



**Walter Hallstein-Institut**  
für Europäisches Verfassungsrecht

**Humboldt-Universität zu Berlin**

WHI - Paper 8/08

# **Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes**

Ingolf Pernice



Veröffentlicht in:

Christian Calliess (Hrsg.),  
Verfassungswandel im europäischen  
Staaten- und Verfassungsverbund.  
Göttinger Gespräche zum deutschen  
und europäischen Verfassungsrecht,  
2007, S. 61-92

# THEORIE UND PRAXIS DES EUROPÄISCHEN VERFASSUNGSVERBUNDES

von

Ingolf Pernice, Berlin\*

<b>I. Einleitung</b> .....	<b>2</b>
<b>II. Elemente des Begriffs Verfassungsverbund</b> .....	<b>3</b>
<b>1. Europa vom Bürger her denken</b> .....	<b>4</b>
a. Postnationaler Verfassungsbegriff und europäisches Primärrecht.....	4
b. Kontraktualistischer Ansatz: Das „Sich-Vertragen“ .....	5
c. Die Bürgerinnen und Bürger als Legitimationssubjekte und Betroffene .....	7
<b>2. Die Einheit des zusammengesetzten Systems</b> .....	<b>7</b>
a. Mutation des nationalen (Verfassungs-)Rechts.....	8
b. Einflüsse der nationalen auf die europäische Rechtsebene .....	9
c. Horizontale Dimension des europäischen Verfassungsverbundes .....	9
<b>3. Staaten- und Verfassungsverbund</b> .....	<b>10</b>
<b>III. Gegenmodelle und Einwände</b> .....	<b>11</b>
<b>1. Einwände gegen den zugrunde gelegten Verfassungsbegriff</b> .....	<b>11</b>
a. Verfassung ohne Volk ? .....	11
b. Verfassung ohne Pathos? .....	13
c. Verfassung ohne Staat? .....	14
d. De-Legitimation der nationalen Verfassungen? .....	15
<b>2. Rechtstheorie oder die Suche nach der Grundnorm</b> .....	<b>16</b>
a. Der Ansatz der Kritik: Rechtsordnungspluralismus und Grundnorm .....	17
b. Die Grundnorm im europäischen Kontext.....	18
c. Nationales und europäisches Verfassungsrecht .....	19
<b>IV. Der Verfassungsverbund: Erklärungswert und Implikationen</b> .....	<b>22</b>
<b>1. Selbst-Bewusstsein: Multiple Identität der Bürger</b> .....	<b>22</b>
<b>2. Originäre Geltung des Rechts und Vorrang ohne Hierarchie</b> .....	<b>23</b>
<b>3. Vollzug des Gemeinschaftsrechts und Bindung an Gesetz und Recht</b> .....	<b>24</b>
<b>4. Kooperationsverhältnis der Gerichte</b> .....	<b>25</b>
<b>V. Ausblick: Verfassungsverbund und Verfassungsvertrag</b> .....	<b>28</b>

---

\* Prof. Dr. jur., Lehrstuhl für öffentliches Recht, Völker- und Europarecht der Humboldt-Universität zu Berlin, geschäftsführender Direktor des Walter Hallstein-Instituts für Europäisches Verfassungsrecht der Humboldt-Universität zu Berlin ([www.whi-berlin.de](http://www.whi-berlin.de)). Meinem wiss. Mitarbeiter Matthias Wendel danke ich sehr herzlich für seine wertvolle Unterstützung. Beitrag veröffentlicht in: Christian Calliess (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, 2007, S. 61-92.

## I. Einleitung

Über die Zukunft des Vertrages über eine Verfassung für Europa<sup>1</sup> nachzudenken,<sup>2</sup> heißt notwendig auch über die Verfassungen der einzelnen Mitgliedstaaten nachzudenken. Europäische und nationale Rechtsebene sind eng miteinander verflochten und aufeinander bezogen. Dies illustrieren nicht zuletzt die jüngsten Entscheidungen nationaler Verfassungsgerichte, die u.a. zur Ratifikation des Verfassungsvertrages ergingen und die Verknüpfung nationaler Verfassungsregime mit dem europäischen Primärrecht in den Blick nehmen. Ein Beispiel ist die Entscheidung des spanischen Verfassungsgerichts vom 13. Dezember 2004, in der der spanischen Integrationsklausel (Art. 93) die Funktion eines „Scharniers“ zwischen europäischer und spanischer Rechtsordnung beigemessen wird.<sup>3</sup> Der polnische Verfassungsgerichtshof spricht in seinem Urteil vom 11. Mai 2005, das im Zusammenhang mit dem Beitrittsvertrag erging, von einem „Wechselverhältnis“ zwischen innerstaatlichem und gemeinschaftlichem Rechtssystem.<sup>4</sup> Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1993 bestätigt die Offenheit des Grundgesetzes für Bindungen „in dem „engeren Rechtsverbund einer zwischenstaatlichen Gemeinschaft“.<sup>5</sup>

Die spezifischen Charakteristika dieser „Verbundenheit“ von nationalen Verfassungen und europäischem Primärrecht als einem integrierten Rechtssystem, dessen Legitimationssubjekte, also Ausgangspunkt und zugleich Adressaten die Bürgerinnen und Bürger der Union sind, suche ich seit 1995 – damals zunächst unter dem Blickwinkel der Bestands- und Identitätssicherung des Verfassungsstaates durch seine

---

<sup>1</sup> Der Text ist veröffentlicht im ABl. 2004 C 310 v. 16.12.2004 S. 1 ff., <http://eur-lex.europa.eu/JOHtml.do?textfield2=310&year=2004&Submit=Suche&serie=C>. S. zur Kommentierung bereits: C. Berg/G. K. Kampfer (Hrsg.), *Verfassung für Europa. Der Taschenkommentar für Bürgerinnen und Bürger*, 2. Aufl. 2005; T. v. Danwitz/J. Rossetto (Hrsg.), *Eine Verfassung für die Europäische Union*, 2004; W. Weidenfeld (Hrsg.), *Die Europäische Verfassung in der Analyse*, 2005; L. Bourgogue-Larsen/A. Levade/F. Picot, *La Constitution Européenne expliquée au citoyen*, 2005; M. Möstl, *Verfassung für Europa, Einführung und Kommentierung mit vollständigem Vertragstext*, 2005; V. Constantinesco/Y. Gautier/V. Michel (ed.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, 2005; K. Beckmann/J. Dieringer/U. Hufeld (Hrsg.): *Eine Verfassung für Europa*, 2. Aufl. 2005. W. Weidenfeld, *Die Europäische Verfassung verstehen*, 2006.

<sup>2</sup> Vgl. zum sogenannten „Plan D für Demokratie, Dialog und Diskussion“ der Kommission, [http://europa.eu.int/germany/pdf/Plan\\_D\\_DE\\_KOM\\_13102005.pdf](http://europa.eu.int/germany/pdf/Plan_D_DE_KOM_13102005.pdf).

<sup>3</sup> Urteil des Tribunal Constitucional, Erklärung DTC 1/2004 v. 13. Dez. 2004, nach der Übersetzung von A. C. Becker, *EuR* 2005, S. 339 (345); Kernaussage des Urteils ist die Vereinbarkeit – und damit die fehlende Notwendigkeit einer Änderung – der spanischen Verfassung mit den Bestimmungen des Vertrages über eine Verfassung für Europa. Vgl. dazu auch A. C. Becker, *Vorrang versus Vorherrschaft – Anmerkung zum Urteil des spanischen Tribunal Constitucional DTC 1/2004*, *EuR* 2005, S. 353 (355).

<sup>4</sup> Urteil des polnischen Verfassungsgerichtshofs vom 11.5.2005, K 18/04, 13. Zitat aus der nicht-offiziellen Zusammenfassung des Urteils, Ziff. 13 im Internet abrufbar unter: [http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K\\_18\\_04\\_DE.pdf](http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/documents/K_18_04_DE.pdf). Das Urteil ist auch abgedruckt in B. Banskiewicz (Hrsg.), *Entscheidungen des Verfassungsgerichtshofes der Republik Polen seit dem Inkrafttreten der neuen Verfassung bis zum Urteil über die EU-Mitgliedschaft (1997-2005)*, 2006, S. 309 ff.

<sup>5</sup> BVerfGE 89, 155 (183) – *Maastricht*.

überstaatliche Einbindung – mit dem Begriff des „europäischen Verfassungsverbundes“ zu beschreiben.<sup>6</sup>

Zentrale Elemente des Begriffs Verfassungsverbund sind das Denken vom Bürger her und die materiale Einheit des zusammengesetzten Rechtssystems (dazu II.). Gegenmodellen und kritischen Einwänden von Seiten der Staatslehre und auch der Rechtstheorie ist dabei auf der Basis eines post-nationalen Verfassungsbegriffs zu begegnen (dazu III.). Entscheidend sind nicht nur der Erklärungswert für das Verständnis der europäischen Konstruktion, sondern auch die allgemeinen rechtlichen Implikationen des Konzepts für die Praxis (dazu IV.). Auf der Basis des vorgeschlagenen können auch die wirkliche Bedeutung des Beitritts neuer Mitgliedstaaten zur EU und der Inkraftsetzung des Vertrags über eine Verfassung für Europa angemessener erfasst werden (dazu V.).

