



Privatdozent Dr. Claudio Franzius, Berlin

Europäisches Vertrauen? Eine Skizze*

Das Öffentliche Recht thematisiert Vertrauen zumeist unter rechtsstaatlichen Vorzeichen. Könnte der Topos des Vertrauens aber nicht auch unter demokratischen Aspekten eine Rolle spielen? Anders als die Kategorie der Verantwortung lenkt das Vertrauen den Fokus auf die horizontale Dimension eines Gemeinwesens. Die These lautet, dass wir in dem Maße, wie uns die Identifizierung einer zentralen Zurechnungsinstanz misslingt, mit dem Vertrauen eine Legitimationskategorie haben könnten, die das häufig vernachlässigte „of the people“ demokratischer Herrschaft in das Blickfeld rückt.

S. 159

- HFR 12/2010 S. 1 -

1 I. Hintergrund

1. Vormoderne Kategorie?

Am Anfang stehen Fragen. Warum sollten wir uns mit dem Vertrauen beschäftigen? Handelt es sich dabei nicht um eine altbackene Kategorie der Vormoderne? Doch hier ist Vorsicht geboten. Vielleicht trifft das Vertrauen den Gegenstand, auf den wir es beziehen wollen, gar nicht so schlecht. Weil die Europäische Union kein Staat ist, könnte das, was Europa in seinen Einheitsdimensionen ausmacht, durch Vertrauen gebildet werden..

- 2 Den Hintergrund der Frage nach einem europäischen Vertrauen bilden drei Thesen: Die *erste These* lautet: Vertrauen ist ein wichtiger Begriff, der zu einem Schlüsselbegriff¹ avancieren könnte. Mit Schlüsselbegriffen ist das allerdings so eine Sache. Sie kommen und gehen. Vielleicht ist es so wie mit dem Begriff des Gemeinwohls. Wir wissen oder ahnen, dass es so etwas gibt. Aber auch die intensive Beschäftigung mit dem Gemeinwohl hat uns nur begrenzt weiter gebracht.²
- 3 Jedenfalls handelt es sich bei dem Vertrauen um einen vielschichtigen Begriff, der in soziologischer oder ökonomischer, vielleicht aber auch in rechtswissenschaftlicher Perspektive verwendet werden kann. Sollten wir uns also dem Vertrauen zuwenden? Macht es Sinn, normative Aspekte des Vertrauens auszuloten? Um es klarzustellen: Hier geht es nicht um die empirische Seite. Auch nicht um die rechtsstaatliche Seite. Dort sprechen wir zwanglos von Vertrauen, etwa bei der Frage nach dessen Schutzwürdigkeit im Rahmen der Rücknahme eines belastenden Verwaltungsakts.³ Das ist nicht mein Punkt. Es geht nicht um die rechtsstaatliche Dimension des Vertrauens, sondern um die Bedeutung von Vertrauen für die *Erklärung* der Europäischen Union.⁴

* Überarbeitetes Manuskript eines Vortrags, den ich am 9.2.2010 im Law & Society Institute an der HU Berlin gehalten habe. Susanne Baer sei für die Einladung gedankt. Kontakt: franzius@uni-bremen.de.

¹ Zur Bedeutung von Schlüsselbegriffen *Voßkuhle*, *VerwArch* 92 (2001), 184.

² Vgl. Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), *Gemeinwohl - Auf der Suche nach Substanz*, 2002; Münkler/Fischer (Hrsg.), *Gemeinwohl und Gemeinwohl im Recht*, 2002; skeptisch auch *Offe*, *Wessen Wohl ist das Gemeinwohl?*, in: Wingert/Günther (Hrsg.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*, FS Habermas, 2001, 459.

³ Dazu *Maurer*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR* III, 2. Aufl. 1996, § 60; *Blanke*, *Vertrauensschutz im deutschen und europäischen Recht*, 2000.

⁴ Siehe auch *Wahl*, *Erklären staatsrechtliche Leitbegriffe die Europäische Union?*, in: Dreier (Hrsg.), *Rechts- und staatsrechtliche Schlüsselbegriffe: Legitimität, Repräsentation, Freiheit*, 2005, 113.

S. 160

- HFR 12/2010 S. 2 -

- 4 Und hier entsteht ein ebenso tiefes wie berechtigtes Misstrauen gegenüber dem Vertrauensbegriff. Das macht die Sache interessant. Woher kommt das Misstrauen? Im Grunde tritt Vertrauen in ein ungeklärtes Verhältnis zu Verantwortung.⁵ Verantwortung aber setzt eine Instanz voraus, der man etwas zurechnen kann. Sofern das normativ gefordert ist, kann noch so viel über Vertrauen die Rede sein: Sein Wert ist begrenzt, es kann jedenfalls nicht als Legitimationskategorie fungieren. Die eigentlich spannende Frage lautet dann, was passiert, wenn es diese Instanz im Herrschaft ausübenden Gebilde nicht gibt, diese Instanz, auf die Verantwortung projiziert werden kann, weder unterstellt noch sinnvoll gefordert werden kann?
- 5 Hier sind wir an einem wichtigen Punkt. Der naheliegende Eindruck, es handele sich um eine vormoderne Kategorie, wird weniger durch methodisch bessere Einsichten als durch den Gegenstand bestimmt, auf den der Topos bezogen wird. Europa, diese merkwürdige Entität, ist das nicht das pufendorfsche *monstro simile*, dass sich allen Bemühungen einer Konstruktion *more geometrico* entzieht? Wer sich mit der Europäischen Union in der gegenwärtigen Konstruktion, mit der Beobachtung von Netzwerken⁶ und den transnationalen Schichten des Rechts beschäftigt, der sieht hier und da Kollisionen, aber auch Strategien ihrer Bewältigung und begegnet – zuerst eher beiläufig, im Laufe der Zeit aber intensiver – dem Vertrauen. Was im Staat vorausgesetzt werden kann, muss anderswo erst geschaffen werden.⁷ Weil Europa kein Staat sein will, aber doch auf Staatsbilder setzt, tritt der Mangel an Vertrauen umso schärfer hervor.

S. 161

- HFR 12/2010 S. 3 -

6 2. Relativierung des Staatsbegriffs

a) Europa

Zweite These: Die Beschäftigung mit dem Vertrauen wird durch die Relativierung, nicht aber die Verabschiedung des Staatsbegriffs nahegelegt. Anders gesagt: Was im Bundesstaat implizit vorausgesetzt zu werden pflegt, drängt in der Europäischen Union darauf, explizit gemacht zu werden. Das gilt auch für das Vertrauen. Worin unterscheidet sich dann aber das hier in Rede stehende Vertrauen von dem alten Bild der Integration? In nur wenig, so lautet die – vorläufige – Antwort. Ob Vertrauen oder Integration: Es handelt sich um prozessbezogene Begriffe, die als Basis fungieren, auf der Recht und Politik in Europa operieren.

