, jedoch im Kontext der Unantastbarkeit: *Rolf Grawert*, Konstitutiven von Konstitutionen, Der Staat 52 (2013), 503–533 (516 ff.).

¹⁴⁸ Aus der wachsenden vergleichenden Perspektive *Yaniv Roznai*, Unconstitutional Constitutional Amendments, Oxford: Oxford University Press 2019; *Silvia Suteu*, Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism, Oxford: Oxford University Press 2021.

In der wissenschaftlichen Debatte wird aus diesem Befund eine Konzeption materieller Hierarchisierung hergeleitet.¹⁴⁹ Einen Ansatzpunkt für dieses Konzept liefert die in Art. 1 Abs. 2 EUV stipulierte Orientierung der Union in Richtung Vertiefung, die vorrangige Nennung des EUV in Art. 1 Abs. 3, der den EUV zur Grundlage der Gesamtverträge erklärt, und schließlich die folgende Einführung der Grundwerte in Art. 2 EUV. Das Konzept der materiellen Hierarchie argumentiert mit der normativen „Wertigkeit“ der formell gleichrangigen Normen: „Gleichrangigkeit von Normen bedeutet nicht notwendigerweise Gleichwertigkeit.“¹⁵⁰ Die Anwendung eines solchen Konzepts ist aber zu voraussetzungsreich: Sie setzt eine vergleichende Gewichtung verschiedener Normen des Vertrags und eine Form von Deduktion weiterer normativer Implikationen dieser Folgen voraus. Unbestreitbar hat der Grundsatz der Demokratie ein hohes normatives Gewicht.¹⁵¹ Doch ist es nicht einfach, eine solche Gewichtung weiter zu konkretisieren und vergleichend gegen andere Werte ins Feld zu führen, zumal alle in Art. 2 EUV genannten Werte einen gleichen normativen Rang eben nicht nur wegen der Form der Aufzählung, sondern auch wegen ihres Gewichts in der Sache beanspruchen dürften.

Im Ergebnis bedarf es der Konstruktion einer materiellen Hierarchie aber nicht, um eine Kernverfassung herzuleiten. Das Spezifische der Prinzipien wie den Art. 10–12 EUV und das noch Spezifischere der Verfahrensregeln im AEUV haben keine geringere normative Wertigkeit als das Allgemeine der Werte des Art. 2 EUV: Der Wert der Demokratie ist allgemeiner, aber deswegen nicht höher als die Regeln des Wahlrechts, die diesen Wert in Verfahren konkretisieren. Normativität ist nicht nur eine Frage der Generalität, sondern auch der Regelungsintensität.¹⁵² Zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen besteht kein normatives Gefälle. Im Ergebnis ändert das aber nichts an der Ermöglichung kernverfassungsrechtlicher Argumente:

149 *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, V.2.

150 *Ibid.*

151 Wobei die Gründe für eine solche Gewichtung ihrerseits nicht einfach sind und gängige Rekurse wie der auf eine bestimmte republikanische Tradition, etwa in Frankreich, der Schweiz und den USA, oder auf die Menschenwürde wie neuerdings in Deutschland, für die EU nicht ohne Weiteres funktionieren.

152 *Christoph Möllers*, Die Möglichkeit der Normen, Berlin: Suhrkamp 2015, 131 ff.

Für die Mitgliedstaaten ermöglicht Art. 2 EUV eine Erweiterung des Anwendungsbereichs der nachfolgenden Normen der Verträge,¹⁵³ insbesondere auf der Prinzipienebene. Die Prinzipien des Art. 19 EUV sind als solche in der Regel nicht auf die Mitgliedstaaten anwendbar, dazu bedarf es einer Begründung, die diese als Konkretisierung eines Prinzips des Art. 2 EUV rekonstruiert.¹⁵⁴ Zugleich fallen die meta-rechtlichen Bedeutungsschichten für die Mitgliedstaaten weg. Weder können die Werte des Art. 2 EUV die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen systematisieren, noch sollen sie ihnen, die nicht in gleicher Weise transitorischen Charakter haben, den Weg weisen.

Schließlich ist auf die Unterschiede zwischen Art. 10–12 EUV und Art. 13 EUV hinzuweisen. Art. 10 EUV lädt nicht nur, weil Art. 2 EUV auf ihn Bezug nimmt, sondern auch wegen der eigenen Anrufung von Prinzipien zu einer am Grundsätzlichen orientierten Auslegung ein, die die Idee der Selbstherrschaft der Freien und Gleichen für die Vertragsauslegung aktiviert. Art. 13 EUV verweist sowohl in seinem Wortlaut, der blass bleibenden systematischen Deckung durch Art. 2 EUV als auch in der Auslegung des korrespondierenden Grundsatzes des institutionellen Gleichgewichts durch den EUGH¹⁵⁵ lediglich auf die Positivität der Verträge.

Für die Union sind die Werte des Art. 2 EUV *positiv-rechtlich* vornehmlich für das Sekundärrecht von Bedeutung und dort auch nur hinter der Anwendung der spezielleren Normen der Verträge. Im Einzelfall können sie Lücken füllen oder die Auslegung einer primärrechtlichen Norm anleiten.¹⁵⁶ Im Regelfall wird eine Deduktion vom Wert auf das Prinzip nicht möglich sein und bei einem Schluss „vom Wert, zum Prinzip, zur Regel“¹⁵⁷ ist darauf zu achten, dass das Verständnis eines Wertes nicht

¹⁵³ Zur Kritik daran etwa *Nettesheim*, Die „Werte der Union“ (Fn. 144), 533 ff.; *Möller/Schneider*, Demokratisicherung (Fn. 144), 125. Diese Kritik kann sich auf viele Aspekte beziehen, Zweifel an der Verrechtlichung politischer Divergenzen, Zweifel an der Justizialisierung politischer Divergenzen, Zweifel an der Legitimation der anwendenden Institutionen, aber wohl nicht an daran, dass Art. 2 EUV die Mitgliedstaaten nicht adressiert. Zur Frage der Justizierbarkeit der Werte des Art 2 EUV: *von Bogdandy/Spieker*, in diesem Band; *Franzius*, in diesem Band.

¹⁵⁴ Siehe auch die Rekonstruktion bei *Luke Dimitrios Spieker*, Breathing Life into the Union’s Common Values, GLJ 20 (2019), 1182–1213 (1209 ff.), wie im Text gesehen, bedarf es dazu aber keiner Annahme einer materiellen Hierarchie.

¹⁵⁵ Dazu im Einzelnen unten, IV.2.a.

¹⁵⁶ Nachweise aus der Rechtsprechung bei *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, V.3.

¹⁵⁷ So der Präsident des EuGH mündlich in einem Wortbeitrag in Berlin im September 2022.

ohne einen Blick auf den positivierten Regelbestand auskommen kann. Dabei muss immer zwischen zwei Deutungsmöglichkeiten unterschieden werden: Eine konkretere Regel wird normalerweise als Ausgestaltung der allgemeineren fungieren, nur unter besonderen Bedingungen kann sie als zur höherrangigen Norm in Widerspruch verstanden werden. Jenseits des positiven Rechts dienen die Werte der systematischen Rekonstruktion des Vertragsrechts, damit aber auch der Aufdeckung innerer Widersprüche¹⁵⁸ und damit einer Orientierung der Weiterentwicklung der Verträge.¹⁵⁹ Diese meta-rechtlichen Funktionen entsprechen dem föderal-transitorischen Charakter der Unionsrechtsordnung:

Bereits das Weiterentwicklungsgebot des Art. 1 Abs. 2 EUV belegt den transitorischen Charakter der Union.¹⁶⁰ Dieser erweist sich schon in der vertraglichen Formulierung als auf die föderale Bedingtheit der Union bezogen, die eben beides ist: eine supranationale Organisation und die Einheit dieser Organisation und ihrer Mitgliedstaaten.¹⁶¹ Diese beiden miteinander zusammenhängenden Aspekte gebieten es, die konstitutionelle Fundierung immer entlang eines bestimmten Entwicklungsstands der Union zu konstruieren, in der sich die Entwicklungslogik immer als Nebeneinander und Gegeneinander mitgliedstaatlicher und unionaler politischer Prozesse rechtfertigen muss. Föderal ist die hier zentrale Kategorie, weil das Unionsrecht ausweislich Art. 10 EUV *zwei gleichberechtigte Legitimationsprozeduren* kennt. Damit sind prinzipielle Bewertungen immer vor dem Hintergrund eines bestimmten Entwicklungsstands zu beurteilen. Zugleich gebietet der transitorische Charakter immer eine doppelte Bewertung: positiv-rechtlich und systematisch-entwicklungsorientiert.¹⁶²

Beispielhaft: Die Funktion des Rats als Co-Gesetzgeber der Union kann aus demokratietheoretischer Sicht zweifelhaft erscheinen.¹⁶³ Sie verstößt aber nicht gegen Art. 10 oder Art. 13 EUV. Auf Ebene der Institutionenpolitik ließe sich aber daran denken, den Rat durch ein direkt gewähltes Senats-

158 Philosophisch könnte man von immanenter Kritik oder normativer Rekonstruktion sprechen.

159 Zum transformativen und strukturierenden Effekt: *von Bogdandy/Spieker*, in diesem Band, III.2.

160 Dazu *Bast/von Bogdandy*, in diesem Band, IV.1.

161 Ibid., IV.2. Diese beiden Bedeutungen von Union bringen in der deutschen Tradition die Unterscheidung zwischen zweigliedrigem und dreigliedrigem Bundesstaat zum Ausdruck.

162 Siehe ähnlich *von Bogdandy/Spieker*, in diesem Band.

163 Dazu *Dann*, in diesem Band, IV.2.

modell zu ersetzen. Wie die erst über ein Jahrhundert nach der Gründung eingeführte Direktwahl des Senats in den USA zeigt,¹⁶⁴ wäre dies aber nur unter der Bedingung einer starken politischen Konsolidierung der oberen Ebene angemessen. Wie die Geschichte des deutschen Bundesrats seit 1870 zeigt, muss diese Entwicklung aber auch unter solchen Bedingungen nicht eintreten. Hier zeigen sich mögliche Entwicklungsperspektiven aus der Logik der Verträge.

IV. Dogmatik

Ein juristisches Argument muss den Versuch unternehmen, die verschiedenen Ebenen des Vertragsrechts, die schon für sich auf sehr unterschiedlichen Abstraktionsniveaus regeln und sich wegen der Geltung vieler Spezialregelungen nicht völlig widerspruchsfrei rekonstruieren lassen, mit möglichen Fallkonstellationen in Einklang zu bringen. Dabei sind ein unionales demokratisches Prinzip (1.), und ein Prinzip der Gewaltengliederung (2.) zu rekonstruieren (2.) und zueinander ins Verhältnis zu setzen (3.).

