

# **Verfassungspolitik in der Europäischen Union**

Herausgegeben von  
Beate Kohler-Koch und Markus Jachtenfuchs

Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung



# **Verfassungspolitik in der Europäischen Union**

Herausgegeben von  
Beate Kohler-Koch und Markus Jachtenfuchs

Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung

**Jachtenfuchs, Markus und Beate Kohler-Koch (Hrsg.):**

Verfassungspolitik in der Europäischen Union / Jachtenfuchs, Markus; Beate

Kohler-Koch (Hrsg.) –

Mannheim : 2002

Diese Veröffentlichung ist ein Nachdruck der MZES-Arbeitspapiere 50-55.

# Inhalt

Angaben über die Autoren

Vorwort 1

*Markus Jachtenfuchs und Beate Kohler-Koch*

Die soziale Konstruktion konstitutioneller Präferenzen. Eine alternative Verwendungsweise der Ordnungsökonomik in der europäischen Verfassungsdiskussion 3

*Horst Hegmann*

Verfassungspolitik als Konstruktion von Lernprozessen? Konstitutionalisierung und Identitätsbildung in der Europäischen Union 29

*Achim Hurrelmann*

Das Recht im Prozess der Konstitutionalisierung Europas 53

*Christian Joerges*

Europa zwischen rechtlich-konstitutioneller Konkordanz und politisch-kultureller Vielfalt 93

*Stefan Schieren*

Das Subsidiaritätsprinzip als verfassungsgenerierender Modus 121

*Michael W. Schröter*

Mobilität – Wider ein verkürztes Verständnis von Supranationalität 147

*Alexander Somek*

## Angaben über die Autoren

**Horst Hegmann**, Dr. rer. pol. habil., Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Wirtschaft und Politik der Universität Witten/Herdecke und Lehrbeauftragter an der Universität Lausanne. Forschungsinteressen: Politische Theorie und Ideengeschichte, Integrationsforschung, Institutionenökonomik, Wissenssoziologie. Neuere Publikationen: „Die Verfassung der kulturell fragmentierten Gesellschaft - Zur wissenschaftlichen Grundlegung eines verfassungsökonomisch formulierten Sozialvertrags.“ Marburg: Metropolis, 2001; gemeinsam mit Anne van Aaken: „Konsens als Grundnorm? Chancen und Grenzen der Ordnungsökonomik in der ökonomischen Theorie des Rechts“ in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, 88/1 (2002). Anschrift: Universität Witten/Herdecke, Fakultät für Wirtschaftswissenschaft, Institut für Wirtschaft und Politik (Prof. Dr. Birger P. Priddat), Alfred-Herrhausen-Str. 50, D-58448 Witten. E-Mail: horst.hegmann@uni-wh.de.

**Achim Hurrelmann**, Dipl.-Pol., ist Mitarbeiter in der Fachgruppe Politikwissenschaft an der Universität Essen und assoziiertes Mitglied im Essener DFG-Graduiertenkolleg „Europäische Gesellschaft“. Er arbeitet derzeit an einem Dissertationsprojekt zur europäischen Verfassungspolitik.

**Christian Joerges**, Dr. jur., ist Professor für Europäisches Wirtschaftsrecht am Europäischen Hochschulinstitut Florenz.

**Stefan Schieren**, PD Dr., ist Lehrbeauftragter an der Otto-von-Guericke Universität, Magdeburg. Im Jahr 2000 hat er sich dort mit der Schrift „Die Stille Revolution. Der Wandel der britischen Demokratie unter dem Einfluss der europäischen Integration“ habilitiert. Wissenschaftlich befasst er sich im Schwerpunkt mit der „Europäischen Integration“, mit „Politik und Gesellschaft in Großbritannien“ und mit dem „Verhältnis von Politik und Recht“.

**Michael Schröter**, Dr. jur., wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP) der Universität Bremen. Forschungsinteressen: Nationales, europäisches und internationales Umwelt- und Wirtschaftsrecht, Verfassungsrecht, Rechtsethik, Juristische Methodenlehre. Neuere Publikationen: Zus. Mit Klaus Bosselmann: Umwelt und Gerechtigkeit, Baden-Baden (Nomos) 2001; Agrarmarkt ohne Tierschutz?, Natur und Recht, S. 18-21. Anschrift: ZERP, Universitätsallee GW 1, D-28359 Bremen, E-Mail: mschroeter@zerp.uni-bremen.de.

**Alexander Somek** ist Professor für Verfassungsrecht und Rechtsphilosophie an der Universität Wien und gegenwärtig Robert O. Daniel Distinguished Visiting Professor am College of Law der University of Iowa. Der Autor dankt Kerstin Radermacher für die Mitarbeit an der Überarbeitung einer früheren Fassung.

## Vorwort

Nachdem die Problematik der europäischen Verfassungsentwicklung lange Zeit eine Domäne spezialisierter Europaforscher war, ist die Diskussion mit ihrer expliziten Thematisierung durch den Konvent zu einer öffentlichen Debatte geworden, die breitere Kreise erreicht als früher und auch in der Wissenschaft stärker thematisiert wird. Die meisten einschlägigen Diskussionsbeiträge lassen sich aber ihr Thema von der politischen Tagesordnung vorgeben und bleiben damit sehr aktualitätsbezogen. Daran ist nichts auszusetzen, wenn man der Ansicht ist, dass Wissenschaft auch eine Rolle bei der Gestaltung gesellschaftlicher Zustände spielen soll. Allerdings verleitet das Gefühl, einen Beitrag zu einem bedeutenden Ereignis leisten zu können leicht dazu, den Untersuchungs- und Handlungsgegenstand aus allzu großer Nähe zu betrachten und größere Zusammenhänge aus dem Blick zu verlieren.

Genau dies scheint ein Problem der gegenwärtigen Debatte zur Verfassung der EU zu sein. Sie leidet unter vier miteinander zusammenhängenden Problemen: einer zu hohen Staatsbezogenheit, einem Mangels an vergleichenden Perspektiven, dem Fehlen interdisziplinärer Ansätze sowie der Vernachlässigung analytischer Fragen zugunsten normativer Belange.

*Zu hohe Staatsbezogenheit:* Die Verfassungen politischer Systeme, die üblicherweise als Maßstab und Inspiration für die EU-Verfassung herangezogen werden, sind Staatsverfassungen. Wenn man aber aus der Geschichte lernen will, so muss die Frage beantwortet werden, ob bei einer Übertragbarkeit der konkreten Entstehungs- und Wirkungsumstände sowie der Strukturprinzipien solcher Verfassungen auf ein nichtstaatliches politisches System wie die EU nicht wesentliche Unterschiede beider Systemtypen übersehen werden.

*Mangel an vergleichenden Perspektiven:* Historisch haben sich sehr unterschiedliche Staatsverfassungen als Reaktionen auf spezifische gesellschaftliche Kontextbedingungen entwickelt. Um überhaupt verstehen zu können, dass die eigene Verfassung nicht notwendigerweise die optimale Lösung allgemeiner verfassungspolitischer Probleme darstellt, sondern nur einen unter mehreren möglichen Entwicklungspfaden, und dass es auch völlig anders geartete gesellschaftliche Kontexte gibt, in denen Verfassungen bestehen und auf die sie reagieren müssen, ist eine vergleichende Analyse notwendig. Diese könnte nach Fällen fragen, in denen ein politisches System bei der Verfassungsgebung mit ähnlichen funktionalen Problemen konfrontiert war wie das der EU. Eine solche Auswahl ist nur theoretisch begründet möglich, müsste aber in jedem Fall über die immer wieder analysierten Standardfälle Frankreich, Großbritannien und USA hinausgehen.

*Fehlen interdisziplinärer Ansätze:* Die Frage der Ausgestaltung, der Entstehung, der Wirkung und der Bewertung von Verfassungen sind ein Thema für die Politik-, Rechts- und Wirtschaftswissenschaft. Von allen dreien gibt es wichtige Beiträge zur Thematik, und es existieren auch Versuche, disziplinäre

Grenzen zu überschreiten. Alles in allem aber laufen die meisten Diskussionen völlig getrennt voneinander. Das ist ein Defizit bei vielen Disziplin übergreifenden Themen, aber in diesem Fall ist es besonders bedauerlich, da sich die Zusammenarbeit über einen klar definierten gemeinsamen Forschungsgegenstand geradezu anbietet und reichlich konzeptuelle Anknüpfungspunkte vorhanden sind.

*Vernachlässigung analytischer Fragen:* Eine wertfreie Beschäftigung mit Verfassungsfragen ist fast schon ein Widerspruch in sich. In der Diskussion um die Verfassung der EU kommen jedoch analytische Fragen eindeutig zu kurz und treten gegenüber sehr grundsätzlichen Diskussionen über die Wünschbarkeit und die Möglichkeit einer EU-Verfassung einerseits und gegenüber langen und gut gemeinten Wunschlisten möglicher Verfassungsbestimmungen zu sehr in den Hintergrund. Gerade die analytische Betrachtung der europäischen Verfassungspolitik im Vergleich mit staatsgebundenen Prozessen von Verfassungsbildung und Verfassungswandel könnte aber zum allgemeinen Verständnis dieser Prozesse und zur Konzeptualisierung der konkreten Verfassungspolitik in der EU einiges beitragen und so dem Schwanken der Debatte zwischen Überabstraktion und Überkonkretheit Einhalt gebieten.

Es ist immer leichter, Ansprüche aufzustellen als sie einzulösen. Die hier versammelten Beiträge können keine umfassende Remedur bieten, sondern sollen mögliche Richtungen aufweisen, in die sich eine nicht tagespolitisch verengte europäische Verfassungsdiskussion entwickeln könnte. Es handelt sich hierbei um überarbeitete Papiere zu einer Tagung, die der Arbeitskreis Integrationsforschung der Deutschen Vereinigung für Politische Wissenschaft zusammen mit dem DFG-Schwerpunktprogramm „Regieren in der EU“ im November 2001 in Mannheim veranstaltet hat. Sie verstehen sich als Beiträge zu einer Debatte, bei der die Chance besteht, die oft zu starke Selbstbezogenheit der Europaforschung zu überwinden und zu Erkenntnissen zu gelangen, die auch auf andere Felder ausstrahlen.

Markus Jachtenfuchs, Beate Kohler-Koch

# **Die soziale Konstruktion konstitutioneller Präferenzen Eine alternative Verwendungsweise der Ordnungsökonomik in der europäischen Verfassungsdiskussion**

Horst Hegmann

## Zusammenfassung

Ordnungsökonomien sehen die Effizienz rechtlicher Regelwerke in vollständiger Abhängigkeit von individuellen Präferenzen und Restriktionen. Was in der Theoriebildung zu aussagekräftigen Modellen verhilft, führt bei konkreten Regel- oder Politikempfehlungen immer dort zu Problemen, wo die Forscher mangels hinreichenden Spezialwissens die Vielfalt real vorfindbarer Präferenzen und Restriktionen durch radikal vereinfachende Annahmen normieren müssen. Ihre Empfehlungen sind dann immer gerade so gut, wie die von ihnen bei der Situationsbeschreibung der Akteure zu Grunde gelegten Annahmen. Stellt man nicht den künstlich erzeugten Konsens hinsichtlich der individuellen Situationswahrnehmungen an den Anfang der ökonomischen Analyse, sondern erklärt einen diesbezüglichen Konsens zum Leitbild des kollektiven konstitutionellen Meinungs- und Willensbildungsprozesses, kann man die Verfassungsökonomik zur Strukturierung der Diskussion um eine adäquate europäische Verfassung nutzen.

# Inhalt

1. Einleitung .....	5
2. Die Verfassungsökonomik in der europäischen Verfassungsdiskussion .....	6
3. Die soziale Konstruktion konstitutioneller Präferenzen am Beispiel Europa.....	9
4. Die kontingenten Voraussetzungen ökonomischer Verfassungsempfehlungen.....	12
4.1 Vorausgesetzte Annahmen über die Präferenzen der Bürgerinnen und Bürger.....	13
4.2 Vorausgesetztes Wissen über die Wirkungsweise alternativer Regelwerke.....	16
5. Verfassungsökonomik als Heuristik für die konstitutionelle Meinungs- und Willensbildung in Europa .....	18
Literatur.....	22

## 1. Einleitung

Wenn Ordnungsökonominnen die europäische Verfassung diskutieren, sind sie meist unter sich. Das ist erstaunlich, weil sie zumindest vom theoretischen Anspruch her weder den Menschen vorschreiben wollen, was diese wollen sollen, noch den Gegenstandsbereich ihrer Analysen auf die Wirtschaft und ihre Rahmenordnung beschränkt sehen. Vielmehr interessieren sie sich ganz allgemein für die Bereitstellung sogenannter öffentlicher oder kollektiver Güter, von Gütern also, die Menschen nicht allein oder über bloß freiwillige Zusammenschlüsse erzeugen können. Im Prinzip bleibt offen, ob es sich dabei um die Wahrung der inneren oder äußeren Sicherheit handelt, um die Realisierung einer gottgefälligen Ordnung oder die Verteidigung der kulturellen Identität einer Gruppe. Nimmt sie ihre theoretischen Grundlagen ernst, so kann sie nur eine Begrifflichkeit bereitstellen, die sich allerdings ganz besonders für die Erörterung der Frage eignen sollte, welche Handlungskompetenzen im Interesse der Bürgerinnen und Bürger bei eben diesen verbleiben sollten und welche man einvernehmlich organisierten Kollektiven übertragen muss, um ihre Bereitstellung zu gewährleisten. Das freilich sollte für alle Sozialwissenschaftler interessant sein, die sich mit politik- und rechtswissenschaftlichem Institutionendesign befassen.

Wenn der Ansatz dennoch außerhalb der Wirtschaftswissenschaften nur unzureichend rezipiert wird, liegt das, so die im Folgenden vertretene These, weniger am Ansatz selbst, als an seiner Anwendung auf die politische Praxis. Um institutionelle Arrangements empfehlen zu können, müssen Ordnungsökonominnen komplexe Sachverhalte auf handhabbare Modelle reduzieren und die Variablen, die sie dabei ausweisen, sinnvoll inhaltlich füllen. Dass Ordnungsökonominnen die sich darin verbergenden Probleme leicht unterschätzen, lässt sich vermutlich dem Umstand zuschreiben, dass sie meist unter sich bleiben und aufgrund einer gemeinsamen wissenschaftlichen Sozialisation dieselben Annahmen für plausibel halten. Dass andere Interaktionsgemeinschaften ihre Frage möglicherweise ganz anders operationalisieren würden, wird in den Wirtschaftswissenschaften bisher noch unzureichend thematisiert.

In der Politikwissenschaft haben sich dagegen konstruktivistische Theorien mittlerweile in verschiedenen Teildisziplinen etabliert. Gemeinsam ist ihnen allen die These, dass sich die Situationswahrnehmung, mit der Akteure sich konfrontiert sehen, nicht von selbst versteht, sondern in mehr oder minder stabilen Interaktionszusammenhängen gemeinsam hervorgebracht wird. Diese Ansätze haben inzwischen auch in der Integrationsforschung Wurzeln geschlagen, weshalb es sich anbietet, sie zu nutzen, um die impliziten Annahmen zu explizieren, die jeder ordnungsökonomischen Politikempfehlung auch im Hinblick auf die europäische Verfassungsdiskussion zugrunde liegt.

Um diese politikwissenschaftlichen Erkenntnisse in das ökonomische Paradigma importieren zu können, müssen soziale Konstruktionen auf Individuen heruntergebrochen werden. Sie müssen als Aspekte der Situation beschrieben werden, auf die sich Akteure handelnd beziehen. Wenn dabei deutlich wird, dass sich das, was die Ökonomen den Handelnden als Situation unterstellen, keineswegs von

selbst versteht, eröffnet das nicht nur den Blick auf die Grenzen des konventionellen Verwendung des ordnungsökonomischen Ansatzes in der konkreten Politikberatung, auch eine alternative Vorgehensweise wird sichtbar, die den Konsens über die maßgeblichen Kollektive und ihre Umwelt nicht voraussetzt, sondern zum Ziel des kollektiven Meinungs- und Willensbildungsprozesses erklärt.

Für die vorliegende Untersuchung ergeben sich somit drei Teile. In einem ersten Teil soll die Verfassungsökonomik als für das zu behandelnde Thema wesentlicher Ausschnitt der Ordnungsökonomik<sup>1</sup> in ihrer Anwendung auf die europäische Verfassungsdiskussion skizziert werden. Im zweiten Teil soll dann unter Rückgriff auf die konstruktivistischen Ansätze in der Politikwissenschaft gezeigt werden, wo implizite Annahmen die Ergebnisse der verfassungsökonomischen Analyse bereits vorwegnehmen. Im dritten Teil soll angesichts der gerade im Hinblick auf Frage der europäischen Integration besonders heterogenen Sichtweisen daraus aber nicht der Schluss gezogen werden, dass man nun gründlicher nach einer konsensfähigeren Situationsbeschreibung suchen müsse. Vielmehr soll ein Umgang mit der Verfassungsökonomik vorgeschlagen werden, der die Vielfalt der Situationswahrnehmungen nicht auf die eine oder andere Weise zum Verschwinden bringt, sondern sie vielmehr zum Ausgangspunkt eines kollektiven Meinungs- und Willensbildungsprozesses macht, für den der Konsens über die adäquate Beschreibung der Lage und die daraus sich ergebenden konstitutionellen Forderungen das Leitbild ist.

## 2. Die Verfassungsökonomik in der europäischen Verfassungsdiskussion

Als Ernest Renan im Jahre 1882 die Frage, was eine Nation ausmache, mit dem berühmten Satz beantwortete, die Nation existiere nur durch ein Plebiszit, das sich jeden Tag wiederhole (Renan 1995: 57), zog er damit die Konsequenzen aus dem sukzessiven Ausschluss einer Reihe anderer, vom Willen der Bürgerinnen und Bürger unabhängiger Bestimmungsgründe nationaler Identität. Weder mit Rasse, noch mit Sprache, Religion, ökonomischen Interessen<sup>2</sup> oder geo-strategischen Notwendigkeiten lasse sich das Vorhandensein so unterschiedlicher Nationen wie der französischen, der deutschen, der schweizerischen oder amerikanischen plausibel erklären (zu den Aporien des Nationalismus vergl. auch nach wie vor Kedurie 1971), letztlich entscheide darüber aber allein der Wille konkreter Menschen dazuzugehören. Zumindest vom theoretischen Anspruch her (siehe dazu Aaken/Hegmann 2002), argumentiert die normative Verfassungsökonomik (für einen diesbezüglichen Einstieg siehe Buchanan 1990b + 1991) ganz analog. Wie Renans Konzeption könnte auch sie bei der Diskussion um eine europäische Verfassung nützlich sein, weil sie zum einen einer politischen Lage gerecht wird, die aller gegenteiligen Beschwörungen (siehe etwa: Havel 1994, Ratzinger 2000)

---

<sup>1</sup> Zum Verhältnis von Verfassungs- und Ordnungsökonomik siehe: Vanberg 1998.

<sup>2</sup> Speziell hierzu schrieb er: „Die Gemeinschaft der Interessen ist sicherlich ein starkes Band zwischen den Menschen. Doch reichen die Interessen aus, um eine Nation zu bilden? Ich glaube es nicht. Die Gemeinschaft der Interessen führt zu Handelsverträgen. Die Nationalität jedoch hat eine Gefühlsseite, sie ist Seele und Körper zugleich. Ein *Zollverein* [heute hätte er vielleicht geschrieben: eine Wirtschafts- und Währungsunion; H.H.] ist kein Vaterland.“ (Renan 1995: 55)

zum Trotz immer noch in vielerlei Hinsicht ausgesprochen zerklüftet ist.<sup>3</sup> Zum anderen entspricht auch sie den Anforderungen einer demokratischen Moderne, in der eine politische Ordnung nur dann als legitim gilt, wenn sie dem Willen derer entspricht, die unter ihr leben.

Die Verfassungsökonomik nutzt als Teilbereich der Neuen Politischen Ökonomie (für einen Einstieg siehe Kirsch 1997) mikroökonomische Methoden zur Analyse politischer Phänomene (für einen Überblick siehe Mueller 1996). Das Zentralorgan der Neuen Politischen Ökonomie, die Zeitschrift *Public Choice*, die diesem Forschungsprogramm im angelsächsischen Raum auch ihren Namen gegeben hat, hieß übrigens ursprünglich *Papers in Non-Market Decision-Making*, was die Intention des Ansatzes mit aller wünschbaren Deutlichkeit zusammenfasst: Seine Vertreter wollen die an der Analyse des Marktgeschehens bewährte Idee des *homo oeconomicus* auch auf institutionell stärker durchstrukturierte Phänomene anwenden, um zu fragen, wie sich individuelle Nutzenmaximierer etwa im politischen Bereich bewegen. Im Laufe der Zeit hat die Bandbreite der aus dieser Perspektive analysierten Institutionen ständig zugenommen, so dass von der Neuen Institutionenökonomik (zum Einstieg siehe etwa Erlei/Leschke/Sauerland 1999) inzwischen der Anspruch erhoben wird, zumindest im Prinzip alles soziale Handeln auf diesem Wege analysieren zu können.

Aus dem Blickwinkel der Verfassungsökonomik ist ein konstitutionelles Regelwerk ein komplexer Tauschvertrag, den Menschen zum eigenen Vorteil miteinander abschließen. Ganz in der Tradition der Hobbesschen Sozialvertragstheorie verzichten sie dabei nur deshalb auf prinzipiell verfügbare Handlungsoptionen, weil sie hoffen, von den entsprechenden Akten ihrer Mitmenschen profitieren zu können. Kommt der Vertrag zustande, gewinnen sie einen geschützten Rechtsraum, dessen Nutzen die mit den freiwillig aufgegebenen Handlungsoptionen verbundenen Kosten mehr als aufwiegt (Brennan/Buchanan 1986: 25). Da alle Beteiligten durch das Arrangement den Aufwand für Verteidigungsanstrengungen einsparen und diese Ressourcen nunmehr nutzbringender anlegen können, profitieren sie im Idealfall alle davon. Ökonomen sprechen in einem solchen Fall von einer Pareto-Verbesserung (Lockwood 1987). Um freilich eine Regeländerung als Pareto-Verbesserung auszuweisen zu können (Buchanan/Lomasky 1985: 12), sind Verfassungsökonomien auf einstimmige Entscheidungen angewiesen, zumindest sofern sie aus epistemologischen Gründen keine interpersonellen Nutzenvergleiche zulassen wollen (Robbins 1932). Bei einer Mehrheitsentscheidung wären sie sonst nie in der Lage, sicher die Ausbeutung einer Minderheit durch die Mehrheit der Entscheidenden auszuschließen. Das impliziert übrigens nicht, dass die mit dem vereinbarten Arrangement verbundenen Kooperationsgewinne gleichmäßig verteilt sein müssen, wichtig ist nur, dass niemand im Vergleich zum *status quo* verliert (Buchanan 1975: 53ff.).

Auch wenn nur ein Teil der Wirtschaftswissenschaftler, die bisher zur europäischen Verfassungsdebatte Stellung bezogen haben, explizit der Verfassungsökonomik zugerechnet werden kann,<sup>4</sup> sind

---

<sup>3</sup> Zur politikwissenschaftlichen Diskussion des Problems siehe Weidenfeld 1985. Rémi Brague (1993) versucht übrigens gerade aus der Zerklüftung Europas Aspekte einer europäischen Identität zu gewinnen.

<sup>4</sup> Buchanan selbst hat sich freilich wiederholt zu diesem Thema geäußert: Buchanan 1990a, 1991a, 1994 und Buchanan/Lee 1994; siehe auch Mueller 1997.

sie alle in ihren Politikempfehlungen mehr oder weniger ausdrücklich der eben skizzierten Konzeption verpflichtet.<sup>5</sup> Weil die Verfassungsökonomik unter allen wirtschaftswissenschaftlichen Strömungen den normativen und methodologischen Individualismus am konsequentesten umsetzt, eignet sie sich in ganz besonderem Maße dazu, das speziell Ökonomische der wirtschaftswissenschaftlichen Beiträge zum Thema hervorzuheben. Die ökonomischen Beiträge zur europäischen Verfassungsdiskussion sollen deshalb im Folgenden auch unter dieser Perspektive diskutiert werden.

Sucht man von diesem Punkt aus nach Anwendungen der Verfassungsökonomik auf die europäische Verfassungsdiskussion, so stößt man neben anderem (etwa Kirchner 1997) vor allem auf die vor allem im Umfeld des Ordoliberalismus vertretene These von der heilsamen Wirkung des Systemwettbewerbs im europäischen Integrationsprozess (Vanberg 1993; Streit/Mussler 1994; Hanowsky/Renner 1998; Voigt 2002). Dieser These gemäß müsse man nur möglichst viele Mobilitätschranken innerhalb der Europäischen Union beseitigen, um ökonomische Dynamik und damit anhaltende Wohlstandsgewinne zu erzeugen.<sup>6</sup> Der damit verbundene Wettbewerb der Nationalstaaten um mobile Produktionsfaktoren diszipliniere den Leviathan, wie der sich verselbständigende Staatsapparat in Anlehnung an Hobbes bei den Verfassungsökonomien auch heißt, solange die entsprechende Wahlfreiheit nicht durch eine Harmonisierung der Systeme, also durch ein Kartell der Politik, wieder aufgehoben wird.

Dieser auch von nicht dem Ordoliberalismus zuzurechnenden Ökonomen vertretenen These (Siebert 1990; Siebert/Koop 1990; Feld/Kirchgässner 1995), hat vor allem Hans-Werner Sinn widersprochen, der seinerseits davon ausgeht, dass die Erfüllung notwendiger Staatsaufgaben eine Monopolstellung erfordere, die durch den Systemwettbewerb zunehmend ausgehöhlt werde. Der Wettbewerb führe deshalb nicht nur zu einer im Prinzip begrüßenswerten Zählung des öffentlichen Sektors, sondern darüber hinausgehend zu einem ruinösen Wettbewerb, der die Staaten zunehmend außerstande setze, die von ihren Bürgern gewünschten Funktionen adäquat zu erfüllen (Sinn 1994). Im vorliegenden Zusammenhang ist es unerheblich, auf welche Seite man sich in diesem Streit schlagen will. Wichtig ist nur festzuhalten, dass Befürworter wie Gegner der Systemkonkurrenz in ihren Argumenten von impliziten Annahmen ausgehen, die bei den Ökonomen selten thematisiert werden,<sup>7</sup> im Folgenden aber etwas genauer untersucht werden sollen.

---

<sup>5</sup> Die für den europäischen Integrationsprozess im Prinzip auch einschlägige ökonomische Integrationstheorie (siehe Kösters/Beckmann/Hebler 2001) berücksichtigt konstitutionelle Arrangements nur *en passant* und bleibt deshalb im Folgenden weitgehend außen vor.

<sup>6</sup> Durch die Option von Unternehmern, sich den Standort ihres Unternehmens innerhalb der EU frei wählen zu können, hat sich diese Art von Systemwettbewerb noch einmal deutlich verschärft. Inzwischen reicht es, sein Unternehmen pro forma in dem Land mit den geringsten Anforderungen angesiedelt zu haben, um auf dieser Grundlage überall in Europa agieren zu können (vergl. hierzu Deakin 2000).

<sup>7</sup> Allerdings lässt sich im Augenblick ein Bedeutungszuwachs der Wirtschaftssoziologie (Smelser/Swedberg 1994) beobachten, der mit einem wiedererwachten Interesse an der Wirtschaftsstilforschung (Ammon 1994, Klump 1996) einhergeht. Zwar sind diese Ansätze eher noch im Randbereich der Disziplin angesiedelt (für einen Überblick siehe Hodgson 1998), über konvergierende Entwicklungen in der Neuen Institutionenökonomik (Denzau/North 1994; Greif 1994; Mummert 1995) befinden sie sich aber bereits auf dem Weg ins Zentrum der Disziplin.

### 3. Die soziale Konstruktion konstitutioneller Präferenzen am Beispiel Europa

Politische Probleme und die alternativen Strategien zu ihrer Lösung verstehen sich nicht von selbst, sondern werden in Interaktionsprozessen gemeinsam erst hervorgebracht. Diese schon in der Debatte um die Wissenssoziologie (Meja/Stehr 1982) heftig umstrittene These erlebt zur Zeit in der Politikwissenschaft eine bemerkenswerte Renaissance. Im Rahmen der Policy-Forschung (Héritier 1993; Radaelli 1995) etwa wird darauf verwiesen, dass politische Gemeinschaften in der Interaktion miteinander ein Bild ihrer Lage und den damit verbundenen Anforderungen an sie selbst erst hervorbringen, auf dessen Grundlage sie dann zielgerichtet handeln. Paul Sabatier betont in seinem *Advocacy Coalitions-Ansatz* (Sabatier 1988), dass Akteursgruppen auf der Grundlage gemeinsamer und ständig weiterentwickelter *belief systems* handeln und dabei formale Institutionen und Organisationen durchaus transzendieren können. Peter Haas hat mit seinen *epistemic communities* (Haas 1992) in einem ähnlichen Kontext besonders professionelle Gemeinsamkeiten von Expertengruppen betont.

In den Internationalen Beziehungen und hier vor allem in der von Kratochwil und Ruggie (1986), Keohane (1989) und Wendt (1992) ausgelösten sogenannten „Dritten Theoriedebatte“ (Haas 1992, Schaber/Ulbert 1994, Jachtenfuchs 1995 und Zehfuß 1998) wird dieselbe Einsicht für eine andere Teildisziplin durchdekliniert. Diese Literatur ist für den vorliegenden Kontext besonders dort interessant, wo sie sich der Europäischen Union als Thema zuwendet (siehe z. B. Risse-Kappen 1996).<sup>8</sup> Vor allem das *Journal of European Public Policy*<sup>9</sup> wartet inzwischen immer wieder mit konstruktivistischen Beiträgen auf, um deutlich zu machen, dass die politische Realität, auf die sich Akteure handelnd beziehen, nicht einfach gegeben ist, sondern sich in Kommunikationsprozessen erst durchsetzen muss. Die Erkenntnisse aus der Internationalen Politik zum Teil explizit übernehmend (Checkel 1999), analysieren die Autoren, wie Situationswahrnehmungen in konkreten Interaktionsgemeinschaften entstehen und wie sie sich politisch auswirken. Dies geschieht auch mit dem Blick auf die europäische Verfassungsdiskussion (Shaw 1999) und zwar explizit mit dem Ziel, national unterschiedliche Sichtweisen auf die Frage der adäquaten konstitutionellen Ordnung Europas herauszuarbeiten (Jung/Diez/Jachtenfuchs 1998; Wagner 1999; Marcussen et al. 1999).

Um derartige Einsichten auf ein verfassungsökonomisches Kalkül anwenden zu können, ist es freilich nötig, die in den verschiedenen Interaktionsgemeinschaften hervorgebrachten sozialen Konstruktionen als individuelle Situationswahrnehmungen zu rekonstruieren. Hierzu bietet sich das von Karl R. Popper im Wesentlichen in zwei Aufsätzen (Popper 1995, 1997) entwickelte Konzept der Situationsanalyse an. Kerngedanke dieses Ansatzes ist die eingestandenermaßen empirisch falsche aber heuristisch fruchtbare Annahme, dass Menschen immer rational, d.h. situationsadäquat agieren. Um ihr Handeln im Einzelfall erklären oder prognostizieren zu können, muss die Situation erforscht werden, aus der heraus sie handeln. Popper überführt zu diesem Zweck handlungsleitende Bewusstseinsin-

---

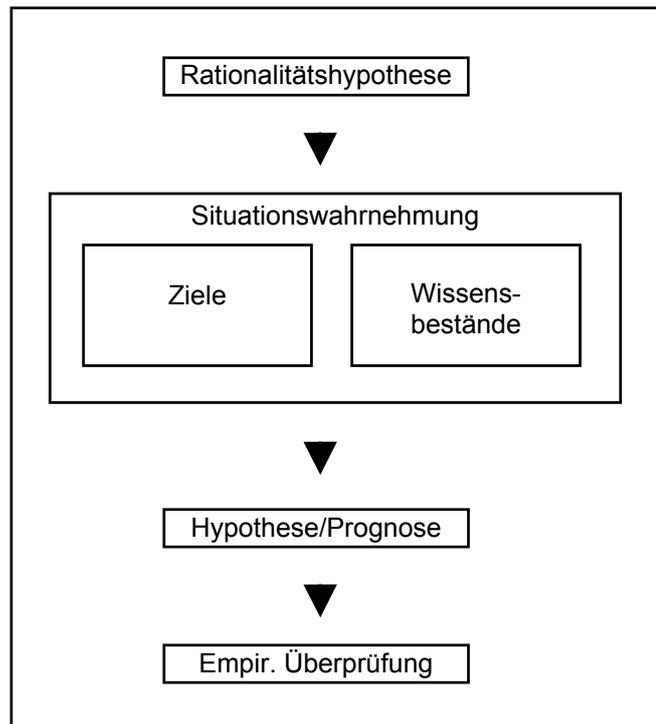
<sup>8</sup> Für die verschiedenen methodologischen Zugriffe vergl. auch Aspinwall/Schneider 2000; speziell mit Bezug auf die Konstruktion von Weltsichten siehe auch Surel 2000.

<sup>9</sup> Siehe hier vor allem Das Sonderheft „The Social Construction of Europe“ 6/4 (Special Issue 1999).

halte in objektivierbare Situationsmomente, so dass aus einem Menschen mit diesen oder jenen Wünschen jemand wird, „zu dessen Situation es gehört, dass er diese oder jene objektiven *Ziele* verfolgt“. Ein Mensch mit diesen oder jenen Erinnerungen oder Assoziationen wird zu jemandem, „zu dessen Situation es gehört, dass er objektiv mit diesen oder jenen Theorien oder mit dieser oder jener Information ausgestattet ist.“ (Popper 1997: 98). Derart objektivierte Wissensbestände erlauben es dann, Hypothesen über menschliches Handeln aufzustellen und sie intersubjektiv konsensfähig zu überprüfen.

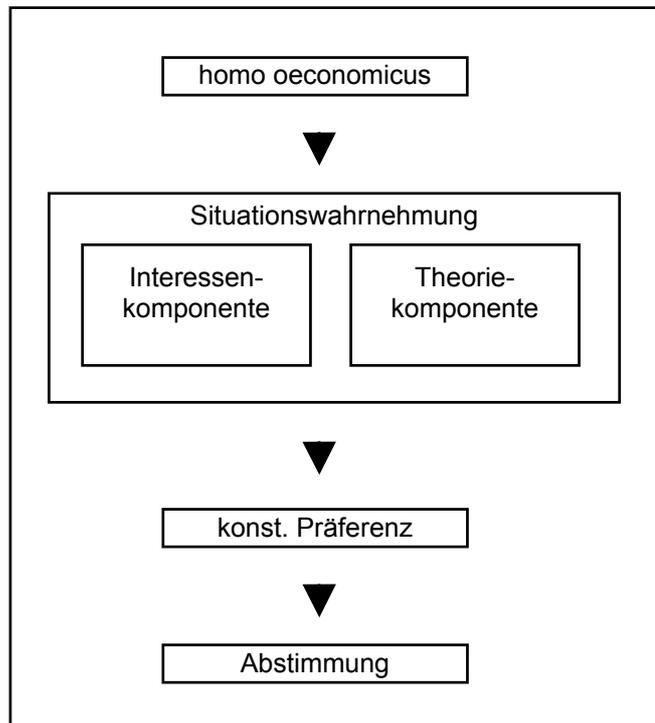
Die Situation, die sich auf diese Weise analysieren lässt, ist nicht notwendigerweise durch äußere Umstände determiniert, sondern hängt ganz von der Wahrnehmung dessen ab, der sich mit ihr konfrontiert sieht. Auch die Situation eines Geistesgestörten, schreibt Popper explizit, lasse sich mit Hilfe der Situationsanalyse erfassen: „Wenn wir die Handlungen eines Verrückten ... erklären, erklären wir sie im Sinne unserer größeren Kenntnis der Problemsituation, die seine eigene, engere Sicht ... umfasst; ... seine Handlungen verstehen heißt, ihre Adäquatheit aus seiner Sicht der Problemsituation sehen ...“ (Popper 1995: 356) Wird das Handeln des Verrückten also auf der Grundlage seiner eigenen Situationswahrnehmung beschrieben, erklärt oder vorhergesagt, heißt das noch keinesfalls, es auch normativ gutzuheißen.

Ein Beobachter muss von seiner eigenen Sicht der Dinge schon überzeugt sein, wenn er in diesem Kontext eine Wertung vornehmen will. Wenn dies bei den Ökonomen nur selten als Problem wahrgenommen wird, so deshalb, weil diese als Angehörige desselben Forschungsprogramms auf dieselbe Weise sozialisiert wurden und so mehr oder weniger dieselben Annahmen für plausibel halten (Hegmann 1997). Dass sich diese Selbstgewissheit keineswegs von selbst versteht, zeigen die methodologischen Diskussionen der Ethnologen, die sich auf die Sichtweise der von ihnen beobachteten Menschen so sehr eingelassen haben, dass sie irgendwann eingestehen mussten, auch ihrerseits nur über kontingente Wissensbestände zu verfügen und damit keinesfalls einen notwendigerweise überlegenen Standpunkt einnehmen zu können (Geertz 1986). Auf diesen Punkt wird noch zurückzukommen sein. Will man Poppers Vorgehensweise jedenfalls graphisch darstellen, so gelangt man zu

**Schaubild Nr. 1:**

1. Situationsanalyse

Bezogen auf die Verfassungsökonomik lässt sich mit Poppers Konzept darstellen, was Menschen dazu veranlasst, eine bestimmte Verfassung oder Verfassungsänderung gutzuheißen oder sie abzulehnen. Mit Vanberg und Buchanan kann man ihren diesbezüglichen Willen als „konstitutionelle Präferenz“ (Vanberg/Buchanan 1989) fassen, innerhalb derer sich jeweils eine Theorie- und eine Interessenkomponente unterscheiden lassen. Die Theoriekomponente erfasst die individuellen Vorstellungen darüber, wie sich eine Regel auf den Einzelnen auswirkt, während die Interessenkomponente die individuelle Bewertung der resultierenden Zustände bezeichnet. Verfassungsökonomien, die den normativen Individualismus ernst nehmen, lassen die Interessenkomponente nach Möglichkeit unangetastet. Wo sie mit den konstitutionellen Präferenzen der Individuen nicht einverstanden sind, kritisieren sie die Theoriekomponente, indem sie etwa nachzuweisen versuchen, dass die in ihren Augen fälschlich präferierte Regel das erwünschte Ergebnis gerade nicht so gut herbeiführen kann, wie eine von ihnen bevorzugte Alternative. Fasst man die Theorie- und die Interessenkomponente zusammen, erhält man die der Wahl einer konstitutionellen Regel zugrunde liegende Situationswahrnehmung (Vanberg/Buchanan 1989: 52). Wird Schaubild 1 in diesem Sinne angepasst, so erhält man

**Schaubild 2:**

2. Verfassungsökonomische Situationsanalyse

Könnte die Situationswahrnehmung der Bürgerinnen und Bürger sicher ermittelt werden, ließen sich Hypothesen über ihre konstitutionellen Präferenzen aufstellen, die sich dann an konkreten Abstimmungen überprüfen ließen (Buchanan 1960: 119). Auch wenn Buchanan selbst in seinen theoretischen Texten diese Vorgehensweise fordert und darauf besteht, dass es keinen von der konkreten Abstimmung unabhängigen Zugang zu Präferenzen geben könne (Buchanan 1991b: 225), setzt er in seinen Politikempfehlungen die seine eigenen konstitutionellen Empfehlungen plausibilisierenden Situationswahrnehmungen regelmäßig schlicht voraus, ohne sie weiter zu begründen (Buchanan 1978a vergl. hierzu auch Hegmann 1998b).

#### **4. Die kontingenten Voraussetzungen ökonomischer Verfassungsempfehlungen**

Aus verfassungsökonomischer Sicht ist eine konstitutionelle Regel genau dann legitim, wenn für jede Bürgerin und jeden Bürger eine Situationsbeschreibung plausibilisiert werden kann, in der die Regel für sie individuell von Vorteil ist. Welche diesbezüglichen Annahmen Ordnungsökonomien machen, die sich an der Diskussion um die europäische Verfassung beteiligen und wo diese zumindest begrün-

dungsbedürftig sind, soll im Folgenden deutlich werden (siehe hierzu auch Voigt 1994: 182 ff.). Dabei sollen zuerst die angenommenen Präferenzen in den Blick genommen werden, um dann der Frage nachzugehen, welche Fakten und welche sozialen Gesetzmäßigkeiten angenommen werden, wenn VerfassungsökonomInnen bestimmte Regeln als für alle vorteilhaft empfehlen. Unberücksichtigt bleiben soll dabei, dass es im Einzelfall ausgesprochen schwierig sein mag, die normativen Aspekte von reinem Faktenwissen zu unterscheiden. Da in dem hier vorgestellten Programm eine solche Trennung aber unnötig ist, können die mit ihr verbundenen Schwierigkeiten getrost denen überlassen werden, die bei der Kritik real existierender konstitutioneller Präferenzen in der Tat die normative Seite ausspannen wollen.

#### **4.1 Vorausgesetzte Annahmen über die Präferenzen der Bürgerinnen und Bürger**

Hinsichtlich der Interessenkomponente einer konstitutionellen Präferenz wird die Vielfalt empirisch vorfindbarer Werturteile in der Regel auf die Annahme reduziert, die Bürgerinnen und Bürger seien an individueller Kaufkraft interessiert, weil sich diese zur Realisierung ganz unterschiedlicher Lebensziele verwenden lassen. Von zwei Arrangements werde jeweils dasjenige vorgezogen, das dem Einzelnen längerfristig<sup>10</sup> mehr Geldeinkommen verschaffe. In der ökonomischen Analyse des Rechts (für einen Überblick siehe Kirchner 1997) hat diese Annahme in bestimmten Grenzen durchaus ihre Berechtigung. Beispielsweise dürften bei der Diskussion um die adäquate Ausgestaltung der europäischen Bankenaufsicht (Lannoo 1999) spezifischere Präferenzen nur in Ausnahmefällen eine Rolle spielen. Aber schon die Diskussion um die Währungsunion hat gezeigt, dass konstitutionelle Präferenzen selbst in einer sehr „ökonomischen“ Frage auch noch von ganz anderen Faktoren bestimmt werden (siehe Hegmann 2002a + b). Um so mehr muss dies für Themen wie die Menschenrechtsfrage oder den Schutz der eigenen kulturellen Identität gelten.

In der ökonomischen Analyse der Politik ist die Beschränkung auf Kaufkraftmaximierung als einziges Ziel der Individuen schon deshalb unzureichend, weil sich damit politikwissenschaftlich so relevante Phänomene wie Macht, Sicherheit usw. nicht ohne Weiteres erfassen lassen. Das freilich stellt Ökonomen noch nicht vor unüberwindbare Probleme. Dieselbe Argumentation, mit der sie den Individuen ein Interesse an Kaufkraft unterstellen, können sie auch auf einen allgemeineren Vermögensbegriff übertragen: Dass Menschen in der Regel zuerst an Leben und Gesundheit interessiert sind, an persönlicher Sicherheit und einem Mindestmaß an Lebensmitteln, bevor sie spezifischere Bedürfnisse äußern können, ist nicht nur plausibel, sondern lässt sich auch leicht in ein ökonomisches Kalkül übertragen. Sicherlich treten dabei Abwägungsprobleme auf, etwa wenn bestimmt werden muss, wieviel an individueller Kaufkraft innere oder äußere (Rechts-) Sicherheit wert ist. Solche Fragen lassen sich aber zumindest im Prinzip durchaus beantworten, wenn man die Wahrscheinlichkeit, mit der jemand seine Ressourcen zum eigenen Nutzen einsetzen kann, mit ihrem Nutzen multipliziert. Man erhält

---

<sup>10</sup> Die Frage der Zeitpräferenz wird dabei in aller Regel nicht thematisiert, obwohl auch diese im Kalkül der Individuen eine Rolle spielen muss (vergl. hierzu Rothbarth 1990).

dann den Erwartungsnutzen individueller Kaufkraft, der nicht nur den augenblicklichen Marktwert der einsetzbaren Ressourcen berücksichtigt, sondern darüber hinaus die Sicherheit des Umfeldes, in dem sie eingesetzt werden können. Im Erfolgsfall ist es dann die allgemeine Steigerung des Erwartungsnutzens, die einem adäquatem Institutionendesign das Ziel vorgeben kann.

Schwieriger wird die Berücksichtigung spezifischer Präferenzen. Ob Menschen gottgefällig leben wollen, an Gerechtigkeit interessiert sind, oder auch nur an der Verteidigung eines bestimmten Lebensstils, all das ist aus normativ individualistischer Perspektive gleichermaßen legitim und müsste deshalb eigentlich in die konstitutionelle Empfehlung eingehen. Wenn also in Frankreich nach wie vor eine starke Tendenz besteht, zum Schutze der heimischen Kultur auf protektionistische Maßnahmen zurückzugreifen (Moulinier 1999), lässt sich das in einer klassisch wohlfahrtsökonomischen Arbeit als Kollektivziel in die soziale Wohlfahrtsfunktion hineinschreiben. Auch einem Verfassungsökonom wäre ein entsprechendes Vorgehen im Prinzip möglich. Er müsste dann aber zeigen können, dass alle Bürgerinnen und Bürger zur Erreichung ihres spezifischen Ziels auch bereit sind, Verluste an Kaufkraft oder individueller Handlungsfreiheit hinzunehmen. Nur dann bräuchte die entsprechende Politik in der Tat eine Pareto-Verbesserung.

Natürlich lassen sich im Sinne von Knut Wicksell, dem Begründer des Konsensprinzips in der Finanzwissenschaft, auf vielfältige Art Pakete schnüren, die als Ganzes genommen keinen Betroffenen schlechter stellen. Streng genommen ist die resultierende Ordnung aber nur dann legitim, wenn diese Form des Kuhhandels auch tatsächlich zu einstimmigen Entscheidungen führt. Entsprechendes gilt für die einvernehmliche Delegation begrenzter Entscheidungsbefugnisse auf Akteure oder Gremien, die nicht an das Einstimmigkeitsgebot gebunden sind. Auch eine solche Delegation mag zwar die Chance einer einstimmigen kollektiven Wahlhandlung erhöhen, sie ändert aber nichts an der Tatsache, dass einstimmige Entscheidungen empirisch nur selten zu beobachten sind. Wo dies aber der Fall ist, kommt man bei der Erarbeitung von Politikempfehlungen um ein externes Kriterium zur Beurteilung der vorhandenen Alternativen nicht herum.

Wo Einstimmigkeit in der Realität praktisch nie angetroffen wird, müssen Verfassungsökonomien entweder an ihren Schreibtisch zurück, um konsensfähigere Vorschläge auszuarbeiten (Buchanan 1985a: 28), oder aber sie müssen aus praktischen Gründen ihre Annahmen hinsichtlich der Bürgerpräferenzen restriktiver gestalten (Hegmann 1998a). Für den ersten Fall gilt, dass Reformen, die wirklich von allen Bürgern einstimmig dem *status quo* vorgezogen werden, auch dann sehr unwahrscheinlich sind, wenn innovative Köpfe ihre ganze Energie auf die Entdeckung oder Erfindung der Arrangements konzentrieren. Wollen sich die Verfassungsökonomien deshalb nicht völlig aus der kritischen Begleitung des politischen Lebens zurückziehen, müssen sie die zweite Option wählen. Sie kommen dann nicht umhin, zumindest auf den Einzelfall bezogen, einschränkende Annahmen hinsichtlich der vorhandenen Präferenzen zu machen, um auf dieser Grundlage Vorschläge zu entwickeln und die Kritik an ihnen als unvernünftig zurückweisen zu können. Wenn sie aus solchen Gründen davon ausgehen, dass Individuen vor allem anderen an Wohlstandsmehrung interessiert sind, müssen sie allerdings erklären, warum diese Annahme einer solchen überlegen sein soll, die in weiten Teilen der Be-

völkerung ein Interesse an sozialer Gerechtigkeit unterstellt. Entscheiden sie diese Frage ohne weitere Begründung, schmuggeln sie, bewusst oder unbewusst, Wertungen in die Analyse hinein und entfernen sich damit von ihrem Anspruch, wertfrei und rein instrumentell zu beraten.

Sicher mag es häufig nützlich sein, kollektive Ziel mit den damit verbundenen Kosten zu kontrastieren, indem man sie in der allgemeinen Kaufkraft ausdrückt, die bei der Bereitstellung dieses spezifischen Gutes verloren geht. Bei dieser verallgemeinerten Version des sogenannten *Equity-Efficiency Trade-offs* (Okun 1975) sollte man freilich immer im Kopf behalten, dass es sich bei der Gegenüberstellung bloß um einen technischen Kunstgriff handelt. Keineswegs drückt er eine besondere ökonomische Rationalität aus, die in irgendeiner Weise außerökonomischen Faktoren gegenübergestellt werden kann, ganz zu schweigen von der Charakterisierung dieser anderen Faktoren als unvernünftig oder irrational.

Ein genuin ökonomischer Sektor ist mit der Idee des normativen Individualismus nur vereinbar, wenn man zwischen zwei Sphären strikt unterscheidet: einer Sphäre, in der individuelle Handlungschancen hervorgebracht werden, das wäre der Sektor der Produktion privater oder öffentlicher Güter und einer zweiten, in der diese Güter dann zur Realisierung individueller Zwecke verwandt werden können (Hegmann 1998a). Werden Politik und Recht der Produktionssphäre zugerechnet, lassen sich in der Tat alle über die Steigerung individueller Kaufkraft- oder Vermögensbestände hinausgehenden Erwägungen als ökonomisch falsch zurückweisen. Freilich wird dabei auch jeder aus der kommunikativen oder expressiven Praxis (siehe hierzu etwa Elster 1986) politischen Handelns resultierende Nutzen von vornherein ausgeklammert. Dass Wirtschaftswissenschaftler diesen Preis entrichten müssen, wenn sie ihr mikroökonomisches Kalkül nicht verwässern wollen, zeigt beispielhaft auch die Industrieökonomik, in der jedes eindeutige Kriterium zur Bestimmung optimaler Produktionsarrangements verloren geht, wenn neben dem Ertrag des Unternehmens auch Faktoren wie Sozial- oder Umweltverträglichkeit der Produktion in Rechnung gestellt werden sollen.<sup>11</sup> Dies führt vor allem bei der Übertragung von Techniken aus der Betriebswirtschaftlehre auf den öffentlichen Sektor regelmäßig zu Problemen (siehe etwa Lüder 1996).

Ökonomen, die nicht schon vorab explizit von Werturteilen ausgegangen sind, stehen also vor der Alternative, entweder von einer relativ einfach zu handhabenden, aber gerade in multikulturell fragmentierten Kontexten zunehmend unrealistischeren Annahme eines Interesses an individueller Kaufkraft oder Handlungsfreiheit auszugehen, oder aber sie müssen sich auf eine höchst kontroverse Debatte um zulässige und unzulässige Präferenzen einlassen. Das gilt auch für diejenigen, die bei der Suche nach einer adäquaten konstitutionellen Ordnung für die Europäische Union einen rein ökonomischen Beitrag liefern wollen. Gestehen sie zu, dass Menschen auch andere Interessen haben können als die Maximierung ihrer Kaufkraft oder ihrer individuellen Freiheitsräume, wirkt das meist ziemlich *ad hoc*. Buchanan beispielsweise schreibt zu dieser Frage: "Europe has a history of conflict

---

<sup>11</sup> Für einen Vorschlag, der den Unternehmen mehr abverlangen will als Gewinnmaximierung vergl. etwa Ulrich 1987.

among separately identified nation-states, each of which has commanded the loyalties of individual members” (Buchanan 1990a: 2). Ausgehend von individuellen Präferenzen, die dem Fortbestand der Nationalstaaten einen Eigenwert einräumen, folgert er, dass ein europäischer Superstaat keineswegs im Interesse aller sein könne und es vielmehr einer Föderation von Nationalstaaten bedürfe, “within which members of the separate units co-operate for the achievement of widely recognised and commonly shared objectives” (Buchanan 1990a: 2). Empirisch wird diese Einschätzung zwar sicher zutreffen, warum derartige Präferenzen aber berücksichtigt werden sollen, solche etwa für den im Vergleich mit den Vereinigten Staaten ausgeprägteren Sozialstaat aber nicht, bleibt offen.

Ökonomen haben nur zwei Möglichkeiten, sich einen eigenständigen Arbeitsbereich ökonomischer Analyse zu erhalten. Entweder sie konzentrieren sich auf Kaufkraft- oder Machtmaximierung und unterscheiden so „ökonomische“ von „außerökonomischen“ Präferenzen, oder aber sie müssen zwischen den Handlungssphären unterscheiden und Räume identifizieren, in der nur Kaufkraft- oder Vermögensmaximierung zählen soll. Wenn sie dann den rechtlichen und politischen Sektor dieser Sphäre zuschlagen, werden alle entsprechenden Phänomene nur noch unter dem Blickwinkel individueller Kaufkraft- oder Vermögensmaximierung diskutiert. In beiden Fällen ist die Grenzziehung zwischen ökonomischer und außerökonomischer Welt freilich nicht durch die Methodologie der Ökonomen vorgegeben, sondern bildet sich als Routine im politökonomischen Forschungsprogramm aus. Zumindest die Interessenkomponente lässt sich so jedenfalls nicht mit zwingender Notwendigkeit bestimmen. Es wird sich zeigen, dass dies auch für die Theoriekomponente gilt.

## 4.2 Vorausgesetztes Wissen über die Wirkungsweise alternativer Regelwerke

Selbst wenn eindeutig bestimmbar wäre, welche Bürgerpräferenzen in der verfassungsökonomischen Situationsanalyse berücksichtigt werden müssen, bliebe noch die andere Seite der Situationsbeschreibung, die Frage also, von welchen sozialen Gesetzmäßigkeiten und von welchem Tatsachewissen die Individuen sich bei der Wahl eines geeigneten Regelwerks leiten lassen sollen. Zwar haben Autoren wie Ludwig von Mises und Friedrich von Hayek in der Auseinandersetzung um das Potential von Zentralverwaltungswirtschaften schon früh die These vertreten, dass die Politik nie in der Lage sein werde, das zu adäquatem Handeln notwendige Wissen an einem Punkt zu konzentrieren,<sup>12</sup> in dem Augenblick aber, wo sie aus dieser Erkenntnis Politikempfehlungen ableiten wollten, befanden sie sich, wie Streissler (1995) mit Bezug auf Hayek zu Recht bemerkt hat, im Dilemma. Um beispielsweise diskretionäre Politik im Vergleich zu einfachen Verfassungsregeln als kontraproduktiv zurückweisen zu können, wie Ordnungsökonomien es in dieser Tradition regelmäßig tun, müssen sie wissen, dass die entsprechende Politik *per saldo* mehr schadet als nützt. Um das aber sagen zu können, benötigen sie zumindest in Grundzügen genau das Wissen, dessen Verfügbarkeit an einem Ort sie bestreiten. Die Konzentration auf die Regelebene im Verhältnis zur Ebene der individuellen Handlung-

---

<sup>12</sup> Für einen Überblick zu dieser Debatte und zu ihrer aktuellen Bedeutung siehe vor allem Eatwell/Milgate/Newman 1990.

gen (Vanberg 1986) kann das Auftreten von Dissens allenfalls hinauszögern, verhindern kann sie es nicht.

Das von Streissler identifizierte Dilemma verweist auf ein ganz grundsätzliches Problem ökonomischer Regelempfehlungen. Weil die Kosten und Nutzen nicht nur einzelner Handlungen, sondern auch ganzer Regelwerke von der Umwelt abhängt, in der diese Regelwerke funktionieren sollen, und diese Umwelt nur mit Hilfe von Erkenntnissen aus einer ganzen Vielzahl unterschiedlicher wissenschaftlicher Disziplinen halbwegs adäquat beschrieben werden kann, ist kein Wissenschaftler in der Lage, ausschließlich mit Hilfe des partikularen Wissens seiner Zunft die anfallenden Kosten und Nutzen einigermaßen zutreffend zu bestimmen. Welche Erfolgsaussichten etwa eine föderale Ordnung für die Europäische Union haben wird, ist eine Frage, die nicht allein von Ökonomen beantwortet werden kann. Auch die Beiträge von Politologen, Juristen, Historikern oder Kulturwissenschaftlern schlagen sich, ökonomisch gesprochen, im Erwartungsnutzen des entsprechenden Regelwerks für den Einzelnen nieder, der seinerseits annahmegemäß die konstitutionellen Präferenzen der Menschen bestimmt. Der zur Politikberatung entschlossene Verfassungsökonom steht somit vor der Alternative, entweder behaupten zu müssen, sein Wissen in dieser Frage sei so grundlegend, dass Beiträge anderer Disziplinen zum Thema ungestraft vernachlässigt werden können, oder aber er muss sich darauf beschränken, einen Rahmen bereitzustellen, innerhalb dessen bestimmte Leerstellen im politischen Prozess einvernehmlich zu füllen sind. Er würde so eine Formel liefern, deren Variablen im interdisziplinären Dialog inhaltlich zu bestimmen sind. Auch in diesem Falle behauptet er eine Kompetenz-Kompetenz, die sich wenn überhaupt nur interdisziplinär begründen lässt.

Buchanan, der ursprünglich der Ansicht war, mit Hilfe des normativen Individualismus Wertfragen aus dem Prozess der kollektiven Meinungs- und Willensbildung ganz ausschließen und Konflikte über Sachfragen durch wissenschaftlichen Fortschritt sukzessive beseitigen zu können (Buchanan 1978b + 1985b), hat gemeinsam mit Viktor Vanberg inzwischen seine Position modifiziert. Jetzt räumt er im Hinblick auf die Klärung von Sachfragen mit explizitem Bezug auf Habermas der Kommunikation eine bedeutsame Funktion ein (Vanberg/Buchanan 1991: 64; siehe auch dies. 1989). Während also in der Sachauseinandersetzung der zwanglose Zwang des besseren (wissenschaftlichen) Arguments die Streitfragen klären soll, sind Werte auch weiterhin als Streitgegenstand vorgesehen. Offen bleibt hier allerdings, ob sich die damit noch einmal betonte Trennung zwischen Wert- und Sachebene in konkreten Auseinandersetzungen wirklich durchhalten lässt. Geht man nämlich davon aus, dass das Wissen, auf das Individuen sich bei ihrem Handeln beziehen, partiell implizit bleibt, ist eine solche Trennung intersubjektiv konsensfähig allenfalls unter solchen Menschen denkbar, die denselben Sozialisationsprozess durchlaufen haben und so in derselben Welt zu Hause sind (Hegmann 2001:145 ff.).

Jedenfalls sind die beiden Schnitte, mit deren Hilfe im Hinblick auf die Interessenkomponente mehr oder weniger willkürlich ein ökonomischer Kern von außerökonomischen Überlegungen getrennt wurde, auch hinsichtlich der Theoriekomponente nicht systematisch begründbar. Auch hier lässt sich zwar entweder die Position einnehmen, es gebe gesellschaftliche Bereiche, in denen Ökonomen einfach mehr wissen als Vertreter anderer Disziplinen (die Abgrenzung der Ökonomie nach ihrem Gegen-

standsbereich), so dass sie sich etwa auf Vorschläge zur Wirtschaftsverfassung konzentrieren, sich aber zurückhalten, wenn es etwa um innen-, sicherheits- oder kulturpolitische Fragen geht, oder aber, sie glauben, sich prinzipiell zu allen Bereichen äußern zu können, gestehen aber ein, dass der ökonomische Blick auf die Welt nicht der einzig mögliche ist. Weder in Wert- noch in Sachfragen lässt sich diese Grenze zwischen ökonomischen und außerökonomischen Faktoren eindeutig ziehen.

## 5. Verfassungsökonomik als Heuristik für die konstitutionelle Meinungs- und Willensbildung in Europa

In der Integrationsforschung hat sich weitgehend die Einsicht durchgesetzt, dass die Europäische Union grundsätzlich anders regiert wird als Nationalstaaten. Während die letzteren im Laufe ihrer Geschichte kommunikative Räume herausgebildet haben, innerhalb derer sich politische Koalitionen bilden können, die dann wiederum im Rahmen mehr oder minder fester Regeln der kollektiven Meinungs- und Willensbildung versuchen können, ihre Positionen weitestmöglich durchzusetzen,<sup>13</sup> wird in Europa im Rahmen von Netzwerken regiert (Kohler-Koch 1999; Jachtenfuchs 2001). In Netzwerken stehen nicht autoritative Entscheidungen am Ende des Meinungs- und Willensbildungsprozesses, sondern konsensuale Entscheidungen über die Fortentwicklung des gemeinsamen Unternehmens, die nicht in einer gemeinsamen Öffentlichkeit erzeugt werden sondern, nach einer Formulierung von Joerges und Neyer, im Modus des „deliberativen Supranationalismus“ (Joerges/Neyer 1998: 207; siehe auch Joerges/Sand 2001). Auf den unterschiedlichen Ebenen wird gleichzeitig entschieden und gelernt, wobei sich die Ebenen in beiderlei Hinsicht gegenseitig beeinflussen.

Bei der Entwicklung eines konstitutionellen Rahmens für Europa gilt das natürlich in ganz besonderem Maße (siehe etwa Christiansen/Falkner/Joergensen 2002). Hier kann die Verfassungsökonomik eine Hilfestellung bieten, wenn sie es aufgibt, unterschiedlichen Situationswahrnehmungen künstlich vereinheitlichen zu wollen. Geht sie statt dessen gerade von den Differenzen aus und gesteht sie zu, dass unterschiedliche Interaktionsgemeinschaften jeweils in ganz spezifischen Sozialisationserfahrungen gelernt haben, die Welt auf eine ganz bestimmte und zum Teil implizit bleibende Weise wahrzunehmen (vergl. hier auch Diez 1999), muss sie einräumen, dass so konstituierte Gemeinschaften gruppenübergreifend nicht einmal ohne Weiteres in der Lage sind, ihr Weltbild übereinstimmend in einen deskriptiven und einen wertenden Teil aufzuspalten,<sup>14</sup> geschweige denn, dass sie danach in einer dieser Sphären sicher zu einem Konsens gelangen müssten. Zur Veranschaulichung des Integrationsprozesses und der Rolle der hier vorgetragenen Variante der Verfassungsökonomik darin soll das Weitere sich auf unterschiedliche nationale politische Kulturen beschränken und hier das Problem speziell am Beispiel von Differenzen zwischen Deutschland und Frankreich deutlich machen.

---

<sup>13</sup> Ein interessanter Sonderfall ist hier die Schweiz, die aller Sprach- und Religionsgrenzen zum Trotz einen solchen gemeinsamen Raum hervorgebracht hat (vergl. hierzu Eichenberger 1998).

<sup>14</sup> Zur Bedeutung unterschiedlicher Wissensgemeinschaften bei der konstitutionellen Meinungs und Willensbildung siehe Hegmann 2001: 183 ff.).

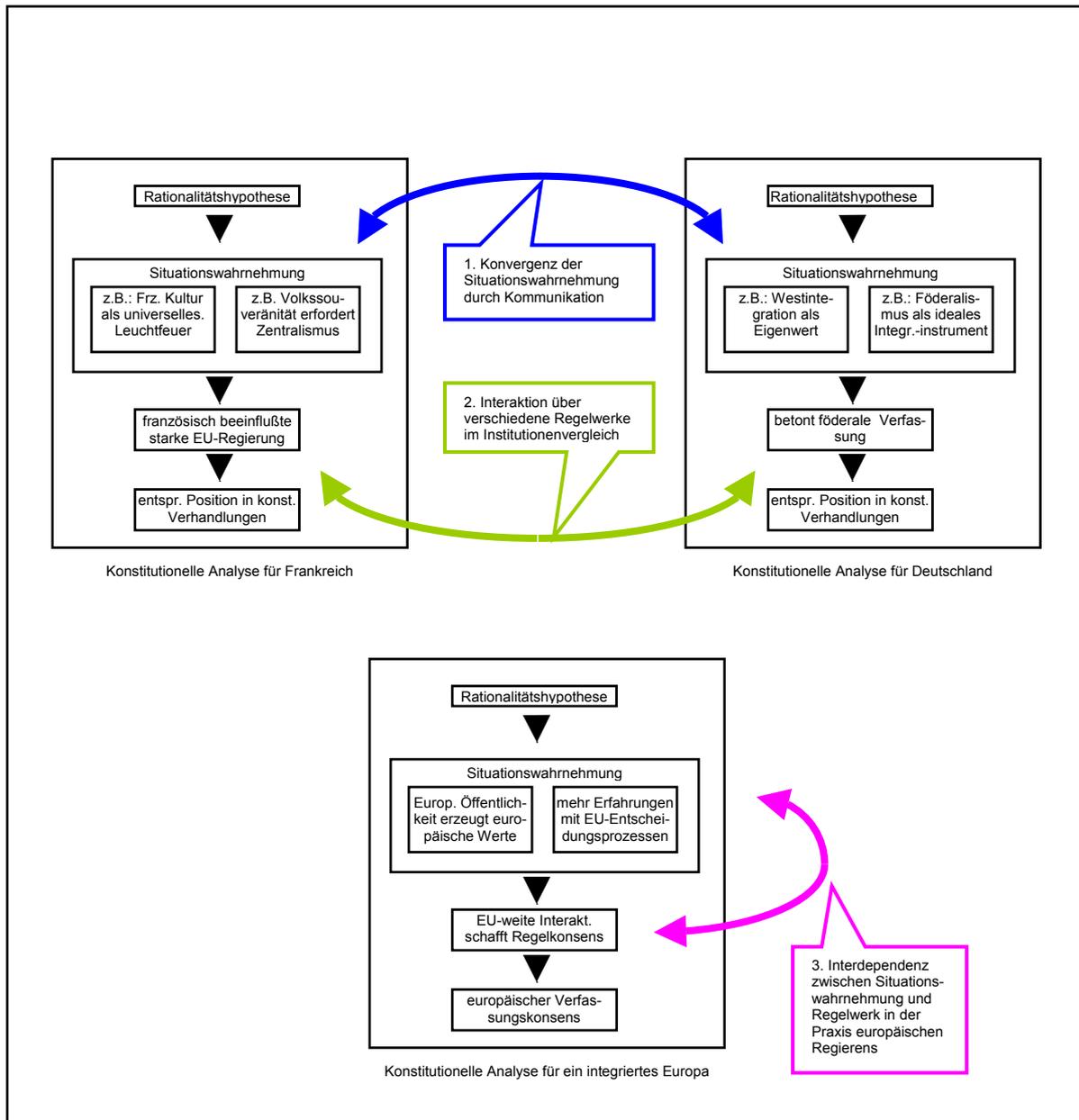
Wenn jeweils für die deutsche und die französische Seite eine konstitutionelle Situationsanalyse skizziert wird,<sup>15</sup> heißt das nicht, dass hier die Situationswahrnehmung des französischen oder deutschen Teils der europäischen Bevölkerung ins Auge gefasst wird. Vielmehr handelt es sich dabei um eine Situationsbeschreibung aller EU-Bürgerinnen und Bürger, wie sie sich aus französischer oder deutscher Sicht darstellt. D. h., wenn etwa in der französischen Situationswahrnehmung auf der Seite der Präferenzen vereinfachend von einem besonderen Wert der französischen Kultur die Rede ist, wird dabei zumindest implizit vorausgesetzt, dass eigentlich alle Europäer das so sehen müssten und wenn auf der deutschen Seite etwa in Bezug auf die Wissensbestände von den Meriten des Föderalismus die Rede ist, wird dabei gleichermaßen vorausgesetzt, dass eigentlich alle die Vorteile einer derartigen Institutionenkonstellation einsehen müssten, wenn sie nur gründlich genug darüber nachdenken würden. Beide Seiten werden jeweils ihre Sichtweise für konzeptionell konsensfähig halten, aufgrund ihrer unterschiedlichen Weltansichten aber zu ganz unterschiedlichen Politikempfehlungen kommen.

---

<sup>15</sup> Für die spezifisch französische Sicht auf die Integration siehe etwa Jung 1999, für einen Vergleich der deutschen und britischen Verfassungskultur siehe auch Glaessner/Reutter/Jeffery 2001.

Wendet man die Verfassungsökonomik auf eine Gesellschaft an, die durch verschiedene Gemeinschaften gekennzeichnet ist, in denen die Menschen jeweils auf der Grundlage einer gruppenspezifischen Situationsbeschreibung handeln, so lassen sich mindestens drei verschiedene Prozesse theoretisch auseinanderhalten, die sich graphisch in Schaubild 3 zusammenfassen lassen:

**Schaubild 3:**



### 3. Konvergenz verschiedener Situationswahrnehmungen

Zum ersten findet sich der grenzüberschreitende Dialog hinsichtlich der Situationsbeschreibung, die Deutsche und Franzosen als Beschreibung der Lage der Europäer für angemessen halten. Diese Situationsbeschreibung wird in einer deutsch-französischen Öffentlichkeit unter Bezugnahme auf die verschiedenen Weltbilder teils erörtert, teils ausgehandelt. Im Laufe der Interaktion nähern sich die Positionen an, man beginnt den anderen zu verstehen und seine eigene Sicht dessen, was als gesamteuropäische Situationsbeschreibung gedacht war, zu überdenken. Eine zweite Wechselwirkung lässt sich auf der Ebene des Regeldesigns identifizieren. Hier sind es die politischen und juristischen Praktiken der Nationalstaaten, die im Rahmen der europäischen Zusammenarbeit mehr und mehr miteinander verglichen, in Beziehung gesetzt und aufeinander zu bewegt werden. Auch hier entwickelt sich die gemeinsame Position erst in der kontinuierlichen Interaktion von Angehörigen der verschiedenen Kulturen. Drittens schließlich besteht längerfristig auch eine Wechselwirkung zwischen den als situationsadäquat und damit als legitim begriffenen und irgendwann auch implementierten Regeln und der Situationswahrnehmung der Bürger. Das ist die Hoffnung, die etwa viele französische Geldpolitiker von Anfang an mit der Währungsunion verbanden: Das neue Geld erzeuge eine neue Situationswahrnehmung, die wiederum eine Anpassung des Regelwerks plausibel erscheinen lasse. Aus der alternativen Verwendung der Verfassungsökonomik ergibt sich eine Wechselwirkung zweier Fragen: Einmal ist da die Standardfrage der normativen Verfassungsökonomik, wie nämlich auf der Grundlage real existierender Situationsbeschreibungen Pareto-Verbesserungen initiiert werden können. Hier ist die in der jeweils gegebenen Situationswahrnehmung der Akteure sich niederschlagende geschichtliche Einbettung die unabhängige Variable, von der aus Pareto-superiore Arrangements gesucht werden müssen, um den Integrationsprozess voranzutreiben. Dabei ist die ganze Kreativität konstitutioneller Unternehmer (Vanberg/Buchanan 1991: 69ff.) gefragt, die Kreativität von Menschen also, die durch den Entwurf neuer und besserer Regeln die Bedürfnisse der Bürgerinnen und Bürger ihres Gemeinwesens besser zu befriedigen hoffen um davon auch selbst zu profitieren. Gleichzeitig stellt sich aber noch eine zweite Frage: Wie müssen die Europäer ihre gemeinsame Geschichte lesen, um zu Situationsbeschreibungen zu gelangen, in der Integration sie weiterbringt? Hier ist die Geschichte die abhängige und der Wille zur Integration die unabhängige Variable und es sind weltanschauliche Unternehmer gefragt, die gemeinsame historische Erfahrungen in einer Weise zu interpretieren, dass das Ergebnis ihrer Interpretation einerseits nicht als bloße Kopfgeburt abgetan wird, andererseits aber auch über die Antagonismen der Vergangenheit herausweist.