7 b) Transnationale Öffnungen

Auf Integration zielt die Supranationalität der Union. Und das wechselseitige Vertrauen, sei es der Menschen oder abstrakter – im Sinne eines Systemvertrauens⁸ – der Institutionen: Es liegt den transnationalen Öffnungen zugrunde, die sich in der Struktur der Europäischen Union beobachten lassen. Das gilt in der Außenperspektive des einzelnen Mitgliedstaates, aber auch – was die Umstellung der Perspektive nahelegt – im Innenverhältnis der Union. So setzt das verbreitete System der gegenseitigen Anerkennung, zumindest kontrafaktisch, ein wechselseitiges Vertrauen voraus, das Orte und Instituti-

⁵ Zum Verantwortungsbegriff *Dreier*, Verantwortung im demokratischen Verfassungsstaat, in: Neumann/Schulz (Hrsg.), Verantwortung in Recht und Moral, ARSP-Beiheft 74 (2000), 9; *Vobkuhle*, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: Schuppert (Hrsg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, 1999, 47.

⁶ Für ein Verständnis der Union als Netzwerk *Ladeur*, Europa kann nur als Netzwerk, nicht als Superstaat gedacht werden, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union (i.E.). Zu seiner Konzeption des Netzwerks *Viellechner*, in: I. Augsberg u.a., Denken in Netzwerken, 2009, 65 ff.

⁷ Zu Referenzgebieten *Röhl*, DVBl 2006, 1070. Es liegt nahe, das Wirtschaftsrecht dem Topos des Vertrauens zu öffnen. Aber das schließt „souveränitätssensible“ Rechtsgebiete nicht aus. Letztlich liegt auch dem europäischen Haftbefehl die horizontale Dimension des Vertrauens zugrunde, vgl. *Pernice*, in: FS J. Meyer, 2006, 359.

⁸ Zur Unterscheidung zwischen Systemvertrauen und Prinzipienvertrauen *Franzius*, Gewährleistung im Recht, 2009, 202 ff.

onen erfordert, in denen es sich herausbilden kann.

- 8 Das betrifft etwa die Herausbildung von Netzwerken im europäischen Verwaltungsverbund. Netzwerke sind nicht bloß ein Gegenstand von politischer Steuerung, sondern hinterfragen die Suche nach Subjekten für die Zurechnung von Verantwortung. Sie deuten das Erfordernis neuer Koordinierungsformen an, welche die Organisationshoheit der Verbandskörperschaften unberührt lassen, aber eine Relativierung überkommener Organisationsprinzipien implizieren. Darin kommen Grenzen der Leistungsfähigkeit des Verantwortungsbegriffs zum Ausdruck. Und in die Lücke – das ist mein Punkt – treten rechtlich abgestützte Prozesse der *Vertrauensgenerierung*. Das braucht nicht als Rückfall in die altständische Gesellschaft, sondern kann als Abkehr von einem kollektiven Makrosubjekt verstanden werden, auf das unbekümmert alle Sorgen und Hoffnungen einer durch das Verschwimmen der Grenzen verunsicherten Gesellschaft projiziert werden könnten.

S. 162

- HFR 12/2010 S. 4 -

9 **c) Grenzen, Räume, Mechanismen**

Vieles von dem, was im Recht vorgefunden wird, kann unter Vertrauensgesichtspunkten reformuliert werden: Es gibt kein spezifisches Recht des Vertrauens. Wenn aber vermehrt über Grenzen und Räume nachgedacht wird, dann wird – und hier kann an die Debatte des Rechtspluralismus jenseits von Monismus und Dualismus angeschlossen werden⁹ – der *Mechanismus* interessant, der zur Grenzziehung eines Raumes beiträgt. Diesen Mechanismus könnte man im Vertrauen sehen.

10 **3. Recht und Politik**

Damit zur *dritten These* und der Frage nach der richtigen Fragestellung. Die Rechtswissenschaft muss die systemische Unterscheidung von Recht und Politik zugrundelegen. In dem Maße, wie wir nicht mehr umstandslos den großen Fusions- und Einheitsbegriff des Staates einstellen, gewinnt die Frage nach dem Verbindenden an Relevanz. Man braucht kein *Hegelianer* sein, um sich einer gewissen Leere ausgesetzt zu sehen, sollte nur noch eine vage Ahnung der Zusammengehörigkeit von Recht und Politik vermittelt werden können.

- 11 Über Rechte allein lässt sich das Politische jedenfalls nicht bestimmen. Vielleicht ist das auch die falsche Fragestellung, bereits die Begrifflichkeit löst Abwehrreflexe aus. So dürfte es *das* Politische ebensowenig geben wie *den* Rechtsstaat als Einheitsbegriff, dem die konservative Sorge vor Differenz und Pluralismus eingeschrieben ist. Statt der Frage auszuweichen, muss sie offensiv formuliert werden. Wie finden Recht und Politik in der Europäischen Union zusammen? Vermutlich hat eine Antwort hierauf mit Vertrauen zu tun.

S. 163

- HFR 12/2010 S. 5 -

- 12 Vertrauen ist keine rechtliche Kategorie, kann für das Recht aber eine Rolle spielen. Lautet die Frage, was das Politische in Europa ausmacht, könnte die Antwort jenseits punktueller Zuweisungen von Verantwortung um das Vertrauen und seine Konzeptualisierung kreisen.¹⁰ Recht müsste dann – vielleicht stärker als bisher – auf die verfahrensrechtliche Herstellung von Vertrauen eingestellt werden. Soweit das öffentliche Recht nicht allein, aber auch Politik ermöglichen soll, mag sich die Perspektive auf die Bereitstellung und Absicherung demokratischer Rechtszeugungsverfahren konzentrieren. Dafür gibt es gute Gründe. Aber erübrigt sich damit die Frage nach dem Vertrauen in und für die Produktion von Recht?

⁹ Vgl. *Fischer-Lescano*, Monismus, Dualismus? Pluralismus. Selbstbestimmung des Weltrechts bei Hans Kelsen und Niklas Luhmann, in: Brunckhorst/Voigt (Hrsg.), *Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht* bei Hans Kelsen, 2008, 205.

¹⁰ Anders *Haltern*, *Europarecht und das Politische*, 2005, mit der Fokussierung auf den Glauben.

13 Recht gibt Auskunft darüber, was Europa sein soll. Weil Europa kein Staat, sondern ein Bund demokratischer Staaten ist, ließe sich die Legitimationsfrage aufspalten in eine föderale und eine demokratische Legitimation, zumindest aber handelt es sich bei letzterer in bündischen Strukturen um eine gebrochene Legitimation. So dürfte das Demokratieprinzip nicht ohne Modifikationen aus dem Idealbild des Nationalstaates auf die realen Verhältnisse der Europäischen Union überführt werden können. Diese Forderung mag schneller erhoben als eingelöst sein, muss aber in Rechnung stellen, dass der Legitimationsbedarf das wechselseitige Vertrauen der Unionsbürger untereinander in den Vordergrund treten lässt. Wie arrangiert das Recht aber die Organisation und die Verfahren der Herstellung von Vertrauen? Recht konstituiert einen Bund, wo das Politische nicht auf Souveränität, sondern auf Vertrauen basiert. Deren Ermöglichung obliegt wiederum dem Recht. Um die Tragfähigkeit der These zu testen, sollen *drei Beispiele* für Vertrauen gewählt werden, stets den Gegenbegriff des Misstrauens hinzugedacht (II.). Es folgen *drei Perspektiven*, in welche Richtung weitergedacht werden könnte (III.).