1. Ein unionales demokratisches Prinzip und Art. 10 EUV

a) Übersicht über die Rechtsprechung

In den wertebezogenen Konflikten der letzten Jahre wurde seitens der Unionsorgane oft eine mögliche Verletzung der Rechtsstaatlichkeit hervorgehoben. Demgegenüber ist der normative Status eines unionsverfassungsrechtlichen Demokratieprinzips wenig gesichert. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs¹⁶⁵ greift den Gesichtspunkt der Demokratie bei Gelegenheit auf, ohne dass sich dies bislang zu einem systematisch entwickelten Grundsatz verdichten würde. Zunächst nutzte der Gerichtshof das demokratische Prinzip zu einer verfahrensrechtlichen Aufwertung des EP und zwar so-

164 Dazu *Akhil Reed Amar*, *America's Constitution: A Biography*, New York: Random House 2006, 409 ff.

165 Überblicke bei *Koen Lenaerts*, *The Principle of Democracy in the Case Law of the European Court of Justice*, ICLQ 62 (2013), 271–315; *Daniel Halberstam*, *The Bride of Messina: Constitutionalism and Democracy in Europe*, E.L.Rev. 30 (2005), 775–801; *Federico Mancini/David T. Keeling*, *Democracy and the European Court of Justice*, Mod. L. Rev. 57 (1994), 175–190.

wohl in der Rechtsetzung¹⁶⁶ als auch im Prozessrecht.¹⁶⁷ Das Argument, dass im Zweifel Kompetenz- und Klagebefugnisnormen der Vorzug zu geben sei, wenn diese das EP beteiligten, wird vom Gerichtshof unter ausdrücklicher Erwähnung des Repräsentationsprinzips der europäischen Völker entwickelt. Nicht immer aber greift dieser Gesichtspunkt durch, so nicht bei der Frage, ob die Ausschüsse des EP öffentlich tagen sollten, aber auch hier wird die Repräsentation als demokratische Form hervorgehoben.¹⁶⁸ Dabei setzt sich die Bezugnahme auf die Demokratie in der Begründung nicht immer durch.¹⁶⁹ In aller Regel verstärkt der Gerichtshof mit dem Hinweis auf Art. 10 EUV eine bereits anderweitig begründete Argumentation. So soll auch aus Art. 10 EUV folgen, dass eine Person durch die Wahl in das EP Immunität genießt, auch wenn sie noch nicht alle Formalitäten zu ihrer Mitgliedschaft erfüllt hat.¹⁷⁰ In anderen Entscheidungen wird der Rückgriff auf den Grundsatz aber unter Hinweis auf konkretere Normen des AEUV zurückgewiesen.¹⁷¹

Zugleich hat der Gerichtshof deutlich gemacht, dass das Prinzip demokratischer Repräsentation im EU-Recht keine persönliche Abhängigkeit eines Amtsträgers von einer Hierarchie verlangt, also in der deutschen Doktrin keine personale Legitimation,¹⁷² sondern dass eine gesetzliche Umhegung einer Behördentätigkeit dem Prinzip Genüge tun kann.¹⁷³ Für die Einrichtung unabhängiger Stellen, etwa im Datenschutzrecht oder bei der Anklage im Strafprozess, könnten hier Konflikte zu mitgliedstaatlichen

166 EuGH, Urteil v. 11.6.1991, Rs. C-300/89, ECLI:EU:C:1991:244, Rn. 20 – *Parlament/Rat (Titanoxid)*.

167 EuGH, Urteil v. 22.5.1990, Rs. C-70/88, ECLI:EU:C:1990:217, Rn. 21f. – *Parlament/Rat*.

168 EuGH, Urteil v. 10.1.2006, Rs. C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10, Rn. 61 – *IATA und ELFAA*.

169 EuGH, Urteil v. 14.4.2015, Rs. C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217, Rn. 37 – *Rat/Kommission*. Kritisch mit dem Umgang des EuGH mit dem Demokratieaspekt des Falles *Dominique Ritieng*, Does the European Court of Justice Take Democracy Seriously?, *CML Rev.* 53 (2016), II–33.

170 EuGH, Urteil v. 19.12.2019, Rs. C-502/19, ECLI:EU:C:2019:1115, Rn. 63 f. – *Junqueras Vies*.

171 EuGH, *Rat/Kommission* (Fn. 169), Rn. 96.

172 Vgl. *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Bd. II, 2. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004; zur Kritik *Christoph Möllers*, Demokratie (Fn. 24).

173 EuGH, Urteil v. 9.3.2010, Rs. C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, Rn. 42 ff. – *Kommission/Deutschland*.

Vorgaben entstehen, wenn diese aus dem Demokratieprinzip ein Gebot zu hierarchischer Verwaltung herleiten.¹⁷⁴

Der Gerichtshof hat immer wieder klargestellt, dass das Repräsentationsprinzip gegenüber den anderen Formen demokratischer Legitimation den Vorrang genieße. Ausdrücklich wurde dies im Verhältnis zur Bürgerinitiative des Art. 11 Abs. 4 EUV, die das Gericht, wie wir gesehen haben zurecht,¹⁷⁵ in ein „System der repräsentativen Demokratie“ eingefügt sieht, das durch die Initiative allenfalls vervollständigt werde.¹⁷⁶

Die individualrechtliche Seite der demokratischen Grundsätze findet sich in der Rechtsprechung in aller Regel in Fällen zur Transparenz der Unionsorgane, namentlich des Rats wieder.¹⁷⁷ In diesem Zusammenhang deutet der Gerichtshof auch ein Ideal einer allseitig informierten Öffentlichkeit als Grundlage demokratischer Repräsentation an, um Ausnahmetatbestände in den Informationszugängen eng auszulegen.¹⁷⁸ Eine strikte Auslegung erfahren auch die Kompetenzen der Kommission bei der Vorprüfung einer europäischen Bürgerinitiative mit Blick auf deren „leichte Zugänglichkeit“¹⁷⁹, die sich als Ausprägung eines demokratischen Grundsatzes verstehen lässt. Ein großes Potential könnte sich in der Verbindung des demokratischen Grundsatzes mit den kommunikativen Rechten der Grundrechte-Charta ergeben.¹⁸⁰

174 Aus deutscher Sicht Wolfgang Durner, *Unabhängigkeit der Kontrollstellen für den Datenschutz*, JA 2010, 678–680; Klaus Gärditz, *Die Verwaltungsdimension des Lisabon-Vertrags*, DÖV 2010, 453–464.

175 Oben, II.2.c.

176 EuGH, Urteil v. 19.12.2019, Rs. C-418/18 P, ECLI:EU:C:2019:III3, Rn. 65 – *Puppinck u.a./Kommission*. Dort auch der Hinweis auf die Schlussanträge des Generalanwalts Bobek, ECLI:EU:C:2019:640, Rn. 71. Zur Notwendigkeit politisch homogener Fraktionen im EP interessant: EuG, Urteil v. 2.10.2001, verb. Rs. T-222/99, T-327/99, T-329/99, ECLI:EU:T:2001:242, Rn. 200 ff. – *Martinez u.a./Parlament*.

177 EuGH, Urteil v. 22.1.2020, Rs. C-175/18P, ECLI:EU:C:2020:23, Rn. 56 – *PTC Therapeutics International/EMA*; Urteil v. 18.6.2020, Rs. C-78/18, ECLI:EU:C:2020:476, Rn. 78 – *Kommission/Ungarn*.

178 EuGH, Urteil v. 21.9.2010, verb. Rs. C-514/07 P, C-528/07 P, C-532/07 P, ECLI:EU:C:2010:541, Rn. 68 – *Schweden u.a./API u. Kommission*; Urteil v. 9.11.2010, verb. Rs. C-92/09 und C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, Rn. 68, 69 f., 78. – *Schecke und Eifert*.

179 EuGH, Urteil v. 7.3.2019, Rs. C-420/16 P, ECLI:EU:C:2019:177, Rn. 53 – *Izsák u. Dabis/Kommission*.

180 EuGH, Urteil v. 6.9.2011, Rs. C-163/10, ECLI:EU:C:2011:543, Rn. 31 – *Patriciello*; Urteil v. 21.12.2016, verb. Rs. C-203/15 und C-698/15, ECLI:EU:C:2016:970, Rn. 93 – *Tele2 Sverige*; Urteil v. 23.4.2020, Rs. C-507/18, ECLI:EU:C:2020:289, Rn. 48 – *Associazione Avvocatura per i diritti LGBTI*. Zum Zusammenhang mit Art. 2 EUV:

Will man die nicht übermäßig ergiebige Rechtsprechungspraxis zusammenfassen, so fällt zum Ersten auf, dass sie mit einer gewissen Regelmäßigkeit die repräsentative Seite der demokratischen Grundsätze hervorhebt. Dies entspricht der vertraglichen Priorisierung, versteht sich aber nicht von selbst. Zum Zweiten entwickeln die demokratischen Grundsätze des EUV weder für sich noch zu einem Prinzip vereint in der Rechtsprechung ein nennenswertes Eigenleben. Sie dienen als Hintergrundaspekte, die die Auslegung der eigentlich einschlägigen, konkreteren vertraglichen Normen informieren und orientieren, ohne dass immer klar würde, wie sehr der Rekurs auf sie für die Begründung notwendig ist. Auch diese Auslegungsrelevanz versteht sich nicht von selbst.

Neben dieser konkrete interpretatorische Bedeutung stellt sich in der neueren Rechtsprechung eine fundamentalere, auf die Geltung des Unionsrechts bezogene, die mit Art. 2 EUV in Verbindung steht. An verschiedenen Stellen hat der Gerichtshof die Autonomie des Unionsrechts auf die freiwillige und wechselseitige Bindung der Mitgliedstaaten an bestimmte Werte zurückgeführt und dabei besonders die Demokratie hervorgehoben. Die Pflichten des EU-Rechts sind nicht heteronom, sondern sie ergeben sich aus einer wechselseitigen Selbstverpflichtung der Mitgliedstaaten, sind also Produkt einer Autonomie, so ließe sich das Argument ausführen, wenn diese Verpflichtung auch intern frei eingegangen wurde, also demokratisch.¹⁸¹ Hier verbirgt sich eine durchaus anspruchsvolle Vorstellung des Gerichtshofs, für die die Demokratie eine systematisch hervorgehobene Rolle in der Legitimation des gesamten unionalen Systems spielt.

Zugleich verweist diese Begründung auf ein Problem, das namentlich in der CETA-Entscheidung deutlich wird.¹⁸² Vor die Ausführungen zur freiwilligen und wechselseitigen Verpflichtung auf bestimmte Werte setzt das Gericht den älteren Hinweis auf den Vorrang und die unmittelbare Anwendbarkeit der Verträge, die in seiner Formulierung eine „autonome Quelle“ darstellen.¹⁸³ Der völkerrechtliche Ausgangspunkt und die in Vorrang und unmittelbarer Anwendbarkeit verselbstständigte Form stehen systematisch vor den Inhalten, die namentlich mit dem Wertbegriff des

Lucia Serena Rossi, La Valeur Juridique des Valeurs, RTDEur 3 (2020), 639–657 (653 f.).

181 EuGH, Urteil v. 10.12.2018, Rs. C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999, Rn. 62 f. – *Wightman; Gutachten* 1/17 v. 30.4.2019, ECLI:EU:C:2019:341, Rn. 110 – CETA.

182 EuGH, CETA (Fn. 181), Rn. 109 f.

183 Attribut und Subjekt passen nicht zusammen, wie sollte eine heteronome Quelle aussehen und was genau zeichnet eine Quelle aus, die autonom ist.