In Bezug auf die Nation hatte Ernest Renan geschrieben: „Eine Nation ist eine Seele, ein geistiges Prinzip. Zwei Dinge, die in Wahrheit nur eins sind, machen diese Seele, dieses geistige Prinzip aus. Das eine liegt in der Vergangenheit, das andere in der Gegenwart. Das eine ist der gemeinsame Besitz eines reichen Erbes an Erinnerungen, das andere das gegenwärtige Einvernehmen, der Wunsch zusammenzuleben, der Wille das Erbe hochzuhalten, welches man ungeteilt empfangen hat.“ (Renan 1995: 56) Auch wenn in der europäischen Verfassungsdiskussion wiederholt betont wurde, dass Europa keine Nation sei und deshalb auch keine Verfassung haben könne, lässt sich Renans Diktum doch auf den Prozess der europäischen Integration übertragen. Nur darf man nicht auf das Ergebnis, sondern muss auf den Prozess der Nationenbildung abheben. Nur wenn die konstitutionellen Unternehmer genug historische Gemeinsamkeiten finden, um über europäische Verfassungsregeln glaub-

haft Verbesserungen für alle EU-Bürger in Erwartung stellen zu können und nur wenn andererseits so viel Willen zur Gemeinsamkeit vorhanden ist, dass weltanschauliche Unternehmer in der europäischen Geschichte nicht das Trennende, sondern das Verbindende glaubhaft betonen können,<sup>16</sup> werden national unterschiedliche Situationsbeschreibungen langfristig konvergieren und so eine europäische Verfassung konsensfähig machen. Die Anziehungskraft, durch die sich unterschiedliche nationale politische Kulturen sukzessive aufeinander zubewegen, ist dann für Europa die Seele, der Keim einer europäischen Nation. Wenn sie stark genug ist, mag irgendwann eintreten, was Ernest Renan für die Zukunft Europas erwartete: „Die Nationen sind nichts Ewiges. Sie haben einmal begonnen, sie werden einmal enden. Die Europäische Konföderation wird sie wahrscheinlich ablösen“ (Renan 1995: 57).

## Literatur

- Aaken, Anne van/Hegmann, Horst (2002): „Konsens als Grundnorm? Chancen und Grenzen der Ordnungsökonomik in der ökonomischen Theorie des Rechts“ in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie, demnächst erscheinend (88/1).
- Ammon, Günther (1994): Der französische Wirtschaftsstil, München: Eberhardt.
- Aspinwall, Mark D./Schneider, Gerald (2000): „Same menu, separate tables: The institutionalist turn in political science and the Study of European integration“ in: European Journal of Political Research, 38, S. 1-36.
- Brague, Rémi (1993): Europa exzentrische Identität, Frankfurt: Campus.
- Brennan, Geoffrey/Buchanan, James M. (1986): The Reason of Rules. – Cambridge: CUP.
- Buchanan, James M. (1960): „Positive Economics, Welfare Economics, and Political Economy“ in ders.: Fiscal Theory and Political Economy, Chapel Hill: University of North Carolina Press, 1960, S. 105-124.
- Buchanan, James M. (1975): The Limits of Liberty, Chicago: University of Chicago Press, 1975.
- Buchanan, James M. (1978a): „A Contractarian Perspective on Anarchy“, in: J. R. Pennock u. J. W. Chapman (Hrsg.): Anarchism, New York: New York Univ. Press, S. 29-42.
- Buchanan, James M. (1978b): „Politics and Science“ in ders.: Freedom in Constitutional Contract, Ann Arbor: University of Michigan Press, S. 64-80.
- Buchanan, James M. (1985a): „Political Economy and Social Philosophy“ in: P. Koslowski (Hrsg.): Economics and Philosophy, Tübingen: Mohr, 1985, S. 19-32.
- Buchanan, James M. (1985b): „The Potential for Tyranny in Politics as Science“ in ders.: Liberty, Market and the State. New York: New York University Press, S. 123-139.
- Buchanan, James M. (1990a): „Europe’s Constitutional Opportunity“ in ders. (Hrsg.): Europe’s Constitutional Future, London: IEA Readings, S. 1-20.

---

<sup>16</sup> Dass auch Renan mit dem „reichen Erbe an Erinnerungen“ nicht eine in irgendeiner Weise objektive gemeinsame Geschichte meint, sondern einen als gemeinsamen Besitz wahrgenommenen Fundus an geteilten Vorstellungen, zeigt sich u.a., wenn er betont, dass eine kritische Geschichtsschreibung identitätsstiftende Mythen durchaus zu zerstören in der Lage sei (Renan 1995: 45).

- Buchanan, James M. (1990b): „The Domain of Constitutional Economics“ in: *Constitutional Political Economy*, 1 (1990), S. 1-18.
- Buchanan, James M. (1991): *Constitutional Economics*, Oxford: Blackwell.
- Buchanan, James M. (1991a): „An American Perspective on Europe's Constitutional Opportunity“ in; *Cato Journal*, 10/3 (Winter), S. 619-29.
- Buchanan, James M. (1991b): „The Foundations of Normative Individualism“ in ders.: *The Economics and Ethics of Constitutional Order*, Ann Arbor: University of Michigan Press, 1991, S. 221-231.
- Buchanan, James M./Lee, Dwight R. (1994): „On a Fiscal Constitution for the European Union“ in: *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, 5/2-3 (Juni/September), S. 219-232.
- Buchanan, James M./Lomasky, Loren E.: (1985) „The Matrix of Contractarian Justice“ in: Ellen Frankel Paul: *Liberty and Equality*, Oxford: B. Blackwell, S. 13-32.
- Checkel, Jeffrey T. (1999): „Social construction and integration“ in: *Journal of European Public Policy*, 6/4 (Special Issue), S. 545-560.
- Christiansen Thomas/Falkner, Gerda/Joergensen, Knud Erik (2002): *Theorizing EU treaty reform: beyond diplomacy and bargaining* in: *Journal of European Public Policy*, 9/1, S. 12-32.
- Deakin, Simon (2000): „Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism vs. Reflexive Harmonisation. A Law and Economics Perspective on Centros“ in: *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2, S. 231-260.
- Denzau, Arthur/North, Douglass C. (1994): „Shared Mental Models: Ideologies and Institutions“, in: *Kyklos*, 47/1, S. 3-31.
- Diez, Thomas (1999): *Speaking'Europe': the politics of integration discourse* in: *Journal of European Public Policy* 6/4 (Special issue), S. 598-613.
- Eatwell, John/Milgate, Murray/Newman, Peter (Hrsg.) (1990): *Problems of the Planned Economy*, (Subject-Volume with reprints from *The New Palgrave*), London: Macmillan.
- Eichenberger, Kurt (1998): „Die Zukunft der Integration. Die Schweiz und ihr Erfahrungsgut für die europäische Vergemeinschaftung“ in: Martin Meyer und Georg Kohler (Hrsg.): *Die Schweiz - für Europa? - München: Hanser*, S. 29-49.
- Elster, Jon: „The Market and the Forum“ in: Jon Elster und Aanund Hylland (Hrsg.) (1986): *The Foundations of Social Choice Theory*. Cambridge: Cambridge Univ. Press, S. 103-132.
- Erlei, Mathias/Leschke, Martin/Sauerland, Dirk (1999): *Neue Institutionenökonomik*, Stuttgart: Schäffer-Poeschel.
- Feld, Lars P./Kirchgässner, Gebhard (1995): „Fiskalischer Wettbewerb in der EU: Wird der Wohlfahrtsstaat zusammenbrechen?“ in: *Wirtschaftsdienst*, X, S. 562-568.
- Geertz, Clifford (1986): „The Uses of Difference“ in: *Michigan Quarterly Review*, 25, S. 105-123.
- Glaeßner, Gert-Joachim/Reutter, Werner/Jeffery, Charlie (Hrsg.) (2001): *Verfassungspolitik und Verfassungswandel Deutschland und Großbritannien im Vergleich*, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Greif, Avner (1994): „Cultural beliefs and the organization of society - A historical and theoretical reflection on collectivist and individualist societies“ in: *Journal of Political Economy*, 102, S. 912-950.

- Haas, Peter H. (1992) „Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination“, in: *International Organization*, 46/1, S. 1-35.
- Hannowsky, Dirk/Renner Andreas (1998): *Zur präferenzkonformen Ordnung Europas*, Frankfurt/M.: Lang.
- Havel, Vaclav (1994): *Address to the European Parliament in Strasbourg on March 8th*, ([http://www.hrad.cz/president/Havel/speeches/1994/0803\\_uk.html](http://www.hrad.cz/president/Havel/speeches/1994/0803_uk.html)).
- Hegmann, Horst (1997): „Differing World Views and Collective Action - The Case of Research“, in: *Constitutional Political Economy*, 8/3, S. 179-194.
- Hegmann, Horst (1998a): „Normativer Individualismus, konstitutioneller Fortschritt und die Rolle der Kultur“, in: Stephan Panther und Gerd Grözinger (Hrsg.): *Konstitutionelle Politische Ökonomie*, Marburg: Metropolis, 1998, S. 251-278.
- Hegmann, Horst (1998b): „Wissenssoziologische Aspekte der Verfassungsökonomik - Das Beispiel der Nachhaltigkeitsdebatte“ in: Andreas Renner und Friedrich Hinterberger (Hrsg.): *Zukunftsfähigkeit und Neoliberalismus. Zur Vereinbarkeit von Umweltschutz und Wettbewerbswirtschaft*, Baden-Baden: Nomos, 1998, S. 175-195.
- Hegmann, Horst (2001): *Die Verfassung der kulturell fragmentierten Gesellschaft. Zur wissenssoziologischen Grundlegung eines verfassungsökonomisch formulierten Sozialvertrags*, Marburg, Metropolis.
- Hegmann, Horst (2002a): „Hüter der Geldwertstabilität oder Agenten der *volonté générale*. Zum Vergleich der geldpolitischen Kultur in Deutschland und Frankreich“ in: Horst Hegmann und K.J. Bernhard Neumärker (Hrsg.): *Die Europäische Union aus Politökonomischer Perspektive*, Marburg: Metropolis (demnächst erscheinend).
- Hegmann, Horst (2002b): „Kulturen der Geldpolitik“ in: Walter Ötsch und Stephan Panther (Hrsg.): *Politische Ökonomie als Sozialwissenschaft*, Marburg: Metropolis (demnächst erscheinend).
- Héritier, Adrienne (Hrsg.) (1993): *Policy-Analyse. Kritik und Neuorientierung Sonderheft 24 der Politischen Vierteljahresschrift*, 34.
- Hodgson, Geoffrey (1998): „The Approach of Institutional Economics“ in: *Journal of Economic Literature*, XXXVI (March), S. 166-192.
- Jachtenfuchs, Markus (1995): „Ideen und internationale Beziehungen“ in: *Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, 2, S. 417-442.
- Jachtenfuchs, Markus (2001): „The Governance Approach to European Integration“ in: *Journal of Common Market Studies*, 39, S. 221-240.
- Joerges, Christian/Neyer, Jürgen (1998): *Von intergouvernementalem Verhandeln zur deliberativen Politik: Gründe und Chancen für eine Konstitutionalisierung der europäischen Komitologie* in: Beate Kohler-Koch (Hg.): *Regieren in entgrenzten Räumen (= PVS Sonderheft 29)*. Opladen: Westdeutscher Verlag, 1998, S. 207-233.
- Joerges, Christian/Sand, Inger Johanne (2001): *Constitutionalism and Transnational Governance*; <http://www.iue.it/LAW/joerges/transnationalism/project.htm>.
- Jung, Sabine (1999): *Europa, made in France. Eine Analyse des politischen Diskurses Frankreichs zur Zukunft der Europäischen Gemeinschaft – von den Anfängen bis heute*, Baden-Baden: Nomos, 1999.
- Jung, Sabine/Jachtenfuchs, Markus/Diez, Thomas (1998): „Which Europe? Conflicting Models of a Legitimate European Political Order“; in: *European Journal of International Relations* 4 (4), 1998, S. 409-445.

- Kedourie, Elie (1971): Nationalismus, München: List.
- Keohane, Robert O. (1989): International Institutions and State Power. Essays in International Relations Theory, Boulder (Coll.), S. 158-179.
- Kirchner, Christian (1997): „Competence Catalogues and the Principle of Subsidiarity in a European Constitution“ in: Constitutional Political Economy 8, S. 71-87.
- Kirchner, Christian (1997): Ökonomische Theorie des Rechts, Berlin: de Gruyter.
- Kirsch, Guy (1997): Neue Politische Ökonomie, Düsseldorf: Werner 3. Aufl.
- Klump, Rainer (Hrsg.) (1996): Wirtschaftskultur, Wirtschaftsstil und Wirtschaftsordnung, Marburg: Metropolis.
- Kohler-Koch, Beate (1999): „The Evolution and Transformation of European Governance“ in: Beate Kohler-Koch und Rainer Eising (Hrsg.): The Transformation of Governance in the European Union, London: Routledge, S. 14-35.
- Kösters, Wim/Beckmann, Reiner/Hebler, Martin (2001): „Elemente der ökonomischen Integrationstheorie“ in: Wilfried Loth und Wolfgang Wessels: Theorien europäischer Integration, Opladen: Leske + Budrich, S. 35-81.
- Kratochwil, Friedrich/Ruggie, John G. (1986): International Organization: A State of the Art on an Art of the State“ in: International Organization, 40/4, S. 753-775.
- Lannoo, Karel (1999): „Financial Supervision in EMU“ in: Jürgen von Hagen und Jean Pisani-Ferri (Hrsg.): Financial Supervision and Policy Coordination in the EMU: Deutsch-Französisches Wirtschaftspolitisches Forum, Mannheim: ZEI Working Paper B 11, S. 3-35.
- Lockwood, Ben (1987): „Pareto Efficiency“, in: John Eatwell, Murray Milgate u. Peter Newman (Hrsg.): The New Palgrave. A Dictionary of Economics Vol. 3, London: Macmillan, S. 811-813.
- Lüder, Klaus (1996): „Triumph des Marktes im öffentlichen Sektor? Einige Anmerkungen zur aktuellen Verwaltungsreformdiskussion“ in: Die Öffentliche Verwaltung, 49/3 (Februar), S. 93-101.
- Marcussen, Martin et al. (1999): „Constructing Europe? The evolution of French, British and German nation state identities“ in: Journal of European Public Policy 6/4 (Special issue) 1999, S. 614-633.
- Meja, Volker/Stehr, Nico (Hrsg.) (1982): Der Streit um die Wissenssoziologie, Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Moulinier, Pierre (1999): Les politiques publiques de la culture en France, Paris: PUF, 1999.
- Mueller, Dennis C. (1996): Perspectives on Public Choice: A Handbook, Cambridge: CUP, 1996.
- Mueller, Dennis C. (1997): „Federalism and the European Union: A Constitutional Perspective“ in: Public Choice, 90, S. 255-280.
- Mummert, Uwe (1995): Informelle Institutionen in ökonomischen Transformationsprozessen, Baden-Baden: Nomos.
- Okun, Arthur (1975): Equality and Efficiency - The Big Tradeoff, Washington D. C.: The Brookings Institution, 124 S.
- Popper, Karl R. (1995): „Das Rationalitätsprinzip“, in ders.: K. Popper Lesebuch, (hrsg. von D. Miller), Tübingen: Mohr, S. 350-360.
- Popper, Karl R. (1997): „Die Logik der Sozialwissenschaften“ in ders.: Auf der Suche nach einer besseren Welt, München: Piper, 9. Aufl, S. 79-99.

- Radaelli, Claudio M. (1995): „The Role of Knowledge in the Policy Process“ in: *Journal of European Public Policy*, 2, S. 159-183.
- Ratzinger, Joseph (2000): „Europas Kultur und ihre Krise“ in: *Die Zeit*, 50, ([http://www.zeit.de/2000/50/Kultur/200050\\_ratzipinger.html](http://www.zeit.de/2000/50/Kultur/200050_ratzipinger.html)).
- Renan, Ernest (1995): „Was ist eine Nation?“ in ders.: *Was ist eine Nation? und andere politische Schriften*, Wien: Folio.
- Risse-Kappen, Thomas (1996): „Exploring the Nature of the Beast: International Relations Theory and Comparative Policy Analysis Meet the European Union“ in: *Journal of Common Market Studies*, 34/ 1, S. 53-80.
- Robbins, Lionel (1932): *An Essay in the Nature and Significance of Economic Science*, London: Macmillan.
- Rothbarth, Murray N.: „Time Preference“ in: John Eatwell, Murray Milgate und Peter Newman (Hrsg.) (1990): *Utility and Probability*, (Subject-Volume with reprints from *The New Palgrave*), New York: Norton, S. 270-275.
- Sabatier, Paul (1988): „An Advocacy Coalition Framework of Policy Change and the Role of Policy-Oriented Learning therein“ in: *Policy Science*, 21, S. 129-168.
- Schaber, Thomas/Ulbert, Cornelia (1994): „Reflexivität in den Internationalen Beziehungen“ in: *Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, 1/1, S. 139-169.
- Shaw, Jo (1999): „Postnational constitutionalism in the European Union“ in: *Journal of European Public Policy*, 6/4, S. 579-597.
- Siebert, Horst/Koop, Michael J. (1990): „Institutional Competition. A Concept for Europe?“ in: *Außenwirtschaft*, 45/4, S. 439-462.
- Siebert, Horst: „The Harmonization Issue in Europe: Prior Agreement or a Competitive Process“ in: ders. (Hrsg.): *The Completion of the Internal Market*, Tübingen: Mohr.
- Sinn, Hans-Werner (1994) „Wieviel Brüssel braucht Europa?“ in: *Staatswissenschaften und Staatspraxis*, 5, S. 155-168.
- Smelser, Neil J/R. Swedberg (eds.) (1994): *The Handbook of Economic Sociology*, Princeton: Princeton Univ. Press.
- Streissler, Erich (1995): „Friedrich August von Hayek als wirtschaftswissenschaftlicher Informationstheoretiker“ in: Hans-Hermann Francke: *Ökonomischer Individualismus und freiheitliche Verfassung*, Freiburg: Rombach, S. 15-50.
- Streit, Manfred/Mussler, Werner (1994): „The Economic Constitution of the European Community: from Rome to Maastricht“ in: *Constitutional Political Economy*, 5/3, S. 319-353.
- Surel, Yves (2000): „The role of cognitive and normative frames in policy-making“ in: *Journal of European Policy* 7/4, S. 495-512.
- Ulrich, Peter (1987): „Unternehmensethik - diesseits oder jenseits der betrieblichen Vernunft“ in: Charles Lattmann (Hrsg.): *Ethik und Unternehmensführung*, Heidelberg, S. 96-116.
- Vanberg, Viktor (1986): „Individual Choice and Institutional Constraints - The Normative Element in Classical and Contractarian Liberalism“ in: *Analyse & Kritik*, 8, S. 113-149.
- Vanberg, Viktor (1993): „Constitutionally constrained and safeguarded competition in markets and politics with reference to a European Constitution“ in: *Journal des Economistes et des Etudes Humaines*, 4/1 (Mars), S. 3-27.

- Vanberg, Viktor (1998): „Constitutional Economics, Ethics, and Ordnungspolitik“ in: James M. Buchanan, Bettina Monissen (Hrsg.), *The Economists' Vision - Essays in Modern Economic Perspectives. For Hans G. Monissen On the Occasion of His Sixtieth Birthday*, Frankfurt/New York: Campus Verlag, S. 33-56.
- Vanberg, Viktor/Buchanan, James M. (1989): „Interests and Theories in Constitutional Choice“ in: *Journal of Theoretical Politics*. 1/1, S. 49-62.
- Vanberg, Viktor/Buchanan, James M. (1991): *Constitutional Choice, Rational Ignorance and the Limits of Reason*. in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, 10, S. 61-78.
- Voigt, Stefan (1994): „Die kontraktororientierte Theorie der Verfassung - Bemerkungen zum Ansatz Buchanans“ in: *homo oeconomicus*, XI/2, S. 173-209.
- Voigt, Stefan (2002): „What Constitution for Europe? The Constitutional Question from the Point of View of (Positive) Constitutional Economics“ in: Th. Bruha (Hrsg.): *What Constitution for Europe?*, Baden-Baden: Nomos. demnächst erscheinend.
- Wagner, Wolfgang (1999): „Interessen und Ideen in der europäischen Verfassungspolitik“ in: *Politische Vierteljahresschrift*, 40, S 415-441.
- Weidenfeld, Werner (1985): *Die Identität Europas*, Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.
- Wendt, Alexander (1992): „Anarchy is what States make of it: the Social Construction of Power Politics“ in: *International Organization*, 46/2, S. 391-425.
- Zehfuss, Maja (1998): „Sprachlosigkeit schränkt ein. Zur Bedeutung von Sprache in konstruktivistischen Theorien“ in: *Zeitschrift für Internationale Beziehungen*, 5/1, S. 109-137.



# **Verfassungspolitik als Konstruktion von Lernprozessen? Konstitutionalisierung und Identitätsbildung in der Europäischen Union**

Achim Hurrelmann

## Zusammenfassung

Mit Joschka Fischer, Johannes Rau und Gerhard Schröder haben in den vergangenen Jahren die drei wichtigsten außenpolitischen Repräsentanten der Bundesrepublik Deutschland Modelle für eine europäische Verfassung vorgelegt. Analysiert man diese Modelle auf Grundlage einer Verfassungstheorie, in die Erkenntnisse sozialkonstruktivistischer Institutionenanalysen eingehen, so zeigt sich, dass ihre Vorschläge auf derselben Logik beruhen: Zwar vertritt Fischer ein am Vorbild der USA orientiertes Modell der Verfassungsgebung als „Gründungsakt“, während Rau und Schröder sich auf das in Deutschland einflussreiche Konzept der Verfassung als „Wertordnung“ beziehen. Gemeinsam ist allen Modellen aber die Hoffnung, dass die Verabschiedung einer Verfassung als „Fundament, nicht Schlussstein des europäischen Bauwerks“ (Rau) Identitätsbildungsprozesse in der europäischen Bevölkerung in Gang setzen würde. Verfassungspolitik wird mithin als Versuch der Konstruktion gesellschaftlicher Lernprozesse betrieben. Dieser Beitrag diskutiert die Erfolgchancen eines solchen Konzepts. Er kommt zu dem Ergebnis, dass Verfassungspolitik zwar grundsätzlich gesellschaftliche Lernprozesse beeinflussen kann, der Versuch einer gezielten „Identitätsbildung durch Verfassungsgebung“ aber eine voraussetzungsvolle und mit beträchtlichen Risiken verbundene verfassungspolitische Strategie ist.

# Inhalt

1.	Einleitung .....	31
2.	Verfassungsinstitutionen und gesellschaftliche Weltbilder: Bezugsrahmen für die Analyse von Verfassungspolitik.....	32
2.1	Rational-Choice-Verfassungstheorie .....	33
2.2	Berücksichtigung sozialkonstruktivistischer Ansätze .....	35
3.	Identitätsbildung durch Verfassungsgebung: Die Logik der deutschen Konstitutionalisierungsvorschläge .....	38
3.1	Fischer: Verfassungsgebung als Gründungsakt.....	39
3.2	Rau und Schröder: Verfassung als Wertordnung .....	41
4.	Verfassung und Identität in Europa: Zur Konstruierbarkeit gesellschaftlicher Lernprozesse durch Verfassungspolitik.....	42
4.1	Durchsetzbarkeit einer europäischen Verfassung im Kontext divergierender europäischer Verfassungsverständnisse .....	42
4.2	Einflüsse einer europäischen Verfassung auf Identitätsbildungsprozesse.....	44
5.	Fazit .....	46
	Literaturverzeichnis .....	48

## 1. Einleitung

Auch wenn die Europäische Union nicht über ein Dokument mit der offiziellen Bezeichnung „Verfassung“ verfügt, kann die Hauptfunktion einer demokratischen Verfassung, die Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt, in der Union als erfüllt gelten: Im europäischen „Verfassungsverbund“ (Pernice 1999) aus mitgliedsstaatlichen Verfassungen und europäischen Verträgen sind die Kompetenzen der einzelnen EU-Organen definiert und begrenzt, ihr Handeln ist gerichtlicher Kontrolle unterworfen, und der Rechtsschutz der Bürgerinnen und Bürger ist gewährleistet. Selbstverständlich wären weitere Verbesserungen wünschenswert, etwa eine präzisere Kompetenzabgrenzung oder die (nicht nur deklaratorische) Inkraftsetzung der Europäischen Grundrechtecharta. Doch grundsätzlich leidet die EU weit weniger an einem Defizit an rechtsstaatlicher „Verfasstheit“ als an einem Defizit an Demokratie. Vor diesem Hintergrund ist es bemerkenswert, dass die Reform des europäischen Institutionensystems in jüngerer Zeit gerade in Deutschland hauptsächlich als Problem der „Konstitutionalisierung“ diskutiert worden ist. Mit Joschka Fischer, Gerhard Schröder und Johannes Rau haben alle führenden außenpolitischen Repräsentanten der Bundesrepublik Modelle für eine europäische Verfassung vorgelegt. Welchem Zweck aber soll die Verabschiedung einer solchen Verfassung dienen, der nicht auch durch eine Reform der bestehenden Verträge erfüllt werden könnte? Hat die Verfassungsdebatte, wie Michael Th. Greven (2001) vermutet, nur die Funktion, dem „kaum verhohlenen Feilschen um das nationale Interesse“ in der Europapolitik „als symbolisches Gegengewicht in Sonntags- oder Festtagsreden zu dienen“?

Ich möchte in diesem Beitrag argumentieren, dass es sich bei den angesprochenen Vorschlägen für eine europäische Verfassung um mehr als nur symbolische Politik handelt. Natürlich ist es ein wesentliches Ziel ihrer Autoren, ein vermeintlich „positives“ Thema in der europapolitischen Debatte strategisch zu besetzen. Doch gleichwohl ist der Inhalt der Vorschläge nicht beliebig, und zumindest ihre Grundlogik muss auch in konzeptioneller Hinsicht ernstgenommen werden. Fischer, Schröder und Rau, so lautet meine These, propagieren die Verfassungsgebung nicht zuletzt in der Hoffnung, sie könne – anders als eine bloße Vertragsrevision – *Identitätsbildungsprozesse* in der europäischen Bevölkerung anregen und damit die Legitimität für ein Fortschreiten der ökonomischen und politischen Integration Europas erhöhen.

Dieses Szenario der „Identitätsbildung durch Verfassungsgebung“ soll hier problematisiert werden. Bezugsrahmen ist dabei eine Verfassungstheorie, die an Ansätze sozialkonstruktivistischer Institutionenanalysen anknüpft. Sie erlaubt es, den Wandel kollektiver Weltbilder, der Identitätsbildungsprozesse bewirkt, als *gesellschaftliches Lernen* zu konzeptionalisieren. In der EU-Forschung ist eine solche Perspektive nicht grundsätzlich neu (vgl. vor allem Jachtenfuchs 1996). Bislang wurde der Lernbegriff jedoch überwiegend verwendet, um „bottom-up-Prozesse“ des inkrementellen Wirksamwerdens neuer Weltbilder in Institutionen oder bei politischen Eliten zu beschreiben. Lernen erschien so als Gegenbegriff zur Verfassungspolitik, die die bewusste Einflussnahme auf Institutionen zum Ziel hat und in der EU nach wie vor fast ausschließlich „top-

down“ von den Regierungen der Mitgliedstaaten betrieben wird. Im Folgenden möchte ich zeigen, dass der Lernbegriff auch für die Analyse solcher „top-down-Prozesse“ nutzbar gemacht werden kann: Die Verfassungspolitik der Regierungen dient nicht zuletzt dem Ziel einer *Konstruktion von Lernprozessen* in der Bevölkerung. Unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten mag dies bedenklich erscheinen. Doch unabhängig von einer normativen Bewertung stellt sich die Frage, ob eine solche verfassungspolitische Strategie erfolgreich sein kann.

Um diese Frage zu beantworten, gehe ich in drei Schritten vor: Nach der Erläuterung des theoretischen Bezugsrahmens im ersten Teil des Beitrags analysiere ich im zweiten Teil die angesprochenen Konstitutionalisierungsvorschläge und zeige, dass sich ihre Autoren von einer europäischen Verfassung im wesentlichen einen Beitrag zur Identitätsbildung in der EU erhoffen. Das Verfassungsverständnis, das ihren Vorschlägen zugrunde liegt, schließt an ältere und neuere Verfassungsdiskurse in der Bundesrepublik Deutschland an, unterscheidet sich aber erheblich von Verfassungskonzepten, die in anderen EU-Ländern vertreten werden. Vor diesem Hintergrund diskutiere ich im dritten Teil, welche Bedingungen erfüllt sein müssten, damit das Szenario der „Identitätsbildung durch Verfassungsgebung“ in der EU eintreten könnte.

## **2. Verfassungsinstitutionen und gesellschaftliche Weltbilder: Bezugsrahmen für die Analyse von Verfassungspolitik**

Den Ausdruck Verfassungspolitik möchte ich im Folgenden gebrauchen für jeden Versuch, bewusst und zielgerichtet auf die Entwicklung einer Verfassung Einfluss zu nehmen. Ein solcher Versuch kann die Schaffung ebenso wie die Umgestaltung der Verfassung betreffen. Der Verfassungsbegriff ist dabei in einem engen, institutionellen Sinne zu verstehen – und nicht in seiner älteren, empirischen Verwendung als Beschreibung des realen Zustands, der „Verfassungswirklichkeit“ einer Gesellschaft. Gegenstand der Verfassungspolitik ist die Verfassung als rechtliche Institution,<sup>1</sup> als System von erschwert änderbaren, den einfachen Gesetzen vorgehenden Verhaltens- und Organisationsregeln. Ziel verfassungspolitischer Initiativen ist es, diese Regeln zu gestalten.

Die Einwirkung auf die Verfassung ist jedoch kein Selbstzweck. Verfassungspolitik erwächst aus realen gesellschaftlichen Verhältnissen – und dient der Einflussnahme auf diese. Erfolgreich ist sie nur, wenn die gewünschte (Um-)Gestaltung von Verfassungsinstitutionen (a) im Kontext der bestehenden gesellschaftlichen Verhältnisse durchgesetzt werden kann, und (b) tatsächlich die erwarteten gesellschaftspolitischen Effekte bewirkt. Wie verfassungspolitische Akteure in ihrem Handeln also stets sowohl die Verfassung als auch die politisch-gesellschaftliche Wirklichkeit im Blick haben müssen, ist auch die wissenschaftliche Betrachtung von Verfassungspolitik auf einen

---

<sup>1</sup> Unter einer Institution verstehe ich jede formelle bzw. informelle Norm, die dem Verhalten von individuellen und kollektiven Akteuren Regelmäßigkeit verleiht. Nicht unter den Institutionsbegriff gefasst werden Organisationen, also soziale Gebilde, die selbst über die Fähigkeit zum politischen Handeln verfügen. Institutionen handeln nicht, sind jedoch von Bedeutung als diejenigen Regelsysteme, die Organisationen überhaupt erst als kollektive Akteure konstituieren (vgl. Mayntz/Scharpf 1995).

analytischen Bezugsrahmen angewiesen, der das *Wechselverhältnis von Verfassung und Verfassungswirklichkeit* zum Gegenstand hat.

Einen solchen Bezugsrahmen bereitzustellen, ist Aufgabe der Verfassungstheorie. Eine Verfassungstheorie gibt eine Antwort auf die Frage, „was Verfassungen sollen und was Verfassungen können“ (Grimm 1994: 315). Sie macht Aussagen darüber, wie Verfassungsinstitutionen durch Prozesse auf der Ebene der Verfassungswirklichkeit beeinflusst werden können und welche Wirkungen umgekehrt die Verfassung auf die Verfassungswirklichkeit hat (Hurrelmann 2000: 5-7; 36-46). Die jeweils zugrunde gelegte Verfassungstheorie bildet somit nicht nur die Basis für eine Analyse der *Zwecke* einer verfassungspolitischen Initiative, sondern auch für die Bewertung ihrer *Erfolgschancen*: Sie erklärt, unter welchen Bedingungen die gewünschte (Um-)Gestaltung von Verfassungsinstitutionen (a) durchgesetzt werden kann und (b) die gewünschten Effekte entfaltet. Erst die Klärung verfassungstheoretischer Grundfragen gibt somit Aufschluss über die Möglichkeiten und Grenzen von Verfassungspolitik. Sie ist Vorbedingung für eine fundierte wissenschaftliche Diskussion verfassungspolitischer Fragen.

## 2.1 Rational-Choice-Verfassungstheorie

Trotz ihrer Schlüsselstellung für die Analyse von Verfassungspolitik hat die Verfassungstheorie jedoch in der bundesdeutschen Rechts- und Politikwissenschaft in den vergangenen Jahren nur wenig Beachtung erfahren. Dieter Grimm (1994: 315) hat gar das vollständige „Fehlen“ einer Verfassungstheorie in Deutschland beklagt. In der internationalen Diskussion hat sich dagegen der Rational-Choice-Ansatz zum dominanten verfassungstheoretischen Paradigma entwickelt. Ausgehend von der Prämisse des methodologischen Individualismus behandelt er Institutionen – und so auch die Verfassung – als Systeme von Verhaltensregeln, die eigennutzorientierte Akteure bewusst schaffen, um eine bessere Verwirklichung ihrer individuellen Interessen (Präferenzen) sicherzustellen. Grundannahme ist dabei, dass Institutionen nicht den *Inhalt* dieser Interessen, sondern allein deren *Aggregation* beeinflussen. Sie tun dies, indem sie – gleichsam als „Spielregeln“ – die Optionen verändern, zwischen denen Akteure zur Verwirklichung ihrer Interessen entscheiden.

Eine Rational-Choice-Verfassungstheorie beschreibt die Verfassung folglich als System von Aggregationsregeln, dem eine wichtige gesellschaftliche Steuerungsfunktion zukommt. Da die Verfassung Produkt nutzenmaximierenden Handelns ist, wirkt sie nicht neutral, sondern nutzt in der Regel denjenigen Interessen, die sie hervorgebracht haben (Moe 1990; North 1991). Obwohl sie somit gesellschaftliche Machtverhältnisse zum Ausdruck bringt, kann sie aber gleichzeitig gemeinwohlförderliche Funktionen erfüllen, indem sie als „Selbstbindung“ eines Gemeinwesens die Effizienz gesellschaftlicher Transaktionen und demokratischer Entscheidungsprozesse erhöht:

---

- Sie konstituiert die Organe der öffentlichen Gewalt und schreibt Zuständigkeiten und Entscheidungsverfahren fest. Auf diese Weise ermöglicht sie die Überwindung sozialer Dilemmata (Brennan/Buchanan 1993; Ostrom 1999), verhindert bei Abstimmungen das Auftreten zyklischer Mehrheiten (Riker 1980), und reduziert gesellschaftliche Transaktionskosten (Williamson 1990; North 1992), weil sie demokratische Prozesse von der Beschlussfassung über Modalitäten der Entscheidungsfindung entlastet.
- Sie begrenzt die Kompetenzen der öffentlichen Organe – etwa durch Grundrechte und ein System der Gewaltenteilung – und bindet diese an rechtliche Regeln. Auf diese Weise sichert sie Voraussetzungen demokratischer Entscheidungsfindung (Elster 1988), weil sie der Konzentration und Verselbständigung von Macht entgegenwirkt und die freie und gleichberechtigte Meinungs- und Willensbildung der Bürgerinnen und Bürger schützt.

Untersucht man Verfassungspolitik auf Grundlage einer Rational-Choice-Verfassungstheorie, so steht im Mittelpunkt der Betrachtung eine Analyse der Interessen- und Machtverhältnisse in der Gesellschaft (Abbildung 1). An eine verfassungspolitische Initiative wird also zunächst die Frage gestellt, welche (bzw. wessen) Interessen sie zum Ausdruck bringt. Welche Verschiebungen gesellschaftlicher Machtverhältnisse und/oder Effizienzgewinne werden angestrebt? Die Erfolgchancen der Initiative sind dann wie folgt zu bewerten:

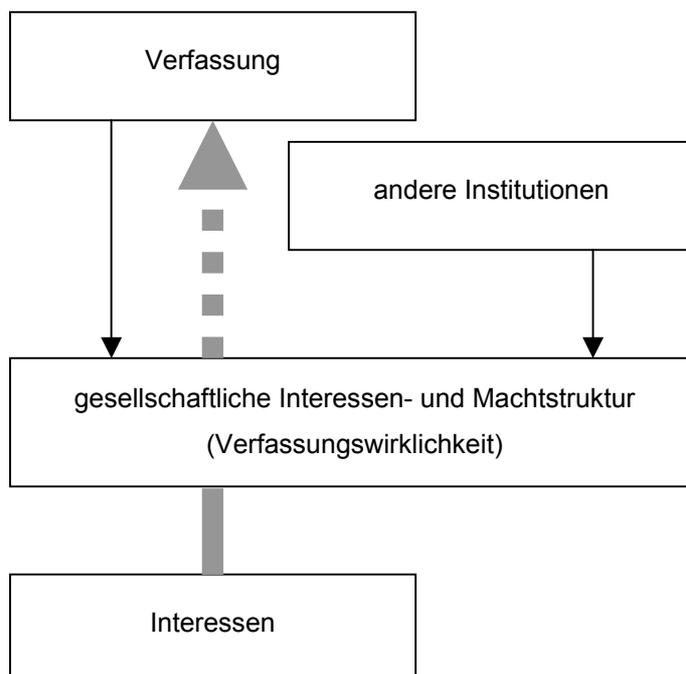


Abbildung 1: Verfassungspolitik in einer Rational-Choice-Verfassungstheorie<sup>2</sup>

- (a) Für die Durchsetzung der gewünschten (Um-)Gestaltung von Verfassungsinstitutionen kommt es darauf an, ob deren Anhängerinnen und Anhänger einflussreich genug sind, um sich gegen

<sup>2</sup> Die zu untersuchende verfassungspolitische Initiative ist in der Abbildung durch den grauen Pfeil symbolisiert.

die vom Status Quo profitierenden Interessengruppen in der politischen Auseinandersetzung zu behaupten. Diese Auseinandersetzung vollzieht sich im Kontext der bestehenden gesellschaftlichen Interessen- und Machtstruktur, die ihrerseits durch die bestehende Verfassungs- und Institutionenordnung geprägt ist. Dies bewirkt Pfadabhängigkeiten (North 1991): Die Anhängerinnen und Anhänger des Status Quo sind im Regelfall gerade dadurch privilegiert, dass die existierenden Institutionen ihnen überlegene Einflusschancen zuweisen.

- (b) Ob die (Um-)Gestaltung von Verfassungsinstitutionen tatsächlich die gewünschten gesellschaftspolitischen Effekte bewirkt, hängt davon ab, ob die neuen Institutionen die Entscheidungsoptionen politischer Akteure so verändern, dass es – trotz des unveränderten Einflusses anderer Institutionen – auch zu einer Verschiebung der gesellschaftlichen Interessen- und Machtverhältnisse kommt.

## 2.2 Berücksichtigung sozialkonstruktivistischer Ansätze

Die Berechtigung einer solchen Interessenanalyse wird in dem verfassungstheoretischen Konzept, das ich in dieser Arbeit zugrunde legen möchte, nicht bestritten. Die Rational-Choice-Verfassungstheorie soll allerdings durch Erkenntnisse sozialkonstruktivistischer Institutionentheorien modifiziert und ergänzt werden (vgl. dazu Checkel 1998; Jachtenfuchs 1999: 25-54; Wagner 1999). Sozialkonstruktivistische Theorien kritisieren in erster Linie den methodologischen Individualismus des Rational-Choice-Modells. Sie betonen, dass Menschen keine atomistischen Nutzenmaximierer sind, sondern als soziale, in eine institutionelle Ordnung „eingebettete“ Wesen analysiert werden müssen, deren soziale Realität keine objektiv erfassbare Wirklichkeit, sondern eine gesellschaftliche Konstruktion ist (Berger/Luckmann 1972). Menschliche Interessen sind von dieser Konstruktion geprägt und können daher nicht einfach als gegeben – oder universell bestimmbar – vorausgesetzt werden, wie es Rational-Choice-Ansätze tun. Max Weber (1947: 252) hat dies so ausgedrückt: „Interessen (materielle und ideelle), nicht: Ideen, beherrschen unmittelbar das Handeln der Menschen. Aber: die ‚Weltbilder‘, welche durch ‚Ideen‘ geschaffen werden, haben sehr oft als Weichensteller die Bahnen bestimmt, in denen die Dynamik der Interessen das Handeln fortbewegte.“

Ich möchte den Weberschen Begriff des „Weltbilds“ im Folgenden verwenden als Oberbegriff für die in sozialen Bezugsgruppen verankerten *kognitiven, ästhetischen und normativen Grundannahmen über die gesellschaftliche Realität*, die sich als kollektive Konstruktionen auf die Bildung individueller Interessen auswirken. Kognitive Grundannahmen beeinflussen als *gesellschaftliches Wissen*, welche Informationen Individuen wahrnehmen und im Prozess der Interessenbildung für relevant halten; ästhetische Grundannahmen liefern als *gesellschaftliche Symbole* Maßstäbe für die Beurteilung der wahrgenommenen Informationen nach ihrer Form; normative Grundannahmen als *gesellschaftliche Werte* Maßstäbe für deren Bewertung nach ihren Inhalten (Jachtenfuchs 1993: 9-13; 1996: 23-27; Rohe 1996: 5-7). Da Weltbilder kollektive Konstruktionen sind, hängt es von der Mitgliedschaft eines Individuums in sozialen Bezugsgruppen ab, welche kognitiven, ästhetischen und normativen Grundannahmen bei der individuellen Interessenbildung wirksam werden. Unterschiede und Konflikte

zwischen Gruppen – nicht zuletzt hinsichtlich ihres gesellschaftlichen Einflusses – spiegeln sich daher auch in Unterschieden und Konflikten zwischen Weltbildern wider (Bourdieu 1982; 1987). Gruppenmitgliedschaften können jedoch in modernen differenzierten und fragmentierten Gesellschaften in der Regel nicht determinieren, auf welche Weltbilder Individuen im Prozess ihrer individuellen Interessenbildung zurückgreifen: Menschen, die Mitglied in verschiedenen, sich vielfältig überlappenden Gruppen mit unterschiedlich ausgeprägten Grundannahmen über die soziale Realität sind, haben die Möglichkeit einer – bewussten oder unbewussten – Wahl zwischen bzw. Kombination von Weltbildern.<sup>3</sup>

Institutionen als Produkte menschlichen Handelns bringen explizit oder implizit die Weltbilder derjenigen Akteure bzw. Akteursgruppen zum Ausdruck, die sie geschaffen haben (Lepsius 1995). Durch die Institutionalisierung können Weltbilder ein „Eigenleben“ annehmen und unabhängig vom Handeln ihrer ursprünglichen Trägergruppen Auswirkungen auf die in der Gesellschaft ablaufenden Konstruktionsprozesse haben. Institutionen – gerade auch die Verfassung – erfüllen somit neben ihrer Steuerungs- und Aggregationsfunktion, also ihrem Einfluss auf Handlungsoptionen und Machtpositionen von Akteuren, auch eine Symbol- und Integrationsfunktion: Sie beeinflussen die *Bildung* und den *Inhalt* menschlicher Interessen (Thelen/Steinmo 1992; Göhler 1994; 1997; Gebhardt 1995). Dies kann zur Folge haben, dass menschliches Handeln einer institutionell bestimmten „Logik der Angemessenheit“ (*logic of appropriateness*) folgt (March/Olsen 1989), weil institutionell verfestigte Weltbilder als „Fraglos-Hingenommenes“ (*taken-for-granted*) der Interessendefinition zugrunde liegen (Bourdieu 1982; 1987; DiMaggio/Powell 1991). Umgekehrt ist jedoch der Einfluss von Verfassungsinstitutionen auch von den in der Gesellschaft wirkungsmächtigen Weltbildern abhängig: Weltbilder beeinflussen, ob eine Verfassung als legitim wahrgenommen wird, und die in der Verfassung zum Ausdruck kommenden Verhaltensregeln entfalten ihre normierende Kraft nur auf der Basis gesellschaftlicher Konstruktions- und Interpretationsprozesse. Diese Prozesse laufen zwar meist routinemäßig ab, eröffnen aber jederzeit Spielräume für bewusste oder unbewusste Umdeutungen (Nullmeier 1997: 106).

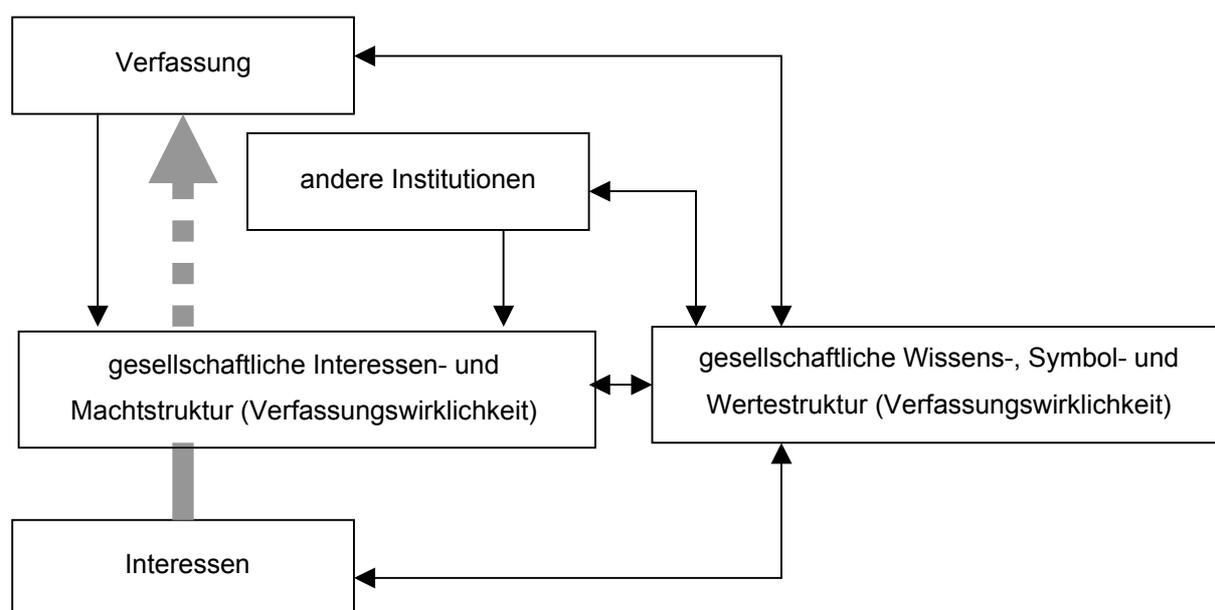
Der *Wandel von gesellschaftlichen Weltbildern* lässt sich, einem Vorschlag von Markus Jachtenfuchs (1993; 1996) folgend, als *kollektiver Lernprozess* beschreiben. Der Lernbegriff bezeichnet dabei nicht einfach die Gewinnung zusätzlicher Informationen („einfaches Lernen“) – selbst wenn diese eine Verhaltensänderung bewirken –, sondern eine Revision der Grundannahmen, die die Verarbeitung von Informationen strukturieren („komplexes Lernen“).<sup>4</sup> Ein solcher Lernprozess kann zum einen als „bottom-up-Prozess“ ablaufen: Infolge von Umweltveränderungen, etwa sozio-ökonomischen Krisen oder wissenschaftlich-technischen Innovationen, entstehen in der Gesellschaft neue Weltbilder, die neben die bisherigen Weltbilder treten oder diese schrittweise überlagern. Die neuen Weltbilder

---

<sup>3</sup> Wie groß die Spielräume dafür im Einzelfall sind, hängt von einer Vielzahl von Faktoren ab, die hier nicht ausführlich diskutiert werden können. Relevant sind z.B. die Anzahl der Gruppenmitgliedschaften eines Individuums, die gesellschaftliche Stellung der Gruppen und die Art der persönlichen Einbindung in diese (insbesondere das Vorhandensein von Exit-Optionen).

können dann institutionalisiert werden oder eine Umdeutung institutioneller Regeln bewirken (Habermas 1981; Eder 1985; Dodd 1995). Eine solche „bottom-up-Perspektive“ auf gesellschaftliches Lernen dominiert bisher die sozialwissenschaftliche Forschung, auch in der Europapolitik (vgl. etwa Jachtenfuchs 1996; Kohler-Koch/Edler 1998; Marcussen u.a. 1999; Risse u.a. 1999). Die Überlegungen zum Verhältnis von Weltbildern und Institutionen lassen jedoch auch „top-down-Lernprozesse“ denkbar erscheinen, bei denen der Wandel von Institutionen – geplant oder ungeplant – zur Verbreitung neuer bzw. bislang minoritärer Weltbilder führt (Olsen 1997: 222-224). Wird ein solcher Lernprozess durch Institutions- oder Verfassungspolitik bewusst herbeigeführt, lässt sich von „strategic social construction“ (Finnemore/Sikkink 1998: 910) bzw. von der *Konstruktion von Lernprozessen* sprechen.

Für die Untersuchung von Verfassungspolitik bedeutet dies, dass bei der Analyse einer verfassungspolitischen Initiative auch zu fragen ist, welche gesellschaftlichen Weltbilder in ihr zum Ausdruck kommen (Abbildung 2). Wichtig sind dabei nicht zuletzt die Grundannahmen über die Verfassung selbst, die der Initiative zugrunde liegen. Auch *Verfassungsverständnisse* sind also als Weltbilder zu analysieren (vgl. Kohler-Koch 2000). Ferner ist zu berücksichtigen, dass Verfassungspolitik nicht zwingend mit dem Zweck der unmittelbaren Einflussnahme auf gesellschaftliche Machtverhältnisse betrieben werden muss, sondern – als Versuch der Konstruktion von Lernprozessen – auch eine Veränderung gesellschaftlicher Weltbilder beabsichtigen kann (die sich nur indirekt auf gesellschaftliche Machtstrukturen auswirkt). Für die Bewertung der Erfolgchancen von Verfassungspolitik ergeben sich auf dieser Grundlage folgende Modifikationen gegenüber dem Rational-Choice-Modell:



<sup>4</sup> Lernen ist somit als wertneutraler Begriff zu verstehen, der eine Veränderung, aber nicht notwendigerweise eine „Verbesserung“ von Weltbildern beschreibt.

Abbildung 2: Verfassungspolitik in einer rationalistisch-sozialkonstruktivistischen Verfassungstheorie

- (a) Die Durchsetzungschancen einer (Um-)Gestaltung von Verfassungsinstitutionen hängen nicht nur von der gesellschaftlichen Interessen- und Machtstruktur ab, sondern auch davon, ob die vorgeschlagenen Institutionen und die dem Vorschlag zugrunde liegenden Weltbilder zur Wissens-, Symbol- und Wertestruktur einer Gesellschaft passen. Diese Wissens-, Symbol- und Wertestruktur ist selbst wesentlich durch die bestehende Verfassung und andere Institutionen – nicht zuletzt informelle Normen – geprägt. Wenn eine verfassungspolitische Initiative den Weltbildern anderer Akteure widerspricht, liegt es nicht in deren Interesse, diese zu unterstützen. Insofern beeinflussen Weltbilder auch die Interessen- und Machtstruktur und stellen einen zusätzlichen Faktor der Pfadabhängigkeit konstitutioneller Entwicklungen dar.
- (b) Zur Beantwortung der Frage, ob die (Um-)Gestaltung von Verfassungsinstitutionen auch die gewünschten gesellschaftspolitischen Effekte hat, muss neben dem Einfluss der neuen Institutionen auf die gesellschaftliche Machtstruktur auch ihre Wirkung auf die gesellschaftliche Wissens-, Symbol- und Wertestruktur untersucht werden. Neue Verfassungsinstitutionen können nicht nur durch entgegenstehende Machtverhältnisse, sondern auch durch Umdeutungen auf der Basis entgegenstehender Weltbilder bedeutungslos gemacht werden: „[C]omprehensive change in a political order involves not only affecting human conduct and formal-legal institutions, but also affecting peoples' inner state of mind, their moral and intellectual qualities, their identities and their sense of belonging (...)“ (Olsen 2000: 173). Versuche, bewusst auf gesellschaftliche Weltbilder einzuwirken, sind jedoch nur dann erfolgversprechend, wenn die propagierten Ideen anschlussfähig an bestehende Weltbilder sind (Marcussen u.a. 1999; Risse u.a. 1999). Aufgrund dieser Abhängigkeit von schwer überschaubaren kognitiven Prozessen muss über die genauen Auswirkungen von Verfassungspolitik zwangsläufig Ungewissheit bestehen.

### 3. Identitätsbildung durch Verfassungsgebung: Die Logik der deutschen Konstitutionalisierungsvorschläge

Aufbauend auf dem so entwickelten verfassungstheoretischen Bezugsrahmen möchte ich nun zeigen, dass die prominentesten deutschen Befürworter einer baldigen Konstitutionalisierung der EU – Joschka Fischer, Johannes Rau und Gerhard Schröder – Verfassungspolitik als Versuch der Konstruktion von Lernprozessen betreiben. Anders als dies in der europäischen Verfassungsdebatte bislang meist der Fall war, werden in meiner Diskussion ihrer Verfassungsmodelle nicht institutionelle Details im Mittelpunkt stehen, sondern die in den Modellen jeweils zum Ausdruck kommenden Verfassungsverständnisse. Als eines der zentralen Argumente für eine europäische Verfassung erweist sich dabei ein Aspekt, der in einer allein auf Rational-Choice-Ansätzen basierenden Analyse unerkannt bliebe: die Erwartung, dass die Konstitutionalisierung die Ausbildung einer *kollektiven europäischen Identität* bei den Bürgerinnen und Bürgern der EU befördern könnte.

Die kollektive Identität einer Gruppe kann mit den hier verwendeten Begriffen definiert werden als eine besondere Form des Weltbilds, nämlich als die kognitiven, ästhetischen und normativen Annahmen einer Gruppe *über sich selbst* – gerade auch in Abgrenzung zu anderen Gruppen. Die Identitätsproblematik ist in der Europäischen Union von großer Brisanz: Identitätsbildungsprozesse in der europäischen Bevölkerung würden nicht nur die Legitimität des bestehenden EU-Institutionensystems erhöhen, sondern auch die Bedingungen für dessen Demokratisierung verbessern. Eine solche Demokratisierung setzt nämlich – zumindest dann, wenn sie nationalstaatlichen Mustern folgt – ein Mindestmaß an europäischer Identität voraus: Das (wie auch immer begründete) Zusammengehörigkeitsgefühl der europäischen Bürgerinnen und Bürger müsste stark genug sein, um europaweite Mehrheitsentscheidungen und Solidarleistungen stützen zu können.

Insbesondere in Anbetracht der bevorstehenden Osterweiterung, die die Heterogenität der europäischen Gesellschaften, gleichzeitig aber auch das Bedürfnis nach Mehrheitsentscheidungen und solidarischer Umverteilung weiter steigern wird, ist das Bestehen eines für die Demokratisierung der EU ausreichenden europäischen Zusammengehörigkeitsgefühls bezweifelt worden (vgl. z.B. Kielmansegg 1996; Greven 1998). Wie berechtigt diese Zweifel sind, möchte ich hier nicht diskutieren. Denn wenn die Konstitutionalisierung der EU eine Konstruktion von Lernprozessen bewirken und so die Bildung einer europäischen Identität vorantreiben könnte, wäre das Problem in jedem Fall lösbar. Die Demokratisierung der EU dann auch ohne eine „Demokratiebewegung“ (Greven 1998) und ohne das Design komplizierter Verfahren, die Volkssouveränität auch in heterogenen Gesellschaften ermöglichen sollen (Abromeit 1999), relativ kurzfristig möglich.

### **3.1 Fischer: Verfassungsgebung als Gründungsakt**

Den Anstoß für das Wiederaufflammen der alten, schon seit Beginn des Jahrhunderts geführten Debatte über eine europäische Verfassung gab der deutsche Außenminister Joschka Fischer im Mai 2000 mit einer Rede in der Berliner Humboldt-Universität (Fischer 2000). Als Vision für die Vollendung der europäischen Integration entwarf er darin ein Konzept für den „Übergang vom Staatenverbund der Union hin zur vollen Parlamentarisierung in einer europäischen Föderation“. Eine solche Föderation, so Fischer, müsse auf einem „Verfassungsvertrag“ gegründet sein, der garantierte Grundrechte und eindeutige Bestimmungen über die horizontale und vertikale Kompetenzverteilung enthalte. Die Verabschiedung dieses Verfassungsvertrags beschrieb Fischer als „konstitutionelle Neugründung“: „Der Schritt von der verstärkten Zusammenarbeit hin zu einem Verfassungsvertrag – und genau dies wird die Voraussetzung der vollen Integration sein – bedarf (...) eines bewussten politischen Neugründungsaktes Europas“ (ebd.: 17). In einem Streitgespräch mit dem damaligen französischen Innenminister Jean-Pierre Chevènement (Fischer/Chevènement 2000) wies Fischer später dessen Einwand zurück, einer solchen „Neubegründung“ der europäischen Institutionen müsse die Entstehung eines „europäischen Volkes“ vorangehen. Vielmehr bestehe eine „dialektische“ Beziehung

zwischen Institutionen und gesellschaftlichen Vergemeinschaftungsprozessen. Daher sei es möglich, Institutionen als „Instrumente“ einzusetzen, um die europäische Integration voranzutreiben.<sup>5</sup>

Fischers Verfassungskonzept ist, wie er im Gespräch mit Chevènement selbst deutlich machte, am Vorbild der USA orientiert. In diesem Lichte ist auch seine Gründungsmetaphorik zu verstehen: Die Verfassungsgebung von 1787 („the founding“) wird im amerikanischen Konstitutionalismus interpretiert als Abschluss eines Gesellschaftsvertrags, durch den die Bevölkerung der dreizehn Gründungsstaaten nicht nur ein neues politisches Gemeinwesen, sondern auch sich selbst als amerikanisches Demos („we, the people“) konstituierte (Arendt 1965; Ackerman 1991; Preuß 1994: 15-19; Gebhardt 1995: 21-23). Das Gründungsmodell des amerikanischen Konstitutionalismus ist in den vergangenen Jahren auch in Deutschland breit rezipiert und vielfach aufgegriffen worden. Bezugnehmend auf die Verfassungsgebung in Osteuropa hat beispielsweise Ulrich K. Preuß (1991: 113) ein Modell des Konstitutionalismus formuliert, in dem „the claim for constitutions can be regarded as a quest for the self-constitution of a polity which, by the very process of self-constitution itself, undergoes a learning process which shapes the individuals' values and interests, generates the justifiable arguments for their defense and for the refutation of conflicting claims, and which provides them with the basic information for the formation and, in favorable cases, refinement of their preferences (...)“ (vgl. auch Preuß 1994: 27-30).

Für Europa schwebt Fischer offenbar ein ähnliches Modell vor. Vor diesem Hintergrund verwundert es nicht, dass er sich im Gespräch mit Chevènement zustimmend auf Jürgen Habermas' Überlegungen zum Verfassungspatriotismus bezieht. Habermas' eigene Argumentation für eine europäische Verfassung, die er im Juni 2001 in Hamburg vorgetragen hat (Habermas 2001), liest sich ihrerseits wie eine Erläuterung zu Fischer. In seinem Vortrag nennt Habermas drei „empirische Voraussetzungen“ für die „staatsbürgerliche Solidarität“, die für die Entwicklung Europas zu einem demokratischen „Staat von Nationalstaaten“ erforderlich sei: „erstens die Notwendigkeit einer europäischen Bürgergesellschaft; zweitens die Konstruktion einer europaweiten politischen Öffentlichkeit; und drittens die Schaffung einer politischen Kultur, die von allen EU-Bürgern geteilt wird.“<sup>6</sup> Durch die Verfassungsgebung kann laut Habermas auf die gesellschaftlichen Prozesse, die zur Erfüllung dieser Voraussetzungen ablaufen müssen, Einfluss genommen werden. „Diese Prozesse können durch eine Verfassung, die einen gewissermaßen katalysatorischen Effekt hat, beschleunigt (...) werden. Europa muss sozusagen die Logik jenes Kreisprozesses, worin sich der demokratische Staat und die Nation gegenseitig hervorgebracht haben, noch einmal reflexiv auf sich selbst

---

<sup>5</sup> Schon 1999 hatte Fischer vor dem Europäischen Parlament erklärt, die Verabschiedung einer europäischen Verfassung mit Grundrechtecharta könne „die Legitimität und die Identität der EU (...) festigen“ (Fischer 1999). Dass er in seiner Berliner Rede betonte, die skizzierte Vision reiche „weit über das nächste Jahrzehnt“ hinaus, entsprang also nicht der Überlegung, die gesellschaftliche Integration Europas müsse vor der Verabschiedung einer Verfassung noch weiter voranschreiten. Vielmehr sollte die Betonung der Langfristigkeit seines Konzepts wohl deutlich machen, dass die Vorschläge nicht im Kontext der Debatte über den Vertrag von Nizza zu verstehen seien.

<sup>6</sup> Die Hauptfunktion dieses „Staates von Nationalstaaten“ soll es laut Habermas sein, das europäische Sozialmodell sowie die europäische „Kultur und Lebensform“ gegen Neoliberalismus und Globalisierung zu verteidigen.

anwenden. Am Anfang stünde ein Verfassungsreferendum, das eine große europaweite Debatte in Gang setzte. Der verfassungsgebende Prozess ist nämlich selbst ein einzigartiges Mittel grenzüberschreitender Kommunikation. Er hat das Potenzial zu einer Self-Fulfilling Prophecy.“ Mit einer einfachen Vertragsrevision wäre der mit der Verfassungsgebung einhergehende Vergemeinschaftungseffekt dagegen nicht zu erreichen, denn „der intergouvernementalen Vereinbarung von Maastricht fehlt jene Kraft zur symbolischen Verdichtung, die nur ein politischer Gründungsakt haben kann.“

### 3.2 Rau und Schröder: Verfassung als Wertordnung

In der von Fischer ausgelösten Debatte haben sich mit Bundespräsident Johannes Rau und Bundeskanzler Gerhard Schröder zwei weitere deutsche Spitzenpolitiker für die Verabschiedung einer europäischen Verfassung ausgesprochen, die nicht als „Schlussstein des europäischen Bauwerks“, sondern als dessen „Fundament“ zu fungieren habe (Rau 2001). Im Vergleich zu den Vorschlägen Fischers setzen Rau und Schröder jedoch andere Schwerpunkte: Eine zentrale Rolle spielt in ihren Verfassungsmodellen die Annahme, dass die Verfassung als „höchste“ Institution eines Gemeinwesens einen besonders starken und expliziten Wertebezug hat. So wies Rau in seiner Rede vor dem Europäischen Parlament in Straßburg im April 2001 darauf hin, dass die Verfassung für ein politisches Gemeinwesen nicht nur „Grammatik der Freiheit“ (Paine), sondern auch „Grammatik der Solidarität“ sei, in der „das Volk“ festlege, „an welche Werte [es] sich bindet“ (ebd.). In Schröders Konzept,<sup>7</sup> das ansonsten kaum detaillierte Vorstellungen über die geforderte Verfassung enthält, wird besonders betont, dass die Grundrechtecharta „an die Spitze der künftigen Verfassung gestellt werden“ müsse, weil dies den „Wertebezug der Europäischen Union“ deutlich mache: „Die Grundrechtecharta ist vor dem Hintergrund unterschiedlicher Verfassungstraditionen und Grundrechtsvorstellungen ein wichtiger Beitrag zur Identitätsstiftung der Bürgerinnen und Bürger in der Europäischen Union“ (SPD 2001: 47).

Mit ihrer Sichtweise der Verfassung als Wertordnung knüpfen Rau und Schröder an ein für den deutschen Konstitutionalismus nach 1945 charakteristisches Konzept an, das auch vom Bundesverfassungsgericht ausdrücklich aufgegriffen wurde (vgl. erstmals BVerfGE 7, 198). Als sein Urheber gilt Rudolf Smend, der die Verfassung beschrieb als „Integrationssystem“ mit der primären Aufgabe, „ein Volk in die Form zu bringen, in der es handelnde Einheit wird“ (Smend 1968: 323). Die integrative Kraft der Verfassung führte Smend darauf zurück, dass sie erstens Positionen für politische „Führer“ schafft, mit denen sich die Bevölkerung identifiziert (persönliche Integration), zweitens Individuen und Gruppen in konstitutionelle Verfahren einbindet (funktionelle Integration) und drittens allgemein akzeptierte Werte festschreibt (sachliche Integration) (ebd.: 142-170). Zu diesen integrierenden Werten zählte Smend auch die Grundrechte, deren „legitimierenden Sinn“ nach seiner

---

<sup>7</sup> Als Schröders Konzept wird hier der vom Bundeskanzler persönlich vorgestellte – und ihm in der nachfolgenden Debatte auch zugerechnete – Leitantrag „Verantwortung für Europa“ behandelt, der auf dem SPD-Parteitag im November 2001 in Nürnberg beschlossen wurde.

Ansicht „ein liberales Mißverständnis zugunsten ihrer sekundären, staatsbeschränkenden Funktion völlig übersehen hat“ (ebd.: 216).

Anders als Fischers Gründungsmodell setzt ein an Smend anknüpfendes Konzept der Verfassung als Wertordnung weniger auf die vergemeinschaftende Wirkung des Aktes bzw. Prozesses der Verfassungsgebung als auf die Integrationsleistungen, die eine Verfassung in ihrer alltäglichen Operation erbringt. So argumentierte Johannes Rau in Straßburg, die Erhöhung der (demokratischen) Legitimität der europäischen Organe und Entscheidungsverfahren durch eine Verfassung könne „der europäischen Idee neue, entscheidende Impulse geben: Die Bürgerinnen und Bürger werden sich stärker für das interessieren, was in Brüssel, in Straßburg und in Luxemburg passiert, und sie werden sich auch dann stärker damit identifizieren, wenn sie mit einzelnen Entscheidungen nicht einverstanden sind.“ Trotz ihrer unterschiedlichen Schwerpunktsetzungen konvergieren die deutschen Konstitutionalisierungsvorschläge also in der Erwartung, dass eine europäische Verfassung aufgrund ihrer Symbol- und Integrationsfunktion einen Wandel von Weltbildern in der Bevölkerung der EU bewirken würde, der die Ausbildung einer europäischen Identität zur Folge hätte.

#### **4. Verfassung und Identität in Europa: Zur Konstruierbarkeit gesellschaftlicher Lernprozesse durch Verfassungspolitik**

Angesichts der Komplexität des Gegenstands wäre es anmaßend, in diesem Beitrag ein abschließendes Urteil über die Erfolgchancen einer solchen „Identitätsbildung durch Verfassungsgebung“ abzugeben. Ich werde mich deshalb im Folgenden darauf beschränken, Voraussetzungen zu identifizieren, die gegeben sein müssten, damit Verfassungspolitik in Europa tatsächlich die gewünschten gesellschaftlichen Lernprozesse bewirken könnte. In meiner Argumentation orientiere ich mich an den beiden oben genannten Erfolgsbedingungen von Verfassungspolitik: Die Verabschiedung einer europäischen Verfassung müsste (a) durchgesetzt werden können und (b) tatsächlich die erwarteten Effekte auf die Weltbilder der Bürgerinnen und Bürger haben.

##### **4.1 Durchsetzbarkeit einer europäischen Verfassung im Kontext divergierender europäischer Verfassungsverständnisse**

Die erste Bedingung mag dabei – zumindest auf dem Abstraktionsgrad, auf dem ich die Frage hier diskutiere – relativ unproblematisch erscheinen. Schließlich klammere ich die institutionelle Ausgestaltung der Verfassung und damit eine Vielzahl von komplizierten (Macht-)Fragen, die zwischen großen und kleinen oder zwischen föderalistischen und zentralistischen EU-Mitgliedstaaten höchst umstritten sind, bewusst aus. Doch auch abgesehen von genauen Verfassungsinhalten kann schon das abstrakte Verfassungsverständnis, das dem Konzept der Verfassungsgebung als „Fundamentierung“ des europäischen Integrationsprozesses zugrunde liegt, in Staaten mit weniger „verfassungszentrierten politischen Kulturen“ (Gebhardt 1995; 1999) als der Bundesrepublik

Deutschland Befremden auslösen – und folglich auf Widerstand stoßen.<sup>8</sup> Dies möchte ich an den Beispielen Großbritanniens und Frankreichs illustrieren.

Die konstitutionelle Ordnung Großbritanniens beruht bekanntlich nicht auf einer geschriebenen Verfassung, sondern auf einer Vielzahl von Gesetzen und Regeln des „Common Law“, die jeweils durch ein einfaches, parlamentarisch beschlossenes Gesetz verändert werden können. Beschränkt wird die Parlamentssouveränität allein durch die Rechtsbindung der öffentlichen Gewalt („rule of law“), die politische Entscheidungsprozesse auf die Einhaltung rechtsstaatlicher Verfahren, nicht jedoch auf die Erfüllung materialer Verfassungsideale verpflichtet (Preuß 1994: 12-15). Der „Wesenskern der britischen Verfassung“, schreibt Herbert Döring (1999: 94), liegt im „ungehinderten, nur durch faire Verfahrensregeln begrenzten Wettstreit (...) zwischen Regierung und Opposition“. Auf Grundlage dieses Verfassungsverständnisses kann eine Verfassung weder Gründungsmanifest noch Wertordnung eines Gemeinwesens sein, und gibt es keinen Grund, die bestehenden europäischen Verträge durch eine Verfassung zu ersetzen. Dies erklärt die Nüchternheit, mit der Premierminister Tony Blair im Oktober 2000 in Warschau ausführte: „I suspect that, given the sheer diversity and complexity of the EU, its constitution, like the British constitution, will continue to be found in a number of different treaties, laws and precedents. It is perhaps easier for the British than for others to recognise that a constitutional debate must not necessarily end with a single, legally binding document called a Constitution for an entity as dynamic as the EU“ (Blair 2000; vgl. Wallace 2000).

Im französischen Konstitutionalismus dagegen ist zwar die Existenz geschriebener Verfassungen eine Selbstverständlichkeit, doch ist die Ansicht verbreitet, dass die Verfassungsgebung das Bestehen der Nation als politischer Einheit voraussetzt. Funktion der Verfassung ist es in dieser Perspektive allein, einer existierenden politischen Einheit ein Regierungssystem zu geben (Preuß 1994: 20-25). Dies impliziert, wie Adolf Kimmel (1999: 137) deutlich macht, dass die Verfassung „auf ihre Eigenschaft als Spielregel beschränkt“ wird: „Ein derart instrumentelles Verfassungsverständnis ist nicht geeignet, der Verfassung einen über der politischen Auseinandersetzung stehenden (...) Symbolgehalt zu verleihen.“ Auch im französischen Konstitutionalismus – zumindest in seiner dominanten Version – kann die Verfassung somit weder Gründungsmanifest noch Wertordnung eines Gemeinwesens sein. Daher behandeln französische Spitzenpolitiker die Konstitutionalisierung der EU in ihren Beiträgen zur Verfassungsdebatte eher als Endziel denn als „Fundament“ der europäischen Integration. So betonte Staatspräsident Jacques Chirac im Juni 2000 vor dem deutschen Bundestag, dass sich „das Tempo des europäischen Aufbauwerks nicht verordnen“ lasse, sondern davon abhängen, „inwiefern sich unsere Völker mit Europa identifizieren“ (Chirac 2000), und Premierminister Lionel Jospin wies in seiner Pariser Rede im Mai 2001 darauf hin, dass eine europäische Verfassungsgebung nur als „Abschluss tiefgreifender Reformen“ einen Sinn hätte (Jospin 2001).

---

<sup>8</sup> Da die Institution der Verfassung bislang nur in Nationalstaaten existiert, haben sich auch Verfassungsverständnisse im wesentlichen in diesem Rahmen entwickelt. Die folgende Darstellung will aber nicht die völlige Homogenität nationaler Verfassungsverständnisse unterstellen, sondern ist als schematisierende Skizze zu verstehen.

Diese Beispiele zeigen, dass die Vorschläge deutscher Politiker für eine europäische Verfassung nicht oder nur sehr bedingt an die gesellschaftliche Wissens-, Symbol- und Wertestruktur in anderen EU-Ländern anschlussfähig sind. Völlig unabhängig von ihrer institutionellen Ausgestaltung setzt die Verabschiedung einer Verfassung folglich – zumindest dann, wenn sie für alle EU-Staaten gelten soll – die Überwindung nationaler Pfadabhängigkeiten voraus. Außerhalb von Krisensituationen gilt eine solche nicht-pfadabhängige Entwicklung im Allgemeinen als unwahrscheinlich (Krasner 1984). Ob sie im Falle der Konstitutionalisierung der EU dennoch eintreten kann, ist nicht zuletzt abhängig von *Verfassungsinhalten* (Werden die erwarteten gesellschaftspolitischen Auswirkungen der Verfassung für derart positiv – bzw. derart irrelevant – gehalten, dass die Verfassungsgebung trotz entgegenstehender Weltbilder akzeptiert wird?) und vom *Verfahren der Verfassungsgebung* (Wird die Verfassung in einem europaweiten Referendum zur Abstimmung gestellt oder reicht die Zustimmung nationaler Eliten, in denen es nach allgemeiner Einschätzung bereits eher zur Ausbildung gemeinsamer Weltbilder gekommen ist?). Festzuhalten ist in jedem Fall, dass die Unterschiedlichkeit der europäischen Verfassungsverständnisse die Konstitutionalisierung der EU auf dem von Fischer, Rau und Schröder vorgeschlagenen Weg wesentlich erschwert.