14 **II. Bestandsaufnahme in drei Beispielen**

1. Europäisches Verwaltungsrecht

Zum *ersten Beispiel*: Die Kategorie des Vertrauens begegnet uns im europäischen Verwaltungsrecht. Europa als eine akephal verfasste Ordnung bildet andere Koordinierungsformen der Organisation und des Handelns heraus als solche, die wir aus dem Staat gewohnt sind.

S. 164

- HFR 12/2010 S. 6 -

15 **a) Europa als akephale Ordnung**

Europa kennt keine Spitze, auf die Verantwortung unbesehen projiziert werden könnte. Vor allem das Produktsicherheitsrecht arbeitet mit dem Topos des Vertrauens. Nicht nur, dass Vertrauen in technische Normen zu investieren ist. Wichtiger ist, dass wir Vertrauen in die Verwaltungsstrukturen des Mitgliedstaates investieren müssen, wenn wir akzeptieren wollen, dass ein Produkt, das dort zugelassen worden ist, ohne ein nationales Anerkennungsverfahren auf den heimischen Markt gelangt.

16 Hier ist der Kern eines neuen Verwaltungsmodells zu erkennen.¹¹ Das Vertrauen in die rechtsstaatliche und demokratische Qualität von Verfahren anderswo getroffener Entscheidungen findet eine institutionelle Antwort in der privatrechtlichen Konstitution „benannter Stellen“ als einer Form europäischer Verwaltung. Auch das System von Akkreditierung und Zertifizierung, das in seinen Grundzügen europarechtlich determiniert ist, gehört dazu. Und wenn man noch etwas weiter geht, dann sind als Institutionen, in denen wechselseitiges Vertrauen generiert wird, auch die Agenturen und Ausschüsse zu nennen.

17 Ob hier eine Netzwerkverwaltung entsteht, ist unsicher und der Unschärfe des Netzwerkbegriffs geschuldet. Relativ unstrittig ist, dass im neuartigen, durch das europäische Recht installierten Regulierungsverbund im Bereich der Telekommunikation, eingeschränkt aber auch der Energie, die mitgliedstaatlichen Regulierungsbehörden untereinander mit der Kommission ein Netzwerk europäischer Verwaltungen herausbilden. Die Architektur der Verfahren bewirkt eine partielle Herauslösung der Regulierungsbehörden aus dem nationalen Steuerungszusammenhang. Möglicherweise – so fasst *Hans Christian Röhl* seine Überlegungen zusammen¹² – liegt

„die Zukunft einer europäischen Verwaltung in Strukturelementen, die das Geflecht der europäischen Verwaltungseinheiten intern stabilisieren und gegenüber dem unmittelbaren Durchgriff politischen Gestaltungswillens neutralisieren. Solche Elemente lassen sich unter dem Begriff des Vertrauens zusammenfassen. Auf diese Weise können die

¹¹ Grundlegend *Röhl*, Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000.

¹² *Röhl*, Bauformen des europäischen Verwaltungsrechts, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union (i.E.).

europäischen Verwaltungsstellen ihre Kompetenz nicht mehr nur gegenüber der jeweiligen nationalen Verwaltungsspitze, sondern gegenüber der gesamten Europäischen Union nachweisen.“

S. 165

- HFR 12/2010 S. 7 -

18 b) Organisationsrechtliche Ausdifferenzierungen

Im Telekommunikationsrecht, aber nicht nur dort, werden Regulationsstrukturen erkennbar, die Vertrauen herausbilden. Das erschöpft sich nicht in Agenturen und Ausschüssen. Interessant sind die in einer neuartigen Governance-Struktur zwischen Kommission und Mitgliedstaaten eingerichteten Gruppen nationaler Regulierungsbehörden. Sie sind als Netzwerke unter Beteiligung der Kommission von einer gewissen Ambivalenz. Zwar helfen sie kompetenzschonend eine Zentralisierung zu vermeiden. Andererseits erregen sie den Verdacht, als organisatorische Vorstufe für institutionelle Verlagerungen von Entscheidungsgewalt zu fungieren.

19 Die Reduzierung inhaltlicher Steuerung durch eine verantwortliche Exekutivspitze ist der europäischen Architektur geschuldet, wirft im Konzert einer „Gruppe von Regulierern“ aber eine Reihe von Legitimationsfragen auf. Hier scheint das Potential vertikaler Konfliktminimierung durch Intransparenz teuer erkaufte zu werden. Allerdings gilt es zu bedenken, dass mit der organisatorischen Vernetzung der Exekutiven eigenständige Legitimationsmittler eingebunden werden. Die legitimationstheoretische Antwort liegt dann weniger in einer Vertikalisierung der Zurechnungszusammenhänge als in einer Pluralisierung der Legitimationsbausteine.

20 Konkret: Wenn und weil die Bundesnetzagentur in sektoral unterschiedlichem Ausmaß nicht ausschließlich über *input*-Stränge zu steuern ist, soll es auch auf zu formulierende Anforderungen für das Ergebnis, den *output* ankommen. In diese fließen aber Willensentscheidungen „fremder“ Behörden ein, die nicht zentral verantwortet werden sollen. Solange darin ein Problem gesehen wird, bleiben Einheitskonzeptionen eine Lösung, die ihrerseits Legitimationsprobleme verursachen und die soziale Legitimation *of the people* in der Verklammerung von *input* und *output* zu vernachlässigen drohen. Dass diese Verklammerung im Bereich der Marktregulierung entbehrlich sei, kann angesichts der Wertungsfragen kaum behauptet werden. Der Regulierungsverbund reagiert darauf mit der Institutionalisierung horizontalen Vertrauens als einer Bedingung dafür, dass das vertikale Phänomen von – überstaatlicher – Herrschaft entsteht und Bestand haben kann.¹³

S. 166

- HFR 12/2010 S. 8 -

21 Dass sich dieser Prozess als notwendiges Durchgangsstadium auf dem Weg zur Herausbildung einer zentralen Instanz bzw. als Kompetenzzuwachs der Kommission darstellt, kann nicht behauptet werden. Einen Beleg dafür liefert das Ende des letzten Jahres gegründete Gremium Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation, kurz *GEREK*.¹⁴ Dabei handelt es sich um ein neuartiges, eigenständiges Gremium, das nicht, wie zunächst von der Kommission gefordert, mit der Agentur ENISA – zuständig für die Netzsicherheit – verschmolzen wird. Hatten schon die Mitgliedstaaten eine Superregulierungsbehörde abgelehnt, so waren es jetzt Parlament und Rat, die auf eine Verbesserung der Zusammenarbeit unter den nationalen Regulierungsbehörden durch eine neue Organisationsform gesetzt haben.¹⁵

¹³ Im Anschluss an *Offe*, Demokratie und Wohlfahrtsstaat, in: Streeck (Hrsg.), Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie, 1998, 99 (104) bereits *Franzius*, KJ 2009, 25 (34).

¹⁴ Verordnung (EG) Nr. 1211/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.11.2009 zur Einrichtung des Gremiums Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikation (*GEREK*) und des Büros, ABl L 337, 1.

¹⁵ Zur Reformdiskussion *Holznapel/Schumacher*, DVBl 2007, 409.

22 c) Migrationspolitik

Aber nicht dass der Eindruck entsteht, das Vertrauen sei lediglich Ausdruck der *Cassis*-Philosophie und notwendig auf den Binnenmarkt bezogen. Auch in souveränitätssensiblen Politikfeldern, etwa der Migrationspolitik, geht es letztlich um die normative Erwartung von Vertrauen.

