



Walter Hallstein-Institut
für Europäisches Verfassungsrecht

Humboldt-Universität zu Berlin

WHI - Paper 20/04

Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein?

Franz C. Mayer

November 2004

Dieser Beitrag ist erstmals erschienen als:

Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein?

in:

Archiv des öffentlichen Rechts [AöR] 129 (2004), Heft 3,
S. 411-435

sowie in:

Olivier Beaud und Ingolf Pernice (Hrsg.): Die Zukunft der Europäischen Union: Eine kritische Bilanz des Konvents, Brüssel: Bruylant, S. 429-456

Die Veröffentlichung als WHI-Paper erfolgt mit freundlicher Genehmigung des Mohr Siebeck Verlags und der Herausgeber.

Zitiervorschlag:

Mayer, Franz C.: Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein?,

Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Paper 20/04 (2004),
<http://www.whi-berlin.de/hueter.htm>

(AöR 129 (2004), 411)

[*411]

Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein?

FRANZ C. MAYER

Einleitung

I. Ausgangspositionen in Deutschland und in Frankreich

- 1. Das Verfassungsgericht als Hüter der Verfassung?*
- 2. Der Präsident als Hüter der Verfassung?*

II. Der Hüter der Verfassung in der Europäischen Union

- 1. Die Hüter der Verträge: EuGH und Kommission*
 - a) EuGH*
 - b) Kommission*
- 2. Welche europäische Verfassung?*
- 3. Zwischenbefund: Pluralität der Verfassungshüter*

III. Nach dem Konvent: Akzentverschiebungen

- 1. Primärrechtliche Änderungen: Verbesserter Individualrechtsschutz?*
 - a) Rechtsschutz für Adressaten und Betroffene*
 - b) Rechtsschutz bei Exekutivrechtsetzung*
 - c) Zwischenergebnis*
- 2. Folgeeffekte von Veränderungen im Institutionengefüge*

IV. Zusammenfassung und Schluss: Von der Rechtsgemeinschaft zur Präsidial-EU?

Summary

„Der Ruf nach einem Hüter und Wahrer der Verfassung ist meistens ein Zeichen kritischer Verfassungszustände.“¹

Einleitung

Die Frage nach dem Hüter der Verfassung ist überaus voraussetzungsvoll.² Sie kann so verstanden werden, dass die einmal gesetzte Verfassung sich in der Defensive befindet, gegen Angriffe geschützt werden muss. Wahren und Hüten der Verfassung lässt sich aber auch als dem Konzept von Verfassung - zumindest dem kontinentaleuropäischen Konzept - inhärent

¹ *Carl Schmitt*, Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 1. S. auch schon *ders.*, Der Hüter der Verfassung, AöR 1929 (XVI), S. 161.

² Zur Warnung vor Hüterideologien *Peter Häberle*, Das Bundesverfassungsgericht als Muster einer selbständigen Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Peter Badura, Horst Dreier (Hrsg.), FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Band I, 2001, S. 311 (316), der den Schutz der Verfassung allen Bürgern und allen Staatsorganen gleichermaßen anvertraut sieht und das Prozesshafte der Bewahrung von Vorhandenem gegenüberstellt.

ansehen, in dem bestimmte Fragen je nach Änderungsbedingungen einer Verfassung auf Zeit oder auf Dauer dem politischen Prozess entzogen werden sollen.

In Deutschland und Frankreich wird die Frage nach dem Hüter der Verfassung nicht ohne weiteres gleich beantwortet (dazu I.). Dies ist Teil einer Erklärung dafür, dass auf europäischer Ebene in gewisser Weise ein hybrides System entstanden ist, in dem sich deutsche und französische Traditionselemente ausmachen lassen (dazu II.). Mit dem Vertrag über eine Verfassung für Europa von 2003/2004³ ergibt sich hier möglicherweise eine Akzentverschiebung (dazu III.).

I. Ausgangspositionen in Deutschland und in Frankreich

1. Das Verfassungsgericht als Hüter der Verfassung?

Die Entscheidung für ein Verfassungsgericht ist 1949 in Deutschland eine der zahlreichen Lehren aus dem Scheitern der Weimarer Republik gewesen. Eine der grundsätzlichen Auseinandersetzungen der Weimarer Zeit war die [*412] um den Hüter der Verfassung, prominent gebündelt im Gegensatz zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen. Carl Schmitt nahm damals in einer umfangreichen Monographie⁴ im Jahre 1931 die Position ein, der Reichspräsident sei als vom Volke gewählte unabhängige Instanz der Hüter der Verfassung, als „neutrale, vermittelnde, regulierende und wahrende Gewalt“.⁵ Die Einrichtung einer Verfassungsgerichtsbarkeit beschädige das Prinzip der Gewaltenteilung: Gerade bei den „dilatatorischen Formelkompromissen“⁶ in einer Verfassung sei die Entscheidung über Zweifel und Meinungsverschiedenheiten „in Wahrheit überhaupt erst die wirkliche Normierung“,⁷ ein Gerichtshof sei in dieser Position „Verfassungsgesetzgeber in hochpolitischer Funktion“.⁸ Auch sei das Leitbild einer neutralen gerichtlichen Instanz in dieser Stellung illusorisch: „die wirklichen Inhaber der politischen Macht können sich leicht den nötigen Einfluß auf die Besetzung [...] der Richterstellen verschaffen“.⁹

³ CONV 850/03 v. 18. Juli 2003; CIG 86/04 v. 25. Juni 2004.

⁴ S.o. Fn. 1.

⁵ Schmitt (o. Fn. 1), S. 141, 150.

⁶ Zum Begriff schon Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 31 f.

⁷ Schmitt (o. Fn. 1), S. 48.

⁸ Ebd.

⁹ Schmitt (o. Fn. 1), S. 109.

Hans Kelsen legte in seiner Replik aus demselben Jahre ¹⁰ mit großer Schärfe die Sprünge, Widersprüche und Motive in der Argumentation von Schmitt frei und plädierte für ein Gericht als Hüter der Verfassung. Vom Boden seines eigenen theoretischen Verfassungsverständnisses, ausgehend von einem Stufenbau der Rechtsordnung, betonte er u.a., dass zwischen Gesetz und richterlichem Urteil kein qualitativer Unterschied bestehe und dass sich Rechtsanwendung und Rechtserzeugung nicht ausschließen. Der politische Charakter einer Verfassungsgerichtsbarkeit sei dieser nicht spezifisch eigen, wenn man – wie Schmitt – politisch als dezisionistisch, d.h. entscheidungstreffend auffasse, da letztlich jedes Gerichtsurteil ein solches dezisionistisches Element enthalte und nicht lediglich reine Rechtsanwendung sei.¹¹

Die Streitfrage wurde für Deutschland letztlich weniger durch die Kraft der Argumente als den weiteren historischen Verlauf entschieden: Der Reichspräsident hütete eben nicht die Verfassung, sondern lieferte sie 1933 den Verfassungsfeinden aus.

Nach 1945 war es daher in Westdeutschland keine grundsätzliche Streitfrage mehr, dass der Hüter der Verfassung ein Verfassungsgericht sein sollte. In der Verfassungsordnung des Grundgesetzes (GG) sind Wahrung und Schutz der Verfassung dem Bundesverfassungsgericht (BVerfG) übertragen. **[*413]** Ausdrücklich wird dies zwar im Verfassungstext nicht bestimmt.¹² Es ergibt sich jedoch aus einer Zusammenschau der das BVerfG betreffenden GG-Bestimmungen und dem einfachen Recht.¹³

Die Rolle des Verfassungsgerichts ist heute weithin anerkannt und genießt hohe Zustimmung. Das Bundesverfassungsgericht hat die neue deutsche Verfassung nachhaltig geprägt und durchaus auch gegen den im Parlament verkörperten politischen Mehrheitswillen gehütet.¹⁴ Eine wichtige Rolle für die starke Position des Gerichts hat das Verfahren der Verfassungsbeschwerde gespielt. Inwieweit dabei auch die von Schmitt befürchtete richterliche Verfassungsgesetzgebung erfolgt ist, soll hier nicht weiter vertieft werden. Zusammenfassend lässt sich festhalten: Fragt man in Deutschland nach dem Hüter der Verfassung, so ist eine selbstverständliche Antwort ‚das Bundesverfassungsgericht‘.

¹⁰ Hans Kelsen, Wer soll Hüter der Verfassung sein?, Die Justiz 6 (1931), S. 5; abgedruckt in Hans Klecatsky (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Band II, 1968, S. 1873 ff.

¹¹ Kelsen (o. Fn. 10), S. 1888 f.

¹² Anders noch der Herrenchiemseer Entwurf. Die Nachwirkungen Weimars können hier ebensowenig vertieft werden wie die verfassungstheoretischen Implikationen der Positionen in der Hüter-Frage, s. weiterführend *Olivier Lepsius*, Die Wiederentdeckung Weimars durch die bundesdeutsche Staatsrechtslehre, in: Christoph Gusy (Hrsg.), Weimars lange Schatten – „Weimar“ als Argument nach 1945, 2003, S. 354 ff. mit zahlreichen Nachweisen.

¹³ S. im einzelnen Art. 92 ff. GG sowie § 31 BVerfGG.

¹⁴ Zu erinnern ist an die Verfassungskonflikte etwa um den Zivildienst (BVerfGE 48, 127) oder den Schwangerschaftsabbruch (BVerfGE 39, 1 und 88, 203).

2. Der Präsident als Hüter der Verfassung?

Anders in Frankreich. Dort besteht bekanntlich schon seit der Revolution eine Abneigung gegen eine richterliche Kontrolle des Parlamentsgesetzes am Maßstab der Verfassung. Dies zeigt sich beispielsweise in der Strafandrohung in einem Gesetz aus der Revolutionszeit,¹⁵ das die Gesetzeskontrolle durch den Richter sogar unter Strafe stellt. Sie hat ihren Ursprung in der Überhöhung des Parlamentsgesetzes als maßgeblichem Ausdruck der *volonté générale*.