## 4.2 Einflüsse einer europäischen Verfassung auf Identitätsbildungsprozesse

Ein Erfolg der Strategie der „Identitätsbildung durch Verfassungsgebung“ setzt aber nicht nur die Durchsetzung einer europäischen Verfassung voraus, sondern auch, dass diese tatsächlich Lernprozesse in der europäischen Bevölkerung in Gang setzt, die zur Ausbildung einer europäischen Identität führen. Auch in der Diskussion dieser Voraussetzung möchte ich inhaltliche Aspekte – insbesondere die Frage, welches Wissen, welche Symbole und welche Werte eine solche Identität ausmachen könnten – ausklammern und mich auf eine formale Argumentation beschränken. Grundannahme ist dabei, dass eine europäische Identität die bestehenden nationalstaatlichen Identitäten nicht ablösen muss, sondern auch neben diese treten kann. Schon in den europäischen Nationalstaaten existieren schließlich eine Vielzahl von Identitäten nebeneinander. Die fortwährende Bedeutung nationaler Identitäten spricht somit nicht gegen die Möglichkeit europäischer Vergemeinschaftung.

Voraussetzung dafür, dass neue gesellschaftliche Weltbilder entstehen, ist jedoch die Existenz von „intersubjektiven Erfahrungszusammenhängen“ zwischen den Gesellschaftsmitgliedern: Der Mechanismus kollektiven Lernens ist, wie Klaus Eder (1985: 54) schreibt, „nicht der Monolog des Individuums, sondern (...) der Dialog zwischen Individuen“. Gemeinsam geteilte Vorstellungen bilden oder wandeln sich nur durch *Kommunikation* (Wendt 1992; Checkel 1999; Eder 1999; 2000). Für die europäische Verfassungsdebatte bedeutet dies, dass die „Bezeichnung eines EU-Grundvertrages als ‚Verfassung der Europäischen Union‘“ oder die Festschreibung von gemeinsamen europäischen Verfassungswerten eben nicht „*allein schon* dazu beitragen [können], das Bewußtsein einer gemeinsamen europäischen Identität und die Identifikation mit der Europäischen Union zu fördern“ (Dorau 2001: 108, Hervorhebung von mir). Voraussetzung für die Entstehung einer europäischen Identität sind vielmehr kommunikative Prozesse, die den Bürgerinnen und Bürgern in den EU-Ländern

die Möglichkeit eröffnen, kognitive, ästhetische und normative Annahmen über Europa zu entwickeln bzw. bestehende Annahmen auf Europa zu beziehen. Die Ausbildung einer europäischen Identität hängt also von der Entstehung einer *europäischen Öffentlichkeit* ab: Zwar muss nicht zwingend ein gemeinsamer, europaweiter Kommunikationszusammenhang entstehen, aber Europa muss in den bestehenden Kommunikationszusammenhängen zum Thema werden. Soll dies nicht nur in Elitenöffentlichkeiten, sondern in breiten Bevölkerungsschichten geschehen, setzt dies voraus, dass in nationalen (Massen-)Medien vermehrt europäische Debatten geführt werden.

Die Konstitutionalisierung der EU kann also nur dann die gewünschten gesellschaftlichen Lernprozesse anstoßen, wenn sie dazu beiträgt, die massenmediale Aufmerksamkeit für europäische Fragen zu erhöhen. Dies kann auf zwei Wegen geschehen: durch Inszenierung und/oder durch Demokratisierung. *Inszenierung* bedeutet, dass verfassungspolitische Akteure – in der EU also vor allem die nationalstaatlichen Regierungen – die Verfassung in den Mittelpunkt einer Kommunikationsstrategie stellen, die auf die Erzeugung von Aufmerksamkeit für Europa gerichtet ist. Verfassungsfragen müssten gezielt thematisiert und mit Problemen von aktuellem Interesse verknüpft, verfassungspolitische Handlungen symbolisch in Szene gesetzt werden. Möglichkeiten dafür ergeben sich insbesondere im Prozess der Verfassungsgebung; die Strategie der Inszenierung entspricht daher dem Gründungsmodell einer europäischen Verfassung eher als dem Wertordnungsmodell. Die Strategie der *Demokratisierung* dagegen baut darauf, dass Demokratie die für ihr Funktionieren notwendigen Lernprozesse selbst in Gang setzen kann. Europäische Demokratie wäre kommunikationsfördernd, denn sie würde (a) die auf EU-Ebene handelnden politischen Akteure stärker als bisher dazu zwingen, für ihre Positionen in der Öffentlichkeit zu werben, und (b) das europäische Publikum stärker als bisher dazu bewegen, sich für die europäische Politik zu interessieren (Gerhardts 2001: 17-22). Auf diese Weise könnte sie die Bürgerinnen und Bürger zur kommunikativen Auseinandersetzung mit Europa anregen. Die Strategie der Demokratisierung kann sowohl den Prozess der Verfassungsgebung als auch die durch die Verfassung konstitutionalisierten Entscheidungsverfahren betreffen; sie lässt sich daher sowohl mit dem Gründungs- als auch mit dem Wertordnungsmodell vereinbaren.

Grundsätzlich scheint es folglich durchaus möglich zu sein, durch die Konstitutionalisierung der EU vermehrte Kommunikation über europäische Fragen zu bewirken. Das bloße Faktum der Kommunikation ist jedoch nicht mehr als eine notwendige, keinesfalls eine hinreichende Bedingung für gesellschaftliche Lernprozesse, erst recht nicht für solche der gewünschten Art. Ob und wie Kommunikation auf kollektive Identitäten wirkt, hängt von zahlreichen weiteren Faktoren ab, nicht zuletzt von Kommunikationsinhalten und ihrer kognitiven Verarbeitung durch die Beteiligten. Die durch eine europäische Verfassung gleichsam „erzwungene“ Kommunikation über Europa muss daher nicht notwendigerweise die Bildung einer europäischen Identität befördern, sondern könnte auch eine Schärfung des Bewusstseins für die in den europäischen Gesellschaften bestehenden (Identitäts-) Unterschiede zur Folge haben.

Wegen der Grundsätzlichkeit der behandelten Fragen ist die Gefahr desintegrierender Kommunikation bei Debatten im Zuge der Verfassungsgebung besonders groß. Jon Elster (1998: 118) hat in seiner Untersuchung von verfassungsgebenden Versammlungen festgestellt: „Constitutional assemblies tend either to rise above interest or fall below it. Theirs are ‚the best of times, the worst of times‘. The nature of the task may inspire them to be guided by reason and ignore their interest, and the circumstances of the task may induce anger and fear that override interest.“ Für Verfassungsdebatten, die – etwa im Vorfeld eines Verfassungsreferendums – die gesamte Bevölkerung umfassen, gilt Entsprechendes. Wie sehr sie in ungünstigen Fällen eine heterogene Gesellschaft weiter spalten können, machen beispielsweise die wiederholten Versuche einer Verfassungsreform in Kanada in den vergangenen 20 Jahren deutlich. Roger Gibbins (1995: 333) hat dort nach Jahren quälender Verfassungsdebatten den resignierten Schluss gezogen: „The best constitutional strategy may be no strategy at all.“

Die potenziell desintegrierende Wirkung von Kommunikation bedeutet nicht nur für das Gründungsmodell einen großen Unsicherheits- und Risikofaktor. Auch Kommunikationsprozesse im Rahmen alltäglicher, verfasster Politik, die im Wertordnungsmodell die gewünschten Lernprozesse bewirken sollen, müssen nicht notwendigerweise vergemeinschaftend sein. Hinzu kommt, dass gesellschaftliche Lernprozesse – selbst wenn sie nur oder überwiegend integrierend wirken – in jedem Fall Zeit in Anspruch nehmen. Die Ausbildung einer europäischen Identität kann sich also nicht *plötzlich* vollziehen. Wenn das Bestehen einer solchen Identität Voraussetzung für das Funktionieren europäischer Demokratie ist, muss auch das Wertordnungsmodell einer europäischen Verfassung auf eine ausgiebige Verfassungsdebatte *vor* der Konstitutionalisierung bauen, die dazu führt, dass sich zumindest einige der erforderlichen Lernprozesse schon ereignet haben, wenn die Verfassung in Kraft tritt.

## 5. Fazit

Das in den Konstitutionalisierungsvorschlägen von Joschka Fischer, Johannes Rau und Gerhard Schröder zum Ausdruck kommende Konzept einer „Identitätsbildung durch Verfassungsgebung“ erweist sich somit als eine nicht nur normativ fragwürdige, sondern auch sehr voraussetzungsvolle und mit beträchtlichen Risiken verbundene verfassungspolitische Strategie. Die Erwartung, die Verabschiedung eines europäischen Verfassungsdokuments könne ein Mittel sein, um gleichsam „von oben“ gezielt auf die Weltbilder der Europäerinnen und Europäer Einfluss zu nehmen und so die soziale Integration der europäischen Gesellschaften voranzutreiben, erscheint vor diesem Hintergrund nahezu illusorisch. Zwar kann Verfassungspolitik gesellschaftliche Lernprozesse beeinflussen, aber dieser Einfluss ist derart vielschichtig vermittelt und schwer zu überschauen, dass eine gezielte *Konstruktion von Lernprozessen* – zumindest in einer Gesellschaft von der Komplexität der EU – nur schwer möglich erscheint.

Die Heterogenität der europäischen Gesellschaften kann, so lässt sich folgern, aller Voraussicht nach nicht einfach „wegkonstitutionalisiert“ werden. Akzeptiert man die These, dass diese Heterogenität

derzeit zu groß ist, um europaweite Mehrheitsentscheidungen und Solidarleistungen möglich zu machen, bleiben für eine mit dem Ziel der Demokratisierung betriebene europäische Verfassungspolitik unter diesen Umständen nur drei Alternativen: Erstens eine Beibehaltung des Status Quo, bis eine europäische Identität in der Bevölkerung durch „bottom-up-Lernprozesse“ (oder nicht-konstitutionelle Formen der Identitätspolitik) entstanden ist und zur Ausbildung einer europäischen Demokratie- und Verfassungsbewegung führt (Greven 1998; 2001). Eine solche, auf ein bloßes „Abwarten“ hinauslaufende Strategie ist jedoch angesichts des bestehenden Demokratiedefizits der EU wenig attraktiv. Zweitens die Umsetzung eines Verfassungs- und Demokratiekonzepts, das trotz der heterogenen Gesellschaftsstruktur der EU, also auch ohne ein europäisches Gemeinschaftsgefühl, funktionieren würde – etwa das von Heidrun Abromeit (1999) vorgeschlagene System direktdemokratischer Vetorechte. Ein solches Konzept müsste aber notwendigerweise eine Vielzahl von Blockademöglichkeiten enthalten und wäre daher unter Output-Gesichtspunkten nur schwer zu legitimieren. Viel spricht daher drittens für die Entwicklung einer Strategie der graduellen Institutionenreform, die die Konstitutionalisierung nicht als einmalige Verabschiedung eines Verfassungsdokumentes, sondern als Prozess des „institutional gardening“ begreift.<sup>9</sup> Europäische Verfassungspolitik wäre nach dieser Strategie kein Versuch der Konstruktion von Lernprozessen, sondern müsste sich auf inkrementelle Schritte beschränken, an bestehende europäische bzw. nationale Weltbilder und institutionelle Entwicklungspfade anknüpfen und versuchen, diese schrittweise einander anzunähern.

Basis für dieses Konzept könnte ein Verfassungsverständnis sein, wie es James Tully (1995: 183-184) skizziert hat: „Constitutions are not fixed and unchangeable agreements reached at some foundational moment, but chains of continual intercultural negotiations and agreements in accord with, and violation of the conventions of mutual recognition, continuity and consent.“ Eine solche Prozeduralisierung des Verfassungsbegriffs entspricht der bisherigen institutionellen Entwicklung der EU offenkundig eher als den vorherrschenden nationalstaatlichen Verfassungsmodellen (Shaw 1999). Wenn ein prozeduralisiertes Verfassungskonzept jedoch mehr als eine theoretische Rechtfertigung des europäischen Status Quo liefern soll, muss es – nicht zuletzt hinsichtlich der Rolle von Kommunikation – präzisiert werden. Dabei müssen insbesondere die Fragen im Zentrum stehen, wie die demokratische Legitimität des fortwährenden Konstitutionalisierungsprozesses erhöht werden kann und welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit eine prozeduralisierte Verfassung sozialintegrativ und demokratiefördernd wirkt.

---

<sup>9</sup> Vgl. dazu die sechs Regeln für „institutional gardeners“, die Johan P. Olsen (2000) aufgestellt hat: „(1) stabilize attention, (2) develop a shared vocabulary, (3) develop shared interpretations of experience, (4) develop shared criteria of assessment, (5) clarify aspirations, (6) improve institutional adaptability“.

## Literaturverzeichnis

- Abromeit, Heidrun 1999: Volkssouveränität in komplexen Gesellschaften. In: Brunkhorst, Hauke / Niesen, Peter (Hg.): Das Recht der Republik. Frankfurt/M.: Suhrkamp, S. 17-36.
- Ackerman, Bruce 1991: We the People. Volume 1: Foundations. Cambridge: Belknap.
- Arendt, Hannah 1965: Über die Revolution. München: Piper.
- Berger, Peter L. / Luckmann, Thomas 1972: Die gesellschaftliche Konstruktion der Wirklichkeit. 3. Auflage. Frankfurt/M.: Fischer.
- Blair, Tony 2000: Speech to the Polish Stock Exchange, Warsaw (6.10.2000). <http://www.number-10.gov.uk/news.asp?NewsId=1341&SectionId=32>.
- Bourdieu, Pierre 1982: Die Feinen Unterschiede. Kritik der gesellschaftlichen Urteilskraft. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Bourdieu, Pierre 1987: Sozialer Sinn. Kritik der theoretischen Vernunft. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Brennan, Jeffrey / Buchanan, James M. 1993: Die Begründung von Regeln. Konstitutionelle Politische Ökonomie. Tübingen: Mohr.
- Checkel, Jeffrey 1998: The Constructivist Turn in International Relations Theory. In: World Politics 50 (2), S. 324-348.
- Checkel, Jeffrey 1999: Social Construction and Integration. In: Journal of European Public Policy 6 (4), S. 545-560.
- Chirac, Jacques 2000: Unser Europa. Rede vor dem deutschen Bundestag, Berlin (27.6.2000). [http://www.bundesregierung.de/top/dokumente/Rede/ix\\_12732.htm](http://www.bundesregierung.de/top/dokumente/Rede/ix_12732.htm).
- DiMaggio, Paul J. / Powell, Walter W. 1991: Introduction. In: Powell, Walter W. / DiMaggio, Paul J. (eds.): The New Institutionalism in Organizational Analysis. Chicago: University of Chicago Press, S. 1-40.
- Dodd, Lawrence C. 1995: Political Learning and Political Change: Understanding Development Across Time. In: Dodd, Lawrence C. / Jillson, Calvin (eds.): The Dynamics of American Politics. Approaches and Interpretations. Boulder: Westview, S. 331-364.
- Döring, Herbert 1999: Verfassung und politische Kultur: Großbritannien. In: Gebhardt, Jürgen (Hg.): Verfassung und politische Kultur. Baden-Baden: Nomos, S. 85-108.
- Dorau, Christoph 2001: Die Verfassungsfrage der Europäischen Union. Möglichkeiten und Grenzen der europäischen Verfassungsentwicklung nach Nizza. Baden-Baden: Nomos.
- Eder, Klaus 1985: Geschichte als Lernprozeß? Zur Pathogenese politischer Modernität in Deutschland. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Eder, Klaus 1999: Integration durch Kultur? Das Paradox der Suche nach einer europäischen Identität. In: Viehoff, Reinhold / Segers, Rien T. (Hg.): Kultur, Identität, Europa. Frankfurt/M.: Suhrkamp, S. 147-179.
- Eder, Klaus 2000: Kulturelle Identität zwischen Tradition und Utopie. Soziale Bewegungen als Ort gesellschaftlicher Lernprozesse. Frankfurt/M.: Campus.

- Elster, Jon 1988: Introduction. In: Elster, Jon / Slagstad, Rune (eds.): *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, S. 1-18.
- Elster, Jon 1998: *Deliberation and Constitution Making*. In: Elster, Jon (ed.): *Deliberative Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press, S. 97-122.
- Finnemore, Martha / Sikkink, Kathryn 1998: *International Norm Dynamics and Political Change*. In: *International Organization* 52 (4), S. 887-917.
- Fischer, Joschka 1999: *Die außenpolitische Handlungsfähigkeit der Europäischen Union stärken*. Rede des Vorsitzenden des Rates der Europäischen Union vor dem Europäischen Parlament, Straßburg (12.1.1999). <http://www.gruene.de/aktuell/europa/fischer.htm>.
- Fischer, Joschka 2000: *Vom Staatenbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration*. Rede in der Humboldt-Universität, Berlin (12.5.2000). In: Joerges, Christian / Mény, Yves / Weiler, Joseph H.H. (eds.): *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*. Cambridge: Harvard Law School, S. 5-17.
- Fischer, Joschka / Chevènement, Jean-Pierre 2000: „Die Deutschen verteufeln die Nation“ – „Die Deutschen sind mit sich im Reinen“. Streitgespräch. In: *Die Zeit* 55 (26), S. 13-18.
- Gebhardt, Jürgen 1995: *Die Idee der Verfassung: Instrument und Symbol*. In: Kimmel, Adolf (Hg.): *Verfassungen als Fundament und Instrument der Politik*. Baden-Baden: Nomos, S. 9-23.
- Gebhardt, Jürgen 1999: *Verfassung und politische Kultur in Deutschland*. In: Gebhardt, Jürgen (Hg.): *Verfassung und politische Kultur*. Baden-Baden: Nomos, S. 15-32.
- Gerhardts, Jürgen 2001: *Das Öffentlichkeitsdefizit der EU im Horizont normativer Öffentlichkeitstheorien*. Vortrag auf der Tagung „Bürgerschaft, Öffentlichkeit und Demokratie in Europa“, Wissenschaftszentrum Berlin (6./7.7.2001).
- Gibbins, Roger 1995: *Constitutional Turmoil and Frustration: From Trudeau to Mulroney*. In: Whittington, Michael S. / Williams, Glen (Hg.): *Canadian Politics in the 1990s*. Scarborough: Nelson, S. 323-334.
- Göhler, Gerhard 1994: *Politische Institutionen und ihr Kontext. Begriffliche und konzeptionelle Überlegungen zur Theorie politischer Institutionen*. In: Göhler, Gerhard (Hg.): *Die Eigenart der Institutionen. Zum Profil politischer Institutionentheorie*. Baden-Baden: Nomos, S. 19-46.
- Göhler, Gerhard 1997: *Der Zusammenhang von Institution, Macht und Repräsentation*. In: Göhler, Gerhard (Hg.): *Institution – Macht – Repräsentation. Wofür politische Institutionen stehen und wie sie wirken*. Baden-Baden: Nomos, S. 11-62.
- Greven, Michael Th. 1998: *Mitgliedschaft, Grenzen und politischer Raum: Problemdimensionen der Demokratisierung der Europäischen Union*. In: Kohler-Koch, Beate (Hg.): *Regieren in entgrenzten Räumen*. Opladen: Westdeutscher Verlag, S. 249-270.
- Greven, Michael Th. 2001: *Replik auf Jürgen Habermas' „Warum braucht Europa eine Verfassung“*. Redemanuskript, Hamburg (26.6.2001).
- Grimm, Dieter 1994: *Die Zukunft der Verfassung*. 2. Auflage. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen 1981: *Theorie kommunikativen Handelns*. 2 Bände. Frankfurt/M.: Suhrkamp.
- Habermas, Jürgen 2001: *Warum braucht Europa eine Verfassung?* In: *Die Zeit* 56 (27), S. 7.
- Hurrelmann, Achim 2000: *Verfassung und ökologische Krise. Verfassungstheoretische Lösungsansätze für Umweltprobleme*. Hamburg: LIT.

- Jachtenfuchs, Markus 1993: Ideen und Interessen: Weltbilder als Kategorien der politischen Analyse. Mannheimer Zentrum für europäische Sozialforschung, Arbeitspapier AB III, Nr. 2.
- Jachtenfuchs, Markus 1996: International Policy-Making as a Learning-Process? The European Union and the Greenhouse Effect. Aldershot: Avebury.
- Jachtenfuchs, Markus 1999: Ideen und Integration. Verfassungsideen in Deutschland, Frankreich und Großbritannien und die Entwicklung der EU. Habilitationsschrift, Mannheim.
- Jospin, Lionel 2001: Rede zur „Zukunft des erweiterten Europas“, Paris (28.5.2001). <http://www.france.diplomatie.fr/avenir/jospin280501.de.html>.
- Kielmansegg, Peter Graf 1996: Integration und Demokratie. In: Jachtenfuchs, Markus / Kohler-Koch, Beate (Hg.): Europäische Integration. Opladen: Leske+Budrich, S. 47-71.
- Kimmel, Adolf 1999: Nation, Republik, Verfassung in der französischen politischen Kultur. In: Gebhardt, Jürgen (Hg.): Verfassung und politische Kultur. Baden-Baden: Nomos, S. 129-138.
- Kohler-Koch, Beate 2000: Framing: The Bottleneck of Constructing Legitimate Institutions. In: Journal of European Public Policy 7 (4), S. 513-531.
- Kohler-Koch, Beate / Edler, Jakob 1998: Ideendiskurs und Vergemeinschaftung: Erschließung transnationaler Räume durch europäisches Regieren. In: Kohler-Koch, Beate (Hg.): Regieren in entgrenzten Räumen. Opladen: Westdeutscher Verlag, S. 169-206.
- Krasner, Stephen 1984: Approaches to the State. Alternative Conceptions and Historical Dynamics. In: Comparative Politics 16 (2), S. 223-246.
- Lepsius, M. Rainer 1995: Institutionenanalyse und Institutionenpolitik. In: Nedelmann, Birgitta (Hg.): Politische Institutionen im Wandel. KZfSS-Sonderheft 35, S. 392-403.
- March, James G. / Olsen, Johan P. 1989: Rediscovering Institutions. The Organizational Basis of Politics. New York: Oxford University Press.
- Marcussen, Martin u.a. 1999: Constructing Europe? The Evolution of French, British, and German Nation State Identities. In: Journal of European Public Policy 6 (4), S. 614-633.
- Mayntz, Renate / Scharpf, Fritz W. 1995: Der Ansatz des akteurzentrierten Institutionalismus. In: Mayntz, Renate / Scharpf, Fritz W. (Hg.): Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung. Frankfurt/M.: Campus, S. 39-72.
- Moe, Terry M. 1990: Political Institutions: The Neglected Side of the Story. In: Journal of Law, Economics, and Organization 6 (Special Issue), S. 213-253.
- North, Douglass C. 1991: Institutions. In: Journal of Economic Perspectives 5 (1), S. 97-112.
- North, Douglass C. 1992: Institutionen, Institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung. Tübingen: Mohr.
- Nullmeier, Frank 1997: Interpretative Ansätze in der Politikwissenschaft. In: Benz, Arthur / Seibel, Wolfgang (Hg.): Theorieentwicklung in der Politikwissenschaft – eine Zwischenbilanz. Baden-Baden: Nomos, S. 101-144.
- Olsen, Johan P. 1997: Institutional Design in Democratic Contexts. In: Journal of Political Philosophy 5 (3), S. 203-229.
- Olsen, Johan P. 2000: How, then, does one get there? An Institutional Response to Herr Fischer's Vision of a European Federation. In: Joerges, Christian / Mény, Yves / Weiler, Joseph H.H. (eds.): What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer. Cambridge: Harvard Law School, S. 163-179.

- Ostrom, Elinor 1999: Die Verfassung der Allmende. Jenseits von Staat und Markt. Tübingen: Mohr.
- Pernice, Ingolf 1999: Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited? In: *Common Market Law Review* 36 (4), S. 703-750.
- Preuß, Ulrich K. 1991: The Politics of Constitution Making: Transforming Politics into Constitutions. In: *Law & Policy* 13 (2), S. 108-123.
- Preuß, Ulrich K. 1994: Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik. In: Preuß, Ulrich K. (Hg.): *Zum Begriff der Verfassung*. Frankfurt/M.: Fischer, S. 7-33.
- Rau, Johannes 2001: Plädoyer für eine Europäische Verfassung. Rede vor dem Europäischen Parlament, Straßburg (4.4.2001), [http://www.bundespraesidialamt.de/top/dokumente/Rede/ix\\_35625.htm](http://www.bundespraesidialamt.de/top/dokumente/Rede/ix_35625.htm).
- Riker, William H. 1980: Implications from the Disequilibrium of Majority Rule for the Study of Institutions. In: *American Political Science Review* 74 (2), S. 432-446.
- Risse, Thomas u.a. 1999: To Euro or Not to Euro? The EMU and Identity Politics in the European Union. In: *European Journal of International Relations* 5 (2), S. 147-187.
- Rohe, Karl 1996: Politische Kultur: Zum Verständnis eines theoretischen Konzepts. In: Niedermayer, Oskar / von Beyme, Klaus (Hg.): *Politische Kultur in Ost- und Westdeutschland*. Opladen: Leske+ Budrich, S. 1-21.
- Shaw, Jo 1999: Postnational Constitutionalism in the European Union. In: *Journal of European Public Policy* 6 (4), S. 579-597.
- Smend, Rudolf 1968: *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*. 2. Auflage. Berlin: Duncker& Humblot.
- SPD 2001: Verantwortung für Europa (Antrag E1). In: Vorstand der SPD (Hg.): *Parteitag der SPD in Nürnberg, 19. bis 22. November 2001, Beschlüsse*. Berlin: SPD, S. 42-55.
- Thelen, Kethleen / Steinmo, Sven 1992: Historical Institutionalism in Comparative Analysis. In: Thelen, Kethleen / Steinmo, Sven / Longstreth, Frank (eds.): *Structuring Politics. Historical Institutionalism in Comparative Analysis*. Cambridge: Cambridge University Press, S. 1-32.
- Tully, Charles 1995: *Strange Multiplicity. Constitutionalism in an Age of Diversity*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Wagner, Wolfgang 1999: Ideen und Interessen in der europäischen Verfassungspolitik. Rationalistische und konstruktivistische Erklärungen mitgliedstaatlicher Präferenzen. In: *Politische Vierteljahresschrift* 40 (3), S. 415-441.
- Wallace, Helen 2000: Possible Futures for the European Union: A British Reaction. In: Joerges, Christian / Mény, Yves / Weiler, Joseph H.H. (eds.): *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*. Cambridge: Harvard Law School, S. 139-149.
- Weber, Max 1947: *Gesammelte Aufsätze zur Religionssoziologie*. Band 1. 4. Auflage. Tübingen: Mohr.
- Wendt, Alexander 1992: Anarchy is What States Make of it: The Social Construction of Power Politics. In: *International Organization* 46 (2), S. 391-425.
- Williamson, Oliver E. 1990: *Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus. Unternehmen, Märkte, Kooperation*. Tübingen: Mohr.



# Das Recht im Prozess der Konstitutionalisierung Europas

Christian Joerges

## Zusammenfassung

Der Beitrag behandelt die Rolle des Rechts im Europäischen Integrationsprozess. Er rekonstruiert drei Entwicklungsstadien: (1) Die Epoche von der Gründung der EWG bis zur Einheitlichen Europäischen Akte, in der die Sonderstellung der Europäischen Gemeinschaften und die Supranationalität des Europäischen Rechts anerkannt wurde. (2) Die Umsetzung der Programmatik des „Weißbuchs zur Vollendung des Binnenmarktes“ von 1985, die in der i.J. 1987 in Kraft getretenen „Einheitlichen Europäischen Akte“ verankert und mit dem Vertrag von Maastricht vertieft wurde. (3) Die aktuellen Bemühungen um eine Reform des Europäischen Regierens und um die Erarbeitung einer Europäischen Verfassung. Analysiert wird dabei die „konstitutionelle“ Dimension des Rechts, sein Beitrag zur Legitimation des Integrationsprozesses, der in jeder Phase auf neue Herausforderungen zu reagieren hatte.

# Inhalt

Einführung .....	55
1. „Vertikaler Konstitutionalismus“: Die Begründung des Vorrangs des Europäischen Rechts und die Theorie der Wirtschaftsverfassung .....	58
1.1 Vertikale Konstitutionalisierung: „Rechtsintegration von oben“ .....	58
1.1.1 Selbstbeschreibungen des Rechts .....	59
1.1.2 Erklärungen.....	61
1.2 Ordoliberaler Wirtschaftsverfassungstheorie: Europa als „Markt ohne Staat“ .....	62
2. Europa als Regulierungs-„Staat“? Die „Herren der Verträge“ als „Staaten ohne Märkte“? .....	63
2.1 Tatbestände .....	64
2.1.1 „Negativ-Integration“ und „regulative Konkurrenz“ .....	64
2.1.2 „Re-Regulierung“ statt „De-Regulierung“ .....	65
2.2 Konstitutionelle Alternativen.....	67
2.2.1 Europa als Regulierungs-„Staat“ .....	67
2.2.2 Rückstufung Europas zum „Staatenverbund“: Das Maastricht-Urteil des BVerfG .....	68
2.3 Zwischenbilanz.....	75
3. Konstitutionalisierung des Regierens im Europäischen Mehrebenensystem .....	76
3.1. Governance als Schlüsselbegriff der Europäischen Polity .....	77
3.2 Die Mehrebenen-Analytik.....	79
3.2.1 Kompetenz-Konflikte und „diagonale“ Konfliktkonstellationen .....	79
3.2.2 „Durchführung“ des Gemeinschaftsrechts .....	80
3.3 Aussichten.....	80
3.3.1 Die Entkoppelung von Rechtsfindung und Verfassungsgebung .....	80
3.3.2 Konstitutionalisierung von unten.....	81
Bibliographie .....	83

## Einführung

Politikwissenschaftler, die sich mit Europa befassen, sollten das Recht nicht übersehen. Dieses Plädoyer ist heute ebenso richtig wie im Jahre 1996, in dem ein Beitrag wie dieser schlichter überschrieben werden konnte (Joerges 1996b). Seither sind aber Entwicklungen zu bedenken, die auch die Rolle des Europäischen Rechts im Integrationsprozess betreffen.

Die für alle Welt augenfälligsten betreffen den EU-Vertrag. Der i.J. 1993 nach einer Art politischem und rechtlichen Hindernislauf in Kraft getretene Vertrag von Maastricht, der die Europäische Gemeinschaft<sup>1</sup> um zwei „Säulen“ ergänzt<sup>2</sup> und zur „Europäischen Union“ fortgeschrieben hatte, wurde durch den Vertrag von Amsterdam modifiziert, der sehr viel lautloser am 1.5.1999 in Kraft treten konnte; ins allgemeine (Juristen-) Bewusstsein drang er erst vor, als die in Artikel 12 angeordnete Umnummerierung aller so wohl vertrauten Vertragsbestimmungen ausgeführt werden musste. Große öffentliche Aufmerksamkeit begleitete die im Juni 1999 beschlossene Erarbeitung einer Europäischen Grundrechtscharta, die auf dem Gipfel von Nizza am 7. 12. 2000 „feierlich proklamiert“ wurde.<sup>3</sup> Dass der dort ausgehandelte und am 26. 2. 2001 unterzeichnete Vertrag,<sup>4</sup> der vor allem den Weg zur Osterweiterung der Gemeinschaft freimachen soll, von den Iren in einer Volksabstimmung nicht akzeptiert wurde, hat – jedenfalls nach gehöriger rechtlicher Prüfung – keine großen Irritationen ausgelöst.

Alle genannten Daten wurden und werden begleitet von einem unwiderstehlich erscheinenden rechtlichen Wachstum. Immer neue Materien des nationalen Rechts werden vom Europarecht abgelöst oder müssen sich auf dessen Vorgaben einstellen (sie werden „europäisiert“). Das Europarecht, das diese Änderungen einfordert, sieht sich nun aber selbst Anpassungsforderungen ausgesetzt, die vor allem aus der durch Welthandelsorganisation (WTO) verstärkten Juridifizierung des Welthandels herrühren und zu einer Reihe spektakulärer Auseinandersetzungen geführt haben, denen weitere folgen werden: Die EU ist hierbei – wie vor allem in dem berühmten Streit um das Importverbot gegen Hormon-belastetes Rindfleisch aus den USA – selbst Partei<sup>5</sup> oder sieht sich – wie im sog. Bananenmarkstreit – mit neuen Allianzen zwischen nationalem Verfassungsrecht und Welthandelsrecht konfrontiert (Bundesverfassungsgericht 2000; Schmid 1998; 2000).

---

<sup>1</sup> Genauer: Die drei Europäischen Gemeinschaften EGKS, EWG und EAG.

<sup>2</sup> Die „zweite Säule“ ist die GASP – Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik, die dritte ist die ZBJI – Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres.

<sup>3</sup> ABI. C 364 v. 18.12.2000, 1. – Daneben gilt als einfaches Bundesgesetz die Europäische Menschenrechtskonvention, die schon i.J. 1950 in Rom beraten worden ist und der inzwischen 43 Staaten beigetreten sind.

<sup>4</sup> ABI. C 80 v. 10.3.2001, 1-87 ([http://europa.eu.int/eur-lex/de/treaties/dat/nice\\_treaty\\_de.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/de/treaties/dat/nice_treaty_de.pdf)).

<sup>5</sup> Der Bericht des Dispute Settlement Body v. 16.1./13.2.1998 (WT/DS/48/AB/R) ist auf der Website der WTO zugänglich (<http://www.wto.org/>).

Niemand, auch kein noch so fleißiger Jurist, kann das alles im Detail verfolgen; aber alle, auch Politikwissenschaftler, müssen sich in der Mannigfaltigkeit Europas zu orientieren wissen. Ein „Plädoyer für die Beachtung des Rechts durch die Politikwissenschaft“<sup>6</sup> sollte dies in Rechnung stellen. In den gerade angedeuteten Entwicklungen scheint jedenfalls das Recht de facto seinen herausragenden Stellenwert zu verlieren. Europa konnte lange als eine „Rechtsgemeinschaft“ charakterisiert werden – an diese Bezeichnung der alten EWG durch Walter Hallstein, den ersten Kommissionspräsidenten (Hallstein 1969: 33ff), hatten sich nicht nur Juristen gewöhnt. Nachdem dessen markantester Nachfolger, Jacques Delors, in den 80er Jahren vor allem Ökonomen damit betraut hatte, Wege aus der damaligen Stagnation des Integrationsprozesses zu weisen oder zu propagieren (Cecchini 1988), müssen sie nun beobachten, dass Kommissionspräsident Romano Prodi ein „Weißbuch zur ‚Governance‘ für die Europäische Union“ in Auftrag gab (Kommission 2000) und unter den Experten, die von den Kommissionsbeamten ausweislich der einschlägigen Homepage<sup>7</sup> zur Beratung hinzugezogen werden, nur wenige Juristen waren.<sup>8</sup>

Dennoch behält die Hinwendung der Politikwissenschaft zum Recht, die sich in den letzten Jahren in der amerikanischen (eindringlich zuletzt Alter 2001), aber auch in der deutschen Integrationsforschung beobachten lässt (Neyer/Wolf/Zürn 1999; Zürn 2000), ihr Fundamentum in re. Die Formel von der „Integration durch Recht“<sup>9</sup> bleibt aktuell, praktisch, theoretisch, und methodologisch. Ihre Bedeutung ist eher dramatischer geworden – und lässt sich deshalb – hoffentlich – anschaulicher machen als dies in der Voraufgabe der Fall war. Im Titel dieses Beitrags ist die „Konstitutionalisierung“ an die Stelle der „Integration“ Europas getreten (vergleichbar Oeter 1999). Diese Änderung des Titels reagiert auf die Intensivierung der Debatte um die Legitimität des Europäischen Herrschaftsverbandes: Der Begriff der „Konstitutionalisierung“ verweist auf diese Debatte – und soll gleichzeitig programmatisch zum Ausdruck bringen, dass legitimes Regieren rechtlich verfasst werden müsse.<sup>10</sup> Es geht im folgenden also um das Unterfangen, „die“ Verfasstheit Europas aus zwei Richtungen in den Blick zu nehmen. Es geht einmal um Rechtsinhalte, um rechtsförmliche Positivierungen des Integrationsprojektes, die seit der Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu immer neuen Fassungen der Verträge und deren Interpretation geführt haben. Es geht aber auch darum, die Entwicklung des Rechts zum Thema zu machen, zu zeigen, dass im Laufe des Integrationsprozesses Europa immer wieder neu und anders „verfasst“ wurde. Das Recht musste und muss selbst lernen. Das Recht „ist“ nicht per se „die“ Verfassung Europas; es macht Metamorphosen durch, wenn Europa sich umgestaltet, neu

---

6 So der Untertitel des Beitrags zur Voraufgabe (Joerges 1996b).

7 [http://europa.eu.int/comm/governance/areas/index\\_en.htm](http://europa.eu.int/comm/governance/areas/index_en.htm).

8 In der Schlussphase, die dann zur Endfassung des Weißbuchs geführt hat (Kommission 2001), ist der Juristische Dienst der Kommission dann doch zu Wort gekommen – freilich mit alles andere als konstruktiven Konsequenzen (vgl. unten 3.).

9 "Integration Through Law" – war der programmatische Titel eines von Mauro Cappelletti, Monica Secombe und J.H.H. Weiler (1986ff) am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz Anfang der achtziger Jahre organisierten transatlantischen Forschungszusammenhangs.

10 Solche Aussagen sind ohne ausführliche Erläuterung an sich schwer zumutbar. Dennoch muss es hier gleichsam impliziten Positionsbestimmungen bewenden. Eine sehr instruktive aktuelle Zusammenschau der juristisch-politikwissenschaftlich-sozialphilosophischen Diskussion um die Europäische Verfassungsfrage bietet Verhoeven (2001).

verfasst wird. Und immer geht es um die gleiche Grundfrage: Wie soll Europa verfasst sein, damit wir es als legitim anerkennen können. Welche Leistungen können und müssen wir einem Recht zumuten, das eine solche Verfassung stiften soll?

Um diesen Unterscheidungen und Leitfragen etwas von ihrer Abstraktheit zu nehmen: Drei Stadien in der Entwicklung der Europäischen Integration und ihrer rechtlichen Verfassung werden im folgenden unterschieden.

- (1) Der erste Abschnitt, der die Epoche von der Gründung der EWG bis zur Einheitlichen Europäischen Akte betrifft, behandelt die Ausbildung einer supranationalen Rechtsordnung, die Vorrang vor dem nationalen Recht beansprucht und der eben deshalb eine konstitutionelle Bedeutung zukommt, die sich aber wesentlich auf eine „Verfassung der Wirtschaft“ beschränkte.
- (2) Der zweite Abschnitt befasst sich mit der Programmatik des „Weißbuchs zur Vollendung des Binnenmarktes“ von 1985 (Kommission 1985), die in der i.J. 1987 in Kraft getretenen „Einheitlichen Europäischen Akte“ verankert und mit dem Vertrag von Maastricht vertieft wurde. Dies alles hat Europa in das politische Bewusstsein und auf die Tagesordnung der Wissenschaft gebracht. Die praktisch-politische Schlüsselfrage dieser Phase lautete: Ist die Vollendung des europäischen Binnenmarktes nur um den Preis einer Demontage des Sozialstaats zu haben? Die einschlägigen empirischen, analytischen, konzeptionellen Beiträge der Politikwissenschaft korrelieren mit zwei verfassungsrechtlichen Problemstellungen: a) Welche Grenzen setzt die eigene Verfassung der Aushöhlung der Staatlichkeit durch die Integration; b) welchen rechtsstaatlich-demokratischen Standards muss die Institutionalisierung Europas genügen?
- (3) Diese Diskussion ist keineswegs abgeschlossen. Aber sie hat zu Thesen und Einsichten geführt, die in der durch das *Procedere* von Nizza symbolisierten byzantinischen Neuen Unübersichtlichkeit ihre Bestätigung zu finden scheinen: Der Vorrat an institutionellen Vorbildern für das real emergierende EU-System hat sich augenscheinlich erschöpft – „Governance“, einstmals eine bloß diplomatisch-rhetorische Vokabel, transformiert zum analytischen Leitbegriff. „Konstitutionalismus jenseits des Staates“ lautet das kongeniale rechtswissenschaftliche Stichwort.<sup>11</sup>

Bei diesen drei mit Daten versehenen Stadien handelt es sich nun aber *nicht* um Zäsuren. Die Entwicklung des Integrationsprojekts wird durch Vertragsdaten und die sich daran knüpfenden Selbstbeschreibungen nicht „wirklichkeitsgetreu“ erfasst. In jeder Phase war die Beschreibung des Projekts kontrovers. Die konzeptionell-theoretischen Grundlagen kontroverser Positionen pflegen sich

---

<sup>11</sup> Dieses Stichwort hätte noch vor wenigen Jahren als bloße Paradoxie gegolten; inzwischen verwendet es der Nachfolger Paul Kirchhofs (aufschlussreich Kirchhof 1992) im Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts (Di Fabio 2000).

durch die eine neue Vertrags-Wirklichkeit nicht so leicht in Verlegenheit bringen zu lassen. Positiver: Es war ein Kennzeichen des Integrationsprojekts, dass es die Konstitutionalisierung Europas in einem problembezogenen Entdeckungsverfahren inkrementalistisch voranbrachten, in dem politische Programme der Kommission und Vertragsanpassungen durch die „Herren der Verträge“ auf konkret erfahrene Engpässe reagierten, die durch einen neuen Integrationsschritt überwunden werden sollten. Es geht mir in meiner Rekonstruktion dieser Prozesse nicht um Geschichtsschreibung – diese müsste ja viel gründlicher ausfallen –, sondern um eine Entfaltung der These, dass es gemeinsame Erfahrungen und konkrete Einigungszwänge waren, an die das Europäische Recht anknüpfen konnte, die seine ungemein erfindungsreiche, häufig auch listenreiche Rechtsproduktion rechtfertigten. Ob dieser Weg einer „Konstitutionalisierung von unten“ weiterhin begehbar bleibt, kann man schwerlich wissen. Er war immerhin so erfolgreich, dass er bei allem Respekt vor dem neuen „Konventions-Prozess“ nicht vergessen werden sollte.

## **1. „Vertikaler Konstitutionalismus“: Die Begründung des Vorrangs des Europäischen Rechts und die Theorie der Wirtschaftsverfassung**

Die hier verwandten Unterscheidungen von Entwicklungsstadien im Integrationsprozess sind weit verbreitet, in der Politik- ebenso wie in der Rechtswissenschaft, im Ausland ebenso wie im Inland. Freilich werden je nach disziplinärer und nationaler Zugehörigkeit, die Akzente etwas unterschiedlich gesetzt. Vom Völkerrecht oder „öffentlichen“ Recht herkommende Autoren pflegen sich an den markanten institutionellen Weichenstellungen zu orientieren. Das angelsächsische Europarecht befindet sich gänzlich in dieser Schublade. Die ökonomische Integrationsforschung und die vom Privat(Wirtschafts-)recht kommenden Europajuristen haben sich stärker für die Zusammenhänge von Marktintegration und Wirtschaftspolitik interessiert. Vor allem in Deutschland war die zweite, die „privatrechtliche“ Deutung der „Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft“ einflussreich (eine Deutung, die man im Ausland wenig beachtete: vgl. aber Gerber 1994; Sauter 1997: 26ff). *Beide* Sichtweisen und Traditionen haben einen konstitutionellen Kern. Beide sind auf ihre Weise „im Recht“. Und die Gemeinsamkeiten sind so aufschlussreich wie die Differenzen.

### **1.1 Vertikale Konstitutionalisierung: „Rechtsintegration von oben“**

Nicht zufällig hat sich die öffentlich-rechtliche Europarechtsforschung so intensiv mit der Herauslösung des Europarechts aus dem allgemeinen Völkerrecht befasst. Und nicht zufällig hat sie den Europäischen Gerichtshof als Protagonisten der „Integration durch Recht“ entdeckt. Seine Beschreibung durch einen Emigranten aus der Tschechoslowakei ist berühmt geworden:

„Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type Europe“ (Stein 1981: 1).

Die Geschichte der „Konstitutionalisierung von oben“ ist für Juristen faszinierend, weil sie zu belegen scheint, dass es eine juristische Argumentationskultur gibt, die jenseits der nationalen Rechtsordnungen praktiziert wird und Anerkennung findet (dazu a). Sie ist für Rechtssoziologen und Politikwissenschaftler so faszinierend wie das Märchen des Barons von Münchhausen, dem es gelungen sein soll, sich am eigenen Schopf aus dem Sumpf zu ziehen: Kann es denn wahr sein, dass sich das Recht mit seinen eigenen Mitteln über die zwischenstaatliche Politik erhebt und seine Geltung gegenüber souveränen Staaten durchsetzt? Was waren, so muss jeder Sozialwissenschaftler fragen, die „wirklichen“ – natürlich rechtsexternen – Gründe für den Erfolg des Rechts im Integrationsprozess?

### 1.1.1 Selbstbeschreibungen des Rechts

Der schrittweise Aufbau des europäischen Rechtsgebäudes ist so oft und so eindringlich nachgezeichnet worden (vgl. z.B. Ipsen 1973: 97ff; Weiler 1991: 2413ff; v. Bogdandy 2001: 9ff), dass hier Hinweise auf die wichtigsten Bauabschnitte genügen:

Der Grundstein wurde im Jahre 1963 durch die Doktrin von der "unmittelbaren Wirkung" des EG-Rechts gelegt (EuGH 1963). Diese Doktrin besagt zunächst, dass Regeln des EWG-Vertrages, soweit sie hinlänglich präzise gefasst sind, nicht nur die Gemeinschaften und die Mitgliedstaaten verpflichten, sondern "direkt" gelten und subjektive Rechte begründen: jedermann darf sich auf die in dem Vertrag enthaltenen Freiheitsrechte berufen und die innerstaatlichen Gerichte müssen deren Schutz gewährleisten, als ob es sich um innerstaatliches Recht handelte.

Was heute so allgemein anerkannt wird, war seinerzeit alles andere als selbstverständlich. Der EWGV hatte in Art. 169 (jetzt: 226) Klagen der Kommission und der Mitgliedstaaten wegen einer Verletzung von Vertragspflichten vorgesehen. Dies entsprach völkerrechtlichen Vorbildern. Allerdings konnte man auf das Vorlageverfahren des Art. 177 (jetzt: 234) und aus den weitgehenden Rechtssetzungsbefugnissen der Gemeinschaft herleiten, dass diese mehr sein sollte als eine internationale Organisation. Aus diesen Elementen des Vertrages entnahm der EuGH seine Direktwirkungs-Doktrin.

Im Original:<sup>12</sup>

"Das Ziel des EWG-Vertrages ist die Schaffung eines gemeinsamen Marktes, dessen Funktionen die der Gemeinschaft angehörigen Einzelnen unmittelbar betrifft; damit ist zugleich gesagt, daß dieser Vertrag mehr ist als ein Abkommen, das nur wechselseitige Verpflichtungen zwischen den Vertragschließenden Staaten begründet. Diese Auffassung wird durch die Präambel des Vertrages bestätigt, die sich nicht nur an die Regierungen, sondern auch an die

---

<sup>12</sup> Genauer: In der oft nicht schönen, meist aber präzisen amtlichen Übersetzung. Die Arbeitssprache des EuGH ist Französisch. Die Sprache eines Rechtsstreits richtet sich nach der Nationalität der Parteien (der Klägerin bei Klagen gegen Kommission oder Rat, der Beklagten Parteiverfahren. Die Generalanwälte fassen ihre Anträge in ihrer eigenen Sprache ab. Die Urteile des EuGH werden in alle 9 „Amtssprachen“ (also nicht ins Katalanische und Gälische) übersetzt.

Völker richtet. Sie findet eine noch augenfälligere Bestätigung in der Schaffung von Organen, welchen Hoheitsrechte übertragen sind, deren Ausübung in gleicher Weise die Mitgliedstaaten wie die Staatsbürger berührt. Auch die dem Gerichtshof im Rahmen von Artikel 177, der die einheitliche Auslegung des Vertrages durch die nationalen Gerichte gewährleisten soll, zukommende Aufgabe ist ein Beweis dafür, dass die Staaten davon ausgegangen sind, die Bürger müssten sich vor den nationalen Gerichten auf das Gemeinschaftsrecht berufen können.

Aus alledem ist zu schließen, dass die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind. Das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht soll daher den Einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen. Solche Rechte entstehen nicht nur, wenn der Vertrag dies ausdrücklich bestimmt, sondern auch auf Grund von eindeutigen Verpflichtungen, die der Vertrag den Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten und den Organen der Gemeinschaft auferlegt" (EuGH 1963: 24f).

Der zweite Baustein war die Doktrin vom "Vorrang" des Gemeinschaftsrechts. Sie ist in der bahnbrechenden *Costa/E.N.E.L.*-Entscheidung als rechtslogisch zwingende Implikation der Lehre von der unmittelbaren Geltung eingeführt worden:

"[Die] Aufnahme der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts in das Recht der einzelnen Mitgliedstaaten und, allgemeiner, Wortlaut und Geist des Vertrages haben zur Folge, dass es den Staaten unmöglich ist, gegen eine von ihnen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit angenommene Rechtsordnung nachträglich einseitige Maßnahmen ins Feld zu führen... [Es] würde eine Gefahr für die Verwirklichung der in Artikel 5 Absatz 2 aufgeführten Ziele des Vertrages bedeuten und dem Verbot des Artikels 7 widersprechende Diskriminierungen zur Folge haben, wenn das Gemeinschaftsrecht je nach der nachträglichen innerstaatlichen Gesetzgebung von einem zum anderen Staat verschiedene Geltung haben könnte" (EuGH 1964: 1269f).

Der zitierten Passage lassen sich bereits zwei weitere Konsequenzen entnehmen. Die "unmittelbare Geltung" des Gemeinschaftsrechts, aus der man seinen Vorrang ableitet, besagt auch, dass dem Gemeinschaftsrecht eine "Sperrwirkung" gegenüber der nationalen Gesetzgebung zukommen muss. Diese Doktrin besagt: Ist ein Regelungsfeld vom europäischen Recht erfasst, so darf kein Mitgliedstaat mehr eigenmächtig handeln. Die Forderung, dem Gemeinschaftsrecht müsse in allen Mitgliedstaaten die gleiche Bedeutung zukommen, besagt im übrigen, dass die Kompetenz zur Bestimmung seiner Geltungsansprüche dem EuGH zustehen muss. Diese Konsequenz hat in einer besonders nachdrücklichen Weise die *AETR*-Entscheidung aus dem Jahre 1971 gezogen (EuGH 1971). An dieses Urteil knüpfte die Rechtsprechung zur "funktionalen", sich auf die Vertragsziele berufenden Begründung von Gemeinschaftskompetenzen und die "implied powers"-Doktrin an: Obgleich der Vertrag die EG-Zuständigkeiten „enumerativ“ regelt und dadurch begrenzt (Art. 3b; jetzt

Art. 4), so seien doch die gemeinschaftsrechtlichen Regelungsbefugnisse "zielbezogen" zu verstehen und zu handhaben. Im Rahmen des Art. 235 (jetzt: 308) bedarf es dazu einstimmiger Entscheidungen. Das gleiche galt für Maßnahmen der Rechtsangleichungspolitik nach Art. 100 (jetzt: 94).

Selbstverständlich stellen und stellen sich bei der Anwendung all jener Grundsätze schwierige Abgrenzungsfragen, die entsprechende Auslegungskontroversen nach sich ziehen. Solange aber jene Doktrinen im Grundsatz „gelten“, solange Entscheidungen des EuGH über Zweifelsfälle eingeholt und befolgt werden, haben wir es in der Tat mit einer supranationalen Rechtsordnung zu tun, die sich von den sonst das Außenverhältnis der Staaten bestimmenden Regeln signifikant unterscheidet. Eben wegen dieser Differenz darf man der vom EuGH vertretenen Strukturierung des europäischen Rechtssystems den Status einer "constitutional charter" zuschreiben (vgl. schon Stein 1981: 1ff und vor allem den gutachtenden Gerichtshof selbst: EuGH 1991).

### 1.1.2 Erklärungen

Alle seine Aussagen zur Qualität und zu den Inhalten des Gemeinschaftsrechts hat der EuGH auf „streng juristische“ Operationen gestützt. Nirgendwo finden sich Explikationen methodischer Prämissen oder verfassungstheoretische Überlegungen zu den Geltungsvoraussetzungen der "constitutional charter" Europas. Ist das die rechte Art und Weise, sich eine Verfassung zu geben?, muss man fragen – und auf diese Frage wird zurückzukommen sein.

Zunächst aber ist die Akzeptanz jener Rechtsprechung erstaunlich. Der EuGH hat sich für seine Leitentscheidungen nicht der Zustimmung der europäischen Nationen versichern können und regelmäßig nicht einmal das Placet ihrer Regierungsvertreter gefunden (vgl. Stein 1981: 25). Ebenso wenig konnte er auf die Zwangsmittel und Durchsetzungsgarantien eines supranational institutionalisierten Machtapparates setzen. Gestützt haben den EuGH die Generalanwälte am Gerichtshof und die Kommission sowie, nach einigem Widerstreben, die Gerichte der Mitgliedstaaten. Die höchstrichterlichen Doktrinen wurden in einer europaweiten juristischen Interpretationsgemeinschaft aufgenommen und als Handlungsrahmen genutzt (Höland 1993; Schepel/Wesseling 1997).

Solche rechtswissenschaftlichen Verweise auf die Praxis des Rechtssystems sind von Politikwissenschaftlern aufgegriffen worden. Dabei ist das „Rechtsgespräch“ zwischen dem EuGH und den nationalen obersten Gerichten ein wichtiges, wohl: das wichtigste Faktum. Wichtig war auch, dass die Kommission die ihr durch Art. 169 (jetzt: 226) gewährten Instrumente zur Durchsetzung des Europarechts im Innern beharrlich nutzte (Börzel 2000; Tallberg 1999), dass der sog. *acquis communautaire* (der Gesamtbestand des Europarechts) im Außenverhältnis – wie jetzt wieder bei der EU-Erweiterung zum Missvergnügen der Beitrittsländer – nie zur Disposition gestellt wurde (Wiener 1998). In einem viel beachteten interdisziplinären Aufsatz wurde gefolgert: "Law functions both as a mask and as a shield. It hides and protects the promotion of one particular set of objectives against contending objectives in the purely political sphere" (Burley[Slaughter]/Mattli 1993: 72).

Dies alles sind Gratwanderungen zwischen der Normativität und der Faktizität des Rechts, die von dessen Inhalten abstrahieren, Balance-Akte, wie sie im Völkerrecht allenthalben geübt werden. Demgegenüber ist aber zu fragen: Sind die Akteure, die dem Europarecht zur Geltung verholfen haben, nicht auch einer Vision gefolgt, einer „finalité“ des europäischen Projekts, die dessen „Vorrang“ überzeugender begründen konnte?

## 1.2 Ordolibérale Wirtschaftsverfassungstheorie: Europa als „Markt ohne Staat“

Es ist so etwas wie ein normativer Fakt: Immer wurden juristisch-technischen „dogmatischen“ Rekonstruktionen des Europäischen Rechts von meta-dogmatischen Begründungsdiskursen begleitet, gestützt oder kritisiert, von „rechtswissenschaftlichen Integrationstheorien“, die sich mit den Geltungsansprüchen dieses Rechts befassen (Joerges 1996a). Eine nach wie vor wichtige, der schlicht rechtsmethodischen Herleitung des vertikalen Konstitutionalismus weit überlegene Grundlegung des Europäischen Rechts leistete die ordolibérale Theorie einer supranationalen „Wirtschaftsverfassung“.

Zum Verständnis der Wirkungsgeschichte dieser Theorie muss man bis in die Weimarer Republik zurückschauen. Hier plädierte die Theorie der Wirtschaftsverfassung für eine dem Parteienstreit entzogenen Rahmenordnung, in der wirtschaftliche Freiheitsrechte gewährt, gleichzeitig aber durch eine Wettbewerbsordnung auch rechtlich kontrolliert werden sollten (Nörr 1999: 5-18; Wiethölter 1989: 225ff.). Der Ordoliberalismus wurde für das Selbstverständnis der jungen Bundesrepublik vor allem dank seiner Aufnahme in das Konzept einer „sozialen Marktwirtschaft“ praktisch wirksam (Abelshausen 1987; Haselbach 1991: 117ff; Nörr 1999: 58ff, 81ff). Seine führenden Exponenten – Walter Hallstein (1946; 1969), Franz Böhm (1946), Alfred Müller-Armack (1947) – engagierten sich sehr früh und sehr erfolgreich für Europa und brachten dort die Kerngedanken des Ordoliberalismus zur Geltung.

Diese Konzeption war in der Tat in einer besonderen Weise „europatauglich“. Mit ihr ließ sich das Theorem vom Vorrang des Europäischen Rechts begründen und mit einem präzisen – „wirtschaftsverfassungsrechtlichen“ – Inhalt verbinden und dadurch auch begrenzen: Die im EWGV verbürgten Freiheiten, die Öffnung der Volkswirtschaften, die Diskriminierungsverbote und Wettbewerbsregeln wurden als Entscheidung für eine Wirtschaftsverfassung verstanden, die den ordoliberalen Vorstellungen über die Rahmenbedingungen einer marktwirtschaftlichen Ordnung grundsätzlich entsprachen. Diese Deutung der wirtschaftsrechtlichen Bestimmungen der Europäischen Gemeinschaft als einer auf Recht gegründeten und auf die Sicherung wirtschaftlicher Freiheiten verpflichteten Ordnung, gewann die Gemeinschaft eine eigene, von den Institutionen des demokratischen Verfassungsstaates unabhängige Legitimität, aus der sich freilich auch Schranken für die Gestaltung dieser Gemeinschaft ergeben (prägnant Müller-Armack 1966).

Die wirtschafts- und rechtspolitische Konzeption des Ordoliberalismus wurde in den 70er Jahren ausgebaut, verfeinert, verändert (ausführlich und aufschlussreich Mussler 1998: 58ff, 91ff, 125 ff). Ihr

konstitutioneller Kerngehalt blieb davon unberührt: Die Geltung des supranationalen Wirtschaftsverfassungsrechts bedarf keiner Legitimation durch verfassungsstaatliche Institutionen und politische Prozesse – und muss eben deshalb ihre Regelungsansprüche auf die (wettbewerbliche) Ordnung der Wirtschaft beschränken. Eine Theorie solchen Zuschnitts lässt sich durch die Wirklichkeit nicht leicht in Verlegenheit bringen: Wenn die politische Praxis nicht so verfährt, wie dies der Theorie entspräche – das war im Innern der Bundesrepublik ebenso wie auf europäischer Ebene nie der Fall –, so ist diese Praxis eben im Unrecht. Wenn freilich die positiv-rechtlichen Stützen der Theorie zu Fall kommen – und dies geschah mit dem Vertrag von Maastricht – so muss die Theorie gleichsam auswandern und jenseits des Europäischen Rechts verankert werden; diese Bewegung ist in der Tat durch die konstitutionelle Deutung des Welthandelsrechts in Gang gekommen (Petersmann 1991; 1994; 2002).

## **2. Europa als Regulierungs-“Staat“? Die „Herren der Verträge“ als „Staaten ohne Märkte“?**

Der Ordoliberalismus wurde vor allem von Privat- und Wirtschaftsrechtlern gestützt. Das deutsche Verfassungs- und Europarecht hat sich gegenüber den Leitbildern, Konzeptionen, Institutionalisierungen ordoliberalen Zuschnitts weitgehend indifferent verhalten und sich den praktischen Zumutungen der Ordnungspolitik verweigert. Diese Praxis war funktionalistisch-technokratisch. Ihr hat Hans Peter Ipsen sehr früh mit seiner Qualifikation der (drei) Europäischen Gemeinschaften als „Zweckverbände funktioneller Integration“ (Ipsen 1964; 1972) eine rechtliche Form gegeben, die den Ordoliberalismus überdauern und in der großen Wachstumsphase des Integrationspolitik seit der Mitte der 80er eine Art Renaissance erleben sollte.<sup>13</sup>

Der Topos „Zweckverband“ öffnete das Gemeinschaftsrecht über die Ordnungspolitik hinausgehenden Zielsetzungen und Praktiken – ohne es deshalb demokratischen Anforderungen aussetzen zu wollen. Als Zweckverband sollte Europa sich mit Fragen "technischer Realisation" befassen, d.h. mit Verwaltungsaufgaben, die einer supranationalen Bürokratie übertragen werden können – und müssen (Ipsen 1972: 176ff). Mit seiner staats- und verfassungstheoretisch auf Forsthoff (1971), integrationstheoretisch auf den amerikanischen Neo-Funktionalismus verweisenden Theorie hat Ipsen sowohl weiterreichende föderale Integrationsvorstellungen als auch die frühen Deutungen der Gemeinschaft als internationale Organisation zurückgewiesen. Das Gemeinschaftsrecht stellte sich ihm als ein tertium zwischen dem (bundes-)staatlichen Recht und dem Völkerrecht dar, das sich durch seine „Sachaufgaben“ konstituiert und hinlänglich legitimiert (Kaufmann 1997: 312ff; Bach 1999: 38ff).

Eben diese technokratische Deutung der Gemeinschaft hat der Politikwissenschaftler Giandomenico Majone erneuert, als er die Europäische Gemeinschaft als „fourth branch of government“ (Majone 1994) und als Regulierungsstaat („regulatory state“; Majone 1996: 265ff) konzeptualisierte. Die

---

<sup>13</sup> Und nunmehr wiederum im Governance Weißbuch der Kommission (2001) – auch deshalb verdient Ipsens Denkansatz auch heute noch etwas anderes als ein „müdes Lächeln“ (Oeter 1999: 904).

praktische Stärken und theoretischen Schwächen dieser Position erschließen sich, wenn man sich ihren Gegenstand und ihre Gegenspieler im Integrationsprozess vergegenwärtigt.

## 2.1 Tatbestände

Das beschauliche Bild, das Eric Stein anno 1981 von dem Wirken des Europäischen Rechts gezeichnet hatte,<sup>14</sup> war zu seiner Zeit durchaus wirklichkeitsnah. Gewiss, das Europarecht kam stetig voran; aber politisch durchlebte die Gemeinschaft eine Krise nach der anderen und die Wirtschaftsintegration glich eher einer Echternacher Springprozeession.<sup>15</sup> Die institutionellen Gründe dieser Stagnation waren bekannt: „Rechtlich“ durfte die Gemeinschaft dank der „funktionalen“ Deutung ihrer Kompetenzen im Namen der Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes durch den Erlass von Richtlinien nach Art. 100 (jetzt: 94) oder aber auf der Grundlage von Art. 235 (jetzt: 308) vieles. Praktisch aber sorgte das Einstimmigkeitserfordernis des Art. 100 dafür, dass jeder Mitgliedstaat die eigenen Regelungsvorstellungen und wirtschaftlichen Interessen mit seinem Veto verteidigen konnte. Das Europäische Wettbewerbsrecht (Art. 85ff; jetzt 81ff) war – auch soweit es „unmittelbar“ galt und trotz der administrativen Befugnisse der Kommission – ein Torso geblieben und gegenüber nationalen, nicht-wettbewerblichen Regelungsmustern ohnmächtig.

### 2.1.1 “Negativ-Integration” und “regulative Konkurrenz”

In den 80er Jahren aber gelang mit der mittlerweile legendären Politik zur „Vollendung des Binnenmarktes“ (Kommission 1985) ein Aufbruch zu neuen Ufern (zum folgenden Moravcsik 1998: 314ff; Joerges 1991; 1994a; 1994b). Die Gründe für die breite Unterstützung, die diese Initiative fand, sind zwischen den beteiligten Fakultäten – Juristen, Ökonomen, Politologen – streitig. Ökonomen können auf die programmatische Orientierung an Rationalitätsmustern ihrer Disziplin verweisen: Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit durch Deregulierung („negative Integration“), ergänzt durch die Mechanismen einer „regulativen Konkurrenz“, die ebenfalls sozialstaatliche Politiken im Zaum halten würde – diese Rhetorik fand viel offiziösen Beifall (z.B. Wissenschaftlicher Beirat 1986).<sup>16</sup> Oder war es die List der Politik – in der Gestalt des Kommissionspräsidenten Jacques Delors –, die durch das Design der neuen Programmatik europäisch orientierte Wirtschaftsinteressen zusammengebracht und so eine letztlich neo-funktionalistische Logik genutzt hat (Sandholtz/Zysman 1989: 96ff).

Die „Erste Fakultät“ beharrte unbeirrt auf dem Primat des Rechts: Tatsächlich stellte sich die neue Politik in offiziösen Verlautbarungen gern als bloße Umsetzung eben jener Rechtsprinzipien dar, die der EuGH im primären Gemeinschaftsrecht aufgefunden hatte. Und wie so oft in „klassischen“ Fällen,

---

<sup>14</sup> Vgl. oben 1.1.

<sup>15</sup> Diese vermeintliche Paradoxie – die Perfektionierung des supranationalen Rechts einerseits, das Beharren auf einem politischen Intergouvernementalismus mit Vetomöglichkeiten – hat J.H.H. Weiler in seiner Theorie der rechtlich-politischen Doppelstruktur der Gemeinschaft als eine Gleichgewichtslage von Recht und Politik aufgelöst (Weiler 1981; 1991: 2423).

<sup>16</sup> Das Theorem der regulativen Konkurrenz ist sehr viel interessanter als dies hier angedeutet werden kann (Tjong 2001).

war das in einer trivialen Konstellation geschehen: Es sei unvereinbar mit dem Prinzip des freien Warenverkehrs (Art. 30; jetzt: 28), so hatte der Gerichtshof in der Rechtssache *Cassis de Dijon* erkannt, dass die Bundesrepublik Deutschland die Vermarktung eines französischen Likörs verbot, weil deutsches Recht bei Likören einen höheren Alkoholgehalt vorsah als ihn das schwache französische Getränk aufwies (EuGH 1979). Die Argumentation des Gerichts, eine Irreführung der an stärkere Liköre gewöhnten deutschen Verbraucher ließe sich durch die Angabe des Alkoholgehalts angemessen schützen, ist überzeugend, aber auch trivial. Allerdings hatte der EuGH den Evidenzfall *Cassis* zur Proklamation des neuen Rechtsprinzips der "wechselseitigen Anerkennung" der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten benutzt, sich damit eine verfassungsgerichtliche Kompetenz zur Kontrolle der nationalen Gesetzgebung zugesprochen und gleichzeitig Optionen für eine nur vom Primärrecht getragene, von positiven Harmonisierungsmaßnahmen unabhängigen Marktintegration aufgezeigt.<sup>17</sup> Dies alles war in richterlicher Behutsamkeit geschehen. Der Kommission genügte dies, um die Entscheidung des EuGH als die Rechtsgrundlage jener neuen Harmonisierungspolitik darzustellen, die sie in ihrem Weißbuch zur Binnenmarktpolitik entfaltete (vgl. Kommission 1980; 1985). Wie immer die ökonomischen, politischen und rechtlichen Faktoren zu gewichten sein mögen: Die Binnenmarktprogrammatische fand Eingang in die von den Regierungen ausgehandelte Einheitliche Europäische Akte, die i.J. 1987 in Kraft treten konnte. Umgesetzt wurde sie durch große und kleinere institutionelle Neuerungen: der Übergang zu (qualifizierten) Mehrheitsentscheidungen bei sämtlichen Maßnahmen der Binnenmarktpolitik in Art 100a (jetzt: 95) im jetzt EGV heißenden Vertrag war eine Änderung von grundsätzlicher Bedeutung – für die Praxis der europäischen Politik *und* deren Verfassung.

### 2.1.2 „Re-Regulierung“ statt „De-Regulierung“

Die Erneuerung des Integrationsprojekts galt zwar nicht als Erfüllung der ordoliberalen Vision eines „Marktes ohne Staat“, aber doch als tendenzielle Bestätigung einer supranationalen, nicht-staatlichen Rechtsverfassung, die den „Marktbürgern“ Europas gemeinschaftsweit wirksame wirtschaftliche Freiheitsrechte gewährt, die sowohl die Gemeinschaft als auch die Mitgliedstaaten auf eine wettbewerbliche Ordnung der Wirtschaft verpflichtet (Mestmäcker 1987; Mussler 1998: 125ff). Sehr viel schneller und sehr viel gründlicher als dies die Befürworter wie Kritiker der Binnenmarkt-Programmatische vorausgesagt hatten, setzen sich neue Regulierungs- und Verrechtlichungstrends durch, in denen sich drei Muster identifizieren lassen: (1) eine Tendenz zu Regulierungen auf hohem Niveau; (2) die Entwicklung neuartiger Kooperationsformen, in die gouvernementale wie nicht-

---

<sup>17</sup> Wiederum wäre an dieser Stelle ein langer Exkurs angezeigt: Die Rechtsprechung zu Art. 28 (ex 30) hat ihre eigene Wirkungsgeschichte, die in der *Centros*-Entscheidung (EuGH 1999) einen neuen Höhepunkt gefunden hat. *Centros* wird vielfach als neuer Erfolg des Theorems der regulativen Konkurrenz gefeiert und kritisiert. Es handelt sich indessen um die Anerkennung politischer Rechte der Europäischen „Marktbürger“, die ihren jeweils eigenen Souverän vor die Schranken des EuGH führen dürfen, die freilich darauf gefasst sein müssen, dass der heimische Gesetzgeber seine Anliegen dann in gemeinschaftsverträglicher Form weiterverfolgt. Eine nähere Begründung dieser These nach den Regeln der juristischen Kunst verlangt mittlerweile eine Auseinandersetzung mit 112 Kommentierungen dieses Urteils (die Quellen erschließen sich in einer Celex Recherche) und hat folglich zu unterbleiben.

gouvernementale Akteure einbezogen werden; (3) eine Stärkung dezentral-nationalstaatlicher politischer Aktivitäten und vielfältiger Mitwirkungsansprüche.

- (1) Wo immer das Gemeinschaftsrecht sich den institutionellen Rahmenbedingungen und rechtlichen Feinstrukturierungen von Märkten zuwandte, geschah dies auf einem erstaunlichen Niveau. Die bekanntesten Beispiele bieten Produktregelungen, die Verbraucher- und Gesundheitsinteressen schützen, aber auch Belange des Arbeits- und Umweltschutzes aufgreifen. Hierbei sorgten die Vorgaben des Art. 100a Abs. 3 und die den regulierungswilligen Mitgliedstaaten zugestandenen Rechte zu einem "nationalen Alleingang" (Art. 100a Abs. 4, 118a Abs. 3, 130t) dafür, dass die Öffnung der Märkte nur um den Preis einer Modernisierung und Qualitätssteigerung der einschlägigen Regelungen zu haben ist (Joerges 1994b: 154ff; Bücken 1997; Eichener 2000). Aber auch bei wirtschafts- und privatrechtlichen Regelungen der Güter- und Dienstleistungsmärkte zeigt sich, dass ein einheitlicher Markt umfassende rechtliche Schutzvorkehrungen benötigt. Das gesetzgebungspolitische Programm der wechselseitigen Anerkennung zwingender nationaler Vorschriften wurde bei seiner Durchführung regulativ verfremdet: durch eine Teilvereinheitlichung der Aufsichtsrechte, Vorkehrungen zur Koordination der Praxis nationaler Aufsichtsbehörden, durch Reservatrechte der Mitgliedstaaten zum Schutz ihrer Allgemeininteressen.
- (2) Weil die EG nicht selbst über die Ressourcen zur Generierung von Standards verfügt und ihr auch die administrativen Kompetenzen zur Durchsetzung rechtsverbindlicher Vorgaben in den Mitgliedstaaten fehlen, muss sie diese Defizite auszugleichen versuchen. Deshalb kooperiert die Kommission bei der Erarbeitung von Produktsicherheitsnormen mit den europäischen Normungsorganisationen und fördert den Aufbau und die Koordination nationaler Zertifizierungsstellen. Im übrigen operiert die Gemeinschaft durch ein dichtes Netzwerk von Ausschüssen, in denen die Verwaltungsexperten der Mitgliedstaaten, aber auch unabhängige Wissenschaftler, Vertreter wirtschaftlicher und sozialer Interessen mitwirken (Einzelheiten bei Joerges/Falke 2000).
- (3) Der Integrationsprozess hat die Autonomie der nationalen Politik zwar eingeschränkt, ihr aber auch neue Einwirkungsmöglichkeiten eröffnet. Formal zeigt sich dies daran, dass europäische Richtlinien regelmäßig sog. Schutzklauseln enthalten, die Einsprüche gegen getroffene Festlegungen zulassen und zu deren Revision führen können. Ohnehin hat Art. 100a Abs. 4 (jetzt: 95) „nationale Alleingänge“ – dort näher geregelte Bedingungen – anerkannt. All diese Vorbehalte für die nationale Politik sind zugleich Handlungschancen. Die Einschränkung nationalstaatlicher Autonomie verpflichtet zur Rücksichtnahme auf „fremde“ Interessen – und umgekehrt: die eigenen Regelungsanliegen können jenseits des eigenen Territoriums zur Geltung gebracht werden.