## II. Elemente des Begriffs Verfassungsverbund

Das Konzept des Verfassungsverbundes setzt beim Einzelnen, bei den Bürgerinnen und Bürgern der Union an (dazu 1.). So gesehen ist die europäische Verfassung ein Mehrebenensystem, verfasst und strukturiert von den jeweils Betroffenen gemäß unterschiedlich umfassenden Aufgabenstellungen im Sinne des „multilevel constitutionalism“.<sup>7</sup> Ggf. regionale, nationale und europäische Verfassungsebenen verbinden sich in ihrem Aufeinander-Angewiesensein zu einem einheitlichen System. Europäisches, nationales und ggf. regionales (Länder-) Verfassungsrecht bilden im Europäischen Verfassungsverbund eine materielle Einheit, ein zusammengesetztes Verfas-

<sup>6</sup> Grundlegend: *I. Pernice*, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: R. Bieber/P. Widmer (Hrsg.), *L'espace constitutionnel européen. Der europäische Verfassungsraum. The European constitutional area*, 1995, S. 225 (261 ff.), sowie *ders.*, Die Dritte Gewalt im Europäischen Verfassungsverbund, *EuR* 1996, S. 27 ff., weitere Nachw. bei *ders.* in: H. Dreier (Hrsg.), *Grundgesetz Kommentar*, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 17 mit Fn. 104. Fortentwickelt jetzt: *ders.*, Die horizontale Dimension des europäischen Verfassungsverbundes – Europäische Justizpolitik im Lichte von Pupino und Darkazanli, in: FS Jürgen Meyer, 2006, S. 359 (369 ff.); Kritisch insbesondere *M. Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, in: FS Blomeyer, 2004, S. 638 ff.

<sup>7</sup> Erstmals *Ingolf Pernice*, Constitutional Law Implications for a State Participating in a Process of Regional Integration. German Constitution and „Multilevel Constitutionalism“, in: E. Riedel (ed.), *German Reports on Public Law Presented to the XV. International Congress on Comparative Law*, 1998, S. 40 (43 ff.). Den Begriff „multilevel constitutionalism“ verdanke ich meinem Mitarbeiter *F.C. Mayer*. Vgl. auch näher *Ingolf Pernice*, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited, *CMLRev.* 36 (1999), 703 ff., [www.whi-berlin.de/pernice-cmlrev.htm](http://www.whi-berlin.de/pernice-cmlrev.htm); dem folgend: *J. Shaw*, Law of the European Union, 3. Aufl. 2000, S. 168, 179 ff.; in der Ausdehnung auf die internationale Ebene: *C.U. Schmid*, Multi-Level Constitutionalism and Constitutional Conflicts, Ph.D. Thesis EUI, Florenz 2001, S.19 f., sowie Teil III (S. 215 ff.); zustimmend *G.F. Schuppert*, Anforderungen an eine Europäische Verfassung, in: Klingemann/Neidhardt, *Zur Zukunft der Demokratie. Herausforderungen im Zeitalter der Globalisierung*, 2000, 237, 256 ff.; *M. Atripaldi*, Parlamentarismo et democrazia in Europa. Riforma delle istituzioni e „Multilevel Constitutionalism“, *Diritti e Cultura IX* (1999), 199 (209 ff.). Weiter, zur gegenwärtigen Reform der Verträge durch den Konvent *J. Bridge*, The United Kingdom Constitution: Autochthonous or European?, in: FS Thomas Fleiner, 2003, S. 293 (300): „Thus, the texts of the existing Treaties can be fairly described as the constitution of the EU and the Court of Justice as constitutional court. The UK, as a member of the EU, is consequently party to a process of multilevel constitutionalism...“. Vgl. auch *S. Dellavalle*, Una Costituzione senza popolo? La costituzione europea alla luce delle concezioni del popolo come „potere costituente“, 2002, S. 276 ff.; *I. Gutiérrez Gutiérrez*, Un orden jurídico para Alemania y Europa, *Teoría y Realidad Constitucional 3* (1999), 215, 218; weiterführend: *J. Luther*, The Union, States and Regions: How do we Develop Multilevel Rights and Multilevel Democracy?, in: U. Morelli (Hrsg.), *A Constitution for the European Union*, 2005, S. 113; *P. Bilancia /F.G. Pizzetti*, Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello, 2004. *C. Grabenwarter*, National Constitutional Law Relating to the European Union, in: A.v. Bogdandy (Hrsg.), *Principles of European Constitutional Law*, 2006, S. 97 (144). Dass der Begriff über die deutsche Verfassungsrechtslehre „kaum Verbreitung gefunden“ habe (so *Jestaedt*, Verfassungsverbund (Fn. 6), S. 645, dürfte nur bedingt zutreffen.

sungssystem (dazu 2.).<sup>8</sup> Betrachtet wird hierbei die rechtliche Seite des politischen Gemeinwesens, das *Armin von Bogdandy* treffend als „supranationale Union“, später als „supranationale Föderation“ bezeichnet,<sup>9</sup> die auf den Mitgliedstaaten aufbaut, diese integriert. Wenn *Christian Calliess* die Europäische Union als „Staaten- und Verfassungsverbund“ bezeichnet,<sup>10</sup> so kann ich dem insoweit folgen, als der Begriff diese zwei Seiten zu umfassen sucht (dazu 3.).

## **1. Europa vom Bürger her denken**

Von einem postnationalen Verfassungsbegriff ausgehend (dazu a.) basiert das Konzept des Verfassungsverbundes auf einem kontraktualistischen Ansatz (dazu b.). Legitimationssubjekte und gleichermaßen Betroffene der komplementär sich entwickelnden Rechts- bzw. Verfassungsordnung sind die auf den verschiedenen Ebenen in der jeweiligen politischen Gemeinschaft organisierten Bürgerinnen und Bürger (dazu c.).

### **a. Postnationaler Verfassungsbegriff und europäisches Primärrecht**

Die Klärung des Verhältnisses von europäischer und nationaler Rechtsebene hängt wesentlich vom Verständnis der Qualität und Normativität des europäischen Primärrechts ab. Seit 1986 bezeichnet der EuGH den Vertrag als die „Verfassungsurkunde der Gemeinschaft“<sup>11</sup> und stuft die Frage der Zuständigkeit der EG, der EMRK beizutreten, als Frage „von verfassungsrechtlicher Dimension“ ein; ein Beitritt der EG zur EMRK bedürfe einer vorausgehenden Änderung der Verträge, also einer Verfassungsänderung.<sup>12</sup> Die Literatur folgt der Einstufung des Primärrechts der EG/EU als Verfassungsrecht in zunehmendem Umfang.<sup>13</sup> Dabei ist weithin anerkannt, wenn auch nicht unumstritten, dass der Verfassungsbegriff ebenso einem Wandel unterliegt, wie die Funktion des Staates; er ist an neue Bedingungen und Herausforderungen des politischen Systems anzupassen.<sup>14</sup> Um diesen Begriffs- und Funktionswandel in der „postnationalen Konstellation“ (*Habermas*) deutlich zu machen, spreche ich

<sup>8</sup> *Ingolf Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001) S. 148 (172 ff.).

<sup>9</sup> *Armin von Bogdandy*, Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus: Entstaatlichung und Vergemeinschaftung in staatsrechtlicher Perspektive, *Integration* 1993, 210 ff.; *ders.*, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform. Zur Gestalt der Europäischen Union nach Amsterdam, 1999, S. 67.

<sup>10</sup> Vgl. zuletzt: *Christian Calliess*, in: *ders./Matthias Ruffert* (Hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union. Kommentar der Grundlagenbestimmungen*, 2006, Art. I-1 Rn. 11 ff., 22 ff., mwN.

<sup>11</sup> EuGHE 1986, 1339, Rn. 23– *Les Verts*, ähnl. Gutachten 1/91, EuGHE 1991, I-6079, Rn. 21 – *EWR I*.

<sup>12</sup> Gutachten 2/94, EuGHE 1996, I-1763, Rn. 35 – *EMRK-Beitritt*.

<sup>13</sup> S. nur *M. Zuleeg*, Die Verfassung der Europäischen Gemeinschaft in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, *BB* 1994, S. 581 ff.; *R. Steinberg*, Grundgesetz und Europäische Verfassung, *ZRP* 1999, S. 365 ff.; *G. C. Rodríguez Iglesias*, Zur „Verfassung“ der Europäischen Gemeinschaft, *EuGRZ* 1996, S. 125 ff. Ausführlich: *A. Peters*, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 29 ff.; weitere Nachw. bei *Jestaedt*, *Verfassungsverbund* (Fn. 6), S.639 ff.