Art. 2 EUV bezeichnet werden. Aus diesem zirkelförmigen Geltungsdilemma kommt die Rechtsprechung nicht völlig hinaus. Die Union ist Produkt eines völkerrechtlichen Konsenses der Mitgliedstaaten und eines Selbstbegründungsaktes durch den EuGH. Erst auf dieser Grundlage kann sich der unionale Wert der Demokratie entfalten, der dann diese beiden Grundsätze tragen soll.

b) Sonstige Organpraxis

Aus Sicht des Art. 10 EUV können drei der in Art. 13 EUV genannten Unionsorgane unmittelbare demokratische Legitimation beanspruchen: der Europäische Rat, der Rat und das Europäische Parlament.

Die demokratische Legitimation des Rats und des Europäischen Rats erscheint aus der Perspektive des Unionsrechts zunächst unproblematisch, sie folgt aus einer eigenständigen Legitimationsleistung der mitgliedstaatlichen Verfassungen. Freilich gebietet Art. 10 Abs. 2 S. 2 EUV ausdrücklich demokratische Strukturen in den Mitgliedstaaten, und auch die Einbeziehung der mitgliedstaatlichen Parlamente in Art. 12 EUV kann nur so verstanden werden. Auch ohne den Rückgriff auf Werte und Prinzipien scheint daher klar, dass ein Mangel an demokratischer Legitimation von mitgliedstaatlichen Vertretern in den Unionsorganen gegen das Unionsrecht verstößt (dazu sogleich, unter c).¹⁸⁴

Für die Arbeit dieser Organe erscheint ihre demokratische Legitimation dennoch kein herausragendes Thema zu sein. Sie wird in den mitgliedstaatlichen Ordnungen vorausgesetzt, ja selbst dort unterstellt, wo dies nicht mehr plausibel erscheint, wie das lange Schweigen gegenüber den Vorgängen in Ungarn und Polen sowohl im Europäischen Rat als auch im Rat zeigte. Hier litten die Organe entweder an einem legitimatorischen Minderwertigkeitskomplex, vertrauen also nicht der Legitimationsleistung der Ordnung, die sie als Organ eingesetzt hat, gegenüber der Ordnung, die sie auf nationaler Ebene legitimiert; oder sie haben kein hinreichendes europäisches „constitutional mindset“¹⁸⁵ und schließen deswegen aus Op-

¹⁸⁴ Unten, IV.2.c.

¹⁸⁵ Zu diesem Konzept: *Martti Koskenniemi*, Constitutionalism as Mindset: Reflections on Kantian Themes about International Law and Globalization, *Theoretical Inquiries in Law* 8 (2006), 9–36.

portunität einen internen politischen Nichtangriffspakt.¹⁸⁶ Inwieweit dieses Problem mit der Verabschiedung der Konditionalitätsverordnung gelöst ist, muss sich erweisen. Aus Sicht des demokratischen Prinzips ist eine solche Zurückhaltung jedenfalls nicht zulässig.

Beide Gesichtspunkte stellen sich für das Europäische Parlament abweichend dar: Normativ ist die demokratische Legitimation des Parlaments eine Leistung des Unionsrechts, die ohne weiteres materiell an einem europäischen demokratischen Prinzip vermessen werden kann. In der Sache hat sich das Europäische Parlament sehr viel häufiger und klarer mit der Bedeutung des demokratischen Prinzips für den Zustand der Union und ihrer Mitgliedstaaten auseinandergesetzt als die anderen Organe.¹⁸⁷ Das erscheint insoweit konsequent, als das unionale demokratische Prinzip eben für das Parlament konstitutiv ist. Trotzdem ist es keine Selbstverständlichkeit und zeigt auch den anderen Organen, welche Demokratiepolitischen Möglichkeiten in der EU bestehen.

Obwohl die Kommission mit Blick auf Ernennungsverfahren und parlamentarische Kontrolle ohne Zweifel eine abgeleitete demokratische Legitimation beanspruchen kann,¹⁸⁸ ist demokratische Legitimation kein zentrales Thema ihrer Praxis. Dafür gibt es zwei Gründe: Zum Ersten hängt dies mit dem unsicheren Selbstverständnis eines Organs zusammen, das zugleich unabhängig und parlamentarisch verantwortlich ist, und das zwischen einem offensiven politischen Selbstverständnis als kommende Regierung der EU einerseits und einem solchen als technokratische Behörde mit besonderem Sachverständnis andererseits schwankt.¹⁸⁹ Wohl auch diese Unsicherheit führt, zum Zweiten, dazu, dass die politischen Probleme mit Mitgliedstaaten von der Kommission in aller Regel als solche der Rechtsstaatlichkeit gedeutet werden.¹⁹⁰ Warum fehlende gerichtliche Kontrolle von Wahlen oder fehlende Rechte der Opposition Probleme der Rechtsstaatlichkeit, nicht aber der Demokratie sein sollen, ist nicht zu erklären

¹⁸⁶ Vgl. nur *John Cotter*, Untying the Ties that (don't) Bind: The European Council's Discretion to Exclude Democratically Unaccountable Representatives, *VerfBlog* (7.7.2022).

¹⁸⁷ Diese Debatten würden eine systematische Aufarbeitung verdienen. Für eine Analyse politischer Motive *Maurits J. Meijers/Harmen Van der Veer*, MEP Responses to Democratic Backsliding in Hungary and Poland, *JCMS* 57 (2019), 838–856.

¹⁸⁸ Dazu *Krämer/Wendel*, in diesem Band.

¹⁸⁹ Oben, III.2.

¹⁹⁰ Oben, Fn. 144.

– auch weil die Trennung von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie unter modernen Bedingungen nicht gerechtfertigt werden kann.¹⁹¹

Die anderen Organe, die Art. 13 EUV aufführt, machen dagegen in aller Regel wenig Gebrauch vom demokratischen Prinzip. Das durch Rechtsbindung geschaffene Mandat des EuGH ist im Ausgangspunkt demokratisch, aber es wird nur als durch das Gericht auf andere Organe oder einen Mitgliedstaat anzuwendende Norm eine Rolle spielen. In der Ausgestaltung der EZB mag man schließlich ein Problem demokratischer Legitimation erkennen,¹⁹² das aber in der Praxis der EZB keine Rolle spielt, die klar von einer technokratisch-sachverständigen Selbstbeschreibung geprägt ist. Vor dem Hintergrund des vertraglichen Normbestands, der politische Unabhängigkeit und ökonomische Kriterienbildung verlangt,¹⁹³ wird diese Kritik im geltenden Recht wenig Ansatzpunkte finden.

c) Potentiale der Konkretisierung

aa) Konkretisierung gegenüber den Mitgliedstaaten

Das demokratische Prinzip hat aufgrund seiner Allgemeinheit ein Konkretisierungspotential, das einmal entfaltet, nicht einfach wieder einzugrenzen ist. Schaut man sich im Rechtsvergleich um, so lassen sich zwei Grundfragen unterscheiden, in denen ein verfassungsrechtliches Demokratieprinzip zum Einsatz kommen kann: Zum Ersten der zwingende Anschluss der Herrschaftsausübung an ergebnisoffene politische Verfahren. Dazu gehören etwa Parlaments- und Gesetzesvorbehalte, Erwartungen an die Programmierung der Exekutive und unter Umständen Transparenzanforderungen. Zum Zweiten garantiert das Demokratieprinzip Sicherungen der Integrität des politischen Prozesses selbst, etwa durch die Prüfung eines demokratischen Wahlverfahrens oder den Schutz von Rechten der politischen Opposition.

191 Dazu hier nur Jürgen Habermas, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: ders. (Hrsg.), Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1996, 293.

192 Dazu oben, III.2.

193 Dazu Griller, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 8), Art. 130 AEUV, Rn. 1 ff., sowie Paul Tucker, Unelected Power: The Quest for Legitimacy in Central Banking and the Regulatory State, Princeton: Princeton University Press 2018; kritisch Bast/Kaisser, in diesem Band, III.

Auf den ersten Blick erscheint es einfach, sich eine dogmatische Aktivierung von Art. 10 ff. EUV gegenüber den Mitgliedstaaten vorzustellen. Sie könnte nach dem Vorbild der neuen Rechtsprechung zu Art. 19 EUV vorgehen.¹⁹⁴ Für diesen argumentiert der Gerichtshof offen wertdeduktiv. Art. 19 EUV konkretisiere den Wert der Rechtsstaatlichkeit,¹⁹⁵ es sei dem „Wesen der Rechtsstaatlichkeit inhärent“, die Unabhängigkeit der Gerichte auf allen Ebenen zu garantieren. Dieses Argument ist als theoretisches Argument plausibel.¹⁹⁶ Dogmatisch zwingend ist es nicht, weil die Mitgliedstaaten allein durch Art. 19 Abs. 1 S. 2 EUV und dort nur dazu verpflichtet werden, Rechtswege zur Sicherung des europäischen Rechts zu eröffnen.¹⁹⁷ Die „Fundierung“ in Art. 2 EUV dient also der Erweiterung des Anwendungsbereichs des Art. 19 EUV und zwar sowohl hinsichtlich des Adressatenkreises als auch hinsichtlich des sachlichen Gehalts der Norm.

Eine korrespondierende Argumentation mit Blick auf Art. 10 EUV erscheint möglich, ist aber anspruchsvoller. Die nach den Parlamentswahlen in Polen 2023 erledigte Ankündigung der Kommission, für den Fall eines Ausschlusses von Donald Tusk von diesen Wahlen ein Verfahren durchzuführen, könnte einen ersten Hinweis gegeben haben.¹⁹⁸ Die dogmatische Möglichkeit, Art. 10 EUV entsprechend zu aktivieren, ergibt sich daraus, dass die politischen Prozesse zwischen Union und Mitgliedstaaten in ähnlicher Weise miteinander verfügt sind wie im Fall der gerichtlichen Kontrolle und diese Verfügung auch in den Art. 10–12 EUV zum Ausdruck kommt.¹⁹⁹ Die demokratische Legitimation von Europäischem Rat und Rat hängt von der demokratischen Legitimation der mitgliedstaatlichen Regierungen ab. Art. 10 Abs. 2 S. 2 EUV macht dies deutlich und formuliert sogar eine

194 EuGH, Urteil v. 27.2.2018, Rs. C-64/16, ECLI:EU:C:2018:117 – *ASJP*.

195 EuGH, *ASJP* (Fn. 194), Rn. 32; ähnlich auch Urteil v. 24.6.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:615, Rn. 47 – *Polen/Kommission*.

196 Zum Zusammenhang von Rechtsstaatlichkeit und richterlicher Unabhängigkeit: *Kurt Eichenberger*, Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern: Stämpfli 1960, 56 ff.; *Teng-Chieh Yang*, Rechtstheoretische Grundlagen und gesellschaftliche Bedingungen der richterlichen Unabhängigkeit, Berlin: Duncker & Humblot 2013, 21ff.; *Astrid Epiney*, Zur Bedeutung und Gewährleistung der Unabhängigkeit der Gerichte, *Justice – Justiz – Giustizia* 4 (2014), 1–7.