## 2.2 Konstitutionelle Alternativen

Diese Kennzeichnungen sind gewiss kontrovers. So viel aber ist unstrittig: Die Programmatik der Vollendung des Binnenmarktes hat einen neuen Verrechtlichungsschub ausgelöst. Wenn diese Normenflut sich nicht abstellen lässt,<sup>18</sup> und wie die im Art. 102a der EEA von 1987 programmierte Fortschreibung des Vertrages zeigte: von den Regierungen Europas auch nicht gewollt wurde, wie ist ihr dann beizukommen? Zwei Alternativen sollen hier zur Sprache kommen: Die erste Alternative ist „politikwissenschaftlich“ vorgetragen worden – und doch erweist ihr wohl wichtigster Wortführer sich als sozialphilosophisch gebildeter Rechtslehrer. Der Autor der zweiten Alternative ist das deutsche Bundesverfassungsgericht – und dieser Autor argumentiert nicht nach dem Modell des Juristen als solchen, sondern in mehrfacher Hinsicht transdisziplinär.

### 2.2.1 Europa als Regulierungs-„Staat“

Der Jurist Ipsen, der bereits in den 60er und frühen 70er Jahren die Europäischen Gemeinschaften als „Zweckverbände funktionaler Integration“ charakterisierte, und der Politikwissenschaftler Majone, der die Europäische Binnenmarktinitiative der 80er Jahre als Ausbildung eines europäischen Regulierungstaates deutete, sind – nicht sehr nahe! – Geistesverwandte. Beide sehen die Stärke des Integrationsprojekts in der Problemlösungsfähigkeit europäischer Institutionen. Die „Sachaufgaben“, die Ipsen (1972) vor Augen standen, überschneiden sich mit den „regulativen Politiken“, die Majone zufolge die Entwicklung des Binnenmarktes begleiten müssen. In beiden Perspektiven handelt es sich um Aufgaben, für deren Lösung Expertenwissen unerlässlich ist. Und beide Autoren teilen die Auffassung, dass eine sachgerechte Aufgabenerfüllung eine Abschottung der europäischen Institutionen gegen politische Einflussnahmen erfordert: Solche „nicht-majoritären“ Institutionen (die Kommission selbst, Majone zufolge aber vor allem auch unabhängige Agenturen amerikanischen Musters), von denen eine sachgerechte Behandlung legislativ vorgegebener Aufgaben erwartet werden kann, sollen auf europäischer Ebene regieren. Um „konstitutionelle“ Theorien handelt es sich in beiden Fällen, weil das Integrationsprojekt auf bestimmte öffentliche Ziele verpflichtet, gleichzeitig aber durch diese Aufgaben auch in seinen politischen Kompetenzen begrenzt wird (Jachtenfuchs 2001). Die von Majone (1994: 23) selbst, freilich en passant, angezeigte Nähe zu Ipsen hat ihre Grenzen. Ipsen hat seinen „Zweckverband“ Jahrzehnte früher als Majone seinen „regulatory state“ erdacht. Die Binnenmarktpolitik, das Wechselspiel von Deregulierung und Re-Regulierung, das Majone analysiert, gab es seinerzeit so nicht – sowenig wie das analytische Instrumentarium der social choice Theorien, dessen Majone sich bedient. Die theoretischen Grundlagen, die Majones Konzeptualisierung des EU-Systems und seine Abwehr demokratiethoretisch begründeter Kritiken des EU-Systems tragen sollen (Majone 1996: bes. 284-300; Majone/Everson 2001; Majone 2002)

---

<sup>18</sup> Nach einer mittlerweile ältlichen, aber kaum veralteten Aussage von Jacques Delors aus dem Jahre 1988 soll das in den Mitgliedstaaten der EG geltende Wirtschaftsrecht zu 80% durch die Gemeinschaft gesetzt sein. Klagen über die "Regelungswut" seiner Bürokratie hat Delors damit zurückgewiesen: Von 100 Rechtssetzungsinitiativen der Gemeinschaft seien nur acht wirklich der Kommission zuzurechnen; in 92% der Fälle nähmen seine Beamten Anliegen der Mitgliedsstaaten auf – und 70% der Fälle mache die Gemeinschaft sich Rechtssetzungsanliegen aus der Bundesrepublik zu eigen (Delors 1992, 12).

unterscheiden sich von den Traditionen, in denen Ipsen seine Version einer europäischen Technokratie entwickelt hat, gründlichst (Joerges 2002c: 63ff). Auch innerhalb demokratischer Staaten, so argumentiert Majone, werde die regulative Politik gegen majoritäre Einflussnahmen geschützt – für die EU sei gerade wegen ihrer politischen Vielfalt eine entsprechende Verselbständigung des „fourth branch of government“ unabdingbar. Dessen Kontrolle sei nicht der Politik, sondern vielmehr der Rechtsprechung anzuvertrauen, die zwar nicht die inhaltliche Richtigkeit der auf Expertenwissen bauenden Sachentscheidungen, wohl aber die Transparenz und Fairness der Entscheidungsverfahren und die Beachtung ihres legislativen Mandats kontrollieren könne. Die nicht-majoritären Institutionen der Europäischen Politik und die majoritären Institutionen der Mitgliedstaaten ergänzten einander: in der EU gehe es primär um die regulative Politik, während die wohlfahrtsstaatlich-distributive Fragen auf nationalstaatlicher Ebene zu entscheiden seien, weil sie nur dort demokratisch-majoritär legitimiert werden könnten. Dieses Gedankengebäude hat empirisch-analytische *und* theoretisch-normative Prämissen, auf die noch zurückzukommen sein wird (unten 2.3.). Zunächst ist nur festzuhalten: Die Konzeptualisierung Europas als „Regulierungsstaat“ bedeutet eine weitgehende Entmachtung der Nationalstaaten, auch wenn diese insbesondere für die sensiblen Bereiche der redistributiven Politik allein zuständig bleiben sollen.

Majone hat dieses Reservat des Nationalstaats ausdrücklich auf dessen Legitimation für majoritäre Entscheidungen gegründet. Wäre ein derart in seinen Wirkungsmöglichkeiten begrenzter Nationalstaat noch ein demokratischer Verfassungsstaat i.S.d. GG? In seinem Urteil zum Vertrag von Maastricht vom 12. Oktober 1993 hat das deutsche Bundesverfassungsgericht diese Frage nicht im Hinblick auf die Delegation von Aufgabenbereichen der regulativen Politik, sondern wegen der fortschreitenden Übertragung immer weiterer Kompetenzen aufgegriffen und der Integration verfassungsrechtliche Grenzen zu setzen versucht.

### 2.2.2 Rückstufung Europas zum „Staatenverbund“: Das Maastricht-Urteil des BVerfG

Die neue Integrationsdynamik, auf die Majone mit seiner Konzeptualisierung der EU als „Regulierungsstaat“ reagierte, musste auch in der offiziellen Europapolitik aufgegriffen werden. Das geschah unter dem Titel einer Fortentwicklung der Gemeinschaft zur „Politischen Union“ – ein praktisch ausgesprochen dornenreiches Vorhaben, wie sich in den Verhandlungen der Regierungen zeigte: Vereinbart wurden am 9.-10.12.1991 im lauschigen niederländischen Maastricht eine Wirtschafts- und Währungsunion, eine Stärkung der Gemeinschaft im Bereich der Industriepolitik, neue Kompetenzen, ein „Subsidiaritätsprinzip“ mit unklaren Wirkungschancen – insgesamt ein Paket, das die Anhänger der wirtschaftsverfassungsrechtlichen Deutung Europas in die Opposition trieb (z.B. Behrens 1994; Mussler 1998: 166ff), erstmals eine europakritische Öffentlichkeit schuf und die bislang so reibungslosen Ratifizierungen der Vertragsänderungen ernsthaft in Frage stellte. In Deutschland führten diese Auseinandersetzungen zu Verfassungsbeschwerden gegen die Ratifizierung des neuen Vertrages (EUV, Vertrag über die Europäische Union). Das Bundesverfassungsgericht hat diese Beschwerden verworfen; es hat bei dieser Gelegenheit dennoch die Debatte um die Verfassung Europas auf ein neues Niveau gebracht.

Das Urteil ist hier nicht nach allen Regeln der juristischen Kunst auszulegen (erschöpfend Mayer 2000: 98ff). Es interessiert aber wegen seiner integrationstheoretischen Perspektiven und gleichsam transdisziplinären Aussagen. Sie sind methodisch für das Verhältnis von Rechts- und Politikwissenschaft aufschlussreich. Sie haben zu Recht sachliche Besorgnisse ausgelöst – durchweg freilich aus den falschen Gründen.

### 2.2.2.1 Einschränkungen der „vertikalen“ Konstitutionalisierung

Das Urteil hat in erster Linie deshalb befremdet, weil es Kernaussagen der europarechtlichen *communis opinio* zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, ja sogar die Autorität des EuGH in Frage stellte.

Dass Europa eine „Gemeinschaft“ sei, die sich durch die Supranationalität ihres Rechts konstituiere, ist der Grundsatz des Europarechts schlechthin. Die Politikwissenschaft hat dies lange (zu Unrecht) für nicht so bedeutsam gehalten, weil sie sich eben bloß für die in den ihr eigenen Kategorien fassbare Funktionsweise Europas interessierte. Aber letztlich widersprechen sich die Disziplinen nicht. „Less than a Federation. More than a Regime“ – so lautet eine berühmt gebliebene Formel des britischen Politikwissenschaftlers und Politikers William Wallace (1983). Seine Formel pendelt zwischen rechtlich-institutionellen und politikwissenschaftlich-analytischen Kategorien. Sie grenzt das Spezifikum des Europäischen Gebildes negativ ab, lässt aber seine positive Qualifikation offen. Sie tut eigentlich genau das, was auch der EuGH tat als er die EWG „zwischen“ Völkerrecht und Staatsrecht platzierte – und was Juristen weiterhin tun, wenn sie diagnostizieren, dass mit dem Begriff „Gemeinschaft“ lediglich eine „Gestalt“-Kennzeichnung gefunden wurde, wie sie überall angebracht sei, „wo und so lange Rechtsbegrifflichkeit abstrakter Maßstäbe sich noch nicht einstellt“ (Ipsen 1994: 7; vgl. ders. 1983: 79ff).

Immerhin, so hat Ipsen diese Aussage erläutert, sei mit dem Gemeinschafts-Topos „eine veranschaulichende, konkretisierende, empirisch begründbare und dem Aktionsziel entsprechende Beschreibung einer Erscheinung“ gefunden worden. Aber auch auf eine derart abgeschwächte Interpretation des Gemeinschafts-Begriffs wollte das Bundesverfassungsgericht sich nicht festlegen und vermied den Gebrauch des allenthalben üblichen Terminus: Es handle sich bei der Europäischen Union um einen „Staatenverbund“, der die „nationale Identität“ der Mitgliedstaaten achte, die Mitgliedschaft zu einer „supranationalen Organisation“, nicht zu einem „europäischen Staat“ betreffe (BVerfG 1993: 181; vgl. 188ff).<sup>19</sup> „Less than a federation. Even less than a Community!“ – diese Botschaft musste beunruhigen.

---

<sup>19</sup> Den Topos „Staatenverbund“ hatte der Berichterstatter des 2. Senats, Paul Kirchhof, zur Kennzeichnung einer Organisationsform „zwischen Staatenbund und Entstaatlichung der Mitgliedstaaten“ empfohlen, ohne damit den Anspruch einer endgültigen rechtlichen Inhaltsbeschreibung zu verbinden (Kirchhof 1992: 859ff). Über die Bedeutung indes hat man viel gerätselt, im Inland, weil es sich in der Tat wieder bloß um einen „Gestalt“-Begriff handelt (Kahl 1994; Möllers 2000: 378ff), im Ausland, weil man nicht wissen kann, wie „Verbund“ zu übersetzen sein mag.

Und insbesondere musste irritieren, dass sich das BVerfG von den Prinzipien der Direktwirkung und Suprematie des Europäischen Rechts distanzierte. Die wohl aufschlussreichste Passage findet sich im Kontext der Stellungnahme zu Mehrheitsentscheidungen, deren Anwendungsfeld der Maastrichter Vertrag nochmals erweitert hatte. Das BVerfG bezeichnet diesen Entscheidungsmodus als eine notwendige Voraussetzung für die Integrationsfähigkeit der Mitgliedstaaten, um sogleich hinzuzufügen: „Allerdings findet das Mehrheitsprinzip gemäß dem aus der Gemeinschaftstreue folgenden Gebot wechselseitiger Rücksichtnahme eine Grenze in den Verfassungsprinzipien und elementaren Interessen der Mitgliedstaaten“ (184). Der Verweis auf „elementare Interessen der Mitgliedstaaten“ hätte sich auf die im europäischen Recht ja durchaus respektierte Heteronomie – z.B. die namentlich in Art. 100a Abs. 4 (jetzt: 95) geregelten Rechte zu einem „nationalen Alleingang“ – beziehen können. Er scheint aber die (prozedurale) Verrechtlichung der Beziehungen zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten als solche in Frage zu stellen. Jeder Mitgliedstaat kann und soll offenbar selbst bestimmen, welche seiner Interessen elementar sind. Der über die Suprematie des Gemeinschaftsrechts gestiftete Zusammenhalt löst sich in ein „ungeordnetes“ heterarchisches Verhältnis auf.

Einschränkungen des Suprematieprinzips schwächen die institutionelle Stellung des EuGH, der, wie sich den Vorlagepflichten des Art 177 (jetzt: 234) entnehmen lässt, bei der Auslegung des Europäischen Rechts das (erste und) letzte Wort haben soll. Nun enthält aber jede Auslegung der Geltungsansprüche des Europäischen Rechts zugleich eine Aussage zur Geltung nationalen Rechts – und beschränkt mithin die Autorität der nationalen Judikatur. Dies sei nicht einschränkungslos hinzunehmen:

Das BVerfG sieht sich nicht als nachgeordnete Instanz einer europäisch definierten Gerichtshierarchie, sondern definiert seine Beziehung zum EuGH als ein „Kooperationsverhältnis“. Diese Formulierung betrifft namentlich den vom „Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz“ (Leitsatz 7 u. 174). Ein eigenes, nicht delegierbares Prüfungsrecht nimmt das BVerfG aber auch in Bezug auf die Kompetenzordnung in Anspruch. Wenn die Gemeinschaftspraxis die Unterschiede zwischen einer Auslegung ihrer Befugnisse und einer Kompetenzausweitung, die eine Vertragsänderung voraussetzen, verkenne, soll dies „für Deutschland keine Bindungswirkung entfalten“ (210).

### 2.2.2.2 Rückkehr in den Nationalstaat?

Mit seiner Weigerung, eine Kompetenz des EuGH zur Bestimmung der Grenzen der EG-Kompetenzen anzuerkennen, traf das BVerfG einen wahrlich neuralgischen Nerv des Europäischen Rechts. Die Problematik ist in der Form der Kompetenzzuweisungsregeln selbst angelegt. Diese werden auf der einen Seite „sachlich“ umschrieben und insoweit als „enumerative“ Einzelermächtigungen verstanden (Artt. 3-4; jetzt: 3-7). Andererseits umschreibt aber Art. 100 (jetzt: 94) die Gemeinschaftskompetenzen zur Rechtsangleichung „funktional“: die Gemeinschaft darf legislativ handeln, wo immer dies der „Errichtung oder des Funktionierens des Gemeinsamen Marktes“ dienlich ist. Darüber hinaus heißt es in Art. 235 (jetzt: 308) lapidar, dass, soweit „ein Tätigwerden der Ge-

meinschaft erforderlich“ erscheint, der Vertrag aber die „erforderlichen Befugnisse“ nicht vorsieht, „der Rat einstimmig auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments die geeigneten Vorschriften“ erlässt.

Mit seiner weitherzigen Handhabung der Kompetenzregeln in Fällen, die noch vor dem Übergang zur qualifizierten Mehrheitsregel entschieden worden waren, hatte der EuGH bereits viel Kritik auf sich gezogen (z.B. Steindorff 1990; Weiler 1991: 2453ff). diese Besorgnisse mussten sich nun steigern. Wenn das BVerfG in seiner Stellungnahme zur Kompetenzproblematik dennoch nicht bloß befremdet hat, sondern geradezu provozierend wirkte, so lag dies an den weit über die Kompetenzfragen hinausgreifenden Gründen, die es für seine integrationsrechtliche Vorbehalte ins Feld führte.

Den Zugang zur sachlichen Prüfung des Maastrichter Vertrages hat das BVerfG sich über eine Interpretation des Art. 38 GG erschlossen, die das in dieser Vorschrift verbürgte Wahlrecht mit Hilfe des Demokratiegebots „materialisiert“. Art. 38 gewährleiste „das subjektive Recht, an der Wahl des Deutschen Bundestages teilzunehmen und dadurch an der Legitimation der Staatsgewalt durch das Volk auf Bundesebene mitzuwirken und auf ihre Ausübung Einfluß zu nehmen“ (171f). Dieser Deutung des Wahlrechts als „Anspruch auf Existenz in einer demokratisch verfaßten Staatlichkeit“ (Ipsen 1994: 2) lässt sich leicht eine die Form des Nationalstaats konservierende Wendung geben. Man kann ihr eine Art Abwehrrecht gegen die Anerkennung und Umsetzung fremder und insbesondere supranationaler, nicht von innerstaatlichen Entscheidungsträgern legitimierten Hoheitsakten entnehmen. Eine solche Verteidigung der Nationalstaatlichkeit wäre mit der Integrationsoffenheit der Bundesrepublik, die in Art. 24 und jetzt in Art. 23 GG verankert ist, freilich unverträglich. Sie ist denn auch dem BVerfG kaum anzulasten (Möllers 2000: 413f).

Das Spannungsverhältnis von Integration, Verfassungsstaatlichkeit und Demokratiegebot ist aber damit nicht erledigt. Schon vor dem Maastrichter Vertrag hatte die kontinuierliche Übertragung immer weiterer Hoheitsrechte durch Art. 24 GG als "Integrationshebel" (Ipsen 1972: 58) Kopfzerbrechen bereitet (vgl. z.B. Schilling 1990: 161ff): Nun wurde nachgefragt, welche Schranken die in Art. 79 Abs. 3 für unabänderlich erklärten Prinzipien und Regeln des GG der Integrationsgewalt des Bundes setzten. Die Stellungnahme des BVerfG zu der Kollision zwischen der Selbstbindung und der Offenheit des Verfassungsrechts ergibt sich aus seinem Verständnis des Demokratieprinzips. Dieses Prinzip verlange, dass die Wahrnehmung von Hoheitsbefugnissen „sich auf das Staatsvolk zurückführen“ lasse (182). Dies schließe die Mitgliedschaft in einer „zu eigenem hoheitlichen Handeln befugten Staatengemeinschaft“ nicht aus, bedeute jedoch, dass die Befugnisse jener Gemeinschaft begrenzt bleiben und dem Repräsentativorgan des Staatsvolkes „hinreichende Aufgaben und Befugnisse von substantiellem politischen Gewicht“ belassen werden (207). Denn: „Vermitteln die Staatsvölker – wie gegenwärtig – über die nationalen Parlamente demokratische Legitimation, sind ... der Ausdehnung der Aufgaben und Befugnisse der Europäischen Gemeinschaften vom demokratischen Prinzip her Grenzen gesetzt. Jedes der Staatsvölker ist Ausgangspunkt für eine auf es selbst bezogene Staatsgewalt. Die Staaten bedürfen hinreichend bedeutender Aufgabenfelder, auf

denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozess politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann...“ (186).

Das Theorem vom Staatenverbund hat danach einen empirisch-normativen Doppelstatus. Es ist zum einen als eine Bestandsanalyse zu lesen, die sich mit einer Diagnose von Engpässen und Entwicklungsmöglichkeiten des europäischen politischen Systems verbindet. Wenn und soweit sich dabei die Unfähigkeit jenes System zur Demokratie erweist, verpflichtet dies zur Begrenzung der Integration.

Die Aussagen des BVerfG, in denen es seine methodische Position inhaltlich konkretisiert, sind dunkel gehalten. Das Urteil enthält einerseits Passagen, nach denen eine demokratische Fortentwicklung des politischen Systems der EU möglich erscheint. Es enthält aber auch Sätzen, in denen die eine Verbindung von Demokratie und Nationalstaat hergestellt wurde, nach der eine „demokratiekonforme“ Supranationalität undenkbar ist. Einerseits: Für die demokratische Legitimation der Staatsgewalt sei einerseits die Gewährleistung politischer Diskurse („eine ständige freie Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen“, 185) konstitutiv. Diesen Anforderungen genüge das politische System der EU nicht. Immerhin sei aber denkbar, dass die politischen Ziele des europäischen Gemeinwesens nicht mehr „in die Nationen vermittelt werden“ müssen, dann nämlich, wenn der Prozess der Ausbildung einer „öffentlichen Meinung in Europa“ weit genug vorschreitet. Andererseits: Eine unüberwindbare Integrationschranke, die man als „volksdemokratisch“ persifliert hat (Bryde 1994: 305ff), schien das BVerfG dadurch zu errichten, dass es dem Demokratiegebot entnahm, die politische Willensbildung solle dem jeweiligen Staatsvolk ermöglichen, „dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet..., rechtlichen Ausdruck zu geben“ (186). Was ist hieran so anstößig? Gewiss ist Hermann Heller, den das Gericht zitiert, und der tatsächlich „einen gewissen Grad von sozialer Homogenität“ als Voraussetzung für die Selbstbehauptung des parlamentarischen Systems der Weimarer Republik bezeichnet hatte (Heller 1928: 427f), kein guter Beleg für die Aussage des Gerichts zur Rolle der Staatsvölker (Böckenförde 1991: 348ff; Bryde 1994: 311f; Pernice 1995; v. Bogdandy 2000: 295; Spengemann 2002; vgl. aber auch La Torre 2001). Einer deutschen „Volksnation“ jedenfalls (zu diesem Begriff M.R. Lepsius 1982) fühlte sich nicht Hermann Heller, sondern sein Antipode Carl Schmitt verbunden. Weil Hellers Homogenitäts-Topos in den Kontext der Krisen der Weimarer Republik gehört, ist seine Verwendung durch das BVerfG so missverständlich (vgl. Weiler 1997: 224ff und zuletzt Spengemann 2002 einerseits, Everson 1998; v. Bogdandy 2000: 291ff andererseits). Die wirtschaftliche und soziale Problemlösungsfähigkeit des Nationalstaates des GG ist gründlicher erodiert – und gleichzeitig seine innereuropäische Friedfertigkeit ungemein stärker geworden – als dies zu Hellers Zeiten denkbar erschien. Zu den supranationalen normativen Prinzipien, die diesen Erosionsprozess begleitet haben, gehören nun aber so dezidiert anti-nationalstaatliche Vorgaben wie das Diskriminierungsverbot des Art. 6 (jetzt: 12) und die anti-protektionistische Vorschrift des Art. 30 (jetzt: 28). Die Aussage, dass sich der europäische Zusammenschluss – derzeit und bis auf weiteres – als ein Bund staatlich organisierter Völker darstelle, ist mit diesen Vorgaben indessen durchaus verträglich – „Staatsvolk“ ist ein

verfassungsrechtlicher Begriff, der das „Legitimationssubjekt“ staatlicher Herrschaft benennt – unter dem GG (Möllers 2000: 407) und auch schon in Weimar (O. Lepsius 1994: 13ff).

### 2.2.2.3 Die „Herren der Verträge“ als „Staaten ohne Märkte“

Europa war anno 1957 als Wirtschaftsgemeinschaft auf den Weg gebracht und sein rechtliches „Wesen“ sofort als „Wirtschaftsverfassung“ im ordoliberalen Sinne gedeutet worden (oben 1.2.). Dennoch wurde das Europarecht eine Domäne der öffentlichrechtlichen Disziplinen, in der der Ordoliberalismus nicht Fuß fassen konnte (Joerges 2002b: 17ff). So erklärt sich wohl, dass eine geradezu ironische Implikation des Theorems vom Verbund in sich „relativ homogener“ Staaten in der Flut von Urteilsbesprechungen und –schelten nicht behandelt wird, obwohl sie doch das Kernanliegen des um die Zukunft der DM besorgten Beschwerdeführers Brunner bildete. Der Verfassungsstaat sei in seiner Fähigkeit zur politischen Gestaltung der Lebensbedingungen seiner Bürger betroffen, wenn er seine Kompetenzen im Wirtschaftsrecht aufgabe, so hatte der Beschwerdeführer geltend gemacht, ohne das BVerfG beeindrucken zu können: Von einer Staatswerdung Europas könne schon deshalb nicht die Rede sein, so musste er lesen, weil die europäischen Kompetenzen, „soweit sie durch Wahrnehmung von Hoheitsrechten ausgeübt werden, im wesentlichen Tätigkeiten einer Wirtschaftsgemeinschaft“ bleiben (190).

Dabei setzt das BVerfG sich mit den Vereinbarungen zur Währungsunion ausführlich auseinander. Freilich in einer inkonsistenten Weise: Nach der Gesamtanlage seiner Argumentation hätte das BVerfG prüfen müssen, ob sich das projektierte Europäische Währungssystem zu den Geboten der eigenen Verfassung verträgt. Nun hatte allerdings das GG die innerstaatliche Währungsverfassung nicht explizit geregelt. Es sah in Art. 88 lediglich die Einrichtung einer Zentralbank vor, deren Unabhängigkeit dann lediglich durch ein einfaches Gesetz (das BBankG von 1957) gewährleistet wurde. Seither befasst sich die verfassungsrechtliche Diskussion mit der Frage, wie sich die Überantwortung der nicht durch Rechtsregeln kontrollierten Währungspolitik an eine politisch unabhängige Institution mit den allgemeinen Prinzipien des Verfassungsstaates vertrage (Ladeur 1993: 486ff). Diese Diskussion resümiert das BVerfG nur sehr knapp: Die „Modifikation des Demokratieprinzips“, mit der die Währungspolitik gegen kurzfristige Interessen und Pressionen abgeschirmt werde, habe sich „bewährt“ und sei „vertretbar“ (208).

Im „Außenverhältnis“ besagt der durch das Gesetz zur Änderung des GG v. 21.12.1992 eingefügte Art. 88 S. 2, dass die Aufgaben der Bundesbank einer Europäischen Zentralbank übertragen werden dürfen, wenn diese „unabhängig und dem vorrangigen Ziel der Preisstabilität verpflichtet“ sei. Spannungen zwischen dem supranationalen und dem innerstaatlichen Recht ergeben sich einmal daraus, dass der traité loi des EWS die Institutionalisierung der Währungspolitik stärker als das GG gegen (mehrheits-)demokratisch legitimierte Entscheidungsprozesse abschottet – zu dieser Steigerung der Autonomie der Währungspolitik nahm das BVerfG nicht direkt Stellung. Darüber hinaus kann sich die Verselbständigung der europäischen Währungspolitik nicht auf einen in Jahrzehnten der Bewährung gewachsenen sozialen und wissenschaftlichen Konsens stützen – auf „vorrechtliche Voraussetzungen“ also, die in der Bundesrepublik die institutionelle Autonomie der

Bundesbank und die Ausrichtung ihrer Währungspolitik abstützen. Anders als bei seiner Auseinandersetzung mit den Demokratiedefiziten der EU sah das BVerfG von dem Versuch ab, die Bedingungen für die „Funktionsfähigkeit“ der Währungsunion zu spezifizieren. Stattdessen erklärte es die Zusammenhänge zwischen Währungs- und Wirtschaftspolitik für kontingent und politisch entscheidbar (206f). Gerade dadurch soll nun allerdings die Politik in die Pflicht genommen werden: Dem Bundestag stehe nach den Maastrichter Vereinbarungen das Recht zu, vor dem Eintritt in die dritte Stufe der Währungsunion die Beachtung der vertraglich festgelegten Stabilitäts- und Konvergenzbedingungen zu prüfen – und bei dieser Prüfung sollen dann eigene Festlegungen zum Tragen kommen (202f). Und sollte die Währungsunion „die bei Eintritt in die dritte Stufe vorhandene Stabilität nicht kontinuierlich im Sinne des vereinbarten Stabilitätsauftrags fortentwickeln können“, wäre eben die im deutschen Zustimmungsgesetz vorausgesetzte „vertragliche Konzeption“ verlassen (205).<sup>20</sup> Sollte dies besagen: Deutschland darf den Vertrag nur ratifizieren, wenn und weil die Währungsunion ordoliberalen Vorstellungen entspricht und demgemäß funktioniert?

Solch eine Position mag die Kräfte eines Gerichts überschätzen. Dennoch: Die Darstellung der Wirtschaftsintegration als vorstaatlich-unpolitischer Vorgang und der europäischen Währungsunion als ein zum Erfolg verpflichtetes und nur durch ihren Erfolg legitimes Projekt ist doch wohl aufregender als der problematische Verweis auf Hermann Heller: Es ist Raum für mancherlei Lesarten: Das BVerfG habe der ordo- und neoliberalen Theorie der Wirtschaftsverfassung Recht gegeben, die das supranationale Wirtschaftsrecht seit jeher als politisch nicht disponible Ordnung konzipiert hat. Es habe die Deutung der Gemeinschaft als „Zweckverband funktionaler Integration“ bestätigt (oben 2.2.1.), derzufolge die Integration auf Fragen der „technischen Realisation“ beschränkt solle und sich dann durch „Sachkunde“ hinreichend legitimiere. Es gehe bei der Wirtschaftsintegration bloß um „low politics“ im Sinne der funktionalistischen Integrationstheorien. Wie immer man das Gericht liest: Es hat dadurch, dass es die Ratifizierbarkeit des Maastrichter Vertrages durch die Bundesrepublik an Kriterien knüpfte, an die sich alle Mitgliedstaaten halten mussten, eher die eigenen Kompetenzen überdehnt als die des EuGH begrenzt. Es hat – implizit – jenen kritischen politikwissenschaftlichen Diagnosen „Recht“ gegeben, in denen behauptet wird, das EG-System konserviere (halbiere) den Nationalstaat gerade dadurch, dass es seine wirtschafts- und sozialpolitische Handlungsfähigkeit aufhebe (Streeck 1998). Unübersehbar ist jedenfalls: Wenn man die Wirtschaftsintegration als verfassungspolitisch belanglos behandeln könnte, dann würde Europa ein „Markt ohne Staat“ und die sogenannten „Herren der Verträge“ (zum Begriff Everling 1995) stünden als „Staaten ohne Märkte“ da.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Wiederum zeigt sich das Gericht in der Folgezeit konziliant; es hat die Verfassungsmäßigkeit der Währungsunion ausdrücklich bestätigt (Bundesverfassungsgericht 1998).

<sup>21</sup> Europarecht ist eine Domäne der Öffentlichrechtler. Dies mag erklären, warum auch umfassende Analysen die im Text herausgestellte ironische Konsequenz der Verteidigung der nationalstaatlichen Demokratie kaum erwähnen, während die Schmittianischen Anklänge überaus ernst genommen wurden (vgl. Bryde 1994 und Weiler 1995 einerseits, Ladeur 1997: 35ff und v. Bogdandy 2000 andererseits).

## 2.3 Zwischenbilanz

In den beiden bisherigen Abschnitten haben wir spezifische rechtlich-konstitutionelle Leitvorstellungen als normative Antworten auf den Stand des europäischen Projekts rekonstruiert. In der ersten, der formativen Phase des Europarechts wurde das Vorrang des Europäischen vor dem nationalen Recht postuliert und Europa dadurch als supranationale Rechtsgemeinschaft aus dem Völkerrecht herausgehoben. Aber mit dieser rechtlichen Aufwertung der Gemeinschaft verbanden sich Beschränkungen: Dank des Einstimmigkeitsprinzips bei der Rechtssetzung und der Beschränkung der Gemeinschaftskompetenzen blieben die Mitgliedstaaten die „Herren der Verträge“. Die ordoliberalen Idee einer supranationalen „Verfassung der Wirtschaft“ ist eine besondere Ausprägung dieses „vertikalen“ Konstitutionalismus, die den sachlichen Geltungsbereich des supranationalen Rechts definierte.

Als eine zweite Phase haben wir sodann die Vertiefung des Europäischen Projekts im Gefolge der Binnenmarktinitiative von 1985 und zwei verfassungspolitische Reaktionen auf diese Veränderungen behandelt: Die Alternativen eines europäischen „Regulierungsstaates“ einerseits, den Versuch einer Verteidigung der Autonomie der Nationalstaaten andererseits.

Bei all dem sollte auch deutlich geworden sein, wie sich die Rolle des Rechts veränderte. Die erste Integrations-Phase stand im Zeichen der „Integration durch Recht“.<sup>22</sup> Der „vertikale Konstitutionalismus“ hatte Europa als „Rechtsgemeinschaft“ gedeutet, als ein Gemeinwesen, das sich primär durch Recht konstituieren und vor allem im Rechtsmedium handeln sollte. In der zweiten Phase aber, in der die „Vollendung“ des Binnenmarktes zum Politikziel Nr. 1 in Europa avancierte, sollten sich die Gewichte verschieben: Eingeführt wurde die Neue Binnenmarktpolitik als eine Strategie zur Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit Europas, die sich als ein Gebot einer ökonomischen Rationalität empfahl. Es erwies sich jedoch rasch, dass die Binnenmarktprogrammatische ein pro-aktives Handeln in immer neuen Bereichen erforderte, einen Übergang von der bloßen Anwendung von Rechtsregeln zur Organisation von Problemlösungen in zahlreichen Politikbereichen.

Die Auseinandersetzung mit diesen Entwicklungen und ihren verfassungspolitischen Implikationen sind weder in der Rechts- noch in der Politikwissenschaft zur Ruhe gekommen. Die Einwände gegen das jeweils andere Konzept sind spiegelbildlich: (1) Die Programmatik eines europäischen Regulierungsstaates, der sich über seine Problemlösungsfähigkeit legitimieren könne und solle, vernachlässige die politisch-ethischen Dimensionen der von ihr behandelten Regulierungsprobleme, verkenne die unabwiesbare Verstrickung Europas in redistributive Politiken und trage den institutionellen Bedingungen des Gemeinschaftssystems nicht Rechnung. (2) Wer an der politischen Prärogative festhalten wolle, verleugne die nicht zur Disposition stehenden Folgen des

---

<sup>22</sup> „Integration Through Law“ war der programmatisch gemeinte Titel eines transatlantischen, amerikanischen und europäischen Erfahrungen vergleichenden Projektes von Mauro Cappelletti, Monica Secombe und Joseph Weiler (1986) am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz Anfang der 80er Jahre.

Integrationsprozesses; die Problemlösungsfähigkeit sei so gründlich erodiert, dass seine Beschwörung als Hüter der Demokratie diese selbst zu diskreditieren drohe.

Während diese Diskussion sich fortsetzt, verändert sich gleichzeitig ihr Gegenstand – und beides fördert die Einsicht, dass es darauf ankomme, beide Eckpole der Kontroverse als interdependente Elemente eines neuen „Systems“ zu begreifen: „Von der Integrationsforschung zur Regierungslehre der Europäischen Union“ (Grande 2000) ist eine treffende Kennzeichnung dieser Transformation.

### 3. Konstitutionalisierung des Regierens im Europäischen Mehrebenensystem

In den beiden Stadien des Integrationsprojekts, die in den beiden vorangegangenen Abschnitten rekonstruiert wurde, hat sich Europa über Verträge *und* inkrementalistisch oder „von unten“, in der Auseinandersetzung mit Sachfragen und über konkrete Programmatiken, immer neu „verfasst“. Es waren weder verfassungsgebende Versammlungen noch Referenden, die den Verträgen eine konstitutionelle Bedeutung gaben, sondern ein Gerichtshof, der im rechten Moment Prinzipien und Regeln fertigte, die bei den nationalen Rechtssystemen, Regierungen, Gesellschaften so viel Zustimmung fanden, dass die Verträge zur „constitutional charter“ (EuGH 1991) mutierten.<sup>23</sup> Das soll augenscheinlich nicht so bleiben. Eine Art europarechtlicher Jahrtausendwende kündigt sich an, die in zwei Vorhaben ihren Ausdruck fand und findet. Einem kleinen und einem großen: Im Oktober 2000 verabschiedete die Kommission das „Arbeitsprogramm“ für ein „Weißbuch zur ‚Governance‘ für die Europäische Union“, das den programmatischen Untertitel „Die Demokratie in der Europäischen Union vertiefen“ führte (Kommission 2000) und im Juli 2001 mit der Veröffentlichung des „Weißbuchs über Regieren in Europa“ seinen bescheidenen Abschluss fand (Kommission 2001). Zwischenzeitlich war der Vertrag von Nizza zustandegekommen,<sup>24</sup> eine feierliche Erklärung über die Menschenrechte<sup>25</sup> veröffentlicht und im Dezember 2001 in Laeken die Einsetzung eines Verfassungskonvents beschlossen worden.<sup>26</sup> Das Novum ist, dass sich nun die Ausarbeitung eines Verfassungstexts von den Tagesgeschäften der Integrationspolitik ablöst. Die Entkoppelung von (inkrementalistischer, sachgebundener) Rechtsfindung und Verfassungsgebung hat den Zustand und die Zukunft des Integrationsprojekts nicht übersichtlicher gemacht. Es wird darauf ankommen, beide Rechts-Ebenen zu beobachten. Der rekonstruierenden Anlage dieses Beitrags entsprechend, aber auch einfach

---

<sup>23</sup> Vgl. oben 1.1.1.

<sup>24</sup> Dessen Unterzeichnung folgte am 26. Februar 2001.

<sup>25</sup> ABl. C 384 v. 18.12.2000.

<sup>26</sup> Die Einsetzungsformel ist aufschlussreich unbestimmt gehalten: “The question ultimately arises as to whether this simplification and reorganisation might not lead in the long run to the adoption of a constitutional text in the Union”...„In order to pave the way for the next Intergovernmental Conference ..., the European Council has decided to convene a Convention....[I]t will be the task of this Convention to consider the key issues arising for the Union’s future and try to identify the various possible responses” (SN 300/01 ADD 1, 7); vgl als eine erste Reaktion Lenaerts (2002) und Schwarze (2002) sowie die Dokumentation alles dessen, was hierzu öffentlich gedacht und geschrieben wird bei <http://conventionwatch.iue.it>

deshalb, weil der „Konventionsprozess“ noch (im April 2002) kaum in Gang gekommen ist, werden die folgenden Bemerkungen sich auf die erste, die inkrementalistische Rechtsfindung konzentrieren. Das entspricht wohl nicht den Erwartungen der Tagungsplaner, wohl aber dem Umstand, dass ARENA zu dem ersten Verfassungsbaustein, der Menschenrechtskonvention von Nizza, bereits eine Tagung organisiert und deren Ergebnisse publiziert hat (Eriksen/Fossum/Menendéz 2001), während von dem zweiten, dem in Laeken auf den Weg gebrachten Konvent, noch wenig zu sehen ist.

Drei Punkte sollen behandelt werden:

- (1) Die Karriere des Governance-Begriffs, die zu belegen scheint, dass Europa nicht mehr auf die „Integration durch Recht“ setzt, dass aber auch die primär ökonomischen Mechanismen, denen das Binnenmarktprogramm verpflichtet war, den Integrationsprozess nicht tragen können.
- (2) Die Karriere der „Mehrebenen“-Analytik in der politikwissenschaftlichen Europaforschung, die bestätigen dürfte, dass sich die Rechtswissenschaft in ihrer Verfassungsdiskussion auf eine nicht-staatliche heterarchische Polity einzustellen hat, deren Funktionsfähigkeit davon abhängt, dass ihre teil-autonomen Akteure „deliberative“ Problemlösungsprozesse institutionalisieren.
- (3) Die Programmatik des Governance-Weißbuchs vom Juli 2001 im Bereich der regulativen Politik, die wohl ein Krisensymptom ist. Hier kündigt sich ein Regress in technokratische Sackgassen an, die den bisher so erfolgreichen Prozess der Konstitutionalisierung von unten zu blockieren drohen.

### 3.1. Governance als Schlüsselbegriff der Europäischen Polity

„Governance“ ist ein Schlüsselbegriff in der Europa-Diskussion geworden. In der Theorie der internationalen Beziehungen und der Politikwissenschaft ist der Topos seit geraumer Zeit *en vogue* (Steinberg 1999; Schmitter 2000); in der Integrationsforschung verweist er vor allem auf Entscheidungsprozesse, die sich im EU-System herausgebildet haben (Kohler-Koch 1999); die Rechtswissenschaft verwendet ihn unbefangen im Völkerrecht („good governance“), verhält sich aber sonst noch zögerlich.<sup>27</sup> Jérôme Vignon, der in der Europäischen Kommission die Arbeiten am Weißbuch geleitet hat (unter-)schreibt: Es gehe um „a profound mutation of democracy in the nations of Europe and elsewhere“; sie beruhe letztlich auf einer „transformation of the knowledge used in the formation of rules of public life. Knowledge is no longer ‚given‘ and accessible by the mechanisms of elected representation or by the concentration of specialist expertise, but rather thought to be ‚constructed‘ and renewed in a process of collective learning that draws support from social pluralism“

---

<sup>27</sup> Zu den Gründen vgl. unten 3.2. sowie die Hinweise in Joerges (2001) Joerges/Falke (2000: 363 ff); zu vergleichbaren Schwierigkeiten des deutschen Verwaltungsrechts mit dem Regulierungsbegriff vgl. Ruffert (1999).

(Vignon 2001: 3).<sup>28</sup> In dieser Umschreibung eignet sich der Begriff zur Bezeichnung von Phänomenen, die sich in die überkommenen juristischen Kategorien nicht recht einfügen, auf die das Recht sich aber einstellen muss. Dafür gibt es einen zweiten, in der zitierten Passage schon angesprochenen Grund: „Governance“ ist weder mit dem Handeln von Regierungen und Verwaltungen noch mit Rechtsetzungsaktivitäten oder der Rechtsanwendungstätigkeit von Behörden und Gerichten gleichzusetzen. Es ist all dies „auch“. Aber ein Spezifikum der modernen regulativen Politik ist, dass sie auf das Wissen in der Gesellschaft, die Management-Kapazitäten von Unternehmen und Organisationen baut (angewiesen ist). Sie kann dabei nicht einfach „hoheitlich“ vorgehen; aber auch als „Delegation“ regulativer Aufgaben an nicht-gouvernementale Akteure wären solche Kooperationsverhältnisse nicht angemessen bezeichnet. Die neuen Governance-Strukturen reagieren auf Problemlagen der Gesellschaft und des politischen Systems.<sup>29</sup>

Diese abstrakten Erläuterungen werden anschaulicher, wenn man sie mit der Programmatik der „Integration durch Recht“ und den im Weißbuch von 1985 dargelegten Strategien kontrastiert: Die Emergenz europäischer Governance-Strukturen belegt nämlich, dass nicht nur die traditionelle Rechtsvereinheitlichung, sondern auch die Konzepte der Binnenmarktinitiative unterkomplex angelegt waren. Dieses Urteil betrifft nicht nur die gleichsam offiziösen Programmatiken der Rechts- und der Marktintegration, sondern auch die technokratischen Integrationskonzepte und die Protagonisten eines europäischen Regulierungs-„Staates“. Sie alle haben der sozialen und politischen Dimension der Wirtschaftsintegration nicht Rechnung tragen können und den Bedarf nach einer kontinuierlichen sozialen und politischen Einbettung der Marktintegration systematisch unterschätzt. In der Umsetzung von Deregulierungsstrategien einerseits und von Re-Regulierungen andererseits hat sich immer wieder bestätigt: Weder gehorcht Europa einer einheitlichen Disziplin der Negativ-Integration, noch fügt es sich zentralisierenden Regimen.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> Gründlich ausgeführt findet man all dies bei Ladeur (1995)

<sup>29</sup> All dem entsprechend hieß es im „Arbeitsprogramm“ der Kommission: „Das Weißbuch ... versteht unter ‚Governance‘ alle Regeln, Verfahren und Verhaltensweisen, die mit der Art der Ausübung der Befugnisse auf europäischer Ebene, insbesondere mit der Verantwortlichkeit, der Sichtbarkeit, der Transparenz, der Kohärenz, der Effizienz und der Effektivität zusammenhängen.“ Die „gegenseitige Abhängigkeit und Interaktion der verschiedenen Entscheidungsträger auf verschiedenen Ebenen“ wird ebenso hervorgehoben wie die „Mitwirkung nachgeordneter und nichtstaatlicher Akteure“ (Kommission 2000: 4).

<sup>30</sup> Es überrascht nicht, dass die real vorfindbaren Praktiken des europäischen Regierens sich am ehesten mit dem Governance-Begriff fassen lassen. Weder sind „Märkte“ die Regenten Europas geworden, noch haben sich nicht-majoritäre Agenturen als Sachwalter einer europäischen regulativen Politik etablieren können. Stattdessen geschieht die Governance Europas in Netzwerken. Deren administrative Kerninstitution ist ein Ausschusswesen, in dem die Europäische Kommission sich kontinuierlich mit nationalen Bürokratien abstimmt, das von „epistemic communities“ beraten wird, in dem sich wohl-organisierte Interessen zu Wort melden, das aber auch vom Europäischen Parlament und jedenfalls sporadisch auch von einer kritischen Öffentlichkeit beobachtet wird. Die praktischen Leistungen dieser von der akademischen Welt sehr spät (vgl. aber Schmitt von Sydow 1980) entdeckten „Unterwelt“ (Weiler 1998) des Europäischen Regierungssystems werden weithin anerkannt (Bach 1999: 88ff; Joerges/Falke 2000; Töller 2000; Wessels 2000). Ihre normative Bewertung ist freilich kontrovers (vgl. einerseits Joerges/Neyer 1998 und Joerges 2002b; andererseits z.B. Weiler 1999).

## 3.2 Die Mehrebenen-Analytik

Europa sei, so heißt es in der politikwissenschaftlichen Integrationsforschung schon seit einigen Jahren, als „multi-level system of governance sui generis“ zu behandeln (Jachtenfuchs/Kohler-Koch 1996; Scharpf 1999). Jeder Bestandteil dieser Qualifikation trifft sich mit Ergebnissen und Fragestellungen der vorangegangenen Abschnitte – und verweist auf Folgeprobleme, die der Rechtswissenschaft Kopfzerbrechen bereiten. Dabei ist die Realität eines Regierens, das auf Handlungsformen zurückgreifen muss, die nationale und europäische Akteure einbinden, nach den institutionell-rechtlichen Vorgaben der Verträge schlechterdings unausweichlich. Am Beispiel der Kompetenzordnung und der (rechtlich) sog. Durchführung des Gemeinschaftsrechts lässt sich dies gut belegen. Auf die verfassungspolitischen und -theoretischen Implikationen ist zurückzukommen.

### 3.2.1 Kompetenz-Konflikte und „diagonale“ Konfliktkonstellationen

Kompetenzkonflikte zeichnen sich in der EU dadurch aus, dass der seine Autonomie verteidigende Mitgliedstaat selbst jener Gemeinschaft angehört, gegen deren Ansinnen er sich zur Wehr setzt. In einem solchen Konflikt bringen der betroffene Mitgliedstaat und die Gemeinschaft ihre je spezifische Legitimation zur Geltung. Dabei ist der Grundsatz der „begrenzten Einzelermächtigung“ (Art. 3-4; jetzt: 3-7), demzufolge die Gemeinschaft nur in den ihr ausdrücklich zugewiesenen Materien handeln darf, häufig genug dysfunktional: ein an den jeweiligen Sachproblemen orientiertes Handeln kann gemeinschaftliche *und* mitgliedstaatliche Kompetenzen betreffen. Die sich hieraus ergebenden praktischen Überschneidungen zwingen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten de facto zu komplexen Abstimmungen ihrer Gestaltungsansprüche: beide können sich blockieren, keiner kann alleine zu Problemlösungen kommen (Scharpf 1985; Benz 2000). Mit diesem Befund kommt die Jurisprudenz so schwer zu Recht, weil sie die Zuweisung von Kompetenzen als Handlungsermächtigungen und -begrenzungen auffasst, die zugleich politische Verantwortlichkeiten transparent macht (eingehend Mayer 2001; v. Bogdandy/Bast 2001). Die Rechtsprechung des EuGH ist für eine sehr extensive Auslegung europäischer Kompetenzen bekannt. Sie bietet aber gleichzeitig reiches Anschauungsmaterial für eine kluge Selbstbeschränkung bei der praktischen Handhabung der Geltungsansprüche der Kompetenzen europäischen Rechts (Furrer 1994). Dieser institutionelle Kontext zwingt das Recht zu „prozeduralen“ Konfliktschlichtungen, die Regelungsanliegen der Mitgliedstaaten ernst nehmen und sie dennoch auf die Funktionsbedingungen des EU-Systems abstimmen, die sich eben dadurch als „autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich“ (Scharpf 1993) erweisen. Eine für das europäische Mehrebenensystem geradezu typische Konstellation ist der „diagonale“ Konflikt: Die Gemeinschaft hat eine Kompetenz, die sich nur auf einen Teilbereich interdependenter Sachfragen erstreckt. Die Mitgliedstaaten verfügen über Teilkompetenzen, die sie ebensowenig zu autonomen Problemlösungen in die Lage versetzen. Dann müssen diese Konfliktkonstellationen in Kooperationsgebote münden. Sie sind dann nur kooperativ – in einer normativen Wendung: in deliberativen Prozessen – lösbar.

### 3.2.2 "Durchführung" des Gemeinschaftsrechts

Ganz entsprechend verhält es sich mit der sog. Durchführung des Gemeinschaftsrechts. De jure ist die EU, so sieht es jedenfalls der EuGH (EuGH 1998), durchaus zu einem eigenen Verwaltungsvollzug befugt und nicht auf das Modell eines Verwaltungsföderalismus, wie er die Bundesrepublik kennzeichnet, festgelegt. De facto ist die Abhängigkeit des europäischen Regierens von der Mitwirkung der Mitgliedstaaten allenthalben drastisch spürbar. Diese Abhängigkeit determiniert die Ausgestaltung politischer Programme durch die EU: Die Präferenz für weite legislative Rahmenprogramme, die dann mit Hilfe des Ausschusswesens umgesetzt werden; die Einbeziehung nicht-gouvernementaler Organisationen, die Vorliebe für ein „soft law“ und informationspolitische Maßnahmen (Snyder 1994). Gleichermäßen bedeutsam ist der Umstand, dass die Freiheitsrechte, die das Europäische Recht gewährt, außerhalb des je eigenen Mitgliedstaates ausgeübt und gleichzeitig gegen den je eigenen „Souverän“ in Anspruch genommen werden können. Die faktische administrative Schwäche der EU hat die Bedeutung jener Freiheitsrechte gestärkt und synergetische Effekte gezeitigt: Sie hat die Entwicklung autonomer transnationaler Governance-Sphären gefördert, die sich weder als bloße Modifikation der nationalen Polity noch als supranationaler Verwaltungsräume darstellen. Die das EU-System kennzeichnenden hybriden Steuerungsmodi, in denen nationale und europäische, öffentliche und nicht-gouvernementale Akteure zusammenwirken, reagieren auf diese institutionellen Randbedingungen. Wie sind sie zu bewerten? Dies wird wesentlich davon abhängen, ob das Recht jene Governance-Strukturen so verfassen kann, dass sie eine „deliberative“ Praxis gewährleisten.

## 3.3 Aussichten

So technisch-juristisch sich die beiden zuletzt skizzierten Fragenbereiche auch ausnehmen mögen: an ihnen lassen sich die Differenzen einer „Konstitutionalisierung von unten“ und einem Verfassungsdenken, das an den im Verfassungsstaat geltenden Kategorien festhalten will, exemplarisch verdeutlichen. Sie sollen abschließend noch einmal herausgestellt werden.

### 3.3.1 Die Entkoppelung von Rechtsfindung und Verfassungsgebung

Beide eben behandelten Phänomene, der Ausgleich von Kompetenzkonflikten mit Entscheidungsträgern außerhalb des je eigenen „Hoheitsbereichs“ *und* die Emergenz transnationaler Governance-Strukturen, liegen außerhalb des Horizonts der überkommenen Verfassungsrechtstheorie (einstmals in Deutschland ja: Staatsrechtstheorie): „Eine ausdifferenzierte, von der Gesellschaft abgrenzbare und auf die Herstellung kollektiv verbindlicher Entscheidungen spezialisierte Staatsgewalt bildete die Voraussetzung für den regelnden Zugriff der Verfassung“ (Grimm 1994: 633).

Solche Verteidigungen des Nationalstaats im Namen des Zusammenhanges von Staat und Demokratie und die Vorstellungen des Governance-Weißbuchs der Kommission vom Juli 2001 (Kommission 2001) ergänzen sich auf eine höchst unglückliche Weise. Diese Behauptung mag geradezu paradox erscheinen. Man muss sich aber nur fragen, wie sich europäische Institutionen

gegenüber staatserhaltenden Restriktionen behaupten können. In einer solchen Situation liegt der Versuch nahe, die Verteidigung des nationalstaatlich organisierten demokratischen Verfassungsstaats dadurch zu unterlaufen, dass Europa seine Regelungsansprüche gegen Demokratisierungsforderungen systematisch immunisiert. Solche Strategien haben die formative Phase des Gemeinschaftsrechts bestimmt (oben 1.2. und 2.2.1.) – insofern hat das Governance-Weißbuch Tradition. Die Aussagen zur regulativen Politik, die zum Beleg dieser Behauptung herangezogen werden, sind zwar keineswegs das einzige Thema des Weißbuchs; aber für die hier verfolgten Perspektiven kommt ihnen eine durchaus symptomatische Bedeutung zu (eingehender zum folgenden Joerges 2001).

Die Kommission möchte die regulative Politik ganz in dem institutionellen Gefüge von Rat, Parlament und Kommission verankern und aus der Umklammerung der Mitgliedstaaten, die in deren Mitwirkung in den Ausschüssen zur „Durchführung“ des Gemeinschaftsrechts zur Geltung kommt, herauslösen. Zur Kompensation jener administrativen Ressourcen, die bislang die Mitgliedstaaten bereitstellen, sollen neue Exekutivagenturen geschaffen werden, die auf der Grundlage eines klar definierten Mandats autonom entscheiden dürfen, deren Entscheidungsbefugnisse freilich auf Einzelentscheidungen beschränkt bleiben sollen und keine „politischen Ermessensfragen“ umfassen dürfen (Kommission 2001: 31). Solche Entscheidungen möchte sich die Kommission, soweit sie nicht schon legislativ getroffen wurde, selbst vorbehalten. Die Kommission stellt sich so als Spitze der „Verwaltung“ des Binnenmarktes dar, die den Willen eines europäischen Souveräns bloß zu vollziehen hätte. Solche Vorstellungen insinuieren freilich eine transnationale unitarische Polity, die es so nicht gibt. Sie setzen voraus, dass sich Europa hierarchisch verfassen könne, dass es über einen Gesamtsouverän verfüge, dessen Willen eine transnationale Administration umzusetzen befugt sei.

Mit all dem hat das Weißbuch die Verheißungen ihres ursprünglichen Arbeitsprogramms (Kommission 2000), das eine „Demokratisierung“ europäischen Regierens in Aussicht gestellt hatte, zu den Akten gelegt. Gewiss, sie kann sich darauf berufen, dass ihre Vorschläge sich formell in die institutionellen Vorgaben der Verträge einfügen. In der Sache aber müssten die Forderungen der Kommission zur Umgestaltung der „Durchführung“ des Gemeinschaftsrechts eine Exekutivmacht etablieren, die von der Gesetzgebung und der Judikative nicht wirksam zu kontrollieren und die vielfältigen Rückbindungen, die das Ausschusswesen vermittelt, verlieren würde (vgl. sehr dezidiert Scharpf 2001). Deshalb müsste die exekutive Maschinerie, deren Ausbau das Weißbuch fordert, sich technokratisch legitimieren. Dies ist ein aussichtsloses Unterfangen: Der Aufbruch zur Selbstreform der Kommission endet, jedenfalls was die regulative Politik anlangt, in den Sackgassen einer technokratischen Perspektive, die sich den Demokratisierungs-Forderungen zu entziehen sucht, ohne plausibel zu machen, dass sie zumindest ihre praktischen Versprechungen auch einlösen kann.

### 3.3.2 Konstitutionalisierung von unten

Diese düstere Aussicht nimmt nicht in den Blick, dass nunmehr ein Verfassungs-Konvent seine Arbeiten aufnimmt. Dieser Konvent wird seine Zeit brauchen und nicht sobald in die Niederungen des Europäischen Regierens hineinwirken. Er wäre aber fatal, würde die nun zu erwartende

Hochkonjunktur des Europäischen Konstitutionalismus zur Vernachlässigung der Sachthemen des Europäischen Regierens führen. De facto schreitet der Prozess der praktischen Recht-Fertigung weiter voran. Dieselbe Kommission, die für eine Beseitigung des Ausschuswesens plädiert, lässt die open method of coordination recht ungeschoren davonkommen (Kommission 2001: 4, 13) und erfährt beim Aufbau der neuen Europäischen Lebensmittelbehörde, dass die im Weißbuch entwickelten Vorstellungen so nicht in Betracht gezogen werden.<sup>31</sup> Diese Widerständigkeit der europäischen Polity ist beruhigend, aber auch nicht mehr. Sie gewährleistet ja nicht, dass jener inkrementalistische Such- und Lernprozess, in dem sich Europa „verfasst“ hat, erfolgreich weitergeht. Akademische Beobachter können hierbei nur dadurch etwas ausrichten, dass sie die Chancen dieser Alternative möglichst deutlich ausleuchten. Sie müssen sich dazu auf die komplexe Faktizität des europarechtlichen Entdeckungsverfahrens einlassen und gleichzeitig eine normative Richtung vermitteln. Das Label, unter dem ich solche Versuche unternommen habe, heißt „Deliberativer Supranationalismus“ (vgl. näher Joerges/Neyer 1998; Joerges 2000; Joerges/Sand 2001). Dies ist ein Oxymoron. Denn es konfrontiert das orthodoxe Verständnis der rechtlichen Supranationalität mit seinem Gegenteil: einer von Verständigungen abhängigen, heterarchisch strukturierten Polity. Es ist auch insoweit missverständlich, als es die gesellschaftliche Einbindung (embeddedness) des Rechtsfindungsprozesses nicht zum Ausdruck bringt. So mag es angebracht sein, dem Oxymoron ein weiteres hinzuzufügen: „Economy as Polity“, oder auch „Societal Constitutionalism“.<sup>32</sup> Gemeint ist immer, dass die Verfassung in der Gesellschaft entstehe, dass es darauf ankomme, die Konstitutionalisierung jener inkrementalistischen Prozesse zu fördern, in denen das Integrationsprojekt seine Dritten Wege zwischen einer Konstitutionalisierung „von oben“ und einem blinden Pragmatismus sucht. „Konstitutionalisierung“ bezeichnet dabei die Idee einer rechtlichen Einbindung des Regierens, die darauf setzt, dass die Prozesse der politischen Meinungsbildung und Entscheidungsfindung mit Hilfe des Rechts „deliberativ“ strukturiert werden können und daraus ihre Legitimität gewinnen (Eriksen/Fossum 1999; Joerges 2001; s. auch Poiras Maduro 2002).<sup>33</sup> Für eine solche Programmatik der Rückbindung des Europäischen Projekts an die Ideale einer deliberativen Demokratie wäre ein förmlicher Verfassungstext weder hinreichend noch unabdingbar.

---

<sup>31</sup> Die Ratsverordnung zur European Food Safety Authority wurde am 21. 1. 2001 angenommen; die Presseerklärung stellt dies als eine Maßnahme i.S.d Governance-Weißbuchs dar. Indessen handelt es sich bei der neuen Institution um alles andere als eine Exekutiv-Agentur.

<sup>32</sup> Diesen Begriff hat Gunther Teubner (2001) geprägt (er findet sich freilich auch schon bei Johannes Althusius).

<sup>33</sup> All dem entspricht sehr weitgehend das von Pernice (1996; 1999; 2000) entwickelte Konzept eines „Verfassungsverbundes“, insofern es von der rechtlich wie faktisch begründeten Interdependenz im Europäischen Mehrebenensystem ausgeht und die Dichotomien von nationalem und europäischem Recht überwindet. Der „deliberative“ Supranationalismus will allerdings dessen Funktionen genauer benennen.

## Bibliographie

- Abelshauer, Werner (1987): Die Langen Fünfziger Jahre. Wirtschaft und Gesellschaft in Deutschland 1949-1966 (Düsseldorf).
- Allberg, Jonas. (1999): Making States Comply: The European Commission, the European Court of Justice, and the Enforcement of the Internal Market. Ph.D Diss., Lund Political Studies 109 (Lund).
- Alter, Karen J.; Meunier-Aitsahalia, Sophie (1994): Judicial Politics in the European Community. European Integration and the Path-Breaking Cassis de Dijon Decision, 26 Comparative Political Studies, S. 535-561.
- Alter, Karen. (2001): The Creation of an International Rule of Law in Europe: The European Court of Justice and the National Judiciaries (Oxford).
- Bach, Maurizio (1999): Die Bürokratisierung Europas. Verwaltungseliten, Experten und politische Legitimation in Europa (Frankfurt a.M.).
- Behrens, Peter (1994): Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft, in: Brüggemeier, Gert (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa (Baden-Baden), S. 73-90.
- Benz, Arthur (2000): Politische Steuerung in Isoe gekoppelten Mehrebenensystemen, In Wehrle, Raymund/ Schimank, Uwe (Hrsg.), Gesellschaftliche Komplexität und kollektive Handlungsfähigkeit (Frankfurt a.M.-New York), S. 99-126.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1981): Demokratie als Verfassungsprinzip (1987), in: ders., Staat, Verfassung und Demokratie (Frankfurt a.M.), S. 289-378.
- Böhm, Franz (1946), Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, Süddeutsche Juristen-Zeitung, S. 141-149.
- Börzel, Tanja (2000): Private Actors on the Rise? The Role of Non-State Actors in Compliance with International Institutions, Typoskript Florenz/Bonn.
- v. Bogdandy, Armin (2000): Das Leitbild der dualistischen Legitimation für die europäische Verfassungsentwicklung, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 83, S. 284-297.
- v. Bogdandy, Armin (2001): Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht. Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union, Der Staat 40, 3-43.
- v. Bogdandy, Armin und Bast, Jürgen (2001): Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union/ Rechtsdogmatischer Bestand und Verfassungspolitische Reformperspektiven. Europäische Grundrechte Zeitschrift 28, S. 441-458.
- Bryde, Brun-Otto (1994): Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, Staatswissenschaften und Staatspraxis 5, S. 305-330.
- Bücker, Andreas (1997): Von der Gefahrenabwehr zu Risikovorsorge und Risikomanagement im Arbeitsschutzrecht. Eine Untersuchung am Beispiel der rechtlichen Regulierung der Sicherheit von Maschinen unter dem Einfluß der europäischen Rechtsangleichung (Berlin).
- BVerfG (Bundesverfassungsgericht) (1993): Urteil v.12.10.1993 - 2 BvR 2134/92 u. 2 BvR 2159/92, BVerfGE (Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts) 89, 155.

BVerfG (1998), Beschluß v. 31.3.1998, 2 BvR 1877/97, 2 BvR 50/98, BVerfGE 97, 350.

*BVerfG (2000): Beschluß v. 7.6.2000, 2 BvL 1/97, NJW 2000, 3124.*

Burley (Slaughter), Anne-Marie; Mattli, Walter (1993): Europe before the Court: A Political Theory of Legal Integration, *International Organization* 47, S. 41-76.

Cappelletti, Mauro; Seccombe, Monica; Weiler, Joseph H.H. (Hrsg.) (1986ff): Integration through law: [Europe and the American federal experience](#) (Berlin-New York).

Cecchini, Paolo (1988): Der Vorteil des Binnenmarkts (Baden-Baden).

Delors, Jacques (1988): Rede im Europäischen Parlament am 4.7.1988 (Bulletin der EG 1988, 7/8, S. 124).

Delors, Jacques (1992): Europa im Umbruch. Vom Binnenmarkt zur Europäischen Union, in Kommission der EG (Hrsg.), Europäische Gespräche, Heft 9 (Bonn).

Di Fabio, Udo (2000): Di Fabio, Udo 2000: Eine Europäische Charta. Auf dem Weg zu einer Unionsverfassung, *Juristen Zeitung* 55, S. 737-741.

Eichener, Volker (1997): Das Entscheidungssystem der Europäischen Union. Institutionelle Analyse und demokratietheoretische Bewertung (Opladen).

Eriksen, Erik O.; Fossum, John E. (1999): The European Union and Post-national Integration, ARENA Working Paper No. 9/99 (Oslo).

Eriksen, Erik O.; Fossum, John E.; Menéndez, Agustín J. (Hrsg) (2001): The Chartering of Europe. The Charter of Fundamental Rights in Context, ARENA Report 8 (Oslo).

EuGH (Europäischer Gerichtshof) (1963): Rs. 26/62, Slg. 1963, 1 - Van Gend en Loos.

EuGH (1964): Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251 - Costa/ENEL.

EuGH (1971): Rs. 72/70, Kommission ./ Rat, Slg. 1971, 263 – AETR.

EuGH (1979): Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 - Cassis de Dijon.

EuGH (1991): Gutachten 1/91 – erstattet aufgrund von Artikel 228 Absatz 1 Unterabsatz 2 EWG-Vertrag "Entwurf eines Abkommens zwischen der Gemeinschaft einerseits und den Ländern der Europäischen Freihandelszone andererseits über die Schaffung des Europäischen Wirtschaftsraums", Slg. 1991-I, 6079 – Gutachten EWR.

EuGH (1998): Rs. 263/95, Slg. 1998, I - 441 – Bundesrepublik ./ Kommission.

EuGH (1999): Rs. C-212/97, U. v. 9.3.1999, Slg. 1999-I, 1459 – Centros Ltd. ./ Ervervsog Selskabsstrylsen

Everling, Ulrich (1995): Zur Stellung der Mitgliedstaaten der Europäischen Union als „Herren der Verträge“, in Ulrich Beyerlein/Michael Bothe/ Rainer Hofmann/Ernst-Ulrich Petersmann (Hrsg.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für Rudolf Bernhardt*, Berlin-Heidelberg-New York, S. 1161-117.

- Everson, Michelle (1998): Beyond the Bundesverfassungsgericht: On the Necessary Cunning of Constitutional Reasoning, *European Law Journal* 4:4, S. 389-410.
- Forsthoff, Ernst (1971): *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, 2. unveränderte Auflage (München).
- Furrer, Andreas (1994): *Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen* (Baden-Baden).
- Gerber, David J. (1994): Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the "New" Europe, *American Journal of Comparative Law* 42, S. 25-42.
- Grande, Edgar (2000): Multi-Level Governance: Institutionelle Besonderheiten und Funktionsbedingungen des europäischen Mehrebenensystems, in: ders.; Jachtenfuchs, Markus (Hrsg.): *Wie problemlösungsfähig ist die EU? Regieren im europäischen Mehrebenensystem* (Baden-Baden), S. 11-32.
- Grimm, Dieter (1994): Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: ders., *Staatsaufgaben* (Baden-Baden), S. 613-646.
- Habermas, Jürgen (2001): Braucht Europa eine Verfassung, in: ders., *Zeit der Übergänge* (Frankfurt a.M.), 104-129.
- Hallstein, Walter (1946): Wiederherstellung des Privatrechts, *Süddeutsche Juristen-Zeitung*, 1ff.
- Hallstein, Walter (1969): *Der unvollendete Bundesstaat* (Düsseldorf/Wien).
- Haselbach, Dieter (1991): *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft. Gesellschaft und Politik im Ordoliberalismus* (Baden-Baden).
- Heller, Hermann (1928): Politische Demokratie und soziale Homogenität, in: ders., *Gesammelte Schriften Bd. 2*, Leiden 1971, S. 421-433.
- Höland, Armin (1993): Die Rechtssoziologie und der unbekannte Kontinent Europa, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 14, S.17ff.
- Ipsen, Hans Peter (1964) *Der deutsche Jurist und das Europäische Gemeinschaftsrecht*, 43. Deutscher Juristentag 1964, Bd. II, L 14 (München).
- Ipsen, Hans Peter (1972): *Europäisches Gemeinschaftsrecht* (Tübingen).
- Ipsen, Hans Peter (1973): Über Supranationalität, in: ders., *Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien*, Baden-Baden 1984, S. 97-112.
- Ipsen, Hans Peter (1983): Zur Gestalt der Europäischen Gemeinschaft, in: Hans-Peter Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien*, (Baden-Baden) 1984, S. 83-96.
- Ipsen, Hans Peter (1994): Zehn Glossen zum Maastricht-Urteil, *Europarecht* 29, S. 1-21.

- Jachtenfuchs, Markus (2001): The Governance Approach to European Integration, *Journal of Common Market Studies* 39:2, S. 245-264.
- Joerges, Christian (1991): Markt ohne Staat? Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die regulative Politik, in: Rudolf Wildenmann (Hrsg.), *Staatswerdung Europas? Optionen für eine politische Union* (Baden-Baden), S. 225-268.
- Joerges, Christian (1994a): Legitimationsprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts und der Vertrag von Maastricht, in: Brüggemeier, Gert (Hrsg.), *Verfassungen für ein ziviles Europa* (Baden-Baden), S. 91-130.
- Joerges, Christian (1994b): Rationalisierungsprozesse im Recht der Produktsicherheit: Öffentliches Recht und Haftungsrecht unter dem Einfluß der Europäischen Integration, in: *Jahrbuch für Umwelt- und Technikrecht* 14, S. 141-178.
- Joerges, Christian (1996a): Rechtswissenschaftliche Integrationstheorien, in: Beate Kohler-Koch/Wichard Woyke (Hrsg.), *Lexikon der Politik - Band 5. Die Europäische Union* (München), S. 229-232.
- Joerges, Christian (1996b): Die Rolle des Rechts im Prozess der Europäischen Integration - Ein Plädoyer für die Beachtung des Rechts durch die Politikwissenschaft, in: Markus Jachtenfuchs/ Beate Kohler-Koch (Hrsg.), *Europäische Integration* (Opladen) S.73-108.
- Joerges, Christian (1999): Der Philosoph als wahrer Rechtslehrer. Review Essay on G. Majone, *Regulating Europe*, *European Law Journal* 5, S. 147-153.
- Joerges, Christian (2000): Transnationale „deliberative Demokratie“ oder „deliberativer Supranationalismus“? Anmerkungen zur Konzeptualisierung legitimen Regierens jenseits des Nationalstaats bei Rainer Schmalz-Bruns, *Zeitschrift für Internationale Beziehungen* 7, S. 145-161.
- Joerges, Christian (2001): „Ökonomisches Gesetz“ – „Technische Realisation“ – „Stunde der Exekutive“: Rechtshistorische Anmerkungen zum Weißbuch der Kommission über Regieren in Europa, <http://www.iue.it/RSC/Governance/>.
- Joerges, Christian (2002a): "Good Governance" im Europäischen Binnenmarkt: Über die Spannungen zwischen zwei rechtswissenschaftlichen Integrationskonzepten und deren Aufhebung, *Europarecht* 37:1, S. 17-40.
- Joerges, Christian (2002b): The Law's Problems with the Governance of the European Market, in: Christian Joerges/Renaud Dehousse (Hrsg.), *Good Governance in Europe's Integrated Market* (Oxford), S. 3-34.
- Joerges, Christian (2002c): Wurde Europa ein Großraum? Zäsuren, Kontinuitäten, Re-Konfigurationen in der rechtlichen Konzeptualisierung des Integrationsprojekts, in Markus Jachtenfuchs; Michèle Knodt (Hrsg.), *Regieren in internationalen Institutionen* (Opladen), S. 53-78.
- Joerges, Christian; Neyer, Jürgen (1998) Von intergouvernementalem Bargaining zur deliberativen Politik: Gründe und Chancen für eine Konstitutionalisierung der europäischen Komitologie, in: Beate Kohler-Koch (Hrsg.), *Regieren in entgrenzten Räumen* (PVS-Sonderheft 28, Opladen), S. 207-233.
- Joerges, Christian; Falke, Josef (Hrsg.) (2000): *Das Ausschußwesen der Europäischen Union. Die Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung* (Baden-Baden).
- Joerges, Christian; Mény, Yves; Weiler, J.H.H. (Hrsg.) (2000), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*, Florence-Cambridge, Mass.: Robert Schuman Centre/ Jean Monnet Chair Harvard Law School, <http://www.iue.it/RSC/symposium/>.