Sichtbarster Ausdruck dieser Tradition ist heute das institutionelle Gefüge der V. Republik: Der Conseil constitutionnel als – im wesentlichen – auf die Gesetzesentwurfskontrolle verwiesener ‚Rat‘, der nicht öffentlich tagt und auch sonst ziemlich wenig von einem ‚echten‘ Gericht mitbekommen hat, ist zwar auch aus deutscher Sicht immerhin ein Schritt hin zu einem genuinen Verfassungsgericht, gerade in Anbetracht jüngerer Entwicklungen.¹⁶ Die Verfassung selber legt jedoch in ihrem Art. 5 einen ganz anderen ‚Hüter‘ nahe:

„Le Président de la République veille au respect de la Constitution. Il assure, par son arbitrage, le fonctionnement régulier des pouvoirs publics ainsi que la continuité de l’Etat“ (*Der Präsident der Republik wacht über die Einhaltung der Verfassung. Er sichert durch seine Schiedsgewalt die ordnungsgemäße Tätigkeit der öffentlichen Gewalten sowie die Kontinuität des Staates*)

Sucht man konkrete Beispiele, in denen der Präsident als Hüter der Verfassung gegenüber anderen Einrichtungen der Republik agiert hat, stößt man auf Fälle aus der Zeit der *Cohabitation* im Zusammenhang mit der Unterzeichnung von *ordonnances* nach Art. 38 der Verfassung.¹⁷ Neben diesen naheliegenden materiellen Prüfungsbefugnissen anlässlich der Ausfertigung eines förmlichen Gesetzes sowie der Möglichkeit, den Conseil constitutionnel anzurufen ist es aber vor allem die auf den Staatspräsidenten zugeschnittene Verfassungsordnung insgesamt, die von der Volkswahl des Präsidenten, seiner Unangreifbarkeit im Parlament, seinem Einfluss auf Regierungsbildung wie Parlament bis hin zu seiner Vorrangstellung bei der Besetzung des Conseil constitutionnel eine Vorwirkung entfaltet, die sich mit der dem Präsidenten zugewiesenen enormen Verantwortung verbindet, das Verfassungsgefüge und auch gerade die eigene Machtfülle unter Kontrolle zu halten. Inwieweit sich sagen lässt, dass die V. französische Republik damit den Schmittschen Ansatz aus der Weimarer Zeit realisiert, kann hier nicht vertieft werden.¹⁸ Festzuhalten ist: Fragt man

¹⁵ Loi des 16-24 août 1790 (Art. 10).

¹⁶ Dazu im einzelnen *Alec Stone*, *The Birth of Judicial Politics in France*, 1992.

¹⁷ CC 25.6.1986, no. 86-207 DC, Rec. 61. S. im übrigen zur Verfassungspraxis *Gérard Conac*, Article 5, in: François Luchaire, Gérard Conac (Hrsg.), *La constitution de la république française*, 2. Aufl. 1987, S. 229 ff.

¹⁸ S. dazu *Olivier Beaud*, *La puissance de l’Etat*, 1994, S. 392 f.

in Frankreich nach dem Hüter der Verfassung, so wird die Antwort häufig auf den Präsidenten verweisen.

II. Der Hüter der Verfassung in der Europäischen Union

Die Frage nach dem Hüter der Verfassung in der Europäischen Union lässt sich auf einer oberflächlichen Betrachtungsebene mit Blick auf bestimmte im Vertrag vorgesehene Mechanismen mit dem Hinweis auf die Hüter der Verträge beantworten (dazu 1.). Insistiert man auf dem Aspekt des Hüters der *Verfassung*, so setzt dies eine Verständigung über das Verfassungskonzept auf europäischer Ebene voraus (dazu 2.). Im Ergebnis lassen sich nach dem derzeitigen Stand der Entwicklung des europäischen Rechts – auf dem Stand des Vertrages von Nizza, vor dem Inkrafttreten des Verfassungsvertrages¹⁹ – eine ganze Reihe von Hütern der europäischen Verfassung ausmachen (dazu 3.). **[*415]**

1. Die Hüter der Verträge: EuGH und Kommission

Eine Wächter- oder Hüterfunktion kommt nach dem geltenden europäischen Primärrecht (im wesentlichen EU-Vertrag und EG-Vertrag) zuvörderst zwei Institutionen zu: dem Europäischen Gerichtshof und der Kommission.

a. EuGH

Die Rolle des EuGH wird umfassend beschrieben in Art. 220 EG.²⁰ Dort heißt es:

„Der Gerichtshof und das Gericht erster Instanz sichern im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung dieses Vertrags.“

Die ihm in Art. 220 EG übertragene Aufgabe, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des Vertrages sicherzustellen, überläßt grundsätzlich den anderen Organen die politische Initiative, weist dem Gerichtshof hingegen die Funktion der Rechtsaufsicht und -kontrolle zu. Seine Rechtsprechung erstreckt sich auf die anderen Organe der Gemeinschaft wie auch die Mitgliedstaaten und die Unionsbürger. Nicht eindeutig erfasst ist allerdings wegen Art. 46 EU der Europäische Rat nach Art. 4 EU. Weitere Einschränkungen der

¹⁹ Nach der politischen Einigung und der Unterzeichnung am 29. Oktober 2004 in Rom ist mit einer mehrjährigen Ratifikationsphase zu rechnen.

²⁰ S. dazu auch *Ingolf Pernice, Franz C. Mayer*, Art. 220, in: Eberhard Grabitz, Meinhard Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union. Kommentar*, Loseblatt, 2003.

Rechtskontrolle durch den EuGH etwa im Bereich Justiz und Inneres (Art. 35 EU) ergeben sich ebenfalls aus Art. 46 EU.

Der Gerichtshof wird tätig auf Antrag oder unter Einschaltung der Kommission (Art. 226, 227 EG), im Rahmen von besonders begründeten Nichtigkeits- oder Vornahmeklagen (Art. 230, 232 EG), bei Vorlagefragen innerstaatlicher Gerichte zur Auslegung des Vertrages oder einer Norm des abgeleiteten Gemeinschaftsrecht und ihrer Gültigkeit (Art. 234 EG, s. auch Art. 35 EU, für Deutschland in Verbindung mit dem EuGH-Gesetz), in Amtshaftungsverfahren (Art. 235, 288 EG), bei Beamtenstreitigkeiten (Art. 236 EG), in Schiedssachen (Art. 238, 239 EG) oder im Gutachtenverfahren zum Abschluß internationaler Verträge (Art. 300 EG). Trotz des begrenzten Verfahrenskatalogs des Primärrechts versteht der EuGH seinen Auftrag im Sinne einer umfassenden Rechtsschutzgarantie. Um dem Charakter der Union als Rechtsgemeinschaft gerecht zu werden, in der „weder die Mitgliedstaaten noch die Gemeinschaftsorgane der Kontrolle darüber entzogen werden, ob ihre Handlungen im Einklang mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag, stehen“,²¹ hat der EuGH die Bestimmungen über den Zugang zum Rechtsschutz erweiternd ausgelegt, etwa über den früheren **[*416]** Wortlaut des ex-Art. 173 EG (heute Art. 230) hinaus eine Nichtigkeitsklage gegen Akte des Europäischen Parlaments zugelassen. In dieser Entscheidung hat der EuGH zugleich mit der Deutung des EG-Vertrages als Verfassungsurkunde eine Gleichsetzung von Hüter der Verträge und Hüter der Verfassung nahegelegt.

Der Ausbildung einer richterlichen Gewalt in den Gemeinschaftsverträgen geht maßgeblich auf das Betreiben der deutschen Delegation in den Verhandlungen um die Gründungsverträge zurück.²² Dies verwundert in Anbetracht der oben ausgeführten Verfassungsentwicklung in Deutschland kaum. Insoweit ist der richterliche Hüter der Verträge ein sehr deutsches Konzept. In diesem Ansatz verbinden sich die Leitideen der europäischen Integration als Rechtsgemeinschaft und der – jedenfalls vorgeblichen – ideologiefreien Rationalität²³ und Neutralität des Rechts. Ganz ähnlich wie in der deutschen Diskussion um die Rolle eines Verfassungsgerichts (s.o.) stellt sich auf europäischer Ebene die Frage, ob und wie die

²¹ EuGH Rs. 294/83, Les Verts, Slg. 1986, 1339, 1365.

²² *Carl Friedrich Ophüls*, Juristische Grundgedanken des Schumannplans, NJW 1951, S. 289 (291).

²³ Dazu *Philip Allott*, Europe and the dream of reason, in: J.H.H. Weiler, Marlene Wind (Hrsg.), *European Constitutionalism beyond the State*, 2003, S. 202 ff.

Abgrenzung zwischen Hüter des Rechts und Motor der Rechtsentwicklung bzw. Integration zu leisten ist.²⁴

b. Kommission

Im allgemeinen Sprachgebrauch verbindet sich indessen der Zusatz ‚Hüter der Verträge‘ weniger mit dem EuGH als mit der Kommission. Diese Funktion der Kommission als Hüterin der Verträge wird besonders deutlich in Art. 211 EG, wonach die Kommission für die Anwendung des Vertrags sowie der von den Organen aufgrund dieses Vertrags getroffenen Bestimmungen Sorge zu tragen hat oder in Art. 226 EG, wonach die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren vor dem EuGH gegen einen Mitgliedstaat einleiten kann.

Hier spiegelt sich in gewissem Sinne das französische Konzept der Wahrung der Grundordnung durch die Exekutive bzw. Regierung, wenn auch mit gewissen Akzentverschiebungen: es ist nicht die Regierungsfunktion,²⁵ die die Kommission zu der Aufgabe als Hüterin der Verträge befähigt; es ist vielmehr der supranationale, in Teilen bürokratische Charakter dieser Institution, der für eine bestimmte Neutralität steht, die wiederum – ähnlich wie für den EuGH – die Vermutung der Politik- und Ideologiefreiheit auslöst, die die Hüterfunktion erst ermöglicht. Ähnlich wie der EuGH ist auch die Kommiss[***417**]sion im Bereich der zweiten und dritten Säule (Außenpolitik, Justiz und Inneres) etwas zurückgestuft, unter anderem dadurch, dass Gesetzgebung nicht auf dem Initiativmonopol der Kommission aufruht (s. insbesondere Art. 34 Abs. 2 EU).

2. Welche europäische Verfassung?

Fraglich ist indessen, ob mit den Hütern der Verträge auch schon die Hüter der europäischen Verfassung benannt sind. Dies hängt nämlich davon ab, wie man die europäische Verfassung definiert. Verharrt man auf einem eher formalen Verständnis, nach dem die Gründungsverträge eine Art Verfassung darstellen, so sind Hüter der Verträge und Hüter der europäischen Verfassung identische Konzepte. Durch den Vorschlag, die rechtlichen Grundlagen der europäischen Integration in einem „Vertrag über eine Verfassung“²⁶ zu bündeln wird diese Gleichsetzung von Vertrag und Verfassung noch naheliegender.

²⁴ Krit. zur Entwicklung eines Rechts ohne Staat etwa *Peter Perenthaler*, Die Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat. Ursprung und Legitimation der rechtsgestaltenden Funktionen des Europäischen Gerichtshofes, JBl. 2000, S. 691.

²⁵ Zur Regierungsfunktion der Hohen Behörde *Ophüls* (o. Fn. 22), S. 290.

²⁶ Der vom Konvent formulierte Text findet sich in CONV 850/03 v. 18.7.2003, die durch die Regierungskonferenz bis zum Europäischen Rat von Brüssel am 12./13. Dezember 2003 erarbeiteten Änderungen an diesem Text

Ob man von einer europäischen Verfassung, womöglich in einem materiellen Sinne, bereits heute sprechen kann bzw. sollte, ist durchaus streitig. Kritisiert wird nicht nur die Lösung des Verfassungsbegriffs vom Staat.²⁷ Darüber hinaus wird durch ein Konzept ‚Europäische Verfassung‘ die Schwächung der nationalen Verfassung befürchtet, weil die in den nationalen Verfassungen angelegte strukturelle Sicherheit in Frage gestellt werde, zudem sei eine Verfassung die Festschreibung einer erreichten Rechtskultur, wovon bei der EU noch nicht ausgegangen werden könne.²⁸ Ein solcher am Überkom[*418]menen festhaltender, emphatischer Verfassungsbegriff mag zahlreiche Vorteile bieten, darunter nicht zuletzt die Vertrautheit der Verfassungsinterpreten mit ihm.