197 Zur Kritik am Argument etwa *Schorkopf* (Fn. 80).

198 Kommission, Rechtsstaatlichkeit: Kommission leitet Vertragsverletzungsverfahren gegen POLEN ein, Pressemitteilung (8.6.2023): „The Commission considers that the new law violates: – the principle of democracy (Articles 2 and 10 TEU); [...] More concretely, the Commission considers that the new law unduly interferes with the democratic process.“

199 Dazu oben, II.2.d.

ausdrückliche Verpflichtung an die mitgliedstaatlichen Regierungen („müssen“), gegenüber den Parlamenten demokratisch verantwortlich zu sein. Auch für das Parlament funktioniert dieses Argument. Die in Art. 10 Abs. 2 EUV angeordnete Repräsentationsleistung des EP hängt von freien Wahlen in den Mitgliedstaaten ab. Ohne funktionierende demokratische Prozesse in den Mitgliedstaaten kann es keine unionale repräsentative Demokratie geben.

Damit bestehen die beiden dogmatischen Verbindungen, die für eine Aktivierung des demokratischen Prinzips vorausgesetzt sind: Die Verbindung zwischen dem demokratischen Wert des Art. 2 EUV und einer Vermittlungsnorm im EUV, hier den Art. 10 ff. EUV,²⁰⁰ sowie eine spezifische institutionelle Verknüpfung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten.

Trotz dieser Strukturähnlichkeit mit dem Rechtsstaatsprinzip ist die tatbestandliche Umsetzung im Fall des demokratischen Prinzips komplizierter als im Fall der richterlichen Unabhängigkeit und der Rechtsstaatlichkeit. Für eine solche Aktivierung von Art. 10 EUV müsste der EuGH nämlich den nationalen politischen Prozess einer sachverhaltsintensiven Bewertung unterziehen. Er müsste beschreiben, an welchen Stellen die freie demokratische Willensbildung gestört ist. Dies ist ein komplexeres und im Einzelnen potentiell umstritteneres Argument als der Nachweis einer durch Recht formalisierten politischen Einflussnahmemöglichkeit auf die Gerichtsbarkeit, wie sie der EuGH für Polen nachgewiesen hat. Hier zeigen sich Unterschiede zu Art. 19 EUV. Der Gerichtshof müsste mit Blick auf Art. 10 EUV andere Fragen klären, die stärker von konkreten politischen Kontexten abhängen und weniger durch Unionsrecht, ja überhaupt durch Recht vorgeprägt sein dürften. Dies liegt auch daran, dass demokratische Prozesse auf Informalität angewiesen sind, auf eine offene Willensbildung, die nicht in gleicher Weise einer gerichtlichen Überprüfung zugänglich ist wie ein voll verrechlichtes gerichtliches Verfahren.²⁰¹

Zudem hat das EU-Recht die demokratischen Verfahren in den Mitgliedstaaten weitgehend unberührt gelassen, ähnliches gilt auch für die

200 Dazu namentlich *Luke Dimitrios Spiekere*, EU Values Before the Court of Justice, Oxford: Oxford University Press 2023; ders., Breathing Life into the Union's Common Values: On the Judicial Application of Article 2 TEU in the EU Value Crisis, *GLJ* 20 (2019), 1182–1213 (1206 ff.).

201 Zum negativen Zusammenhang zwischen Informalität und gerichtlicher Kontrolle Möllers, Gewaltengliederung (Fn. 18), III.

Rechtsprechung des EGMR.²⁰² Dagegen hat es die Frage des Zugangs zu den Gerichten intensiv mitgestaltet, nicht zuletzt bei der Auslegung des Gerichtsbegriff des Art. 267 AEUV. Damit hat der EuGH einen einfacheren Zugriff auf das Potential des Art. 19 EUV als auf das des Art. 10 EUV. Dies schließt einen solchen Schritt nicht aus, er würde der Gerichtsbarkeit nur mehr an argumentativem Aufwand abverlangen.²⁰³ Wenn man schließlich – wie manche mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte – mit einer souveränitätsorientierten, quasi-völkerrechtlichen Deutung des Unionsrechts operiert, könnte es zu einem Problem werden, dass das Unionsrecht die Legitimation derjenigen politischen Verfahren kontrollieren kann, die mit den Verträgen das Ganze überhaupt erst in Gang gesetzt haben. Natürlich teilt der EuGH eine solche Deutung nicht. Doch würde die Kontrolle der demokratischen Legitimation mitgliedstaatlicher Regierungen unweigerlich die Frage nach der Legitimation des EuGH aufwerfen.

bb) Konkretisierung gegenüber den Unionsorganen

Diese Überlegungen gelten nicht in gleicher Weise für die Aktivierung eines unionalen demokratischen Prinzips gegenüber dem Handeln der Unionsorgane. Auch diese erscheint möglich und, wie sich zeigte, finden sich Spuren davon auch in der Rechtsprechung des EuGH. Wie gesehen, sind aber die Konkretisierungsmöglichkeiten wegen des Anwendungsvorrangs der operativen Normen des Vertragsrechts beschränkt.²⁰⁴

Hier erscheint die institutionenpolitische Bedeutung des Prinzips von größerer Bedeutung. Eine Konsolidierung der unionalen Seite des Demokratieprinzips würde die Weiterentwicklung der unionseigenen Organe betreffen: zu nennen ist die umstritten verzerrte Repräsentation der mitgliedstaatlichen Völker im EP,²⁰⁵ dessen nicht völlig gleichberechtigte Beteiligung an vertragsunmittelbaren Rechtsetzungsverfahren, die uneinheitliche Ausgestaltung der auswärtigen Beziehungen, die Errichtung des Agenturwesens außerhalb der Kommission bis zur Legitimation der Einnahmen durch die Struktur der Eigenmittel. Da diese Gegenstände aber im Regelfall

202 Vgl. aber EGMR, Urteil v. 18.2.1999, Nr. 24833/94 – *Matthews/Vereiniges Königreich*.

203 Zu diesem Problem *Krenn*, in diesem Band.

204 Dazu oben, III.4.b.

205 Kritik in BVerfGE 123, 267 (280 f.) – *Lissabon*. Auch im EP ist hier Kritik laut geworden.

vertragsrechtlich determiniert sind, geben sie eine Bewegungsrichtung vor, ohne sie rechtlich zu determinieren.

2. Institutionelles Gleichgewicht und Art. 13 EUV

Mit der Erwähnung eines institutionellen Rahmens wird die durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs geschaffene Figur des institutionellen Gleichgewichts nicht klar rezipiert, sondern es werden neue Begriffe verwendet, die nicht zu einer systematischen Verstetigung einladen. So entsteht zwischen dem Vertragsrecht und dem theoretischen Grundsatz der Gewaltenteilung eine mehrfache Mediatisierung. Es ist unklar, inwieweit hinter Art. 13 EUV der Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts steht, es ist ebenso unklar, inwieweit der Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts mehr liefert als das positive Recht, also auch auf einen theoretischen Grundsatz verweist, der wie im Fall der Demokratie ein begriffliches Eigenleben entfaltet.²⁰⁶

a) Übersicht über die Rechtsprechung

Die Figur des institutionellen Gleichgewichts hat in der Rechtsprechung des EuGH²⁰⁷ in unterschiedlicher Frequenz Bedeutung gewonnen und verloren.²⁰⁸ Dabei ist zunächst zwischen dem „institutionellen Gleichgewicht“ als Chiffre für die horizontale Kompetenzverteilung zwischen den Unionsorganen (man könnte auch sagen ihrer vertraglich-faktischen Gewaltenteilung), einem möglichen Rechtsprinzip des institutionellen Gleichgewichts und schließlich einem entwicklungsorientierten politischen Verständnis zu

206 Zu diesem Problem auch *Merijn Chamon*, EU Agencies, Oxford: Oxford University Press 2016, 267 f.

207 Überblicke über die Rechtsprechung bei *de Witte* (Fn. 36); *Sébastien Platon*, The Principle of Institutional Balance: Rise, Eclipse and Revival of a General Principle of EU Constitutional Law, in: Katja S. Ziegler/Päivi J. Neuvonen/Violeta Moreno-Lax (Hrsg.), Research Handbook on General Principles in EU Law, Cheltenham: Edward Elgar 2019, 136–155. Recht distanzlos zum Gerichtshof: *Desmond Johnson*, Institutional Balance as a Constitutional Dialogue, in: Mattias Derlén/Johan Lindblom (Hrsg.), The Court of Justice of the European Union, Oxford: Hart 2018, 115–139.

208 Zu solchen Konjunkturen in der Rechtsprechung *Platon* (Fn. 207), II.; zu verpassten Gelegenheiten auch *Chamon*, EU Agencies (Fn. 206), 278 ff.

unterscheiden.²⁰⁹ Noch einmal von diesen drei Bedeutungen ist der Regelungsgehalt des Art. 13 Abs. 2 EUV abzugrenzen. Nicht selten äußert sich der EuGH zu Fragen des institutionellen Gleichgewichts in einem zusammenfassenden Sinn, ohne ein entsprechendes Rechtsprinzip zu erwähnen. Umgekehrt bemühte der Gerichtshof nicht selten das Rechtsprinzip, um damit die Bedeutung der vertraglich vorgesehenen Kompetenzverteilung hervorzuheben und gerade nicht im Namen eines konstitutionellen Prinzips zu überspielen. Dabei verwendet der Gerichtshof, wenn er das institutionelle Gleichgewicht nennt, mitunter in gleichgerichtetem Sinn den Grundsatz der Demokratie.

Die Rechtsprechung beginnt mit der Entscheidung *Meroni*²¹⁰, in der der Gerichtshof noch vom „Gleichgewicht der Gewalten“ spricht, welches in Art. 3 EGKS-Vertrag festgemacht wird, dessen Kopfbestimmung an Art. 13 Abs. 2 S. 1 EUV erinnert. Das Grundprinzip liegt darin, die Einrichtung vertragsfremder Strukturen mit politischem Entscheidungsspielraum zu begrenzen, man könnte auch sagen in der Begrenzung einer sekundärrechtlichen Verselbständigung der Entscheidungsstruktur gegenüber den Verträgen. Das Erbe von *Meroni* bleibt in der nachfolgenden Rechtsprechung aber ambivalent. Auf der einen Seite wird die vertragliche Kompetenzverteilung zwischen den Organen durch den Hinweis auf das institutionelle Gleichgewicht befestigt. Auf der anderen Seite werden Entscheidungsbefugnisse neuer sekundärrechtlicher Agenturen regelmäßig zugelassen.²¹¹ Schließlich hat sich diese Rechtsprechung in Form eines schwachen Vorbehalts politischer Entscheidungen und einer potentiellen Begrenzung einer Delegation abgeleiteter Rechtserzeugung in der Rechtsprechung durchgehalten.²¹²

209 Zu solchen Bedeutungsdimensionen etwa knapp und informativ *Merijn Chamon*, The European Parliament and Delegated Legislation: An Institutional Balance Perspective, London: Hart 2022, 1ff.

210 EuGH, Urteil v. 13.6.1958, Rs. 10/56, ECLI:EU:C:1958:8, S. 81 f. – *Meroni*; dazu aus der Literatur *Katja Michel*, Institutionelles Gleichgewicht und EU-Agenturen, Berlin: Duncker & Humblot 2015, 70 ff. Vgl. auch EuGH, Urteil v. 14.5.1981, Rs. 98/80, ECLI:EU:C:1981:104 – *Romano*.

211 *de Witte* (Fn. 36), 153 ff., spricht von der Legitimierung „kreativer“ institutioneller Praktiken, i.e. des Sekundärrechts. Ein Beispiel ist der ESMA-Fall: EuGH, Urteil v. 22.1.2014, Rs. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, Rn. 45 ff. – *Vereinigtes Königreich/Parlament u. Rat*.