<sup>14</sup> *D. Grimm*, Der Wandel der Staatsaufgaben und die Zukunft der Verfassung, in: *ders.*, *Staatsaufgaben*, 1994, S. 613 ff. Zu den Grundpositionen der Verfassungsdiskussion vgl. *C. Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: *A. v. Bogdandy*, *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 1 ff.; weitergehend *G. Teubner*, *Globale Zivilverfassungen – Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, *ZaöRV* 63, 2003, S. 1 ff.

vom „postnationalen“ Verfassungsbegriff.<sup>15</sup> Er ist funktional bestimmt: Durch die Verfassung definiert sich eine auf einem Gebiet ansässige Menschengruppe als Bürger oder Volk<sup>16</sup> eines auf vereinbarte Werte gegründeten Gemeinwesens, schafft sich Organe, Verfahren etc. zur Erfüllung bestimmter oder nach den vorgesehenen Verfahren zu bestimmender Zwecke und macht sich damit zugleich – selbstreflexiv – zum Träger des *pouvoir constituant*: „Erst der Prozess der gemeinsamen Verfassungsgebung erzeugt“, so drückt es *U.K. Preuß* treffend aus, „was die Verfassung voraussetzt, nämlich sich wechselseitig als Gleiche anerkennende ‚citizens‘“.<sup>17</sup>

Mit diesem Verfassungsbegriff wird es möglich, die Verfasstheit der Europäischen Union als politische Gemeinschaft der sich als Unionsbürger definierenden Bürgerinnen und Bürger der Mitgliedstaaten zu thematisieren, ohne dass damit Staatlichkeit impliziert wird. Die europäischen Verträge konstituieren, legitimieren, organisieren und begrenzen öffentliche Gewalt im Verhältnis der Organe zueinander und auch unmittelbar gegenüber dem Einzelnen und erfüllen daher die wesentlichen Funktionen, die einer Verfassung zukommen.<sup>18</sup> Der „postnationale“ Verfassungsbegriff lässt die alleinige Bezogenheit der Verfassung auf den Nationalstaat ebenso hinter sich, wie die Vorstellung, dass eine Verfassung umfassend und ausschließlich die Beziehungen zwischen Individuum und öffentlicher Gewalt regelt. Diese Vorstellung passt schon für den Bundesstaat nicht, sie verliert gegenüber der supranationalen Union, die mit eigenen Hoheitsrechten ausgestattet ist, gänzlich ihre Berechtigung.

### **b. Kontraktualistischer Ansatz: Das „Sich-Vertragen“**

Unter den Bedingungen, die die jeweiligen innerstaatlichen Integrationsklauseln festlegen, sind es also die Bürgerinnen und Bürger der Mitgliedstaaten, die durch sukzessive Vertragswerke supranationale Hoheitsgewalt konstituieren. Die europäischen

---

<sup>15</sup> Ausführlich hierzu *I. Pernice*, Verfassungsrecht (Fn. 8), S. 155 ff.; mit einer allgemeineren Bedeutung vgl. schon *J. Shaw*, Postnational Constitutionalism in the European Union, *Journal of European Public Policy* 6 (1999), S. 579 ff.; s. jetzt auch *U. Liebert*, Postnational Constitutionalisation in the New Europe: Preconditions, Procedures, Legitimacy and Prospects, in: dies./J. Falke, Postnational Constitutionalisation in the New Europe. Postnationaler Verfassungsprozess im neuen Europa, 2006, S. 13 ff.

<sup>16</sup> Vgl. *J. Habermas*, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation. Politische Essays, 1998, S. 99: „In den Grenzen des Territorialstaats konstituiert sich einerseits das Staatsvolk als potentielles Subjekt einer Selbstgesetzgebung demokratisch vereinigter Bürger, andererseits die Gesellschaft als das potentielle Objekt ihrer Einwirkung“. S. schon *E. Sieyès*, Reconnaissance et exposition raisonnée des droits de l'homme et du citoyen, in: ders., *Ecrits politiques*, S. 198: „La constitution d'un peuple n'est et ne peut être que la constitution de son gouvernement, et du pouvoir chargé de donner des lois, tant au peuple qu'au gouvernement... ce n'est point la Nation qu'on constitue, c'est son établissement public. La Nation est l'ensemble des associés ...“. Zum Verfassungskonzept des „new constitutionalism“ in diesem Sinne *U.K. Preuß*, Einleitung: Der Begriff der Verfassung und ihre Beziehung zur Politik, in: ders. (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung. Die Ordnung des Politischen, 1994, S. 7, 27 ff. Der Einwand von *E.-W. Böckenförde*, Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungstheorie und Rechtsphilosophie, 1999, S. 136 f., dass wegen der schon vorausgesetzten Einheit Volk hierin ein Zirkelschluss liege, trägt nicht, wenn man auf den rechtlichen Akt der Verfassung abstellt.

<sup>17</sup> *U.K. Preuß*, Begriff der Verfassung (Fn. 16), S. 29. Krit. *O. Beaud*, Propos sceptiques sur la légitimité d'un référendum européen ou plaidoyer pour plus de réalisme constitutionnel, in: A. Auer/J.-F. Flauss (Hrsg.), Le référendum européen, 1997, S. 155: Diese Überlegungen „relèvent plus du projet de la société que du droit positif“ - aber was ist das positive Recht?, zur EU ebd. S. 158 f.: vor allem fehle es am pouvoir constituant, womit *Beaud* an Grimms Feststellung anschließt, dass es kein europäisches Volk gebe.

<sup>18</sup> Vgl. dazu ausführlich: *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, *VVDStRL* 60 (2001) S. 148 (163 ff.).

Verträge sind somit gleichsam Ausdruck eines europäischen *contrat social*.<sup>19</sup> Verfassung ist dabei nicht als statisches Konzept, sondern vielmehr als öffentlicher Prozess zu begreifen, in den Worten *Peter Häberle* als ein „immer neues Sich-Vertragen und sich Ertragen aller Bürger.“<sup>20</sup> In der europäischen Union dokumentieren die europäischen Verträge den Willen der Bürgerinnen und Bürger, sich nach Maßgabe der vereinbarten Bestimmungen und Verfahren (immer neu) über das, was das gemeinsame Wohl sein soll, zu verständigen, zu „vertragen“. Darin liegt zugleich das demokratische Anliegen eines *ownership taking*.

In der Subjektstellung der Bürger liegt der entscheidende Unterschied des hier vorgeschlagenen Konzepts zum Begriff des Verfassungsverbundes, wie *Peter M. Huber* ihn versteht<sup>21</sup>, vielleicht der Paradigmenwechsel, der mit dem neuen Konzept intendiert ist und die Kritik der traditionellen Lehre provoziert: Hoheitsrechte werden durch die Verträge nicht von den Staaten auf die Union „übertragen“<sup>22</sup>, die Geltung des europäischen Rechts im innerstaatlichen Bereich ist nicht jeweils von der nationalen Verfassung abgeleitet. Sondern die öffentliche Gewalt auf supranationaler Ebene wird von den Bürgern jedes Mitgliedstaats gemeinsam mit denjenigen der anderen Mitgliedstaaten durch Vertrag originär konstituiert und den geschaffenen Institutionen anvertraut,<sup>23</sup> die Geltung des europäischen Rechts beruht auf dem Vertrag, der durch die zuständigen, die jeweiligen Bürgerinnen und Bürger repräsentierenden staatlichen Organe gemäß dem einschlägigen nationalen Verfassungsrecht geschlossen wird. Die nationalen Integrationsklauseln, wie Art. 23 I GG, legen sowohl die Öffnung der Verfassung für diese Integration als auch ihre Bedingungen fest.

Im Gegensatz zur Wendung des „Staatenverbundes“<sup>24</sup> soll der Begriff des „Verfassungsverbunds“ darüber hinaus aber auch das Verständnis der europäischen Union als „Rechtsgemeinschaft“<sup>25</sup> und damit die fundamentale Bedeutung des Rechts für die Konstituierung und Funktionsfähigkeit der europäischen Union unterstreichen. Mit den Worten von *Walter Hallstein* ist die Gemeinschaft

---

<sup>19</sup> Ders., Verfassungsrecht (Fn. 18), S. 167.

<sup>20</sup> P. Häberle, Europa – Eine Verfassungsgemeinschaft?, in: ders. (Hrsg.), Europäische Verfassung in Einzelstudien, 1999, S. 85 (90). Vgl. auch I. Pernice, Verfassungsrecht (Fn. 18), S. 161 f.

<sup>21</sup> Peter M. Huber, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. S. 199 ff., 214 ff., 219 ff.

<sup>22</sup> So aber, überspitzt: Thomas Flint, Die Übertragung von Hoheitsrechten. Zur Auslegung der Art. 23 Abs. 1 Satz 2 und Art. 24 Abs. 1 GG, 1998, S. 112 ff., 135, der im Übertragungsakt nach Art. 23 I, 24 I GG eine dem Zivilrecht analoge Abtretung sieht: „Unter Übertragung von Hoheitsrechten ist die Übertragung von Hoheitsrechten, d.h. ihre Abtretung zu verstehen“.

<sup>23</sup> Dies im Sinne von A. Hamilton/J. Madison/J. Jay, The Federalist Papers (1787/88), Federalist No. 46: „The federal and state Governments are in fact but different agents and trustees of the people, instituted with different powers, and designated for different purposes“.

<sup>24</sup> BVerfGE 89, 155 (190) – Maastricht, vgl. auch P. Kirchhof, Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration, in: HStR VII, 1. Aufl. 1992, § 183 Rn. 38, 50 ff. 69.

<sup>25</sup> W. Hallstein, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 48.