- 23 Ein Vertrauen, dass sich nicht darin erschöpft, zentralen Instanzen eine Steuerung der Migrationsströme zuzutrauen, sondern vermehrt in der horizontalen Dimension zwischen den Völkern Europas zum Tragen kommt. Wir müssen vertrauen, dass die Außengrenzen der Europäischen Union in Spanien gesichert werden können.¹⁶ Oder zugespitzt: Von uns wird das Vertrauen abverlangt, dass die spanische Regierung nicht alle Flüchtlinge zu spanischen Staatsangehörigen macht. Denn dann wären es Unionsbürger mit allen Rechten.

S. 167

- HFR 12/2010 S. 9 -

- 24 Das Beispiel ist nicht ohne politische Brisanz. Es gab nicht wenige Interventionen, jede Legalisierung illegaler Migration zu verhindern. Schon die Frage, was das Recht regelt oder nicht regelt, hängt davon ab, inwieweit ein Misstrauen oder ein Vertrauen erwartet werden kann. Das Beispiel wirft aber auch die Frage auf, in welchem Verhältnis die Kategorien von Verantwortung und Vertrauen zueinander stehen. Wir können uns auf den Standpunkt stellen, die demokratische Basislegitimation liefert das europäische Gesetz. Deren Befolgung, die reale Wirksamkeit, setzt aber ein Minimum an wechselseitigem Vertrauen voraus, sei es der Behörden oder der Bürger. Dass hier erheblicher Forschungsbedarf besteht, zeigt der Bericht der *Informellen Hocharangigen Beratenden Gruppe zur Zukunft der Europäischen Innenpolitik* – der sog. Future Group aus dem Jahr 2008. Dort heißt es lapidar:

„Die Gruppe ist der Ansicht, dass die Grundsätze der Verantwortung, Solidarität und des gegenseitigen Vertrauens Voraussetzungen für die Gestaltung einer gemeinsamen Politik im Bereich der Steuerung von Migration, Asyl, Außengrenzen und Integration ist.“¹⁷

- 25 Bei den Topoi der Verantwortung und des Vertrauens handelt es sich um Kategorien, die der Bericht nicht im Sinne einer Ersetzung, sondern der wechselseitigen Ergänzung verstanden wissen will. Gleichwohl wird erkennbar, dass für die Union der Begriff der Verantwortung an Leistungsgrenzen stößt. Über den Nachvollzug hierarchischer Ableitungszusammenhänge kann, zumindest in Teilgebieten des europäischen Verwaltungsrechts, nur eine Basislegitimation vermittelt werden. Mehr muss aber auch verlangt werden. Das ist der eine Punkt.¹⁸ Der andere Punkt ist, dass diese Legitimation nicht einfach durch effizienzbezogene Kategorien ersetzt¹⁹ werden darf, aber der Ergänzung durch die Institutionalisierung von Vertrauen bedarf. Einem sozialen Vertrauen in die Rechtspraxis anderer Rechtsordnungen, die in ihren Prägungen für das Handeln der Akteure durch das Unionsrecht nicht verdrängt, sondern verklammert werden.

S. 168

- HFR 12/2010 S. 10 -

26 2. Konkurrierende Deutungen: Europäischer Haftbefehl

Zweites Beispiel: Die Gerichte. Aufschlussreich sind die Entscheidungen zum europäi-

¹⁶ Zum Europäischen Grenzkontrollregime *Fischer-Lescano/Tohidipur*, ZaöRV 67 (2007), 1219. Zur transnationalen Verwaltung des europäischen Migrationsraums *Bast*, Der Staat 46 (2007), 1.

¹⁷ Bericht der Informellen Hocharangigen Beratenden Gruppe zur Zukunft der Europäischen Innenpolitik („Zukunftsgruppe“) v. 8.6.2008, Rn. 25. Dazu *Franzius*, Die Zukunft der europäischen Migrationspolitik, WHI-Paper 4/08.

¹⁸ Vgl. *Trute*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, 2006, § 6 Rn. 114; *Franzius*, Gewährleistung im Recht, 2009, 330 ff.

¹⁹ Tendenziell anders *Nowrot*, Netzwerke im transnationalen Wirtschaftsrecht und Rechtsdogmatik, 2007, <http://www.wirtschaftsrecht.uni-halle.de/publikationen.html>.

schen Haftbefehl. Das Bundesverfassungsgericht spricht in der Entscheidung zum deutschen Umsetzungsgesetz – es ging um einen Rahmenbeschluss nach Art. 34 EUV a.F. – von dem Vertrauen in die eigene Rechtsordnung.²⁰ Gemeint ist das Vertrauen in der vertikalen Dimension: Dass es dieses Vertrauen nur in begrenztem Maße gibt, zeigt das nur begrenzt schutzwürdige Vertrauen in den Bestand einer gesetzlichen Regelung.

- 27 Kurze Zeit später erging das Urteil des Europäischen Gerichtshofs zum Europäischen Haftbefehl, diesmal zum Rahmenbeschluss selbst.²¹ Beide Gerichte beschränken sich nicht auf formale Argumente, sondern greifen mit unterschiedlichen normativen Erwartungen auf den Topos des Vertrauens zurück. Während das BVerfG das Vertrauen des deutschen Staatsangehörigen in die eigene Rechtsordnung apostrophiert und die vertikale Rechtsbeziehung zum beschützenden Staat akzentuiert, stellt der EuGH auf die horizontale Vertrauensdimension ab. Danach durfte der Rat bei der Auswahl der im Rahmenbeschluss nur grob umschriebenen Arten von Straftaten

„auf der Grundlage des Prinzips der gegenseitigen Anerkennung und angesichts des hohen Maßes an Vertrauen und Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten davon ausgehen, dass die betroffenen Arten von Straftaten entweder bereits aufgrund ihrer Natur oder aufgrund der angedrohten Freiheitsstrafe im Höchstmaß von mindestens drei Jahren zu den Straftaten gehören, bei denen es aufgrund der Schwere der Beeinträchtigung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gerechtfertigt ist, nicht auf der Überprüfung des Vorliegens der beiderseitigen Strafbarkeit zu bestehen.“²²

- 28 Ob sich der Gedanke der gegenseitigen Anerkennung, wie er für die Warenverkehrsfreiheit entwickelt wurde, auf das Strafrecht erstrecken lässt, unterliegt erheblichen Zweifeln, mag die Herausbildung des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts auch der Integrationslogik des Binnenmarkts folgen. Aber die Gerichte weisen mit der Vertrauensdimension auf ein zentrales Element des europäischen Verbundes hin. Ohne ein auf bestimmte Institutionen bezogenes Vertrauen der Akteure fehlt der Verschränkung der Rechtsordnungen die horizontale Legitimität²³ als einer legitimationstheoretischen Bedingung dafür, dass die Union unmittelbar auf den Einzelnen zugreift.