212 Ibid.; grundl. EuGH, Urteil v. 17.12.1970, Rs. 25/70, ECLI:EU:C:1970:115, Rn. 8 ff. – *Köster*; auch wenn die Abgrenzungsleistung des Gerichts durchaus kritisch beurteilt

Die folgende Rechtsprechung des EuGH, die sich in aller Regel um Konflikte zwischen den Organen dreht, nimmt im Regelfall beim institutionellen Gleichgewicht, wie es in Art. 13 Abs. 2 EUV „zum Ausdruck kommt“²¹³, seinen Ausgangspunkt und stellt fest, dass dieser Grundsatz die Organe darauf verpflichtet, im Rahmen ihrer vertraglichen Befugnisse und unter Rücksicht auf die anderen Organe zu handeln, um die eigentliche argumentative Arbeit durch die Auslegung der konkreteren Kompetenznormen zu erledigen. Die Funktion des Grundsatzes liegt dann zum Ersten darin, den zwingenden Charakter der vertraglichen Kompetenzordnung zu unterstreichen.²¹⁴ Zum Zweiten führt diese Hervorhebung dazu, dass mögliche Verstöße durch den Gerichtshof kontrolliert und sanktioniert werden müssen.²¹⁵ Eigentlich nur mit Blick auf das Prozessrecht ist der Gerichtshof bereit gewesen, im Namen des institutionellen Gleichgewichts über das Vertragsrecht hinauszugehen.²¹⁶

Fälle, in denen der Gerichtshof in Anwendung des Grundsatzes Konflikte zwischen den Organen zu entscheiden hatte, betrafen dabei institutionell nicht selten die auswärtigen Beziehungen²¹⁷ und das Migrationsrecht.²¹⁸ Die Entscheidungen lassen im Ergebnis keine Privilegierung eines Organs erkennen. Institutionell beschäftigen sich die wenigen Entscheidungen, die den Grundsatz ausdrücklich verwenden, relativ oft mit der Reichweite des Initiativrechts der Kommission²¹⁹ und der Beteiligungsrechte des Parla-

wird: *Merijn Chamon, How the Concept of Essential Elements of a Legislative Act Continues to Elude the Court*, CML Rev. 50 (2013), 849–860.

213 So etwa EuGH, Urteil v. 14.4.2015, Rs. C-409/13, ECLI:EU:C:2015:217, Rn. 64 – *Rat/Kommission*, für viele.

214 EuGH, Urteil v. 6.5.2008, Rs. C-133/06, ECLI:EU:C:2008:257, Rn. 57 f. – *Parlament/Rat*. Dies ist wohl die erste Nennung eines „Grundsatzes“ des institutionellen Gleichgewichts.

215 EuGH, Urteil v. 22.5.1990, Rs. C-70/88, ECLI:EU:C:1990:217, Rn. 26 – *Parlament/Rat*.

216 *Ibid.*

217 EuGH, Urteil v. 16.7.2015, Rs. C-425/13, ECLI:EU:C:2015:483, Rn. 67 ff. – *Kommission/Rat*; Urteil v. 6.10.2015, Rs. C-73/14, ECLI:EU:C:2015:663, Rn. 61 ff. – *Rat/Kommission*; Urteil v. 28.7.2016, Rs. C-660/13, ECLI:EU:C:2016:616, Rn. 32 ff. – *Rat/Kommission*; dazu aufschlussreich *Valerie Demedts/Merijn Chamon, The Commission Back on the Leash: No Autonomy to Sign Non-binding Agreements on Behalf of the EU*, CML Rev. 54 (2017), 245–262.

218 EuGH, Urteil v. 6.5.2008, Rs. C-133/06., ECLI:EU:C:2008:257, Rn. 44, 56 f. – *Parlament/Rat*; Urteil v. 6.9.2017, Rs. C-643/15, C-647/15, ECLI:EU:C:2017:631, Rn. 160 f. – *Slowakei/Rat*.

219 EuGH, *Puppinck u.a./Kommission* (Fn. 176), Rn. 59 ff.; Urteil v. 2.9.2021, Rs. C-928/19 P, ECLI:EU:C:2021:656, Rn. 47 f. – *EPSU/Kommission*; Urteil v.

ments.²²⁰ Ein Hintergrundkonflikt ist dabei die Abgrenzung der Kompetenzen von Europäischem Rat und Kommission.²²¹

Schließlich sind bemerkenswerte Fälle zu nennen, in denen sich grundlegende Fragen der institutionellen Kompetenzverteilung stellten, ohne dass der Gerichtshof die Figur der institutionellen Balance auch nur erwähnt hätte. Das gilt für die Entscheidungsbefugnisse von Agenturen,²²² für die Verwendung von Unionsorganen bei der intergouvernementalen Bearbeitung der Schuldenkrise²²³ oder im parlamentarischen Haushaltsverfahren.²²⁴

b) Potential der Konkretisierung

Die Abhängigkeit des Grundsatzes von konkreteren Normen und die Selektivität der Anwendung durch den Gerichtshof erschweren eine Rekonstruktion der Verträge, die, so der EuGH in einem frühen, aber weiterhin relevanten Diktum, „nicht immer systematischen Kriterien genügen“.²²⁵ Zudem fällt auf, dass sich der Grundsatz sowohl in seiner richterrechtlichen Anwendung als auch in seiner vertraglichen Formulierung nur auf die unionalen Organe beziehen kann. Eine Anwendung auf die Mitgliedstaaten wird in der Literatur vereinzelt diskutiert,²²⁶ erscheint aber schwer denkbar.

Damit gewinnt die Rolle des institutionellen Gleichgewichts in der Rechtsprechung des EuGH nicht die Prominenz, die die Demokratie nicht allein wegen der Erwähnung in Art. 2 EUV, sondern auch aufgrund ihrer fundamentalen Funktion für die Figur der Freiwilligkeit der Verträge²²⁷

22.11.2022, Rs. C-24/20, ECLI:EU:C:2022:911, Rn. 83 ff. – *Kommission/Rat*. In diesen Fällen sah das Gericht eine Bindung des Initiativrechts der Kommission an Initiativen nach Art. II Abs. 4 EUV und Art. I55 Abs. 2 AEUV für mit dem institutionellen Gleichgewicht unvereinbar an; dazu knapp *Merijn Chamon*, European Parliament and Delegated Legislation (Fn. 209), 8–10.

220 EuGH, Urteile v. 29.10.1980, Rs. 138/79, ECLI:EU:C:1980:249, Rn. 33 f. – *Roquette/Rat*, und Rs. 139/79, ECLI:EU:C:1980:250, Rn. 34 – *Maizena/Rat*. Zu dieser viel besprochenen Falllinie hier nur *Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut* (Fn. 2), Rn. 17.010 f.

221 Kein Einfluss des Europäischen Rates auf die Gesetzgebung: EuGH, *Slowakei/Rat* (Fn. 218), Rn. 145–150.

222 EuGH, *VK/Parlament u. Rat* (Fn. 211).

223 EuGH, Urteil v. 27.11.2012, Rs. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756 – *Pringle*.

224 EuGH, Urteil v. 17.9.2013, Rs. C-77/11, ECLI:EU:C:2013:559 – *Rat/Parlament*.

225 So EuGH, Urteil v. 30.5.1989, Rs. 242/87, ECLI:EU:C:1989:217 – *Kommission/Rat*.

226 *Platon* (Fn. 207), III.1.b.

227 Siehe oben, bei Fn. 217.

in der Rekonstruktion des EuGH beanspruchen kann. Das institutionelle Gleichgewicht bleibt zudem auch deswegen schwächer konturiert, weil der Gerichtshof in einer für Gerichte typischen Art und Weise seine eigene Rolle nicht in ein Tableau der Gewaltenteilung einordnen will.²²⁸ Dass sich der Gerichtshof mit Blick auf die drei Gewalten der Unionsrechtsordnung in Zeiten der Bedrohung die meisten Gedanken über die eigene, die judikative Gewalt gemacht hat,²²⁹ ist der Tatsache geschuldet, dass mit Mehrheit entscheidende, demokratisch legitimierte Organe in Polen und Ungarn namentlich in die richterliche Unabhängigkeit eingegriffen haben; verdankt sich aber auch dem Umstand, dass dieser Gesichtspunkt dem Gerichtshof institutionell besonders nahesteht. Das für die Rechtsprechung zum institutionellen Gleichgewicht charakteristische Nebeneinander von enger Bezugnahme auf die vertraglichen Kompetenznormen und Offenheit gegenüber dem Sekundärrechtsetzer zu institutioneller Gestaltung verweist eben in beiden Fällen von der Prinzipienbildung hin zu den Entscheidungen der primären und sekundären Rechtsetzung. Damit ist es schwierig, dem Institut einen argumentativen Selbststand abzugehn,²³⁰ der sich rechtlich operationalisieren ließe.

Die Konkretisierungspotentiale des institutionellen Gleichgewichts im Sinne eines in Art. 13 EUV verankerten Prinzips sind also geringer als die für das demokratische Prinzip. Gewaltengliederung ist ein komplexes Modell, das sich eher zur analytischen Beschreibung von konstitutionellen Praktiken eignet als zur Bildung normativer Prinzipien. Das zeigt sich auch in anderen Verfassungsordnungen.

Art. 13 EUV dürfte sich erst zu einem handhabbaren Prinzip entwickeln lassen, wenn die Ämterordnung der EU derart homogenisiert ist, dass sich aus dieser selbst bestimmte Organisationsprinzipien herleiten lassen. Eine solche Entwicklung ist durch rechtliche Begriffsbildung derzeit nicht zu

²²⁸ Dazu passt auch die Beobachtung, dass der Gerichtshof bei der Kontrollintensität nicht zwischen vertragsunmittelbaren Sekundärrechtsakten und abgeleiteter Rechtssetzung unterscheidet: *Dominique Ritleng*, in: Joana Mendes/Ingo Venzke (Hrsg.), *Allocating Authority: Who Should Do What in European and International Law?*, Oxford: Hart 2018, 183–216.

²²⁹ U.a. EuGH, Urteil v. 15.7.2012, Rs. C-791/19, ECLI:EU:C:2021:596 – *Kommission/Polen*; Urteil v. 5.11.2019, Rs. C-192/18, ECLI:EU:C:2019:924 – *Kommission/Polen*; Beschluss v. 11.7.2019, Rs. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:615 – *Kommission/Polen*.