„eine Schöpfung des Rechts. Das ist das entscheidend Neue, was sie gegenüber früheren Versuchen auszeichnet, Europa zu einigen. Nicht Gewalt, nicht Unterwerfung ist als Mittel eingesetzt, sondern eine geistige, eine kulturelle Kraft, das Recht“.<sup>26</sup>

Dass der Verfassungsverbund der Europäischen Union als Rechtsgemeinschaft konzipiert ist, auf Freiwilligkeit der Mitgliedschaft beruht und „zwanglos“ funktioniert, ist die Grundlage für ihre Existenz, ihr Funktionieren und für das Vertrauen, das die Bürger mit ihren Staaten Europa als politischer Gemeinschaft entgegenbringen.

### **c. Die Bürgerinnen und Bürger als Legitimationssubjekte und Betroffene**

Damit wird zugleich ein weiteres zentrales Element des Verfassungsverbundes deutlich: Tatsächlich legitimiert sich – bei Vertragsschluss wie bei der Ausübung der europäischen Kompetenzen – das europäische Recht von den Bürgerinnen und Bürgern der Mitgliedstaaten her, von denselben Bürgern, von denen sich im Rahmen jeder innerstaatlichen Rechtsordnung die Legitimation des jeweiligen nationalen Rechts ableitet. Diese Zuweisung jeweils begrenzter Zuständigkeiten auf die verschiedenen Aktionsebenen politischer Verantwortung hat anlässlich der Debatten um die Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika 1787 schon *J. Madison* im *Federalist* no. 46 treffend beschrieben :<sup>27</sup>

“The federal and state Governments are in fact but different agents and trustees of the people, instituted with different powers, and designated for different purposes”.

Die Bürger sind damit Legitimationssubjekte, aber auch Adressaten zugleich ihres nationalen Rechts und der gemeinsamen europäischen Normen. Deshalb ist es verfassungstheoretisch möglich, von zwei auf dieselben Bürger bezogenen Rechts- bzw. Verfassungsebenen zu sprechen. Stuft man das Primärrecht als Verfassung ein, so erscheint es hinsichtlich der Verbindung von europäischer und nationaler Verfassungsebene angebracht, nicht nur von einem bloßen Rechtsverbund, sondern, spezifischer, vom europäischen Verfassungsverbund zu sprechen.

## **2. Die Einheit des zusammengesetzten Systems**

Nationale und europäische Verfassungsebene sind zwar formal voneinander zu unterscheiden, bilden jedoch eine materielle Einheit. Europäische und nationale Verfassungen stehen nebeneinander, aber sie ergänzen einander, als komplementäre, aufeinander bezogene Ordnungen. Zusammen genommen sind sie zu dem verbunden, was letztlich für den Bürger die „Europäische Verfassung“ ausmacht.<sup>28</sup> Die Verfassung der Europäischen Union baut auf die Verfassungen der Mitgliedstaaten auf. Sie ist für ihr Funktionieren auf diese und die innerstaatlichen Rechtsordnungen an-

---

<sup>26</sup> Ders., Bundesstaat (Fn. 25), S. 33.

<sup>27</sup> A. Hamilton/J. Madison/J. Jay, *The Federalist Papers* (1787/88), *Federalist* No. 46.

<sup>28</sup> Vgl. dazu *Bogdandy*, *Föderalismus* (Fn. 9), S. 13.



gewiesen. Beide Verfassungsebenen stehen in permanenter Wechselwirkung.<sup>29</sup> Der Gedanke des Verfassungsverbunds begründet die Offenheit der nationalen und supranationalen (Teil-)Verfassung für wechselseitige Einflüsse, die die materielle Einheit im Sinne der Konsistenz, Kohärenz und Stabilität der Gesamtordnung festigen. Das nationale Verfassungsrecht unterliegt den Einflüssen der europäischen Verfassungsebene (dazu a.), ebenso wie diese ihrerseits von den mitgliedstaatlichen Verfassungen geprägt und beeinflusst wird (dazu b.). Wechselwirkungen und Verknüpfungen auch horizontal zwischen den Mitgliedstaaten festigen den rechtlichen Zusammenhalt (dazu c.).

### **a. Mutation des nationalen (Verfassungs-)Rechts**

Die materielle Verbundenheit der Verfassungsebenen findet ihren Ausdruck bereits in den rechtlichen Auswirkungen der vertraglichen Gründung und Fortentwicklung der Europäischen Gemeinschaft auf das nationale Verfassungsrecht: Schon im „Eurocontrol“-Beschluss stellt das Bundesverfassungsgericht fest:

„Die Übertragung von Hoheitsrechten bewirkt einen Eingriff in und eine Veränderung der verfassungsrechtlich festgelegten Zuständigkeitsordnung und damit materiell eine Verfassungsänderung ... Das Gewicht dieser Momente gebietet es, den Gesetzesvorbehalt in Art. 24 Abs. 1 GG strikt auszulegen. Sein Sinn ist es, einen solchen Vorgang, der das Funktions- und Machtverteilungsgefüge, wie es im Grundgesetz angelegt ist, verändert, nur mit förmlicher Zustimmung des Gesetzgebers ‚durch Gesetz‘ zu gestatten, wenn schon eine förmliche Verfassungsänderung nach Art. 79 GG nicht gefordert ist ...“<sup>30</sup>

Folgerichtig fordert Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG, der im Zusammenhang mit der Gründung der Europäischen Union durch die Verfassungsänderung von 1992 eingefügt wurde, für Übertragungen von Hoheitsrechten auf die Europäische Union verfassungsändernde Mehrheiten und verweist auf die Grenzen des Art. 79 Abs. 3 GG. Auch jede Fortentwicklung des europäischen Primärrechts, ja sogar viele der sekundärrechtlichen Rechtsakte verändern unmittelbar Inhalt und Bedeutung des innerstaatlichen Rechts, einschließlich des Verfassungsrechts. Hierauf beruht die vielfach beschriebene Europäisierung des innerstaatlichen Rechts, die vom Verfassungs- und Verwaltungsrecht bis weit ins Privatrecht hineinreicht und neuerdings auch das Strafrecht erfasst. Die Erkenntnis dieser stillschweigenden Mutationsprozesse aufgrund impliziter Einwirkung des europäischen Rechts sind der Grund dafür, dass im Rahmen von Art. 23 I GG nicht auf die Klarstellungsklausel des Art. 79 Abs. 1 GG verwiesen werden kann.

---

<sup>29</sup> S. dazu näher J. Schwarze, in ders., Die Entstehung einer neuen Verfassungsordnung, 2000, S. 11, 13; C. Grabenwarter, Staatliches Unionsverfassungsrecht, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2003, S. 283 (297 ff, 332 f.).

<sup>30</sup> BVerfGE 58, 1 (36) – Eurocontrol.

## **b. Einflüsse der nationalen auf die europäische Rechtsebene**

Wesentliche Einflüsse sind im Gegenzug von der nationalen auf die europäische Verfassungsebene zu beobachten, auch und besonders im Bereich der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung. Ein wichtiges Beispiel ist die praetorische Entwicklung des Grundrechtsschutzes auf der europäischen Ebene durch den EuGH auf der Grundlage der „allgemeinen Rechtsgrundsätze“. Auf sie nimmt Art. 6 Abs. 2 EU seit dem Vertrag von Maastricht Bezug; mit der Charta der Grundrechte wurden sie jetzt konkretisiert bzw. „sichtbarer gemacht“.<sup>31</sup> Maßstab sind die verfassungsrechtlichen Überlieferungen der Mitgliedstaaten, aber auch die EMRK in der Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR). Im Urteil „Hauer“ etwa übernahm der EuGH wesentliche Elemente der deutschen Grundrechtsdogmatik, als er mögliche Beschränkungen von Eigentum und Berufsfreiheit am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit maß und den Wesensgehalt der Grundrechte für unantastbar erklärte.<sup>32</sup> Der Einfluss auch der EMRK wurde besonders deutlich bei der Definition des Schutzzumfangs des Rechts auf Unverletzlichkeit der Wohnung durch den EuGH. Zunächst hatte der EuGH Geschäftsräume nicht als geschützt betrachtet, diese restriktive Sicht hat er aber korrigiert, nachdem der EGMR später eine weitergreifende Auslegung des Grundrechts angenommen hatte.<sup>33</sup>

Auch bei der Entwicklung und Anwendung der rechtsstaatlichen Grundsätze etwa des Rückwirkungsverbots, des Vertrauensschutzes sowie der Verhältnismäßigkeit und bei den Grundsätzen des Verwaltungsrechts hat sich der Gerichtshof ganz wesentlich am innerstaatlichen Recht orientiert.<sup>34</sup> Was als Selbstverständlichkeit anmutet, ist doch auch in der Struktur der Europäischen Union als Verfassungsverbund normativ begründet.

## **c. Horizontale Dimension des europäischen Verfassungsverbundes**

Eine horizontale Dimension erhält der europäische Verfassungsverbund einerseits durch die europarechtlich gebotene gegenseitige Anerkennung etwa im Bereich des freien Warenverkehrs, der Hochschuldiplome sowie neuerdings gerichtlicher Entscheidungen.<sup>35</sup> Auf der anderen Seite stehen wechselseitige Beeinflussungen zwischen den nationalen Rechtsordnungen wie z.B. bei der Rezeption der Grundsätze des Maastricht-Urteils des Bundesverfassungsgerichts durch andere Verfassungsge-

---

<sup>31</sup> So die Präambel der Charta in Abs. 4. Zusammenfassend zuletzt: *J. Schwarze*, Der Schutz der Grundrechte durch den EuGH, in: NJW 2005, S. 3459 ff.