S. 169

- HFR 12/2010 S. 11 -

- 29 Das leisten nicht allein die Gerichte, sondern wird vor allem durch die unterschiedlich dicht miteinander verbundenen Verwaltungen bewirkt. Was im Bundesstaat über lange Zeit gewachsen ist, muß im polyzentrischen Gefüge des europäischen Verwaltungsverbundes erst herausgebildet werden: Ein Vertrauen in die Gewährleistung vergleichbarer Qualitätsstandards fremder Verwaltungsentscheidungen als Funktionsbedingung der formalen Aufsichts- und Informationsbeziehungen vernetzter Verwaltungen. Um das Paradox nochmals zu verdeutlichen: Gerade im Aufgreifen einer dem Staatsrecht nicht unbekanntem Kategorie wird verhindert, dass sich die Europäische Union staatsanalog weiter entwickelt.²⁴
- 30 Vor allem *Eberhard Schmidt-Aßmann* hat die Herausbildung einer „vertrauensgenerierenden Dogmatik“ eingefordert, die im Vorfeld konkreter Kontroll- und Aufsichtsvorgänge auf strukturelle Maßnahmen ausgerichtet werden müsse.²⁵ Insbesondere die viel gescholtene Komitologie, aber auch die Regulierungsagenturen und die neuartigen Netzwerke schaffen Orte dieser Vertrauensbildung und erscheinen ungeachtet der Probleme, die aus dem tradierten Grundsatz der Verantwortungsklarheit für den Verbund resultieren, in einem weniger bedrohlichen Licht. Anzumerken bleibt, dass sich zur Verarbeitung der Vertrauensdimension im materiellen Recht das Loyali-

²⁰ BVerfGE 113, 273 (294); krit. *Tomuschat*, EuGRZ 2005, 453 (454 f., 457 f.).

²¹ EuGH, Rs. C-303/05 *Advocaten voor de Wereld*, Slg. 2007, I-3633; dazu *Schmahl*, DVBl 2007, 1463.

²² EuGH, Rs. C-303/05 *Advocaten voor de Wereld*, Slg. 2007, I-3633 Rn. 57.

²³ Begriff: *Holsti*, *The State, War, and the State of War*, 1996, 87 f.

²⁴ Gegen eine Verabschiedung staatsrechtlicher Begriffe v. *Bogdandy*, in: FS Badura, 2004, 1033.

²⁵ *Schmidt-Aßmann*, VVDStRL 66 (2007), 201 f.

tätsprinzip anbietet. Art. 10 EG, jetzt Art. 4 Abs. 3 EU, setzt ein Vertrauen voraus und dient der Konfliktvermeidung. Darüber lassen sich Kollisionen indes nicht gänzlich vermeiden.

31 **3. Anerkennen des Anderen: Vertrauen als Modus des Politischen**

Das *dritte Beispiel* für die Relevanz von Vertrauen ist vielleicht das interessanteste, sicherlich aber ein angreifbares. Wir haben gesehen, dass Vertrauen in die Ausformung von Rechtsinstituten eingeflossen sein kann, was in juristischen Operationen den Rückgriff auf Vertrauen überflüssig macht. Recht, so hat es *Luhmann* einst plastisch formuliert, entwächst Vertrauenstatbeständen. Diese Emanzipation mag als Schritt in die Moderne ausgewiesen werden können. Da neue Organisationen wie die Europäische Union häufig als Rückkehr in die Vormoderne beklagt werden, wundert es auf den ersten Blick nicht, dass Recht und Vertrauen wieder zusammenrücken. Das bedeutet nicht, dass Recht in Kategorien des Vertrauens zu betrachten wäre oder ein mehr oder weniger schlichtes Vertrauen *in* Recht erwartet werden sollte. Aber das Recht könnte im europäischen Vertrauen einen Modus des Politischen begründen. Das verlangt eine Erläuterung.

S. 170

- HFR 12/2010 S. 12 -

32 **a) Europa als Bund**

Als erste Ein- und wichtige Beschränkung des Zugriffs sei hervorgehoben: Wir sprechen nicht vom Staat, sondern von Europa als einer Entität, die kein Staat ist und auch kein Staat werden will. Die Folie, auf der Europa zu erklären ist, diese Folie ist nicht der Bundesstaat, auch nicht der staatsanaloge Nicht-Bundesstaat, sondern ebenso schlicht wie zutreffend der Bund, wie einst der Deutsche Bund, nur eben nicht auf dem Weg zum Reich als Bundesstaat, der alle bündischen Wurzeln vergessen zu machen suchte. Verwiesen sei auf die Arbeiten von *Christoph Schönberger* und *Olivier Beaud*.²⁶

33 **b) Vertrauen und das „Wir der Anderen“**

Wenn die Europäische Union als Bund zu begreifen ist, dann ist das, was den politischen Prozessen zugrundeliegt, etwas qualitativ neuartiges für uns. Vielleicht liegt darin die Anziehungskraft des gegenseitigen Vertrauens als Modus des Politischen. Es konstituiert *Ulrich K. Preuß* zufolge kein belastbares Solidaritäts-Wir, sondern ein Transaktions-Wir im Sinne eines *Wir der Anderen*.²⁷

34 Das Politische braucht das Andere nicht im Sinne eines Feindes. Ohne jeden Antagonismus löst sich das Politische aber auf, das hat jüngst wieder *Chantal Mouffe* zu Recht hervorgehoben.²⁸ Ob es innerhalb der Union keine Solidarität gibt, kann zwar bezweifelt werden, ein Mindestmaß an Solidarität ist in der Konstruktion der Unionsbürgerschaft angelegt.

35 Hier geht es aber nicht um die Solidaritätsdichte. Vielmehr macht die Union darauf aufmerksam, was solidarische Verhaltenspflichten in Gruppen kennzeichnet. Es ist der zivilisatorische Vorgang der Anerkennung des Fremden, der in seiner Fremdheit nicht als Feind, sondern als zu respektierender Anderer betrachtet wird. Die heikle Frage danach, was eine Gemeinschaft ausmacht, wie sie erfunden oder konstruiert wird, muss dann nicht auf eine vorgegebene Solidarität rekurrieren, sondern kann auf Austauschprozesse und Transaktionen verweisen, über die sich eine Identität mittlerer Belastbarkeit im Vertrauen auf den Bestand dessen einstellt, was als ebenenverklammernde Verbundstruktur bezeichnet wird. Im Anschluss an *Joseph Weiler* ist der europäische „Modus des Politischen“ nicht im Rückgriff auf kollektive Formeln der nationalen Solidarität, sondern im Respekt für die Verschiedenheiten der Unionsmitglieder zu sehen, mit

²⁶ *Schönberger*, AöR 129 (2004), 81; *Beaud*, *Théorie de la fédération*, 2007.

²⁷ *Preuß*, Europa als politische Gemeinschaft, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, 489.