Joerges, Christian; Sand, Inger-Johanne (2001): Constitutionalism and Transnational Governance; <http://www.iue.it/LAW/joerges/transnationalism/project.htm>.

Kaufmann, Marcel (1997): Europäische Integration und Demokratieprinzip (Baden-Baden).

Kirchhof, Paul (1992): Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration, in: Isensee, Josef; Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VII (Heidelberg), S. 855-878.

Kohler-Koch, Beate (1999): The Evolution and Transformation of European Governance, in: Kohler-Koch, Beate; Eising, Rainer (Hrsg.), The Transformation of Governance in the European Union, (London/New York), S. 14-35.

Kommission der EG (1980): Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 ("Cassis de Dijon"), Amtsblatt C 256 v. 3.10.1980, S. 2-3.

Kommission der EG (1985): Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat zur Vollendung des Binnenmarktes, KOM (85)310 endg. v. 14.6.1985.

Kommission der EG (2000): Ein Weißbuch zur „Governance“ für die Europäische Union. „Die Demokratie in der Europäischen Union vertiefen“. Arbeitsprogramm, SEK(2000) 1547/7 endg. v. 11. 10. 2000.

Kommission der EG (2000): Weißbuch über Regieren in Europa, KOM(2001) 428 endg. v. 25.7.2001.

Ladeur, Karl-Heinz (1993): Die Autonomie der Bundesbank - ein Beispiel für die institutionelle Verarbeitung von Ungewißheitsbedingungen, Staatswissenschaften und Staatspraxis 4, S. 486-508.

Ladeur, Karl-Heinz (1995): Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft (Berlin).

Ladeur, Karl-Heinz (1997): Towards a Legal Theory of Supranationality: The Viability of the Network Concept, 3 European Law Journal, S. 33-54.

La Torre, Massimo (2001), Un giurista nel crepuscolo di Weimar. Politica e diritto nell'opera di Hermann Heller, Ms. Kiel/Florenz ( erscheint in Ratio Juris 2002).

Lenaerts, Koen (2002): La déclaration du Laeken: premier jalon d'une constitution Européenne, Ms. Leuven.

Lepsius, M. Rainer (1982): Nation und Nationalismus in Deutschland, in: Heinrich August Winckler (Hrsg.), Nationalismus in der Welt von heute (Göttingen) S. 12-27. (auch in M. Rainer Lepsius, Interessen, Ideen und Institutionen, Opladen 1988, S. 232-246).

Lepsius, Oliver (1994): Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus (München).

MacCormick, Neil (1995): Das Maastricht-Urteil: Souveränität heute, Juristen Zeitung 50 S. 797-801.

Majone, Giandomenico (1994): The European Community. An „Independent Fourth Branch of Government“?, in: Brüggemeier, Gert (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa (Baden-Baden), S. 23-44.

- Majone, Giandomenico (1996): "Democracy Deficit": The Question of Standards, *European Law Journal* 4, S. 5-28.
- Majone, Giandomenico (2002): Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity, *European Law Journal* 8:3 (im Erscheinen).
- Majone, Giandomenico; Everson, Michelle (2001): Institutional reform: independent agencies, oversight, coordination and procedural control, in: De Schutter, Olivier; Lebessis, Notis; Paterson, John (Hrsg.), *Governance in the European Union (Luxembourg)*, S. 129-168.
- Mayer, Franz C. (2000): Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra vires-Akte in Mehrebenensystemen (München).
- Mayer, Franz C. (2001): Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 61 (2001), S. 577-640.
- Mestmäcker, Ernst-Joachim (1987): Auf dem Wege zu einer Ordnungspolitik für Europa, in: E.J. Mestmäcker; H.Möller; H.P. Schwartz (Hrsg.), *Eine Ordnungspolitik für Europa. Festschrift für Hans v.d. Groeben (Baden-Baden)*, S. 9-49.
- Möllers, Christoph (2000): *Staat als Argument (München)*.
- Moravcsik, Andrew (1998): *The Choice for Europe (Ithaca, NY)*.
- Müller-Armack, Alfred (1947), *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft*, 2. Aufl. (Hamburg).
- Müller-Armack, Alfred (1966): Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes, in: ders., *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik (Freiburg i.Br.)*, 401-415.
- Mussler, Werner (1998): *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Maastricht (Baden-Baden)*.
- Neyer, Jürgen (2002): Who Governs by What Means in the Postnational Constellation? Towards A Deliberative Approach to Postnational Political Integration, Ms. Berlin/Florenz.
- Neyer, Jürgen; Wolf, Dieter; Zürn, Michael (1999): *Recht jenseits des Staates, ZERP-Diskussionspapier 1/99 (Bremen)*.
- Nörr, Knut Wolfgang (1999): *Die Republik der Wirtschaft. Teil I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition (Tübingen)*.
- Oeter, Stefan (1999), Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozess, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 59, S. 901-917.
- Pernice, Ingolf (1993): Maastricht, Staat und Demokratie, *Die Verwaltung* 26, S. 449-488.
- Pernice, Ingolf (1996): Die Dritte Gewalt im Europäischen Verfassungsverbund, *Europarecht* 31, S. 27-43.
- Pernice, Ingolf (1999): Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?, *Common Market Law Review* 36, S. 703-750.

- Pernice, Ingolf (2000): Der Europäische Verfassungsverbund auf dem Wege der Konsolidierung, *Jb. des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 48, S. 205-232.
- Petersmann, Ernst Ulrich (1991): Constitutionalism, Constitutional Law and European Integration, *Außenwirtschaft* 46, S. 247-280.
- Petersmann, Ernst Ulrich (1994): Grundprobleme der Wirtschaftsverfassung der EG, *Außenwirtschaft* 48, S. 389-414.
- Petersmann, Ernst Ulrich (2002): Constitutionalism, International Law and „We the Peoples of the United Nations“, in: H.-J. Cremer, T. Giegerich, D. Richter, A. Zimmermann (Hrsg.), *Tradition und Weltoffenheit des Rechts. Festschrift für Helmut Steinberger* (Berlin et al.), S. 291-313.
- Poiães Maduro, Miguel (2002): Where to Look for Legitimacy, Ms. Lissabon-Oslo Europe, <http://www.arena.uio.no/events/Conference2002/Papers.html>.
- Sandholtz, Wayne; Zysman, John (1989): 1992: Recasting the European Bargain, *World Politics* 42, S. 95-128.
- Sauter, Wolf (1997): *Competition Law and Industrial Policy in the EU* (Oxford).
- Scharpf, Fritz W. (1985): Die Politikverflechtungs-Fälle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus, *Politische Vierteljahresschrift* 26, S. 323-356.
- Scharpf, Fritz W. (1993): Autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich. Zur Logik der europäischen Mehrebenenpolitik. MPIFG Discussion Paper 9/93 (Köln).
- Scharpf, Fritz W. (1999): *Regieren in Europa. Effektiv und demokratisch?*, (Frankfurt a.M. - New York).
- Scharpf, Fritz W. (2001): European Governance: Common Concerns vs. The Challenge of Diversity, Symposium Responses to the European Commission's White Paper, <http://www.iue.it/RSC/Governance/>; auch in Markus Jachtenfuchs; Michèle Knodt (Hrsg.), *Regieren in internationalen Institutionen* (Opladen), S. 271-284.
- Schepel, Harm; Wesseling, Rein (1997): The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe, *European Law Journal* 3, S. 165-188.
- Schilling, Theodor (1990): Artikel 24 Absatz 1 des Grundgesetzes, Artikel 177 des EWG-Vertrags und die Einheit der Rechtsordnung, *Der Staat* 11, S. 161-183.
- Schmid, Christoph (1998): From Pont d' Avignon to Ponte Vecchio. The Resolution of Constitutional Conflicts between the European Union and the Member States through Principles of Public International Law, *Yearbook of European Law* 18, 413-476.
- Schmid, Christoph (2000): Ein enttäuschender Rückzug. Zum „Bananenbeschluss“ des Bundesverfassungsgerichts vom 7.6.2000, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, S.149.
- Schmitt von Sydow, Helmut (1980): *Organe der erweiterten Europäischen Gemeinschaften. Die Kommission*, (Baden-Baden).
- Schmitter, Philippe C. (1992): Representation and the Future Euro-Polity, *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 3, S. 397-405.
- Schmitter, Philippe C. (2001): What is there to Legitimize in the EU ... and how might this be Accomplished, <http://www.iue.it/RSC/Governance/>.
- Schneider, Heinrich (1986): *Rückblick für die Zukunft. Konzeptionelle Weichenstellungen für die europäische Einigung* (Bonn).

- Schwarze, Jürgen (2000): Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung – Deutscher Landesbericht, in: ders., Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung. Das Ineinandergreifen von deutschem und europäischem Verfassungsrecht (Baden-Baden), S. 109-203.
- Schwarze, Jürgen (2000): Europäische Verfassungsperspektiven nach Nizza, Neue Juristische Wochenschrift 55:14, S. 993-998.
- Snyder, Francis (1994): Soft Law and Institutional Practice in the European Community, in: Martin, Stephen (Hrsg.), The Construction of Europe. Essays in Honour of Emile Noël, (Dordrecht-Boston-London), S. 197-225.
- Spengemann, Sven M.(2002): Transcending the Ideological Confines of *Maastricht* : A Re-examination of the Constitutional Dynamics between the European Community and the *Bundesverfassungsgericht* in the post-Kirchhof Era, Ms. Cambridge, MA.
- Stein, Eric (1981): Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, American Journal of International Law 75, S. 1-27.
- Steinberg, Philipp (1999): Governance-Modelle in der Politikwissenschaft und Möglichkeiten Ihrer verfassungsrechtlichen Umsetzung, WHI Working Paper 6/99 – [www.rewi.hu-berlin.de/WHI/](http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/).
- Steindorff, Ernst (1990): Grenzen der EG-Kompetenzen (Heidelberg).
- Streeck, Wolfgang (1998): Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie?, in: ders. (Hrsg.), Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie . Herausforderungen für die Demokratietheorie (Frankfurt a.M./New York), S. 11-58. T
- Teubner, Gunther (2001): Societal Constitutionalism: Alternatives to state-centred constitutional theory, Beitrag zum Workshop "Constitutionalism and Transnational Governance", 30.11.-1.12.2001, EHI Florenz.
- Tjiong, Henri (2001): The Political Economy of Regulatory Competition. A Theory of the Dynamics Between Globalization and the Evolution of Regulatory Systems, Ms. Bonn.
- Töller, Annette Elisabeth (2000): Der Beitrag der Komitologie zur politischen Steuerung in der europäischen Umweltpolitik, in: Grande, Edgar; Jachtenfuchs, Markus (Hrsg.): Wie problemlösungsfähig ist die EU? Regieren im europäischen Mehrebenensystem (Baden-Baden), S. 313-342.
- Verhoeven, Amaryllis (2001): The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory, Ph.D. Diss Leuven.
- Vignon, Jérôme (2001), Governance and Collective Adventure, in: De Schutter, Olivier/ Lebessis, Notis/ Paterson, John (Hrsg.), Governance in the European Union (Luxembourg), S. 3-4.
- Wallace, William (1983): 'Less than a Federation. More than a Regime: The Community as a Political System', in Helen Wallace/William Wallace (Hrsg.) Policy-Making in the European Community (Oxford), S. 403-436.
- Weiler, Joseph H.H. (1981): The Community system: the dual character of supranationalism, Yearbook of European Law 1, S. 257-306.
- Weiler, Joseph H.H. (1991): The Transformation of Europe, Yale Law Journal 100, S. 2403-2483.

- Weiler, Joseph H.H. (1995): Does Europe Need a Constitution? Reflections on Demos, Telos and the German Maastricht Decision. 1 EUROPEAN LAW JOURNAL 219-258 (auch in Ole Due/Marcus Lutter/Jürgen Schwarze (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Bd. II (Baden-Baden), 1651-1688.
- Weiler, Joseph H.H. (1998): Interview: In der Unterwelt der Ausschüsse, DIE ZEIT Nr. 44 v. 22.10.98, S. 9.
- Weiler, Joseph H.H. (1999): Epilogue: "Comitology" as Revolution – Infranationalism, Constitutionalism and Democracy, in Joerges, Christian; Vos, Ellen (Hrsg.), EU Committees. Social Regulation. Law and Politics (Oxford), S. 339-350.
- Welz, Christian; Engel, Christian (1993): Traditionsbestände politikwissenschaftlicher Integrationstheorien: Die Europäische Gemeinschaft im Spannungsfeld von Integration und Kooperation, in: v. Bogdandy, Armin (Hrsg.), Die europäische Option (Baden-Baden), S. 129-169.
- Wessels, Wolfgang (2000), Die Öffnung des Staates. Modelle und Wirklichkeit grenzüberschreitender Verwaltungspraxis 1960-1995 (Opladen).
- Wiener, Antje (1998): The Embedded Acquis Communautaire. Transmission Belt and Prism of New Governance, European Law Journal 4, S. 294-315.
- Wiethölter, Rudolf (1989): Franz Böhm (1895-1977), in: Bernhard Diestelkamp/Michael Stolleis (Hrsg.), Juristen an der Universität Frankfurt a.M. (Baden-Baden), S. 208-252.
- Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft (1986): Stellungnahme zum Weißbuch der EG-Kommission über den Binnenmarkt (Schriften-Reihe 51) (Bonn).
- Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft (1994): Ordnungspolitische Orientierung für die politische Union (Bonn).
- Zürn, Michael (2000): Democratic Governance Beyond the Nation State? The EU and other International Institutions, European Journal for International Relations 6, S. 183-221.
- Zürn, Michael (2001): Politik in der postnationalen Konstellation: Über das Elend des methodologischen Nationalismus, Typoskript (Bremen).



# Europa zwischen rechtlich-konstitutioneller Konkordanz und politisch-kultureller Vielfalt

Stefan Schieren

## Zusammenfassung

Blickte ein Beobachter von außen auf die EU, böte sich ihm das Bild eines undurchsichtigen Flickenteppichs, einer Organisation „monstrum simile“. Dass sie dennoch insgesamt funktioniert, dürfte (nicht nur) ihn eher überraschen.

Denn in der Gemeinschaft haben sich Staaten unter der Bezeichnung „Union“ zusammengefunden, die im Inneren unterschiedlicher nicht organisiert sein könnten: Föderal, semi-föderal, regionalisiert, devolutioniert, unitarisch; parlamentarisch und präsidentiell; monarchisch und republikanisch; verfasst und nicht verfasst; mit und ohne Verfassungsgerichtsbarkeit; monistisch und dualistisch; mit Mehrheits- und mit Verhältniswahlrecht; mit und ohne Volksgesetzgebung. Dazu kommen unterschiedliche Rechts- und Verfassungstraditionen.

Dass Staaten mit solch unvergleichlichen Ausgangsbedingungen eine Union bilden, wird in dem Moment problematisch, wie diese zunehmend Zuständigkeiten an sich zieht oder übertragen bekommt, sich der Integrationsprozess demzufolge verdichtet und beschleunigt, wie es gegenwärtig der Fall ist. Und so stellt sich die keineswegs neue Frage: Kann ein derartiger Gesamtverband funktionieren, wenn seine Mitglieder nicht ein Mindestmaß an substantieller Gleichartigkeit haben?

Offenbar nicht. Am Beispiel Großbritanniens kann gezeigt werden, mit welchem spezifischen Eigengewicht das Recht in den Europäischen Gemeinschaften für diese Harmonisierung sorgte und sich dabei sogar über politische Widerstände in diesem Mitgliedstaat hinwegsetzen konnte.

Dieser Notwendigkeit zur rechtlich-konstitutionellen Konkordanz steht aber die Forderung nach politischer Vielfalt, nach einem „Europa der Nationen“, entgegen. Dass die Gegenreaktion auf die Harmonisierung in dem Maße wächst, wie die Integration fortschreitet, liegt daran, dass sich nicht allein die Entwicklung eines einheitlichen und eigenständigen Rechts auf europäischer Ebene beobachten lässt, wie es Jürgen Schwarze zum Beispiel für das Verwaltungsrecht konstatiert, sondern in gleicher Weise das Recht in den Mitgliedstaaten berührt ist, selbst in den Bereichen, die dem Gemeinschaftsrecht nicht zuzuschreiben sind. Das führt zu Spannungen zwischen der politischen Forderung nach Vielfalt und der Notwendigkeit zur Harmonisierung.

# Inhalt

1.	Das Homogenitätsgebot als europäische Notwendigkeit .....	95
2.	Beispiel Großbritannien .....	95
3.	Gang der Argumentation .....	96
4.	Die stille Revolution. Der Wandel der britischen Demokratie unter dem Einfluss der europäischen Integration .....	97
4.1	Das Ancien Régime Großbritanniens .....	97
4.2	Verantwortlichkeit, Kontrolle und Legitimität im Ancien Régime .....	98
4.3	Die Rolle der Justiz .....	99
4.4	Der Nachweis an Musterfällen .....	102
4.4.1	Spill-over des Gemeinschaftsrechts: Die Rechtssache M. v. Home Office .....	102
4.4.2	Neue Regeln der Gewaltenteilung .....	103
4.4.3	Von der Parlaments- zur Volkssouveränität.....	105
5.	Am Scheideweg?.....	107
6.	Die europäische Integration und die Rückkehr der Politik.....	110
7.	Quellen und Literatur .....	111
7.1	Abkürzungen .....	111
7.2	Quellen.....	111
7.3	Literatur .....	113

## 1. Das Homogenitätsgebot als europäische Notwendigkeit

Für das Funktionieren von Verwaltungen sind Gewohnheiten und Routinen unerlässlich, das Rechts- und Justizsystem ist auf allgemeine Grundsätze angewiesen, die Politik braucht eingeübte, bewährte und akzeptierte Verfahren.

Angesichts grundlegend unterschiedlicher Voraussetzungen in den Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften musste auf europäischer Ebene Anleihe aus allen Staaten genommen werden und sich eine eigene europäische Routine erst bilden. Weil die EG/EU zur Durchsetzung ihrer Politik auf die Verwaltung und Justiz in den Mitgliedstaaten angewiesen ist, blieb es nicht aus, dass jedes Mitglied mit den Verfahrensweisen und den Rechtsgrundsätzen konfrontiert wurde<sup>1</sup>, die es entweder nicht kannte oder ursprünglich sogar ablehnte.

Im Interesse einer funktionstüchtigen Gemeinschaft bzw. Union erwies es sich aber spätestens seit der dynamisch fortschreitenden Integration nach Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte 1987 als unverzichtbar, zu einer Konvergenz von Politik, Verwaltung und Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten zu kommen. Diese erstreckte sich schließlich auch auf die Bereiche, die keinen unmittelbaren Bezug zu Europa hatten, um die Rechtseinheit zu bewahren. Die substantielle Gleichartigkeit der Glieder der Union, die Homogenität der Mitgliedsverbände des Gesamtverbandes wurde zur im thukydeischen Sinne zu verstehenden Notwendigkeit der weiteren Funktionsfähigkeit der Union.<sup>2</sup>

## 2. Beispiel Großbritannien

Wie stark diese vereinheitlichende Kraft wirkte, lässt sich an Großbritannien zeigen. Weder Labour noch die Conservatives zeigten sich bereit, die altherwürdige Verfassung des faktisch integrationsunfähigen Landes zu opfern, um die konstitutionellen Voraussetzungen für die Mitgliedschaft zu schaffen, obwohl es zu dieser keine akzeptable Alternative gab. Diese „willful manifestation of legislative schizophrenia“<sup>3</sup> lähmte die politischen Institutionen über Jahrzehnte, weswegen die Kraft sowohl zur entschlossenen Gegenwehr wie zur gestaltenden Intervention fehlte. Dass es schließlich dennoch ohne aktive Beteiligung, ja, mehr noch, gegen das teilweise Widerstreben der politischen Ebene zur Europäisierung des britischen Staates, seiner Verfassung und Institutionen kam, deutet auf das Eigengewicht hin, das das Recht und die europäischen Routinen und Verfahren besaß.

---

<sup>1</sup> Vgl. Hirsch, Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs, 2001, S. 86f.

<sup>2</sup> Vgl. Schmitz, Integration der supranationalen Union, 2001, bes. Kapitel 3.

<sup>3</sup> de Smith, Constitutional and Administrative Law, 1978, S. 81.

Da dieser Form gebende Prozess im Wesentlichen ohne gestaltende Beteiligung der politischen Organe des Landes stattgefunden hat, steht seine Legitimation zumindest in Frage. Besonders in Großbritannien, aber nicht nur dort, ist daher der Widerstand gegen die starke Wirkung Europas auf die inneren konstitutionellen und rechtlichen Verhältnisse in dem Augenblick gewachsen, in dem die Vertiefung der Integration die fortgeschrittene Homogenisierung der Mitgliedsverbände erforderte. In diesem Spannungsverhältnis<sup>4</sup> zwischen „rechtlich-konstitutionelle Konkordanz und politisch-kultureller Vielfalt“ befindet sich Europa.

### 3. Gang der Argumentation

Im Zentrum der folgenden Argumentation am Beispiel Großbritanniens steht der Nachweis, dass der unterstellte Wandel von der Gerichtsbarkeit ausgeht und auf das politische System in der Form wirkt, dass die Dreiecksbeziehungen zwischen Regierung, Parlament und Gerichtsbarkeit neu gestaltet wurden, was maßgeblich auf die Notwendigkeiten europäischer Politik zurückzuführen ist.

Zunächst muss daher dargelegt werden, welche Gestalt das politische System in Großbritannien hatte und wie der Wandel mit Hilfe der Kategorien „Gewährleistung und Garantie unveräußerlicher Rechte, Gewaltenteilung und Verantwortlichkeit/Kontrolle als Ausprägung der Volkssouveränität“ nachzuweisen ist. Dazu ist auch ein Blick auf die Stellung der Justiz im Ancien Régime notwendig.

Dabei wird deutlich, welche große Bedeutung das Gemeinschaftsrecht spielte. Wegen der Komplexität des Sachverhalts muss beispielhaft gearbeitet werden.

In dem Maße, in dem Europa nicht mehr allein die politischen und wirtschaftlichen Eliten interessierte, sondern ein öffentliches Thema geworden ist und somit Wahlen beeinflussen kann, haben sich seit den neunziger Jahren die Bedingungen europäischer Politik möglicherweise grundlegend geändert.<sup>5</sup> Dem Verlust des Bekannten und Bewährten wird Widerstand entgegengesetzt, was an der Subsidiaritätsklausel im Vertrag von Maastricht abzulesen ist. Gleichzeitig wird die Eigenmacht des Rechts als zunehmend fragwürdig empfunden, was in wachsender Kritik an der Rechtsprechung des EuGH resultiert.

Das sind Erscheinungen, die einer Homogenisierung der Mitgliedsverbände im Wege stehen könnten. Wenn diese aber zur Funktionsfähigkeit der Union eine Notwendigkeit darstellt, ergeben sich weitreichende Folgerungen für die Erfolgsaussichten der weiteren Integration.

---

<sup>4</sup> Vgl. Glomnik, Aus dem ABC der EU, 2001, S. 269.

<sup>5</sup> Hirsch, Die Rolle des europäischen Gerichtshofs, 2001, S. 87.

## 4. Die stille Revolution. Der Wandel der britischen Demokratie unter dem Einfluss der europäischen Integration

### 4.1 Das Ancien Régime Großbritanniens

Im Vereinigten Königreich, einem Land ohne geschriebene Verfassung, dominierte die Doktrin der absoluten Parlamentsouveränität als „palimpsest of sometimes discordant myth“<sup>6</sup> den Charakter des politischen Systems und das Gesicht der britischen Demokratie.<sup>7</sup> Individuelle Grundrechte und deren rechtsstaatliche Sicherung hatten ebenso wenig einen Platz wie die Gewaltenteilung oder die Volkssouveränität. Als schlichtes „instrument of government“<sup>8</sup> ohne Aussagen zu einer Werteordnung weist die britische Verfassung in der Doktrin der absoluten Parlamentsouveränität dem Parlament die legale Allgewalt ausdrücklich zu.

Vor diesem Hintergrund ist die Rule of Law als eine der Säulen der politischen Ordnung Großbritanniens<sup>9</sup> zwar als *gesetzliche* Begrenzung der Regierung zu verstehen, nicht aber als *rechtliche* Begrenzung der Staatstätigkeit. Die Rule of Law meint das Regieren durch Gesetze, nicht aber die Unterwerfung des Gesetzgebers unter das Recht.<sup>10</sup> Dieser besitzt die unbegrenzte legale Macht, die gesetzlichen Grundlagen der Regierungstätigkeit zu ändern. Es gibt keinen höherrangigen Normenbestand, der diese Gesetzgebung einer Überprüfung zugänglich machen würde. Das Recht ist der Politik unterworfen. Das widerspricht den gängigen Begriffen eines Rechtsstaats nach kontinentaleuropäischem Verständnis.<sup>11</sup>

Dies fand im Mehrheitswahlrecht seine Entsprechung, das zu einem kompromisslosen Mehrheitssystem mit geringem Inklusionsgrad und fehlendem Rechtsschutz führte.<sup>12</sup> Das Wechselspiel zwischen Regierung und Opposition und die „checks and balances“ im Westminster Parlament galten als ausreichende Garantie zum Schutz der Rechte des Einzelnen vor Übergriffen einer potenziell allmächtigen Staatsgewalt.

Kurz: Es galt das politisch-parlamentarische Prinzip der Gewährleistung von Rechten, das der Ergänzung durch das richterlich-rechtliche Prinzip nicht bedurfte.

---

<sup>6</sup> Marquand, *Pluralism or Populism?*, 1999, S. 3.

<sup>7</sup> Vgl. Alder, *Constitutional and Administrative Law*, 1994, S. 66; Birkinshaw, *British Report*, 2000, S. 205 - 286; Jennings, *The Law and the Constitution*, 1959, S. 145; Rajani, *Die Geltung und Anwendung*, 2000; Wade, *Constitutional Fundamentals*, 1989, S. 36.

<sup>8</sup> So der Name von Cromwells Verfassung 1653. Vgl. Preuß, *Zum Begriff der Verfassung*, 1994, S. 12f.

<sup>9</sup> Vgl. Dicey, *Introduction*, 1915/1982, Kap. 4; vgl. Allan, *Legislative Supremacy*, 1985, S. 111-143; MacCormick, *Questioning Sovereignty*, 1999, S. 44ff; 69.

<sup>10</sup> Lord Browne-Wilkinson, *The Infiltration of a Bill of Rights*, 1992, S. 398.

<sup>11</sup> MacCormick, *Questioning Sovereignty*, 1999, S. 128f.

<sup>12</sup> Abromeit, *Volkssouveränität, Parlamentsouveränität, Verfassungssouveränität*, 1995, S. 53; 55-59; Schmidt, *Demokratietheorien*, 1995, S. 252, 244f.

Kritiker des politischen Systems in Großbritannien haben daher geurteilt, dass die britische Verfassung nur die Illusion einer Demokratie darstelle.<sup>13</sup>

#### 4.2 Verantwortlichkeit, Kontrolle und Legitimität im Ancien Régime

In der westlichen Tradition werden für eine Demokratie u.a. folgende Merkmale als unverzichtbar angesehen: Erstens die Existenz unveräußerlicher Rechte und deren Garantie durch eine unabhängige Justiz, zweitens Gewaltenteilung und drittens Volkssouveränität als Verantwortlichkeit der Regierenden/Kontrolle durch die Regierten. Unter den oben beschriebenen Bedingungen in Großbritannien unterschied sich die britische Demokratie von diesen Bedingungen grundlegend. Das Land kannte keine Grundrechte, keine Gewaltenteilung und keine Volkssouveränität. Verantwortlichkeit wurde in einem anderen Sinne verstanden.

Bei der Betrachtung der oben genannten Kriterien wird man in Großbritannien stets auf das Parlament verwiesen.

Rechte konnten nur durch das Parlament gewonnen, nicht aber gegen es geschützt werden. Es galt der Grundsatz: „It is obviously senseless to speak of an Act of a Sovereign law making body as ultra vires.“<sup>14</sup> Das Parlament war Prüfinstanz in eigener Sache und besaß die „Macht des letzten Wortes“.<sup>15</sup>

Die „Ministerial Responsibility“ ist auch in Großbritannien das zentrale konstitutionelle Konzept zur Begründung legitimer demokratischer Herrschaft.<sup>16</sup> Diese Verantwortung besteht aber nur gegenüber dem Parlament: Einerseits hinsichtlich der Möglichkeit, dass der Rücktritt des Ministers erzwungen wird, andererseits darin, dass der Minister verpflichtet ist, Fragen des Parlaments umfassend und wahrheitsgetreu zu beantworten.<sup>17</sup>

Die Rechenschaft des Ministers vor einem Gericht wegen des Verstoßes gegen das Recht stand aber nicht zur Debatte, was im Hinblick auf die zentrale Verfassungsdoktrin nur folgerichtig war. Sobald das Parlament seine Ermächtigung gab, waren der Minister und seine Behörden uneingeschränkt handlungsbefugt. Der Untertan<sup>18</sup> konnte nur durch die Wahl eingreifen und die Regierung durch Abwahl zur Verantwortung ziehen, er konnte sich aber nicht darauf berufen, dass ein Minister gegen

---

<sup>13</sup> Edwards (Hg.), *A Claim of Right for Scotland*, 1989, S. 18.

<sup>14</sup> *Ndlawana v. Hofmeyr* [1937] SALR 229 (237) AD.

<sup>15</sup> Vgl. kritisch Böckenförde, *Staat, Nation, Europa*, 1999, S. 161. Vgl. auch Elazar, *Contrasting Unitary and Federal Systems*, 1997, S. 241. In organisch gewachsenen Staaten besitze die Politik den Vorrang, in föderalen Systemen die Verfassung.

<sup>16</sup> Zuletzt Report of the Inquiry into the Export of Defence Equipment and Dual-Use Goods to Iraq and other Related Prosecutions, Session 1995/96, HC 115.

<sup>17</sup> Bogdanor, *Ministerial Responsibility*, 1997, S. 72; vgl. Marshall, *Constitutional Conventions*, 1986; Marshall (Hg.), *Ministerial Responsibility*, 1989; de Smith/Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 1998, S. 190-202.

<sup>18</sup> Vgl. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, 1999, S. 28.

den präsidenten Wählerwillen verstoßen habe oder ein Gericht zur Überprüfung ministeriellen Handelns anrufen.<sup>19</sup>

Diese Allmacht des Parlaments führte nicht zum Ruin des parlamentarischen Systems, weil die check-and-balance funktionierte. Spätestens nach dem zweiten Weltkrieg geriet das ausbalancierte System aber in eine Schiefelage.<sup>20</sup> Lord Hailsham sprach wegen der überragenden Dominanz der Regierung schon 1976 von einer „elective dictatorship“<sup>21</sup>, in der der politische Prozess zudem zunehmend unter parteipolitischen Einfluss geriet. Vor diesem Hintergrund überzeugte die Idee einer ausschließlich politisch-parlamentarisch hergestellten Verantwortlichkeit nicht länger.<sup>22</sup> Der parlamentarisch konzipierte Schutz der Rechte galt als unvollkommen. Das britische Gemeinwesen wurde deswegen als „autoritär“<sup>23</sup>, als ein „coercive state“<sup>24</sup> bezeichnet. Die Legitimität des Ancien Régime geriet in Zweifel.<sup>25</sup> Doch zeigte es sich als unfähig, die Kraft zur Reform aus sich selbst zu schöpfen.

### 4.3 Die Rolle der Justiz

Als Lord Hailsham den eben zitierten Ausspruch tat, war Großbritannien erst drei Jahre Mitglied in der EG und damit am Beginn einer tiefgreifenden Änderung, die durch die Gerichte unter Zuhilfenahme des Gemeinschaftsrechts eigenmächtig vollzogen wurden. Um in diese Lage zu gelangen, mussten diese einen weiten Weg von der damaligen Selbst- und Fremdwahrnehmung als reine Rechtsanwender hin zu einem Partner im demokratischen Dialog gehen. Auf diese Weise schufen sie pari passu die Voraussetzung für den Fortbestand der Mitgliedschaft in der EG/EU.

Die alte Ordnung wies dem Parlament die Macht des letzten Wortes zu. Es konnte jeden Richterspruch jederzeit rückgängig machen.<sup>26</sup> Eine eigenständige Rechtsfortbildung<sup>27</sup> existierte nur im Bereich des common law. Alles andere galt als Usurpation parlamentarischer Vorrechte, als Eindringen in den Bereich der Politik.<sup>28</sup> Die absolute Parlamentsouveränität legte die politisch-

<sup>19</sup> Dicey, Introduction, 1915/82, S. 51/17: „The sole legal right of electors under the English constitution is to elect members of Parliament. Electors have no legal means of initiating, of sanctioning, or of repealing the legislation of Parliament. No Court will consider for a moment the argument that a law is invalid as being opposed to the opinion of the electorate; their opinion can be legally expressed through Parliament, and through Parliament alone.“ Vgl. Ewing, The Human Rights Act, 1999, S. 81; Knodt, Die Prägekraft regionaler Politikstile, 1998, S. 102.

<sup>20</sup> Vgl. Abromeit, Staatsentwicklung in der Thatcher Ära, 1990, S. 296; von Beyme, Die parlamentarische Demokratie, 1999, S. 49; Gamble, The Free Economy and the Strong State, 1988, S. 231ff; Hennessy, The Blair Style of Government, 1998, S. 19; Laws, Law and Democracy, 1995, S. 91.

<sup>21</sup> The Times vom 15. Januar 1976, S. 4; Lord Hailsham, Dimbleby Lecture, in: The Listener, 21. Oktober 1976, S. 396-450. Vgl. Hennessy, The Blair Style of Government, 1998, S. 19, der die Beschreibung „elected monarch“ für den Premierminister verwendet. Vgl. auch Sturm, Staatsordnung und politisches System, 1998, S. 201.

<sup>22</sup> Bogdanor, Ministerial Responsibility, 1997, S. 78. Vgl. schon Marshall/Moodie, Some Problems of the Constitution, 1959, S. 11; Bogdanor, Geoffrey Marshall, 1999, S. 9f.

<sup>23</sup> S. Williams, The New Authoritarianism, 1989, S. 4-9.

<sup>24</sup> Hillyard/Percy-Smith, The Coercive State, 1988.

<sup>25</sup> Vgl. Marr, Ruling Britannia, 1996; Woodhouse, Individual Ministerial Responsibility, 1999, S. 127.

<sup>26</sup> Steyn, The Weakest and Least Dangerous Department, 1997, S. 85.

<sup>27</sup> Vgl. BVerfGE 82, 6 (12). Die „sybellinischen Formeln“ (Arthur Kaufmann) des Art. 20 Abs. 3 GG schreiben dem Richter keine strikte Gesetzesbindung vor, sondern, wie den anderen Gewalten im Staat, wesentlich offener die Bindung an „Gesetz und Recht“.

<sup>28</sup> Vgl. Lord Denning in HL Deb., 5<sup>th</sup> ser., Bd. 369, Sp. 797 (25. März 1976).

konstitutionelle Rolle der Gerichte eindeutig fest: Sie waren Rechtsanwender und nicht Rechtsschöpfer<sup>29</sup>, geschweige denn Supervisionsinstanz. Sie konnten ein Parlamentsgesetz weder in formeller<sup>30</sup> noch in materieller Hinsicht auf seine Gültigkeit hin überprüfen.<sup>31</sup> Zahlreiche Urteile bestätigten die legislative Suprematie des Parlaments, die weder durch internationales Recht<sup>32</sup>, Home Rule-Gesetze<sup>33</sup>, Grundrechte<sup>34</sup> oder irgendeine Form von Naturrecht oder „göttlichem“ Recht<sup>35</sup> eingeschränkt werden konnte.

Durch die strikte Orientierung am Parlamentsgesetz war die richterliche Auslegung ebenso strikt am Wortlaut orientiert.<sup>36</sup> Tatsächliche oder vermeintliche Intentionen des Gesetzgebers spielten keine Rolle.<sup>37</sup> Der Auslegungsspielraum beschränkte sich auf das Bedeutungsspektrum und semantische Umfeld der Wörter.<sup>38</sup>

<sup>29</sup> Atiyah, *Judicial-Legislative Relations*, 1988, S. 135.

<sup>30</sup> Lord Campbell in *Edinburgh & Dalkeith Railway v. Wauchope* [1842] 8 Clark and Finelly 710 (723f) = 8 Engl. Rep. 284: „I think it right to say a word or two upon the point that has been raised with regard to an Act of Parliament being held inoperative by a court of justice because the forms prescribed by the two Houses to be observed in the passing of a Bill have not been exactly followed ... I cannot but express my surprise that such a notion should have prevailed. There is no foundation for it. All that a court of justice can do is to look at the Parliamentary roll; if from that it should appear that a Bill has passed both Houses and received the Royal Assent, no court of justice can inquire into the mode in which it was introduced into Parliament, nor what was done previous to its introduction, or what passed in Parliament during its progress in its various stages through both Houses.“ Vgl. auch Craig, *Sovereignty of the United Kingdom Parliament after Factortame*, 1991, S. 230ff; Wade, *The Basis of Legal Sovereignty*, 1955, S. 190.

<sup>31</sup> Vgl. Dicey, *Introduction*, 1915/1982, S. 88f/39f: „There is no power which, under the English constitution, can come into rivalry with the legislative sovereignty of Parliament ... there does not exist in any part of the British Empire any person or any body of persons, executive, legislative or judicial, which can pronounce void any enactment being opposed to the constitution, or on any ground whatever, except, of course, its being repealed by Parliament. These are the three traits of Parliamentary sovereignty as it exists in England: ... thirdly, the non-existence of any judicial or other authority having the right to nullify an Act of Parliament, or to treat it as void or unconstitutional.“ Vgl. schon *Ex parte Selwyn* [1872] 36 Just. P. 54 PC: „There is no judicial body in the country by which the validity of an Act of Parliament can be questioned. An act of the Legislature is superior in authority to any court of law ... and no court could pronounce a judgment as to the validity of an Act of Parliament.“

<sup>32</sup> „For us an Act of Parliament duly passed by Lords and Commons and assented to by the King is supreme, and we are bound to give effect to its terms.“ High Court of Justiciary in *Edinburgh in Mortensen v. Peters* [1906] 14 SLT 227 (internationales Seerecht); *Cheney v. Conn* [1968] 1 All ER 779 (Genfer Konvention); *British Airways Board v. Laker Airways* [1984] 3 All ER 39 HL (Luftverkehrsabkommen). Vgl. auch Lord Diplock LJ in *Salomon v. Commissioner of Customs and Excise* [1966] 3 All ER 871 (875): „Where, by a treaty, Her Majesty's Government undertakes either to introduce legislation to achieve a specified result or to secure a specified result which can only be achieved by legislation, the treaty, since in English law it is not self-operating, remains irrelevant to any issue in the English courts until Her Majesty's Government has taken steps by way of legislation to fulfil its treaty obligations...“ *Radwan v. Radwan* [1973] 1 Fam. Div. 24 (34): „... international conventions do not have the force of law unless embodied in municipal legislation...“ Vgl. Erades, *Interaction between International and Municipal Law*, 1993, S. 805ff; de Smith/Brazier, *Constitutional and Administrative Law*, 1998, S. 147f.

<sup>33</sup> *Manuel v. Attorney General* [1983] 1 Ch. 77 CA (Kanada); *Scotland's Parliament*, Cm. 3658, 1997, S. X: „The UK Parliament is and will remain sovereign.“

<sup>34</sup> *R. v. Jordan* [1967] Crim LR 483 QBD (*Race Relations Act 1965*). Der Kläger hatte sich auf das Grundrecht der freien Meinungsäußerung berufen. Das Gericht erklärte es jedoch als offensichtlich unsinnig, die Gültigkeit eines Parlamentsgesetzes anfechten zu wollen.

<sup>35</sup> Vgl. *Liversidge v. Anderson* [1942] AC 206 (260f).

<sup>36</sup> Vgl. Cross, *Statutory Interpretation*, 1995, passim; *Davis v. Johnson* [1979] AC 264 HL; *Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton* [1983] 1 AC 191 HL.

<sup>37</sup> *British Railway Board v. Pickin* [1974] 1 All ER 609 (619) HL: „[T]he ordinary, elementary rules of English constitutional law leave the court with no choice but to construe and apply enactments of Parliament as they stand... It is the function of the courts to administer the laws which Parliament has enacted. In the processes of Parliament there will be much consideration whether a bill should or should not in one form or another

Die europäische Gesetzgebung hingegen formuliert allgemeine Ziele und erteilt nicht konkrete Handlungsanweisungen, ihr Hauptaugenmerk liegt nicht auf dem Einzelfall, sondern auf Prinzipien. Bei der Auslegung dominiert die teleologische Methode<sup>39</sup>, was unterschiedliche Ergebnisse produziert.<sup>40</sup> Als beide Rechtstraditionen 1973 aufeinander trafen, war die Kollision folglich unausweichlich.

Zunächst wurde der unpräzise Wortlaut europäischer Regelungen, deren Lückenhaftigkeit und das Fehlen von Interpretationshinweisen massiv beklagt<sup>41</sup>, was den europäischen Gesetzgeber natürlich nicht veranlasste, seine Akte nach britischen Vorstellungen zu erlassen. Die langfristige Folge war, dass das kontinentale Rechtsverständnis über den Umweg Europa zunächst in die britischen Gerichtssäle gelangte und von dort den Weg in die Gesellschaft nahm.<sup>42</sup> Durch Europa erlernten britische Richter und Anwälte Methoden, die ihnen Freiheiten und Einflussmöglichkeiten verschafften, die sie aus ihrem System nicht kannten.

Als Lord Denning als junger Richter den Versuch unternahm, einer „ultra-legalistic interpretation“ entgegenzuwirken<sup>43</sup>, wurde er vom Oberhaus der konstitutionellen Häresie bezichtigt<sup>44</sup>, obwohl seine damaligen Vorschläge kaum das enthielten, was heute den Standard der Auslegung für das Gemeinschaftsrecht – wenn nicht des gesamten Rechts – darstellt.<sup>45</sup>

Die Gerichte zeigten nach 1973 allerdings zunächst nur widerstrebende Bereitschaft, Urteilsgründe heranzuziehen, die außerhalb des Gesetzestextes zu finden waren.<sup>46</sup> Mittelfristig aber waren sie es,

---

become an enactment. When an enactment is passed there is finality unless and until it is amended or repealed by Parliament. In the courts there may be argument as to the correct interpretation of the enactment: there must be none as to whether it should be on the statute book at all.“ Vgl. Esser, Grundsatz und Norm, 1990, S. 130f; Laws, Law and Democracy, 1995, S. 77f; Zweigert/Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996, S. 260f.

<sup>38</sup> Lord Reid in *Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof-Aschaffenburg AG* [1975] AC 591 (613) HL: „We often say that we are looking for the intention of Parliament, but that is not quite accurate. We are seeking the meaning of the words which Parliament used. We are seeking not what Parliament meant but the true meaning of what they said.“ Vgl. auch Griffith, *The Politics of the Judiciary*, 1997, S. 5-8; Laws, *Law and Democracy*, 1995, S. 79f.

<sup>39</sup> Buck, *Über die Auslegungsmethoden*, 1998, S. 202 - 229; Hirsch, *Der Europäische Gerichtshof*, 1997, S. 10. Anders Anweiler, *Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs*, 1997, S. 57.

<sup>40</sup> Vgl. Lord Reid in *Jones v. Secretary of State C.* [1972] 1 All ER 145 (149) HL: „... in many cases it cannot be said positively that one construction is right and another is wrong... Much may depend on one's approach. If more attention is paid to meticulous examination of the language used in the statute the result may be different from that reached by paying more attention to the apparent object of the statute so as to adopt that meaning of the words under consideration which best accords with it.“ Vgl. Koch, *Zur Einführung eines Grundrechtskataloges*, 1991, S. 100.

<sup>41</sup> Lord Denning in *Bulmer Ltd. v. Bollinger SA* [1974] Ch. 401 (425) CA. Vgl. Dagoglou, *The English Judges and European Community Law*, 1978, S.76 - 97.

<sup>42</sup> Vgl. Steiner, *Legal System*, 1992, S. 129f.

<sup>43</sup> *Seaford Court Estates Ltd. v. Asher* [1949] 2 KB 481(498f) CA; *Magor and St. Mellons Rural District Council v. Newport Corporation* [1950] 2 All ER 1226 (1236).

<sup>44</sup> *Magor and St. Mellons Rural District Council v. Newport Corporation* [1952] AC 189 HL. Vgl. Cross, *Statutory Interpretation*, 1995, S. 29f.

<sup>45</sup> Vgl. Lord Lester, *Pepper v. Hart Revisited*, 1994, S. 12f.

<sup>46</sup> Vgl. A. Lester, *English Judges as Law Makers*, 1993, S. 275; Lord Lester, *Pepper v. Hart Revisited*, 1994, S. 13f.

die ungeachtet ihrer Selbstzweifel<sup>47</sup> dafür sorgten, die Machtbalance in den Houses of Parliament zu erneuern.<sup>48</sup>

Das blieb nicht ohne Folgen für das Selbstverständnis der Verfassungsinstitutionen des Landes. Gegengewalten sind entstanden, die dem absoluten Souveränitätsanspruch des Parlaments als faktisches Instrument der Regierungsvormacht entgegentreten. Die Gerichte haben die Aufgabe übernommen, den Bürger gegen diesen Allmachtsanspruch zu schützen, damit sich die britische Demokratie nicht durch die „in ihrer Systematik objektiv angelegten Tendenzen zum Missbrauch ihrer eigenen Prinzipien“<sup>49</sup> selbst zerstören kann.

Als Ergebnis bleibt festzuhalten: Indem eine unabhängige Rechtsprechung sich gemeinschaftsrechtliche Prinzipien und Methoden aneignete, begrenzte sie in unbekannter Weise die politische Macht der Regierung und machte sich selbst zum Partner im demokratischen Dialog.

#### 4.4 Der Nachweis an Musterfällen

In Bezug auf unsere Kategorien lässt sich die Entwicklung an einigen Musterfällen zeigen.<sup>50</sup>

##### 4.4.1 Spill-over des Gemeinschaftsrechts: Die Rechtssache M. v. Home Office

Die Rechtssache M. v. Home Office drehte sich um die Ausweisung eines Schwarzafrikaners aus Großbritannien. Diese war durch eine einstweilige Verfügung gerichtlich untersagt worden, was – nach Einleitung der Abschiebung – in Person des Richters Garland durch einen nachmittäglichen Anruf bei Innenminister Baker bekräftigt wurde. Der Minister ignorierte die richterliche Anweisung jedoch, weil unter dem Crown Proceeding Act 1947 eine einstweilige Verfügung gegen die Krone und ihre Minister gemäß der radikal-parlamentarischen Interpretation des politischen Prozesses als ausgeschlossen galt: Der Minister war gegenüber dem Parlament verantwortlich, nicht gegenüber den Gerichten.

Nach erfolgter Abschiebung und wahrscheinlicher Ermordung M.s klagte dessen Anwalt dennoch gegen den Innenminister wegen Missachtung des Gerichts und gewann.<sup>51</sup>

Der Fall ist in doppelter Hinsicht interessant. Zum einen wurde erstmals (!) ein Minister Ihrer Majestät als Person der Missachtung eines Gerichts für schuldig befunden, weil er dessen Verfügung ignoriert

<sup>47</sup> Vgl. Lord Hoffmann in *Stoke on Trent City Council v. B & O plc* [1991] 4 All ER 221 CA.

<sup>48</sup> Formal gesehen ist das Appellate Committee of the House of Lords kein Gericht, sondern ein Ausschuss des Parlaments, der Empfehlungen für das gesamte Haus formuliert. Die rund 20 Mitglieder dieses Ausschusses, die Law Lords, tagen daher auch ohne Perücke, die in den ordentlichen Gerichten die Regel ist. In der Praxis hat sich der Ausschuss aber faktisch zu einem obersten Gericht entwickelt, was sich u.a. an der Professionalisierung der Mitglieder ablesen lässt. Ein Lordrichter muss auf ein langes Berufsleben im Justizsystem zurückblicken können, um in den Ausschuss zu gelangen. Die Urteile der jüngeren Zeit lassen zudem darauf schließen, dass sich die Law Lords inzwischen als unabhängige richterliche Gewalt verstehen.

<sup>49</sup> von Brünneck, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien*, 1992, S. 151.

<sup>50</sup> Vgl. ausführlich Stefan Schieren, *Die stille Revolution. Der Wandel der britischen Demokratie unter dem Einfluss der europäischen Integration*, Darmstadt 2001.

<sup>51</sup> *M. v. Home Office* [1992] 4 All ER 97 CA. *M. v. Home Office* [1993] 3 All ER 537 (538) HL.

hatte. Mit der Rüge war eine Annullierung des Ausweisungsbeschlusses verbunden. Jeder Minister musste also seine Handlungen nicht mehr nur allein gegenüber dem Parlament verantworten, sondern gegebenenfalls auch gegenüber dem Gericht. Diese Einschränkung der ministeriellen Immunität bedeutete eine Verbesserung des rechtlich-richterlichen Schutzes für den Einzelnen vor den Akten der Regierung und ihrer Behörden, wie er in Großbritannien in den neunziger Jahren stetig ausgebaut worden ist.

Noch interessanter ist die Begründung des Gerichts. Wie angedeutet, hatte der Minister in der Vermutung gehandelt, der Crown Proceedings Act 1947 schütze ihn vor einer einstweiligen Verfügung. Lordrichter Woolf erließ diese jedoch und begründete dies mit Rechtsgrundsätzen aus dem Gemeinschaftsrecht, das gar nicht zur Verhandlung gestanden hatte.<sup>52</sup>

Das bedeutet, dass in der Rechtssache M. aus heimischem Recht unbekannte, jedoch aus Europa eingedrungene Grundsätze (Gleichheitsgrundsatz)<sup>53</sup> und Rechtsmittel (einstweilige Verfügung) die Grenzen der gemeinschaftsrechtlichen Anwendung übersprangen<sup>54</sup> und auf die gesamte Rechtsprechung ausgedehnt wurden.

#### 4.4.2 Neue Regeln der Gewaltenteilung

Dass es bei dieser Entwicklung nicht lediglich um den verbesserten Rechtsschutz des Einzelnen gegenüber Akten der Obrigkeit mittels erweiterter Anwendung von Auslegungsregeln aus Europa ging, sondern um die Neubestimmung der Dreiecksbeziehung Parlament, Regierung und Gerichten, sollte sich der Rechtssache Fire Brigades Union zeigen.

In diesem Fall ging es um die Entschädigung für Verbrechenopfer, die in den Reihen der Feuerwehr besonders häufig auftraten. Lange Jahre war die Entschädigung durch königliche Prärogative informell und ex gratia geregelt worden. Im Criminal Justice Act 1988 wurde das Verfahren auf eine ordentliche Verwaltungsrechtsgrundlage gestellt. Der Innenminister sollte ohne Fristsetzung im Gesetz durch Statutory Order ein Compensation Scheme umsetzen. Er unterließ dies aber und erklärte schließlich, diesbezüglich auch nicht mehr aktiv werden zu wollen. Stattdessen setzte er zum 1. April 1994 ohne weitere Beteiligung des Parlaments eine neue Schadensersatzregelung in Kraft.

Die Fire Brigades Union klagte gegen den Innenminister, dass er das Gesetz missachtet und ungesetzlich gehandelt habe. Der Court of Appeal urteilte, dass der Minister mangels klarer Vorgaben im Gesetz nicht gezwungen werden könne, eine Schadensersatzregelung umzusetzen. Wohl aber sei

---

<sup>52</sup> In der Rechtssache R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. (No. 2) [1991] 1 AC 603 (661ff) HL hatte das Oberhaus eine einstweilige Verfügung im Geltungsbereich des Gemeinschaftsrechts bereits zugelassen. Vgl. Convery, State Liability, 1997, S. 619.

<sup>53</sup> Vgl. Lord Woolf in Re M [1993] 3 All ER 537 (564) HL.

<sup>54</sup> Vgl. Schwarze, Die europäische Dimension des Verfassungsrechts, 1995, S. 1370. Vgl. auch Le Sueur/Sunkin, Public Law, 1997, S. 622, die es begrüßen, dass die aus dem englischen Recht entspringenden Ungerechtigkeiten korrigiert würden.

es ein Rechtsverstoß gewesen, stattdessen ein anderes Regelwerk einzuführen.<sup>55</sup> Der Innenminister beantragte die Revision, unterlag aber vor dem Oberhaus erneut.<sup>56</sup>

Das Votum fiel mit 3:2 knapp aus. Die Uneinigkeit resultierte aus der grundsätzlich unterschiedlichen Auffassung über die Dreiecksbeziehungen zwischen Legislative, Exekutive und Judikative.

Die „dissenting judges“ Lord Keith of Kinkel<sup>57</sup> und Lord Mustill<sup>58</sup> begründeten ihr Votum damit, dass der Innenminister unzweifelhaft dem Parlament für Verfehlungen im Amt gegenüber verantwortlich sei, „and that is the proper place, and the only proper place, for any possible failure in the present respect to be called in question.“ Auch wenn der Minister bei der Umsetzung einer Schadensersatzregelung die Pflicht verletzt habe, die gesetzlichen Vorgaben zu beachten, sei er ausschließlich dem Parlament gegenüber verantwortlich, „and not to the public at large.“ Dies gelte umso mehr, als das Gericht nicht die Kompetenz besitze, „to express any opinion on the relationship between the executive and Parliament.“

Dies entspricht der Auffassung, dass die Regierung immun ist und sogar geltende Gesetze missachten darf, solange die Mehrheit des Parlaments ihr das Vertrauen schenkt. Die Minderheit oder das Parlament als eigenständige Gewalt haben keine Möglichkeit, außerhalb des politischen Entscheidungsprozesses Rechenschaft einzufordern. Verantwortlichkeit wird rein parlamentarisch-politisch definiert.<sup>59</sup> Der Rücktritt eines Ministers war vor diesem Hintergrund zur seltenen Ausnahme geworden.<sup>60</sup>

Im Verlaufe der neunziger Jahre verlor diese Deutung jedoch an Überzeugungskraft. Während die Lords Keith und Mustill in ihrer Minderheitsmeinung der britischen Tradition die Ehre gaben, leitete der Mehrheitsbeschluss eine Neuorientierung ein, wie ein Vergleich zu einem Urteil aus dem Jahr 1985 zeigt.

Der Ministerialbeamte Ponting hatte damals dem Abgeordneten Tam Dalyell von der Labour-Opposition Material zugespielt, mit dem bewiesen werden konnte, dass die Regierung das Parlament über den Untergang der Belgrano im Falkland-Krieg vorsätzlich falsch informiert hatte. Der Souverän wurde also erst durch Pontings Eigenmächtigkeit zutreffend vom Sachverhalt in Kenntnis gesetzt. Hatte Ponting dennoch gegen das „Interesse des Staates“ verstoßen?

Das Gericht definierte den in Sec. 2 (1) Official Secret Act 1911 verwendeten Terminus „interest of the state“ streng im Sinne des parlamentarisch-politischen Prinzips. Dieses bestand in der Politik der jeweiligen Regierung, nicht in etwas Abstraktem. Rechenschaft musste die Regierung vor dem

---

<sup>55</sup> R. v. Secretary of State for Home Department, ex parte Fire Brigades Union [1995] 1 All ER 888 CA.

<sup>56</sup> R. v. Secretary of State for Home Department, ex parte Fire Brigades Union [1995] 2 All ER 244 HL; vgl. Ganz, Criminal Injuries Compensation, 1996, S. 95-100.

<sup>57</sup> R. v. Secretary of State for Home Department, ex parte Fire Brigades Union [1995] 2 All ER 244 (247f) HL

<sup>58</sup> Ebd., S. 256-268.

<sup>59</sup> Vgl. Oliver, Ministerial Responsibility, 1999, S. 87ff.

<sup>60</sup> Vgl. Oliver, Ministerial Responsibility, 1999, S. 80f.

Parlament ablegen, nicht vor Gericht oder der Öffentlichkeit.<sup>61</sup> Diese Interpretation bedeutete, dass die Opposition keine Handhabe besaß<sup>62</sup>, selbst wenn die Regierung das Parlament falsch informierte. Ponting wurde verurteilt. Hohe Konfliktbereitschaft paarte sich mit fehlenden institutionalisierten Mitwirkungsmöglichkeiten der Opposition.<sup>63</sup>

Das Urteil in der Rechtssache Fire Brigades ist eine Abkehr von diesen Grundsätzen. Lord Browne-Wilkinson, Berichterstatter des Mehrheitsvotums<sup>64</sup>, sah zwar ebenfalls keine Möglichkeit, den Minister zur Umsetzung des Compensation Scheme zu verpflichten, solange das entsprechende Gesetz diesbezüglich unklar war. Das bedeute aber nicht, dass jede weitere Maßnahme in das beliebige Ermessen des Ministers gestellt gewesen sei.<sup>65</sup> Daher sei die neue Regelung außerhalb der im Criminal Justice Act 1988 erteilten Ermächtigung (*ultra vires*) erfolgt.

Im Fire Brigades-Fall fühlte sich das Oberhaus dazu aufgerufen, den Vorrang eines Parlamentsgesetzes vor dem unbeschränkten Zugriff der Exekutive zu gewährleisten und darin nicht länger eine ausschließliche Aufgabe des Parlaments zu sehen. Das Gericht schützte das Parlament vor unzulässigen Handlungen der Exekutive, wenn diese durch Nichtbeachtung ein Gesetz faktisch nicht anwendete.<sup>66</sup>

Aus dem Urteil spricht die Unzufriedenheit über Fehlentwicklungen des demokratischen Prozesses. Das Gericht hatte erkannt, dass die Dominanz der Regierung über die Parlamentsmehrheit ein Problem für die Legitimität staatlichen Handelns darstellt und leitete daraus in revolutionär anmutender Weise ab, selbst einzugreifen<sup>67</sup>, um die Rechte des Parlaments als eigenständigem Legislativorgan gegenüber der Exekutive und damit den Gedanken einer Gewaltenteilung nach kontinentaleuropäischen Begriffen zu stärken.

#### 4.4.3 Von der Parlaments- zur Volkssouveränität

Diese beiden Entscheidungen stehen in einer Reihe mit zahlreichen anderen Urteilen, die einen tiefgreifenden Wandel, ja, eine „stille Revolution“ dokumentieren.<sup>68</sup> Auslöser war der Beitritt des Vereinigten Königreichs zur Europäischen Gemeinschaft. Die Konfrontation mit den Rechtsprinzipien und -mitteln des Gemeinschaftsrechts ließen die Mängel des britischen Systems nicht nur plastisch

---

<sup>61</sup> R. v. Ponting [1985] Crim LR 318 (319) in Verbindung mit Chandler v. DPP [1964] AC 763. MacCormick, *Questioning Sovereignty*, 1999, S. 29ff.

<sup>62</sup> Zur Bedeutung des Oppositionsinstruments der „Organklage“ vgl. K. Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 1995, S. 282, Rd.-Nr. 679.

<sup>63</sup> Siehe das Schaubild bei Helms, *Wettbewerb*, 1997, S. 70. Vgl. Griffith/Ryle, *Parliament*, 1989, S. 338ff; Saalfeld, *Die zentrale Rolle*, 1995, S. 102f.

<sup>64</sup> R. v. Secretary of State for Home Department, ex parte Fire Brigades Union [1995] 2 All ER 244 (248 - 256) HL.

<sup>65</sup> Vgl. Lord Lloyd, ebd., S. 271: „The Home Secretary has power to delay the coming into force of the statutory provisions in question; but he has no power to reject them or set them aside as if they had never been passed.“

<sup>66</sup> „It is for the Parliament, not the executive, to repeal legislation.“ Ebd., S. 254.

<sup>67</sup> Vgl. Ganz, *Criminal Injuries Compensation*, 1996, S. 100: „When the unelected judiciary feel obliged to repair the malfunctioning of the democratic process there is something badly wrong with the state of our democracy.“ Vgl. Lee, *Law and the Constitution*, 1994, S. 136f.

<sup>68</sup> David Rose, UK: *Silent Revolution. Judges with Radical Views*, in: *The Observer* vom 9. Mai 1993.

hervortreten. Gleichzeitig war es die entscheidende Ressource, mit deren Hilfe der konstitutionelle Wandel in Großbritannien herbeigeführt werden konnte.

Um Gemeinschaftsrecht auch in Großbritannien zur Geltung zu verhelfen, musste die Gerichtsbarkeit im Alltag mit den Rechtsprinzipien und -mitteln des Gemeinschaftsrechts hantieren und letztendlich im Interesse einer einheitlichen Rechtsanwendung übernehmen, wenn auch sichtlich zurückhaltend.

Wesentliche Prämisse dafür war die feste politische Absicht des Vereinigten Königreichs, die Mitgliedschaft in der Europäischen Union nicht zu gefährden. Diese politische Voraussetzung versetzte die britischen Gerichte überhaupt in die Lage, die Gesetzgebung des vormals uneingeschränkt souveränen Parlaments einer Überprüfung anhand neu gewonnener bzw. entwickelter Maßstäbe zu unterziehen.

Mit der Errichtung institutionalisierter Schranken gegenüber der potenziellen Allmacht der Regierungsmehrheit brachte sich die Gerichtsbarkeit selbst als Teilnehmer im demokratischen Dialog ins Spiel. Sie trug dadurch dazu bei, dass die delikate Balance zwischen legitimer Herrschaft der Mehrheit und unverzichtbaren grundlegenden Werten, wie den Menschenrechten, wiederhergestellt wurde, nachdem das parlamentarisch-politische Prinzip, das der britischen Demokratie zugrunde gelegen hatte, sich als nicht mehr leistungsfähig genug erwiesen hatte.

Die Beschränkung der Mehrheit durch grundlegende Werte bedeutet einen erheblichen Eingriff in den politischen Prozess. Dieser wird durch die faktische, wenn auch noch lückenhafte Gewährleistung von Grundrechten eingeschränkt<sup>69</sup> und auf eine konsensualere Bahn gezwungen. Die Berücksichtigung von Interessen der Minderheit und damit deren verstärkte Einbeziehung in den politischen Prozess geht damit einher.

Verantwortlichkeit und Kontrolle sind wesentliche Elemente einer freiheitlichen Demokratie, ebenso wie die Entwicklung individueller Grundrechte, deren Gewährleistung die Gerichte im Ansatz übernommen haben. In diesem Sinne ist es unverkennbar, dass sich das politische System in Großbritannien von einem Ancien Régime hin zu einem Verfassungsstaat nach kontinentaleuropäischem Vorbild entwickelt, weil ihm die Homogenisierungsnotwendigkeit der europäischen Integration keine andere Wahl ließ.

---

<sup>69</sup> Vgl. hierzu die Transformation der Europäischen Menschenrechtskonvention. Stefan Schieren, Der Human Rights Act 1998 und seine Bedeutung für Großbritanniens Verfassung, in: Zeitschrift für Parlamentsfragen 30 (1999), S. 999-1013.

## 5. Am Scheideweg?

Dass die britische Gerichtsbarkeit das Gemeinschaftsrecht in dieser weitreichenden Weise als Ressource nutzen können, lag maßgeblich an der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs<sup>70</sup>, der sich schlicht als „more powerful than intended“<sup>71</sup> erwies. Aufgrund seiner ausgreifenden Rolle geriet er zunehmend unter den Zwang der Rechtfertigung.<sup>72</sup>

Zweifellos ist der EuGH ein Motor der europäischen Integration<sup>73</sup>, der antreibt, nicht aber seine Richtung bestimmt.<sup>74</sup> Wird vor diesem Hintergrund die „ever closer union“ als begrüßenswert erachtet, fällt die Beurteilung der richterlichen Tätigkeit entsprechend günstig aus. In diesem Fall gilt die normkreatierende Rechtsprechung nicht als Usurpation politischer Vorrechte, sondern als „besonderes Verdienst“<sup>75</sup> und als Schmiermittel für einen „normative supranationalism“.<sup>76</sup> Erwägungen der Legitimation des EuGH, den Gang der Ereignisse in dieser Weise zu bestimmen, treten hinter den Aspekt der Nützlichkeit zurück.<sup>77</sup>

Demgegenüber hat Hjalte Rasmussen dem EuGH vorgeworfen, ohne demokratisches Mandat weit außerhalb der vertraglichen Ermächtigung zu agieren und dabei die erkennbaren Absichten der Mitgliedstaaten ignoriert, ja, deren Kompetenzen usurpiert zu haben.<sup>78</sup>

Rasmussens Kritik ist auf fruchtbaren Boden gefallen. Zeitgleich mit der Veröffentlichung seiner voluminösen Dissertation unternahmen die Mitgliedstaaten mit der Verabschiedung der Einheitlichen Europäischen Akte den Versuch, verlorenes Terrain gegenüber dem EuGH zurückzugewinnen. Die Erfahrungen mit der außer Kontrolle geratenen Rechtsentwicklung auf europäischer Ebene veranlasste sie dazu, „politische[n] Maßnahmen unspezifischer Art gegenüber Rechtsvereinbarungen und diplomatische[n] Verhandlungen gegenüber rechtlichen Verfahren den Vorzug ... [zu] geben.“<sup>79</sup>

---

<sup>70</sup> Vgl. schon Green, *Political Integration by Jurisprudence*, 1969, Kap. VII: „The court builds a system of community law.“

<sup>71</sup> „More Powerful Than Intended“, *Financial Times* vom 22. August 1974. Vgl. Alter, *Explaining National Court Acceptance*, 1998, S. 227; Dänzer-Vanotti, *Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung*, 1995, S. 205-221; Lenaerts, *Some Thoughts about the Interaction*, 1992, S. 1; Stein, *Lawyers, Judges*, 1981, S. 1: „Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type structure in Europe.“

<sup>72</sup> Vgl. *Suggestion of the Court of Justice on European Union*, *Bulletin of the European Communities*, Supp. 9/75 (Siegelschmidt-Report), 10. Januar 1983 (Doc. 1-1052/82). Vgl. Waelbroeck, *Treaty Violations*, 1994, S. 469.

<sup>73</sup> Der Begriff bei Everling, *Die Zukunft der europäischen Gerichtsbarkeit*, 1997, S. 398f. Zur Bedeutung des EuGH als Motor der Integration vgl. Ehlermann, *The European Communities*, 1992, S. 218; Mancini, *The Making of a Constitution for Europe*, 1991, S. 178; Volcansek, *The European Court of Justice*, 1992, S. 109, 113.

<sup>74</sup> Weiler, *Journey to an Unknown Destination*, 1993, S. 417-446.

<sup>75</sup> Bahlmann, *Europäische Grundrechtsperspektiven*, 1984, S. 19.

<sup>76</sup> Weiler, *The Community System*, 1981, S. 267 - 306; vgl. Weiler, *The Transformation of Europe*, 1991, passim.

<sup>77</sup> Vgl. Starr-Deelen/Deelen, *The European Court of Justice*, 1996, S. 90: „What the Court did was socially legitimate rather than formally legitimate.“

<sup>78</sup> H. Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, 1986.

<sup>79</sup> Louis, *The Rule of Law*, 1998, S. 113.

Gleichzeitig fand aber ein Wechsel der Wirtschaftspolitik statt. Die Marktschaffung mittels Einführung europäischer Standards wurde durch die gegenseitige Anerkennung nationaler Standards abgelöst. Durch den Wandel der Integrationsmethode entwickelte sich die europäische Ebene zu einer eigenständig agierenden zentralen Schnittstelle, die „wichtige Funktionen ... bei der Veränderung von Staatlichkeit in Europa übernahm, mit der notwendigen Folge der „Konvergenz staatlicher Formen und Regulierungen in Europa“, weil die „europäische Integration auch als strategische Ebene in den politischen Auseinandersetzungen um den Staatsumbau auf nationaler Ebene“ dient.<sup>80</sup> Vor allem das Privatrecht erwies sich als das vereinheitlichende Instrument in den Händen Privater.

Daher unternahmen die Regierungen der Mitgliedstaaten im Maastricht-Vertrag mit der Aufnahme der Subsidiaritätsklausel einen erneuten Versuch, verlorenes Terrain zurückzugewinnen. Außerdem wurden die Zuständigkeiten des EuGH in Art. K 7 EUV (jetzt Art. 35 EU) stark eingeschränkt festgelegt.<sup>81</sup> In letzter Konsequenz sind die sogenannte 2. bzw. 3. Säule der Europäischen Union der Rechtsprechung des EuGH weitgehend entzogen geblieben (Art. L EUV; jetzt Art. 46 EU).

Anscheinend wurden die getroffenen Maßnahmen zur Begrenzung des gerichtlichen Einflusses aber immer noch nicht als hinreichend erachtet, weswegen sich die Kritik am EuGH in den neunziger Jahren verstärkte.<sup>82</sup> Die französische Nationalversammlung beklagte in einer Erklärung die ausgedehnte Kompetenzenmaßnahme des Europäischen Gerichtshofs.<sup>83</sup> Nahezu zeitgleich legte die britische Regierung ihr Memorandum zur sogenannten „korrigierenden Kodifikation“ europäischen Rechts vor. Das Vereinigte Königreich strebte an, Urteile des EuGH durch die heimische Gesetzgebung zu korrigieren, wenn sie zu weitreichend erschienen.<sup>84</sup>

Der EuGH zog das Misstrauen der Mitgliedstaaten vor allem deswegen auf sich<sup>85</sup>, weil er nicht als Hüter der nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung konstruierten Kompetenzordnung der Gemeinschaft erschien, nicht als „neutraler Richter“, sondern als das „Integrationsorgan der

---

<sup>80</sup> Vgl. Ziltener, Strukturwandel, 1999, bes. S. 160ff; S. 206ff.

<sup>81</sup> Vgl. Besselink, Entrapped by the Maximum Standard, 1998, S. 629f; Louis, The Rule of Law, 1998, S. 102ff.

<sup>82</sup> Vgl. Alter, The European Court's Political Power, 1996, S. 462; Alter, Who Are the „Masters of the Treaty“?, 1998, S. 132f; Anweiler, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs, 1997, S. 1; Everling, Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof, 1995, S. 73f; Meier, Nationale Rechtskontrolle, 1998, S. 193; H. Rasmussen, On Law and Policy in the European Court of Justice, 1986, S. 62; Roller, Die Mitwirkung der deutschen Länder, 1998, S. 24; Rupp, Ausschaltung des Bundesverfassungsgerichts?, 1998, S. 215; Schultz, Die Legitimitätsprobleme des Europäischen Gerichtshofes, 1998, S. 57f; Stein, Lawyers, Judges, 1981, S. 1; Weiler, The Transformation of Europe, 1991, S. 274; Winter, Direct Applicability, 1972, S. 437; de Witte, Community Law and National Constitutional Values, 1991/92, S. 3.

<sup>83</sup> Assemblée Nationale, Quelles réformes pour l'Europe de demain?, Rapport d'information n° 1939, Paris 1996, S. 24.

<sup>84</sup> Diese im Inland bekannte Praxis hätte zu einer uneinheitlichen Rechtsanwendung in der Gemeinschaft geführt und wurde von den Partnerstaaten auch nicht weiter verfolgt. Memorandum des Vereinigten Königreichs über den Europäischen Gerichtshof vom 23. Juli 1996, CONF 3883/96, Anlage. Vgl. Hummer/Obwexer, Vom ‚Gesetzesstaat zum Richterstaat‘, 1997, S. 301 - 304.

<sup>85</sup> Vgl. Everling, Will Europe slip on Bananas?, 1996, S. 435f: „As a young institution, without assured tradition of national constitutional courts, the Court will only find acceptance if it succeeds in creating confidence by means of professional competence, impartiality without emotion and balanced reasoning.“ Vgl. Everling in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 16. April 1991.