In Anbetracht der Entwicklungen auf übernationaler Ebene in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts wird demgegenüber schon seit längerem ein „Neudurchdenken des Verfassungsbegriffs“²⁹ gefordert. Spätestens mit den veränderten Rahmenbedingungen in der „postnationalen Konstellation“ (*Jürgen Habermas*)³⁰ dürfte ein pragmatischerer Verfassungsbegriff, der betont, dass nur so viel Staat bzw. Hoheitsgewalt besteht wie durch die Verfassung konstituiert,³¹ vorzuzugswürdig sein.

Für die EU sind in diesem Zusammenhang zwei Beobachtungen von Bedeutung: Erstens besteht eine europäische Hoheitsgewalt, die den einzelnen in seinem Rechtsstatus unmittelbar betrifft, bereits.³² Zweitens weist zumindest die deutsche Verfassung durch das Integrationsziel in der Präambel und in Art. 23 GG über sich selbst hinaus. Damit lässt sich

sind im Regierungskonferenz-Dokument CIG 50/03 v. 25.11.2003 dokumentiert, die offenen Fragen für den – gescheiterten – Gipfel in Brüssel sind in CIG 60/03 ADD 1 v. 9.12.2003 bzw. ADD 2 v. 11.12.2003 aufgezählt. Die irische Präsidentschaft konnte im Juni 2004 für die Schlußrunde der Verhandlungen die entscheidenden Fragen in CIG 81/04 v. 16.6.2004 und in CIG 85/04 v. 18.6.2004 lösen (konsolidiert in CIG 86/04 v. 25.6.2004). Datum der feierlichen Unterzeichnung des sprachlich überarbeiteten und neu durchnummerierten Textes: 29. Oktober 2004, Rom. S. zu den Rechtsfragen um den Konventsentwurf *Matthias Ruffert*, Schlüsselfragen der Europäischen Verfassung der Zukunft. Grundrechte – Institutionen – Kompetenzen – Ratifizierung, Europarecht 2004, S. 165, mwN.

²⁷ S. nur *Josef Isensee*, Staat und Verfassung, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band I, 1. Aufl. 1987, §13 Rn. 1, 3 f. sowie die Nachweise bei *Christoph Grabenwarter*, VVDStRL 60 (2000), S. 290 (292); aus jüngerer Zeit unter Beharren auf dem Unterschied zwischen Verrechtlichung und Konstitutionalisierung und dem Erfordernis eines konstitutionsfähigen Gegenstandes *Dieter Grimm*, Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung, in: Michael Brenner, Peter M. Huber, Markus Möstl (Hrsg.), FS Badura, 2004, S. 145 (161 ff.).

²⁸ *Paul Kirchhof*, Große Entwürfe und kleine Schritte. Die Forderung nach Vereinigten Staaten von Europa verkennt die Eigenart der EU und den Willen ihrer Bürger, Handelsblatt v. 8.8.2001, S. 6.

²⁹ *Peter Badura*, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 23 (1966), S. 34 (95).

³⁰ *Jürgen Habermas*, Die postnationale Konstellation. Politische Essays, 1998, S. 91 ff.; s. auch *Deirdre Curtin*, Postnational Democracy, 1997, S. 5, 48 ff., 51 ff.; *Jo Shaw*, Postnational constitutionalism in the European Union, Journal of European Public Policy 1999, S. 579 (586 ff.).

³¹ S. bereits *Adolf Arndt*, Umwelt und Recht, NJW 1963, S. 24 (25): „In einer Demokratie gibt es an Staat nicht mehr, als seine Verfassung zum Entstehen bringt“; vgl. auch *Peter Häberle*, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998, S. 620.

³² Gemeinschaftsgewalt als Herrschaftsgewalt schon bei *Badura* (o. Fn. 29), S. 59.

jedenfalls die Frage nach einer Verfassungsdimension der europäischen Integration bejahen. Bei der Anschlussfrage nach der Konzeptualisierung dieser Verfassungsdimension geht es weder um eine *querelle allemande* noch um eine *querelle d'Allemand* noch um rechtstheoretisches Glasperlenspiel. Es geht letztlich um Grundfragen wie die nach dem Verhältnis zwischen nationalem und europäischem Recht, nach dem Verständnis von Hoheitsgewalt in Zeiten der Europäisierung und Internationalisierung, nach der Konzeptualisierung des Unionsbürgers und nach dem Selbstverständnis nationaler und europäischer Einrichtungen und Organe.

Eine ³³ mögliche Konzeptualisierung der Verfassungsdimension jenseits der eher unterkomplexen Gleichsetzung von Gründungsverträgen und Verfas[*419]sung ist die Annahme einer komplementären Struktur von nationaler und europäischer Verfasstheit (Verfassungsverbund).³⁴ Nach diesem Ansatz besteht eine Europäische Verfassung bereits heute, und zwar in der Verbindung von nationaler und europäischer Verfassungsebene. Europäisches und nationales Verfassungsrecht bilden danach zwei Ebenen eines materiell-rechtlich, funktional und institutionell zu einer Einheit verbundenen Systems.³⁵ Das Prinzip des Anwendungsvorrangs impliziert in dieser Deutung keine Über- bzw. Unterordnung zwischen europäischem und nationalem (Verfassungs-)Recht im Sinne einer

³³ S. daneben etwa das Konzept der Doppelverfassung (*Theo Öhlinger*, Die Verfassung im Schmelztiegel der europäischen Integration: Österreichs neue Doppelverfassung, in: ders., Verfassungsfragen einer Mitgliedschaft zur Europäischen Union, 1999, S. 165 ff.; *Peter Pernthaler*, Die neue Doppelverfassung Österreichs, in: Herbert Haller (Hrsg.), FS Winkler, 1997, S. 773); dazu öVfGH Urteil v. 9.12.1999, EuZW 2001, S. 219 (222) – Inländerdiskriminierung. *Armin von Bogdandy* (Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 149) nähert sich der europäischen Verfassungsdimension durch die Konzeptualisierung von Verfassungsprinzipien, nicht unähnlich dem vom Boden einer Verfassungsordnung ohne Verfassungsurkunde aus entstandenen britischen Verfassungsverständnis. In Großbritannien wird dabei mittlerweile mit dem Konzept einer *multi-layered constitution* operiert, womit im Kern die vertikale Auffächerung der Verfassung ‚nach oben‘ (EU, EMRK) und ‚nach unten‘ (Devolution) gemeint ist (*Nicholas Bamforth, Peter Leyland* (Hrsg.), Public Law in a Multi-Layered Constitution, 2003), freilich – hier mag ein Unterschied zum Verfassungsverbund liegen – (nur) im Sinne einer Modifikation der fortbestehenden staatlichen Verfassung, die Bezugspunkt der vertikalen Streuung bleibt. S. zur Verfassungsdebatte auch die Nachweise bei *Anne Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001 und bei *Christoph Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: Armin v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 1; *Paul Craig*, Constitutionalism, and the European Union, *European Law Journal* 7 (2001), S. 125; *Lucia Serena Rossi*, «Constitutionalisation» de l'Union européenne et des droits fondamentaux, *Revue trimestrielle de droit européen* 2002, S. 27.

³⁴ Der Begriff geht zurück auf *Ingolf Pernice*, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: Roland Bieber, Pierre Widmer (Hrsg.), L'espace constitutionnel européen, 1995, S. 225 (261 ff.), s. im einzelnen *ders.*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 163 ff. mwN., geprägt 1995 als Gegenentwurf zum Staatenverbund (so die Charakterisierung durch das BVerfG im Maastricht-Urteil, BVerfGE 89, 155 (181, 190) Ls. 8 - Maastricht, zurückgehend auf *Paul Kirchhof*, Diskussionsbeitrag, *Europarecht* 1991 (Beiheft 1), S. 47; *ders.*, Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration, in: Josef Isensee, Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts Band VII, 1992, § 183, Rn. 69). Zum Verbund als Ordnungsidee *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Europäische Verwaltung zwischen Kooperation und Hierarchie, in: Hans-Joachim Cremer u.a. (Hrsg.), FS Steinberger, 2002, S. 1375 (1381 ff.).

³⁵ Vgl. in diesem Kontext *Armin v. Bogdandy, Martin Nettesheim*, Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung, *Europarecht* 1996, S. 1.

Normenhierarchie:³⁶ „Für den Verfassungsverbund ist gerade charakteristisch, dass er nicht hierarchisch strukturiert ist.“³⁷ Der Geltungsgrund dieser Europäischen Verbundverfassung findet sich letztlich beim ein[*420]zelnen, auf den der nationalen und der europäischen Teilverfassung allozierte Hoheitsrechte zurückgeführt werden können,³⁸ in dieser Anknüpfung an den Einzelnen – und nicht den Mitgliedstaat – liegt auch die Begründung für den Anwendungsvorrang und seine Grenzen.

Wie dem auch immer im einzelnen sei - für den vorliegenden Zusammenhang mag es genügen, dass sich die europäische Verfassung als komplementäre Struktur beschreiben lässt, wozu man auch das Konzept des Mehrebenensystems heranziehen kann.³⁹ Dann liegt eine entsprechende Konzeptualisierung der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit nahe. Das BVerfG hat immerhin bereits in der Solange II-Entscheidung die „funktionelle Verschränkung der Gerichtsbarkeit der Europäischen Gemeinschaften mit der Gerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten“ mit einer „teilweisen funktionalen Eingliederung des Europäischen Gerichtshofs in die mitgliedstaatliche Gerichtsbarkeit“ ausgemacht.⁴⁰ „Die‘ europäische Verfassungsgerichtsbarkeit wären dann die nationalen Obergerichte *und* der EuGH. Führt man die Autorität als Verfassungsgericht sowohl der nationalen Gerichte wie auch des EuGH auf den einzelnen zurück, wie dies das Konzept des Verfassungsverbundes nahelegt, folgt daraus, dass zwischen den Gerichten kein vorgegebenes Rangverhältnis besteht, sondern eine Verpflichtung zur Kooperation. Die den nationalen Gerichten übertragene Verantwortung in einer komplementär angelegten europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit bedeutet zwingend eine Abkehr vom Kollisionsparadigma.⁴¹ Schon gar nicht verträgt sich eine solche

³⁶ Hilfreich ist hier vielleicht die englische Unterscheidung zwischen *primacy* (so der Verfassungsvertrag, s. u. (Fn. 61)) und *supremacy*. Konkurrenz- oder Präferenzregeln sind im Recht weit verbreitet. Vgl. zur Normenhierarchie im europäischen Recht *Roland Bieber, Isabelle Salomé*, Hierarchy of Norms in European Law, CMLRev. 33 (1996), S. 907 (912).