²⁸ *Mouffe*, *Über das Politische*, 2007, 17 ff.

den Worten von *Preuß*:

S. 171

- HFR 12/2010 S. 13 -

36 „Dieser wechselseitige Respekt für das je Eigene, vom Anderen häufig durchaus als Fremdes wahrgenommen, berührt auch den Status der Bürger in den Mitgliedstaaten. Denn sie können darauf *vertrauen*, dass der von ihnen geforderte Gehorsam gegenüber Hoheitsakten der EU nicht dazu dient, die politische Einheit der Union zu erzeugen, zu bewahren oder zu verstärken, sondern allein dazu, das koordinierte Handeln der Unionsmitglieder auch unter Bedingungen von Verteilungskonflikten zu ermöglichen, d.h. einen möglichst schonenden Ausgleich unter den konfligierenden Interessen zu finden.“

37 Die europäischer Hoheitsgewalt unterworfenen Bürger leisten danach Gehorsam, weil sie bereit sind zu akzeptieren, dass in der Union

„die konfligierenden Interessen der Mitgliedstaaten (...) unter Beachtung des Respekts für die Identität der Unionsmitglieder zum Ausgleich gebracht werden müssen und sie darauf *vertrauen*, daß ihre eigenen Interessen in diesem Wirkungsmechanismus ebenfalls ihre gebührende Beachtung finden werden. Sie sind nicht bereit, zugunsten der ‚Anderen‘, d.h. der Interessenten aus den anderen Mitgliedstaaten, zu verzichten, weil diese irgendwie zu ihnen gehören (...), aber sie sind dazu bereit, weil sie akzeptieren, dass auch ‚die Anderen‘ gleichberechtigte Glieder des gemeinsamen europäischen Projekts sind und daher Rücksicht auf sie geboten ist.“²⁹

38 Auf diese Weise entwickelt sich das wechselseitige Vertrauen als Legitimationsressource eigener Art, über die jene Kluft zu überbrücken gesucht wird, welche die unzureichende Verklammerung von *input* und *output* durch die schwache Verbundenheit sozialer Anerkennung aufgerissen hat. Dabei fungiert Recht nicht als Apparat des Politischen, sondern dient der Anleitung des Politischen über den Staat hinaus, steuert seine Ergebnisse und legitimiert es dadurch. Daran ändert auch die Einsicht in die Bedeutung vopolitischer Bedingungen für ein liberal verfaßtes Gemeinwesen nichts, folgt daraus für den Einzelnen doch gar nichts, mit Sicherheit nicht, an Gott zu glauben oder säkulare Institutionen für verantwortlich zu erklären, auf die Bewahrung oder Förderung kultureller Verbundenheit als Vertrauensbasis hinzuwirken.³⁰ Immerhin muss von der Europäischen Union nicht gerechtfertigt werden, was dem Einzelnen innerstaatlich an Opfern zugemutet wird. Dies umzukehren und das Fehlen einer „das eigene Leben fordernden“ Verteidigungsgemeinschaft als legitimatorische Schwäche auszuweisen, führt in die Irre.³¹ In Europa wird vielmehr, um auf eine jüngere Formulierung von *Preuß*³² zurückzugreifen,

„der neuartige Weg beschritten, die Erhaltung der kollektiven Identität der einzelnen Mitgliedsstaaten mit der gleichzeitigen Transformation ihres Verhältnisses zueinander in eine Beziehung des Wir zu verbinden. Das Politische der EU besteht im Paradox einer Wir-Wir-Beziehung: die Völker der Mitgliedstaaten der EU fusionieren nicht zu einem europäischen *demos*, bilden also nicht ein einziges Wir, sondern bewahren ihre durch Abgrenzung und Anderssein gekennzeichneten nationalen Identitäten. Sie organisieren ihren Antagonismus in Gestalt einer Union, die diese Identitäten anerkennt, ihnen institutionell Raum gibt und zugleich das in jeder Abgrenzung liegende Misstrauen durch die Möglichkeit wechselseitigen Vertrauens ersetzt.“

²⁹ *Preuß*, Europa als politische Gemeinschaft, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, 489 (529 f.).

³⁰ In der liberalen Perspektive v. *Bogdandy*, VVDStRL 62 (2003), 156 (185).

³¹ So etwa bei *Halter*, Europarecht und das Politische, 2005, 66 ff. u. passim; abl. *Franzius*, Gewährleistung im Recht, 2009, 263 f.

³² *Preuß*, Das Politische im Europarecht, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union (i.E.).

S. 172

- HFR 12/2010 S. 14 -

39 **c) Offenheit für demokratische Strukturen**

Konkret: Institutionell und prozedural hinreichend abgesichertes Vertrauen tritt an die Stelle der Homogenitätsanforderungen, die schon staatlichen Gemeinwesen schwer unterzujubeln sind.³³ An die Stelle statischer Selbstbeschreibungen rücken Identitätsbeschreibungen, deren ständige Wiederholung – im Sinne demokratischer Iterationen, so umschreibt es *Seyla Benhabib*³⁴ – neue Variationen hervorrufen. In dem Maße, wie auf diese Weise gegenseitiges Vertrauen erzeugt wird, findet das Verschwimmen der Grenzen zwischen Inklusion und Exklusion einen Grund.

40 Allerdings hat die Arbeit mit der Kategorie des Vertrauens im europäischen Kontext eine offene Flanke. Denn es ist unsicher, ob es sich dabei um eine föderale oder eine demokratische Kategorie handelt. Es geht eben nicht allein um das Problem der Bewältigung des Spannungsverhältnisses zwischen universellen Rechten und dem partikularen Demos, sondern um die Klammer zwischen Föderation und Demokratie.³⁵ Demokratischer Legitimation bedarf der Herrschaftsverband, hier der Bund. Wie diese auszusehen hat, kann sich aber nur begrenzt aus der föderalen Qualifizierung ergeben.³⁶

41 Das Vertrauen ist ein föderaler Modus des Politischen aufgrund des Status-Vertrags, den demokratische Staaten schließen.³⁷ Was aber ist das demokratische Element des Ganzen? Das Problem der Europäischen Union ist, dass demokratische Staaten ein demokratisches Gebilde wünschen ohne ihrerseits an demokratischer Substanz zu verlieren. Um das zu erklären, muss das bündische als demokratisch ausgewiesen werden können. Das Demokratische kann nicht einfach auf ein menschenrechtliches Verständnis verkürzt werden, mag der letzte Bezugspunkt auch der Mensch sein.³⁸ Es muss das bündische Element einbauen und auf die Verbundstrukturen ausgerichtet werden. Hieraus folgt: Das Demokratieprinzip in Europa verlangt *mehr* als die Garantie individueller Rechte, aber *weniger* als ein Kollektivsubjekt. Demokratische Legitimation wird durch föderale Legitimation ergänzt. Ob wir das Vertrauen dann als föderal oder demokratisch ausweisen, wird zweitrangig. Wichtiger ist, dass die Konstruktion offen gehalten wird, damit sich demokratische Strukturen herausbilden können.

S. 173

- HFR 12/2010 S. 15 -

42 **III. Forschungsperspektiven****1. Transnationalität als Rechtsproblem**

Die erste Perspektive sei umschrieben mit einer Transnationalisierung des Rechts. Das europäische Verwaltungsrecht wird sich zu einem guten Teil als transnationales Recht weiterentwickeln. Mit diesem Schwenk rückt die horizontale Perspektive des mitgliedstaatlichen Vollzugs „zur Seite“ in den Vordergrund.

43 Die horizontale Dimension im Sinne einer Öffnung der Staaten, sie liegt dem europäischen Integrationsprojekt von Beginn an zugrunde. Solange es um die Schaffung eines gemeinsamen Marktes ging, konnte dies im Wege einer „Integration durch Recht“ gut

³³ Siehe *Hanschmann*, Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und der Europarechtswissenschaft, 2008.

³⁴ *Benhabib*, Die Rechte der Anderen, 2008.

³⁵ Diese Frage nicht aufgreifend: BVerfG, NJW 2009, 2267 *Lissabon*; dazu *Franzius*, Vom Nationalstaat zum Mitgliedstaat und wieder zurück?, Modifikationen offener Staatlichkeit durch das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Manuskript.