<sup>32</sup> EuGH, Slg. 1979, S. 3727 – *Hauer*, Rn. 23, 32.

<sup>33</sup> S. einerseits EuGH, Slg. 1989, S. 2859 Rn. 17 f. – *Hoechst*, und andererseits EuGH, Slg. 2002, S. I-9011 Rn. 29 – *Roquette Frères SA*, im Blick auf die zwischenzeitliche Rechtsprechung des EGMR in der Sache *Niemitz*.

<sup>34</sup> Vgl. insbes. *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 2005, S. 692 ff., 911 ff., 1379 ff.

<sup>35</sup> Vgl. näher *I. Pernice*, Die horizontale Dimension, (Fn. 6), S. 372 ff.; zu dieser Dimension s. schon v. *Bogdandy*, Föderalismus (Fn. 9), S. 19 ff., hinsichtlich der Zusammenarbeit der nationalen Behörden.

richte.<sup>36</sup> Auch der Vorbildcharakter der deutschen Grundrechtsdogmatik und insbesondere des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes<sup>37</sup> für andere Rechtsordnungen lässt diese horizontale Dimension hervortreten.<sup>38</sup>

Auf einfach-rechtlicher Ebene entwickelt sich diese horizontale Wechselbeziehung insbesondere im Bereich des Strafrechts, wie sich dies am Beispiel des europäischen Haftbefehls zeigen lässt.<sup>39</sup> Im Bereich des öffentlichen Rechts entwickeln sich Formen der Abhängigkeiten, der Kooperation und Netzwerke zwischen den nationalen Verwaltungen, die *Eberhard Schmidt-Aßmann* unter dem Begriff des europäischen Verwaltungsverbunds dogmatisch einfängt.<sup>40</sup>

Aus alledem folgt jedoch keine „Infragestellung der Autorität oder Geltung der jeweiligen Verfassung. Trotz formaler Autonomie der Rechtsebenen und -quellen lässt die Praxis das Recht jedoch inhaltlich Norm für Norm zusammenwachsen. *Peter Häberle* kennzeichnet das seit 1991 mit dem Begriff „gemeineuropäisches Verfassungsrecht“;<sup>41</sup> alle Rechtsbereiche erfassend könnte so schrittweise europäisches Gemeinrecht entstehen.

### **3. Staaten- und Verfassungsverbund**

Der Begriff des Verfassungsverbunds ist auf die rechtliche Struktur der Europäischen Union gerichtet, in ihm spiegelt sich die politische Form des Mehrebenensystems, dessen Angelpunkt die in der „supranationalen Föderation“<sup>42</sup> organisierten Mitgliedstaaten sind. Sie sind zT. nach innen föderal aufgegliedert, über ihren individuellen Wirkungsbereich hinaus aber in den föderalen Verbund eingegliedert.<sup>43</sup> Dass das Bundesverfassungsgericht insofern von Staatenverbund spricht,<sup>44</sup> ist nur deshalb zu

---

<sup>36</sup> S. hierzu unten IV. 4. Kooperationsverhältnis der Gerichte; vgl. auch *C. Grabenwarter*, Unionsverfassungsrecht, S. 283 (332 f.).

<sup>37</sup> *P. Häberle*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates, EuGRZ 2004, S. 117 (122).

<sup>38</sup> Zur wechselseitigen Einwirkung vgl. auch *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert*, Verfassung (Fn. 10), Art. I-1 Rn. 24.

<sup>39</sup> Vgl. *I. Pernice*, Die horizontale Dimension, (Fn. 6), S. 359 ff.

<sup>40</sup> *E. Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung, 2. Aufl. 2004, S. 393 f.; zum dogmatischen Ansatz weiterführend: *ders.*, Europäische Verwaltung zwischen Kooperation und Hierarchie, in: FS Steinberger, 2002, S. 1375 (1383); weiter *ders.*, Einleitung: Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des europäischen Verwaltungsrechts, in: *ders./Bettina Schöndorf-Haubold*, (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund. Formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU, 2005, S. 1 ff. Weiterführend, mit den Konsequenzen für den europäischen Regulierungsverbund s. *I. Pernice*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? Europarechtliche Aspekte, WHI-paper 3/2006, aufrufbar unter: <http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0306.pdf>, S. 40 ff.

<sup>41</sup> Grundlegend: *P. Häberle*, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, EuGRZ 1991, S. 261 ff.; weiterführend, unter Rückgriff auch auf die gemeinsamen Grundlagen der europäischen Rechtskultur: *ders.*, Europäische Verfassungslehre, 4. Aufl. 2006, S. 104 ff.; vgl. auch *I. Pernice*, Der Verfassungsentwurf als gemeineuropäisches Verfassungsrecht, in: *P. Brand/S. Huster/D. Tsatsos* (Hrsg.), Die Europäische Union als Verfassungsordnung, 2004, S. 111 ff.

<sup>42</sup> *V. Bogdandy*, Föderalismus (Fn. 9), S. 67.

<sup>43</sup> Vgl. schon *I. Pernice*, Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?, DVBl. 1993, 909 (923 f.): „doppelt föderal gestufte Staatlichkeit“ im Sinne einer geteilten Souveränität, in dessen Zentrum der Staat bleibt.

<sup>44</sup> BVerfGE 89, 155 (184) – *Maastricht*.

kritisieren, weil der Bürger als Legitimationssubjekt jeder, auch der supranationalen öffentlichen Gewalt, außerhalb des Blickfeldes bleibt. Wie in der Präambel und in Art. I-1 des Vertrags über eine Verfassung für Europa zum Ausdruck kommt, gründet sich die Union auf den Willen der Bürger und der Staaten, wobei letzteres freilich nichts anderes sein kann als der kollektiv gebündelte Wille der Bürger der Mitgliedstaaten je für sich. Als Terminus für die politische Struktur der Union jedenfalls steht der Begriff des Staatenverbundes dem rechtlichen Konzept des Verfassungsverbundes nicht entgegen. So verstanden können mit dem Begriff des Staaten- und Verfassungsverbunds (*Calliess*) durchaus treffend die zwei Seiten der Union bezeichnet werden: die politische und die (verfassungs-)rechtliche.

### III. Gegenmodelle und Einwände

Das Konzept des Europäischen Verfassungsverbunds ist nicht ohne Kritik geblieben. Die Einwände lassen sich in zwei Hauptlinien zusammenfassen. Eine erste Gruppe von Gegenargumenten betrifft den zugrunde gelegten Verfassungsbegriff (dazu 1.). Weitere Einwände wurden auf der Basis kelsenianischer Rechtstheorie insbesondere von *Matthias Jestaedt*<sup>45</sup> erhoben und betreffen die rechts- bzw. normtheoretische Fundierung des Konzepts (dazu 2.).

#### **1. Einwände gegen den zugrunde gelegten Verfassungsbegriff**

Im Blick auf den Verfassungsbegriff sind vier Stoßrichtungen der Kritik zu identifizieren. Hinsichtlich der Annahme des Verfassungscharakters heben die erste auf das fehlende europäische Volk ab (dazu a.), die zweite mehr auf den Mangel an emotionaler Basis und Pathos (dazu b.) und eine dritte auf das Element der Staatlichkeit (dazu c.). Die vierte Position schließlich sieht durch die Verwendung des Begriffs Verfassung die Geltung der mitgliedstaatlichen Verfassungen gefährdet (dazu d.).

#### **a. Verfassung ohne Volk ?**

*Dieter Grimm* betont seinerseits zwar zu recht, dass die Verträge tatsächlich die wesentlichen Funktionen von Verfassung erfüllen. Aber, so fährt er fort, es könne doch keine Verfassung sein, denn eine Verfassung gebe ein Volk sich selbst, während die europäische Verfassung den Bürgern von Dritten gegeben werde, von den Staaten.<sup>46</sup> Damit bleibt außer Acht, dass – wie eben festgestellt – in demokratischen Staaten stets die Bürgerinnen und Bürger Legitimationsgrund und -quelle sind.<sup>47</sup> Für sie handeln Regierungen und Parlamente, wenn sie europäische Verträge aushandeln bzw.

<sup>45</sup> *M. Jestaedt*, Verfassungsverbund (Fn. 6).

<sup>46</sup> *D. Grimm*, Braucht Europa eine Verfassung?, JZ 1995, S. 581 (584 ff.). Ausführlicher *ders.*, Europas Verfassung, in: G. F. Schuppert/I. Pernice/U. Haltern (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 177 (184 ff.).