²³⁰ So auch *de Witte* (Fn. 36) 144, 145 ff.; *Merijn Chamon*, *The Institutional Balance, an Ill-Fated Principle of EU Law?*, EPL 21 (2015), 371–391.

erreichen. Allenfalls lädt sie, wie wir sehen werden, zu einer Art aspirativer Staatsformenlehre ein, in der dem Stand der Integration unter Umständen auch eine organisatorische Entwicklungslinie einbeschrieben werden kann. Eine solche Herleitung wird auch induktiv vorgehen müssen, also nicht zu viel aus dem Begriff, dafür einiges aus dem konkreten Institutionenbestand nehmen müssen. Kleinere Korrekturen, wie sie uns die Rechtsprechung vorgeführt hat, sind dabei nicht ausgeschlossen. Die Möglichkeit, den Grundsatz der institutionellen Balance zum Füllen normativer Lücken zu nutzen,²³¹ bleibt davon unberührt.

c) Die Organe und ihre Entwicklungsperspektive: die Kommission als institutioneller Problemindikator

Aus der Perspektive der klassischen Gewaltenteilung fiel oben das Fehlen einer einheitlichen Regierungsfunktion in der Union auf, die man sowohl aus Sicht der Gewaltengliederung als auch aus Sicht der demokratischen Legitimation kritisieren kann.²³² Vermisst man die institutionelle Balance noch einmal von der Seite der Organe, so ergibt sich ein vollständigeres Bild. Von hier aus erscheinen Parlament und Gerichte vergleichsweise unproblematisch, wenn sich auch im Trilogverfahren Besonderheiten der Integration ins innere Gesetzgebungsverfahren verlegen, die eher Entscheidungsfähigkeit als Legitimation stiften.²³³ Der Rat als Co-Gesetzgeber erscheint zwar als föderale Besonderheit,²³⁴ ist als solche aber auch zu rechtfertigen.²³⁵ Das Problem, dass ein Exekutivorgan an der Gesetzgebung teilhat, ist der Preis für den Eigenstand mitgliedstaatlichen Politik auch innerhalb der Union.

231 Grundlegend zu dieser Idee: *Sacha Prechal*, Institutional Balance: A Fragile Principle with Uncertain Contents, in: Ton Heukels/Niels Blokker/Marcel Brus (Hrsg.), *The European Union after Amsterdam*, The Hague: Kluwer Law International, 1998, 273–295 (277f.), daran anknüpfend *Chamon*, European Parliament and Delegated Legislation (Fn. 209), 8 ff.; *ders.*, EU Agencies (Fn. 206), S. 287 ff.

232 Dazu bereits oben, III.3.b.

233 Skeptisch von *Achenbach*, in diesem Band, III.3.; positiv *Bogdandy/Rugge*, in diesem Band.

234 Dazu bereits oben, III.4.b.

235 Knapp unter Hinweis auf die föderale Struktur *Lenaerts/Van Nuffel/Corthaut* (Fn. 2), Rn. 17.049.

So indizieren die Funktionen der Kommission Legitimationsprobleme der Union. Dass die Kommission mal gubernativ quasi wie eine Regierung,²³⁶ mal exekutiv wie eine Behördenspitze, mal administrativ wie das Sekretariat einer internationalen Organisation²³⁷ operiert, ist als solches nicht ungewöhnlich. In vielen demokratischen Rechtsstaaten fungiert die Regierung sowohl als Behördenspitze als auch als politischer Impulsgeber – und zwischen beidem als exekutiver Setzer delegierter Rechtsakte. Trotzdem scheint die Kommission geradezu die Schnittstelle unionsspezifischer Eigenheiten mit Blick auf die institutionelle Balance zu sein. Drei fallen ins Auge:

Die Begrenzung der Delegation von Gesetzgebungskompetenzen, ein klassisches Gewaltenteilungsprinzip, hat sich im Unionsrecht nicht auf Prinzipienebene konsolidiert.²³⁸ Ansätze zu einer Gesetzesvorbehaltslehre finden sich,²³⁹ werden aber auch wieder infrage gestellt: Hat der EuGH zwischen dem gesetzgeberischen Mandat von Rat und Parlament und der Unabhängigkeit der Kommission zu wählen, entscheidet er sich auch einmal für letztere, obwohl diese Unabhängigkeit strukturell auf eine vorkonstitutionelle Schicht verweisen dürfte, bildet sie doch einen alten, vorpolitischen Status der Kommission ab.²⁴⁰

Diese Ungewissheit zeigt sich, zum Zweiten, in der Beziehung zwischen Parlament und Kommission. Die Kommission bedarf einerseits nicht des fortgesetzten Vertrauens einer Mehrheit des Parlaments, das Misstrauensverfahren in Art. 234 AEUV, 17 Abs. 8 EUV kann wegen des Zwei-Drittelerquorums gerade keinen genuin politischen Kriterien folgen,²⁴¹ andererseits

²³⁶ Zu verschiedenen Formen politischen Handelns der Kommission: *Neill Nugent/Mark Rhinard, The „Political“ Roles of the European Commission*, Journal of European Integration 41 (2019), 203–220.

²³⁷ Dazu *Krämer/Wendel*, in diesem Band, IV.2.

²³⁸ Daran hat auch die Reform der jetzigen Art. 290, 291 AEUV nichts geändert: *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 2), Art. 290 AEUV, Rn. 1.

²³⁹ *Henning Rieckhoff*, Der Vorbehalt des Gesetzes im Europarecht, Tübingen: Mohr Siebeck 2007; *Merijn Chamom*, Limits to Delegation under Article 290 TFEU: The Specificity and Essentiality Requirements Put to the Test, MJ 25 (2018), 231–245; skeptisch auch *de Witte* (Fn. 36), 148.

²⁴⁰ Dazu *Jan Klabbers*, An Introduction into International Organizations Law, Cambridge: Cambridge University Press 2022.

²⁴¹ Dazu *Paul Magnette*, Appointing and Censuring the European Commission: The Adaptation of Parliamentary Institutions to the Community Context, ELJ 7 (2001), 292–310; *Roland Bieber*, in: *Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze/Armin Häfele*, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden: Nomos 2015, Art. 234 AEUV, Rn. 4 ff.

geschieht die Einsetzung der Kommission nach Art. 17 Abs. 7 EUV mit der Zustimmung der Mehrheit des Parlaments.²⁴² Die Beziehungen zwischen beiden Organen scheinen auf halber Strecke stehen geblieben zu sein. Gelöst wird dies mit Kooperation, Konsens und interinstitutioneller Verflechtung.²⁴³ Dagegen ist daran zu erinnern, dass ein Kerngehalt der Gewaltenteilungskonstellation im Gebot zu Unterscheidbarkeit und Distanz der verschiedenen Gewalten besteht.

Das Fehlen einer konsolidierten Regierungsstruktur zeigt sich, drittens, juristisch am konkretesten im Verhältnis zwischen Europäischem Rat und Kommission. Eine idealisierende Rekonstruktion sieht den Europäischen Rat als informellen Impulsgeber. Doch gibt es hier auch Rechtskonflikte,²⁴⁴ deren Auflösung an der konkreten Ausgestaltung des in Frage stehenden Politikbereichs hängt. Es gibt keine allgemeine Regelung für die Ausgestaltung ihres Verhältnisses, nicht nur deshalb²⁴⁵ ist der Europäische Rat kein Präsidium und die Kommission keine Regierung. Der Hinweis des allgemeinen Gerichts auf den Charakter der Kommission als „hauptsächliches Exekutivorgan“ in einer „klassischen Lehre der Gewaltenteilung“ überspielt die Unterscheidung zwischen Regieren und Verwalten.²⁴⁶ Die Emphase, mit der die Kommission ihre Verantwortung für die mitgliedstaatliche Einhaltung der Verträge behandelt, und die faktische Politisierung dieser Überwachungspraxis, zeigen, dass dies auch ein praktisches Problem ist.²⁴⁷

3. Antagonismus und wechselseitige Verstärkung beider Prinzipien

Die Figur des institutionellen Gleichgewichts stellt eine bemerkenswerte begriffliche Neuerung dar, eine Rezeption und Modifizierung der Gewaltenteilungsfiguren des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts. Sie dient zugleich dem institutionellen Schutz des Primärrechts und der sekundär-

242 Dazu nur die Analyse bei *Rosas/Armati* (Fn. 2), 90 f.

243 Dazu grundlegend *Florian von Alemann*, Die Handlungsform der interinstitutionellen Vereinbarung: Eine Untersuchung des Interorganverhältnisses der europäischen Verfassung, Berlin: Springer 2006.

244 Oben, III.3.b.

245 Zur Kritik der Rekonstruktion der EU als semi-präsidentiellem System unten, V.3.

246 EuGH, Urteil v. 15.2.2021, Rs. C-615/19 P, ECLI:EU:T:2015:270, Rn. 134 – *Dalli/Kommission*.

247 *Roger Daniel Kelemen/Tommaso Pavone*, Where Have the Guardians Gone? Law Enforcement and the Politics of Supranational Forbearance in the European Union, *World Politics* 75 (2023), 779–825.

rechtlichen Weiterentwicklung, man könnte sie als *Grundsatz des organisatorischen Vertragsvorrangs* bezeichnen. In der Rechtsprechung bleibt sie dabei aber eng mit demokratischen Argumenten verschwistert, schließlich besteht zwischen Vorranganspruch und Legitimationsanspruch ein, wenn nicht immer eindeutiger, Zusammenhang.²⁴⁸

Wie schon das institutionelle Gleichgewicht selbst erweist sich dabei der Zusammenhang zwischen diesem und dem demokratischen Prinzip als ambivalent. Auf der einen Seite bemerkt *de Witte* in seiner Analyse zurecht, dass sich das institutionelle Gleichgewicht in der Rechtsprechung gegenüber dem demokratischen Prinzip in der Regel durchsetze, mit der Folge, dass der Wortlaut der Verträge den Vorrang vor seiner prinzipienförmigen Überwölbung beanspruche.²⁴⁹ Auf der anderen Seite nimmt der EuGH das demokratische Prinzip durchaus beispielhaft, um eine bestimmte Ausgestaltung der Institutionenordnung zu verlangen, wenn er bemerkt, dass es Ausdruck eines einheitlichen „demokratischen Grundsatzes“ der Union sei, wenn das Parlament eine demokratische Kontrolle über das Außenhandeln der Union, einschließlich der GASP ausüben könne.²⁵⁰ In der Sache kennt die Figur des institutionellen Gleichgewichts nicht zufällig Überschneidungen mit dem Rekurs auf demokratische Grundsätze, die sich auf die Rolle des Europäischen Parlaments beziehen. Aber auch schon der Rekurs auf das institutionelle Gleichgewicht in *Meroni* erinnert an ein traditionelles Demokratiekonzept, das fordert, die Verwaltungsorganisation politisch verantwortlich zu halten. Diese Ambivalenz hat ihren Grund weniger in den Präferenzen des Gerichtshofs, auch nicht in irgendwelchen institutionellen Besonderheiten der europäischen Integration, sondern maßgeblich in der Struktur der Kategorie. Wenn es sich beim institutionellen Gleichgewicht oder der Gewaltenteilung um ein übergreifendes Organisationsprinzip handelt, das auch, aber nicht nur, durch die Ermöglichung demokratischer Politik legitimiert wird – und diesen theoretischen Aspekt greift der Verweis in Art. 13 Abs. 1 EUV auf Art. 2 EUV ja ausdrücklich auf –, dann kann das Verhältnis zwischen beiden Prinzipien immer nur punktuell bestimmt werden.

²⁴⁸ Carlos Santiago Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, New Haven: Yale University Press 1996.

²⁴⁹ *de Witte* (Fn. 36), 148.

²⁵⁰ EuGH, Urteil v. 14.6.2016, Rs. C-263/14, ECLI:EU:C:2016:435, Rn. 70, 80 – *Parlament/Rat (Tansania Agreement)*; dazu *Ley*, in diesem Band.