³⁶ In der Tendenz weitergehend: *Dann*, Parlamente im Exekutivföderalismus, 2004, 21 im Anschluss an *Wilhelm Hennis*, wonach mit dem Föderalismus das „Stück“ zu beachten sei, in dem Parlamente eine „Rolle“ spielen.

³⁷ Im Anschluss an *Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, 375 ff. *Preuß*, Europa als politische Gemeinschaft, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, 489 (515 ff.).

³⁸ Beifall erheischend *Schorkopf*, Der Mensch im Mittelpunkt, FAZ v. 16.7.2009, 6.

beschrieben³⁹ und normativ eingefordert werden. Das neue an der transnationalen Dimension liegt nicht in einer Rückkehr zur Gliederung in die Welt der Staaten. Wir können die transnationalen Vernetzungen auch nicht für die Welt jenseits der europäischen Ordnung reservieren. Die Öffnung der Staaten, erzwungen über die Grundfreiheiten, diene der Verbindung der Völker und hatte *stets* eine horizontale Dimension. Das ist mein Punkt.

44 Deren Beschreibung als transnational, so die These, ist nicht länger Ausdruck einer *Integration durch Recht*, das war das Florentiner Projekt in den 80er Jahren. Sondern es erfordert ein *Vertrauen in Recht*. Oder im Governance-Duktus: Vertrauensbildung setzt eine rechtliche Infrastruktur voraus, die von der Politik bereitzustellen ist, mag den Bewährungstest auch erst die Praxis der Rechtsakteure liefern.⁴⁰

45 **2. Mechanismus der Ebenenverkopplung**

Wie kann das konkret gefasst werden? An erster Stelle müsste es darum gehen, in der Unterscheidung von Recht und Politik, von gerichtlicher Konfliktbearbeitung und politischer Problemlösung das Vertrauen als einen sozialen Mechanismus der Ebenenverkopplung zu rekonstruieren. Es wäre systematisch zu untersuchen, wie unter dem Systemvertrauen die *Rechtsordnungen* verkopplert werden.⁴¹

S. 174

- HFR 12/2010 S. 16 -

46 **a) Solange-Vorbehalte als Vertrauensvorschüsse**

In zeitlicher Hinsicht sind die Solange-Vorbehalte der Rechtsprechungsorgane als *Vertrauensvorschüsse* zu nennen. Erinnerung sei an die *Solange*-Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts⁴² zur Abschichtung des europäischen und deutschen Grundrechtsschutzes, aber auch an die differenzierungsfreundlichere Rechtsprechung des EGMR zum Verhältnis zwischen Konventionsrechten und Unionsgrundrechten, Stichwort: *Bosphorus*.⁴³

47 Umso bemerkenswerter ist dann, wo auf eine Solange-Argumentation verzichtet wird. Das ist etwa in der jüngeren Rechtsprechung des EuGH der Fall, wenn dieser entgegen der Schlussanträge von *Maduro* in der Rechtssache *Kadi und Al Barakaat*⁴⁴ die Figur im Blick auf die internationale Ebene *nicht* verwendet, vielmehr die Europäische Union auf dem Weg zur eigenen Rechtspersönlichkeit der Idee des partikularen Konstitutionalismus unterwirft⁴⁵ und damit verhindert, dass die Union sich der Bedingungen ihrer Demokratisierung entledigt.⁴⁶

³⁹ Vgl. *Cappeletti/Secombe/Weiler*, *Integration through Law*, in: dies. (Hrsg.), *Integration through Law*, Bd. 1, 1985, 1.

⁴⁰ Zum Moment der Praxis *Trute/Kühler/Pilniok*, *Der Governance-Ansatz als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analyse-Konzept*, in: Schuppert/Zürn (Hrsg.), *Governance in einer sich wandelnden Welt*, PVS-Sonderheft 41/2008, 173 (184 f.).

⁴¹ Weitergehend *Teubner*, *ZaöRV* 63 (2003), 1; *ders.*, *Der Staat* 45 (2006), 161; *Fischer-Lescano*, *JZ* 2008, 373.

⁴² BVerfGE 37, 271 *Solange I*; 73, 339 *Solange II*. Nachdem diese Rechtsprechung durch BVerfGE 102, 147 *Bananenmarkt* bestätigt wurde, lässt sich im ersten Senat eine bemerkenswerte Erweiterung der Zurücknahme der Grundrechtskontrolle beobachten, vgl. BVerfGE 118, 79 *Emissionshandel* mit der Reduzierung der Kontrolle auf nationale Rechtsakte, die in der Ausfüllung von Umsetzungsspielräumen ergangen sind. Plastisch von einer „Soweit-Rechtsprechung“ spricht S. *Augsberg*, *DÖV* 2010, 153 (156 ff.). Sie stellt auf den konkreten Untersuchungsgegenstand ab, nachdem die *solange*-Formel auf die Makroebene des allgemeinen Grundrechtsschutzniveaus bezogen war.

⁴³ EGMR, *NJW* 2006, 197; dazu *Haratsch*, *ZaöRV* 66 (2006), 927.

⁴⁴ EuGH, verb. Rs. C- 402/05 P und C-415/05 *Kadi und Al Barakaat*, *Slg.* 2008, I-0635; krit. *de Búrca*, *Harv. Int'L.J.* 51 (2010), 1; *Halberstam/Stein*, *CMLRev* 46 (2009), 13 mit der Forderung einer stärkeren Dialogbereitschaft des Gerichtshofs.

⁴⁵ Zur Unterscheidung zwischen dem universellen und dem partikularistischen Konstitutionalismus v. *Bogdandy/Dellavalle*, *Universalism and Particularism as Paradigms of International Law*, *IILJ Working Paper* 2008/03. Ob diese Unterscheidung über ein *Tuning* der Differenz von Monismus und Dualismus hinausgeht, ist angesichts der wechselseitigen Annäherungen so klar nicht.

⁴⁶ In dieser Richtung auch *Ley*, *Verfassung ohne Grenzen?*, in: v. Engelhardt u.a. (Hrsg.), *Europa jenseits seiner Grenzen*, 2009, 91 (110).

S. 175

- HFR 12/2010 S. 17 -

48 **b) Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV**

Ebenfalls nicht bloß eine Kommunikations-, sondern auch eine Vertrauensdimension enthält das Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG, jetzt Art. 267 AEUV. Der Hinweis auf das hierdurch in Aufbau befindliche Netzwerk der Gerichte mag an dieser Stelle genügen.⁴⁷ Ob es ratsam ist, das Bundesverfassungsgericht über eine Pflicht zur Vorlage daran zu beteiligen, sei allerdings bezweifelt.⁴⁸ Ein Zwang zum Vertrauen widerspricht der Idee des gerichtlichen Lernverbundes, der weniger auf persönlichem, als auf einem Systemvertrauen gerichtlicher Streitbeilegung basiert.⁴⁹