<sup>47</sup> Krit. in diesem Sinne schon *I. Pernice*, Die Verfassungsfrage aus rechtswissenschaftlicher Sicht, in: T. Bruha/J. J. Hesse/C. Nowak (Hrsg.), Welche Verfassung für Europa? Erstes interdisziplinäres „Schwarzkopf-Kolloquium“ zur Verfassungsdebatte in der Europäischen Union, 2001, S. 19, 30.

ratifizieren, auf ihren – demokratisch gebildeten – Willen gründet sich auch die vertragliche Konstituierung von supranationaler Herrschaftsgewalt. Die Form des (völkerrechtlichen) Vertrags zwischen jeweils ihre Völker repräsentierenden staatlichen Organen ist eine durchaus mögliche Form supranationaler Verfassungsgebung,<sup>48</sup> selbst wenn sich ein Volk im klassischen Sinne dadurch gerade nicht definiert. Dass die Unionsbürger verschiedenen, sich über ihre Regierungen auch als solche politisch artikulierenden Völkern angehören, ist für die supranationale Union gerade typusprägend, unterscheidet sie vom Staat. Der Status und Begriff des Unionsbürgers ist seinerseits als funktionales Äquivalent hinreichender Ausdruck der gleichen und gemeinsamen Zugehörigkeit zu diesem supranationalen Gemeinwesen.<sup>49</sup> Die auf die europäischen Verträge, d.h. die Verfassung der Union gegründete Verbindung der Völker bzw. Bürgerinnen und Bürger der Mitgliedstaaten im gemeinsamen Status der Unionsbürgerschaft erscheint als angemessene Grundlage für eine übergreifende Gemeinschaft, die sich als solche für bestimmte Ziele und Aufgaben föderal konstituiert, ohne die Staatlichkeit und (verfassungs-)kulturelle Identität der Mitgliedstaaten in Frage zu stellen. Verfassung kann so durchaus ohne ein gemeinsames Volk im klassischen Sinne gedacht werden,<sup>50</sup> entscheidend kommt es auf die Legitimation anvertrauter öffentlicher Gewalt durch die Betroffenen an.

Dass es in der Union, wie *Johannes Masing* einwendet, an der gegenseitigen Anerkennung der Bürger „als gleich“ in dem für die französische Revolution tragenden Sinne fehlt<sup>51</sup>, ist hinsichtlich der Wahlrechtsgleichheit als Zugeständnis an die föderale Struktur der Union, die eben nicht Staat ist, hinzunehmen. Die Gleichheit aller Unionsbürger vor dem (europäischen) Gesetz ist im Übrigen auf Unionsebene nicht weniger gewährleistet als in den Mitgliedstaaten<sup>52</sup>. In der Union mag „das Volk“ nicht einheitlich „als ganzes“ vertreten sein, „Zwischengewalten“ treten auf, weithin mag „das Bezugsobjekt Europa als ganzes“ fehlen und sich eine „Renationalisierung der Legitimationszusammenhänge“ abzeichnen. Dem Konzept der Verfassung stehen all

---

<sup>48</sup> S. aber *D. Grimm*, Europas Verfassung (Fn. 46), S. 189, mit der feinsinnigen Unterscheidung, dass der Grundordnung der Europäischen Union „das demokratische Element“ fehle: „Sie ist nicht das Produkt der Selbstbestimmung der Unionsbürger über Zweck und Form ihrer politischen Einheit ...“, bei der Zustimmung der Mitgliedstaaten bzw. ihrer Parlamente bzw. durch Referenden handele es sich vielmehr „um die Entscheidung nationaler Staatsbürger oder ihrer Vertreter, ob der eigene Staat sich an der Staatengemeinschaft oder ihrer Fortentwicklung beteiligt, die aus einem nationalen, nicht einem europäischen Diskurs hervorgeht“.

<sup>49</sup> In diesem Sinne schon BVerfGE 93, 155 (184): Durch die „Unionsbürgerschaft wird zwischen den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten ein auf Dauer angelegtes rechtliches Band geknüpft, das zwar nicht eine der gemeinsamen Zugehörigkeit zu einem Staat vergleichbare Dichte besitzt, dem bestehenden Maß existentieller Gemeinsamkeit jedoch einen rechtlich verbindlichen Ausdruck verleiht“.

<sup>50</sup> Weiterführend insofern *A. Augustin*, Das Volk der Europäischen Union – Zu Inhalt und Kritik eines normativen Begriffs, 2000, S. 377 ff. (386 ff.), die den Volksbegriff – trotz der Anknüpfung vieler Verfassungen an das Volk und die Volkssouveränität – für den Demokratiebegriff und die verfassungsgebende Gewalt entbehrlich hält, weil Selbstbestimmung ohne Mediatisierung des einzelnen in einem Volk, das als Kollektiv handelt, auskomme und vielmehr direkt aus der Realisation der individuellen Freiheit folge: privat durch die Grundrechte und öffentlich durch die Einflussnahme auf den politischen Prozess und die gemeinsame Einigung aller Individuen.

<sup>51</sup> *Johannes Masing*, Diskussionsbeitrag zu „Europäisches und nationales Verfassungsrecht“ VVDStRL 60 (2001), S. 371 f

<sup>52</sup> Vgl. insbesondere Art. 18 II EU, Art. I-8 Abs. 2 sowie Art. II-20 EV; näher dazu *I. Pernice*, Der verfassungsrechtliche Status der Unionsbürger im Vorfeld des Vertrags über eine Verfassung für Europa, in: FS Rodriguez Iglesias, 2003, S. 177 (182-188).

diese möglichen Realitäten nicht entgegen, denn es thematisiert die Stellung des Bürgers als Legitimationssubjekt und damit Träger der Verantwortung (auch) für die Politik der Union in einem System, das föderal strukturiert und doch kein Staat ist. Der Bürger ist Legitimationssubjekt als Staatsbürger und als Unionsbürger zugleich, mittelbar durch seinen Staat und unmittelbar durch das europäische Parlament.

### **b. Verfassung ohne Pathos?**

Kritik an der Verwendung des Verfassungsbegriffs für das Primärrecht der Europäischen Union wird aber auch unter soziologisch-historischer Perspektive geäußert: Im Blick auf das „Verfassungsfieber“ zur Zeit der französischen Revolution erinnert *Hasso Hofmann* an die tiefe Bedeutung von „Verfassung“:

„Als Verheißung der Einrichtung souveräner menschlicher Selbstbestimmung hatte der Verfassungsbegriff den Charakter eines Zukunftsentwurfs, eines Plans, der Eröffnung eines neuen Zeitalters“.<sup>53</sup>

Es sei der „enthousiasmierende Pathos der Freiheit und der menschlichen Gleichheit“,<sup>54</sup> der diesen Begriff ausmache und bei der EU fehle.<sup>55</sup> In der Tat wird man in den fünfziger Jahren des letzten Jahrhunderts vergeblich nach einer Massenbewegung dieser Art für Europa suchen. Doch war nach den Katastrophen zweier Weltkriege in Europa die Suche nach einem neuen Modell politischer Ordnung als Grundlage für den Frieden wirklich weniger verzweifelt als die Sehnsucht der Menschen nach Freiheit gegenüber dem absoluten Herrscher? War der Vorschlag einer supranationalen Hoheitsgewalt, wie ihn *Jean Monnet* entwickelt hatte, weniger revolutionär gegenüber dem herrschenden westfälischen Ordnungsmodell, das so kläglich versagt hatte, weniger bedeutsam als der Übergang von der Fürsten- zur Volkssouveränität?

Der Enthusiasmus für Europa und seine Verfassung war und ist gewiss nicht überwältigend, schon der Ansatz einer supranationalen Verfassung ist abstrakt und seine Umsetzung eine höchst komplexe Aufgabe. Wie groß aber war der Enthusiasmus des deutschen Volkes seinerzeit für die Weimarer Verfassung oder später für das Grundgesetz? Und dass der Enthusiasmus der von der Sowjetherrschaft befreiten Völker Mittel- und Osteuropas für ihre neuen Verfassungen überwältigend gewesen wäre, ist auch schwer zu sagen. Gleichwohl bezeichnen wir diese Normwerke problemlos als Verfassungen.

---

<sup>53</sup> *H. Hofmann*, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung, JZ 1999, 1065 (1070).

<sup>54</sup> Ebd., S. 1069.

<sup>55</sup> Hierzu auch ausführlich *U. Haltern*, Europarecht und das Politische, 2005.

### c. *Verfassung ohne Staat?*

Ein verbreiteter Einwand schließlich ist die begriffliche Verknüpfung der Verfassung mit dem Staat, den sie voraussetze.<sup>56</sup> Doch diese Verknüpfung ist keinesfalls zwingend.<sup>57</sup> Zunehmend wird vertreten, dass es Verfassung auch ohne Staat geben könne.<sup>58</sup> Denn der Kern von Verfassung kann darin zu sehen sein, dass sie öffentliche Gewalt konstituiert, legitimiert, organisiert und zugleich im Verhältnis zu den Betroffenen begrenzt. Dies hat schon *Georg Jellinek* so gesehen, wenn er ausführt, dass „jeder dauernde Verband ... einer Ordnung (bedarf), der gemäß sein Wille gebildet und vollzogen, sein Bereich abgegrenzt, die Stellung seiner Mitglieder in ihm und zu ihm geregelt wird“.<sup>59</sup> Danach kann eine Verfassung auch ein System jeweils begrenzter, auf zwei oder mehr Ebenen verteilter Zuständigkeiten begründen.<sup>60</sup> Im Bundesstaat ist das schon lange bekannt. Es spricht nichts dagegen, den Begriff auf die überstaatliche Dimension geteilter Zuständigkeit in einem zusammengesetzten oder gestuften politischen System anzuwenden, wenn das betreffende Statut die wesentlichen Funktionen von „Verfassung“ erfüllt.<sup>61</sup> Um diesen offeneren, nicht mehr auf Staat und Nation zentrierten, sondern auf die demokratische Selbstbestimmung des einzelnen bezogenen Begriff der Verfassung von der klassischen Begrifflichkeit zu unterscheiden, habe ich das Attribut „postnational“ vorgeschlagen.<sup>62</sup>