³⁷ *Pernice* (Fn. 34), S. 185, in Abgrenzung zum Verband. Die Lösung von schematischen Stufenbau- oder Pyramidenvorstellungen und der Fixierung auf Hierarchien ermöglicht dann auch die differenzierte Formulierung von Grenzen des Anwendungsvorrangs, s. dazu *Franz C. Mayer*, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, in *Armin v. Bogdandy* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 229 (258 f.).

³⁸ In diesem Sinne *Ingolf Pernice*, Die Europäische Verfassung, in: *Hans-Joachim Cremer u.a.* (Hrsg.), *FS Steinberger*, 2002, S. 1319 (1324). Auf die Probleme einer Argumentation, die beim einzelnen ansetzt, macht u.a. *Ulrich K. Preuss*, Diskussionsbeitrag, *VVDStRL* 60 (2000), S. 384 ff., aufmerksam.

³⁹ S. dazu auch *Rainer Wahl*, Der Einzelne in der Welt jenseits des Staates, *Der Staat* 2001, S. 45 (46 ff.); *Udo Di Fabio*, Mehrebenendemokratie in Europa. Auf dem Weg in die komplementäre Ordnung, Vortrag an der Humboldt-Universität zu Berlin am 15. November 2001, <<http://www.whi-berlin.de/difabio.htm>>; *Gunnar Folke Schuppert*, Zur Staatswerdung Europas, *StWStP* 1994, S. 35 (60). Zum Mehrebenensystem auch *Mayer* (o. Fn. 37), S. 264; s. auch *ders.*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, S. 31 ff.

⁴⁰ BVerfGE 73, 339 (367 f.) – Solange II (Wünsche).

⁴¹ S. in diesem Zusammenhang die unterschiedlichen Deutungen der Beanspruchung einer Letztentscheidungskompetenz über europäische ultra vires-Akte im Maastricht-Urteil des BVerfG, BVerfGE 89, 155 (189) – Maastricht.

Konstruktion mit den in publizistischen Beiträgen geäußerten Vorstellungen zum Verhältnis der Gerichte, die vereinzelt aus dem BVerfG dringen.⁴² [*421]

Gegen eine solche Konstruktion sind zahlreiche Einwände denkbar, auf die hier nicht im einzelnen eingegangen werden kann.⁴³ Erwähnung verdient jedenfalls aber das Problem der Heterogenität der obersten nationalen Gerichte, wie sie bereits in den Unterschieden zwischen Conseil constitutionnel (s.o.) und BVerfG deutlich wird. Die Vorstellung einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit mit Verbundcharakter führt wegen der verschiedenen Reichweiten von nationalen Obergerichten zu einer höchst unterschiedlichen Ausformung von europäischer Verfassungsgerichtsbarkeit je nach Mitgliedstaat. Konkret besteht beispielsweise die Möglichkeit, dass in einem Mitgliedstaat wie Deutschland durch ein starkes Verfassungsgericht über Letztentscheidungsansprüche die Anerkennung mitgliedstaatlicher Verfassungsfiguren als vorrangfeste Bestände eingefordert wird, in den Niederlanden mangels Verfassungsgericht dagegen eine solche Möglichkeit nicht besteht.

Allerdings ist diese Asymmetrie in der Heterogenität der EU-Mitgliedstaaten, dem entscheidenden Verfassungsmerkmal der Union, bereits angelegt.⁴⁴ Zudem deutet sich an, dass auf nationaler Ebene zu beobachtende Reformüberlegungen hin zu einer Errichtung von Verfassungsgerichten im Sinne eines Konvergenzphänomens⁴⁵ gerade durch die Letztentscheidungsproblematik motiviert sein können, wie das schwedische Beispiel belegt.⁴⁶ Die am 1. Mai 2004 der EU beigetretenen neuen Mitgliedstaaten jedenfalls haben sich fast durchgehend mit einem Verfassungsgericht ausgestattet.

Festzuhalten ist: Die entscheidende Trennlinie ist die zwischen europäischer und mitgliedstaatlicher Ebene. Hier wird einer der Vorzüge der Mehrebenenbetrachtung⁴⁷ für die Frage des Verhältnisses zwischen nationalen Gerichten und EuGH deutlich: Gerade die

⁴² Nicht vereinbar mit dem Kooperationsparadigma erscheinen Vorstellungen zum Verhältnis der Gerichte, wie sie der zuständige Richter im Zweiten Senat des BVerfG, Broß, äußert (zu einem entsprechenden Rundfunkinterview FAZ v. 30.7.2003, S. 4; s. auch *Siegfried Broß*, *Verwaltungsarchiv* 92 (2001), S. 425; *EuGRZ* 2002, S. 574; *JZ* 2003, S. 429 und 874).

⁴³ Einwände, die sich grundsätzlich gegen das Konzept Verfassungsgerichtsbarkeit bzw. die Theoriebildung zu diesem Konzept richten, bleiben ganz außer Betracht. S. hierzu *Ulrich Haltern*, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Mißtrauen*, 1998, insbesondere S. 169 ff. mwN.; für die amerikanische Debatte *Alexander Bickel*, *The Least Dangerous Branch*, 1962; *Mark Tushnet*, *Taking the Constitution Away from the Courts*, 1999.

⁴⁴ S. in diesem Zusammenhang *James Tully*, *Strange multiplicity*, 1995, S. 183 ff. (Verfassung als kontinuierliche interkulturelle Verhandlung).

⁴⁵ Von einer allgemeinen Konvergenz in Europa - hin zur Rechtskontrolle durch ausgewiesene Verfassungsgerichte - kann wegen zahlreicher Staaten mit grundsätzlichen Vorbehalten gegen die (ex post) Kontrolle des Parlamentes durch den Richter wohl noch nicht ausgegangen werden, s. aber *Christian Tomuschat*, *Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte*, in: *Peter Badura, Horst Dreier* (Hrsg.), *FS 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Band I, 2001, S. 245 ff.

⁴⁶ Die schwedische Regierung wollte bei der beitriffsbedingten Verfassungsänderung ausdrücklich sichergestellt wissen, dass die schwedischen Gerichte im Hinblick auf das Gemeinschaftsrecht dieselben Kompetenzen besitzen wie das deutsche BVerfG, *Justitiedepartementet*, *Våra Grundlag och EG - förslag till alternativ*, Ds 1993:36.

Entwicklung in der Frage des Grundrechts[*422]schutzes mit den hierzu ergangenen EuGH- und BVerfG-Entscheidungen belegt, dass es ausreichen kann, wenn ein einziges Gericht der Ebene – hier das BVerfG - Ebenenbelange artikuliert. Dabei steht nicht die Beobachtung im Vordergrund, wonach das deutsche BVerfG auf der mitgliedstaatlichen Ebene für andere Gerichte eine Vorbild- oder doch zumindest Orientierungsfunktion ausübt. Vielmehr geht es darum, dass die aus den Vorbehalten des BVerfG zum Grundrechtsschutz auf europäischer Ebene zumindest deutlicher gewordene Rechtsprechung des EuGH zum Grundrechtsschutz allen Mitgliedstaaten zugute kommt, auch wenn diese kein Verfassungsgericht kennen, das die mitgliedstaatlichen Grundrechtsbelange hätte artikulieren können. In diesem Sinne ist das BVerfG nicht nur Hüter der deutschen Verfassung, sondern wirkt darüber hinaus als Hüter von Belangen der Mitgliedstaatenebene. Entsprechendes gilt für die anderen nationalen Obergerichte in ihrer Positionierung gegenüber dem EuGH bzw. dem europäischen Recht.

Der Einwand, wonach schon eine Vergleichbarkeit zwischen EuGH und nationalen obersten Gerichten - trotz der gelegentlichen Bezeichnung des EuGH als Verfassungsgericht⁴⁸ - eigentlich gar nicht besteht, hat besonderes Gewicht. Er beschreibt möglicherweise eine Asymmetrie, die das Konzept einer europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit mit Verbundcharakter als solches ausschließt.⁴⁹

Als Unterschied lässt sich beispielsweise nennen, dass in Verfahren vor dem EuGH nur in Ausnahmefällen einzelne unmittelbar auftreten. Es sind die Mitgliedstaaten, die Kommission und die vorlegenden nationalen Gerichte, die den Dialog mit dem Gerichtshof führen.⁵⁰ In der jüngsten Rechtsprechung hat der Gerichtshof dies gegen das Gericht erster Instanz und gegen den Generalanwalt ausdrücklich bestätigt.⁵¹ Diese Perspektive führt auf die integra[*423]tionsspezifische Funktion des EuGH und der EuGH-Rechtsprechung, in

⁴⁷ S.o. (Fn. 39).

⁴⁸ Jürgen Schwarze (Hrsg.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, 1983; Ole Due, *A Constitutional Court for the European Communities*, in: Deirdre Curtin, David O’Keeffe (Hrsg.), *Constitutional Adjudication in European Community and National Law*, 1992, S. 3; Karen Alter, *Establishing the Supremacy of European Law*, 2001, S. 225.

⁴⁹ Ähnlich letztlich der Einwand von Peter Badura, *Diskussionsbeitrag*, VVDStRL 60 (2000), S. 353, gegen das Mehrebenensystem (keine Vergleichbarkeit der Ebenen).

⁵⁰ Dazu Harm Schepel, Erhard Blankenburg, *Mobilizing the European Court of Justice*, in: Grainne de Búrca, J.H.H. Weiler (Hrsg.), *The European Court of Justice*, 2001, S. 9 (18 ff.). S. auch die restriktive Linie des EuGH zur Zulassung von Streithelfern in Vorlageverfahren seit EuGH, Rs. 6/64, *Costa/ENEL*, *Beschl.* vom 3.6.1964, *Slg.* 1964, 1307.

⁵¹ Zur Direktklage im einzelnen unten. S. EuGH Rs. C-50/00 P, *UPA/Rat*, *Slg.* 2002, I-6677 und, bestätigend, EuGH Rs. C-263/02 P, *Jégo-Quéré*, *Urt. v.* vom 1.4.2004 (Rechtsmittelentscheidung); dagegen (weite Auslegung des Kriteriums der individuellen Betroffenheit nach Art. 230 Abs. 4 EG) in der Rs. *UPA* die Schlußanträge GA *Jacobs* vom 21.3.2002, *Slg.* 2002, I-6677, Rn. 59 ff. und EuGH Rs. T-177/01, *Jégo-Quéré/Kommission*, *Slg.* 2002, II-2365, Rn. 41 ff., 50 (unter Hinweis auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes in Art. 47 der Charta der Grundrechte).