Europäischen Union“.<sup>86</sup> Die Zusicherung des Gerichtshofs, er sei sein eigener Wächter<sup>87</sup>, fand in der Rechtsprechung keine Bestätigung. Selbst Joseph Weiler, sicher kein Kritiker der europäischen Integration, merkte kritisch an: „Der Gerichtshof nimmt seine Rolle als Schutzmann in Europa nicht wahr. Er sagt nicht nein zur Union, wenn sie ihre Kompetenzen überschreitet.“<sup>88</sup>

Nicht zuletzt durch diese Kritik in seiner Selbstgewissheit erschüttert<sup>89</sup> urteilte der EuGH am 5. Oktober 2000 erstmals, dass die Gemeinschaft jenseits ihrer Ermächtigung agiert habe.<sup>90</sup>

Besondere Aufmerksamkeit verdient die unter Rd.-Nr. 83 ausgeführte Begründung: „Diesen Artikel (i. e. Art. 100a EGV, St.S.) dahin auszulegen, dass er dem Gemeinschaftsgesetzgeber eine allgemeine Kompetenz zur Regelung des Binnenmarktes gewähre, widerspräche nicht nur dem Wortlaut der genannten Bestimmungen, sondern wäre auch unvereinbar mit dem in Artikel 3b EG-Vertrag (jetzt Artikel 5 EG) niedergelegten Grundsatz, dass die Befugnisse der Gemeinschaft auf Einzelermächtigungen beruhen.“

Das Gericht bezieht sich auf Art. 3b EG-Vertrag (jetzt Artikel 5 EG), um mit der begrenzten Einzelermächtigung die Nichtzuständigkeit der Gemeinschaft festzustellen, als sei diese erst mit diesem Artikel normiert worden. Dabei war diese seit jeher das vorwaltende Organisationsprinzip der Gemeinschaft.<sup>91</sup>

Das war aber allem Anschein nach im Lauf der Jahre angesichts der Spruchpraxis des EuGH unkenntlich geworden. Diese hatte in den Augen eines Beobachters nämlich einen Zustand erreicht, dass „[s]pätstens mit Maastricht ... die der Kompetenzstruktur der Gemeinschaft schon bislang nicht gerecht werdende Postulierung eines ‚Prinzips der (begrenzten) Einzelermächtigung‘ der Vergangenheit angehören“ sollte<sup>92</sup>, obwohl diese Formel erst gerade in den Maastricht Vertrag aufgenommen worden war. Es war also nicht allgemein abzusehen, dass sich ein Wandel in der Auffassung des EuGH abzeichnete, dass das Prinzip durch den Maastricht-Vertrag gestärkt wurde.<sup>93</sup> Denn der EuGH könnte mit seiner Begründung deutlich machen wollen, dass er die Vertragsänderung von Maastricht

---

<sup>86</sup> Wolfgang Schäuble, Vorsitzender der CDU/CSU-Bundestagsfraktion, am 3. Dezember 1999 in der Debatte zur Regierungserklärung zum EU-Gipfel in Helsinki. Vgl. auch Bundespräsident Roman Herzog vor dem 62. Deutschen Juristentag in Bremen am 25. September 1998: „Die europäischen Institutionen neigen durchaus dazu, für sich mehr Kompetenzen zu reklamieren, als ihnen von den Mitgliedstaaten zugestanden worden sind.“

<sup>87</sup> Editorial Comments, *Quis custodiet?*, 1993, S. 899 - 903. Vgl. auch Meier, *Nationale Rechtskontrolle*, 1998, S. 193; Zuleeg, *Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt*, 1994, S. 6ff; abweichend Reich, *Nationale Rechtskontrolle?*, 1998, S. 321.

<sup>88</sup> Weiler, *In der Unterwelt der Ausschüsse*, 1998, S. 9; Vgl. Hummer/Obwexer, *Vom „Gesetzesstaat zum Richterstaat“*, 1996, S. 300.

<sup>89</sup> Schultz, *Die Legitimitätsprobleme des Europäischen Gerichtshofes*, 1998, S. 69ff; vgl. Epping, *Die demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, 1997, S. 349-380; Odersky, *Vertrauen in die Rechtsordnungen*, 1995, S. 1001-1015. Günstiger Magiera, *Das Europäische Parlament als Garant demokratischer Legitimation*, 1995, S. 789-801.

<sup>90</sup> *Rs. C-378/98 Deutschland v. Europäisches Parlament* [2000]. Urteil vom 5. Oktober 2000 über die RL 98/43/EG (sog. Tabakwerbeverbot). Vgl. Weiler, *The Future of the European Community*, 1988, S. 54; de Witte, *Community Law and National Constitutional Values*, 1991/92, S. 3.

<sup>91</sup> Vgl. auch BVerfGE 89, 155 (Maastricht-Urteil).

<sup>92</sup> Beyer, *Die Ermächtigung der Europäischen Union*, 1996, S. 191f.

<sup>93</sup> Vgl. BVerfGE 89, 155 (181).

zum Anlass nimmt, dem impliziten Wunsch der Politik zu entsprechen und das Subsidiaritätsprinzip zum neuen Maßstab seiner Rechtsprechung zu machen, um somit vom „Prinzip der Funktionssicherung“ abzurücken, das die Rechtsprechung in der Vergangenheit dominiert hatte.

## 6. Die europäische Integration und die Rückkehr der Politik

Die Bezeichnung „Prinzip der Funktionssicherung“ führt uns zur Ausgangsfragestellung zurück. Zur Funktionssicherung der Gemeinschaft bediente sich der EuGH einer Rechtsprechung, die homogenisierend auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen wirkte. Dabei ließ er Nützlichkeits- den Vorrang vor Legitimitätsabwägungen. Nach Einschätzung des jetzigen Richters am Bundesgerichtshof und früheren Richters am EuGH, Günter Hirsch, hat der EuGH mittlerweile „auf berechtigte Kritik an einzelnen Urteilen reagiert“<sup>94</sup> und eine kooperativere Haltung eingenommen. Dass der Gleichklang zwischen den Organen der EU wegen des Mangels an harmonisierten Regelungen verloren gehen könnte<sup>95</sup>, erachtet er nunmehr als ein politisches Problem, auf das er hinweist<sup>96</sup>, das er aber nicht mehr korrigiert.

Damit ist die Integration in die vornehmliche Verantwortung der Politik zurückgekehrt. Das war einerseits deren Wunsch, weil sie sich dem Druck der eigenen Bevölkerung zur Wahrung nationaler Besonderheiten ausgesetzt sah. Zum anderen wird sich die Politik schwerer tun, den Einigungsprozess so geschmeidig und geräuschlos voranzutreiben, wie das durch die Richter im fernen Luxemburg geschehen konnte.

Denn dass die europäische Integration ins Stocken geraten ist, haben die dürftigen Ergebnisse der vergangenen Konferenzen gezeigt. Das Bestreben, die politische Vielfalt zu bewahren, überwog ungeachtet der Notwendigkeit, zur Funktionssicherung die Harmonisierung fortzuführen.

Der nun eingesetzte Verfassungskonvent ist eine Reaktion auf den Stillstand. Unter dem Gesichtspunkt der Legitimität ist er zu begrüßen. Allerdings dürfte sein Erfolg wegen zu erwartender Widerstände in anderen Mitgliedstaaten, insbesondere in Großbritannien, ausbleiben. Viel spricht für eine Periode, in der Stillstand und Rückschläge nicht auszuschließen sind, weil sich in der gegenwärtigen Phase der Integration der Wunsch nach Erhalt der politischen Vielfalt gegen die Notwendigkeit zur Harmonisierung durchsetzt. Das sind auch schlechte Vorzeichen für die bevorstehende Erweiterung der Gemeinschaft.

---

<sup>94</sup> Hirsch, Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs, 2001, S. 88.

<sup>95</sup> Schneider, Viel Rauch um nichts?, 2001, S. 8.

<sup>96</sup> Editorial Comments, The IGC 1996 and the Court of Justice, 1995, S. 884f.

## 7. Quellen und Literatur

### 7.1 Abkürzungen

AC = Appeal Court

All ER = All England Law Report

AD = Appellate Division

BVerfGE = Bundesverfassungsgerichtsentscheid

CA = Court of Appeal

Ch. = Chancery

Cm. = Command Report

Crim. LR = Criminal Law Report

Deb. = Debates

Engl. Rep. = English Reports

Fam. Dv. = Family Division

HC = House of Commons

HL = House of Lords

KB(D) = King's Bench (Division)

LJ = Lord Justice

PC = Privy Council

QB(D) = Queen's Bench (Division)

R. = Regina

SALR = South African Law Report

Slg. = Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften

SLT = Scottish Law Times

### 7.2 Quellen

Assemblée Nationale, Quelles réformes pour l'Europe de demain?, Rapport d'information n° 1939, Paris 1996, S. 24.

Black-Clawson International Ltd. v. Papierwerke Waldhof Aschaffenburg AG [1975] AC 591 HL.

British Airways Board v. Laker Airways [1984] 3 All ER 39 HL.

British Railway Board v. Pickin [1974] 1 All ER 609 HL.

Bulmer Ltd. v. Bollinger SA [1974] Ch. 401 CA.

BVerfGE 82, 6 (Solange II). ???

BVerfGE 89, 155 (Maastricht-Urteil).

Chandler v. DPP [1964] AC 763

Cheney v. Conn [1968] 1 All ER 779.

Davis v. Johnson [1979] AC 264 HL.

Ex parte Selwyn [1872] 36 Just. P. 54 PC

Hadmor Productions Ltd. v. Hamilton [1983] 1 AC 191 HL.

Jones v. Secretary of State C. [1972] 1 All ER 145 HL.

Liversidge v. Anderson [1942] AC 206 HL.

Lord Campbell in Edinburgh & Dalkeith Railway v. Wauchope [1842] 8 Clark and Finelly 710 (723f) = 8 Engl. Rep. 284.

Lord Denning in HL Deb., 5<sup>th</sup> ser., Bd. 369, Sp. 797 (25. März 1976).

M. v. Home Office [1992] 4 All ER 97 CA.

M. v. Home Office [1993] 3 All ER 537 HL.

Magor and St. Mellons Rural District Council v. Newport Corporation [1950] 2 All ER 1226 CA.

Magor and St. Mellons Rural District Council v. Newport Corporation [1952] AC 189 HL.

Manuel v. Attorney General [1983] 1 Ch. 77 CA (Kanada).

Memorandum des Vereinigten Königreichs über den Europäischen Gerichtshof vom 23. Juli 1996, CONF 3883/96, Anlage.

Mortensen v. Peters [1906] 14 SLT 227.

Ndlawana v. Hofmeyr [1937] SALR 229 AD.

R. v. Jordan [1967] Crim LR 483 QBD.

R. v. Ponting [1985] Crim LR 318.

R. v. Secretary of State for Home Department, ex parte Fire Brigades Union [1995] 1 All ER 888 CA.

R. v. Secretary of State for Home Department, ex parte Fire Brigades Union [1995] 2 All ER 244 HL.

R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. (No. 2) [1991] 1 AC 603 HL

Radwan v. Radwan [1973] 1 Fam. Div. 24.

Re M [1993] 3 All ER 537 HL.

Report of the Inquiry into the Export of Defence Equipment and Dual-Use Goods to Iraq and other Related Prosecutions, Session 1995/96, HC 115.

Rs. C-378/98 Deutschland v. Europäisches Parlament [2000]. Urteil vom 5. Oktober 2000 über die RL 98/43/EG (sog. Tabakwerbeverbot).

Salomon v. Commissioner of Customs and Excise [1966] 3 All ER 871.

Scotland's Parliament, Cm. 3658, London 1997.

Seaford Court Estates Ltd. v. Asher [1949] 2 KB 481 CA.

Suggestion of the Court of Justice on European Union, Bulletin of the European Communities, Supp. 9/75 (Siegel Schmidt-Report), 10. Januar 1983 (Doc. 1-1052/82)

### 7.3 Literatur

Abromeit, Heidrun: Staatsentwicklung in der Thatcher Ära. Weniger Staat - mehr Staat?, in: Roland Sturm (Hg.), Thatcherismus. Eine Bilanz nach zehn Jahren, Bochum 1990, S. 295 - 324.

Abromeit, Heidrun: Volkssouveränität, Parlamentsouveränität, Verfassungssouveränität. Drei Realmodelle der Legitimation staatlichen Handelns, in: Politische Vierteljahresschrift 36 (1995), S. 49 - 66.

Alder, John: Constitutional and Administrative Law, 2. Auflage, Basingstoke und London 1994.

Allan, T. R. S.: Legislative Supremacy and the Rule of Law. Democracy and Constitutionalism, in: Cambridge Law Journal 44 (1985), S. 111 - 143.

Alter, Karen J.: Explaining National Court Acceptance of European Court Jurisprudence. A Critical Evaluation of Theories of Legal Integration, in: Anne-Marie Slaughter, Alec Stone-Sweet und J. H. H. Weiler (Hg.), The European Court and National Courts. Doctrine and Jurisprudence. Legal Change in its Social Context, Oxford 1998, S. 227 - 252.

Alter, Karen J.: The European Court's Political Power. The Emergence of an Authoritative International Court in the European Union, in: West European Politics 19 (1996), S. 458 - 487.

Alter, Karen J.: Who Are the „Masters of the Treaty“? European Governments and the European Court of Justice, in: International Organization 52 (1998), S. 121 - 148.

Anweiler, Jochen: Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, Frankfurt am Main u.a. 1997 [Schriften zum internationalen und zum öffentlichen Recht 17].

Atiyah, Patrick: Judicial-Legislative Relations in Britain, in: Robert A. Katzmann (Hg.), Judges and Legislators. Towards Institutional Comity, Washington D.C. 1988, S. 129 - 161.

Bahlmann, Kai: Europäische Grundrechtsperspektiven, in: Bodo Börner u.a. (Hg.), Einigkeit und Recht und Freiheit, Köln u.a. 1984, S. 17 - 41 [Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag].

Besselink, L.: Entrapped by the Maximum Standard. On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union, in: Common Market Law Review 35 (1998), S. 629 - 680.

Beyer, Thomas C. W.: Die Ermächtigung der Europäischen Union und ihrer Gemeinschaften, in: Der Staat 35 (1996), S. 189 - 220.

Beyme, Klaus von: Die parlamentarische Demokratie. Entstehung und Funktionsweise 1789 - 1999, 3. Auflage, Opladen 1999.

- Birkenshaw, Patrick: British Report, in: Jürgen Schwarze (Hg.), Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung. Das Ineinandergreifen von nationalem und europäischem Verfassungsrecht, Baden-Baden 2000, S. 205 - 286.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1999.
- Bogdanor, Vernon: Geoffrey Marshall, in: David Butler u.a. (Hg.), The Law, Politics and the Constitution. Essays in Honour of Geoffrey Marshall, Oxford 1999, S. 1 - 18.
- Bogdanor, Vernon: Ministerial Responsibility, in: Parliamentary Affairs 50 (1997), S. 71 - 83.
- Browne-Wilkinson, Lord: The Infiltration of a Bill of Rights, in: Public Law (1992), S. 397 - 410.
- Brünneck, Alexander von: Ernst Fraenkel (1895 - 1975). Soziale Gerechtigkeit und pluralistische Demokratie, in: Streitbare Juristen (1988), S. 415 - 426.
- Buck, Carsten: Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main u.a. 1998.
- Convery, Jane: State Liability in the United Kingdom after *Brasserie du Pêcheur*, in: Common Market Law Review 34 (1997), S. 603 - 634.
- Craig, Paul P.: Sovereignty of the United Kingdom Parliament after *Factortame*, in: Yearbook of European Law (1991), S. 221 - 255.
- Cross, Rupert: Statutory Interpretation, 3. Auflage, beteiligt John Bell und Sir George Engle, London u.a. 1995.
- Dänzer-Vanotti, Wolfgang: Der Europäische Gerichtshof zwischen Rechtsprechung und Rechtsetzung, in: Ole Due, Marcus Lutter und Jürgen Schwarze (Hg.), Festschrift für Ulrich Everling, Band 1, Baden-Baden 1995, S. 205 - 221.
- Dagoglou, P. D.: The English Judges and European Community Law, in: Cambridge Law Journal 37 (1978), S. 76 - 97.
- Dicey, Albert Venn: Introduction to the Study of the Law of the Constitution, Allison Pointe Trail 1982, Nachdruck der 8. Auflage, London (Macmillan) 1915 [1. Auflage London 1885].
- Editorial Comments. Quis Custodiet the European Court of Justice?, in: Common Market Law Review 30 (1993), S. 899 - 905.
- Editorial Comments. The IGC 1996 and the Court of Justice, in: Common Market Law Review 32 (1995), S. 883 - 892.
- Edwards, Owen Dudley (Hg.): A Claim of Right for Scotland. Report of the Constitutional Steering Committee, Presented to the Campaign for a Scottish Assembly, Edinburgh Juli 1988, Edinburgh 1989.
- Ehlermann, Claus-Dieter: The European Communities, its Law and Lawyers, in: Common Market Law Review 29 (1992), S. 213 - 227.
- Elazar, Daniel J.: Contrasting Unitary and Federal Systems, in: International Political Science Review 18 (1997), S. 237 - 251.
- Epping, Volker: Die demokratische Legitimation der dritten Gewalt der Europäischen Gemeinschaften, in: Der Staat 36 (1997), S. 349 - 380.
- Erades, L.: Interaction between International and Municipal Law. A Comparative Case Law Study, hg. von Malgosia Fitzmaurice und Cees Flinterman, Den Haag 1993.

- Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 4. unveränderte Auflage, Tübingen 1990.
- Everling, Ulrich: Bundesverfassungsgericht und Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften nach dem Maastricht-Urteil, in: Albrecht Randelzhofer, Rupert Scholz und Dieter Wilke (Hg.), Gedächtnisschrift für Eberhard Grabitz, München 1995, S. 57 - 75.
- Everling, Ulrich: Die Zukunft der europäischen Gerichtsbarkeit in einer erweiterten Europäischen Union, in: *Europarecht* 32 (1997), S. 398 - 418.
- Everling, Ulrich: Will Europe slip on Bananas? The Bananas Judgment of the Court of Justice and National Courts, in: *Common Market Law Review* 33 (1996), S. 401 - 438.
- Ewing, K. D.: The Human Rights Act and Parliamentary Democracy, in: *Modern Law Review* 62 (1999), S. 79 - 99.
- Gamble, Andrew: *The Free Economy and the Strong State. The Politics of Thatcherism*, Basingstoke und London 1988.
- Ganz, G.: Criminal Injuries Compensation. The Constitutional Issue, in: *Modern Law Review* 59 (1996), S. 95 - 100.
- Glombik, Manfred: Aus dem ABC der EU. Subsidiarität, in: *Verwaltungsrundschau* (2001), S. 269.
- Gloser, Günter / Michael Roth: Verfassungsrecht ist Parlamentsrecht. Eine starke europäische Gemeinschaft braucht starke Volksvertretungen, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 27. August 2001, S. 8
- Green, Andrew Wilson: *Political Integration by Jurisprudence. The Work of the Court of Justice of the European Communities in European Political Integration*, Leyden 1969.
- Griffith, J. A. G. und Michael Ryle: *Parliament. Functions, Practice and Procedures*, London 1989.
- Griffith, John: Geoffrey Marshall and Public Law. The Early Years, in: David Butler u.a.: *The Law, Politics and the Constitution. Essays in Honour of Geoffrey Marshall*, Oxford 1999, S. 185 - 202.
- Griffith, John: *The Politics of the Judiciary*, 5. Auflage, London 1997.
- Groß, Bernd: Die administrative Föderalisierung der EG, in: *JuristenZeitung* 49 (1994), S. 594 - 605.
- Helms, Ludger: *Wettbewerb und Kooperation. Zum Verhältnis von Regierungsmehrheit und Opposition im parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland, Großbritannien und Österreich*, Opladen 1997.
- Hennessy, Peter: The Blair Style of Government. An Historical Perspective and an Interim Audit, in: *Government and Opposition* 33 (1998), S. 3 - 20.
- Hesse, Konrad: *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. Auflage, Heidelberg 1995.
- Hillyard, Paddy / Janie Percy-Smith: *The Coercive State. The Decline of Democracy in Britain*, London und New York 1988.
- Hirsch, Günter: *Der Europäische Gerichtshof. Das unbekannte Wesen*, Heidelberg 1997.
- Günter Hirsch, Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs bei der europäischen Integration, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart*, NF 49 (2001), S. 79 - 88.

- Hummer, Waldemar / Walter Obwexer: Vom „Gesetzesstaat zum Richterstaat“ und wieder retour? Reflexionen über das britische Memorandum über der EuGH vom 23. 7. 1996 zur Frage der „korrigierenden Kodifikation“ von Richterrecht des EuGH, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (1997) 10, S. 295 - 304.
- Jennings, Ivor: *The Law and the Constitution*, 5. Auflage, London 1959 [Nachdruck 1970].
- Knodt, Michèle: Die Prägekraft regionaler Politikstile, in: Beate Kohler-Koch (Hg.), *Interaktive Politik in Europa. Regionen im Netzwerk der Integration*, Opladen 1998, S. 97 - 125.
- Koch, Michael H. W.: *Zur Einführung eines Grundrechtskataloges im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland*, Berlin 1991.
- Laws, Sir John: *Law and Democracy*, in: *Public Law* 72 (1995), S. 72 - 93.
- Le Sueur, Andrew / Maurice Sunkin: *Public Law*, London und New York 1997.
- Lee, Simon: *Law and the Constitution*, in: David Kavanagh und Anthony Seldon (Hg.), *The Major Effect*, London 1994, S. 122 - 144.
- Lenaerts, Koen: *Some Thoughts about the Interaction between Judges and Politicians in the European Community*, in: *Yearbook of European Law* 12 (1992), S. 1 - 34.
- Lester of Herne Hill, Lord: *Pepper v. Hart Revisited*, in: *Statute Law Review* 15 (1994), S. 10 - 22.
- Lester, Anthony: *English Judges as Law Makers*, in: *Public Law* (1993), S. 269 - 290.
- Lord Steyn, *The Weakest and Least Dangerous Department of Government*, in: *Public Law* (1997), S. 84 - 95.
- Louis, Jean-Victor: *The Rule of Law*, in: Martin Westlake (Hg.), *The European Union Beyond Amsterdam. New Concepts of European Integration*, London und New York 1998, S. 99 - 115.
- Magiera, Siegfried: *Die Einheitliche Europäische Akte und die Fortentwicklung der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Union*, in: Wilfried Fiedler und Georg Ress (Hg.), *Verfassungsrecht und Völkerrecht. Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck*, Köln u. a. 1989, S. 507 - 530.
- Mancini, G. Federico: *The Making of a Constitution for Europe*, in: *Common Market Law Review* 26 (1989), S. 595ff.
- Marquand, David: *Populism or Pluralism? New Labour and the Constitution*, Mishcon Lecture, Mai 1999, London 1999.
- Marr, Andrew: *Ruling Britannia. The Failure and Future of British Democracy*, Harmondsworth 1996.
- Marshall, Geoffrey (Hg.): *Ministerial Responsibility*, Oxford 1989.
- Marshall, Geoffrey / Graham C. Moodie: *Some Problems of the Constitution*, London 1959
- Marshall, Geoffrey: *Constitutional Conventions. The Rules and Forms of Political Accountability*, Oxford 1986.
- McCormick, Neil: *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth*, Oxford 1999.

- Meier, Gert: Nationale Rechtskontrolle der Unionskompetenzen - gemeinschaftskonforme vertikale Gewaltenteilung? (Editorial), in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 9 (1998) 7, S. 193.
- Odersky, Walter: Vertrauen in die Rechtsordnungen der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten, in: Ole Due, Marcus Lutter und Jürgen Schwarze (Hg.), Festschrift für Ulrich Everling, Band 2, Baden-Baden 1995, S. 1001 - 1015.
- Oliver, Dawn: Ministerial Responsibility. What and Where are the Parameters?, in: David Butler u.a. (Hg.), The Law, Politics and the Constitution. Essays in Honour of Geoffrey Marshall, Oxford 1999, S. 78 - 101.
- Preuß, Ulrich K.: Einleitung: Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik, in: Ulrich K. Preuß (Hg.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, Frankfurt am Main 1994, S. 7 - 33.
- Rajani, Sonja: Die Geltung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts im Vereinigten Königreich von Großbritannien und Nordirland. Der Grundsatz der Parlamentssouveränität im Wandel, Frankfurt am Main 2000.
- Rasmussen, Hjalte: On Law and Policy in the European Court of Justice, Dordrecht u.a. 1986.
- Reich, Norbert: Nationale Rechtskontrolle der Unionskompetenzen? (Editorial), in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 9 (1998), S. 321.
- Roller, Gerhard: Die Mitwirkung der deutschen Länder und der belgischen Regionen an EG-Entscheidungen. Eine rechtsvergleichende Untersuchung am Beispiel der Umweltpolitik, in: Archiv für öffentliches Recht 123 (1998), S. 21 - 59.
- Rose, David: UK: Silent Revolution. Judges with Radical Views, in: The Observer vom 9. Mai 1993.
- Rupp, Hans Heinrich: Ausschaltung des Bundesverfassungsgerichts durch den Amsterdamer Vertrag?, in: JuristenZeitung 53 (1998), S. 213 - 217.
- Saalfeld, Thomas: Die zentrale Rolle des Parlaments in London. Entwicklungstendenzen von Thatcher bis Major (1979 - 1994), in: Winfried Steffani und Uwe Thaysen (Hg.), Demokratie in Europa. Zur Rolle der Parlamente, Opladen 1995, S. 95 - 113.
- Schieren, Stefan: Der Human Rights Act 1998 und seine Bedeutung für Großbritanniens Verfassung, in: Zeitschrift für Parlamentsfragen 30 (1999), S. 999 - 1013.
- Schieren, Stefan: Die stille Revolution. Der Wandel der britischen Demokratie unter dem Einfluss der europäischen Integration, Darmstadt 2001.
- Schmidt, Manfred G.: Demokratietheorien, Opladen 1995.
- Schmitz, Thomas: Integration der supranationalen Union. Das europäische Organisationsmodell einer prozesshaften geo-regionalen Integration und seine rechtlichen und staatsrechtlichen Implikationen, Baden-Baden 2001.
- Schneider, Hans-Peter: Viel Rauch um nichts? Verfall der Rechtskultur: Kommission, Parlament und Rat halten den Europäischen Gerichtshof zum Narren, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 24. Juli 2001, S. 8.
- Schultz, Elmar: Die Legitimitätsprobleme des Europäischen Gerichtshofes und die Auswirkungen auf seine institutionelle Autonomie, in: Stefanie Pfahl, Elmar Schultz, Claudia Matthes und Katrin Sell (Hg.), Institutionelle Herausforderungen im Neuen Europa. Legitimität, Wirkung und Anpassung, Opladen 1998, S. 57 - 80.

- Schwarze, Jürgen: Die europäische Dimension des Verfassungsrechts, in: Ole Due, Marcus Lutter und Jürgen Schwarze (Hg.), Festschrift für Ulrich Everling, Band 2, Baden-Baden 1995, S. 1355 - 1378.
- Smith, Stanley A. de: Constitutional and Administrative Law, 3. Auflage, Harmondsworth 1978
- Smith, Stanley A. de / Rodney Brazier: Constitutional and Administrative Law, 8. Auflage, London 1998.
- Starr-Deelen, Donna / Bert Deelen: The European Court of Justice as a Federator, in: Publius, 26. Jg., H. 4 (1996), S. 81 - 97.
- Stein, E.: Lawyers, Judges and the Making of a Transnational Constitution, in: American Journal of International Law 75 (1981), S. 1 - 27.
- Steiner, Josephine: Legal System, in: Simon Bulmer, Stephen George und Andrew Scott (Hg.), United Kingdom and EC Membership Evaluated, London 1992, S. 125 - 137.
- Sturm, Roland: Staatsordnung und politisches System, in: Hans Kastendiek, Karl Rohe und Angelika Volle (Hg.), Großbritannien. Geschichte, Politik, Wirtschaft, Gesellschaft, 2. Auflage, Bonn 1998, S. 194 - 223.
- Volcansek, Mary L.: The European Court of Justice. Supranational Policy-Making, in: West-European Politics 15 (1992), S. 109 - 121.
- Wade, H. W. R.: Constitutional Fundamentals, Neuauflage, London 1989.
- Wade, H. W. R.: The Basis of Legal Sovereignty, in: Cambridge Law Journal (1955), S. 172 - 197.
- Waelbroeck, Denis F.: Treaty Violations and Liability of Member States and the European Community. Convergence or Divergence?, in: Deirdre Curtin und Tom Heukels (Hg.), Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers, Bd. 2, Dordrecht u.a. 1994, S. 467 - 483.
- Weiler, Joseph H. H.: In der Unterwelt der Ausschüsse, Interview in der Zeit vom 22. Oktober 1998, S. 9.
- Weiler, Joseph H. H.: Journey to an Unknown Destination. A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration. in: Journal of Common Market Studies 31 (1993), S. 417 - 446.
- Weiler, Joseph H. H.: The Community System. The Dual Character of Supranationalism, in: Yearbook of European Law (1981), S. 267 - 306.
- Weiler, Joseph H. H.: The Future of the European Community in the Light of the American Federal Experience, in: Koen Lenaerts (Hg.), Two Hundred Years of U.S. Constitution and thirty Years of EEC Treaty, Löwen 1988, S. 49 - 58.
- Weiler, Joseph H. H.: The Transformation of Europe, in: Yale Law Journal 100 (1991), S. 2403 - 2483.
- Williams, Shirley: The New Authoritarianism, in: The Political Quarterly 60 (1989), S. 4 - 9.
- Winter, J. A.: Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concepts in Community Law, in: Common Market Law Review 9 (1972), S. 425 - 440.
- Witte, Bruno de: Community Law and National Constitutional Values, in: Legal Issues of European Integration (1991/92), S. 1 - 22.

Woodhouse, Diana: Individual Ministerial Responsibility and a „Dash of Principle“, in: David Butler u.a. (Hg.), *The Law, Politics and the Constitution. Essays in Honour of Geoffrey Marshall*, Oxford 1999, S. 102 - 130.

Zuleeg, Manfred: Die Rolle der rechtsprechenden Gewalt in der europäischen Integration, in: *Juristen Zeitung* 49 (1994), S. 1 - 8.

Zweigert, Konrad und Hein Kötz: *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3. neubearbeitete Auflage, Tübingen 1996.



# **Das Subsidiaritätsprinzip als verfassungsgenerierender Modus**

Michael W. Schröter

## Zusammenfassung

Das Subsidiaritätsprinzip kann als verfassungsgenerierender Modus verstanden werden. Ein wesentlicher Teil prozeduraler Verfassungsbestimmungen, nämlich die Kompetenzausübung im Verhältnis zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft, wird von ihm erfasst. Insbesondere erweist es sich als eine verfassungsqualitative Norm, die der dynamischen und erfolgsbetonten Eigenart der Gemeinschaft Rechnung trägt, diese gar noch verstärkt, ohne berechnigte Legitimationsbedürfnisse unbefriedigt lassen zu müssen. Seine rechtsdogmatische Ausgestaltung hat infolge des Amsterdamer Subsidiaritätsprotokolls dazu geführt, dass die Gemeinschaftsorgane die gewählte Kompetenzausübung ausdrücklich begründen müssen. Für Umweltrechtsakte wird überprüft, wie die Gemeinschaftsorgane dieser Verpflichtung nachkommen. Dabei können die mit den Legislativakten verbundenen diskursiven Verfahren auch im Sinne von Lernprozessen verstanden werden, die den Gehalt des Subsidiaritätsprinzips im Sinne eines verfassungsgenerierenden Modus mehr und mehr verstehen, um diesem in der rechtspolitischen Diskussion zur Anerkennung und Weiterentwicklung zu verhelfen.

# Inhalt

1.	Einleitung .....	123
2.	Allgemeine Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips .....	124
2.1	Das Subsidiaritätsprinzip als verfassungsgenerierende Norm .....	124
2.2	Verteilungsprinzip vs. Katalogvariante .....	126
2.3	Allgemeine Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips .....	129
3.	Rechtsdogmatische Ausformung .....	131
3.1	Art. 5 EGV .....	132
3.2	Das Subsidiaritätsprotokoll .....	133
4.	Rechtsetzungspraxis am Beispiel der Umweltpolitik .....	136
4.1	Kommissionsvorschläge vor der Verkündung des Subsidiaritätsprotokolls .....	138
4.2	Vorschläge nach dem Subsidiaritätsprotokoll .....	141
5.	Schlussbemerkung .....	144
	Literatur .....	145

## 1. Einleitung

Die Verfassungsfrage zieht seit Jahren das besondere Augenmerk der politischen und wissenschaftlichen Diskussion um die Zukunft Europas auf sich. Die Begründungsansätze für die einzelnen Standpunkte sperren sich dabei wegen der starken interdisziplinären Durchmischung der Diskurse einer grundsätzlichen Kategorisierung in analytischer Absicht. Eine mögliche – zugestander Weise holzschnittartige – Unterscheidung des Integrationsdenkens aus juridischer Perspektive ist die Zerteilung in ein quasi-zivilrechtliches Verhandlungsparadigma und ein quasi-öffentlich-rechtliches normativistisches Verfassungsparadigma. Das quasi-zivilrechtliche Verhandlungsparadigma sieht den Integrationsprozess von autonomen respektive souveränen Subjekten<sup>1</sup> im Wege mehr oder weniger permanenter Vertragsverhandlungen vorangetrieben. Teils wird hier eine Verfassung generell abgelehnt, weil sie den permanenten Prozess autonomer Vertragsverhandlungen übermäßig einschränke oder gar kontraproduktiv auf ihn einwirke; teils wird sie befürwortet, etwa um für die Interpretation der weiterentwickelten Gründungsverträge Wertungsmaßstäbe an die Hand zu bekommen. Das normativistische Verfassungsparadigma setzt die Verfassung sowohl als Mittelpunkt rechtlicher Erkenntnis als auch als obersten Bezugspunkt juristischen Argumentierens an. Danach steht nicht die Schaffung einer europäischen Verfassung im Fokus, sondern die Frage, ob bereits Verfassungsnormen vorhanden sind und – gegebenenfalls –, ob sie bei der gegenwärtigen Struktur der EU überhaupt möglich sind.

Mit der Einberufung des in der Erklärung von Laeken<sup>2</sup> beschlossenen EU-Verfassungskonvents erfährt die verfassungspolitische Debatte eine gesteigerte Aktualität. Eine der großen Herausforderungen dieses Konvents ist es, die kontroversen Standpunkte der bisherigen Diskussion einer Lösung zuzuführen, die möglichst alle Beteiligten zufriedenstellt.

Eine solche Herausforderung verknüpft sich mit dem Stichwort Subsidiaritätsprinzip, das als flexible Kompetenzausübungsverteilungsregel zwischen der EU und den Mitgliedstaaten dient. Von den einen als „Zauberformel“ gepriesen, lehnen es die anderen als unpraktikabel und wegen zu geringer Rechtsstaatlichkeit ab.<sup>3</sup> Damit verknüpft ist die Frage, ob das Subsidiaritätsprinzip überhaupt als Verfassungsnorm charakterisiert werden kann. Eine notwendige Minimalbedingung von Verfassungsnormen ist deren Legitimierung durch ausreichende Zustimmung. Denn es sind zwei

---

<sup>1</sup> Die Rede von autonomen Subjekten ist eigentlich nicht korrekt, da Staaten nicht als solche qualifiziert werden können. Andererseits ist eine wesentliche Pointe vieler Anhänger dieses Paradigmas, dass Staaten als Verhandlungsführer von Interessengruppen abgelöst werden, also mit der europäischen Integration ein Prozess der Entstaatlichung einhergeht.

<sup>2</sup> Erklärung von Laeken zur Zukunft der Europäischen Union vom 15.12.2001, SN 273/01; abrufbar etwa unter: <http://european-convention.eu.int/pdf/LKNDL.pdf> (02/02).

<sup>3</sup> Vgl. z. B. R. Herzog, Was bedeutet Subsidiarität wirklich? in: H. Hierl (Hrsg.), Europa der Regionen, Bonn 1995, S. 122; M. Große Hüttmann, Das Subsidiaritätsprinzip in der EU, Europ. Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen, Occasional Papers Nr. 5 (1996), der versucht, die verschiedenen Leitbilder, die die jeweiligen Akteure an das Subsidiaritätsprinzip herantragen, zu aufzuzeigen; vgl. auch die entsprechenden Diskussionsbeiträge im Rahmen des Internetforums „Die Zukunft Europas“ unter: [http://europa.eu.int/futurum/documents/contrib/cont210601\\_de.htm](http://europa.eu.int/futurum/documents/contrib/cont210601_de.htm) (09/01).

Arten von Verfassungsbegriffen anhand des legitimen Zustandekommens von Verfassungsnormen unterscheidbar: dezisionistische und konsensuale.<sup>4</sup> Der dezisionistische Verfassungsbegriff geht auf Carl Schmitt zurück; nach ihm erfährt die Verfassung ihre Legitimität durch autoritative Setzung. Der konsensuale Verfassungsbegriff fußt auf dem Vertragsgedanken; nach ihm gewinnt die Verfassung ihre Legitimation infolge Zustimmung. Da der dezisionistische Verfassungsbegriff durch die nationalsozialistische Schreckensherrschaft nachhaltig desavouiert worden ist, ist gegenwärtig das konsensuale Verfassungsverständnis ausschlaggebend. Als notwendige Minimalbedingung für Verfassungsnormen gilt demnach, dass sie durch ausreichende Zustimmung legitimiert sind. Bereits das Vorliegen dieser Bedingung ist für das Subsidiaritätsprinzip wegen dessen kontroverser Einschätzung bestreitbar.

Diesem Diskussionsschwerpunkt widmet sich der folgende Beitrag, nicht zuletzt, weil sich mit dem Topos Subsidiarität andere Themen wie etwa das Demokratiedefizit verknüpfen lassen. Der Beitrag verfolgt zwei Absichten. Zunächst will er sich von den beschriebenen Einschätzungen lösen und versuchen, dem Subsidiaritätsprinzip in seiner Eigenart als europäischem Rechtsinstrument gerecht zu werden. Dafür soll das Subsidiaritätsprinzip von seiner allgemeinen Bedeutung im europäischen Vertragsgefüge (2.3) über seine konkrete rechtsdogmatische Ausformung (3.) bis zu seiner Anwendung in der Rechtsetzungspraxis (4.) erörtert werden. Dabei steht die These im Vordergrund, dass das Subsidiaritätsprinzip als verfassungsqualitative Norm einen verfassungsgenerierenden Modus zur Verfügung stellt, der der politischen Eigenart der Europäischen Union nicht nur adäquat ist, sondern zusätzliches demokratisches und effektives Legitimationspotential enthält. Zur Plausibilisierung der These wird es zunächst nötig sein, den verfassungsqualitativen Charakter des Subsidiaritätsprinzips und seinen verfassungsgenerierenden Modus für die europäische Ebene zu spezifizieren (2.1). Das wiederum zieht eine Abwägung des Subsidiaritätsprinzips gegen andere Möglichkeiten verfassungsrechtlicher Kompetenzverteilungen nach sich (2.2). Insgesamt verfolgt der Beitrag damit die (konstruktive) Absicht, die europäische Verfassungsdebatte in einem rechtspolitischen Sinne durch – soweit möglich – Fokussierung auf bereits vorhandene Prinzipien zu rationalisieren, indem deren normatives Potential freigelegt und die tatsächliche Umsetzung analysiert wird.

## **2. Allgemeine Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips**

### **2.1 Das Subsidiaritätsprinzip als verfassungsgenerierende Norm**

Unabhängig davon, ob das Subsidiaritätsprinzip als Verfassungsnorm zu charakterisieren ist, kommt ihm von seiner Funktion im europäischen Vertragsgefüge her eine Qualität als Verfassungsrechtssatz zu:

---

<sup>4</sup> Diesen Gedanken verdanke ich einer Anregung von Ralf Dreier.

Eine von neuzeitlichen Staatskonzeptionen weitgehend unabhängige Kategorisierung der Verfassungsnormen ist die Differenzierung in prozedurale und materiale Elemente. Das prozedurale Element beinhaltet die Organisations- und Verfahrensnormen, das materiale diejenigen Normen, aus denen im Wege methodischer Operationen der Inhalt untergeordneter Regelungen des Rechtssystems gewonnen werden kann.<sup>5</sup> Im Vertrag über die Europäische Union (EUV) und im Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) können Normen mit Verfassungsqualität ausgemacht werden. Art. 6 Abs. 1 EUV benennt einige solche und bezeichnet sie als „Grundsätze“. Sie entsprechen dem, was in der Rechtstheorie unter Rechtsprinzipien verstanden wird.<sup>6</sup> Rechtsprinzipien können als offene und in dieser Offenheit dynamische Normenprogramme charakterisiert werden, die in konkreten Entscheidungssituationen über Abwägungsprozesse zu Rechtsregeln verdichtet werden müssen.<sup>7</sup> Aufgrund ihrer Offenheit und Dynamik sind Prinzipien mit ihrer finalen Struktur nicht nur Grundsteine einer europäischen Verfassung, sondern generieren weitere verfassungsrechtliche Elemente.<sup>8</sup> Die Europäische Union versteht sich als offen und dynamisch (Art. 1 Abs. 2 EUV). Das Spezifikum dieser „Gemeinschaftsverfassung im Werden“ ist ihr symbiotisches Verhältnis zu den Verfassungen der Mitgliedstaaten. Dabei lassen sich drei Varianten unterscheiden: Gleichklang im Bereich der materiellen Grundsätze, Ergänzung für Rechtsgenerierung und -durchsetzung sowie Verteilung bei Kompetenzfragen. Das Subsidiaritätsprinzip hat sich als wichtigste Kompetenzausübungsnorm im Verhältnis zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten erwiesen.

Das Subsidiaritätsprinzip, wie es in Art. 5 Abs. 2 EGV verankert ist, wird in dem Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit, das gem. Art. 311 EGV Vertragsbestandteil ist, weiter ausgeführt. Art. 2 Abs. 2 EUV verpflichtet die Europäische Union, die Verwirklichung ihrer Ziele unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips zu betreiben. Zuletzt hat es Aufnahme in Art. 51 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union gefunden. Damit wird dieses Prinzip zum bedeutendsten Kristallisationspunkt zur Lösung von Kompetenzausübungskonflikten zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten. Bei überlappenden Kompetenzen stellt das Subsidiaritätsprinzip situativ offene Kriterien zur Lösung des Kompetenzausübungskonfliktes bereit. Die Dynamik liegt darin begründet, dass seine jeweiligen Lösungen nur für die konkreten Sachverhalte (Maßnahme-Ziel-Relation) Geltung erlangen und bei neuen Konstellationen neue Entscheidungen möglich sind. Unter Berücksichtigung situativ varianter Zweck-Mittel-Relationen werden maßnahmebezogene Kompetenzzuordnungen in Ergänzung der als ausschließlich zugewiesenen Hoheitsbereiche vorgenommen.

---

<sup>5</sup> R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M. 1994<sup>2</sup>, S. 473 f.

<sup>6</sup> Vgl. auch Stumpf in: J. Schwarze, *EU-Kommentar*, Baden-Baden 2000, Art. 6 EUV Rn. 4.

<sup>7</sup> Alexy, *Grundrechte* (1994), S. 42 ff, 71 ff. Die gegenwärtige Diskussion um Prinzipien geht - trotz einer längeren deutschsprachigen Tradition, etwa: J. Esser, *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*, Tübingen 1956 - zurück auf R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London 1977 und das Problem der sog. „hard cases“, vgl. A. Kaufmann, *Problemgeschichte der Rechtsphilosophie*, in: ders., W. Hassemer (Hrsg.), *Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie*, Heidelberg 1994<sup>6</sup>, S.128 ff.

<sup>8</sup> Generell zu finalen Normenprogrammen bereits N. Luhmann, *Funktionale Methode und juristische Entscheidung*, AöR 1969 (94), S. 2 ff.

Diese ersten stichwortartigen Erwägungen zeigen die Berechtigung der oben aufgestellten These: Das Subsidiaritätsprinzip stellt eine der politischen Eigenart der Europäischen Union adäquate verfassungsqualitative Norm dar, die schon jetzt hinreicht, Kompetenzfragen in einer verfassungstauglichen Weise zu lösen. Verfassungstauglich meint dabei, dass sein prozeduraler Charakter die Einbeziehung der Betroffenen erfordert und damit die nach dem konsensualen Verfassungsbegriff nötige Zustimmung verbürgt. Diese These muss sich im verfassungspolitischen Diskurs gegen andere Alternativen der Regulierung von Kompetenzkonflikten bewähren. Dies ist vor allem die Katalogvariante.

## 2.2 Verteilungsprinzip vs. Katalogvariante

In der verfassungspolitischen Diskussion wird als Alternative zum Subsidiaritätsprinzip im Sinne einer einzelfallbezogenen Verteilungsnorm insbesondere eine Katalogvariante stark gemacht, die sich in den verschiedenen Verfassungen der Mitgliedstaaten findet und in einer generelleren Art die Kompetenzen verbindlich festlegt.<sup>9</sup> Mit der Referenz auf nationale Verfassungen rückt die eher pragmatische Debatte über das Subsidiaritätsprinzip in den Horizont formaler Rechtsstaatserwägungen. Damit ergeben sich zwei überschneidende Problemkonstellationen: (1) Katalogvariante vs. regelungsoffenes Verteilungsprinzip; (2) einmalige Festlegung vs. Dauerabwägung.

Problemkonstellation (1): Gegen ein regelungsoffenes Verteilungsprinzip spricht neben der Befürchtung einer nur begrenzten Vorhersagbarkeit für zukünftige Konfliktsituationen vor allem die damit verbundene Gefahr, dass die größere Institution sachlich nicht gerechtfertigte Kompetenzakkumulation betreibt. Für ein solches Verteilungsprinzip kann insbesondere die mit diesem Modell einhergehende Flexibilität angeführt werden, die als ein wesentliches Element der von der EU proklamierten Offenheit und Dynamik anzusehen ist.<sup>10</sup> Für die Katalogvariante spricht eine verstärkte Rechtssicherheit sowie die bessere Möglichkeit juridischer Kontrolle. Dagegen stehen vorrangig praktische Erwägungen, da ein solches Katalogsystem mit der einhergehenden rechtsdogmatischen Voreingenommenheit der Eigenart der EU nicht entspricht und deswegen neben inkohärenten Kompetenzverteilungen ein übertriebener und starrer Technokratismus droht, der gerade im Hinblick auf die Forderung nach mehr Klarheit kontraproduktiv wirken könnte. Hinzu treten Zweifel, ob die rechtsstaatlichen Argumente, die hauptsächlich mit Rechtssicherheits Erwägungen vertreten werden, tatsächlich so stark wiegen.

Das führt zu Problemkonstellation (2) und ihrer Überschneidung mit Problemkonstellation (1). Das Subsidiaritätsprinzip gewinnt Legitimität aus dem Versprechen effektiver Kompetenzverteilung und dem damit verbundenen Eindruck der EU-Bürger, dass die EU das tut, wofür sie am besten geeignet ist – nicht mehr und nicht weniger. Das wiederum bringt einen ständigen Anpassungsprozess mit sich,

---

<sup>9</sup> Vgl. dazu und zum Folgenden auch I. Pernice, Kompetenzabgrenzung im Europäischen Verfassungsverbund, JZ 2000, S. 872 ff.

<sup>10</sup> Vgl. etwa Rede von Michel Barnier anlässlich der Konferenz des Deutschen Bundesrates zur Zukunft der Union vom 6.9.01, DN: SPEECH/01/370, S. 4.

der sich sowohl negativ in begrenzender als auch positiv in erweiternder Weise auf die Kompetenzausübung der EU und der EG auswirkt. Die europäischen Organe sind im Zusammenspiel mit den Mitgliedstaaten über das Subsidiaritätsprinzip genötigt, eine Art empiriegesättigte Dauerabwägung um die richtige Kompetenzausübungsverteilung vorzunehmen.<sup>11</sup> Dagegen kann die Katalogvariante mit ihrer einmaligen Kompetenzfestlegung im Wesentlichen das Argument der Rechtssicherheit und der damit verbundenen Möglichkeit besserer juridischer Kontrolle anführen. Doch dieses Argument wiegt nur *prima facie* schwer. Bezüglich des Teilarguments der stärkeren Rechtssicherheit ist auf die mit der Katalogvariante verbundenen Praktikabilitätsprobleme und die mangelnde Flexibilität zu verweisen. Das Teilargument der besseren juridischen Kontrolle wird mit dem Hinweis auf den angedeuteten ständigen Abwägungsprozess geschwächt.

Die Praktikabilitätsprobleme der Katalogvariante stellen sich mit Blick auf die Historie der EU ein. Einst in friedensstiftender Absicht ins Leben gerufen, war und ist die politische Herausforderung – Stichwort: Kosovo –, infolge eines stetigen Zusammenführens ökonomischer Strukturen ein dauerhaft friedliches Miteinander der europäischen Völker und Nationen zu erreichen und zu erhalten.<sup>12</sup> Auf dem damit in Gang gesetzten Prozess liegt das Hauptaugenmerk der verschiedenen Spielarten politologischer Integrationstheorien.<sup>13</sup> Dabei hatte sich zunächst die sog. „Methode Monnet“ als effizient bewährt, die auf die bürokratisch-pragmatische Fortentwicklung je nach Bedarf und Möglichkeit zielt. Sie hat aber zu einem Defizit an demokratischer Legitimation und an Transparenz geführt und damit einen Vertrauens- und Akzeptanzschwund bei den Bürgern Europas ausgelöst.<sup>14</sup> Jedoch steht zu bezweifeln, ob sich Vertrauen und Akzeptanz mit einem Kompetenzkatalog zurückgewinnen lassen. Ein Kompetenzkatalog für die EU muss nämlich, will er sich nicht in allgemeinen, seinen Verbindlichkeitsanspruch einschränkenden Floskeln verlieren, einen adäquaten Grad an Konkretisierung aufweisen. Das aber bedeutet eine empfindliche Änderung der auf Flexibilität ausgerichteten Struktur des politischen und rechtlichen Systems Europas.<sup>15</sup> Diese kann nur kompensiert werden, indem das zur Verfassungs- bzw. Vertragsänderung berufene Organ bei kompetenzrechtlichen Missständen erneut zusammenkommt, um über eine Änderung des Kataloges zu verhandeln und zu entscheiden.<sup>16</sup> Gerade das föderale Beispiel der Bundesrepublik zeigt aber, dass diese Verfahren sehr zähflüssig sein können und nicht selten an lobbyistischen Interessenverhärtungen scheitern. Hier galt es immer als eine Stärke der EG, trotz festgefahrener Interessenkonflikte in den Mitgliedstaaten auf europäischer Ebene legislativ tätig werden zu können.

---

<sup>11</sup> Vgl. etwa den Subsidiaritätsbericht 1999 der Bundesregierung vom 18.8.2000, BT-Drs. 14/4017 und den Subsidiaritätsbericht 2000 vom 5.10.2001, BT-Drs. 14/7130.

<sup>12</sup> Dies wird mittlerweile mit dem geflügelten Wort der „Europäischen Wertegemeinschaft“ ausgedrückt, vgl. etwa B. Speer, Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, DÖV 2001, S. 980 ff. Indessen besteht noch Aufklärungsbedarf über die genaue Gestalt dieser Werte – die Grundrechtecharta bietet zunächst nur eine Orientierung – und insbesondere ihrer Funktion in der europäischen Rechtsordnung.

<sup>13</sup> Für die aktuelle Debatte vgl. z. B. C. Parsons, Showing Ideas as Causes: The Origins of the European Union, IO 2002, S. 47 ff.

<sup>14</sup> G. Hirsch, Nizza: Ende einer Etappe, Beginn einer Epoche?, NJW 2001, S. 2678; vgl. auch die Änderungsvorschläge für die Gemeinschaftsmethode im Weißbuch: Europäisches Regieren, KOM(2001) 428 endg. vom 25.7.2001, S. 5 ff.

<sup>15</sup> So auch J. Wouters, Institutional and constitutional challenges for the European Union, E.L.Rev. 2001, S. 354.

<sup>16</sup> Zu der Diskussion um neue Aufgabenverteilungen der Gemeinschaftsorgane vgl. etwa N. MacCormick, Problems of Democracy and Subsidiarity, European Public Law 2001, S. 531 ff.

Es scheint, als wenn das Argument der größeren Rechtsstaatlichkeit zum Vorwand dient, der EU den Stempel nationaler Eigenheiten aufzudrücken, unter Außerachtlassung der Besonderheiten des europäischen Gefüges, wie sie etwa in der sozialwissenschaftlichen Beschreibung als Mehrebenensystem zum Ausdruck kommen.<sup>17</sup> Hilfreicher ist ein Nachdenken über verstärkte Formen der Kooperation<sup>18</sup> und die verbesserte Versorgung der Kooperationspartner mit entsprechendem Datenmaterial im Sinne einer größeren Transparenz.<sup>19</sup>

Der Hinweis auf Kooperation, die als normative Forderung in dem ständigen Abwägungsprozess enthalten ist, den das Subsidiaritätsprinzip verlangt, leitet über zum zweiten Teilargument für einen Kompetenzkatalog: die Möglichkeit besserer juridischer Kontrolle. Dabei soll die Debatte um die Justitiabilität des Subsidiaritätsprinzips an dieser Stelle vernachlässigt werden.<sup>20</sup> Es mag richtig sein, dass ein Kompetenzkatalog einer gerichtlichen Überprüfung besser zugänglich ist, als ein auf den Einzelfall bezogenes Verteilungsprinzip. Dies liegt in dem Spielraum begründet, den regelungsoffene Prinzipien dem Rechtsanwender zur Verfügung stellen müssen. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes zeigt aber, dass auch für die Anwendung von Prinzipien durch den Gesetzgeber eine hohe richterliche Kontrolldichte erreichbar ist.<sup>21</sup> Zu fragen ist jedoch, ob die Möglichkeit besserer juridischer Kontrolle nicht mit den in den Kooperationsstrukturen enthaltenen Formen demokratischer Mitwirkung und damit auch Kontrolle kompensiert werden kann. Dies gilt nicht nur für die Abstimmungsprozesse innerhalb der europäischen Gesetzgebungsorgane und ihrer Gremien,<sup>22</sup> sondern noch mehr für die Kommunikationen zwischen den europäischen und den mitgliedstaatlichen Organen bis hin zu regionalen Parlamenten und Verbänden der Zivilgesellschaft. Die Kooperationsform bringt zudem die Forderung mit sich, dass alle von der Kompetenzausübung betroffenen Gruppen gehört werden sollen. Das wiederum liegt auf der Linie vorherrschender diskursethischer Legitimationstheorien.<sup>23</sup> Demgegenüber verfügt die Katalogvariante, ist sie einmal beschlossen, über deutlich weniger an demokratischer Kontrolle. Hier mag über das „Wie“ der Kompetenzausübung debattiert werden, das „Ob“ steht fest.<sup>24</sup> Vereinfacht kann gesagt werden, dass

<sup>17</sup> Zum Begriff des Mehrebenensystems siehe M. Jachtenfuchs, B. Kohler-Koch, *Regieren im dynamischen Mehrebenensystem*, in: dies. (Hrsg.), *Europäische Integration*, Opladen 1996, S. 15 f.

<sup>18</sup> Vgl. z.B. Wouters, *E.L.Rev.* 2001, S. 354 f. Vgl. zu der Argumentation, dass Kooperation in einer demokratischen Gesellschaft legitimationsstiftende und gerechtigkeitskonstitutive Funktion zukommt, J. Nida-Rümelin, *Demokratie als Kooperation*, Frankfurt a.M. 1999, S. 150 ff.

<sup>19</sup> So die Forderung der Bundesregierung in ihrem Subsidiaritätsbericht 1999, BT-Drs. 14/4017, S. 8; ähnlich Weißbuch *Europäisches Regieren*, KOM(2001) 428 endg. vom 25.7.2001.

<sup>20</sup> Auch in der Entscheidung des EuGH zum Tabakwerbeverbot (Rs. C-376/98, Slg. 2000, I-8419) unterblieb eine eigentlich angebrachte Subsidiaritätsprüfung (Rn. 83 ff).

<sup>21</sup> Dass genau dies zu heftiger Kritik am Bundesverfassungsgericht geführt hat, die insbesondere dem Grundsatz des *judicial-self-restraint* und der *political-question-doctrine* verpflichtet ist, sei hier nur kurz erwähnt.

<sup>22</sup> Pernice, *JZ* 2000, S. 876 plädiert dafür, Rat und Parlament einen Subsidiaritätsausschuss an die Seite zu stellen.

<sup>23</sup> Etwa im Sinne des Habermasschen Diskursprinzips 'D', siehe z.B. J. Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a.M. 1996, S. 59 f.

<sup>24</sup> Das zeigt sich gerade in Deutschland am Beispiel der konkurrierenden Gesetzgebung. Um die schleichende Entmachtung der Länderparlamente infolge der Bedürfnisklausel des alten Art. 72 Abs. 2 GG zu begrenzen (vgl. BT-Drs. 12/6000, S. 33), wurde 1994 eine Erforderlichkeitsklausel aufgenommen und ein dritter Absatz eingefügt, der dem Bund fakultativ die Möglichkeit einräumt, Ländern bei nicht mehr bestehender Erforderlichkeit die Kompetenz per Gesetz zuzuweisen, vgl. etwa H. Jarass, B. Pieroth, *Grundgesetz*, München 2000<sup>5</sup>, Rn. 9, 12. Bisher ist eine Trendwende aber ausgeblieben.

die Variante des regelungsoffenen Verteilungsprinzips gegenüber dem Katalogmodell zwar ein Weniger an richterlicher Kontrolle bietet, dafür aber ein Mehr an demokratischer Mitwirkung und Kontrolle und damit auch an Legitimation, die zur Effizienzlegitimation hinzutritt.

Beide Problemkonstellationen, die sich in der Gegenüberstellung des Subsidiaritätsprinzips mit der Katalogvariante einstellen, können also argumentativ zugunsten des Subsidiaritätsprinzips aufgelöst werden. Mit diesen knappen Erwägungen kann das Subsidiaritätsprinzip im derzeitigen verfassungspolitischen Diskurs behauptet werden. Damit ist der Weg frei, um der allgemeinen Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips im europäischen Vertragsgefüge nachzugehen.

### 2.3 Allgemeine Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips

Wie schon angemerkt ist das Subsidiaritätsprinzip wesentlich dem Effektivitätsgedanken verpflichtet, der sich in der Präambel zum EU-Vertrag findet. Über die Präambel, Art. 1 Abs. 3<sup>25</sup> und 2 Abs. 2 EUV stellt sich das Subsidiaritätsprinzip insbesondere neben die Prinzipien der Kohärenz und der Solidarität sowie der Achtung nationaler Identitäten, steht aber nicht völlig isoliert von diesen. Hier ist vieles noch unerörtert. So sorgt das Verhältnis zwischen Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip für Unklarheit. Einerseits wird, wohl im Bewusstsein um die allgemein propagierte ideengeschichtliche Fundierung des Subsidiaritätsprinzips in der katholischen Soziallehre,<sup>26</sup> ein Spannungsverhältnis gesehen. Danach verpflichtet das Solidaritätsprinzip die Mitgliedstaaten auf die Erreichung eines europäischen Gemeinwohls und enthält damit einen dem Subsidiaritätsgedanken zuwiderlaufenden zentralistischen Impetus.<sup>27</sup> Dagegen wird angeführt, dass die sprachliche Ausformung des Solidaritätsprinzips im EU-Vertrag dieses weite Verständnis nicht hergebe, sondern zunächst nur die Mitgliedstaaten und ihre Völker anhalte, nationale Eigeninteressen nicht zu Lasten der Interessen anderer Mitgliedstaaten und ihrer Völker zu verfolgen.<sup>28</sup> Ein Spannungsverhältnis zum Subsidiaritätsprinzip stellt sich dann nicht ein. Vielmehr wird auf dieser Argumentationsbasis ein Ergänzungsverhältnis denkbar: Das Subsidiaritätsprinzip entspringt zwar ideengeschichtlich – sowohl in der katholischen Soziallehre als auch im politischen Liberalismus – dem Gerechtigkeitsgedanken, bildet aber im europäischen Vertragswerk vorrangig ein Strukturprinzip mit formalem Charakter. Als

---

<sup>25</sup> Zwar wird das Subsidiaritätsprinzip dort nicht namentlich genannt, der Passus „möglichst bürgernah“ bezieht es aber in seiner Allgemeinheit – auch infolge der entsprechenden Konkretisierung in der Präambel – ein (str.), vgl. etwa Stumpf in: J. Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, Art. 1 EUV Rn. 30 ff, 49 f. Aus historischer Perspektive wird diese Ansicht gestützt, da der Rat von Birmingham in seiner das Subsidiaritätsprinzip vorbereitenden Erklärung vom 16.10.1992 (s. u. 3.2) diese mit „Eine bürgernahe Gemeinschaft“ überschrieb, vgl. Große Hüttmann, Subsidiaritätsprinzip (1996), S. 10 f.

<sup>26</sup> Neben der katholischen Soziallehre, die ihren Ausdruck wesentlich in der von Nell-Breuning geprägten Quadragesimo anno (1931) unter Papst Pius XI erhalten hat, ist noch auf die bisher meist unterschätzte Ideengeschichte im politischen Liberalismus – Stichwort: vorstaatliche, individuelle Rechte (J. Locke, I. Kant) – zu verweisen. Ein besonderes Augenmerk verdient das Werk des unter Monarchomachen-Verdachts geratenen ostfriesischen Philosophen Althusius. In seinem vom Calvinistischen Determinismus geprägten Hauptwerk „Politica“ (1602) begründet er, vereinfacht gesagt, eine Souveränitätslehre, nach der dem Volk durch die Gesetze Gottes eine vorstaatliche oberste Gewalt zukommt, die jeder Herrscher zu beachten hat. Vgl. auch F. Ronge, Legitimität durch Subsidiarität, Baden-Baden 1998, S. 137 ff.

<sup>27</sup> In diese Richtung argumentiert vor allem Calliess in: ders., M. Ruffert, EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied Krieffel 1999, Art. 1 EUV Rn. 49, Art. 5 EGV Rn. 4 f, 54-57; ders., Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäischen Union, Baden-Baden 1999<sup>2</sup>.

<sup>28</sup> Stumpf in: Schwarze, EU-Kommentar (2000), Art. 1 EUV Rn. 47.

solches präsentiert es sich wertneutral. Auch das Solidaritätsprinzip ist als Strukturprinzip einzuordnen.<sup>29</sup> Als solches kommt es jedoch auch in der textbezogenen Interpretationsvariante nicht ohne Wertungen aus. Entfällt aber der von Calliess ausgemachte Zielkonflikt von Subsidiarität und Solidarität, so ist das wertneutrale Subsidiaritätsprinzip offen für inhaltliche Ergänzungen, wie sie das Solidaritätsprinzip liefern kann. Aber auch wenn ein solches Ergänzungsverhältnis verneint und weiter eine Spannungslage gesehen wird, steht dies dem Subsidiaritätsprinzip als Rechtsprinzip nicht entgegen. Es ist geradezu ein Markenzeichen verfassungsrechtlicher Prinzipien, in einem gegenseitigen Spannungsverhältnis zu stehen, das bei einer konkreten Einzelfallanwendung zum Ausgleich zu bringen ist.

Weniger konflikträftig sind die Verhältnisse des Subsidiaritätsprinzips zum Kohärenzprinzip sowie zum Grundsatz der Achtung nationaler Identitäten. Denn als Kompetenzausübungsverteilungsregel wirkt das Subsidiaritätsprinzip bei der Erreichung einer höheren Kohärenz mit, bei gleichzeitiger Anerkennung mitgliedstaatlicher Eigenheiten. Das geht weitgehend konform mit der in Art. 1 Abs. 2 EUV zum Ausdruck kommenden Absicht, die EU nicht über die Bürger oder die Mitgliedstaaten, sondern aus den europäischen Völkern zu legitimieren.<sup>30</sup> Das Subsidiaritätsprinzip empfiehlt sich aus ideengeschichtlicher Perspektive für diese Absicht als Teil der sozialen Gerechtigkeit, als Ausdruck des *bonum commune* mit freiheitssichernder Funktion nach dem Motto: soviel Freiheit wie möglich und soviel „Staat“ wie nötig, indem die „Kirche nicht aus dem Dorf“ getragen wird.<sup>31</sup> In dieser schlagwortartigen Kurzcharakterisierung kommt auch die aus sozialtheoretischem Blickwinkel wichtigste Funktion des Subsidiaritätsprinzips zum Ausdruck: die identitätssichernde.<sup>32</sup> Dieser Stellenwert ergibt sich aus der logischen Verknüpfung mit der freiheitssichernden Funktion. Die identitätssichernde Funktion ist epistemologische Vorbedingung für die freiheitssichernde. Denn wiederum schlagwortartig gefasst: wer über keine Identität verfügt, der wird keine Freiheit beanspruchen. Das gilt für Einzelpersonen genauso wie für Mitgliedstaaten und die mit Art. 1 Abs. 2 EUV in den Fokus gestellten europäischen Völker.

Als erstes Fazit ist damit festzuhalten, dass das Subsidiaritätsprinzip in der verfassungspolitischen Diskussion gegen die Katalogvariante mit guten Gründen behauptet werden kann. Des Weiteren nimmt es im Gefüge der Europäischen Verträge die Rolle eines wichtigen Strukturprinzips ein und verbürgt dabei die identitäts- und freiheitssichernde Absicht der Europäischen Union. Dies tut es als Rechtsnorm im Wege einer Kompetenzausübungsverteilungsregel. Aufgrund des ausgemachten Stellenwerts mit dem verbundenen Abwägungsprozess muss dem Subsidiaritätsprinzip der Rang europäischen Verfassungsrechts zuerkannt werden, soweit dieser dem europäischen Recht – etwa

---

<sup>29</sup> Vgl. z.B. Ronge (1998), S. 165.

<sup>30</sup> Einen solchen Legitimationsgedanken im Rahmen seiner Gerechtigkeitstheorie entwickelt J. Rawls, *The Law of the Peoples*, Cambridge 1999.

<sup>31</sup> In Anlehnung an Formulierung Nell-Breunings, vgl. A. Kaufmann, *Rechtsphilosophie*, München 1997<sup>2</sup>, S. 224 f.; Ronge (1998), S. 137 jeweils m. w. N.

<sup>32</sup> Vgl. bereits H.D. Jarass, *EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union*, *EuGRZ* 1994, S. 213 f.

unter Verweis auf ein mangelndes Verfassungsvolk<sup>33</sup> – nicht generell verweigert wird.<sup>34</sup> Die für Verfassungsnormen nötige demokratische Legitimation kann das Subsidiaritätsprinzip dabei in jedem Abwägungsprozess neu bestätigen, indem das Verfahren den Elementen der Transparenz und Partizipation ausreichend Rechnung trägt. Geschieht dies, so eröffnet sich ein dynamischer Modus der situationsbezogenen Kompetenzzuordnung. Das Subsidiaritätsprinzip erweist sich damit als der Modus, der in prozeduraler Hinsicht Verfassungsrecht generiert. Das führt zur Frage nach der rechtsdogmatischen Ausgestaltung des Subsidiaritätsprinzips im europäischen Primärrecht, die Ausdruck der konkreten Bedeutung des Subsidiaritätsgedankens im Gefüge der Europäischen Verträge ist.

### 3. Rechtsdogmatische Ausformung

Seine rechtsdogmatische Ausformung findet das Subsidiaritätsprinzip in einem weiteren Sinne vor allem in Art. 5 und in einem engeren Sinne in Art. 5 Abs. 2 EGV. Der Artikel wird ergänzt durch das Amsterdamer Subsidiaritätsprotokoll von 1997. Dem vorausgegangen waren die Erklärung von Birmingham,<sup>35</sup> das Gesamtkonzept von Edinburgh<sup>36</sup> sowie die interinstitutionelle Vereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament, dem Rat und der Kommission über die Verfahren zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips.<sup>37</sup> Bevor hierauf kurz eingegangen wird, eine Vorbemerkung: Die Einzelheiten der rechtsdogmatischen Struktur und die besondere Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips sind Gegenstand vielfältiger rechtswissenschaftlicher Kontroversen, die hier grundsätzlich weder vollständig nachgezeichnet noch mit weiteren Erwägungen versehen werden sollen. Ziel dieses Abschnittes ist es, einen allgemeinen Überblick über die rechtsdogmatische Ausformung des Subsidiaritätsprinzips zu erlangen, um zu klären, ob diese konkrete Normierung mit der aufgezeigten allgemeinen Bedeutung kohärent ist. Damit wird zugleich der Blick für die Rechtssetzungspraxis im anschließenden Abschnitt geschärft.

---

<sup>33</sup> So beispielsweise die prominente Argumentation von D. Grimm, Braucht Europa eine Verfassung?, in ders., Die Verfassung und die Politik, München 2001, S. 215 ff (234 ff).

<sup>34</sup> Einen Überblick über die verschiedenen Positionen des europäischen verfassungspolitischen Diskurs gibt etwa B. Kohler-Koch, A Constitution for Europe?, MZES-Arbeitspapiere 8/1999, abrufbar unter: <http://www.mzes.uni-mannheim.de> (01/02).

<sup>35</sup> Anlage I zu den Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates in Birmingham vom 16.10.1992, abgedruckt in: Presse- und Informationsdienst der Bundesregierung, Bulletin, Nr. 115 (23.10.1992), S. 1058.

<sup>36</sup> Anlage 1, Teil A der Schlussfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates in Edinburgh am 11./12.12.1992, abgedruckt in: Presse- und Informationsdienst der Bundesregierung, Bulletin, Nr. 140 (28.12.1992), S. 1280.

<sup>37</sup> Getroffen auf der interinstitutionellen Konferenz in Luxemburg am 25.10.1993, abgedruckt in: Bulletin der Europäischen Gemeinschaften. Kommission 26 (1993), Nr. 10, S. 125.

### 3.1 Art. 5 EGV

Das Subsidiaritätsprinzip im engeren Sinne ist in Art. 5 Abs. 2 EGV verankert. Nach inzwischen wohl überwiegender Ansicht, die mit dem fünften Absatz des Subsidiaritätsprotokolls eine Bestätigung erfahren hat, sind dort drei Kriterien festgeschrieben: (1) keine ausschließliche Rechtssetzungskompetenz der Gemeinschaft, (2) das Erforderlichkeits- bzw. Negativkriterium und (3) das Effizienz- bzw. Positivkriterium.

Der Begriff der ausschließlichen Zuständigkeit begrenzt den Anwendungsbereich des Subsidiaritätsprinzips. Fällt eine Maßnahme unter eine ausschließlich Zuständigkeit, so kommt zwar noch das Verhältnismäßigkeitsprinzip des Art. 5 Abs. 3 EGV zur Anwendung, nicht aber das Subsidiaritätsprinzip. Insoweit ist der Kompetenzverlust der Mitgliedstaaten vollkommen. Sie können nur im Sinne eines Sachwalters des gemeinsamen Interesses tätig werden, wenn die EG noch keine Regelungen getroffen hat.<sup>38</sup> Entsprechend sensibel reagieren die Mitgliedstaaten auf Versuche der Kommission, den Begriff der ausschließlichen Zuständigkeit extensiv zu verstehen. Verbunden damit sind Kontroversen in der rechtswissenschaftlichen Literatur über den Katalog und die Reichweite ausschließlicher Zuständigkeiten und die Möglichkeiten der Begründung insbesondere durch Sekundärrecht (Stichwort: „pre-emption“-Lehre).<sup>39</sup> Hierzu sei nur kurz angemerkt, dass die allgemeine Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips, wie sie oben erörtert wurde und die ein Vorverständnis für die konkrete Bedeutung der rechtsdogmatischen Ausformung bildet, ein restriktives Verständnis ausschließlicher Zuständigkeiten nahelegt. Soll die Chance des im Subsidiaritätsprinzip angelegten verfassungsgenerierenden Modus ernst genommen werden, ist ihm breiter Anwendungsspielraum einzuräumen. Ein extensives Verständnis ausschließlicher Zuständigkeiten, wie es in den Anfangszeiten des Subsidiaritätsprinzips offensichtlich der Kommission vorschwebte, ist mit Sinn und Zweck des europäischen Vertragswerkes kaum vereinbar.

Ist der Anwendungsbereich eröffnet, so greift zunächst das sog. Erforderlichkeits- oder auch Negativkriterium ein.<sup>40</sup> Danach dürfen die mit der in Betracht gezogenen Maßnahme verfolgten Ziele auf Ebene der Mitgliedstaaten nicht ausreichend zu erreichen sein. Als problematisch wird dabei die den Gemeinschaftsorganen dem Wortlaut nach eingeräumte Zielbestimmungskompetenz angesehen, die diesen die Möglichkeit einräumt, bis zu einem gewissen Ausmaß das Ergebnis der

---

<sup>38</sup> Calliess in: ders., Ruffert, EU-/EG-Vertrag (1999), Art. 5 EGV Rn. 27. Immerhin hat der EuGH in der sog. Rindskopfentscheidung den Mitgliedstaaten für den Bereich der Gesundheitsvorsorge das Recht zugestanden, bei geplanten, aber verschobenen Rechtsakten der Kommission eigene Vorsorgemaßnahmen zu treffen, wenn Gesundheitsgefahren drohen und die Maßnahmen nicht dem Zweck des geplanten Legislativaktes entgegenstehen, vgl. EuGH Rs. C-477/98 vom 5.12.2000, EuGRZ 2001, S. 622 ff.