49 **c) Ordnungsspezifische Berücksichtigungspflichten**

Bedarf besteht auch in einer Schärfung dessen, was unter Berücksichtigungspflichten zu verstehen ist. Eine solche Pflicht entnimmt das Bundesverfassungsgericht der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes. In der *Görgülü*-Entscheidung⁵⁰ dient der Hinweis auf die Autorität des letzten Wortes nicht nur einer viel kritisierten und durch das *Lissabon*-Urteil⁵¹ verschärften Souveränitätsromantik, sondern auch der Ermöglichung einer relativ weitgehenden Bindung an Gesetz und Recht im Sinne von Art. 20 Abs. 3 GG.⁵² Eine Kammerentscheidung lässt die Bindung an Urteile „fremder“ Gerichte zu.⁵³

50 Was hier im Raum steht, mag reflexive Judizialisierung genannt werden.⁵⁴ Techniken der Vernetzung müssen eine wechselseitige Beobachtung, Anerkennung und Anpassung der verschiedenen Rechtsartikulationen sicherstellen. In der Rechtspraxis bilden sich unterschiedliche Mechanismen heraus.⁵⁵ Neben die Solange-Vorbehalte treten Berücksichtigungspflichten, insbesondere eine Pflicht, die „schwächer als eine formale Präjudizienbindung, aber stärker als die bloß persuasive Autorität von Präzedenzfällen sein müsste, so dass Abweichungen nur unter starkem Begründungszwang erlaubt“ wären.⁵⁶

S. 176

- HFR 12/2010 S. 18 -

51 **3. Vertrauen als Legitimationskategorie of the people**

Der letzte Punkt betrifft mit dem Vertrauen als Legitimationskategorie *of the people* eine offene Frage. Recht darf nicht ausblenden, unter welchen Bedingungen der Herrschaftsverbund als demokratisch ausgestaltet werden kann.⁵⁷ Was als demokratisch und nicht irgendwie, sondern als *demokratisch* legitimierungsbedürftig ausgewiesen werden muss, unterliegt dort Zweifeln, wo es nicht gelingt, sich hinter dem letzten

⁴⁷ Statt vieler *Slaughter*, A Global Community of Courts, Harv. Int'l. J. 44 (2003), 191. Zur Konfliktentschärfung durch Wissensvernetzung auch *Posner/Sunstein*, On Learning from Others, Stan. L. Rev. 59 (2007), 1309. Die Vielfalt der Spruchkörper kann als eine Grundkonstante der Völkerrechtsgeschichte ausgemacht werden: *Oeter*, Vielfalt der Gerichte – Einheit des Prozeßrechts?, BDGVR 42 (2007), 149.

⁴⁸ *Franzius*, Europäisches Verfassungsrechtsdenken, 2010, 119.

⁴⁹ Siehe auch *Voßkuhle*, NVwZ 2010, 1.

⁵⁰ BVerfGE 111, 301 (317 f.); dazu *Lübbe-Wolff*, ECHR and national jurisdiction - The Görgülü Case, HFR 12/2006, www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/12-2006/beitrag.html.

⁵¹ BVerfG, NJW 2009, 2267 Rn. 340.

⁵² Darauf macht *Kadelbach*, JURA 2005, 180 aufmerksam.

⁵³ BVerfG, NJW 2007, 500 unter Bezugnahme auf IGH, U. v. 27.6.2001, *LaGrand*, ICJ Rep. 2001, 466 und IGH, U. v. 31.3.2004, *Avena*, ICJ Rep. 2004, 12. Dazu *Hoppe*, EJIL 18 (2007), 317.

⁵⁴ Unter diesem Leitbegriff ist ein Teilprojekt des Bremer Sonderforschungsbereichs *Staatlichkeit im Wandel* – näher: <http://www.sfb597.uni-bremen.de> – geplant.

⁵⁵ Ein erster Systematisierungsversuch bei *Oeter*, VVDStRL 66 (2007), 361 (375 ff.). Wer am Erhalt der Einheit festhält, dürfte mit *Sauer*, Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen, 2008, 371 ff. gerichtliche Loyalitätspflichten stark machen.

⁵⁶ So das Dachpapier der rechtsbezogenen Teilprojekte für die dritte Förderperiode des Bremer Sonderforschungsbereichs *Staatlichkeit im Wandel*, Manuskript.

⁵⁷ Siehe auch *Ladeur*, Soziale Epistemologie der Demokratie. Theoretische Überlegungen zur Bindung von Unbestimmtheit durch Institutionen in der postmodernen Gesellschaft, in: I. Augsberg (Hrsg.), Ungewissheit als Chance, 2009.

Wort einer zentralen Instanz zu verstecken.

- 52 Demokratische Herrschaft zeichnet sich nach der berühmten Gettysburg-Rede *Abraham Lincolns* als *government by the people, for the people und of the people* aus. Wir können das *by the people* relativ problemlos als input-Legitimation behandeln, demgegenüber das *for the people* als output-Legitimation ausweisen.⁵⁸ Dann, so schlage ich vor, ist das *of the people* die soziale Legitimation, die sich aus gegenseitigem Vertrauen speist.⁵⁹
- 53 Demokratische Legitimation basiert auf dem Wahlakt, dem Willen eines Subjekts. Für viele, aber längst nicht alle Politikfelder, tritt zum Willen das Wissen, die Expertise dazu.⁶⁰ Der Wille schließt es nicht aus, die Ergebnisse, vermittelt über das Wissen, wie auch immer die Verfahren seiner Herstellung aussehen, in den Blick zu nehmen. Worauf es ankommt, ist, dass wir für die Europäische Union die Verklammerung von *input* und *output* nicht einfach unterstellen können, vielmehr diese soziale Verklammerung *of the people* neu konstruieren müssen. Darin, so will ich abschließend nochmals hervorheben, liegt der Wert der Kategorie des Vertrauens als einem sozialen Verbindungsstück, das von außen den Blick auf Recht und Politik zu werfen erlaubt, aber auch als gesellschaftlicher Maßstab für das Verhältnis von Recht und Politik fungiert.
- 54 Ohne eine Schärfung der Facetten des Vertrauensbegriffs wird es allerdings kaum gelingen, das Vertrauen als *link* zwischen Recht und Politik zu begreifen. Anders gesagt: Die Suche nach dem sozialen Vertrauen kann nicht an die Stelle des politischen und rechtlichen Konstitutionalisierungsprozesses treten. Vertrauen ersetzt nicht Verfassung, aber eine Verfassung, die sich nicht auf ein *wir* stützen kann, bleibt metaphorisch. Das *wir* erzeugen Recht und Politik in ihrer jeweils eigenen Logik nicht als ein singuläres Kollektivsubjekt, sondern als eine Vielzahl von Menschen. Diese Vielzahl ist *keine* universelle Größe. Sie setzt sich aus Unions- und Staatsbürgern zusammen, die nicht in *einer* Europabürgerschaft aufgehen.⁶¹

Zitierempfehlung: Claudio Franzius, HFR 2010, S. 159 ff.

⁵⁸ Vgl. Höreth, Die Europäische Union im Legitimationstrilemma, 1999.

⁵⁹ Franzius, Gewährleistung im Recht, 2009, 243, 246, 254 f.

⁶⁰ Halberstam, in: Dunoff/Trachtman (Hrsg.), Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance, 2009, 326 nennt als primäre Werte des Konstitutionalismus *voice, expertise* und *rights*.

⁶¹ Die Differenz von Staats- und Unionsbürger wird nicht zugunsten der einheitlichen Konstruktion des Individuums aufgegeben werden können, anders v. Bogdandy, in: ders./Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, 13 (64).