Wahrheit womöglich weniger am Rechtsschutz des einzelnen als am Fortgang der Integration orientiert.⁵²

Am schwerwiegendsten ist vielleicht der Einwand der unterschiedlichen demokratischen Legitimation zwischen EuGH einerseits und nationalen obersten Gerichten andererseits. Dass in vielen Mitgliedstaaten die Gerichte Recht ‚Im Namen des Volkes (der Republik, des Königs u.ä.)‘ sprechen,⁵³ der EuGH dies aber nicht tut, führt auf die Frage wer und was den EuGH legitimiert. Nach Art. 223 EG werden die Richter von den Regierungen der Mitgliedstaaten ernannt, eine parlamentarische Beteiligung etwa des EP ist dort nicht vorgesehen. Die Richter des deutschen BVerfG werden demgegenüber immerhin vom Parlament gewählt (Art. 94 GG). Allerdings wird man auch die Ernennung der EuGH-Richter durch ihrerseits demokratisch gewählte Regierungen über mehr oder weniger lange Legitimationsketten demokratisch absichern können. Im übrigen steht das Gemeinschaftsrecht einer parlamentarischen Mitwirkung an der Richterauswahl auf der mitgliedstaatlichen Ebene nicht entgegen, wie das österreichische Beispiel der parlamentarischen Beteiligung an den entsprechenden Personalentscheidungen belegt.⁵⁴ Allgemein wird man hier auch auf mitgliedstaatlicher Ebene auf zahlreiche ungeklärte Grundfragen der Richterlegitimation stoßen,⁵⁵ und schließlich die Heterogenität mitgliedstaatlicher oberster Gerichte in je nach Mitgliedstaat höchst unterschiedlichen Vorstellungen über die Natur und den Umfang demokratischer Legitimation von Gerichten im allgemeinen gespiegelt sehen.

Grundlegendere Einwände gegen eine komplementäre Verfassungsgerichtsbarkeit betreffen die Frage nach der Verantwortungszurechnung und danach, wie in einer solchen komplementären Ordnung die Gemeinwohldefinition geleistet werden kann. Wie im exekutivischen Bereich zwischen Rat, nationalen Regierungen und Administrationen Gemengelagen entstanden sind,⁵⁶ kann eine gerichtliche Verbundstruktur zu Unschärfen in der Zuständigkeit bis hin zur Verflüchtigung der Verantwortung für den Grundrechtsschutz des einzelnen führen, wie die Bananenproblematik es möglicherweise bereits angedeutet hat.⁵⁷ Problematisch wäre es durchaus, wenn zwischen dem einzelnen und der

⁵² *Hjalte Rasmussen*, *The European Court of Justice*, 1998, S. 198 ff. S. auch *Liesbet Hooghe, Gary Marks*, *Multi-Level Governance and European Integration*, 2001, S. 26 f.

⁵³ Auf diesen Aspekt macht *Olivier Dubois* in seiner umfassenden Studie *Les juridictions nationales, juge communautaire*, 2001, S. 855, aufmerksam.

⁵⁴ Art. 23c der österreichischen Verfassung (B-VG).

⁵⁵ So aus der deutschen Sicht *Andreas Voßkuhle, Gernot Sydow*, *Die demokratische Legitimation des Richters*, JZ 2002, S. 673. *Ingolf Pernice*, *Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund*, *Europarecht* 1996, S. 27 (36), argumentiert demgegenüber mit einer funktionalen Legitimation der Judikative.

⁵⁶ S. dazu *Franz C. Mayer*, *Nationale Regierungsstrukturen und europäische Integration*, *EuGRZ* 2002, S. 111 ff.

⁵⁷ Dazu *ders.*, *Grundrechtsschutz gegen europäische Rechtsakte: Zur Verfassungsmäßigkeit der Bananenmarktordnung*, *EuZW* 2000, S. 685.

europäischen Ebene ein Forum der Gemeinwohlbestimmung,⁵⁸ in dem sich auch ein Solidaritätsgedanke entfalten könnte, kaum mehr erkennbar wäre. Solidaritätsfreie Individualisierung hätte dann auch das europäische Verfassungsrecht erreicht.

Allerdings ist jedenfalls der letztgenannte Punkt kein verfassungsgerichtsspezifischer Aspekt. Trotz aller Einwände wird man daher letztlich die nicht-hierarchische Konstruktion der europäischen Verfassungsgerichtsbarkeit doch als tragfähigste konzeptionelle Grundlage für den konstitutionellen Dialog zwischen den Gerichten betrachten können, mit einer der Verfassungskonzeption entsprechenden Einordnung der Funktionen der verschiedenen Gerichte. Dies verbindet sich mit einer Abkehr vom Kollisionsparadigma und einer Absicherung des Kooperationsparadigmas.

3. Zwischenbefund: Pluralität der Verfassungshüter

Insgesamt ergibt sich damit für die heutige Verfassungslage in der Europäischen Union eine Pluralität der Verfassungshüter: Neben den EuGH und die Kommission, Hüter gleichsam in horizontaler Perspektive, treten in vertikaler Perspektive die nationalen Verfassungs- und Obergerichte. Die vertikale Dimension öffnet den Blick auf weitere Verfassungshüter: die Gesamtheit der Mitgliedstaaten selbst, soweit sie als Herren der Verträge die Änderung der vertraglichen Grundlagen der EU in Händen halten.

III. Nach dem Konvent: Akzentverschiebungen

Auf den ersten Blick sieht der Konventsentwurf in der durch die Regierungskonferenz bestätigten Fassung⁵⁹ an dem geschilderten Rechtsbestand kaum Änderungen vor. Der EuGH bleibt der EuGH, es wird kein gesondertes Europäisches Verfassungsgericht eingeführt. Immerhin wird das Verfahren der Richterauswahl von der europäischen Ebene aus etwas transparenter wer[*425]den, indem die von den Regierungen zu benennenden

⁵⁸ Zu ‚Mehrebenen-Gemeinwohl‘ *Gunnar Folke Schuppert*, Die Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa: Zwischen Gemeinwohlbindung und Wettbewerb, in: Hans-Peter Schwintowski (Hrsg.), Die Zukunft der kommunalen EVU im liberalisierten Energiemarkt, 2002, S. 11 (20 f.); s. auch *Peter Häberle*, Gibt es ein europäisches Gemeinwohl?, in: Hans-Joachim Cremer u.a. (Hrsg.), FS Steinberger, 2002, S. 1153 (1166 ff.); *Robert Uerpmann*, Das öffentliche Interesse, Tübingen, 1999, S. 266 f.

⁵⁹ S.o. Fn. 26. Die Bestimmungen über den EuGH sind nicht mehr Gegenstand der politischen Beratungen der Regierungskonferenz gewesen und entsprechen im wesentlichen dem Entwurf des Konvents.

Personalvorschläge von einem nach Art. III-262 VE ⁶⁰ (*jetzt Art. III-357*) einzurichtenden Ausschuss gesichtet werden. Was das Verhältnis zu den nationalen Gerichten angeht, könnte allenfalls die Auslegung der neuen Vorrangklausel (Art. I-10 Abs. 1 VE *jetzt Art. I-6*) neue Reibungen verursachen.⁶¹ In materieller Hinsicht hat die Aufhebung der Säulenstruktur den Nebeneffekt einer Ausdehnung der Jurisdiktion des EuGH.

Breiten Raum hat in den Konventsberatungen die Frage des Individualrechtsschutzes vor europäischen Gerichten und seiner Verbesserung eingenommen. Hier ist es zu Textänderungen gekommen, die genaueres Hinsehen erfordern (dazu 1.). Jenseits dieser Modifikationen am Rechtsschutzsystem stellt sich die Frage nach den mittelbaren Effekten dieser und anderer Veränderungen im Hinblick auf die Frage nach dem Hüter der europäischen Verfassung (dazu 2.).

1. Primärrechtliche Änderungen: Verbesserter Individualrechtsschutz?

Eine namentlich von deutscher Seite – zum Teil bereits vor den Konventsberatungen - artikulierte Forderung in der Verfassungsdiskussion war die nach der Einführung einer Grundrechtsbeschwerde.⁶² Der deutschen Verfassungsbeschwerde nachgebildet wäre ein solcher Rechtsbehelf durchaus geeignet, die Frage nach dem Hüter der Verfassung mit einer neuen Antwort zu versehen: In Deutschland ist die überaus erfolgreiche Verfassungsbeschwerde möglicherweise der entscheidende Mechanismus gewesen, mit dem das BVerfG seine Rolle als Hüter der Verfassung hat ausbauen können (s.o.). Der Konvent hat die Frage des Individualrechtsschutzes in einem Arbeitskreis zum Gerichtshof (Cercle I)⁶³ eingehend diskutiert.⁶⁴ Gegenüber dem vor[*426]maligen Rechtszustand (Art. 230 EG) bringt der Konventsentwurf folgende Änderung (Art. III-270 ⁶⁵ Abs. 4 VE, *jetzt Art. III-365*):

Jede natürliche oder juristische Person kann unter den gleichen Voraussetzungen gegen die an sie ergangenen oder sie unmittelbar und individuell betreffenden Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungs-

⁶⁰ Im folgenden wird von der Nummerierung nach CONV 850/03 idF. von CIG 86/04 ausgegangen. Nach der Einigung auf einen gegenüber dem Konventsentwurf modifizierten Text im Juni 2004 ist der endgültige Text für die Unterzeichnung in Rom im Oktober 2004 völlig neu durchnummeriert worden (*CIG 87/04, im folgenden in Kursivschrift nachgetragen*), s. dazu bereits die Empfehlung der Rechtsexperten der Regierungskonferenz in CIG 63/03 v. 10.12.2003, Ziffer 4.

⁶¹ In einer der ‚Schlussakte zum Verfassungsvertrag beigefügten Erklärung‘ stellt allerdings die Regierungskonferenz fest, dass der Vorrangartikel „die geltende Rechtsprechung des Gerichtshofs zum Ausdruck bringt“, s. schon CIG 60/03 ADD 1 v. 9.12.2003 und CIG 86/04 ADD 2 v. 25.6.2004.

⁶² Dazu *Norbert Reich*, Zur Notwendigkeit einer Europäischen Grundrechtsbeschwerde, ZRP 2000, S. 375; s. auch Konvents-Dokumente CONV 72/02, I.3; CONV 354/02.

⁶³ CONV 543/03.

⁶⁴ S. aber auch schon die Überlegungen in der Arbeitsgruppe II (Charta), zusammengefasst in einem Arbeitspapier des Vorsitzenden *Antonio Vitorino*, The question of effective judicial remedies and access of individuals to the European Court of Justice, WG II WD 21. Zu den Neuerungen im Detail s. *Franz C. Mayer*, Individualrechtsschutz im Europäischen Verfassungsrecht, DVBl. 2004, S. 606.

⁶⁵ S. o. Fn. 60.

charakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, Klage erheben.⁶⁶

In der sprachlich leicht modifizierten Fassung der Regierungskonferenz:⁶⁷

Jede natürliche oder juristische Person kann unter den in den Absätzen 1 und 2 genannten Bedingungen gegen die an sie gerichteten oder sie unmittelbar und individuell betreffenden Handlungen sowie gegen Rechtsakte mit Verordnungscharakter, die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsmaßnahmen nach sich ziehen, Klage erheben.