Hervorzuheben ist jedoch, dass ein europäischer Bundesstaat, in dem die Mitgliedstaaten als Staaten aufgehen oder dessen Recht zumindest untergeordnet sind, Ziel der Union nicht ist und nicht sein kann.<sup>63</sup> Der Blick auf das Grundgesetz als Beispiel

<sup>56</sup> Vgl. *D. Grimm*, Europas Verfassung (Fn. 46), S. 184 ff.; *J. Isensee*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II (2004), § 15 Rn. 1, 3, der zwar einen weiten, formalen Verfassungsbegriff („Statut“) als Inbegriff der Regeln, welche die Bedingungen des Handelns und der Willensbildung festlegen, anerkennt, in der Verfassung im staatsrechtlichen Sinn aber nicht bloß das Schema formaler Organisation sondern die Grundlage von Sinngebung und Akzeptanz sieht. Die Gründungsverträge der Europäischen Union bilden nach seiner Ansicht daher die formelle und materielle Verfassung, ihnen fehle aber der integrative Charakter: die Zustimmung des Volkes (Rn. 15 f.). Auch für *P. Kirchhof*, ebd., § 21 Rn. 25, 54, ist der Staat Voraussetzung der Verfassung. Er empfindet den Begriff der Verfassung für die Europäische Union als nicht wirklichkeitsgerecht, weil diese aufgrund der begrenzten Einzelmächtigung und der nur mittelbar von den Staatsvölkern abgeleiteten Hoheitsgewalt nicht die Legitimation, universelle Aufgaben- und Selbsterneuerungskraft eines Verfassungsstaates besitze. Auch *M. Pechstein/C. König*, Die Europäische Union, 2. Aufl. 1998, Rn. 551 ff. scheinen davon auszugehen, dass nur ein Staat die Erwartungen, die an eine Verfassung gestellt werden, erfüllen kann, und halten es für gewagt, bereits von einer Unionsverfassung zu sprechen.

<sup>57</sup> Krit. auch: *G. Lübbe-Wolff*, Die „Verfassung für Europa“ – ein Etikettenschwindel?, in: W. Baumann/H.-J. v. Dickhuth-Harrach/W. Marotzke (Hrsg.), FS Otte, 2005, S. 195 (204 f.); ausführlich: *A. Peters*, Elemente (Fn. 13) S. 93-166; *C. Möllers*, Verfassunggebende Gewalt (Fn. 14) S. 18 ff., mit zahlr. Nachweisen zum Streitstand. *Möllers* erinnert an die „zentrale Aufgabe des europäischen Verfassungsbegriffs, an die rechtliche Ermöglichung demokratischer Politik“; s. auch *S. Hobe*, Bedingungen, Verfahren und Chancen europäischer Verfassungsgebung: Zur Arbeit des Brüsseler Verfassungskonvents, EuR 2003, 1 (3 ff., 6 ff.).

<sup>58</sup> Vgl. ausführlich: *A. Peters*, Elemente (Fn. 13), S. 93 ff.: „Die Ablösung der Verfassung vom Staat“. Ebenso: *U. Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Herrschaftsgewalt, 2004, S. 482 ff., beide mit zahlr. weiteren Nachweisen.

<sup>59</sup> *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, Neudruck 3. Aufl., 1921, S. 505.

<sup>60</sup> *G.-F. Schuppert*, Demokratische Legitimation jenseits des Nationalstaates. Einige Bemerkungen zum Legitimationsproblem der Europäischen Union, in: Heyde/Schaber, Demokratisches Regieren in Europa?, 2000, S. 65 (76 ff.); *F. C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung, 2000, S. 31 ff. Die konsequente rechtliche Weiterentwicklung ist das Konzept des „Europäischen Verfassungsverbunds“. Dazu sogleich unten und *I. Pernice*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 20.

<sup>61</sup> Zu den Funktionen s. *I. Pernice*, Verfassungsrecht (Fn. 8), S. 158 ff.; s. auch *U. Schliesky*, Souveränität (Fn. 58), S. 492 ff.

<sup>62</sup> Vgl. oben, bei Fn. 15.

<sup>63</sup> Vgl. näher: *I. Pernice*, Zur Finalität Europas, in: G. F. Schuppert/I. Pernice/U. Haltern (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 743 ff.

hilft zu verstehen, wo die Unterschiede liegen: Im Bundesstaat Deutschland bricht Bundesrecht Landesrecht (Art. 31 GG). Die Bundesverfassung, das Grundgesetz also, steht an der Spitze einer Normenhierarchie.<sup>64</sup> Nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG erklärt das Bundesverfassungsgericht Landesgesetze, die dem Grundgesetz oder anderem Bundesrecht widersprechen, für nichtig. Bundesgerichte heben die Urteile der Landesgerichte auf. Die Länder sind dem Bund untergeordnet. Kommen sie ihren föderalen Pflichten nicht nach, kann nach Art. 37 GG Bundeszwang ausgeübt werden. Und all dies gilt unumstritten, obwohl die Länder nach allgemeiner Auffassung originäre Staaten sind,<sup>65</sup> trotz ihrer Verfassungsautonomie, die sie jedenfalls in den Grenzen der Homogenitätsklausel des Art. 28 Abs. 1 GG genießen.

Eine solche Hierarchie der Ebenen politischer Verantwortung und Zuständigkeit gibt es in der Europäischen Union nicht, weder nach geltendem Recht noch nach den neuen Bestimmungen des Vertrags über eine Verfassung für Europa. Der EuGH hat in ständiger Rechtsprechung seit dem Urteil *Costa/ENEL* von 1964 nur einen Anwendungsvorrang und keinen Gültigkeitsvorrang des europäischen Rechts postuliert, was die Mitgliedstaaten jetzt durch Art. I-6 VVE und eine Erklärung dazu in der Schlussakte bestätigen. Auch das Bundesverfassungsgericht wendet sich gegen eine hierarchische Unterordnung des nationalen Rechts unter das europäische Recht. So jedenfalls lässt es sich deuten, wenn es sein Verhältnis zum EuGH als Kooperationsverhältnis bezeichnet,<sup>66</sup> und betont, dass es zuständig bleibe, das Gemeinschaftsrecht unter bestimmten Voraussetzungen für in Deutschland unanwendbar zu erklären.<sup>67</sup>

#### ***d. De-Legitimation der nationalen Verfassungen?***

Die Bezeichnung des vorgelegten Konventsentwurfes als „Verfassung für Europa“ wird teilweise sogar als irreführend verworfen. *Paul Kirchhof* meint, der Begriff der Verfassung werde für die EU usurpiert, um den Verträgen eine nicht gegebene Legitimität unterzuschieben, die Funktion der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ in Frage zu stellen und die Geltung der mitgliedstaatlichen Verfassungen zu verdrängen.<sup>68</sup>

Legitimität der Herrschaftsgewalt kann aber nur von den betroffenen Bürgerinnen und Bürgern kommen. Dies gilt im Staat, in gleicher Weise aber auch, soweit Staaten

---

<sup>64</sup> Zum Verhältnis vgl. *U. Sacksofsky*, Landesverfassungen und Grundgesetz, NVwZ 1993, S. 235 ff. Zu Grenzen insbesondere gegenüber dem Landesverfassungsrecht s. *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 1. Aufl. 1998, Art. 31 Rn. 29 f.

<sup>65</sup> Vgl. BVerfGE 36, 342 (360 f.); s. auch *T. Maunz*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 2. Aufl. 1999, § 94 Rn. 2 ff.

<sup>66</sup> BVerfGE 89, 155 (175) – *Maastricht*.

<sup>67</sup> Zu den weiteren Auswirkungen verfassungsvergleichend: *I. Pernice*, Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, 2006, S. 24 ff., 34 ff., 52 ff.

<sup>68</sup> *P. Kirchhof*, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, in: A. v. Bogdandy, Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2003, S. 893 (896 f.).



miteinander völkerrechtliche Verträge schließen. Wenn es also „Herren der Verträge“ gibt, dann sind es jeweils die Bürgerinnen und Bürger, die durch ihre staatlichen Organe handeln.<sup>69</sup> Dies wird durch den Begriff der Verfassung nicht in Frage gestellt sondern gerade hervorgehoben. Eine „europäische“ Verfassung kann die mitgliedstaatlichen Verfassungen nur verdrängen, wenn dem Begriff unterlegt wird, dass in der Verfassung die Gesamtheit der Herrschaftsausübung im Gemeinwesen geregelt ist und sein muss. Dies wird mit dem „postnationalen“ Verfassungsbegriff aber gerade nicht mehr angenommen. Nicht einmal im Bundesstaat verdrängt die gesamtstaatliche Verfassung, bei uns das Grundgesetz, die Verfassungen und Staatlichkeit der Länder.