V. Übergreifende Deutungsangebote

Konstitutionelle Grundsätze sind institutionenpolitische Wegweiser, die dabei helfen, den Status quo einer politischen Gemeinschaft auf den Punkt zu bringen oder ihm eine Entwicklungsrichtung zu geben. In diesem Sinne sind die hier untersuchten Grundsätze der Demokratie (1.) und der Gewaltengliederung (2.) mit Blick auf die Regierungsform der EU (3.) sowie die Etablierung konstitutioneller Kerngehalte (4.) systematisch einzuordnen.

1. Ein europäisches Demokratieprinzip

Die Vorstellung, aus einem verfassungsrechtlichen Begriff der Demokratie ließe sich eine ausdefinierte Verfassungsordnung herleiten, überschätzt die Reichweite des Begriffs. Insofern lassen sich, wie dargestellt, die normativen Aussagen der Art. 2, 10–12 EUV nur vorsichtig weiterentwickeln. Die Festlegung der Verträge auf eine demokratische Verfasstheit erlaubt dennoch drei orientierende Perspektiven:

Zum Ersten mag es für die Tabuisierung²⁵¹ eines europäischen Volksbegriffs vielleicht strategisch-politische, doch schwerlich systematische Gründe geben. Hinweise wie die, die EU sei eine konsoziale plurale Demokratie²⁵² der „vielen Vermittlungen“²⁵³, sind richtig, liegen aber auf einer anderen Ebene. Solche Modelle wurden für Deutschland, die Schweiz oder die Niederlande entwickelt,²⁵⁴ trotzdem wird niemand bestreiten, dass deren Parlamente Völker repräsentieren. Richtig ist, dass es, wie immer in föderalen Ordnungen, keine starke Zentrierung um nur ein Parlament gibt. Wenn aber die Bürgerinnen und Bürger sich an der Wahl zum Europäischen Parlament beteiligen, dann tun sie das nicht als Individuen, auch nicht als Angehörige mitgliedstaatlicher Völker, sondern als Angehörige eines ihnen gemeinsamen europäischen politischen Verbands. Nicht nur der Blick auf die deutsche Verfassungsgeschichte zeigt, dass solche Wahlen, auch wenn

251 Zur Tabuisierung des Begriffs „föderal“ ähnlich *Ziller* (Fn. 3), 134.

252 *Simona Piattoni/Luca Verzichelli*, Revisiting Transnational European Consociationalism: The European Union a Decade After Lisbon, *Swiss Political Science Rev.* 25 (2019), 498; *Matthijs Bogaards/Markus M.L. Crepaz*, Consociational Interpretations of the EU: A Critical Appraisal, *European Union Politics* 3 (2002), 357.

253 von Bogdandy/Spieker, in diesem Band, IV.3.b.

254 *Arend Lijphart*, Democracy in Plural Societies, New Haven: Yale University Press 1977; *Gerhard Lehmbruch*, Parteienwettbewerb im Bundesstaat, Stuttgart: Kohlhammer 1976.

diese Zugehörigkeit durch eine andere Staatsangehörigkeit vermittelt wird, nicht anders denn als Akt eines gemeinsamen Legitimationssubjekts zu konstruieren sind. Ein solches bezeichnet man gemeinhin als Volk.²⁵⁵ Dass die sprachliche und kulturelle Heterogenität der Angehörigen dem im Wege stehen soll, hieße jedenfalls auf die EU andere Kategorien anzuwenden, als auf Staaten wie Indien oder die Schweiz angewendet wurden. Vielmehr ist auch für die EU mit Blick auf die Entstehung eines Volks von einer historischen Einsicht auszugehen: „Ethnogenese folgte der Herrschaftsbildung, nicht umgekehrt.“²⁵⁶ Das europäische Volk ist ein Produkt der demokratischen Organisation der EU.

Zum Zweiten müsste das Demokratieparadigma, gerade in der Form, die es in Art. 10 Abs. 2 EUV angenommen hat, zu einer Angleichung der demokratischen Standards zwischen EU und den Mitgliedstaaten führen. Eine solche Entwicklung ist schon lange im Gang, allein die Idee, traditionelle Vorgaben aus dem politischen Konstitutionalismus wie ein demokratisches Prinzip auch für die EU zu stipulieren, war dafür ein wichtiger Schritt. Dafür, dass sich diese Entwicklung fortsetzt, spricht normativ die Union und Mitgliedstaaten in die Pflicht nehmende Struktur des Art. 10 EUV wie auch die Adressatenvielfalt des Art. 2 EUV, und praktisch, dass die Einförderung demokratischer Strukturen durch die EU in den Mitgliedstaaten glaubwürdig nur durchsetzbar sein wird, wenn vergleichbare Standards auf beiden Ebenen angewendet werden. Konkretere Implikationen wurden oben entwickelt.²⁵⁷

Zum Dritten dürfte das Verhältnis zwischen Rat und Parlament durch das demokratische Prinzip mit Blick auf den Kompetenzbestand mehr und mehr angeglichen werden, dabei aber die politische Bedeutung der beiden Organe im Verhältnis zueinander offenlassen. Wenn zwei demokratische Ebenen miteinander verkoppelt werden, kann aus dem demokratischen Prinzip selbst nichts zu der Frage folgen, welche der beiden Ebenen Vorrang hat.²⁵⁸

255 Rolf Grawert, Staatsvolk und Staatsangehörigkeit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. II, 3. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller 2004, § 16 Rn. 1–20.

256 Dieter Langewiesche, Vom vielstaatlichen Reich zum föderativen Bundesstaat, Heidelberg: Winter 2020, 23 f.

257 Oben, IV.2.b.

258 Christoph Möllers, Multi-Level Democracy, Ratio Juris 24 (2011), 247–266.

2. Eine europäische Gewaltenteilung

Die Zuweisung der tradierten Rechtsetzungsfunktionen zu bestimmten Typen von Organen, die in den überlieferten Theorien der Gewaltenteilung, wenn auch immer nur unvollkommen, plausibel wird, hat auch für die heutige EU ein beträchtliches Beschreibungspotential.²⁵⁹ Das unterscheidet die Union von internationalen Organisationen. Ist die Rechtsprechung beim europäischen Gerichtsverbund klar verortet und die Gesetzgebung zumindest im Wesentlichen bei Rat und Parlament,²⁶⁰ so ist es am schwierigsten, die beiden hierarchischen Enden der Exekutive, Regierung und Vollzug, bestimmten Organen zuzuweisen. Das ist aber grundsätzlich in Verfassungsstaaten nicht anders, zumal in föderal gegliederten. Den Gesetzesvollzug teilen sich idealerweise Kommission und Mitgliedstaaten, freilich ergänzt um primäre und sekundäre Agenturen wie die EZB und beispielsweise FRONTEX. Die Ausbildung eines Agenturwesens und die Unabhängigkeit einer Zentralbank sind keine Besonderheiten der EU. Problematisch erscheinen dagegen Sonderinstitutionen wie der Hohe Vertreter, die die Konflikte um die Kompetenzverteilung zwischen Mitgliedstaaten und Unionsorganen institutionell perpetuieren. Sie sind allenfalls als transitorische Institutionen akzeptabel.

Am schwierigsten zu definieren ist die Regierungsfunktion der EU, die in staatlichen Systemen unterschiedliche Aufgaben übernimmt, die allesamt in Zusammenhang mit politischen Programmierungsaufgaben stehen. Zu nennen sind die Leitung des Vollzugsapparats, damit zusammenhängend die Befugnis zum Erlass abgeleiteten (tertiären) Rechts, die Gesetzesinitiative, die in parlamentarischen Systemen immer auch bei der Regierung liegt, die Außenvertretung und die exekutive (im Unterschied zur judikativen) föderale Aufsicht über den Vollzug durch die Glieder. Die Zersplitterung dieser Aufgaben zwischen Europäischem Rat, Kommission, Hohem Vertreter, Ratsvorsitz und in Teilen der Außenpolitik einiger einflussreicher Mitgliedstaaten kann man im Ganzen als Fehlen einer Regierung verstehen – mit all den Problemen, die die Abwesenheit einer eindeutigen politischen Konzentration auf eine demokratisch zuständige Institution mit sich bringt. Darauf wird bei der Frage der „Staatsform“ der EU zurückzukommen sein.

Trotzdem behält die Zuweisung von Funktionen ihren orientierenden Wert. Abweichungen zeigen Probleme an: Zu nennen sind das fehlende

259 Oben, II.3.

260 Zum Gesetzgeber der EU von Achenbach, in diesem Band, III.3.

Recht des Parlaments, Einnahmen zu definieren, der fragmentierte und undurchsichtige Aufbau der auswärtigen Beziehungen, inklusive seiner parlamentarischen Kontrolle, oder die Depolitisierung der Kontrolle der Mitgliedstaaten hinsichtlich der konstitutionellen Werte des Art. 2 EUV. In all diesen Fällen erscheinen Besonderheiten Zwangen geschuldet, für die es keine normative und auch nicht immer eine funktionale Rechtfertigung gibt – ohne dass sich diese Einsicht zu einem Verdikt der Primärrechtswidrigkeit zuspitzen ließe. Vielleicht die größte Unsicherheit besteht dabei im Umgang mit Rat und Europäischem Rat. Soweit diese im engeren Sinne Regierungsfunktionen einnehmen, stellt sich die Frage nach ihrer Kontrolle durch das Parlament.²⁶¹ Im Fall des Europäischen Rates sind diese Funktionen, namentlich wegen der schwierigen Greifbarkeit seiner Entscheidungen, einer Kontrolle konsequent entzogen.

Die drei Bedeutungsebenen der klassischen Gewaltenteilungstheorie:²⁶² Schutz der Autonomie jedes Organs, Verbot der Usurpation einer anderen Gewalt und Ausgleich zwischen den Gewalten, lassen sich für die EU nutzen, aber eben auch durch die Praxis des EU-Rechts widerlegen: beispielhaft konkret durch die fehlende Befugnis des EP, seinen Sitz zu bestimmen,²⁶³ durch die Monopolrolle des Rats im Eigenmittelsystem und durch die plausible Bezeichnung des Europäischen Rats als mächtigstem Organ der EU.²⁶⁴

3. Eine gubernativ-föderale Regierungsform für die EU

Namentlich die Unterscheidung zwischen parlamentarischem und präsidentiellem System²⁶⁵ bietet sich heute auch für die Beschreibung der Union

261 Dazu eingehend von Achenbach, in diesem Band, III.5.b.

262 Für die EU abweichend Lenaerts/Verhoeven (Fn. 107), 44 f.: Unabhängigkeit der Institutionen, keine Überweisung der eigenen Kompetenzen an andere Institutionen, keine Besetzung fremder Kompetenzen. Unklar bleibt auch hier, wie sich das Positive zum Prinzipiellen verhält.

263 Dazu die alte Rechtsprechung EuGH, Urteil v. 10.2.1983, Rs. 230/81, ECLI:EU:C:1983:32 – *Luxemburg/Parlament*; Urteil v. 22.9.1989, verb. Rs. 358/85 und 51/86, ECLI:EU:C:1988:431 – *Frankreich/Parlament*; Urteil v. 28.11.1991, verb. Rs. C-213/88 und C-39/89, ECLI:EU:C:1991:449 – *Luxemburg/Parlament*; Urteil v. 1.10.1997, Rs. C-345/95, ECLI:EU:C:1997:450 – *Frankreich/Parlament*; dazu auch Lenaerts/Verhoeven (Fn. 107), 44.