Der neue ⁶⁸ Art. III-270 VE (*jetzt Art. III-365*) sieht damit Rechtsschutz in drei Fällen vor, wobei die Vorgaben der Abs. 1 und 2 zu Klagegegnern und Klagegrund im Vergleich zum bisherigen Rechtszustand im wesentlichen unverändert bleiben. Fall 1: für Adressaten von Rechtsakten bzw. Handlungen. Fall 2: bei Rechtsakten, die nicht adressiert sind, durch die man aber unmittelbar und individuell betroffen ist. Fall 3: gegen Akte, durch die man ohne Ausführungsmaßnahmen unmittelbar betroffen ist, wobei allerdings nur Akte mit Verordnungscharakter in den Blick genommen werden. [*427]

a) Rechtsschutz für Adressaten und Betroffene

Fall 1 ist relativ unspektakulär. Hier ergibt sich zur bisherigen Rechtslage nur insoweit eine Änderung, als nun nicht nur Adressaten von *Entscheidungen* sondern allgemeiner Adressaten von *Handlungen* klagebefugt sind. Die vom Konvent gewählte deutsche Wendung ‚an sie ergangene Handlungen‘ ist dabei - etwa im Vergleich zur französischen Sprachfassung ⁶⁹ - sprachlich nicht sehr geglückt, die Juristen der Regierungskonferenz haben etwas nachgebessert (‚an sie gerichtete Handlungen‘). So oder so läßt sich der rechtliche Gehalt hier ohne weiteres ermitteln: Klagebefugt sollen diejenigen Personen sein, die in einem Rechtsakt bzw. einen Realakt ⁷⁰ individuell angesprochen werden. Nicht gemeint ist dagegen die

⁶⁶ Französischer Wortlaut: „Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution”. Englischer Wortlaut: „Any natural or legal person may, under the same conditions, institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to him or her, and against a regulatory act which is of direct concern to him or her and does not entail implementing measures”.

⁶⁷ CIG 50/03 v. 25.11.2003; CIG 86/04 v. 25.6.2004.

⁶⁸ Der alte Art. 230 Abs. 4 EG lautet: „Jede natürliche oder juristische Person kann unter den gleichen Voraussetzungen gegen die an sie ergangenen Entscheidungen sowie gegen diejenigen Entscheidungen Klage erheben, die, obwohl sie als Verordnung oder als eine an eine andere Person gerichtete Entscheidung ergangen sind, sie unmittelbar und individuell betreffen.“ Französischer Wortlaut: „Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les décisions dont elle est le destinataire et contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement.” Englischer Wortlaut: “Any natural or legal person may, under the same conditions, institute proceedings against a decision addressed to that person or against a decision which, although in the form of a regulation or a decision addressed to another person, is of direct and individual concern to the former.”

⁶⁹ S.o. Fn. 66, „les actes dont elle est le destinataire”.

⁷⁰ Der Unterschied von Rechtsakten und Handlungen ist in anderen Sprachfassungen weniger deutlich, s. etwa die französische Fassung (Fn. 66). Handlungen könnten demnach etwa auch Maßnahmen des Europäischen Rates sein. S. in diesem Zusammenhang zum bisherigen Verständnis von ‚Handlungen‘ (Art. 230 Abs. 1 EG)

allgemeine Rechtsbetroffenheit jeden Unionsbürgers durch das europäische Recht.

Weniger übersichtlich stellt sich Fall 2 dar. Zwar wird an die alte Formulierung des Art. 230 Abs. 4 EG und an die „Plaumann-Formel“ von 1963⁷¹ durch die Begriffe ‚unmittelbar und individuell‘ angeknüpft. Allerdings beziehen sich diese Begriffe im alten Art. 230 Abs. 4 EG auf entweder drittgerichtete Entscheidungen oder auf als Verordnungen ergangene Entscheidungen (‚verkapselte Entscheidungen‘⁷²). Die Plaumann-Formel stellt letztlich darauf ab, ob man wegen bestimmter persönlicher Eigenschaften oder wegen besonderer, einen aus dem Kreis der übrigen Normadressaten heraushebenden Umstände durch den Rechtsakt in ähnlicher Weise wie durch eine *Entscheidung* berührt wird. Mit anderen Worten: die spezifischen Wendungen der Plaumann-Formel erklären sich daraus, dass Art. 230 Abs. 4 EG im Ausgangspunkt ein Rechtsbehelf gegen Entscheidungen ist.

Löst man den Rechtsbehelf von diesem Ausgangspunkt ab, wie nun in Art. III-270 VE (*jetzt Art. III-365*) vorgesehen - heißt es doch nun statt ‚Entscheidungen, die sie unmittelbar und individuell betreffen‘ ‚sie unmittelbar und individuell betreffende *Handlungen*‘ - , besteht Raum, das Kriterium ‚unmittelbar und individuell‘ völlig neu zu bestimmen, zumal ganz allgemein eben von Hand[*428]lungen und nicht von Rechtsakten gesprochen wird. Denkbar ist, die von GA Jacobs in der Rs. UPA vorgeschlagene Formel aufzugreifen (s.o.⁷³) oder aber auf eine spezifische Grundrechtsbetroffenheit abzustellen.

b) Rechtsschutz bei Exekutivrechtsetzung

Mit einer dritten Kategorie schließlich wird die weitreichendste Neuerung eingeführt. Hier wird gegen umsetzungsfreie „Rechtsakte“ (nicht „Handlungen“⁷⁴) ein Rechtsbehelf ermöglicht. Allerdings sollen durch die Einschränkung ‚mit Ordnungscharakter‘ bestimmte Rechtsakte mit allgemeiner Geltung aus dem Anwendungsbereich von Art. III-270 VE (*jetzt Art. III-365*) ausgeschlossen werden. ‚Ordnungscharakter‘ bezieht sich dabei auf die durch die Verfassung neu definierten Handlungsformen: Nach dem neuen Recht (Art. 32

auch *Jürgen Bast*, Handlungsformen, in: Armin v. Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 479 (515 ff.).

⁷¹ EuGH Rs. 25/62, Plaumann/Kommission, Slg. 1963, 211, 238; s. auch EuGH Rs. C-321/95 P, Stichting Greenpeace Council/Kommission, Slg. 1998, I-1651.

⁷² Zur Kontroverse um ‚echte‘ Verordnungen und Richtlinien als zulässigen Klagegegenstand von Art. 230 Abs. 4 EG s. *Hans-Joachim Cremer*, Art. 230 EG-Vertrag, Rn. 27 ff., in: Christian Calliess, Matthias Ruffert (Hrsg.), *EU-Vertrag. EG-Vertrag. Kommentar*, 2. Aufl. 2003; *ders.*, Individualrechtsschutz gegen Richtlinien, *EuZW* 2001, 453.

⁷³ S.o. (Fn. 51), individuelle Betroffenheit soll danach vorliegen, wenn ein Rechtsakt für einen einzelnen aufgrund seiner persönlichen Umstände erhebliche nachteilige Auswirkungen auf seine Interessen hat oder wahrscheinlich haben wird.

⁷⁴ S.o. (Fn. 70).

Abs. 1 UAbs. 2 VE (*jetzt Art. I-33*)) nehmen die Stelle der Verordnungen nach Art. 249 EG als in allen seinen Teilen verbindlicher Rechtsakt, der unmittelbar in jedem Mitgliedstaat gilt, nun ‚europäische Gesetze‘ ein. Die Richtlinien nach Art. 249 EG werden – im wesentlichen - zu Rahmengesetzen. Die Verordnung ist nach Art. I-32 Abs. 1 UAbs. 4 VE (*jetzt Art. I-33*) nunmehr „ein Rechtsakt mit allgemeiner Geltung ohne Gesetzescharakter; sie dient der Durchführung der Gesetzgebungsakte und bestimmter Einzelvorschriften der Verfassung“.

Die Beschränkung des Rechtsschutzes nach Fall 3 auf Rechtsakte mit Verordnungscharakter erstreckt sich nicht auf die unter Fall 2 erfassten Rechtsakte - Rechtsakte, durch die man ohne Adressat zu sein unmittelbar und individuell betroffen ist. Es bleibt also möglich, dass man gegen Gesetze oder Rahmengesetze, die einen unmittelbar und individuell betreffen, vorgeht.⁷⁵ Bleibt es bei der heutigen Plaumann-Formel, betrifft dies letztlich Fälle, in denen Einzelne durch Gesetze oder Rahmengesetze in vergleichbarer Weise herausgehoben werden wie bei einer Entscheidung (s.o.). Die Beschränkung auf Rechtsakte mit Verordnungscharakter bedeutet gegenüber der derzeitigen Rechtslage also keinen Rückschritt, im Gegenteil: über den heutigen Rechtszustand hinaus soll nun auch Rechtsschutz gegen bestimmte umsetzungsfreie Rechtsakte möglich sein, nämlich solche mit Verordnungscharakter.

Zugleich bleibt es aber auch dabei, dass wegen der Beschränkung auf Rechtsakte mit Verordnungscharakter bestimmte Rechtsakte nicht von Einzelnen angegriffen werden können. Dies sind Rechtsakte allgemeiner Geltung, die als Gesetze oder Rahmengesetze ergehen und die den Einzelnen *nicht* unmittelbar und individuell betreffen. **[*429]**

Diese (fortbestehende) Rechtsschutzeinschränkung war im Arbeitskreis I so Streitig, dass man sich nicht auf eine einheitliche Empfehlung an das Plenum des Konventes verständigen konnte. Der Bericht des Arbeitskreises⁷⁶ enthält daher mit Klammerzusätzen drei⁷⁷ Optionen für eine Neufassung von Art. 230 EG:

„Jede natürliche oder juristische Person kann unter den gleichen Voraussetzungen gegen die an sie ergangenen Rechtsakte oder Rechtsakte, die sie unmittelbar und individuell betreffen, sowie gegen Rechtsakte [allgemeiner Geltung/ohne Gesetzgebungscharakter⁷⁸], die sie unmittelbar betreffen und keine Durchführungsbestimmungen enthalten, Klage erheben.“⁷⁹

⁷⁵ So auch ausdrücklich CERCLE I WD 08 Rn. 22 sowie CONV 636/03 Rn. 22.

⁷⁶ CONV 636/03 Rn. 20.

⁷⁷ „Rechtsakte“ (ohne Klammerzusatz), „Rechtsakte allgemeiner Geltung“ oder „Rechtsakte ohne Gesetzgebungscharakter“, jeweils unter der Bedingung dass sie Personen „unmittelbar betreffen und keine Durchführungsbestimmungen enthalten“. Die Bundesregierung sprach sich für den Vorschlag „Rechtsakte allgemeiner Geltung“ aus, s. die Stellungnahme des stv. deutschen Regierungsvertreters im Konvent, *Bury*, zum Entwurf eines Abschlussberichtes an den Vorsitzenden des Arbeitskreises, CERCLE I WD 14.

⁷⁸ Hieraus wurde in den späteren Gesamtentwürfen bis hin zu CONV 850/03 „mit Verordnungscharakter“, allerdings ist dies nur eine Anpassung an den von vornherein verwendeten französischen Wortlaut „actes réglementaires“.