<sup>39</sup> Vgl. Calliess, a.a.O., Rn. 28 ff; A. v. Bogdandy, J. Bast, Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union, EuGRZ 2001, S. 441, 447.

<sup>40</sup> Soweit Vertreter eines reinen Negativkriteriums der Charakterisierung als Erforderlichkeitskriterium vorwerfen, dies könne nicht aus dem Wortlaut des Abs. 2 herausgelesen werden – so Calliess, a.a.O., Rn. 39 –, kann dem entgegengehalten werden, dass die Bezeichnungen letztlich zwei Seiten der gleichen Sache benennen. Wenn auch der Normwortlaut eine negative Wendung hat, kann daraus im Umkehrschluss die positive Wendung gezogen werden. Diese ist jedoch im Hinblick auf die Begrenzungsfunktion restriktiv mit Inhalt zu füllen, auch um dem zweiten Kriterium nicht vorzugreifen.

Erforderlichkeitsprüfung zu steuern.<sup>41</sup> Allerdings ist daran zu erinnern, dass das Initiativrecht der Kommission allgemein anerkannt und die Formulierung von daher nur Ausdruck dieses Rechts ist. Zudem weist Abs. 9 erster Spiegelstrich des Subsidiaritätsprotokolls die Kommission an, umfassende Anhörungen durchzuführen und in jedem geeigneten Fall Konsultationsunterlagen zu veröffentlichen.<sup>42</sup> Insgesamt zeigt sich aber auch an dieser Formulierung die Unbestimmtheit der Norm, die auf den Charakter eines Formelkompromisses zurückzuführen ist.<sup>43</sup> Darunter leidet das Interpretationsbemühen bis heute und steht einer verstärkten Operationalisierbarkeit im Wege.

Das Effizienz- oder Positivkriterium verlangt zusätzlich, dass die Ziele der Maßnahmen wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung besser auf Gemeinschaftsebene erreicht werden können. An der sprachlichen Fassung dieses Kriteriums wird ebenfalls bemängelt, dass sie keinen Maßstab zur Verfügung stelle, wann die Voraussetzung erfüllt sei.<sup>44</sup> All dies führte zu dem Vorwurf, dass das Subsidiaritätsprinzip als Rechtsprinzip, wie es in Art. 5 Abs. 2 EGV ausgeformt ist, nicht praktikabel sei. Dem versuchte die Regierungskonferenz von Amsterdam mit dem Subsidiaritätsprotokoll abzuhelfen.

### 3.2 Das Subsidiaritätsprotokoll

Das Subsidiaritätsprotokoll ist gem. Art. 311 EGV Vertragsbestandteil. Ihm vorausgegangen waren, wie schon erwähnt, die Erklärung von Birmingham, das Gesamtkonzept von Edinburgh und die Interinstitutionelle Vereinbarung.<sup>45</sup> Die Erwägungsgründe des Subsidiaritätsprotokolls bezeichnen sie als Richtschnur für das Handeln der Gemeinschaftsorgane sowie für die Weiterentwicklung des Subsidiaritätsprinzips. Das zeigt sich auch daran, dass viele Formulierungen des Gesamtkonzeptes von Edinburgh wortgleich, wenn auch mit veränderter Reihenfolge übernommen wurden. Im Vordergrund der folgenden Ausführungen stehen die Konkretisierungen der im vorhergehenden Abschnitt erörterten Kriterien des Art. 5 Abs. 2 EGV. Vorab einige kurze Bemerkungen zu den allgemeinen Ausführungen des Protokolls.

Im ersten Absatz wird eine generelle Verpflichtung aller Gemeinschaftsorgane klargestellt, bei Ausübung ihrer Befugnisse die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips zu gewährleisten. Die Verpflichtung wird im nächsten Absatz mit einem allgemeinen Konformitätsgrundsatz im Hinblick auf das übrige Gemeinschafts- und Unionsrecht eingeschränkt, der auch die Rechtsprechung des EuGH

---

<sup>41</sup> Zuerst aufgeworfen von v. Bogdandy/Nettesheim in: E. Grabitz, M. Hilf, Das Recht der Europäischen Union, Bd. 1, München (Loseblatt, Stand: 10/99), Art. 3b EGV Rn. 33; vgl. auch Lienbacher in: Schwarze, EU-Kommentar (2000), Art. 5 EGV Rn. 18.

<sup>42</sup> Auch der Subsidiaritätsbericht 2000 misst dem eine erhebliche praktische Bedeutung zu, BT-Drs. 14/7130, S. 2.

<sup>43</sup> Vgl. etwa Lienbacher, a.a.O., Rn. 21.

<sup>44</sup> Vgl. z.B. Lienbacher, a.a.O., Rn. 23. In diesem Zusammenhang wird auch kritisiert, dass die Kriterien sowohl für als auch gegen eine kompetentielle Ebenenentscheidung fruchtbar gemacht werden könnten und damit letztlich keine klare Entscheidungsgrundlage lieferten, vgl. hierzu und zu den entsprechenden Reformvorschlägen v. Bogdandy, Bast, EuGRZ 2001, S. 452 f.

<sup>45</sup> Vgl. dazu auch J. Bitterlich, Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips und seine operative Umsetzung, in: W. Weidenfeld (Hrsg.), Reform der Europäischen Union, Gütersloh 1995, S. 180 ff; Jarass, EuGRZ 1994, S. 212 f.

zum Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und einzelstaatlichem Recht aufführt. Diese letzte Einschränkung geht allerdings deutlich über eine Feststellung hinaus, da die betreffende Rechtsprechung teils vor der ausdrücklichen Aufnahme des Subsidiaritätsprinzips in das Vertragswerk erlassen wurde. Dem EuGH als Gemeinschaftsorgan (Art. 7 EGV) wird insofern eine doppelte Verpflichtung aufgebürdet: einerseits bei seiner weiteren Rechtsprechung das Subsidiaritätsprinzip als allgemeines Strukturprinzip seiner Auslegung zugrunde zu legen, andererseits an seiner bisherigen Rechtsprechung festzuhalten. Diese Einschränkung ist letztlich überflüssig, da die anderen Gemeinschaftsorgane bereits an die Feststellungen des EuGH gebunden sind und eine Bindung des EuGH an seine eigene Rechtsprechung nicht ernsthaft im Sinne der Regierungskonferenz gewesen sein kann.

Die weiteren allgemeineren Ausführungen des dritten Absatzes sind nur teils als hilfreiche Klarstellungen für die Anwendung des Subsidiaritätsprotokolls einzustufen. Dazu zwei kurze Beispiele: So ist etwa der Satz, dass das Subsidiaritätsprinzip ein dynamisches Konzept sei und unter Berücksichtigung der im Vertrag festgelegten Ziele angewendet werden solle, im Vergleich mit der entsprechenden Passage des Art. 5 Abs. 2 eher verwirrend. Diese Festlegung auf Vertragsziele, die sich für Art. 5 Abs. 2 aus der systematischen Zusammenschau etwa mit Art. 2 und 3 EGV ergibt, wird mit der „sollte“-Formulierung des Protokolls aufgeweicht. Den Autoren ging es wohl um die Vermeidung von Missverständnissen im Hinblick auf den festgestellten dynamischen Charakter des Subsidiaritätsprinzips. Hier wäre eine komplette Übernahme der Formulierungssequenz des Gesamtkonzeptes von Edinburgh vorteilhafter gewesen. Des Weiteren wird dem Subsidiaritätsprinzip der Charakter einer Richtschnur für die Ausübung von Befugnissen zugesprochen – die englische Fassung spricht von „guide“. Der Ausdruck Richtschnur lädt zur Interpretationsvielfalt ein. So kann er etwa als ein untechnischer Ausdruck zur Umschreibung des Subsidiaritätsprinzips als Kompetenzausverteilungsnorm angesehen werden oder aber als normativer Ausdruck dafür, dass Art. 5 Abs. 2 EGV der Charakter einer nicht justitiablen und insofern unverbindlichen Anweisung bzw. Anleitung für die Gemeinschaftsorgane zukomme, die zudem den Prognosecharakter der zu treffenden Entscheidungen betont. Genau an dieser Unbestimmtheit leiden aber die bisherigen Interpretationsbemühungen um Art. 5 Abs. 2 EGV.<sup>46</sup> Diese Unbestimmtheit kann auch nicht mit Blick auf die generelle Verpflichtung zur Beachtung des Subsidiaritätsprinzips im ersten Absatz (siehe oben) aufgelöst werden. Denn diese ist zu allgemein gehalten (und wird zudem sofort wieder eingeschränkt), als dass sie eine gesetzssystematische Interpretation für die übrigen Absätze ermöglicht. Auch der Rückgriff auf die entsprechende Passage im Gesamtkonzept von Edinburgh, die der Formulierung im Protokoll zugrunde liegt, ist nicht weiterführend, da die Formulierung, wenn auch in einem leicht variierenden Kontext, nahezu wortgleich vorkommt. Letztlich wird erst eine Entscheidung des EuGH Klarheit bringen können, wobei eine Klarstellung seitens der

---

<sup>46</sup> So auch Lienbacher, a.a.O., Rn. 2, 32 f.

Vertragsparteien aufgrund der erörterten Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips für das europäische Vertragswerk vorzugswürdiger ist.<sup>47</sup>

Für die vorliegende Untersuchung wichtiger als die allgemeinen Ausführungen mit ihren Unklarheiten sind die konkreten Vorgaben für die Gemeinschaftsorgane zur Anwendung des Subsidiaritätsprinzips. Tatsächlich wird es als wichtigste Neuerung des Protokolls angesehen, praktisch handhabbare Kriterien aufgestellt zu haben.<sup>48</sup> Diese sind durchweg prozeduraler Art und teilen sich in zwei Gruppen auf. Einerseits werden die einzelnen Verfahrensschritte verbunden mit Formanweisungen genannt, die die Organe bei der Anwendung des Subsidiaritätsprinzips beachten müssen (Ziff. 4 und 5). Andererseits sind interinstitutionelle Abstimmungen notwendig (Ziff. 9-13).<sup>49</sup> Letztere sollen hier weitgehend vernachlässigt werden.

Zunächst wird eine generelle Pflicht aufgestellt, auf qualitative und – soweit möglich – auf quantitative Kriterien gestützt zu begründen, dass ein vorgeschlagener gemeinschaftlicher Legislativakt den Subsidiaritätsgrundsatz einhält (Ziff. 4). Die Kommission soll zusätzlich die Sachdienlichkeit ihrer Vorschläge unter dem Aspekt des Subsidiaritätsprinzips aufzeigen. Dem geht die Anweisung voraus, vor der Unterbreitung von Legislativvorschlägen umfassende Anhörungen durchzuführen und in jedem geeigneten Falle die Konsultationsunterlagen zu veröffentlichen (Ziff. 9).

Für die Feststellung, ob die Kriterien der Erforderlichkeit und der Effizienz erfüllt sind, werden drei Leitlinien formuliert (Ziff. 5). Die ersten beiden sind dem Erforderlichkeitskriterium verschrieben. Danach muss zunächst der von der geplanten Maßnahme betroffene Bereich transnationale Aspekte aufweisen und von den Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können. Weiterhin müssen andere Arten der Regelung als eine gemeinschaftliche Maßnahme gegen die Anforderungen des Vertrages verstoßen oder auf sonstige Weise die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen. Im Hinblick auf das Effizienzkriterium fordert die dritte Leitlinie, dass eine gemeinschaftliche Maßnahme wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkung im Vergleich zu mitgliedstaatlichen Maßnahmen deutliche Vorteile mit sich bringen muss.

Trotz dieser Leitlinien ist das genaue Verständnis der genannten Kriterien weiterhin Gegenstand rechtswissenschaftlicher Diskussion.<sup>50</sup> Hier müssen einige kurze Bemerkungen mit Blick auf den folgenden Abschnitt genügen. Das Begründungserfordernis stellt auf qualitative und – soweit möglich – auf quantitative Angaben ab, und zwar für beide Kriterien.<sup>51</sup> Bei der Kommission tritt das Kriterium der Sachdienlichkeit hinzu. Abgesehen von den in der Literatur diskutierten Gestaltungsformen und Konkretisierungen müssen die Begründungen für das Vorliegen des Erforderlichkeitskriteriums demnach auf transnationale Aspekte eingehen, Gründe für die Regelungsunfähigkeit von oder in

---

<sup>47</sup> Ähnlich auch Lienbacher, a.a.O., Rn. 33.

<sup>48</sup> Lienbacher, ebd., m. w. N.

<sup>49</sup> Die nicht genannten Absätze widmen sich entweder dem Verhältnismäßigkeitsprinzip oder sind hier nicht von Interesse.

<sup>50</sup> Für einen Überblick vgl. etwa Calliess in: ders., Ruffert, EU-/EG-Vertrag (1999), Art. 5 EGV Rn. 36 ff; Lienbacher in: Schwarze, EU-Kommentar (2000), Art. 5 EGV Rn. 17 ff.

mindestens zwei Mitgliedstaaten aufführen und Angaben enthalten, warum andere als gemeinschaftliche Maßnahmen gegen Vertragsanforderungen verstoßen oder die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen können. Im Hinblick auf das Effizienzkriterium sind die deutlichen Vorteile zu benennen und ihr Bezug zu Umfang oder Wirkung der Maßnahme aufzuzeigen.

Damit sind inhaltliche Anforderungen an die Begründungspflicht für die Gemeinschaftsorgane aufgestellt. Deren Begründungsverhalten soll abschließend anhand einer Betrachtung der Rechtssetzungstätigkeit sowohl erlassener als auch geplanter Legislativakte nachgegangen werden.

#### 4. Rechtsetzungspraxis am Beispiel der Umweltpolitik

Die Rechtsetzungspraxis wird am Beispiel der Umweltpolitik exemplifiziert. Dort fand zum einen das Subsidiaritätsprinzip der Sache nach seine erste primärrechtliche Ausformung in Art. 130r Abs. 4 EGV durch die Einheitliche Europäische Akte (EEA) von 1986 und erfuhr zum anderen mit dem Fünften Umweltaktionsprogramm besondere Aufmerksamkeit.<sup>52</sup>

Im Blickpunkt steht die Frage, wie ernst und genau die Gemeinschaftsorgane die ihnen vom Subsidiaritätsprotokoll vorgegebenen Begründungspflichten nehmen.<sup>53</sup> Die Kommission, der für Legislativakte der EG ein Initiativmonopol eingeräumt ist, hatte in ihrem Bericht an den Europäischen Rat über eine bessere Rechtsetzung: „Gemeinsam Verantwortung übernehmen“ (1998) die Forderung aufgestellt: „Es ist an der Zeit, die Legende eines zentralistischen Europas, die die institutionelle Realität und das Subsidiaritätsprinzip verkennt, gemeinsam zu demontieren.“<sup>54</sup> Dafür hatte sie schon in diesem Bericht ausgeführt, dass sie das Subsidiaritätsprinzip und die Vorgaben des Subsidiaritätsprotokolls, die sie als „Anweisungen“ versteht, strikt einhalte. Die Bundesregierung bescheinigt der Kommission in ihren Subsidiaritätsberichten für die Jahre 1999 und 2000, dass die Verstöße seit 1995 kontinuierlich zurückgingen.<sup>55</sup> Das wird anhand folgender Übersicht dargestellt:

---

<sup>51</sup> So auch Calliess, a.a.O., Rn. 44.

<sup>52</sup> Auf den illustrativen Charakter des Bereichs der Umweltpolitik für gemeinschaftliche Kompetenzfragen weist auch Jarass, EuGRZ 1994, S. 209 f hin. Spuren des Subsidiaritätsprinzips in der Geschichte der EWG lassen sich bereits seit ihren Anfängen finden, vgl. etwa Ronge (1998), S. 147 ff.

<sup>53</sup> Vgl. für eine ähnliche Bestandaufnahme bereits G. Winter, Subsidiarität und Deregulierung im Gemeinschaftsrecht, Europarecht 1996, S. 247 ff, der allerdings – anders als hier – auf die Gefahr der politischen Operationalisierung des Subsidiaritätsprinzips in den Rechtssetzungsprozessen aufmerksam macht. Dass Rechtsprinzipien aufgrund ihrer thematischen Weite solche Gefahren in sich bergen, wird nicht bestritten. Dies ist jedoch Gegenstand einer anderen Diskussion, die hier auf sich beruhen muss.

<sup>54</sup> Eine bessere Rechtsetzung: „Gemeinsam Verantwortung übernehmen“, KOM(1998) 715 endg., S. 15.

<sup>55</sup> Bericht vom 18.8.2000, BT-Drs. 14/4017, S. 1; Bericht vom 5.10.2001, BT-Drs. 14/7130, S. 9 f.

	Geprüfte Rechtsakte	Vertieft geprüfte Rechtsakte	Subsidiaritätsbedenken
1995	232	48	13
1996	168	12	9
1997	117	7	4
1998	89	1	1
1999	60	9	2
2000	84	14	5

Quelle: BT-Drs. 14/4017, S. 5; 14/7031, S. 13.<sup>56</sup>

Im Bericht über eine bessere Rechtsetzung 2000 führt die Kommission im Anhang Beispiele für Subsidiaritätsbegründungen auf, die in zwei Begründungsweisen eingeteilt werden: deskriptive und analytische.<sup>57</sup> Die deskriptive ist danach die „klassische“ Begründungsweise, wie sie sich in den meisten Kommissionsvorschlägen findet. Die analytische ist in Form einer Frage- und Antwortsystematik aufgebaut und wird gelegentlich für die Begründung von Legislativvorschlägen eingesetzt. Sie ist die verständlichere Begründungsweise und sorgt für eine bessere Nachvollziehbarkeit der Erwägungen der Kommission.<sup>58</sup>

Anhand einer Sichtung der Subsidiaritätserwägungen in Kommissionsvorschlägen für legislative Gemeinschaftsakte soll überprüft werden, ob diese aus Sicht der deutschen Bundesregierung quantitative Verbesserung im Hinblick auf Subsidiaritätsverstöße mit einer qualitativen Steigerung der Begründungen einhergeht. Dafür wird exemplarisch der Bereich der Umweltpolitik ausgewählt. Dies kann nicht nur mit dem schon erwähnten Hinweis gerechtfertigt werden, dass das Subsidiaritätsprinzip der Sache nach seine erste primärrechtliche Anerkennung in Art. 130r Abs. 4 EWGV durch die EEA (1986) gefunden hat, sondern auch durch die starke Betonung, die die Gemeinschaft dem Subsidiaritätsprinzip in ihrem wegweisenden Fünften Umweltaktionsprogramm verlieh.<sup>59</sup> Dort wird die identitätssichernde Funktion betont, die Möglichkeit der Steigerung von Kosteneffizienz unterstrichen, auf den instrumentellen Charakter zur Verknüpfung ebenenübergreifender Handlungsweisen

<sup>56</sup> In der Übersicht des Subsidiaritätsberichts 2000 findet sich ein Fehler. In der Spalte „fortbestehende Bedenken“ werden nur 4 Akte genannt. Wie sich aus der Aufzählung auf S. 3 ergibt, handelt es sich aber um fünf Akte.

<sup>57</sup> Bericht der Kommission an den Europäischen Rat, Bessere Rechtsetzung 2000, KOM(2000) 772 endg. vom 30.11.2000, Anhang I.

<sup>58</sup> Die den Legislativakten vorangestellten Erwägungsgründe, die der EuGH regelmäßig als Interpretationsleitlinien heranzieht, spiegeln die leitenden Subsidiaritätserwägungen hingegen nur unzureichend wider. Dies wird zunehmend kritisiert, vgl. etwa die Stellungnahme der Bundesregierung und des Bundesrates im Subsidiaritätsbericht 2000, BT-Drs. 14/7130, S. 7 f.

<sup>59</sup> Für eine dauerhafte und umweltgerechte Entwicklung, ABl. C 138 v. 17.5.1993, 5.

hingewiesen und die Bereitschaft zur partnerschaftlichen Zusammenarbeit erklärt.<sup>60</sup> Kurz: das Fünfte Umweltaktionsprogramm soll versuchen, das Subsidiaritätsprinzip in die Tat umzusetzen.<sup>61</sup>

Der Blick auf die Rechtssetzungspraxis beschränkt sich auf Kommissionsvorschläge für Richtlinien und Verordnungen des Europäischen Parlamentes und des Rates, die nach 1993<sup>62</sup> vorgelegt wurden.<sup>63</sup> Unberücksichtigt bleiben bloße Änderungsvorschläge für Richtlinien und Verordnungen und Legislativakte, die allein die Umsetzung internationaler Abkommen bezwecken. Eine Zäsur in der Begründungsqualität sollte das Jahr 1997 darstellen, in dem das Subsidiaritätsprotokoll im Zusammenhang mit dem Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997 verkündet wurde.<sup>64</sup> Inhaltlich finden sich die Subsidiaritätserwägungen der Kommission sowohl in der eigentlichen, dem Vorschlag vorangestellten Begründung als auch in den sog. Folgenabschätzungen oder Finanzbögen.

#### 4.1 Kommissionsvorschläge vor der Verkündung des Subsidiaritätsprotokolls

In diesem Zeitraum sind zwölf Vorschläge zu verzeichnen. Sind anfänglich noch recht ausführliche Begründungen zu finden, die keiner einheitlichen Argumentationsstrategie folgen, so bilden sich im Laufe der Zeit in immer knapperen Begründungen zwei Argumentationsmuster aus: für das Erforderlichkeitskriterium das Argument des grenzüberschreitenden Charakters der Regelungsmaterie und für das Effizienzkriterium das Flexibilitätsargument, nach dem die Gemeinschaft den Rahmen vorgibt und den Mitgliedstaaten die Wahl der Mittel überbleibt.

Im Jahr 1993 überwiegt noch der Einfluss des alten Art. 130r Abs. 4 EGV (1986). Hier ist ein Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des Rates über die integrierte Vermeidung und Verminderung der Umweltverschmutzung zu nennen.<sup>65</sup> Die Begründung erfolgt recht ausführlich, wenn sich auch viele Wiederholungen finden. Insbesondere geht die Kommission detailliert auf die Rechtslage in einzelnen Mitgliedstaaten ein – ein Begründungsweg, den sie in den nächsten Jahren immer mehr aufgibt. Inhaltlich werden verschiedene Erwägungen für die einzelnen Merkmale vorgetragen, die sich eng an der Regelungsmaterie orientieren. Ein ähnliches Bild geben die Vorschläge aus dem Jahr 1994 ab. In dem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Beherrschung der Gefahren bei schweren Unfällen mit gefährlichen Stoffen<sup>66</sup> umfassen die Subsidiaritätserwägungen sieben Seiten und der Hinweis auf den grenzüberschreitenden Charakter der Problematik und das Flexibilitätsargument sind nur zwei von mehreren Argumenten. Im Vorschlag

---

<sup>60</sup> A.a.O., S. 17 f, Rn. 32.

<sup>61</sup> A.a.O., S. 78.

<sup>62</sup> 1993 war das Jahr, in dem der Maastricht-Vertrag vom 7.2.1992 in den meisten Mitgliedstaaten umgesetzt wurde. Die Kommission hatte zudem ein knappes Jahr Zeit, sich auf die neue Begründungssituation einzustellen, auch wenn sich diese im Umweltbereich wegen Art. 130r Abs. 4 EGV (1986) nicht grundlegend änderte.

<sup>63</sup> Zeitpunkt der Erhebung: 03/02.

<sup>64</sup> Der Amsterdamer Vertrag ist in den Mitgliedstaaten zwar erst zwei Jahre später in Kraft getreten; indessen waren die Gemeinschaftsorgane gewillt, schon vorher die neuen Vorschriften zu beachten, wie etwa die Kommission in ihrem Bericht über eine bessere Rechtssetzung von 1998 ausgeführt hat.

<sup>65</sup> KOM(93) 423 endg. vom 30.9.1993, vgl. RL 96/61/EG vom 24.9.1996, ABl. L 257 v. 10.10.1996, 26.

<sup>66</sup> KOM(94) 4 endg. vom 4.3.1994, vgl. RL 96/82/EG vom 9.12.1996, ABl. L 010 v. 14.1.1997, 13.

für eine Richtlinie des Rates über die Beurteilung und Kontrolle der Luftqualität<sup>67</sup> finden sich diese Argumentationsmuster nicht.<sup>68</sup> Statt dessen wird ein anderes Argument in den Mittelpunkt gestellt, das der gängigen und auch im Subsidiaritätsprotokoll niedergelegten Ansicht nachgebildet ist, das Subsidiaritätsprinzip dürfe nicht an den Besitzstand der Gemeinschaft rühren. In den Kommissionsvorschlägen heißt es insoweit, das bisherige Gemeinschaftsrecht im Regelungsbereich zeige dessen Erforderlichkeit.<sup>69</sup> Ob diese Ansicht im Hinblick auf die aufgezeigte allgemeine Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips im Gefüge der Europäischen Verträge nicht überdacht werden sollte, mag hier offenbleiben können. Auf Ebene der Begründung für Vorschläge sekundären Gemeinschaftsrechts ist das Argument jedenfalls zu substanzlos, um den Begründungsanforderungen des Subsidiaritätsprinzips genügen zu können.

Im Umbruch zum Jahre 1995 beginnen die Argumentationsmuster des grenzüberschreitenden Charakters und der Flexibilität schärfere Konturen aufzuweisen und rücken mehr und mehr in den Mittelpunkt der Subsidiaritätserwägungen. In ihrem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Qualität von Wasser für den menschlichen Gebrauch<sup>70</sup> wird das Flexibilitätsargument als wesentliche Begründung für die Effizienz der Richtlinie angeführt. So wird darauf hingewiesen, dass die Kommission wegen vieler verschiedener regionaler Unterschiede nur eine Rahmenrichtlinie erlassen habe, die bei Sicherstellung eines wesentlichen Gesundheitsschutzes die regionale Flexibilität wahre, indem die Qualitätsparameter für Trinkwasser auf ein unverzichtbares Minimum beschränkt würden.<sup>71</sup> Im bisher nicht umgesetzten Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Einführung rationeller Planungsaufgaben auf dem Gebiet der Strom- und Gasversorgung<sup>72</sup> wird der Erforderlichkeitsnachweis mit dem Hinweis auf den grenzüberschreitenden Charakter von CO<sub>2</sub>-Emissionen erbracht.

Diese Tendenz setzt sich in den Jahren 1996 und 1997 fort. Im Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Begrenzung von Emissionen flüchtiger organischer Verbindungen, die bei bestimmten Tätigkeiten und in bestimmten Anlagen bei der Verwendung organischer Lösungsmittel entstehen,<sup>73</sup> sind die Argumente des grenzüberschreitenden Charakters und der Flexibilität die einzigen tragenden Begründungserwägungen.<sup>74</sup> Ähnlich präsentieren sich auch die Subsidiaritätserwägungen des Kommissionsvorschlages für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik.<sup>75</sup> Zwar stand das rechtspolitische Bedürfnis für eine

---

<sup>67</sup> KOM(94) 109 endg. vom 4.7.1994, vgl. RL 96/62/EG vom 27.9.1996, ABl. L 296 v. 21.11.1996, 55.

<sup>68</sup> Nahezu keine Subsidiaritätserwägungen enthält der Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über die Qualität der Badegewässer, KOM(94) 36 endg. vom 29.3.1994, der bisher nicht umgesetzt wurde.

<sup>69</sup> Z. B. KOM(94) 109 endg., S. 4.

<sup>70</sup> KOM(94) 612 endg. vom 4.1.1995, vgl. RL 98/83/EG vom 3.11.1998, ABl. L 330 v. 5.12.1998, 32.

<sup>71</sup> KOM(94) 612 endg., S. 9, 92.

<sup>72</sup> KOM(95) 369 endg. vom 14.11.1995.

<sup>73</sup> KOM(96) 538 endg. vom 6.11.1996, vgl. RL 1999/13/EG vom 11.3.1999, ABl. L 085 v. 29.3.1999, 1.

<sup>74</sup> KOM(96) 538 endg., S. 14.

<sup>75</sup> KOM(97) 49 endg. vom 26.2.1997, S. 78, vgl. RL 2000/60/EG vom 23.10.2000, ABl. L 327 v. 22.12.2000, 1.

solche Rahmenrichtlinie außer Frage,<sup>76</sup> jedoch wurden und werden tiefgreifende Veränderungen in den Verwaltungsstrukturen einiger Mitgliedstaaten befürchtet, da die Kommission ihre Vorschläge an der Verwaltungsstruktur des Vereinigten Königreichs orientiert.<sup>77</sup> Die Kommission nimmt sich dieser Problematik in ihren Subsidiaritätserwägungen nicht an. Dies kann wohl nur als Ausfluss ihrer Ansicht verstanden werden, dass dort, wo die Kompetenz der Gemeinschaft generell festgestellt worden ist, diese auch umfassend tätig werden dürfe. Das entspricht nicht dem ebenfalls im Subsidiaritätsprinzip enthaltenen begrenzenden Impetus.

Die verbleibenden Vorschläge aus diesem Zeitraum geben jedoch ein besseres Bild ab. Zwar sind auch hier die genannten Argumentationsmuster wesentlicher rhetorischer Bezugspunkt der Subsidiaritätsbegründungen. Jedoch treten andere klar sachbezogene Erwägungen hinzu.<sup>78</sup> So führt die Kommission in einem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Prüfung der Umweltauswirkungen bestimmter Pläne und Programme<sup>79</sup> neben dem Hinweis auf Regelungslücken im bestehenden UVP-Gemeinschaftsrecht etwa das Argument an, dass so grenzüberschreitende Planung erleichtert werde und alle Mitgliedstaaten Umweltbelange gleichermaßen berücksichtigen müssten.<sup>80</sup> Ähnlich sachbezogen argumentiert die Kommission in ihrem Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über Abfalldeponien.<sup>81</sup> Im Mittelpunkt steht das Argument, dass mit einer einheitlichen Rechtslage der Abfallverbringung in andere Mitgliedstaaten entgegengewirkt und zugleich die regionale Abfallwirtschaft gefördert werde.<sup>82</sup> Vergleichbar ist die Argumentation im Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über Altfahrzeuge.<sup>83</sup> Neben möglicher Beeinträchtigungen des Binnenmarktes, die es auszuschließen gelte, wird auf eine Kohärenzsicherung der Wiederverwertung verwiesen sowie auf die Vermeidung von anderenfalls drohenden Autoverbringungen in Mitgliedstaaten mit niedrigerem Regelungsniveau.<sup>84</sup>

Die insoweit erörterten Vorschläge weisen ein recht unterschiedliches Begründungsniveau auf, das oft nicht den Begründungserwartungen genügt. Dies mag teils damit begründet werden können, dass erst das Subsidiaritätsprotokoll die offizielle Klarstellung des kumulativen Charakters von Erforderlichkeits- und Effizienzkriterium brachte und eine entsprechende Begründungspflicht einführte. Die drei Leitlinien zur besseren Handhabung waren jedoch seit dem Gesamtkonzept von Edinburgh (1993)

<sup>76</sup> R. Breuer, *Europäisierung des Wasserrechts* DÖV 2001, S. 541, fasst es so zusammen: „Die geltenden Richtlinien des Gemeinschaftsrechts bilden einen Flickenteppich.“

<sup>77</sup> Vgl. Breuer, a.a.O., S. 541, 546; anders J. Caspar, *Die EG-Wasserrahmenrichtlinie*, DÖV 2001, S. 529 ff, der die Problematik als überwindbare Hürde ansieht. Ähnlich auch K. Faßbender, *Gemeinschaftliche Anforderungen an die normative Umsetzung der neuen EG-Wasserrahmenrichtlinie*, NVwZ 2001, S. 241 ff, der von einem überschaubaren Rechtssetzungsbedarf spricht.

<sup>78</sup> Eine vordergründige Ausnahme bildet der Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Revision des gemeinschaftlichen Systems zur Vergabe eines Umweltzeichens, KOM(96) 603 endg. vom 11.12.1996, vgl. VO (EG) Nr. 1980/2000 vom 17.7.2000, ABI. L 237 v. 21.9.2000, 1, da sich der Anwendungsbereich nur auf für den Binnenmarkt wichtige Waren bezieht.

<sup>79</sup> KOM(96) 511 endg. vom 4.12.1996, vgl. RL 2001/42/EG vom 27.6.2001, ABI. L 197 v. 21.7.2001, 30.

<sup>80</sup> KOM(96) 511 endg., S. 9 f.

<sup>81</sup> KOM(97) 105 endg. vom 5.3.1997, vgl. RL 1999/31/EG vom 26.4.1999, ABI. L 182 v. 16.7.1999, 1.

<sup>82</sup> KOM(97) 105 endg., S. 4.

<sup>83</sup> KOM(97) 358 endg. vom 9.7.1997, vgl. RL 2000/53/EG vom 18.9.2000, ABI. L 269 v. 21.10.2000, 34.

<sup>84</sup> KOM(97) 358 endg., S. 12 f, 32.

bekannt. Das Subsidiaritätsprotokoll soll eine insgesamt einheitlichere und verbesserte Begründungsqualität herstellen. Dem wird nun nachgegangen.

## 4.2 Vorschläge nach dem Subsidiaritätsprotokoll

Es sind fünfzehn Vorschläge für Legislativakte zu nennen. Die beobachtete Tendenz der Kommission, in ihren Begründungen immer mehr die Argumentationsmuster des grenzüberschreitenden Charakters und der Flexibilität in den Mittelpunkt zu rücken, setzt sich teilweise fort.

Einige Vorschläge bedienen sich ausschließlich der genannten Argumentationsmuster. So führt der Kommissionsvorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über nationale Emissionshöchstmengen für bestimmte Luftschadstoffe<sup>85</sup> nur die beiden Argumente an und bedient sich ihrer gleichfalls für die Begründung des Vorschlags für eine „Tochtrichtlinie“ des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Ozongehalt der Luft.<sup>86</sup> Auch der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über Elektro- und Elektronikaltgeräte<sup>87</sup> führt nicht darüber hinaus.<sup>88</sup> Wenig mehr anzubieten hat die Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Beteiligung der Öffentlichkeit bei der Ausarbeitung bestimmter umweltbezogener Pläne und Programme und zur Änderung der RL 85/227/EWG und 96/61/EG des Rates.<sup>89</sup> Im Wesentlichen tritt hier, neben den Hinweis auf Verpflichtungen aus dem Aarhus-Übereinkommen, das zusätzliche Argument, dass die EG schon über Vorschriften zur Öffentlichkeitsbeteiligung verfüge.<sup>90</sup> Auf die Substanzlosigkeit dieses Arguments im Hinblick auf die allgemeine Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips wurde oben schon hingewiesen. Schließlich führt auch der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über ein System für den Handel mit Treibhausgasemissionsberechtigungen in der Gemeinschaft und zur Änderung der RL 96/61/EG des Rates<sup>91</sup> wesentlich nur die zwei Argumentationsfiguren an. So bedürfe es der Schaffung eines europaweiten Marktes für Berechtigungen, um nationale Fragmentierungen zu vermeiden. Zudem handele es sich nur um eine Rahmenrichtlinie, die unter Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten die Befugnisse zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten regle.<sup>92</sup> Ob diese kurzen Erwägungen der jahrelangen umweltpolitischen Diskussion über die Erfolgsaussichten und den ökonomischen Sinn solcher Zertifizierungsinstrumente gerecht werden, kann bezweifelt werden.<sup>93</sup>

---

<sup>85</sup> KOM(1999) 125 endg. vom 9.6.1999, vgl. RL 2001/81/EG vom 23.10.2001, ABl. L 309 v. 27.11.2001, 22.

<sup>86</sup> KOM(1999) 125 endg. vom 9.6.1999, vgl. RL 2002/3/EG vom 12.2.2002, ABl. L 067 v. 9.3.2002, 14.

<sup>87</sup> KOM(2000) 347(01) endg. vom 13.6.2000, bisher nicht umgesetzt.

<sup>88</sup> KOM(2000) 347(01) endg., S. 20 f. Es ist allerdings anzumerken, dass als Kompetenzgrundlage auch Art. 95 EGV herangezogen wurde und es insofern als überraschend einzustufen ist, dass die Kommission, die Art. 95 als ausschließliche Kompetenz ansieht, überhaupt Subsidiaritätserwägungen vornimmt.

<sup>89</sup> KOM(2000) 839 endg. vom 18.1.2001, bisher nicht umgesetzt.

<sup>90</sup> KOM(2000) 839 endg., S. 4.

<sup>91</sup> KOM(2001) 581 endg. vom 23.20.2001, bisher nicht umgesetzt.

<sup>92</sup> KOM(2001) 581 endg., S. 6, 19.

<sup>93</sup> Vgl. zur Diskussion z. B. M. Klopfer, Umweltrecht, München 1998<sup>2</sup>, § 5 Rn. 301 ff m. w. N.

Einige Vorschläge werden noch knapper begründet. So wird für die Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über Grenzwerte für Benzol und Kohlenmonoxid in der Luft<sup>94</sup> auf die entsprechenden Ausführungen in der Luftqualitätsrahmen-Richtlinie (96/72/EG) verwiesen.<sup>95</sup> Hier einzuordnen ist auch der Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS)<sup>96</sup> zur Änderung der sog. Umweltaudit-VO (1836/93). Neben der Einheitlichkeit des Binnenmarktes weist die Kommission auf die positiven Auswirkungen für die Umwelt hin.<sup>97</sup> Im Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über Maßnahmen zur vollen Einbeziehung der Umweltaspekte in den Entwicklungsprozess der Entwicklungsländer<sup>98</sup> werden keine Subsidiaritätserwägungen angestellt, obwohl die Verordnung auf Art. 175 EGV gestützt wird. Zwar wird niemand die Gemeinschaftskompetenz in diesem Bereich in Frage stellen wollen, aber dem Subsidiaritätsprinzip kommt nach dem aufgezeigten Verständnis auch eine formal gestaltende Funktion zu, die die Kommission vernachlässigt. Für die Begründung des Vorschlages für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Bewertung und Bekämpfung von Umgebungslärm<sup>99</sup> wird angeführt, der EU stehe die grundsätzliche Kompetenz in diesem Bereich zu, im Übrigen würden nur Rahmenvorschriften erlassen.<sup>100</sup> Die Vorschlagsbegründung für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über das Energieprofil von Gebäuden<sup>101</sup> stützt sich hauptsächlich auf die internationale Verpflichtung zur CO<sub>2</sub>- Reduzierung.

In die vorgenannte Kategorie von knapp begründeten Vorschlägen fällt auch die Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über den strafrechtlichen Schutz der Umwelt.<sup>102</sup> Die Kommission wagt sich damit in Neuland vor, bei dem gerade in Deutschland die vorgesehene Einführung einer strafrechtlichen Verantwortung von Unternehmen für Probleme sorgen wird.<sup>103</sup> Um so verwunderlicher ist die geringe Aufmerksamkeit, die dem Subsidiaritätsprinzip gewidmet wird, zumal als Rechtsgrundlage Art. 175 EGV genannt wird.<sup>104</sup> Die Kommission führt zum Vorliegen des Erforderlichkeitskriteriums aus, die Erfahrung habe gezeigt, dass die derzeitigen Sanktionen der Mitgliedstaaten nicht ausreichen, um die vollständige Einhaltung des Gemeinschaftsrechts zu gewährleisten. Dieser sei wegen der hinreichenden abschreckenden Wirkung nur über strafrechtliche Instrumentarien erreichbar. Zudem ermöglichen gemeinschaftliche Regelungen in und unter den Mitgliedstaaten die Verwendung von Ermittlungsmethoden und -verfahren der Zusammenarbeit, die

<sup>94</sup> KOM(1998) 591 endg. vom 1.12.1998, vgl. RL 2000/69/EG vom 6.11.2000, ABl. L 313 v. 13.12.2000, 12.

<sup>95</sup> KOM(1998) 591 endg., S. 24, 49.

<sup>96</sup> KOM(1998) 622 endg. vom 30.10.1998, vgl. VO (EG) Nr. 761/2001 vom 19.3.2001, ABl. L 114 v. 24.4.2001, 1.

<sup>97</sup> KOM(1998) 622 endg., S. 14 f.

<sup>98</sup> KOM(1999) 36 endg. vom 28.1.1999, vgl. VO (EG) Nr.2493/2000 vom 7.11.2000, ABl. L 288 v. 15.11.2000, 1.

<sup>99</sup> KOM(2000) 468 endg. vom 26.7.2000, bisher nicht umgesetzt.

<sup>100</sup> KOM(2000) 468 endg., S. 5, 53.

<sup>101</sup> KOM(2001) 226 endg. vom 11.5.2001, bisher nicht umgesetzt.

<sup>102</sup> KOM(2001) 139 endg. vom 13.3.2001, bisher nicht umgesetzt.

<sup>103</sup> Vgl. etwa die Versuche, eine solche kollektive Verantwortung strafrechtstheoretisch zu begründen, bei G. Heine, Die Berücksichtigung der Natur im Rahmen der Straftheorien, in J. Nida-Rümelin, D. v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, Baden-Baden 1995, S. 293 ff m. w. N.

effizienter seien als die von Verwaltungsbehörden.<sup>105</sup> Mit Blick auf das Subsidiaritätsprinzip sieht die Kommission aber dann davon ab, Regelungen im Bereich der Ermittlungsverfahren, der Strafverfolgung und des Strafverfahrens zu treffen.<sup>106</sup> Zwar kommt die Kommission damit formal allen Begründungsanweisungen des Subsidiaritätsprotokolls einschließlich der Sachdienlichkeit nach, dennoch bleibt sie sehr pauschal. Gerade weil sie empfindliches Neuland betritt, wäre die Unterfütterung mit entsprechendem Datenmaterial und qualitativ genaueren Angaben wünschenswert, wenn nicht erforderlich gewesen.

Eine weitere Kategorie bilden Vorschlagsbegründungen, die im Hinblick auf die Kriterien des Subsidiaritätsprinzips nur eines der genannten Argumentationsmuster aufgreifen. So wird etwa für den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates zur Begrenzung von Schadstoffemissionen von Großfeuerungsanlagen in die Luft<sup>107</sup> eine Reduzierung der Versauerung bei gleichzeitiger Erreichung von Luftqualitätszielen angeführt. Die Erforderlichkeit wird dann mit dem Argument des grenzüberschreitenden Charakters der Problematik nachgewiesen.<sup>108</sup> Der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Bereitstellung von Verbraucherinformationen über den Kraftstoffverbrauch und CO<sub>2</sub>-Emissionen beim Marketing für neue Personenkraftwagen<sup>109</sup> wird neben dem Flexibilitätsargument mit der Erwägung gerechtfertigt, dass sie dazu beitrage, das Ziel zu erreichen, den CO<sub>2</sub>-Ausstoß der Gemeinschaft zu stabilisieren.<sup>110</sup> Den Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlamentes und des Rates über das Finanzierungssystem für die Umwelt (LIFE)<sup>111</sup> begründet die Kommission neben der Anführung des Arguments des grenzüberschreitenden Charakters damit, dass eine konzertierte EG-Maßnahme größeren Nutzen bei geringerer Verwaltungsarbeit verspreche.<sup>112</sup> Auch der Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Festlegung eines Gemeinschaftsrahmens für die Lärmeinstufung ziviler Unterschallflugzeuge zur Berechnung von Lärmertgelten<sup>113</sup> beruft sich für das Effizienzkriterium auf das Flexibilitätsargument. Für den Erforderlichkeitsnachweis wird angeführt, dass in einem liberalen Luftverkehrsmarkt Regelungsverzerrungen vermieden werden müssten und die Richtlinie den allgemeinen Zielsetzungen und internationalen Verpflichtungen der Gemeinschaft entspreche.<sup>114</sup>

Zwei aktuelle Vorschläge sind abschließend vorzustellen, die teilweise eine eigenständige Argumentation entwickeln. Die erste findet sich in einem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlamentes und des Rates über Umwelthaftung betreffend die Vermeidung von

---

<sup>104</sup> KOM(2001) 139 endg., S. 3.

<sup>105</sup> KOM(2001) 139 endg., S. 2.

<sup>106</sup> KOM(2001) 139 endg., S. 5.

<sup>107</sup> KOM(1998) 415 endg. vom 8.7.1998, vgl. RL 2001/80/EG vom 23.10.2001, ABl. L 309 v. 27.11.2001, 1.

<sup>108</sup> KOM(1998) 415 endg., S. 7 f.

<sup>109</sup> KOM(1998) 489 endg. vom 3.9.1998, vgl. RL 1999/94/EG vom 13.12.1999, ABl. L 012 v. 18.1.2000, 16.

<sup>110</sup> KOM(1998) 489 endg., S. 13, 29.

<sup>111</sup> KOM(1998) 720 endg. vom 9.12.1998, vgl. VO (EG) Nr. 1655/2000 vom 17.7.2000, ABl. L 192 v. 28.7.2000, 1.

<sup>112</sup> KOM(1998) 720 endg., S. 4.

<sup>113</sup> KOM(2001) 74 endg. vom 20.12.2001, bisher nicht umgesetzt.

<sup>114</sup> KOM(2001) 74 endg., S. 5 f.

Umweltschäden und die Sanierung der Umwelt.<sup>115</sup> Das Vorliegen des Erforderlichkeitskriteriums belegt die Kommission mit drei Argumenten. Zunächst hätten bisher nicht alle Mitgliedstaaten gehandelt, so dass das Verursacherprinzip (Art. 174 Abs. 2 EGV) keine unionsweit durchgehende Wirkung entfalte. Zudem würden nicht alle mitgliedstaatlichen Regelungen Sanierungspflichten enthalten. Schließlich könnten die Wirtschaftsakteure bei einer nicht gemeinschaftsweiten Regelung versuchen, in andere Regionen auszuweichen.<sup>116</sup> Aus den genannten Gründen könne eine effiziente Regelung nur auf EG-Ebene hergestellt werden. Bis auf das dritte Argument drohenden ausweichenden Verhaltens hat die Kommission damit eine sachbezogene Subsidiaritätsargumentation entwickelt. Etwas weniger argumentative Originalität entfaltet die Kommission bei der Begründung des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlamentes und des Rates über die grenzüberschreitende Verbringung genetisch veränderter Organismen.<sup>117</sup> Neben der Umsetzung des Cartagena-Protokolls wird angeführt, dass ein Schwerpunkt der Regelung auf der grenzüberschreitenden Verbringung solcher Organismen liege. Deshalb müsse eine Behinderung des freien Warenverkehrs ausgeschlossen werden. Die mit einer Gemeinschaftsregelung erreichte Rechtssicherheit sowie Kohärenz und Konsistenz trage schließlich zum wirksameren Funktionieren des Binnenmarktes bei.<sup>118</sup>

Auch die im Zeitraum nach Verkündung des Subsidiaritätsprotokolls vorgeschlagenen Legislativakte weisen von der auf das Subsidiaritätsprinzip bezogenen Begründungsqualität somit ein durchmisches Bild auf. Der große Qualitätssprung ist jedenfalls ausgeblieben. Vor allem wird die Kommission in der Zukunft mehr darauf achten müssen, dass sie nicht dem dynamischen Geist des Subsidiaritätsprinzips zuwider handelt, indem sie den Anforderungen mit vorgefertigten Argumentationsmuster zu genügen sucht.

## 5. Schlussbemerkung

Der Blick von der allgemeinen Bedeutung des Subsidiaritätsprinzips im Gefüge der Europäischen Verträge über seine rechtsdogmatische Ausprägung bis hin zu der Rechtssetzungspraxis im Umweltbereich hat eine tiefe Kluft zwischen Geltung und Faktizität offenbart. Die Potentiale des Subsidiaritätsprinzips zur situativ flexiblen Kompetenzausübung, seine partizipative Dimension und sein dynamischer Charakter verlieren sich in der nahezu schematischen Operationalisierung durch die Kommission. Dies wird von den Mitgliedstaaten geduldet. An dieser Situation wird auch der Verfassungskonvent von Laeken wenig ändern können. Letztlich zeigt sich aber auch hier die Eigenart der Europäischen Union: Es ist Aufgabe aller Beteiligten, die normativen Potentiale des Gefüges der Europäischen Verträge einzufordern und mit Leben zu erfüllen.

---

<sup>115</sup> KOM(2002) 17 endg. vom 23.1.2002, bisher nicht umgesetzt.

<sup>116</sup> KOM(2002) 17 endg., S. 5, 58.

<sup>117</sup> KOM(2002) 85 endg. vom 18.2.2002, bisher nicht umgesetzt.

<sup>118</sup> KOM(2002) 85 endg., S. 21.

## Literatur

- Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte, Frankfurt a.M. 1942.
- Bitterlich, Joachim: Die Verankerung des Subsidiaritätsprinzips und seine operative Umsetzung, in: W. Weidenfeld (Hrsg.), Reform der Europäischen Union, Gütersloh 1995.
- Bogdandy, Armin von/ Bast, Jürgen: Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union, Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 2001, S. 441-458.
- Breuer, Rüdiger: Europäisierung des Wasserrechts, Natur und Recht (NuR) 2000, S. 541-549.
- Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias (Hrsg.): Kommentar zum EU-Vertrag und EG-Vertrag, Neuwied Kriftel 1999.
- Callies, Christian: Subsidiaritäts- und Solidaritätsprinzip in der Europäische Union, Baden-Baden 1992.
- Caspar, Johannes: Die EU-Wasserrahmenrichtlinie: Neue Herausforderungen an einen europäischen Gewässerschutz, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2001, S. 529-538.
- Dworkin, Roland: Taking Rights Seriously, London 1977.
- Esser, Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, Tübingen 1956.
- Faßbender, Kurt: Gemeinschaftsrechtliche Anforderungen an die normative Umsetzung der neuen EG-Wasserrahmenrichtlinie, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ) 2001, S. 241-249.
- Grabitz, Eberhard/ Hilf, Manfred: Das Recht der Europäischen Union, Bd. 1, München (Loseblatt. Stand: 10/99).
- Grimm, Dieter: Die Verfassung und die Politik, München 2001.
- Habermas, Jürgen: Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt a.M. 1996.
- Heine, Günter: Die Berücksichtigung der Natur im Rahmen der Straftheorien, in: J. Nida-Rümelin, D. v. d. Pfordten (Hrsg.), Ökologische Ethik und Rechtstheorie, Baden-Baden 1995.
- Herzog, Roman: Was bedeutet Subsidiarität wirklich? in : H. Hierl (Hrsg.), Europa der Regionen, Bonn 1995.
- Hirsch, Günther: Nizza: Ende einer Etappe, Beginn einer Epoche?, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, S. 2677-2678.
- Große Hüttmann, Martin: Das Subsidiaritätsprinzip in der EU – eine Dokumentation, Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen, Occasional Papers Nr. 5 (1996).
- Jachtenfuchs, Markus/ Kohler-Koch, Beate: Regieren im dynamischen Mehrebenensystem, in: dies. (Hrsg.), Europäische Integration, Opladen 1996, S. 15-44.
- Jarass, Hans D.: EG-Kompetenzen und das Prinzip der Subsidiarität nach Schaffung der Europäischen Union, Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ) 1994, S. 209-219.
- Ders./ Pieroth, Bodo: Grundgesetz, München 2000.
- Kaufmann, Arthur: Rechtsphilosophie, München 1972.
- Ders.: Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in ders., W. Hassemer, Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg 1946.

- Kohler-Koch, Beate: A Constitution for Europe?, MZES-Arbeitspapiere 8/1999 (<http://www.mzes.uni-mannheim.de> (01/02)).
- Kloepfer, Michael: Umweltrecht, München 1982.
- Luhmann, Niklas: Funktionale Methode und juristische Entscheidung, Archiv des öffentlichen Rechts (AöR) 1969 (94), S. 1-31.
- MacCormick, Neil: Problems of Democracy and Subsidiarity, European Public Law 2001, S. 531-542.
- Nida-Rümelin, Julian: Demokratie als Kooperation, Frankfurt a.M. 1999.
- Parsons, Craig: Showing Ideas as Causes: The Origins of the European Union, International Organisations (IO) 2002, S. 47-84.
- Pernice, Ingolf: Kompetenzabgrenzung im europäischen Verfassungsverbund, Juristenzeitung (JZ) 2000, S. 866-876.
- Rawls, John: The Law of the Peoples, Cambridge 1999.
- Ronge, Frank: Legitimität durch Subsidiarität, Baden-Baden 1998.
- Speer, Benedikt: Die Europäische Union als Wertegemeinschaft, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 2001, S. 980-988.
- Schwarze, Jürgen (Hrsg.): EU-Kommentar, Baden-Baden 2000.
- Winter, Gert: Subsidiarität und Deregulierung im Gemeinschaftsrecht, Europarecht 1996, S. 247-269.
- Wouters, Jan: Institutional and constitutional challenges for the European Union, European Law Review (E. L. Rev.) 2001, S. 342-356.

# Mobilität – Wider ein verkürztes Verständnis von Supranationalität

Alexander Somek

## Zusammenfassung

Supranationalität lässt sich als Ausdruck eines normativen Prinzips verstehen, das im Recht der Europäischen Union manifest ist. Grob umrissen besagt dieses Prinzip, dass eine supranationale Gemeinschaft jene Nachteile beseitigt, die sich für Menschen aus der Koexistenz von Nationalstaaten ergeben. Dieses Prinzip der Supranationalität hat im Integrationsprozess eine dominierende Auslegung erhalten, die weit über seinen juristischen Kontext hinausgeht. Demnach wird Supranationalität *allgemein* als Gewährleistung von Mobilität verstanden. Durch dieses Verständnis wird der ursprüngliche Sinn der Supranationalität einerseits zwar verengt; andererseits verleiht die dominierende Auslegung der Supranationalität aber auch eine gewisse substantielle Kohärenz, da die Supranationalität so definiert auch den Schlüssel zum Verständnis von Strukturfragen bietet. Auf ihrer Grundlage lässt sich der Europäische Föderalismus als Spielart des kompetitiven Föderalismus begreifen, dem durch die Währungsunion ein besonderes Gepräge verliehen wird. Insofern dieser Föderalismus darin resultiert, dass Angehörige von Nationalstaaten Nachteile aus den sozialpolitischen Versäumnissen oder der wirtschaftlichen Ohnmacht ihrer Heimatländer haben, dann gerät die dominierende Auslegung mit dem ursprünglichen Sinn der Supranationalität in Konflikt.

# Inhalt

Worum es geht .....	149
Nationalstaaten ohne Diskriminierung.....	152
Eine Analogie und ihre Grenze .....	152
Eine Frage der Auslegung.....	154
Das Mobilitätsprinzip .....	155
Verallgemeinerte Bewegung.....	155
Die Knechte der Verträge .....	156
Das dominierende Gut.....	158
Kompetitiver Föderalismus als reflexive Verfassung .....	159
Die horizontale Achse.....	160
Die vertikale Achse .....	161
Grenzen der Kooperation.....	162
Soziale Gerechtigkeit.....	164
Das Gegenprinzip: Märkte ohne Diskriminierung.....	167
Die Inklusionsverfassung .....	168
Liberale Gleichheit .....	168
Zwei Möglichkeiten der Kombination.....	169
Weckruf an die politischen Parteien .....	171

## Worum es geht

In diesem Beitrag wird Supranationalität als Ausdruck eines normativen Prinzips gedeutet, das im Recht der Europäischen Union manifest ist. Grob umrissen besagt dieses Prinzip, dass eine supranationale Gemeinschaft jene Nachteile beseitigt, die sich für Menschen aus der Koexistenz von Nationalstaaten ergeben.

Das Prinzip der Supranationalität hat im Integrationsprozess eine dominierende Auslegung erhalten, die weit über seinen juristischen Kontext hinausgeht. Supranationalität ist untrennbar mit der Methode des Integrationsprozesses verbunden. Demnach wird Supranationalität *allgemein* als Gewährleistung von Mobilität verstanden. Durch dieses Verständnis wird der ursprüngliche Sinn der Supranationalität einerseits zwar verengt; andererseits verleiht die dominierende Auslegung der Supranationalität aber auch eine gewisse substantielle Kohärenz, da die Supranationalität so definiert auch den Schlüssel zum Verständnis von Strukturfragen bietet. Auf ihrer Grundlage lässt sich der Europäische Föderalismus als Spielart des kompetitiven Föderalismus begreifen, dem durch die Währungsunion ein besonderes Gepräge verliehen wird.

In ihrer dominierenden Auslegung enthält Supranationalität das normative Prinzip einer Verfassung. Die Supranationalität hat eine ihr eigentümliche politische Form. Sie lässt sich – unter Aufnahme einer eher beiläufigen Bemerkung von Grimm – als „oligarchieanfällig“ charakterisieren.<sup>1</sup> Die Europäische Gemeinschaft (und um diese geht es in einem der Supranationalität gewidmeten Beitrag) ist demgemäß eine oligarchieanfällige Gemeinschaft. Wenn diese Anfälligkeit darin resultiert, dass Angehörige von Nationalstaaten Nachteile aus den sozialpolitischen Versäumnissen oder der wirtschaftlichen Ohnmacht ihrer Heimatländer haben, dann gerät die dominierende Auslegung mit dem ursprünglichen Sinn der Supranationalität in Konflikt.

Abgesehen von dieser in der Supranationalität angelegten Dialektik kennt das Gemeinschaftsrecht auch ein Gegenprinzip zur Dominanz der Mobilität. Es besagt, dass die Verhaltenskoordination auf Märkten nicht diskriminierend sein darf. In diesem Anti-Diskriminierungsgebot kommt der Gedanke der liberalen Gleichheit zum Ausdruck, die sich für eine *modifizierte Auslegung* der Supranationalität heranziehen lässt.

Allerdings gehen Supranationalität im Sinne der Gewährleistung von Mobilität und liberale Gleichheit nicht ohne weiteres eine Synthese ein. Der Versuch, zwischen ihnen zu vermitteln, fällt unterschiedlich aus, je nachdem, welchem Prinzip man Vorrang einräumt. Unter dem Vorzeichen des Mobilitätsprinzips nimmt der Schutz vor den diskriminierenden Konsequenzen von Märkten die Gestalt

---

1. In einer Bemerkung, in der sich Grimm kritisch mit der Stärkung des Europaparlaments als Weg zur Behebung des Demokratiedefizits auseinandersetzt, hält er fest, die damit verbundene Zentralisierung politischer Macht in bürgerfernen Parteien und Verbänden würde das gesamte System „oligarchieanfällig“ machen. Siehe Dieter Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?* (Carl Friedrich von Siemens Stiftung, 1995)

des (privaten) Antidiskriminierungsrechts an. Im Ausgang von der liberalen Gleichheit lässt sich hingegen die Deutung der Supranationalität im Sinne eines Mobilitätsprinzips korrigieren. Sie entpuppt sich, so verstanden, sogar als verkürzter Ausdruck einer unverkürzt zu realisierenden Gleichheit.

Damit sind die Grundgedanken umrissen, die im Folgenden entwickelt werden sollen. Ich werde die Perspektive erläutern, aus der Supranationalität gegenwärtig verstanden wird und dieses Verständnis einer internen Kritik unterwerfen. Das wirft die Frage auf, weshalb ich nach gut einem halben Jahrhundert der Europäischen Integration einen neuerlichen Versuch unternahme, in eine grundsätzliche Debatte über Supranationalität einzutreten. Dafür gibt es wenigstens zwei Gründe. Der eine Grund blickt über das europäische Integrationsprojekt hinaus, der andere auf dieses zurück.

Erstens kann die sichtlich fortschreitende Verrechtlichung internationaler Beziehungen, insbesondere der internationalen Wirtschaftsbeziehungen,<sup>2</sup> darin resultieren, dass sich Supranationalität als Organisationsform politischer Herrschaft über ihren Entstehungskontext hinaushebt und sich zu einem universellen Typus verselbständigt. Wie es um diese Entwicklung bestellt ist, mag im Einzelnen nicht klar auszumachen sein; indes ist ihre Möglichkeit eine soziale Realität.

Das ist ein Grund. Aber das ist meines Erachtens nicht der bedeutsamste Grund. Es gibt noch einen weiteren Grund.

Zweitens dürfte es um die Legitimität der gegenwärtig realisierten Supranationalität nicht zum besten stehen. In dem unlängst veröffentlichten White Paper on European Governance<sup>3</sup> bringt die Europäische Kommission ihre Verwunderung darüber zum Ausdruck, dass die Europäischen Bürgerinnen und Bürger die Europäische Union nicht mögen. Die Gemeinschaft und die Union haben so viel für die Menschen getan. Noch nie sei es so vielen Menschen in Europa so gut gegangen wie heute. Aber die Bürgerinnen und Bürger dankten dies der Union mit Ablehnung, Wahlenthaltung und – nicht zuletzt – mit dem Irischen Referendum. Die Strategie, welche die Kommission auf diesen ernüchternden Befund bereithält, setzt auf Kommunikation. Man müsse die Bürgerinnen und Bürger mit der Union ins Gespräch bringen. Demgemäß wird der Abbau der Entfremdung der Bürgerinnen und Bürger über weite Strecken als eine Frage angemessener "public relations" verstanden und das Problem gewälzt, wie sich die Leistungen der Union besser an die Europäische Frau und den Europäischen Mann bringen lassen. Allerdings meint die Kommission, die Kommunikation mit den Bürgerinnen und Bürgern müsse auch insofern verbessert werden, als sie stärker in den politischen Prozess eingebunden werden sollten. Der Eindruck, in der politischen Planung der Union Stimme und Einfluss zu haben, werde das Gefühl der Mitverantwortung hervorrufen. An einem gemeinsamen Projekt beteiligt zu sein, nähere die Loyalität gegenüber der es durchführenden Organisation.<sup>4</sup>

---

2. Siehe dazu J.H.H. Weiler, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*, *Harvard Jean Monnet Working Paper* 9/00 (2000) 6–8.

3. COM (2001) 428 of 25.7.2001.

4. Siehe ebd., 11, 15.

Die im White Paper geäußerten Vorstellungen zur Reform des politischen Prozesses hätten, würden sie Realität, nicht unerhebliche Auswirkungen auf die bestehende institutionelle Balance.<sup>5</sup> Das muss hier dahinstehen. Bedeutsamer ist in unserem Zusammenhang etwas, worauf Fritz Scharpf in einem luziden Kommentar hingewiesen hat.<sup>6</sup> Am White Paper fällt vor allem auf, worüber es schweigt.<sup>7</sup> In keiner Zeile wird die "Asymmetrie" der politischen Ökonomie des Integrationsprozesses angesprochen. Nach Scharpf besteht sie darin, dass die marktkorrigierenden Maßnahmen, welche die nachteiligen ökologischen und sozialen Konsequenzen eines liberalisierten Binnenmarktes abfedern könnten, von den Mitgliedstaaten aus rechtlichen oder politischen Gründen nicht selbst getroffen und auf der Europäischen Ebene wegen grundlegender Interessenskonflikte nicht beschlossen werden können. Die Zwänge des regulatorischen und steuerlichen Wettbewerbs zwischen den Mitgliedstaaten erzeugen einen großen Bedarf an marktkorrigierenden Regelungen, der gleichwohl die Konsensfähigkeit des gegenwärtigen politischen Systems der Gemeinschaft überfordert. Darin sieht Scharpf *einen* Grund für den geringen Enthusiasmus der Bürgerinnen und Bürger, denn immerhin handle es sich dabei um Probleme, über welche sie sich große Sorgen machten.<sup>8</sup>

Was die sozialen Sensibilitäten der Europäischen Bürger angeht, hat Habermas<sup>9</sup> eine verwandte Diagnose angestellt. Er hält, wenn auch mit Blick auf die neo-liberale Globalisierung, fest, dass die "große Masse der europäischen Bürger" sich einig sei in ihrem Interesse "an der Bewahrung einer spezifischen, heute in Gefahr geratenen Kultur und Lebensform", die mit dem Sozialstaat der Nachkriegszeit verbunden und aus historisch weiter zurückreichenden politischen Traditionen, wie jenen der Arbeiterbewegung oder der kirchlichen Soziallehren, gespeist ist. Die politische Kultur der europäischen Bürger zeichnet sich seines Erachtens aus durch eine weitreichende Akzeptanz der öffentlichen Vorsorge in Bereichen von Wohnung und Erziehung, der Bejahung der aktiven Rolle von Gewerkschaften und der Autonomie der Mitbestimmung der Tarifpartner. Das neoliberale Weltbild mit seiner Prämierung von Wettbewerb und seiner zumeist unausgesprochenen Duldung von Marginalisierung und sozialer Ausgrenzung passe nicht in das bislang vorwaltende "normative Selbstverständnis" der Europäer.

Die in der Habermasschen Diagnose steckende Herausforderung möchte ich aus rechtswissenschaftlicher Sicht annehmen. Es gilt, den Bogen zu spannen zwischen Verfassung und Lebensform, und damit einem Zusammenhang nachzugehen, der von einer "dogmatisch" selbstvergessenen Verfas-

---

5. Das betrifft vor allem die Zurückdrängung der Komitologie. Siehe ebd., 30-31.

6. Fritz W. Scharpf, 'European Governance: Common Concerns vs. the Challenge of Diversity' (2001) 7/01 *Jean Monnet Working Paper*.

7. Siehe ebd., 3.

8. Siehe ebd. 6: "One reason are differences between rich and poor member states: Firms, workers and consumers in Portugal or Greece, let alone in Poland or Hungary, simply could not afford environmental or social standards at a level that Danish or Dutch voters consider essential. Even more important, however, is the divergence of existing welfare-state and industrial-relations institutions and the high political salience of divergent national policy legacies. Voters in Britain simply could not accept the high levels of taxation that sustain the generous Swedish welfare state; Swedish families could not live with the low level of social and educational services provided in Germany; and German doctors and patients would unite in protest against any moves toward a British-style National Health System."

9. Jürgen Habermas, 'Warum braucht Europa eine Verfassung?', [http://www.zeit.de/2001/27/Politik/200127\\_verfassung\\_lang.html](http://www.zeit.de/2001/27/Politik/200127_verfassung_lang.html).

sungsrechtslehre vernachlässigt wird, der aber gleichwohl über die Bedeutung des Verfassungsrechts als einer Rechtsform entscheidenden Ausschlag gibt.

## Nationalstaaten ohne Diskriminierung

Vertreter einer supranationalen Verfassungstheorie wie Joerges<sup>10</sup> und Weiler<sup>11</sup> sind sich darin einig, dass die Supranationalität als konstitutionelle Form nicht darauf abstellt, Nationalstaaten zu überwinden. Vielmehr geht es darum, ihnen im Verhältnis zueinander die schädlichen Effekte zu nehmen und sie in korrigierter Form weiterexistieren zu lassen.

Die Vertreter einer supranationalen Verfassungstheorie haben diese Pointe der Supranationalität bislang bloß benannt und an einzelnen Beispielen demonstriert. Das dahinterstehende normative Prinzip haben sie nicht explizit gemacht. Die von Weiler als spezifisch europäisch erachtete "konstitutionelle Toleranz", der zufolge Supranationalität den kollektiv unternommenen Versuch darstellt, Fremde in die eigene nationale Gemeinschaft aufzunehmen, ohne sie ihrer Identität zu berauben,<sup>12</sup> benennt bloß die Folge, für welche ein solches normatives Prinzip den Grund darstellt. Allerdings befindet sich Weiler auf dem richtigen Weg. Dem normativen Gehalt der Supranationalität kommt man auf die Spur, wenn man bedenkt, dass die von Nationalstaaten ausgehenden schädlichen Effekte *jedenfalls* in der Benachteiligung von Fremden bestehen. Wenn Nationalstaaten sich gegeneinander aggressiv verhalten, dann schließt dies ein, dass sie das Leben und das Wohlergehen ihrer eigenen Angehörigen als wertvoller als das der anderen erachten. Der Befund bewährt sich auch für zivile Beziehungen. Durch die Differenzierung zwischen Staatsbürgern und Fremden lassen sich Nationalstaaten die Möglichkeit offen, Fremde, wenn es das Wohl der eigenen Bürger erfordert, außer Landes zu schaffen. Nationalstaaten haben, so gesehen, diskriminierende Effekte. Sie haben diese zumindest unter dem universalistischen Vorzeichen, dass Fremde den gleichen Wert und die gleiche Würde wie Staatsbürgerinnen und Staatsbürger haben.

## Eine Analogie und ihre Grenze

Angesichts der diskriminierenden Konsequenzen eines Systems von Nationalstaaten lässt sich aus juristischer Sicht eine aufschlussreiche Analogie ziehen. Nicht anders als der Diskriminierungsschutz im Arbeitsrecht stellt das Recht der Europäischen Union den Versuch dar, einem vorgefundenen Modus der Verteilung von Gütern und Lasten seine diskriminierenden Effekte zu nehmen, *ohne* ihn abzuschaffen. Das arbeitsrechtliche Antidiskriminierungsrecht lässt die marktwirtschaftliche Begründung und Gestaltung von Arbeitsverhältnissen in Kraft. Unterschiedliche Formen der Diskriminierung sollen eliminiert werden. Alles andere bleibt gleich. In vergleichbarer Weise setzt das Europäische Gemein-

---

10. Siehe Christian Joerges, 'Deliberative Supranationalism' – A Defence', 5 *European Integration online Papers* (2001), <http://eiop.or.at/eiop/texte/2001-008a.htm>.

11. Siehe J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999, 86-101, 238-262.

12. Siehe J.H.H. Weiler, 'Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg', 10/00 *Harvard Jean Monnet Working Paper* (2001) 12-13.

schaftsrecht die Koexistenz nationaler Rechtssysteme voraus. Es interveniert, um Benachteiligungen zu beseitigen, die sich aus dieser Koexistenz ergeben. Jegliche Benachteiligung aufgrund der Nationalität ist verboten (Art. 12 EG-Vertrag). In eingeschränkten Bereichen geht der EuGH davon aus, dass dieses Benachteiligungsverbot auch direkt für Privatpersonen verbindlich ist.<sup>13</sup>

Ich erachte diesen im Gemeinschaftsrecht unschwer fassbaren und elementaren Grundsatz für das normative Proprium der Supranationalität. Er enthält den Keim für den spezifisch europäischen Föderalismus.

Dieser Deutungsvorschlag ist bescheiden und unspektakulär. Ich meine, er wird der Sache gerecht. Es wäre zu hoch gegriffen, dem Gemeinschaftsrecht vom Ansatz her die Funktion zuzuschreiben, im Sinne eines "representation re-enforcement" die virtuelle Repräsentation der Interessen der anderen Mitgliedstaaten zu bewirken.<sup>14</sup> Der normative Fokus der Supranationalität ist – zunächst zumindest – vergleichsweise enger.<sup>15</sup>

Die Analogie zum privaten Antidiskriminierungsrecht kommt an ihr Ende, wenn man bedenkt, welche Reichweite den vom Gemeinschaftsrecht gewährleisteten Grundfreiheiten durch den Europäischen Gerichtshof beigelegt worden ist.<sup>16</sup> Über den Schutz vor Diskriminierung, die sich in Akten der Ungleichbehandlung seitens der nationalstaatlichen Legislative oder Exekutive manifestiert, bewahrt das Gemeinschaftsrecht auch vor Nachteilen, die sich daraus ergeben, dass unterschiedliche nationalstaatliche Regulierungen schlicht nebeneinander bestehen. Es ist unerheblich, ob solche Regelungen von sich aus fremde Personen (bzw. Güter oder Dienstleistungen) benachteiligen. Auch wer bloß Nachteile aus den mit einem System von Nationalstaaten verbundenen Unterschieden zwischen Rechtssystemen hat, ist ein potentieller Klient der Supranationalität.<sup>17</sup>

---

13. Siehe jüngst die bemerkenswerte Entscheidung in Rs 281/98, Roman Angonese v. Cassa di Pisparmio di Bolzano Slg. I-4139 [2000].

14. Siehe Christian Joerges/Jürgen Neyer, 'From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Processes: The Constitutionalisation of Comitology', *European Law Journal* 3 (1997), 273-299, hier: 275, 282; Miguel Poiares Maduro, *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Institution*, Oxford – Portland 1998, 168.

15. Siehe Phil Syrpis, 'The Integrationist Rationale for European Social Policy' in: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford – Portland 2000, 17-30, hier: 19.

16. Siehe einführend Hans D. Jarass, Elemente einer Dogmatik der Grundfreiheiten, *Europarecht* 30 (1995), 202-226.

17. Zum Begriff und zur Funktionsweise der systematischen Diskriminierung siehe Alexander Somek, *Rationalität und Diskriminierung. Zur Bindung der Gesetzgebung an das Gleichheitsrecht*, Wien – New York 2001, 21-22, 27-28, 557-558, 562-563.