264 Dazu sogleich, bei Fn. 275.

265 Für dessen Relevanz insbesondere Bruce Ackerman, New Separation of Powers, Harvard L. Rev. 113 (2000), 633–729.

an. Solche Beschreibungen werden wie jede Typisierung das Phänomen nicht im Ganzen treffen, aber können Vergleichbarkeit herstellen und normative Orientierung bieten.

Die Rekonstruktion der Union als semi-präsidentielle Demokratie, in der der Europäische Rat die Präsidialfunktion ausfüllt und die Kommission die parlamentarische Regierung darstellt, erweist sich als schwierig.²⁶⁶ Im verfassungstheoretischen Begriff des Präsidentialismus konvergieren verschiedene Eigenschaften dieses Organs:²⁶⁷ Personalisierung, demokratische Direktwahl und Unitarisierung, die den Europäischen Rat allesamt nicht auszeichnen. In jedem Fall müsste der Vergleich vollständig sein und die besonderen Risiken dieser Staatsform thematisieren,²⁶⁸ in der die parlamentarisch verantwortliche Regierung im Regelfall keine unabhängigen Regierungsfunktionen wahrnimmt. Zudem ist auf der anderen Seite die Kommission keine parlamentarisch verantwortliche Regierung. Das Verfahren nach Art. 234 AEUV ist wegen des qualifizierten Mehrheitserfordernisses kein Misstrauensvotum.²⁶⁹ Diente der Semi-Präsidentialismus in der Weimarer und V. Republik der Abfederung volatiler Mehrheitsbildung in einem parlamentszentrierten System, so ist dies gerade kein Problem der EU. Gerade weil die Union plural ist, muss sie nicht semi-präsidentiell werden.

Will man die Regierungsform der EU dennoch auf den Begriff bringen, so bietet sich an, diese als *gubernativ-föderal* zu fassen. Der für die EU fruchtbare gemachte, aus dem deutschen System kommende Begriff des Exekutiv-Föderalismus²⁷⁰ bezeichnet den Umstand, dass die Bundesgesetze auf der unteren Ebene vollzogen werden und diese Ebene deswegen an der Gesetzgebung beteiligt wird. Das kann die Rolle des Rates sowohl bei der Gesetzgebung als auch bei der abgeleiteten Rechtsetzung erklären.²⁷¹ Doch hatte der deutsche Exekutiv-Föderalismus von Beginn an eine einheitliche

266 von Bogdandy/Rugge, in diesem Band.

267 Zu begrifflicher Bestimmung und Funktionalität bereits Juan Linz/Arturo Valenzuela (Hrsg.), *The Failure of Presidential Democracy*, Baltimore: Johns Hopkins University Press 1994.

268 Cindy Skach, The ‚Newest‘ Separation of Powers, I-CON 5 (2007), 93–121; eingeschläfert dies., *Borrowing Constitutional Designs: Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic*, Princeton: Princeton University Press 2005.

269 Dazu oben, IV.2.c.

270 Der Begriff stammt von Böckenförde, im Einzelnen Philipp Dann, *Parlamente im Exekutivföderalismus*, Berlin: Springer 2004.

271 Dann, in diesem Band.

Staatsleitung. Die Vorstellung, der Bundesrat, die Vertretung der Gliedstaaten, könne das Deutsche Reich regieren, erledigte sich schnell.²⁷² In der EU lässt sich mit dem Aufstieg des Europäischen Rats als politischem Initiativorgan von einer Föderalisierung der Gubernative sprechen. Das gubernativ-föderale System liegt im Trend einer Re-Intergouvernementalisierung der Union,²⁷³ ist aber nicht einfach intergouvernemental, wenn es in den Rahmen des Unionsrechts eingebunden wird. Schwer zu greifen ist dies, weil die Entwicklung des Europäischen Rates auf der einen Seite formal in die Ordnung integriert wurde, Art. 15 EUV, der Europäische Rat sich andererseits gegenüber rechtlichen Vorgaben immunisiert.²⁷⁴ Ein zentraler Teil der politischen Führung der EU kommt damit immer noch quasi von außen. Anders formuliert: Der Europäische Rat changiert zwischen Organ der EU und Vertretung der Mitgliedstaaten. Dieses Problem zeigt sich gerade in seinen Leistungen: Die viel zitierte Stilisierung des Europäischen Rats als „oberstes Entscheidungsorgan“²⁷⁵ mag politikwissenschaftlich richtig sein, sie ist aber eben auch ein Rückfall in vorkonstitutionelle Kategorien,²⁷⁶ weil eine gewaltenteilte Zuständigkeitsordnung keine höchsten Organe kennt.²⁷⁷ Deutlich wird diese Grenze in den Konflikten zwischen Kommission und Europäischem Rat. Dass es für diese keine grundsätzliche Lösung gibt, sondern Differenzen entlang Politikfeldern und Handlungsformen verlaufen, zeigt die interne Asymmetrie des Integrationsprozesses, die sich nicht juristisch begradigen lässt.

Zugleich weist auch die Kommission Elemente föderal-gubernativen Regierens auf: die Besetzung nach eingeschränktem mitgliedstaatlichem Proporz und das Vorschlagsrecht des Europäischen Rats selbst. Wenn schließlich die Form des Gesetzes auch in der EU ein Instrument ist, um

²⁷² Dazu eingehend *Oliver Haardt*, Bismarcks ewiger Bund, Darmstadt: wbg 2020, 343 ff.

²⁷³ Mit einer skeptischen Bewertung, inwieweit diese Entwicklung durchzuhalten ist: *Christopher J. Bickerton/Dermont Hodson/Uwe Pütter*, The New Intergovernmentalism: European Integration in the Post-Maastricht Era, *JCMS* 53 (2015), 703–722.

²⁷⁴ Beispiele bei *von Bogdandy/Rugge*, in diesem Band.

²⁷⁵ *Luuk van Middelaar/Uwe Pütter*, The European Council: The Union's Supreme Decision-Maker, in: *Dermot Hodson/Uwe Puetter/Sabine Saurugger/John Peterson* (Hrsg.), The Institutions of the European Union, 5. Aufl., Oxford: Oxford University Press 2022, 51–77.

²⁷⁶ Beispiel dafür war die rechtswidrige Verzögerung des Konditionalitätsmechanismus: Compromising (on) the General Conditionality Mechanism and the Rule of Law, Editorial Comment, *CML Rev.* 58 (2021), 267–284.

²⁷⁷ *Möllers*, Gewaltengliederung (Fn. 18), 92 ff.

Politik und Recht miteinander zu synchronisieren,²⁷⁸ dann ist das Nebeneinander von Art. 15 Abs. 1 und Art. 17 Abs. 2 EUV schwer widerspruchsfrei darzustellen. Dann gehen die wesentlichen informellen Impulse von einem Organ aus, das nicht gesetzgeberisch tätig werden darf, während die Gesetzgebung formell von einem Organ, der Europäischen Kommission, initiiert werden soll, die einerseits im Europäischen Rat vertreten ist, die sich andererseits immer wieder auf ihre garantierte Unabhängigkeit von diesen beruft, Art. 17 Abs. 3 EUV, Art. 245 Abs. 1 AEUV. Dahinter steckt keine schlüssige institutionelle Logik, unabhängig von der Frage, welches der beiden Organ mehr politischen Einfluss hat.²⁷⁹

Wem gegenüber ist der Europäische Rat politisch verantwortlich? Rechtlich ist er dies nur beschränkt, am ehesten noch durch eine Beschränkung seiner Kompetenzen gegenüber der Kommission. Politisch sind dies jenseits der Berichtspflicht gegenüber dem Europäischen Parlament allein die Mitglieder in ihren nationalen politischen Prozessen, der insoweit auch von Art. 10 Abs. 2 EUV determiniert ist. Doch muss der Hinweis auf die nationale politische Verantwortung den Europäischen Rat eben doch als intergouvernementales Organ deuten.

4. Ein konstitutioneller Kern und seine Grenzen

Art. 2 i.V.m. Art. 10 EUV geben das Versprechen auf eine weitere Stufe der Konstitutionalisierung, unabhängig von der Frage, ob dies von den Vertragsschöpfern beabsichtigt war oder nicht. Die Entscheidung für eine Verknüpfung der Wertkategorie mit konstitutionellen Grundprinzipien und der weitergehenden Verklammerung dieser Prinzipien mit den organkonstitutiven Normen des EUV und den operativen Vorschriften des AEUV lädt dazu ein, das Vertragsrecht gegenüber den Mitgliedstaaten zu verallgemeinern. Die Verknüpfung der formell konstitutionalisierten Grundsätze Autonomie und Vorrang mit den materiellen Wertbestimmungen durch den EuGH ist begrifflich nicht stimmig, dennoch ein starkes Indiz für eine auch hierarchieschaffende weitere Stufe der Konstitutionalisierung. Die methodischen Probleme, auf die eine solche Hierarchisierung stößt, sind dabei

278 Niklas Luhmann, Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1993, 427 f.

279 Dazu Jens Blom-Hansen/Roman Senniger, The Commission in EU Policy Preparation, *JCMS* 59 (2021), 625–642; Paul Craig, Institutions, Power, and Institutional Balance, in: Paul Craig/Gráinne de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, Oxford: Oxford University Press 2021, 46–89 (88).

ebenso im Auge zu behalten wie der Umstand, dass eine offensive Konstitutionalisierung des demokratischen Prinzips größere begründungstechnische und praktische Probleme mit sich bringt als beim Rechtsstaatsprinzip.

Sind Binnenhierarchisierung und Kernkonstitutionalisierung in den Gehalten des EUV angelegt, so ändert dies nichts daran, dass die Konstruktion eines konstitutionellen Kerns bei einer politischen Gemeinschaft, deren Entwicklung seit Jahrzehnten von kleinen Schritten, ad-hoc-Lösungen und institutionellen Kompromissen abhängt, kein geringes Risiko darstellt. Denn wenn sich die institutionelle Lösung nicht mehr auf den Begriff bringen lässt, dann verliert der normative Anspruch der Prinzipien schnell im Ganzen seinen Wert. Vielleicht noch gravierender als das Problem eines möglichen Normativitätsverlusts durch Übernormativierung erscheint die Frage, inwieweit die Kernhierarchisierung in der Lage ist, den Umgang der EU mit der Durchsetzung von Art. 2 EUV angemessen zu beschreiben. Die Konditionalitäts-VO ist insofern bemerkenswert, weil sie als Sekundärrechtsakt das eigentlich vorgesehene Verfahren des Art. 7 EUV funktional ersetzt,²⁸⁰ damit aber gerade nicht einer Logik der Normen hierarchie folgt, sondern vielmehr deren prozedurale Grenzen – namentlich die Beschlussfassungsregeln im Rat – unterläuft. Das muss man nicht, wie die betroffenen Mitgliedstaaten, als Verstoß gegen Primärrecht lesen, aber es zeigt, dass die von der EU selbst gewählten Lösungen einerseits eine materielle Normen hierarchie innerhalb der Verträge voraussetzen, andererseits bei ihrer Durchsetzung dieser Normen hierarchie nur beschränkt folgen. Dies kann man als Ausdruck einer Spannung zwischen materiellen und prozeduralen Anforderungen verstehen, die im Ganzen auch das Verhältnis zwischen Art. 10 und 13 EUV prägt.

280 Dazu auch *Franzius*, in diesem Band.