Die Erklärung für die unterschiedlichen Auffassungen in der Gruppe mögen mit einem rechtskulturellen Unterschied zu tun haben, was die Überprüfbarkeit von als Gesetzen bezeichneten Normen angeht. Dass dem Richter in Frankreich die Überprüfung einer *loi* seit Zeiten der französischen Revolution versagt ist, wurde bereits angesprochen.⁸⁰ Aber selbst in Deutschland, wo die richterliche Kontrolle des Gesetzes (heute, s.o.) zur Verfassungsselbstverständlichkeit gehört, ist doch die Rechtssatzverfassungsbeschwerde an erhöhte Anforderungen gebunden.⁸¹ Mit dem ‚Gesetz‘ dürfte sich fast überall in Europa die Vorstellung einer besonderen Dignität und Legitimität verbinden, bis hin zur Immunität des Gesetzes gegenüber der richterlichen Kontrolle. Vor diesem Hintergrund muten übrigens einzelne Bestimmungen der Verfassung seltsam an, in denen der Rat (alleine) ermächtigt wird, Gesetze zu erlassen.⁸² [*430] Dem stehen die – wegen Art. III-270 VE (*jetzt Art. III-365*) leichter angreifbaren - Verordnungen iSd Art. I-32 VE (*jetzt Art. I-33*) gegenüber, die nach der neuen Verfassung im wesentlichen durch die Kommission erlassen werden. Mit der Neubezeichnung der Handlungsformen erfolgt also eine Hierarchisierung nicht nur dieser Handlungsformen im Hinblick auf ihre Überprüfbarkeit, sondern implizit auch eine Hierarchisierung der mit diesen Handlungsformen verbundenen Organe. Zwar erläßt auch der Rat Verordnungen (etwa nach Art. III-52 VE (*jetzt Art. III-163*) im Bereich Wettbewerb). Die Kommission aber kann nie Gesetze erlassen. Hinter dem aus der Forderung nach einer Grundrechtsbeschwerde erwachsenen Bemühen um einen verbesserten Individualrechtsschutz enthüllt sich damit eine organisationsrechtliche Dimension.

c) Zwischenergebnis

Der neue Art. III-270 VE (*jetzt Art. III-365*) bringt gegenüber Art. 230 EG und dem bisherigen System des Individualrechtsschutzes eine leichte Verbesserung für den einzelnen, was den Zugang zu den europäischen Gerichten angeht. Diese verbindet sich indessen mit

taires“. Die Wendung „ohne Gesetzescharakter“ findet sich in Art. I-32 VE (*jetzt Art. I-33*) zur Beschreibung der Verordnung.

⁷⁹ In der französischen Originalversion: „Toute personne physique ou morale peut former, dans les mêmes conditions, un recours contre les actes dont elle est le destinataire ou qui la concerne* directement et individuellement, ainsi que contre les actes [de portée générale / réglementaires] qui la concerne* directement sans comporter de mesures d'exécution“. [*Fehler im Original] Englisch: „Any natural or legal person may, under the same conditions, institute proceedings against an act addressed to that person or which is of direct and individual concern to him, and against [an act of general application][a regulatory act] which is of direct concern to him without entailing implementing measures“.

⁸⁰ S.o. Fn. 15.

⁸¹ BVerfGE 71, 305 (334 ff.); 74, 69.

⁸² Art. I-23 Abs. 1 UAbs. 2 VE (*jetzt Art. I-23 Abs. 1*). S. auch Formulierungen wie in Teil III (Umwelt), Art. III-130 Abs. 2 VE (*jetzt Art. III-234*): „Abweichend von Absatz 1 und unbeschadet des Artikels III-65 (*jetzt Art. III-172*) erlässt der Ministerrat einstimmig Europäische Gesetze oder Rahmengesetze, die Folgendes betreffen:“(Hervorhebung hinzugefügt).

einer Privilegierung des Rates, das Mehr an Rechtsschutz richtet sich in der Tendenz gegen die Kommission. Die in Art. III-270 VE (*jetzt Art. III-365*) angelegte Privilegierung des Rates in der Funktion als echter Gesetzgeber wird diesen indessen nicht unverändert lassen. Sie wirkt in Gestalt von entsprechenden Anforderungen an den Rat auf diesen zurück: die Öffentlichkeit der Gesetzgebungstätigkeit des Rates wird daher nicht nur formal erfolgen dürfen – dies schreibt Art. I-49 VE ⁸³ (*jetzt Art. I-50*) ohnehin vor. Vielmehr ergeben sich auch materielle Anforderungen an die Gesetzgebungstätigkeit des Rates, mit der etwa die bisherige hervorgehobene Rolle des Ausschusses der Ständigen Vertreter ⁸⁴ unvereinbar sein dürfte: Die materiellen Beratungen und Entscheidungen über die europäische Gesetzgebung müssen öffentlich sein und vom Rat selbst getroffen werden. Die Politikentscheidungen müssen aus dem Bereich des Infranationalen, Bürokratischen in den Bereich des politisch Verantwortlichen verlagert werden. ⁸⁵

Eine weniger abstrakte Erklärung für die Frontlinien im Konvent als die, die auf die unterschiedlichen Rechtstraditionen verweist, bietet eine Analyse der Interessenslage der Regierungsvertreter im Konvent: Hier dürfte schlicht das Interesse an möglichst kontrollfreiem Handeln des Rates eine Rolle ge[*431]spielt haben, ⁸⁶ die sich bei der Wahrung des rechtsschutzfreien Raumes für den Europäischen Rat noch deutlicher zeigt. Hier laufen die Interessen der Unionsbürger (am umfassenden Rechtsschutz) und die Interessen der Regierungen besonders weit auseinander. Dass ein Mehr an Rechtsschutz für den einzelnen grundsätzlich auch ein Mehr an Schranken für die Unionsgewalt, mithin für die europäische Integration bedeuten kann, wird paradoxerweise selbst von sich integrations skeptisch gebenden Regierungen wie der Großbritanniens, die Art. 230 EG unangetastet lassen wollten, ⁸⁷ den eigenen Unionsbürgern gegenüber offenbar nicht dargelegt.

⁸³ Abs. 2: „Das Europäische Parlament tagt öffentlich; *dies gilt auch für den Ministerrat, wenn er über Gesetzgebungsvorschläge berät oder beschließt.*“ (Hervorhebung hinzugefügt).

⁸⁴ S. dazu Mayer (o. Fn. 56).

⁸⁵ Zum Begriff des Infranationalen zur Beschreibung bürokratischer Macht s. J.H.H. Weiler, Ulrich Haltern, Franz C. Mayer, *European Democracy and Its Critique*, Westeuropean Politics 18 (1995), S. 4.

⁸⁶ Ähnlich die Argumentationen, die sich auf eine Abschirmung des in mühsamen politischen Kompromissen ausgehandelten Sekundärrechts richten. Aufschlussreich auch der Vergleich des enger gefassten Art. 230 EG mit Art. 33 EGKSV, der ein Einschränkungsinteresse der Regierungen erkennen lässt (dazu Schlußanträge GA Jacobs vom 21.3.2002, Rs. C-50/00 P, UPA/Rat, Rn. 76 ff., Slg. 2002, I-6677).

⁸⁷ Gegen eine Änderung von Art. 230 Abs. 4 EG die britische stv. Regierungsvertreterin im Konvent, *Baroness Scotland of Asthal*, zum Entwurf eines Abschlussberichtes an den Vorsitzenden des Arbeitskreises, CERCLE I WD 19.

2. Folgeeffekte von Veränderungen im Institutionengefüge

Die im Zusammenhang mit dem neuen Art. III-270 VE (jetzt Art. III-365) beobachteten nachgeordneten Effekte für das Institutionengefüge deuten bereits an, von wo für EuGH und Kommission als europäische Hüter der europäischen Verfassung Veränderungen ausgehen. Durch eine Schwächung der Kommission, oder, neutraler formuliert, durch Abstriche am neutralen, supranationalen Status der Kommission kann diese ihre Hüter-Rolle möglicherweise weniger konsequent wahrnehmen. Der EuGH kommt dann in die Verantwortung, einen möglichen Ausfall der Kommission zu kompensieren. Diesen möglichen Verschiebungen in der Verantwortungsverteilung zwischen EuGH-Kommission steht das Erstarken insbesondere zweier institutioneller Akteure gegenüber: des Europäischen Parlamentes und, vor allem, des Europäischen Rates.

Die Sorge um die Stellung der Kommission gründet sich zunächst einmal auf die absehbare Rückkehr – im Vergleich zum Vertrag von Nizza und zum Verfassungsentwurf des Konvents – zu einer Kommission, in die jeder Mitgliedstaat (mindestens) einen Kommissar entsendet.⁸⁸ Dies kann unter den Bedingungen einer EU 25, EU 27 oder gar EU 28 dazu führen, dass die Kommission in ihrer Handlungsfähigkeit noch weiter geschwächt wird. Einiges spricht dafür, dass beispielsweise die Entscheidung, ein politisch sensibles [*432] Vertragsverletzungsverfahren gegen einen großen Mitgliedstaat anzustrengen in einem vergrößerten Gremium schwieriger auf eine allgemeine Konsensgrundlage zu stellen sein wird. Zwingend ist diese Entwicklung jedoch nicht. Denkbar ist auch, dass die Binnenorganisation der Kommission sich den neuen Bedingungen anpaßt, der Kommissionspräsident einsamer entscheidet, das Kollegium mit Mehrheit beschließt usw.

Strukturell bedrohlicher für die Rolle der Kommission ist die zunehmende Vorrangstellung des Europäischen Rates. Zwar steht in den geltenden Verträgen, dass dieser nur Impulse gibt und Ziele formuliert (Art. 4 EU). Praktisch ist dies indessen nicht so, weil dieses Gremium der Staats- und Regierungschefs in der Realität heute zunehmend oberstes Beschlussfassungsorgan mit universeller Zuständigkeit ist, das in Streitfragen im politischen Entscheidungsprozess der EU als Schiedsrichter auftritt, aber auch zunehmend „Mikromanagement“⁸⁹ betreibt. In gewissem Sinne haben sich die Regierungen hier

⁸⁸ Dies war eine der zunächst noch ungelösten Fragen der Regierungskonferenz 2003 und des Europäischen Rates von Brüssel am 12./13.12.2003, s. CIG 60/03 ADD 1 v. 9.12.2003 bzw. ADD 2 v. 11.12.2003. Der im Juni 2004 gefundene Kompromiss sieht vor, dass nach einer längeren Übergangszeit die Zahl der Kommissionsmitglieder zwei Dritteln der Anzahl der Mitgliedstaaten entspricht (Art. I-25 Abs. 6 VE (CIG 86/04), (jetzt Art. I-26)).