## Eine Frage der Auslegung

Systematische Benachteiligungen lassen sich durch die Anwendung des Herkunftslandsprinzips und der Pflicht zur Anerkennung von "mitgebrachten" Rechtsregeln *oder* durch die Schaffung einer gemeinschaftlichen Regel ausräumen. In die Sprache der strukturellen Funktionsweise des Integrationsprozesses übersetzt, bedeutet dies negative und positive Integration.<sup>18</sup> Zwischen dem, was man im Anschluss an Maduro um den Preis einer gewissen Unschärfe als das kompetitive und das zentralistische Modell der Europäischen Wirtschaftsverfassung bezeichnen kann,<sup>19</sup> besteht ein verfassungsrechtlicher Zusammenhang. Zulässige nationale Abweichungen von der durch die Grundfreiheiten garantierten Bewegungsfreiheit lösen einen Kompetenztransfer auf die Gemeinschaft zur Harmonisierung aus.<sup>20</sup>

Allerdings ist das organisierende Prinzip der Europäischen Wirtschaftsverfassung alles andere als durchgängig bestimmt. Ungeklärt ist, ob die systematische Antidiskriminierung als Anspruch auf den unbelasteten Marktzugang oder den Marktzugang als solchen zu konzentrieren ist.<sup>21</sup> Darüber hinaus ist diese Verfassung geprägt von der Parallelität regulierungsimmanenter und systematischer Antidiskriminierung. Die Spielräume, innerhalb derer die letztere gewährleistet werden soll, sind alles andere als klar.<sup>22</sup> Ähnliche Unklarheiten lassen sich für die "Drittwirkung" von Grundfreiheiten beobachten.

Darin ist ersichtlich, dass die *Auslegung* der Supranationalität keinen geringen Teil des Verfassungsproblems einer supranationalen Gemeinschaft darstellt.

Im Folgenden werde ich versuchen, eine allgemeine Formulierung für das zu finden, was ich für die gegenwärtig dominierende Auslegung halte. Daran anschließend möchte ich zeigen, inwiefern diese Auslegung mit dem kompetitiven Föderalismus der Europäischen Gemeinschaft kohärent ist und die Schwierigkeiten andeuten, die sich der Entwicklung eines koordinierten Föderalismus in den Weg stellen.

---

18. Siehe dazu bloß Fritz W. Scharpf, *Governing in Europe. Effective and Democratic?*, Oxford 1999, 45.

19. Siehe Maduro (Anm. 14) 109-110.

20. Siehe J.H.H. Weiler, 'The Constitution of the Common Market Place: Text and Context in the Evolution of the Free Movement of Goods', in: P.P. Craig & G. de Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law* (Oxford UP, 1999) 349-375, hier: 362.

21. Siehe Syrpis (Anm. 15) 21-22, 26.

22. Siehe Maduro (Anm. 14) 110, 150; Alexander Somek, 'Equality and Constitutional Indeterminacy. An Interpretative Perspective on the European Economic Constitution', *European Law Journal* 7 (2001), 171-195.

## Das Mobilitätsprinzip

Aufgrund der dominierenden Auslegung des Supranationalismus sind die benachteiligenden Differenzen, die in einem System von Nationalstaaten angelegt sind, normativ relevant, wenn man eine wirtschaftlich motivierte, grenzüberschreitende Bewegung vollzieht. Insofern ist der von mir zuvor gewählte heuristische Zugang bei den Nachteilen, die man leidet, insofern man fremd ist, zu korrigieren. Sie ist ebenso zu korrigieren wie das, was Weiler für das Wesen der Supranationalität nimmt, wenn er meint, sie fordere, "den anderen" als einen von uns zu behandeln.<sup>23</sup> Es geht nicht darum, Fremde einzugemeinden. Es sind Hindernisse zu beseitigen, die den Zugang zu sozialen Positionen in anderen Mitgliedstaaten in gewisser Hinsicht erschweren oder verunmöglichen, bloß weil man dem Regime eines bestimmten Mitgliedstaats unterworfen ist.<sup>24</sup>

Die dominierende Auslegung deutet den Diskriminierungsschutz als Realisierung von Mobilität in einem Raum. Dieser Raum ist ein gemeinsamer Markt. Deswegen *verschmilzt* der systematische Diskriminierungsschutz im Rahmen der dominierenden Auslegung wie von selbst mit der Mobilitätsabstraktion der neoklassischen Ökonomie. Der Raum, in dem sich das Mobilitätsprinzip realisiert, duldet keine "Rigidität".<sup>25</sup> Jeder muss sich bewegen können. Jeder muss sich bewegen *müssen*, weil er sich nicht auf seiner marktbeherrschenden Stellung ausruhen darf: "Rigidity is a type of resistance to adaptation that perfect and prompt competition excludes."<sup>26</sup>

## Verallgemeinerte Bewegung

Das Mobilitätsprinzip bleibt, wenn es mit dem neoklassischen Phantasma des Marktes fusioniert ist, in seiner Anwendung *nicht* auf räumliche Grenzen beschränkt. Bewegung wird zum organisierenden Prinzip der sozialen Kooperation. Sie erfährt eine *formelle Verallgemeinerung*. Alle werden zur Beweglichkeit verhalten. In verfassungsrechtlichen Kategorien ausgedrückt bedeutet dies, dass der Diskriminierungsschutz im Effekt den "economic due process" einer Privatrechtsgesellschaft garantiert.<sup>27</sup>

An Weilers Vorstellung von supranationaler Identität trifft zu, dass in einem Raum, in dem das Mobilitätsprinzip realisiert wird, Gleichheit und Ungleichheit zugleich anzutreffen sind. Diejenigen, die sich in einen nationalen Raum hineinbewegen, begegnen den dort Beheimateten als Gleiche. Durch das nationale Recht dürfen sie grundsätzlich nicht schlechter behandelt werden als diese. Sie kommen aber auch als Fremde, die unter Umständen geringeren Freiheitsbeschränkungen am Ausgangspunkt der Bewegung unterliegen. Bewegung ist jedoch privilegiert, was darin resultiert, dass die Mitgliedstaaten das Mobilitätsrecht nicht durch Regelungen für Fremde unverhältnismäßig beschränken dür-

---

23. Siehe Weiler, *Federalism* (Anm. 12) 15.

24. Siehe dazu insbesondere die *Bosman*-Entscheidung C-415/93, Sgl. I-4921, 1995, Rz. 103-104.

25. Siehe dazu bei Simon Deakin/Hannah Reed, 'The Contested Meaning of Labour Market Flexibility', in: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford – Portland 2000, 71-102, hier: 76.

26. Joseph A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York 1942, 105.

fen. Die sogenannte "Inländerdiskriminierung" ist keine Anomalie des Gemeinschaftsrechts. Sie ist eine Folge seines Gleichheitsverständnisses<sup>28</sup> und wird bisweilen für die Annahme von regulatorischen Standards, die über einen Minimalstandard der Gemeinschaft hinausgehen, für zulässig erklärt.<sup>29</sup> Umgekehrt passt in dieses Bild, dass nicht auf Gewinn gerichtete soziale Dienste in kasuistischer Weise von der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten und des Wettbewerbsrechts ausgenommen werden.<sup>30</sup> Sie werden unter gewissen Umständen nicht zu den ökonomischen Aktivitäten gezählt, für welche die supranationale Gemeinschaft zuständig ist.<sup>31</sup> In einem Bereich, wo es nicht um Profite, sondern um reine Fürsorge geht, darf sich die nationale Solidarität ungehindert entfalten.

## Die Knechte der Verträge

Als gleichsam kinetischer Interpretant der Supranationalität ist die Bewegungsfreiheit an die Integration durch Marktwirtschaft so perfekt anschlussfähig, dass sie den Horizont des Integrationsprojekts gravierend verengt.

Das Mobilitätsprinzip<sup>32</sup> verleiht der ökonomisch motivierten Bewegung Vorrang im Verhältnis zu naturwüchsigen oder geschichtlich gewachsenen Bindungen, die im Bewegungsraum anzutreffen sein mögen. Es neutralisiert den Raum, zu dem Zugang gesucht wird. Die bestimmende Bewegung des Willens angesichts unbestimmter Möglichkeiten ist sein Schutzgut. Im supranationalen Raum regiert Hegels abstraktes Recht.<sup>33</sup> Beschränkungen der Willkür, die auf vorhandene Loyalitäten zurückgehen, sind grundsätzlich verdächtig, protektionistischen, klientistischen, sexistischen oder rassistischen Motiven zu entspringen. Was diesen Verdacht angeht, sind alle nationalen Rechtsordnungen und alle

27. Siehe Maduro, *We the Court* (Anm. 14) 127; Peter Behrens, 'Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft', in: G. Brüggemeier (ed.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden 1994, 73-90.

28. Siehe Maduro, *We the Court* (Anm. 14) 131. Alexander Somek, *Reverse Discrimination Revisited. Coping with an Incongruity between Community Law and Member State Legislation*, Wien 1998 (= Vienna Working Papers in Legal Theory, Political Philosophy, and Applied Ethics, 9), <http://www.juridicum.at/forschung/vwp1.htm>.

29. Siehe näher Maduro, *We the Court* (Anm. 14) 135 Anm. 109.

30. Siehe Tamara Hervey, 'Social Solidarity: A Buttress Against Internal Market Law?' in: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford – Portland 2000, 31-47.

31. Siehe die Meinung des Generalanwalts in C-70/95, *Sodemar v. Regione Lombardia*, Slg. I-3395, 1997, Rz. 20.

32. Der Europäische Binnenmarkt gewährt Raum für transnationale ökonomische Aktivitäten. Die solcherart gewährleistete Mobilität ist ein Unterfall von *sozialer Mobilität*. Sie bietet die Möglichkeit, durch den Zugang zu sozialen Positionen (sei es zur Position des Anbieters in einem Markt oder zu der des Inhabers eines Arbeitsplatzes) Vorteile zu erlangen, deren Erreichung durch das Vorhandensein von Grenzen ausgeschlossen ist. Deswegen ist die soziale Dimension der Europäischen Union nur dort ausgeprägt, wo es um die Ermöglichung sozialer Mobilität, nicht aber um die Gestaltung des Kontexts der Mobilität geht. Da Mobilität im Kontext der Marktwirtschaft durchaus mit Anpassungsfähigkeit zu tun hat, vermischt sie sich mit marktwirtschaftlichen Tugenden wie der Flexibilität. Europäische Sozialpolitik ist mithin Flexibilitätsförderung. Das entspricht dem Menschenbild: *reasonable and circumspect consumer* und *flexible and adaptable workforce*. Die Supranationalität stellt darauf ab, die Existenz von Grenzen zu erfassen *und* ihre *Überwindung* als wünschenswert auszugeben. Es geht nicht um deren Verschwinden. Die mit der Grenze gezogene Differenz soll erhalten bleiben. Sie ist bloß unschädlich zu machen. Schädlich ist eine Grenze, insofern sie ein unzumutbares Bewegungshindernis darstellt.

33. Es wird aus der Perspektive einer ersten Person ("Ich") begriffen, die eine erste Person unter anderen ersten Personen ist. Siehe G.W.F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1821), *Werke in zwanzig Bänden*, hrsg. v. E. Moldenhauer – K. Michel, Frankfurt/Main 1969-1971, Bd. 7, §34; S. 92-93.

Regelungen gleich. Sie sind potentielle Schranken. Ob eine Schranke Ausdruck des Umstands ist, dass der Raum, in dem man sich oder etwas hineinbewegt, eine Solidaritätsgemeinschaft ist,<sup>34</sup> spielt nur eine untergeordnete Rolle. Soziale Schutzbestimmungen geraten unter Rechtfertigungsdruck.<sup>35</sup> Aus nationalökonomischer Rason lassen sie sich wegen des Protektionismusverdachts nicht aufrecht erhalten. Deswegen müssen ohne Gewinnmotiv erbrachte Solidaritätsleistungen mittels Kunstgriffen aus der Schusslinie des supranationalen Mobilitätsprinzips gebracht werden.<sup>36</sup>

Die durch Verträge die Herren der Verträge sind, werden damit durch die Verträge zu deren Knechten. Das ist kein völlig unbeabsichtigter Vorgang.<sup>37</sup> Liberalisierungen, die sich zu Hause politisch nicht durchsetzen ließen, überlässt man der Brüsseler Bürokratie und gibt ihr auch die Schuld dafür.<sup>38</sup> Aber verknechtet sind die Mitgliedstaaten allemal. Denn sobald die Funktion der nationalen Solidaritätsgemeinschaft dem Regiment des Mobilitätsprinzips unterstellt wird, verkehrt die Supranationalität das von Hegel diagnostizierte Verhältnis von bürgerlicher Gesellschaft und Staat. Das abstrakte Recht kennt, wenn es auf den Markt gebracht wird, nur Personen unter anderen Personen, die ihren Vorteil suchen, indem sie Leistungen für andere erbringen. Die bürgerliche Gesellschaft ist ein System wechselseitiger Abhängigkeit. Die *Anpassungsfähigkeit* ist ihre Kardinaltugend.<sup>39</sup> Sie erhebt die elementare Flexibilität eines jegliche Bestimmtheit in die Unbestimmtheit des Wollen-Könnens zurücknehmenden Willens zur Norm, der sich den Präferenzen anderer andient.<sup>40</sup> Zu denen, die ihr Eigeninteresse verfolgen, indem sie für andere Leistungen erbringen, gehören in einer supranationalen Verfassung *auch* die Nationalstaaten. Sie bieten Wirtschaftsstandorte für jene an, die in der Lage sind, sich solche auszusuchen.<sup>41</sup> Die räumliche Mobilität, die ihnen mangelt, substituieren sie durch die Veränderung ihrer Politik. Als Anpassungsfähigkeit befindet sich die Mobilität in einem verallgemeinerten Zustand im Verhältnis von Wirtschaftssubjekten und Staaten. Deswegen haben Begründungen, aufgrund derer Nationalstaaten Einschränkungen der Bewegungsfreiheit vorsehen dürfen, ein Janusgesicht. Den Bürgerinnen und Bürgern geben sie zu verstehen, unter welchen Bedingungen eine Beschränkung zumutbar ist; für die Nationalstaaten bringen sie zum Ausdruck, welches Bewegungshindernis zu be-

---

34. Für eine Definition siehe Wolfgang Kersting, *Theorien der sozialen Gerechtigkeit*, Stuttgart – Weimar 2000, 23: "Unter einer Solidaritätsgemeinschaft versteht man ein kompensatorisches System der wechselseitigen gesellschaftlichen Sorge, die insbesondere den Bedürftigen und Schwachen gilt, den Kranken und Gescheiterten, den Pechvögeln und Opfern." Man kann auch ohne verächtlichen Unterton angeben, was eine Solidaritätsgemeinschaft ausmacht. Rawls begreift sie, ohne deswegen sexistische Hintergedanken zu hegen, als Ausdruck des Prinzips der "Brüderlichkeit". Es fordert, nicht einen größeren Vorteil als andere zu haben, außer wenn dies auch zum Vorteil derjenigen ist, denen es schlechter geht. Siehe John Rawls, 'Distributive Justice: Some Addenda' (1968), in: ders., *Collected Papers*, ed. S. Freeman, Cambridge, Mass. 2001, 154-175, hier: 166-167.

35. Siehe dazu Miguel Poiaras Maduro, 'Striking the Elusive Balance Between Economic Rights and Social Rights in the EU', in: P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford 1999, 449-472, hier: 451.

36. Hervey (Anm. 30) 35-36.

37. Siehe Stephen Holmes, 'Gag Rules and the Politics of Omission', in: ders., *Passions and Constraints. On the Theory of Liberal Democracy*, Chicago – London 1995, 202-235.

38. Siehe Paul Pierson, 'Social Policy and European Integration', in: A. Moravcsik (ed.), *Centralization or Fragmentation? Europe Facing the Challenges of Deepening, Diversity and Democracy*, New York 1998, 124-158, hier: 154-155.

39. Siehe Somek, Rationalität (Anm. 17) 407, 468.

40. Siehe Hegel (Anm. 33) §192, S. 349.

41. Siehe Deakin/Reed (Anm. 25) 81.

seitigen ihnen unzumutbar ist, indem sie ihre Funktion wahrnehmen.<sup>42</sup> Aus beiden Perspektiven geht es um die Grenzen zulässiger Diskriminierung.

## Das dominierende Gut

Die Gewährleistung von Marktzugang unter der Prämisse, dass systematische Diskriminierung zu beseitigen ist, steigert die ökonomische Entfaltungsfreiheit insgesamt, da die Prämisse so verstanden wird, dass die weniger belastende Einschränkung sich durchsetzen darf. Indem der EuGH über Beschränkungen der transnationalen Bewegungsfreiheit entscheidet, entscheidet er indirekt auch über das akzeptable Niveau der Marktregulierung.<sup>43</sup> Er tut dies im Kontext einer supranationalen Verfassung, die *nicht* als Solidaritätsgemeinschaft, sondern als *kompetitive Kooperationsgemeinschaft*<sup>44</sup> konzipiert ist. Daraus kann man schließen, dass die supranationale Verfassung die Antidiskriminierung im Verhältnis zu dem entfaltet, was Hayek als Verfassung der Freiheit bezeichnet hat. Die Supranationalität befreit den ökonomischen Liberalismus aus den Banden des Nationalstaats und verallgemeinert ihn.<sup>45</sup> Sie bringt ihn damit auf einen potentiellen Kollisionskurs mit seinem Erzfeind, dem Sozialstaat.

Das Mobilitätsprinzip ist darüber hinausgehend vom Ansatz her mit einer Version der Marktwirtschaft kongruent, für deren perfektes Funktionieren sämtliche Transaktionskosten entfallen sollten. Dass Mobilität ohne Transaktionskosten abgehen könnte, ist zweifelsfrei paradox; es deutet aber darauf hin, dass die Bewegung von Kapital privilegiert ist. Dessen ungeachtet ist das Mobilitätsprinzip anschlussfähig an ein Integrationsmodell, dem das Ideal transaktionskostenfreier Märkte vor Augen steht, um die Selektion des effizientesten rechtlichen Regimes zu befördern. Als entpolitisiertes politisches Selektionsprinzip setzt die "regulatory competition" die Mobilität von Kapital und Arbeit voraus.<sup>46</sup> Ansonsten wäre sie sinnlos (sie ist daher gerade in einer Gemeinschaft, in der sich die Arbeitskräfte nur in geringem Umfang bewegen, so gut wie sinnlos, wenn man von dem zusätzlichen Problem des Informationsmangels einmal absieht).<sup>47</sup>

Das Mobilitätsprinzip ist *nicht neutral* im Verhältnis zu den Gütern, die es in Aussicht stellt. Den Anpassungsfähigen bietet es Investitionsmöglichkeiten und Jobchancen. Diese Güter sind mit einer bestimmten Lebensform verbunden. Michael Walzer bezieht sich auf sie, indem er auf ein weiteres Gut rekurriert, das er als "die Karriere" bezeichnet. In einer von Kapitalgesellschaften geprägten Ökonomie

---

42. Siehe Somek, Equality (Anm. 22) 188.

43. Siehe Miguel Poyares Maduro, 'Europe's Social Self: The Sickness Unto Death', in: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford – Portland 2000, 325-350, hier: 328; ders., We the Court (Anm. 14) 128.

44. Siehe auch dazu Kersting (Anm. 34) 22. Eine Kooperationsgemeinschaft dient dem wechselseitigen Vorteil aller. Wenn sie kompetitiv gestaltet ist, dann soll durch Wettbewerb das zu verteilende wirtschaftliche Gesamtprodukt steigen.

45. Siehe dazu Alexander Somek, 'On Supranationality', *European Integration Online Papers* 5 (2001), <http://eiop.or.at/eipo/texte/2001-003a.htm>, 11-13.

46. Siehe Catherine Barnard, 'Regulating Competitive Federalism in the European Union? The Case of EU Social Policy' in: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford – Portland 2000, 49-69, hier: 50.

schlagen sich Investitionsmöglichkeiten und Joboptionen individuell als Karrierechancen zu Buche. Karrieren werden von Menschen gewollt, die ihr Leben als ein Projekt betrachten, das sie planen, in das sie investieren, und das nach der Marktlage adjustiert wird.<sup>48</sup>

Die Karriere als Gut, das vom Mobilitätsprinzip vermittelt wird, ist auch der Ansatzpunkt für den nicht unbedeutenden Teil der gemeinsamen Sozialpolitik, die sich vom Ansatz her als Mobilitätsförderung versteht. In deren Rahmen werden etwa Pensionsansparungen übertragbar gemacht<sup>49</sup> und der Ausschluss ausländischer Arbeitskräfte von Sozialleistungen rationae materiae des Gemeinschaftsrechts ausgeschlossen.<sup>50</sup> Präsent ist sie aber auch in einer Strategie, die darauf abzielt, eine hohe Beschäftigungsquote zu erzielen, indem man Arbeitnehmer in der "wissensbasierten Ökonomie" (als hätte alle bisherige Ökonomie auf Unwissen basiert) auf gesteigerte Flexibilität und lebenslanges Lernen drillt.<sup>51</sup> Dies verträgt sich mit der Vorstellung von Gleichheit als formaler Chancengleichheit.<sup>52</sup> Es ist der sozialpolitische Ausdruck der Tatsache, dass auf der Sonnenseite des Mobilitätsprinzips jene stehen, die wohlhabend, fit und gebildet sind. Sie sind in der Lage, Möglichkeiten wahrzunehmen, wo immer sie sich bieten.<sup>53</sup> Auf der Schattenseite findet man die anderen, für die entweder keine Möglichkeiten entstehen (die Untrainierten) oder die sich nicht bewegen können. Sie finden sich durch das Mobilitätsprinzip sozial und politisch entmachtet.

## Kompetitiver Föderalismus als reflexive Verfassung

Eine supranationale Gemeinschaft, die das Mobilitätsprinzip im Verhältnis zu Nationalstaaten zur Anwendung bringt, erhebt einen begrenzten Geltungsanspruch. Sie fordert die Durchlässigkeit, aber nicht die Eliminierung von Grenzen. Die Grenzen sollen porös werden. Die Grenzen der Grenzkorrektur und damit die Grenzen der Wirksamkeit der supranationalen Gemeinschaft zu bestimmen ist kein Problem, das als Nebenfolge der supranationalen Verfassung auftritt. Es ist dem Integrationsmodus immanent. Supranationalität ist eine reflexive politische Form.

Zunächst fordert das Mobilitätsprinzip – zumindest aus der Sicht der "Herren der Verträge" – nicht mehr Durchlässigkeit, als zur Erreichung des antidiskriminierenden Ziels notwendig ist. Die Emphase

---

47. Siehe Deakin/Reed (Anm. 25) 82; Maduro, *We the Court* (Anm. 14) 140-141.

48. Siehe Michael Walzer, *Thick and Thin. Moral Argument at Home and Abroad*, Notre Dame 1994, 23-24. Das Leben, das wir abgesehen von Karrierechancen leben, kommt in der supranationalen Verfassung nicht vor. Sie stellt den Tüchtigen Karrierechancen in Aussicht, aber nicht Gesundheit für die Kranken oder Bildung für die Neugierigen. Die Europäische Union kennt keine zivile politische Kultur. Das Familienleben kommt in ihrem Sozialmodell nur peripher vor. Sie geht uns nichts an, wenn wir beten. Das Mobilitätsprinzip ist eindimensional (Walzer [Anm. 48] 33). Es passt auf den eindimensionalen Menschen. Es fehlt ihm die soziale Wärme und kulturelle Relevanz. Es ist nichts für Bürgerinnen und Bürger, die das suchen. Es vermittelt jedenfalls keine kollektive Identität.

49. Siehe dazu Catherine Barnard, *EU Employment Law*, 2d. ed. Oxford 2000, 299-328.

50. Siehe C-85/96, Martínez Sala, Slg. I-2709, 1998, Rz. 62-64. Dazu, dass die ratio materiae wohl in Einkunft mit der ratio personae zusammenfallen wird, siehe Maduro, *Balancing* (Anm. 35) 457, das identisch ist mit Maduro, *Social Self* (Anm. 43) 335-336.

51. Siehe die sozialpolitische Agenda der Kommission, KOM (2000) 379.

52. Siehe dazu bei John Rawls, *Eine Theorie der Gerechtigkeit*, dt. Frankfurt/Main 1975, 92. Demnach soll jeder die gleichen gesetzlichen Rechte auf vorteilhafte soziale Positionen haben.

liegt daher aus dieser Sicht auf der "negativen Integration" und dem sich daraus wie eine natürliche Konsequenz ergebenden kompetitiven Föderalismus.<sup>54</sup> Zu beachten ist, dass die Gestalt dieses Föderalismus sich der Verkoppelung des Mobilitätsprinzips mit der Binnenmarktprogrammatisierung verdankt. Aus dem ersten allein ließe er sich nicht entwickeln. Seine Anwendung würde aus dilemmatischen Situationen nicht herausführen, die wiederholt unter Rückgriff auf das tiefsinnige Sinnbild unserer sozialen Existenz, das Gefangenendilemma, analysiert werden.

Es ist naheliegend, zwischen zwei Achsen des kompetitiven Föderalismus zu unterscheiden. Auf der horizontalen Achse stehen nationale politische Systeme im potentiellen oder aktuellen Wettbewerb um die Schaffung eines attraktiven Wirtschaftsstandorts. Auf der vertikalen Achse stellt sich die Frage, welche der in diesem Wettbewerb auftretenden "public bads" auf welcher Ebene des Europäischen Mehrebenensystems zu bekämpfen sind. Darin besteht die Hauptfunktion einer supranationalen Verfassung, die sich als Selbstreflexion des Integrationsprozesses versteht. Auf ihrer Ebene lässt sich der New Deal der Kompetenzen vollziehen, indem man Probleme benennt, angibt, welche Ebene zu ihrer Lösung zuständig sein soll, und darüber hinaus bestimmt, welche Regulierungsart zu wählen ist (Verordnung, Richtlinie, Rahmenrichtlinie, kooperative Regulierung, offene Koordination mit monitoring). Interessanterweise halten dazu noch die Mitgliedstaaten die Kompetenz-Kompetenz in ihren Händen. Das betrifft gar nicht so sehr ihre Eigenschaft als "Herren der Verträge", sondern den Spielraum, der ihnen durch konkurrierende Kompetenzverteilung zugespielt wird. Was sich auf der supranationalen Ebene politisch machen lässt, ist bis vor kurzem auf der Grundlage einer großzügigen Kompetenzinterpretation geschehen. Was sich nicht so leicht realisieren lässt, überlässt man dem "soft law" und der politischen Koordination. Was nicht gemeinschaftlich geht, das geschieht auf nationaler Ebene; oder es geschieht auch nicht.

Im Folgenden will ich die interne Logik des kompetitiven Föderalismus erläutern.<sup>55</sup> Ich beginne mit einer kurzen Bemerkung zur horizontalen Achse und wende mich dann der vertikalen Achse zu.

## Die horizontale Achse

Das Mobilitätsprinzip lässt sich mit der Schaffung eines Binnenmarktes verkoppeln, in dessen Rahmen sich kapitalkräftige Wirtschaftssubjekte und Mitgliedstaaten vermöge ihrer territorialen Mobilität einerseits und ihrer politischen Flexibilität andererseits auf den effizientesten Rechtsbestand einigen.<sup>56</sup> Daraus muss nicht Rechtseinheit resultieren. Der supranationale Binnenmarkt lässt regionale Unterschiede zu, insofern sie effizient sind. Regional unterschiedliche Gleichgewichte mögen daher weiterbestehen, wenn sie unterschiedliche politische Präferenzen oder ein unterschiedliches Produktivitäts-

53. Siehe Barnard (Anm. 49), 61.

54. Siehe dazu Thomas R. Dye, *American Federalism: Competition Among Governments*, Toronto 1990.

55. Für einen beeindruckenden Beitrag siehe Simon Deakin, Two Types of Regulatory Competition: Competitive Federalism versus Reflexive Harmonisation. A Law and Economics Perspective on *Centros*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2 (1999) 231-260.

56. Zu den Bedingungen, unter denen der regulatorische Wettbewerb effizient sein kann, und zu ihrer Abwesenheit im Europäischen Kontext, siehe Barnard (Anm. 49) 54-55.

niveau reflektieren.<sup>57</sup> Gleichwohl sind die Folgen dieser föderalen Mechanik bekannt. Wesentliche Elemente der “mixed economy” des Wohlfahrtsstaats befinden sich im Belagerungszustand. Dabei handelt es sich um Arbeitszeitregelungen ebenso wie um Steuern auf mobile Ressourcen. Indem darüber hinaus auch noch die staatliche Daseinsvorsorge und öffentlich subventionierte Dienstleistungen seitens der Kommission dem Europäischen Wettbewerbsrecht unterworfen werden, geraten Wohlfahrtsstaaten in Rechtfertigungsnotstand und müssen mitunter dem von der Kommission ausgehenden Zwang zu Privatisierung und Liberalisierung weichen (aufgrund von Art. 86 Abs. 3 EG Vertrag etwa im Fall der Telekommunikation, ansonsten aufgrund von Art. 85 Abs. 2).<sup>58</sup> Auf die damit verbundene “slippery slope” hat Scharpf nachdrücklich aufmerksam gemacht, indem er auf die denkbaren Konsequenzen solcher wettbewerbspolizeilicher Maßnahmen hinwies.<sup>59</sup> Warum sollten nicht private Schulen und Universitäten verlangen können, mit öffentlichen Einrichtungen dieser Art unter gleichen Bedingungen zu konkurrieren? Warum sollten private Pensionssysteme nicht ebenfalls staatliche Zuschüsse verlangen?

Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung öffentlicher Dienstleistungen ist mit der vorhin erwähnten Subordination des Staats unter die bürgerliche Gesellschaft kongruent. Der Staat ist ein Anbieter unter anderen. Das Wettbewerbsrecht zielt darauf ab, Unbeweglichkeit zu beseitigen, die nicht auf einem nicht gebilligten Wettbewerbsvorteil beruht. Das gilt auch für öffentliche Unternehmungen oder für Transfers an beliebige oder beauftragte Private.

## Die vertikale Achse

Die kollektiv irrationalen Konsequenzen, die so manche “deals” zwischen den mobilen Hauptakteuren des Binnenmarktes – transnationale Unternehmen und Staaten – haben mögen, lassen sich durch Regulierungen auffangen. Regulatorisches Einschreiten ist jedenfalls dann angezeigt, wenn das politisch flexible Handeln der Mitgliedstaaten zum berüchtigten “race to the bottom” führen könnte,<sup>60</sup> aus dem alle beteiligten Staaten nur Nachteile und keine Vorteile mehr hätten.<sup>61</sup> Regulierung ist aber auch dann angezeigt und der marktwirtschaftlichen Logik der Kompensation von Marktversagen angemessen, wenn der Wettbewerb in anderer Weise falsch läuft.<sup>62</sup> Der unspektakulärste, aber auch am einfachsten fassbare Fall dafür sind Produktstandards.<sup>63</sup> Die unterschiedliche Qualität von Produkten mit unterschiedlich hohen Preisen ist den Konsumenten oftmals nicht durchsichtig. Sie greifen nach den billigeren Produkten, für die geringere Qualitätsstandards gelten. Die Vereinheitlichung der Produktstandards schafft Wettbewerbsbedingungen, die es ausschließen, dass aus dem Nicht-Wissen der Konsumenten Renten bezogen werden können. Analoges gilt für “social dumping”, also die Ad-

---

57. Siehe dazu Syrpis (Anm. 15) 25.

58. Siehe dazu Scharpf (Anm. 18) 54-63.

59. Ebd., 61.

60. Siehe dazu Barnard (Anm. 49) 57, 59.

61. Wenn alle Staaten ihre Sozialstandards senken, hat kein Staat einen Wettbewerbsvorteil. Siehe Barnard (Anm. 49) 57.

62. Siehe Deakin/Reed (Anm. 25) 82 (unter Hinweis auf Mindeststandards).

63. Siehe Scharpf (Anm. 18) 92-93.

justierung von Sozialstandards auf ein niedriges Niveau zur Standortsicherung. Auch wenn "social dumping" als soziales Faktum in Europa als nicht nachgewiesen gilt,<sup>64</sup> steht die Politik schon längst unter dem Vorzeichen, dass es jederzeit auftreten könnte. Insofern ist "social dumping" sehr wohl eine Realität, aufgrund derer politisch gehandelt wird.<sup>65</sup>

Das Auftreten von asymmetrischen Mehr-Personen-Dilemmata,<sup>66</sup> in denen einige von Liberalisierungen mehr gewinnen können als andere und gleichwohl alle schlechter dastehen als bei der Wahl einer koordinierten Strategie, kann etwa durch Festlegung von technischen oder sozialen Minimalstandards hintan gehalten werden. Die Regulierung auf Gemeinschaftsebene lässt sich als positive Integration im Sinne des "market making" und im Sinne der "market correction" verstehen,<sup>67</sup> die beide durch den Regulierungsmarkt nicht zustande gebracht werden können. Vom Ansatz her ist sie ein affirmative action-Programm für die wirtschaftlichen Hauptagenten des Binnenmarkts.<sup>68</sup> Sie hat eine integrierende Funktion für Unternehmen und Staaten, indem sie ökonomisch und politisch erträglich macht, was ohne Regulierung zu politischen Zerreißproben führen würde. Wie Zauberlehrlinge sind die Mitgliedstaaten mit den Folgen der negativen Integration konfrontiert und entdecken indirekt in der im kompetitiven Föderalismus gelegenen *Nötigung zur gemeinsamen Reaktion* das eigentlich integrierende Moment. Die Mitgliedstaaten stoßen in der Reflexion des Binnenmarktes auf Probleme, die ihnen *gemeinsam* sind und die sich mitunter bloß von der supranationalen Ebene aus bearbeiten lassen.

### Grenzen der Kooperation

Auf der Ebene des Supranationalismus stellt sich freilich die Frage, inwieweit eine gemeinsame Regelung zweckmäßig oder möglich ist. Auf das Problem der Zweckmäßigkeit<sup>69</sup> versucht das (supranational überformte) Subsidiaritätsprinzip eine normative Antwort zu geben.<sup>70</sup> Als normative

---

64. Siehe dazu David Goodhart, 'Social Dumping Within the EU' in: D. Hine/H. Kassim (eds.), *Beyond the Market. The EU and National Social Policy*, London 1998, 79-90.

65. So die zutreffende Beobachtung bei Barnard (Anm. 49) 63-64.

66. Siehe Scharpf (Anm. 18) 105.

67. Siehe Scharpf (Anm. 18) 45.

68. Siehe dazu schon Somek, 'On Supranationality' (Anm. 45). Claus-Dieter Ehlermann, 'Harmonization versus Competition between Legal Rules', *European Review* 3 (1995), 333, 334 unterscheidet vier Gründe, aus denen eine Harmonisierung zur Errichtung des Binnenmarktes gerechtfertigt sein kann: erstens zur Beseitigung eines Hindernisses zur Ausübung der Grundfreiheiten; zweitens zum Schutz von Interessen, die aufgrund der Beseitigung eines Hindernisses gefährdet sein können; drittens zur Beseitigung von Wettbewerbsverzerrungen, die, obwohl sie keine Bewegungshindernisse darstellen, zu erheblichen Kostenunterschieden führen; viertens um die Kooperation zwischen Firmen und Individuen im Binnenmarkt zu erleichtern.

69. Siehe dazu auch Barnard (Anm. 49) 60-61.

70. An dieser Stelle ist anzumerken, dass der Föderalismus echter Subsidiarität vom Supranationalismus in seiner dominierenden Auslegung verschieden ist. Es ist leicht erklärt, weshalb es sich so verhält. Wenn man dem Subsidiaritätsprinzip folgend von kleineren Gemeinschaften ausgeht, muss man wissen, worum es in kleineren Gemeinschaften geht, d.h. man muss eine bestimmte Lebenskonzeption vor Augen haben. Das ist bei der Supranationalität aber nicht der Fall. Ihr Prinzip ist das der Mobilität. Deswegen können kleinere Einheiten nicht als finaler Bezugspunkt gelten. Sie sind, was immer sie sonst noch sind, jedenfalls Bewegungshindernisse. Und um den Abbau der Bewegungshindernisse geht es im System der Supranationalität. Damit soll nicht behauptet werden, dass es sich bei modernen föderalen Systemen anders verhält als bei der Supranationalität. Im Gegenteil, es ließe sich sogar behaupten, dass die zentralisierende Tendenz des modernen Föderalismus sich der Präponderanz der Bewegungsfreiheit verdankt. Ein Blick auf die Kompetenzinterpretation in den Vereinigten Staaten von Gibbon v. Ogden bis US v. Lopez würde dies zeigen.

Schranke der Gemeinschaftsgesetzgebung hat es sich bislang nicht als besonders wirksam erwiesen. Pragmatische Grenzen können sich aus den Unterschieden etablierter nationaler Regelungssysteme ergeben. Auf beides kann ich hier nicht eingehen. Der gemeinsamen Problemlösung, die immerhin weitestgehend konsensual verläuft und im Bereich der delegierten Gesetzgebung den supranationalen run-off durch ein System national beschickter Ausschüsse vermeidet,<sup>71</sup> sind sachliche Grenzen gesetzt. Zum einen existieren Bereiche, in denen die Interessen der Mitgliedstaaten konvergieren. Zum anderen gibt es jene bemerkenswerte Zone, in der Mitgliedstaaten über den einer Regulierung zugrunde zu legenden Standard unterschiedlicher Auffassung sind, aber dennoch ihr Interesse an gemeinsamer Regulierung die Auffassungsunterschiede überwiegt und deswegen – mitunter mithilfe von “package deals” – ein gemeinsamer Standard festgelegt werden kann.<sup>72</sup> Die Gemeinschaft kann in solchen Bereichen (produktbezogene Gesundheit, Sicherheit, Konsumentenschutz, grenzüberschreitender Umweltschutz) einen relativ hohen Standard durchsetzen, auch wenn sich daraus für weniger wohlhabende Staaten vergleichsweise größere Belastungen ergeben. Die Konsensfindung kommt allerdings an ihre Grenze in Bereichen, welche die Regelung der Produktion und nicht die Produktqualität selbst betrifft (und somit die entstehenden Vorteile nicht direkt an Konsumenten weitergegeben werden können). In diesem Bereich – und er betrifft unter anderem die berüchtigten “Lohnnebenkosten” – ist es für die beteiligten Staaten im Sinne der Wahl der besten Alternative zur Verhandlungslösung von größerem Vorteil, eine nationale Regelung der gemeinsamen Regelung vorzuziehen. Scharpf verdeutlicht dies an folgendem Beispiel:<sup>73</sup>

[I]f social-welfare and environmental regulations were harmonized at, say, the Danish level, the international competitiveness of economies with lower productivity would be destroyed. If exchange rates were allowed to fall accordingly, the result would be higher domestic prices and, hence, impoverished consumers. If devaluation were ruled out (e.g. in a monetary union), the result would be deindustrialization and massive job losses—just as they occurred in eastern Germany when the relatively backward GDR economy was subjected to the full range of West German regulations under a single currency.

Zu dieser Zone gehören aber auch die unüberwindbar erscheinenden Differenzen in nationalen Systemen der Pensionsvorsorge, der Krankenversicherung oder der Gesundheitsversorgung.<sup>74</sup>

---

71. Weiler, *Constitution of Europe* (Anm. 11) 98 spricht in diesem Zusammenhang von “infra-nationalism”.

72. Siehe Scharpf (Anm. 18) 108.

73. Scharpf (Anm. 18) 79.

74. Siehe ebd., 80-81. Scharpf zieht daraus folgenden Schluss (ebd. 82-83): “Since positive integration, unlike negative integration does in fact depend on high levels of agreement among member governments, it follows that certain types of policy problems, for which solutions would be politically feasible within each of the member states, are unlikely to be dealt with effectively at the European level. If, at the same time, national solutions are undercut by negative integration and by pressures of economic competition, the overall result would be a

## Soziale Gerechtigkeit

Die Gewährleistung von sozialer Gerechtigkeit in dem Sinne, wie sie traditionelle sozialstaatliche Programme der "Umverteilung" bestimmt hat, ist kein integraler Bestandteil der Gemeinschaftspolitik.<sup>75</sup> Sie gehört nicht einmal zu den Zielen der Union oder der Gemeinschaft. Im Kontext des kompetitiven Föderalismus kommt sie nur als Politikziel vor, das von den Mitgliedstaaten verfolgt wird.<sup>76</sup>

Aus zwei Gründen ist die gegenwärtige supranationale Verfassung so beschaffen, dass sie in der Reproduktion einer Situation resultiert, in der die fehlende supranationale Kompetenz mit mangelnden nationalen Kapazitäten konvergiert.<sup>77</sup>

Erstens sind bei den Entscheidungsprozessen der positiven Integration die sozialen Schutzinteressen der Bürgerinnen und Bürger nicht direkt oder vermittelt durch politische Programme relevant. Sie sind nur insofern von Bedeutung, als solche Interessen durch Staaten repräsentiert werden. Ratsmitglieder aus unterschiedlichen politischen Lagern bringen unterschiedliche Auffassungen betreffend die soziale Gerechtigkeit mit. Unterschiedliche wirtschaftliche Entwicklungs- und Produktivitätsniveaus sowie unterschiedliche Systeme des Sozialrechts tragen dazu bei, dass das "agreement to disagree" der wahrscheinliche Fall ist. Im Ergebnis stellt sich die Sozialpolitik, wenn überhaupt, als eine Angelegenheit der "kleinsten gemeinsamen Nenner" dar. Es ist daher nicht verwunderlich, dass sie den Bereich darstellt, in welchem nicht Verordnungen, sondern bloß Richtlinien anzutreffen sind. In diesen sind regelmäßig die Möglichkeiten für eine flexible Umsetzung seitens der Mitgliedstaaten vorgesehen.<sup>78</sup> Während die wirtschaftliche Mobilität auf eine supranationale Ebene gehoben ist, erfährt die Gewährleistung des sozialen Schutzes im Effekt eine *prekäre* Nationalisierung. Denn die politischen Instrumente, die den Nationalstaaten verbleiben, werden geringer. Nationalstaaten sind nicht mehr in der Lage, den Umfang von Sozialleistungen auf ihre Angehörigen oder auf Personen zu beschränken, die sich auf ihrem Territorium aufhalten.<sup>79</sup> Um nicht die Flucht mobiler Produktionsfaktoren durch die Erhebung hoher Steuern zu provozieren, müsste die Steuerschraube bei den immobilen Faktoren wie Einkommen aus unselbständiger Erwerbstätigkeit und Konsum angesetzt werden. Damit träfe man die potentiellen Klienten der Sozialpolitik.<sup>80</sup> Vor allem angesichts der Konvergenzkriterien und des Stabilitäts- und Wachstumspakts stehen Instrumente der Makrosteuerung nicht mehr zur Verfügung, mit denen sich Beschäftigungseffekte haben erzielen lassen (wie das "deficit spending" oder die Abwertung der Währung).<sup>81</sup> Das hat zur Konsequenz, dass, was den wichtigen Bereich der Beschäftigungspolitik und mit diesem die Finanzierung des

---

general loss of problem-solving capacity in the multi-level European polity and, hence, a loss of out-put oriented democratic legitimacy."

75. Das bedeutet nicht, dass ihr nicht eine gewisse Bedeutung als Nebenrolle zufällt.

76. Siehe dazu auch Maduro, *Sickness Unto Death* (Anm. 43), der ein "criterion of social justice" einmahnt.

77. Siehe Scharpf (Anm. 18) 117.

78. Siehe Catherine Barnard, 'Flexibility and Social Policy' in: G. de Búrca – J. Shaw (eds.), *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?*, Oxford – Portland 2000, 197-217, hier: 204-213 für eine Übersicht über die unterschiedlichen Instrumente, die gewählt werden, um Flexibilität zu bewirken.

79. Siehe Pierson (Anm. 38) 135-136.

80. Siehe Scharpf (Anm. 18) 112.

81. Siehe Deakin/Reed (Anm. 25) 92.

Sozialstaats angeht, die Flexibilisierung der Arbeitsverhältnisse sichtlich als der einzig gangbare sozialpolitische Weg der Beschäftigungssicherung bleibt.<sup>82</sup> Die Nationalstaaten müssen ihrer sozialpolitischen Ohnmacht zuarbeiten. Durch die Währungsunion entwickelt sich dieser kompetitive Föderalismus zum Euro-Föderalismus fort.<sup>83</sup> Das Mobilitätsprinzip setzt sich durch. Sowohl der Kommission als auch dem Rat steht in offiziellen Erklärungen und Beschlüssen immer wieder das Ideal einer "skilled, trained and adaptable workforce"<sup>84</sup> vor Augen. Sie verzichtet auf Reallohnzuwächse gemessen an der Produktivitätssteigerung, damit Kapital für Investitionen abgezweigt werden kann, die neue Arbeitsplätze schaffen. Was geschieht, wenn das Kapital auf den Kapitalmärkten landet, weiß niemand. Aus der Sicht der Nachfrage ermöglicht eine Politik, die "rigide" Schutzbestimmungen abbaut, eine Beschäftigungspraxis, die einen kleinen Teil vollbeschäftigter und flexibel eingesetzter Mitarbeiter kombiniert mit einer Reserve von Teilzeit- und Kurzzeitbeschäftigten, aus der zu Spitzenzeiten rekrutiert wird. Der Angebotsseite zugewandt spricht man von einer familien- und frauenfreundlichen strukturellen Reform; es verhielte sich gewiss auch so, wenn sich von den Gehältern leben ließe. Die Kommission musste freilich unlängst indirekt einbekennen,<sup>85</sup> dass Europa mittlerweile auch schon Gefahr läuft, jene tragische soziale Gestalt zu schaffen, die wir schon seit längerem aus den USA kennen: den "working poor".

Auf den ersten Blick mag es so aussehen, als ob durch die Integration des sozialpolitischen Abkommens der Elf in den Titel XI (Sozialpolitik)<sup>86</sup>, die Aufnahme der Sozialpartner in die Gemeinschaftspolitik und die "Konstitutionalisierung"<sup>87</sup> der Politik der offenen Koordinierung im Amsterdamer Vertrag (Titel VIII Vertrag) der Weg zur gemeinschaftlichen Problemlösung geebnet wird. Indes lehrt schon ein Blick auf die Leitlinien (Art. 128), die im Rahmen des sogenannten "Luxemburg-Prozesses" entstanden sind,<sup>88</sup> dass die vier Säulen (Beschäftigungsfähigkeit, Unternehmertum, Anpassung, Chancengleichheit), aufgrund derer nationale Politik abgestimmt werden sollen, auf einer "kuriösen Mischung" von neoliberalen Politikzielen und neokorporatistischer Praxis beruhen.<sup>89</sup> Neoliberal ist der Traum, es lasse sich durch die (oder neben der) Deregulierung irgendwie die richtige Balance von Flexibilität (Kurzzeitbeschäftigung mit lebenslangem Lernen) und sozialer Sicherheit erzielen. Es mag sein, dass dieser Traum in gewisser Weise der Vorstellungswelt des "dritten" Wegs entspricht: "neoliberalism with a discount" (Roberto Unger). Konkretisiert und implementiert werden soll dieser Traum durch die Sozialpartner auf europäischer, nationaler,

---

82. Siehe ebd., 98.

83. Zu den fiskalpolitischen Konsequenzen der Währungsunion, siehe bloß Francis Snyder, *EMU Revisited. Are We Making a Constitution? What Constitution are We Making*, in: P. Craig/G. de Burca (eds), *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, 417-477, hier: 448

84. Siehe namentlich den Beschluss des Rats über Wachstum und Beschäftigung OJ C236/3, zitiert bei Deakin/Reed (Anm. 25) 90.

85. Siehe Mitteilung der Kommission – Ein Europa schaffen, das alle einbezieht, KOM/2000/0079.

86. Zu den Komplikationen siehe Barnard, 'Flexibility' (Anm. 78) 202.

87. Siehe dazu Catherine Barnard, 'EC 'Social' Policy', in: P. Craig – G. de Burca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford 1999, 479-516, hier: 486; siehe auch Erika Szyszczak, 'The Evolving European Employment Strategy' in: Jo Shaw (ed.), *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, Oxford – Portland 2000, 197-221, hier: 203-206.

88. Sie gehen auf den außerordentlichen Beschäftigungsgipfel 1997 zurück.

89. So Deakin/Reed (Anm. 25) 95.

regionaler und betrieblicher Ebene. Der soziale Dialog ist das Mittel der Flexibilisierung.<sup>90</sup> Eine solche Strategie ist eigentlich schon jenseits des Neo-Korporatismus angesiedelt. Sie führt geradewegs zurück zum Korporatismus. Möglicherweise ist diese europaweite Strategie in der Tat ein Anzeichen für die Mutation des kompetitiven Föderalismus in den Euro-Föderalismus. Dieser realisierte etwas Ähnliches wie das Sozialmodell "kompetitiver Solidarität", das Streeck als neue Basis der Europäischen Sozialpolitik vermutet. Sie basiert auf der jeweils nationalen Investition in die Fähigkeiten von Individuen und Gemeinschaften, deren Humankapital angesichts verstärkter nationaler und regionaler Standortkonkurrenz für den Kampf ums wirtschaftliche Dasein "fit" gemacht wird.<sup>91</sup> Da die "strukturelle Anpassung" der Arbeitsmärkte und der Betriebsorganisation sich im Euro-Föderalismus verstärkt als Mittel der Sozialpolitik aufdrängt,<sup>92</sup> besteht die Gefahr, dass es schlichtweg zur Konvergenz der Deregulierung kommt.<sup>93</sup> Denn in auffälligem Gegensatz zur Erfüllung der Konvergenzkriterien folgen auf die Nichtbeachtung koordinierter Politiken keine finanziellen Sanktionen, sondern nur der Empfang einer nicht-bindenden Empfehlung. Es besteht also eine bemerkenswerte Divergenz der Maßstäbe, an denen die Konvergenz der Budgetpolitik und die Konvergenz der Sozialpolitik gemessen wird.

Zweitens folgt aber auch die Abstimmung der Interessen zwischen den Staaten nicht einem Kriterium der Unparteilichkeit, sondern einem Nutzenkalkül. Das elementarste unter ihnen besagt, dass eine Regelung einen Nettonutzen haben sollte. Das Nettonutzenprinzip ist mit der Mehrheitsentscheidung verträglich. Es lässt echte Verlierer zu.<sup>94</sup> Die europäische Politik folgt nicht dieser Logik. Selbst wenn Staaten im einen oder anderen Bereich einen Nachteil haben, dann nehmen sie diesen nur in Kauf, weil für sie die Vorzüge des Binnenmarktes überwiegen und sie in einem anderen Politikbereich entschädigt werden.<sup>95</sup> Es können Kaldor-Hicks-effiziente Ergebnisse erzielt werden, in deren Rahmen diejenigen, die bei einer Mehrheitsentscheidung einen Verlust in Kauf nehmen müssen, bei anderer Gelegenheit schadlos gehalten werden.<sup>96</sup> Wenn Kompensationsmöglichkeiten nicht in Sicht sind, dann bleibt nur die mit dem Pareto-Prinzip stets mitgedachte Vetomöglichkeit. Verbesserungen sind nur zulässig, wenn niemandes Position verschlechtert wird. Ein System, das der Mehrheitsentscheidung vertraute, ohne den Interessenausgleich zwischen Staaten zur Bedingung zu haben, könnte nur auf einem "Gesellschaftsvertrag" basieren. Er müsste die Gerechtigkeitskriterien enthalten, denen sich die unterliegende Minderheit beugen müsste.<sup>97</sup> Einen solchen Gesellschaftsvertrag gibt es nicht.

---

90. Siehe dazu Nachweise bei Deakin/Reed (Anm. 25) 95.

91. Siehe Wolfgang Streeck, 'Competitive Solidarity: Rethinking the 'European Social Model'', *MPfG Working Paper* 99/8 (1999).

92. Siehe den Verweis in Art. 126 EG Vertrag auf die nach Art. 99 Abs. vom Rat im Rahmen der Währungsunion zu erstellenden Richtlinien der Wirtschaftspolitik. Siehe dazu Deakin/Reed (Anm. ), 90-91: "Article 99 and the Stability and Growth Pact together constitute an attempt to lock Member States into a path of economic development based on economic convergence around tight budgetary controls and the maintenance of price stability. Labour market flexibility, in the sense of 'structural reforms', is a corollary in this process."

93. Siehe Deakin/Reed (Anm. 25) 93.

94. Siehe Maduro, *We the Court* (Anm. 14) 152.

95. Siehe Scharpf (Anm. 18) 108.

96. Siehe Maduro, *Sickness* (Anm. 43) 345-346.

97. Siehe Maduro, *Sickness* (Anm. 43) 346.

Damit gerät der Supranationalismus, der seinen egalitären Ansatz im Sinne des Mobilitätsprinzips auslegt, in Konflikt mit seinem eigenen normativen Grundsatz. Denn vor dem Hintergrund dieser Entwicklung lässt sich nicht mehr sagen, dass einem System von Nationalstaaten die diskriminierenden Effekte genommen werden. Die Auslegung der Supranationalität im Sinne des Mobilitätsprinzips erweist sich als zu eng. Das gilt nicht nur im Hinblick auf die Angehörigen von Nationalstaaten, deren Heimatländer im Wettbewerb der nationalen Solidaritäten sich durchsetzen können; es gilt vor allem für jene, die angesichts der Universalisierung des Ideals der “skilled, trained and adaptable workforce” vor gravierenden Inklusionsproblemen stehen.

## Das Gegenprinzip: Märkte ohne Diskriminierung

Die Supranationalität fordert, Benachteiligungen zu eliminieren, die sich systematisch aus der Koexistenz von Nationalstaaten ergeben. In ihrer dominierenden Auslegung bildet sie den normativen Hintergrund für den kompetitiven Föderalismus, der die Anwendung dieses Prinzips der gemeinsamen Problemlösung unterwirft. Die supranationale Verfassung erfüllt diese Funktion auf “metakonstitutionelle” Art.<sup>98</sup> Sie beobachtet nationale Regulierungen, um Rückschlüsse darauf zu ziehen, ob die nationale Regulierung zweiter Ordnung – also die nationale Kompetenz – zurückzutreten hat.<sup>99</sup> Sie entkoppelt problemspezifisch den nationalen Erzeugungszusammenhang zwischen Gesetz und Verfassung und ersetzt ihn durch supranationale Geltungsanordnungen. Die in einem Mitgliedstaat weniger belastende Regelung eines Produktstandards muss von einem anderen Mitgliedstaat aufgrund der supranationalen Verfassung anerkannt werden. Durch das Gemeinschaftsrecht wird sie anwendbares Recht. Die Ausdehnung des persönlichen Geltungsbereichs von Förderungen oder Unterstützungen gilt aufgrund des europäischen und nicht aufgrund des nationalen Gleichheitsprinzips. Indem das Gemeinschaftsrecht den Marktbürgern subjektive Rechte einräumt, ermächtigt es diese, das geltende Recht unter die Hoheit der supranationalen Rechtsordnung zu bringen. Die Allianz von Marktbürgern und Gerichten, die den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts ernst nehmen, ist bekanntlich ein Erfolgsrezept des supranationalen Rechts. Dadurch wird die nationale Souveränität nicht aufgehoben. Die supranationale Verfassung zweiter Ordnung wirkt im Verhältnis zu nationalen Verfassungen wie eine negative Kompetenznorm, die zur Regulierung des kompetitiven Föderalismus durch positive Kompetenznormen ergänzt wird. Damit ist auch klar, was in einem konstitutionellen Kontext “Integration” bedeutet. Es bedeutet schlicht, immer mehr Bereiche ausgehend vom Sachproblem einem supranationalen Problemlösungsverfahren zu unterwerfen.

---

98. Siehe Neil Walker, ‘Flexibility within a Metaconstitutional Frame: Reflections on the Future of Legal Authority in Europe’, in: G. de Búrca/J. Scott (eds.), *Constitutional Change in the EU. From Uniformity to Flexibility?*, Oxford: Hart Publishing 2000, 9-30. hier: 15.

99. Nach dem hier verwendeten funktionellen Verfassungsbegriff liegt eine Verfassung immer dann vor, wenn die bei der gemeinsamen Lösung eines Sachproblems auftretende Frage, durch welche Regeln der Kooperation es zu lösen sei (Problemlösung erster Ordnung), selbst einem gemeinsam verbindlichen Modus der Problemlösung unterstellt wird (Problemlösung zweiter Ordnung). Pate bei diesem Verfassungsbegriff stehen sowohl Hans Kelsen als auch Niklas Luhmann. Siehe Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. Wien 1960, 228; Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/Main 1993, 71.

## Die Inklusionsverfassung

Die vorstehende Rekonstruktion der dominierenden Auslegung ist weder polemisch noch irreführend. Sie lässt sich verteidigen. Gleichwohl ist sie ergänzungsbedürftig. Denn das Gemeinschaftsrecht hat die supranationale Antidiskriminierung auch im Verhältnis zu einem anderen Typus von Verfassung in Angriff genommen. Dabei handelt es sich um die *Verfassung der Inklusion*.<sup>100</sup> Durch sie wird der Zugang zu den Positionen der gesellschaftlichen Zusammenarbeit gesichert und Vorsorge für den Fall getroffen, dass er aus irgendwelchen Gründen unüberwindbar erscheint.

Unter Bedingungen der marktwirtschaftlichen Mobilität ist die gesellschaftliche Zusammenarbeit von einem konstitutiven Inklusionsrisiko begleitet.<sup>101</sup> An der gesellschaftlichen Zusammenarbeit teilzunehmen, schließt ein, jederzeit aus der Zusammenarbeit dauerhaft herausfallen zu können. Arbeitsunfall, Konkurs, Krankheit, Alter oder der Verlust des Arbeitsplatzes sind Risiken, die sich jederzeit materialisieren können. Das moderne Sozialversicherungsrecht versichert gegen solche Risiken. Wenn die Teilnahme an der gesellschaftlichen Zusammenarbeit als primäre Bezugsquelle von Grundgütern entfällt, dann wird der Ausfall kompensiert. Den darauf bezogenen Regelungsbereich zweiter Ordnung kann man als Verfassung der Inklusion bezeichnen.

Die Inklusionsverfassung verhält sich zur liberalen Verfassung durchaus ähnlich wie die supranationale Verfassung. Sie verdrängt und überlagert sie in bestimmten Bereichen. Allerdings geschieht dies nicht kraft höheren Rechts, sondern vermöge realer Verhältnisse (sie wird daher gerne als "Realverfassung" bezeichnet). Unter Bedingungen supranationaler Integration ereilt die Verfassung der Inklusion dasselbe Schicksal wie die liberale Verfassung. Die supranationale Verfassung verdrängt durch die Anwendung des Mobilitätsprinzips die Inklusionsverfassung hinsichtlich der Methode der Aufgabenerfüllung. Sie erledigt Inklusionssicherung auf ihre Art. An erster Stelle steht die Mobilitätsförderung. Das Gemeinschaftsrecht war, was dies angeht, sehr erfolgreich darin, sozialversicherungsrechtliche Barrieren abzubauen und darüber hinaus auch noch Bereiche einzubeziehen, die, wie die Schule, indirekte Mobilitätshindernisse darstellen könnten. Zweitens sichert die supranationale Verfassung die Inklusion durch den Schutz vor Diskriminierung in Sozialsystemen. Drittens eröffnet es politische Kooperationsmöglichkeiten, durch welche das durch den Binnenmarkt verschärfte Inklusionsrisiko abgemildert und Wettbewerbsgleichheit hergestellt werden soll.

## Liberale Gleichheit

In supranationaler Sicht ist Inklusion vorwiegend relevant im Hinblick auf die Partizipation am marktwirtschaftlichen Verkehr. Dieser wird gefördert. Auf den ersten Blick dürfte Art. 141 EGV (und sein neuer Satellit Art.13) auf nichts anderes abstellen. Das Geschlecht darf kein Inklusionshindernis

---

100. Zum Begriff der Inklusion siehe Niklas Luhmann, 'Inklusion und Exklusion,' in: ders., *Soziologische Aufklärung*, Bd. 6: *Die Soziologie und der Mensch*, Opladen 1995, 237-264.

101. Näher dazu Alexander Somek, 'A Constitution for Antidiscrimination. Exploring the Vanguard Moment of Community Law', in: *European Law Journal* 5 (1999), 243-271

sein. Allerdings geht es bei dieser Bestimmung, für die Maduro festhält, dass sie lange Zeit ein “‘lone ranger’ in the otherwise empty and foggy landscape of European social rights”<sup>102</sup> darstellte, auch um etwas anderes. Dieses andere kann man nicht genügend unterstreichen, weil er der in Art. 141 (und Art. 13) enthaltene Gedanke im Verhältnis zur Marktwirtschaft gleichsam ein Gegenprinzip zum Mobilitätsprinzip formuliert und insofern etwas wie den Keim einer Gegenverfassung zur dominierenden Auslegung der Supranationalität enthält.

Diskriminierungen wie jene “wegen des Geschlechts” sind in der Marktwirtschaft endemisch. Die Orientierung an Stereotypen, wirtschaftlicher Ohnmacht und den Vorurteilen von Konsumenten ist eine integrale Komponente des *rationalen Verhaltens* von Marktteilnehmern.<sup>103</sup> Das private Antidiskriminierungsrecht, für dessen Umsetzung über den Bereich der geschlechtsspezifischen Diskriminierung hinausgehend bereits zwei Richtlinien vorliegen, will jene Diskriminierung korrigieren, die in der marktwirtschaftlichen Verhaltenskoordination systematisch angelegt ist.<sup>104</sup> Gleich wie die Supranationalität in ihrer dominierenden Auslegung sich gegen die Diskriminierung wendet, die in einem System von Nationalstaaten für diejenigen auftritt, die wirtschaftlich mobil sein können, wendet sich das private Antidiskriminierungsrecht gegen jene Diskriminierung, aufgrund derer im Kontext der marktwirtschaftlichen Verhaltenskoordination Menschen wegen ihrer Zugehörigkeit zu einer Gruppe benachteiligt sind. Insofern es bei letzterem um *Marktkorrektur* geht, die zunächst von der supranationalen Konstellation unabhängig ist, lässt sich die Schaffung diskriminierungsfreier Märkte als Gegenprinzip der dominierenden Auslegung der Supranationalität verstehen. Dieses Gegenprinzip bringt den Gedanken liberaler Gleichheit zur Geltung,<sup>105</sup> die fordert, Menschen jedenfalls unabhängig von ihrer Gruppenzugehörigkeit zu sehen. Ihre soziale Stellung soll bloß von ihrem Talent, ihrem Fleiß und ihrem Glück bestimmt sein.

## Zwei Möglichkeiten der Kombination

Es gibt zwei Wege, die Supranationalität mit dem Prinzip der liberalen Gleichheit vereinbar zu machen. Einerseits lässt es sich in der dominierenden Auslegung unterbringen und dem Mobilitätsprinzip assimilieren. Andererseits lässt sich der Supranationalität aus der Sicht der liberalen Gleichheit eine revidierte Auslegung verleihen.

Wenn man den ersten Weg wählt, gelangt man zum gegenwärtigen Antidiskriminierungsrecht. Es übersetzt die ihm immanente distributive Dimension in eine deontologische Perspektive, indem es spezifische Distributionsagenten an strenge Diskriminierungsverbote bindet.<sup>106</sup> Mit dem Geist des Mobilitätsprinzips ist das Antidiskriminierungsrecht insofern kompatibel, als es jene Personen zu

---

102. Maduro, ‘Sickness’ (Anm. 43) 337.

103. Siehe Cass Sunstein, *Free Markets and Social Justice*, New York – Oxford 1997, 151-166

104. Eine Korrektur des Verhaltens betrifft auch hier systemische Effekte. Wie tief eine solche Korrektur gehen kann und wie erfolgsversprechend sie ist, ist eine andere Frage, auf die hier nicht einzugehen ist. Siehe Alexander Somek, ‘Die beiden Sprachen des Antidiskriminierungsrechts’, erscheint in: *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 2002.

105. Siehe Rawls, *Theorie* (Anm. 52) 93.

seinen Klienten erhebt, die sich durch einen Mobilitätsnachteil auszeichnen, den sie selbst bei bestem Willen nicht überwinden können (Geschlecht, Rasse, Behinderung, sexuelle Orientierung, Herkunft, Alter etc.). Es geht um den Marktzugang für jene, die aus einem unveränderlichen Merkmal einen Nachteil haben. Dadurch erfährt das Prinzip liberaler Gleichheit eine inhaltliche Verkürzung, das in seinem vollem Umfang fordert, „dass Menschen mit gleichen Fähigkeiten und gleicher Bereitschaft, sie einzusetzen, gleiche Erfolgsaussichten haben sollen, unabhängig von ihrer anfänglichen gesellschaftlichen Stellung.“<sup>107</sup>

Wenn man den zweiten Weg einschlägt, lässt sich diese Verkürzung vermeiden. Der zweite Weg beruht darauf, die Supranationalität von der liberalen Gleichheit her zu begreifen. Die erste wird als Komponente der letzteren gesehen. In diesem Verständnis stellt sie darauf ab, dass die Koexistenz von Nationalstaaten, die einen gemeinsamen Markt unterhalten, unfaire Inklusionsnachteile für manche einschließt. Darin liegt der historische Sinn von Art. 141 EG-Vertrag. Frankreich hat auf dessen Aufnahme bestanden, um aus seinen Sozialgesetzen keinen Wettbewerbsnachteil zu haben. Damit solche Nachteile im Rahmen des kompetitiven Föderalismus nicht durch die Senkung nationaler Standards abgewendet werden und folglich die Angehörigen von Nationalstaaten keine Nachteile aus einem System kooperierender Nationalstaaten haben, gibt es den Diskriminierungsschutz. Er ist aktueller denn je. Der Zugang zu guter Beschäftigung – zu den „höherwertigen Arbeitsplätzen“, von denen auch die Kommission mitunter spricht<sup>108</sup> – ist schwierig, weil er mit einem höheren Qualifikationsprofil verbunden ist. Dieses Profil ist mithilfe des bestehenden Bildungssystems, das aus leeren Kassen gespeist wird, gewiss nicht für alle erreichbar. Durch die ebenfalls von der Kommission zur Kenntnis genommene Vergrößerung der sozialen Ungleichheit wird diese Situation verschärft.

Wenn man Supranationalität von der liberalen Gleichheit her interpretiert, wird es nicht genügen, der Sozialpolitik die untergeordnete Rolle eines – mehr oder weniger zufriedenstellend<sup>109</sup> – „offen koordinierten“, jedenfalls aber nationalisierten „clean up“ der Folgen des kompetitiven Föderalismus oder Euro-Föderalismus spielen zu lassen.<sup>110</sup> Die gegenwärtige Situation ist durch ein deutliches Missverhältnis zwischen den durchaus noblen inhaltlichen Ambitionen der supranationalen Politik und ihren institutionellen Möglichkeiten geprägt. Der Integrationsprozess muss, so gesehen, eigentlich erst beginnen. Wenn man den schönen Worten, die in White Papers enthalten sind, Glauben schenken darf, in denen von qualitativ hochwertiger Arbeit und kooperativen Unternehmensstrukturen die Rede ist,<sup>111</sup> dann will sich der Integrationsprozess bereits in diese Richtung bewegen, allein die Vehikel, derer er sich bedient, machen es unwahrscheinlich, dass er an sein Ziel kommen wird.

---

106. Siehe dazu Somek, Die beiden Sprachen (Anm. 104).

107. Rawls, Theorie (Anm. 52) 93. Siehe auch John Rawls, *Justice as Fairness. A Restatement*, ed. E. Kelly, Cambridge, Mass. 2001, 44: „In all parts of society there are to be roughly the same prospects of culture and achievement for those similarly motivated and endowed.“

108. Siehe Mitteilung der Kommission – Sozialpolitische Agenda, KOM 2000/379, 15.

109. Siehe dazu, dass die Berichte an die Hohe Behörde betreffend nationale Aktionsprogramme mitunter nichtssagend ausfallen, bei Szyszczak (Anm. 87) 210.

110. Siehe hingegen die Stellungnahme der Kommission in der Sozialpolitischen Agenda (Anm. ) 16.

111. Siehe etwa die sozialpolitische Agenda (Anm. 108) 15.

An dieser Stelle ist auszusprechen, was niemand gerne ausspricht. Denn es handelt sich um eine alte Einsicht. Alte Einsichten erwecken in schnelllebigen Zeiten wenig Interesse. Aber sie bleiben dennoch wahr. Der Binnenmarkt und die Währungsunion dürfen nicht ohne eine Vergemeinschaftung der Sozialpolitik realisiert werden.

## Weckruf an die politischen Parteien

Gibt es eine verfassungspolitische Konsequenz aus diesem Befund? Gewiss. Der Ausbau der flexiblen Integration durch verstärkte Zusammenarbeit wäre eine davon. Aber auch an die stärkere Demokratisierung der offenen Koordinierung könnte man denken.<sup>112</sup> Aber wenn man sich in solchen Erwägungen ergeht, steht man vor der eigentlichen Schwierigkeit. Es gibt mehr als eine Konsequenz. Sobald ein politisches Problem einmal zur Kenntnis genommen worden ist, wird es zum Tummelplatz der Experten, die zu wissen glauben, wie es zu lösen ist. Jeder Vorschlag muss allerdings damit rechnen, sich im double-bind (oder: dem binären Code) von bürokratischen Klienten zu verfangen. Reformvorschläge sind entweder interessant, aber unrealistisch oder realistisch und dafür unoriginell.<sup>113</sup> Als institutionell anschlussfähig stellen sich jene Lösungen heraus, die aussprechen, was die Institutionen implizit schon getan haben oder gerade unterwegs waren zu tun. Aber auch dieser Befund ist eine Tautologie: Anschlussfähig ist, was sich als anschlussfähig herausstellt.

In einer Situation, in der grundlegende Reformen der europäischen politischen Ökonomie weder zu erwarten noch den Hauptakteuren des Binnenmarkts schmackhaft zu machen sind, ziehe ich es vor, bloß an eine Voraussetzung guter demokratischer Politik zu erinnern, die von einer Verfassung als rechtlichem Instrument des Regierens selbst nicht garantiert werden kann. Aus Gründen, die von Politikwissenschaftlern meisterhaft analysiert worden sind,<sup>114</sup> können die im Rat kooperierenden Nationalstaaten zur Anwendung einer revidierten Supranationalität nicht gelangen. In der gegenwärtigen Lage ist am ehesten das Europäische Parlament dazu fähig, die entscheidenden Impulse zu liefern.

Wer dazu aufruft, mit der "Aufwertung" des Europäischen Parlaments fortzufahren, bekommt im Gegenzug die no-demos thesis und den Mangel einer politischen Öffentlichkeit in Europa zu hören.<sup>115</sup>

So ist der strukturelle Code der verfassungspolitischen Diskussion in Europa beschaffen. Indes ist nichts einfacher, als das "Europa der Bürger" ernst zu nehmen. Sie vor die Bildschirme zu locken, damit sie sich in Pseudodiskursen mit der Kommission ergehen können, führt zu nichts.<sup>116</sup> Der Ort zur Erörterungen von Verteilungsfragen und sozialpolitischen Strategien sind die politischen Programme. Bei der ewigen Suche nach der Institutionenreform wird darauf zumeist vergessen. Dabei sind solche Programme eine Voraussetzung dafür, dass institutionelle Reformen einen guten demokratischen

---

112. Siehe dazu die Überlegungen bei Fritz W. Scharpf, 'European Governance: Common Concerns vs. The Challenge of Diversity', Jean Monnet Working Paper 07/01 (2001) 11-14.

113. Ähnlich Roberto Mangabeira Unger, *Democracy Realised. The Progressive Alternative*, London – New York 1998

114. Siehe Scharpf, Governance (Anm. 112).

115. Siehe Grimm (Anm. 1).

116. Siehe das White Paper on European Governance KOM 2001/428 of 25.7.2001

Sinn machen. Durch die vermittelnde und repräsentierende Funktion programmatisch bestimmter Parteien kann die Politik in einem republikanischen Sinn "tugendhaft" werden. Denn politische Programme haben die Form der Bürgertugend. Sie treten mit dem Anspruch auf, am Gemeinwohl orientiert zu sein.

Darauf haben wir schon längst vergessen. Die politischen Parteien sind farblos geworden. Gäbe es europäische Parteien mit Programmen, dann wäre auch der Bann der no-demos-thesis gebrochen. In solchen Programmen würde jene Solidarität artikuliert werden, die angeblich dem Europäischen Volk abgeht.

Der Ball liegt also bei den politischen Parteien. Wenn sie ihn nicht aufnehmen, wird die Union keine Fortschritte machen, die über die territoriale Erweiterung und das rapide Nachwachsen von Polizei und Militär hinausgehen. Wollen wir uns wirklich damit zufrieden geben?