⁸⁹ So der schwedische Premierminister *Persson* in einer Rede an der Humboldt-Universität zu Berlin am 18. Oktober 2001, HRE 2001, <<http://www.whi-berlin.de>>, 15.

zunehmend eine intergouvernementale Parallelstruktur zu dem immer mehr von Mehrheitsentscheidungen im Ministerrat und von unabhängigen, dem supranationalen Interesse verpflichteten Einrichtungen, wie eben dem EuGH und der Kommission, geprägten Bereich geschaffen.⁹⁰ Die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Europäischen Rates in ihren jeweiligen nationalen Systemen kann mangels objektiver Information über die Entscheidungsfindung im Europäischen Rat (nichtöffentliche Beratungen) kaum konkret eingefordert werden. Die Jurisdiktion des EuGH etwa über die Kompetenzgrenzen des Europäischen Rates ist in den Verträgen ausdrücklich ausgeschlossen. Die Parallele zu vorkonstitutionellen Zuständen vergangener Jahrhunderte liegt nahe.

Der Europäische Rat war noch im Konventsentwurf im wesentlichen von einer Rechtskontrolle ausgenommen, erst die Regierungskonferenz hat hier nachgebessert, indem sie in Art. III-270 Abs. 1 VE (*jetzt Art. III-365*) den Europäischen Rat mit aufgenommen hat.⁹¹ Es bleiben aber die im schon im Konventsentwurf enthaltenen Vorschläge für einen Europäischen Präsidenten,⁹² die als die gedankliche Verlängerung der unter dem Aspekt der verfassungsrechtlichen Frage nach der Einhegung von Macht problematischen Seiten des Konzeptes ‚Europäischer Rat‘ erscheinen. [*433]

Geht man zurück an den Ausgangspunkt dieses Beitrages und die Gegenüberstellung unterschiedlicher Konzepte von ‚Verfassungshütern‘, so wird man feststellen, dass die Kommission als Hüterin der Verträge genau besehen eigentlich nie ganz dem französischen Leitbild eines solchen Hüters entsprach. Vielmehr ist es der Europäische Rat, in seiner Unangreifbarkeit wie in seiner Machtfülle, der gleichsam als der kollektive Staatspräsident – ganz in der Schmittschen Linie neutraler Quasimonarch – der eigentliche Hüter der Verfassung ist.

Nur angedeutet werden kann hier die Frage, ob diese scheinbare Neutralität im Sinne eines über den anderen Institutionen Schwebens, die sich beim Europäischen Rat nicht zuletzt in der Schemenhaftigkeit seiner Handlungsformen manifestiert („Schlussfolgerungen“), nicht in Wahrheit eine Absage an die Rechtsgemeinschaft ist, für die der EuGH steht. Anders gefragt: ob möglicherweise das Hüten der europäischen Verfassung mit dem Erstarren des

⁹⁰ Exit-Optionen in den Kategorien von Albert Hirschmann, s. dazu *J.H.H. Weiler*, *The Transformation of Europe*, Yale L.J. 100 (1991), S. 2403.

⁹¹ CIG 50/03: „...und der Handlungen des Europäischen Parlaments und des Europäischen Rates mit Rechtswirkung gegenüber Dritten“.

⁹² Jetzt: ‚Präsident des Europäischen Rates‘, Art. I-21 VE (CIG 86/04) (*jetzt Art. I-22*). S. auch die Vorstöße des britischen Regierungschefs *Blair*, des französischen Staatspräsidenten *Chirac* und des damaligen spanischen Regierungschefs *Aznar* (‚ABC-Vorschlag‘), s. EU soll einen Präsidenten erhalten, SZ v. 12.10.2002, 6. Anders die Konzeption der zwei Präsidenten im deutsch-französischen Vorschlag von *Chirac* und *Schröder* vom Januar 2003, CONV 489/03.

Europäischen Rates in der Tendenz in den politischen Prozess verlagert wird - von der *legalistic constitution* zur *political constitution*.⁹³

Ein letzter Aspekt erhält durch das Konventsergebnis keine gesteigert neue Aktualität, er ist bereits anlässlich früherer Vertragsänderungen sichtbar geworden: Zusätzliche Belastung kommt auf den EuGH absehbar immer dann zu, wenn eine Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen erfolgt.⁹⁴ Mit der Mehrheitsentscheidung in einem Bereich fallen nämlich dort die Regierungen im Ministerrat als Hüter bestimmter Belange aus, soweit sie überstimmt werden. Insofern findet sich hier eine im Vergleich zur oben beschriebenen Entwicklung gegenläufige Tendenz: im politischen Prozess ist das Hütern der Verfassung unter Bedingungen der Mehrheitsentscheidung gerade nicht mehr möglich. Soweit entsprechende Belange verfassungsrechtlich hinreichend verdichtet sind (Beispiel Grundrechte und Bananenmarktordnung), könnten für den Fall, dass der EuGH hier keinen ausreichenden Rechtsschutz bietet, die nationalen Verfassungs- und Obergerichte in eine aktivistischere Rolle von Hütern dieser Belange gegenüber der EU gedrängt werden. Eine solche Entwicklung wäre mit erheblichen Gefahren für den Zusammenhalt in der Rechtsgemeinschaft verbunden. Die Ausweitung von Mehrheitsentscheidungen hat indessen im Verfassungsentwurf nur in Maßen stattgefunden, die Option dazu ist immerhin mit der sogenannten Passerelle-Klausel des Art. I-24 VE (*jetzt Art. IV-444*) eröffnet.⁹⁵ **[*434]**

IV. Zusammenfassung und Schluss: Von der Rechtsgemeinschaft zur Präsidial-EU?

Unmittelbar ergeben sich aus dem Konventsentwurf kaum Veränderungen für die Rolle des EuGH als (einem der) Hüter der europäischen Verfassung. Dies gilt auch für das von der Debatte um eine Grundrechtsbeschwerde übrig gebliebene Mehr an Individualrechtsschutz in Art. III-270 VE (*jetzt Art. III-365*). Positiv dürften sich die Aufhebung der Säulenstruktur und die Angleichung der Rechtsformen auswirken, die justizfreie Räume insgesamt verringern werden.

⁹³ Spätestens hier kommt eine weitere - britische - Antwort auf die Frage nach dem Hüter der Verfassung in den Blick, die auf den politischen Prozess vertraut und verweist. S. in diesem Zusammenhang und zur Debatte um das Grundverständnis der britischen Verfassung als politische Verfassung die Beiträge in *Nicholas Bamforth, Peter Leyland* (Hrsg.), *Public Law in a Multi-Layered Constitution*, 2003.

⁹⁴ S. dazu *Mayer* (o. Fn. 57).

⁹⁵ Krit. dazu *Peter M. Huber*, *Das institutionelle Gleichgewicht zwischen Rat und Europäischem Parlament in der künftigen Verfassung für Europa*, *Europarecht* 2003, S. 574.

Offen ist indessen, wie Veränderungen im institutionellen Gefüge, die die Rolle der Kommission schwächen, auf den EuGH rückwirken. Die Verschiebungen im institutionellen Gefüge sind in ihren Folgen derzeit noch nicht prognostizierbar. Dies hängt nicht nur damit zusammen, dass die Entscheidungen der Regierungskonferenz über das institutionelle System in ihren Folgen nicht ohne weiteres überschaubar sind.

Vielmehr deuten die eingangs skizzierten deutschen und französischen Erfahrungen auf einen vielleicht viel wichtigeren Aspekt, der sich in besonderem Maße einer Vorhersage entzieht: die handelnden Personen. So wie in der Weimarer Zeit mit dem Reichspräsidenten Hindenburg und für die V. Republik ab 1958 mit dem Staatspräsidenten de Gaulle spezifische Persönlichkeitszüge die jeweilige Entwicklung erklären helfen, so kann auch auf europäischer Ebene – wie bereits in der Vergangenheit das Beispiel des Kommissionspräsidenten Delors gezeigt hat – die eine Funktion ausfüllende Persönlichkeit diese Funktion ab- oder aufwerten. Zu wünschen bleibt gleichwohl, dass die institutionellen Reformen zu einem Ergebnis gelangt sind, bei dem man nicht allein der Hoffnung auf die europaverfassungstreue politische Persönlichkeit überlassen bleibt.

Jedenfalls aus deutscher Sicht bleibt es dabei, dass, wenn Verfassungsgarantie bedeutet, „der Ausübung der Macht rechtliche Schranken zu setzen“,⁹⁶ die Frage nach dem Hüter oder den Hütern der europäischen Verfassung beharrlich weiter gestellt werden muss.

Who should be the guardian of the European constitution?

Summary

The question of who is to be the guardian of the constitution has been answered differently in Germany and France. In Germany, the Weimar debate between Carl Schmitt, Hans Kelsen and others on whether the President or a Constitutional Court should be that guardian was settled by the constitution of 1949. After the 1933 failure of the President to defend the constitution, the [*435] decision to establish a Constitutional Court was only too natural. In France, there is a totally different tradition, which does not rely on a constitutional court. The institutional setting of the Fifth Republic and the wording of the constitution mark the French president as the defender of the constitution.

⁹⁶ Kelsen (o. Fn. 10), S. 1874.

As regards the EU, both the German and the French approach can be traced in the constitutional order of the EU: the role of the ECJ reflects the German view, the role of the Commission the French one. Of course, the question as to 'who should be the guardian of the European *constitution*', presupposes a certain idea of 'European constitution'. As for the 'Draft Treaty establishing a Constitution for Europe' elaborated by the European Convention and the ensuing IGC, one will note that the modifications suggested are relatively minor. They slightly improve direct access to the European courts in the case of acts that directly concern an individual but which do not entail implementing measures. But still some acts – legislative acts – are taken out of the ECJ's reach in proceedings engaged by individuals. The fact that the modifications suggested will enhance the control of the Commission's acts while it will privilege acts from the European Parliament and the Council is in line with the general tendency to weaken the Commission. More generally speaking, the way the institutional setting may turn out to have been modified by the new Constitution points to yet another guardian of the European constitutional order: the European Council. With its ever increasing powers and de facto-immunity from parliamentary and – under the Nice Treaty - judicial control, it increasingly assumes a role that resembles the role and the position of the French President of the Fifth Republic. One consequence of such a development could be that guarding the European constitution could more and more belong to the political realm, thus weakening the nature of the European Union as a community of law, implying a shift from a legalistic to a political constitution. Nevertheless, if it is true that constitutionalism is about setting legal limits to power (Hans Kelsen), then the question of who is to be the guardian of the European constitution will remain a crucial question in the future as well.

REDAKTIONELLE NOTIZEN

Dr. *Franz C. Mayer* LL.M., geb. 1968. Studium der Rechtswissenschaften, Politikwissenschaften und der Neueren Geschichte in Bonn und München sowie am Institut d'Etudes Politiques de Paris und der Yale Law School. 1991 CEP IEP Paris, 1994 1. Juristische Staatsprüfung München, 1995 LL.M. Yale, 1997 2. Juristische Staatsprüfung Berlin, 1999 Promotion LMU München (Prof. Dr. Bruno Simma); 1994-1995 Assistent Prof. J.H.H. Weiler, 2000 Visiting Researcher Harvard Law School. Wiss. Assistent Humboldt-Universität zu Berlin (Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, Prof. Dr. Ingolf Pernice).