Auch die „Autonomiethese“ verliert ihre Bedrohlichkeit dann, wenn die Union als ein beide Verfassungsebenen umfassendes System verstanden wird, in das Mitgliedstaaten und ihre Institutionen integriert sind. Im europäischen Verfassungsverbund ist das Verfahren der Vertrags- bzw. Verfassungsänderung in Art. 48 EU und im Verfassungsvertrag in Art. IV-7 und 8 VVE als autonomes Revisionsverfahren der Europäischen Union zu qualifizieren, das die europäische und nationale Verfassungsebene zugleich betrifft. Dies bedeutet keine „Abkoppelung“ oder „Ablösung“ vom Willen der Mitgliedstaaten, wie *Eckart Klein* befürchtet<sup>70</sup>, sondern es geht im Gegenteil um die Bewusstwerdung der Verantwortlichkeit ihrer Bürger. Dass sie, nicht die Staaten oder Völker - als Person oder Kollektiv -, durch die Institutionen der Union vertreten werden und handeln<sup>71</sup>, macht jetzt die neue Diktion des Verfassungsvertrages deutlich: Die Ausarbeitung der Verfassung war „geleitet von dem Willen der Bürgerinnen und Bürger und der Staaten Europas“ (Präambel und Art. I-1 I VVE), die „Bürgerinnen und Bürger sind auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten“ (Art. I-45 II VVE), und das Parlament wird von diesen direkt gewählt (Art. I-19 II VVE).

## **2. Rechtstheorie oder die Suche nach der Grundnorm**

Eine andere Kategorie von Einwänden kommt aus der Rechtstheorie: Für *Matthias Jestaedt* stellt allen voran die angesprochene „Einheitsthese“ ein „rechtstheoretisches Oxymoron“ dar (dazu a.).<sup>72</sup> Fraglich ist allerdings, ob das der Kritik zugrunde gelegte theoretische Modell im europäischen Kontext tragfähig ist (dazu b.). Insbesondere muss am Erklärungswert einer von *Hans Kelsen* inspirierten Rechtstheorie

<sup>69</sup> Ausführlich hierzu *I. Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001) S. 148 (160 ff.).

<sup>70</sup> *E. Klein*, Diskussionsbeitrag zu „Europäisches und nationales Verfassungsrecht“, VVDStRL 60 (2001), S. 361.

<sup>71</sup> Insofern noch die Bedenken bei *Rudolf Streinz*, Diskussionsbeitrag zu „Europäisches und nationales Verfassungsrecht“, VVDStRL 60 (2001), S.365.

<sup>72</sup> *M. Jestaedt*, Verfassungsverbund (Fn. 6), S. 657 ff. Vgl. zur Auseinandersetzung auch den Tagungsbericht von *D. Thym*, Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht, DVBl. 23/2006, im Erscheinen.

für das Verhältnis von europäischer und nationaler Verfassungsebene gezweifelt werden (dazu c.).

### **a. Der Ansatz der Kritik: Rechtsordnungsppluralismus und Grundnorm**

Die Geltung einer Norm kann, so führt *Jestaedt* in Anlehnung an *Hans Kelsens* „Reine Rechtslehre“<sup>73</sup> aus, nur rechtsordnungsrelativ bestimmt werden. Deshalb könne eine Norm rechtsordnungsdifferierender Herkunft auch nur qua Rezeption als Form der Rechtserzeugung Geltung in der Bezugsrechtsordnung erhalten.<sup>74</sup> Eine Normenkollision sei darum auch nur innerhalb einer bestimmten Rechtsordnung, nicht aber zwischen zwei Rechtssystemen denkbar.<sup>75</sup> „Nur auf identischem Geltungsgrund“ könnten sich normative Wirkungen wie etwa der Vorrang oder der Durchgriff entfalten.<sup>76</sup> Das Verhältnis von europäischem und nationalem Verfassungsrecht sei daher auch nicht als rechtsordnungsübergreifend und interrechtlich, sondern vielmehr als rechtsordnungsimmanent und intrarechtlich, also rechtsordnungsmonistisch, zu beschreiben.<sup>77</sup> Mitgliedstaatliches Recht gelte entweder – gewissermaßen aus europäischer Perspektive – „nur nach Maßgabe und damit auf der Geltungsgrundlage des Unionsrechts“ oder, umgekehrt, das Unionsrecht gelte – gewissermaßen aus mitgliedstaatlicher Perspektive – nur auf Grundlage des nationalen Verfassungsrechts.<sup>78</sup> Dabei betont *Jestaedt* ausdrücklich die Gleichwertigkeit beider Interpretationsmuster aus rechtstheoretischer Sicht. Es handle sich nicht um einen Rechtsordnungs- sondern einen Rechtsdeutungspluralismus, in dem der zur Rechtsanwendung Berufene eine „der Erkenntnis und der Ordnung der Erkenntnisse des positiven Rechts vorausliegende Wahl des Deutungsschemas“ treffen müsse.<sup>79</sup> In der Terminologie *Kelsens* wird insoweit auf die Wahl der sog. „Grundnorm“ abgehoben.<sup>80</sup>

*Kelsens* Ausgangspunkt ist – ähnlich wie bei *Kant* – die strikte Trennung zwischen Sein und Sollen. Die Einsicht, dass aus einem deskriptiven Satz kein normativer abgeleitet werden könne und umgekehrt sei dem menschlichen Bewusstsein unmittel-

<sup>73</sup> *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960.

<sup>74</sup> *M. Jestaedt*, *Verfassungsverbund* (Fn. 6), S. 658 f.

<sup>75</sup> Ebd. S. 664.

<sup>76</sup> Ebd. S. 667.

<sup>77</sup> Ebd. S. 667.

<sup>78</sup> Ebd. S. 668.

<sup>79</sup> Ebd. S. 669.

<sup>80</sup> Die Theorie der Grundnorm wurde von *H. Kelsen* Mitte der zwanziger Jahre in seine Rechtslehre eingeführt, erstmals in seiner Allgemeinen Staatslehre, 1925. In den folgenden Jahren stellte er sie dann erneut vor, etwa im Vorwort zur zweiten Auflage seiner (zuerst 1920 erschienenen) Souveränitätsschrift (*H. Kelsen*, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beiträge zu einer reinen Rechtslehre*, 2. Aufl. 1928) sowie in *H. Kelsen*, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 1928. Eine umfassende systematische Darstellung der Grundnormtheorie im Rahmen der Reinen Rechtslehre erfolgte dann in der ersten Fassung von *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1934. *Kelsen* hielt die Einführung der Grundnormtheorie für eine konsequente Fortführung des ursprünglichen Ansatzes der Reinen Rechtslehre, die die Grundlagen des Ansatzes nicht wesentlich veränderte, sondern nur konsequenter entfaltete. Sich ausdrücklich auf *Kelsen* beziehend und einer monistischen Deutung folgend aber *M. Jestaedt*, *Verfassungsverbund* (Fn. 6), S. 667 ff.

bar gegeben.<sup>81</sup> Folglich könne sich ein Sollens-Satz nur aus einem anderen, ihm übergeordneten Sollens-Satz herleiten. Die Grundnorm bildet in diesem System schließlich den transzendental-logischen End- bzw. Ausgangspunkt dieser Ableitungskette, wobei sie selbst nur eine „gedachte Norm“<sup>82</sup>, eine „Annahme“<sup>83</sup> ist, die den ansonsten drohenden infiniten Regress beendet.

*Kelsen* kommt bei der Beschreibung der Grundnorm allerdings selbst nicht ohne den Bezug auf ein Seins-Element aus: Die Grundnorm könne nur eine Norm sein, „die als Voraussetzung gedacht wird, wenn eine im großen und ganzen wirksame Zwangsordnung als ein System gültiger Rechtsnormen gedeutet wird.“<sup>84</sup> Vereinfacht gesagt muss *Kelsen* also den selbst gesteckten theoretischen Rahmen der Dichotomie von Sein und Sollen an dieser Stelle verlassen und hinsichtlich der Grundnorm auf ein faktisches Element, nämlich die Wirksamkeit, Bezug nehmen.<sup>85</sup>

### **b. Die Grundnorm im europäischen Kontext**

Bereits die theoretische Fundierung der Grundnormthese ist zweifelhaft und daher seit langem Gegenstand anhaltender Kritik.<sup>86</sup> Problematisch erscheint zunächst die Inkonsistenz, die mit dem Verweis auf die Wirksamkeit und damit letztlich auf die (Rechts-)Wirklichkeit zum Ausdruck kommt. Das Hauptproblem aber liegt darin, dass der Ansatz der Rechtswirklichkeit im Sinne einer methodischen „Reinigung“ der Rechtswissenschaft<sup>87</sup> gänzlich wertneutral gegenübersteht. „Rechtliche Erwägungen“ seien gänzlich frei von ethisch-moralischen, politischen, wirtschaftlichen, psychischen und sozialen Aspekten zu treffen.<sup>88</sup> Die damit einhergehende Sinnentleerung und Dekontextualisierung des Rechts kommt einer Amputation rechtswissenschaftlichen Denkens gleich.<sup>89</sup> Keine Norm kann anders als in einem ständigen Prozess der

---

<sup>81</sup> *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre II* (Fn. 73), S. 5.

<sup>82</sup> Ebd. S. 207 f.

<sup>83</sup> So *H. Dreier*, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. Auflage 1990, S. 44 f.

<sup>84</sup> *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre II* (Fn. 73), S. 207 f.

<sup>85</sup> *K. Larenz*, *Rechts- und Staatsphilosophie* (Fn. 86), S. 46 f.; *ders.* *Methodenlehre*, (Fn. 86) S. 79 f.

<sup>86</sup> Vgl. etwa *K. Larenz*, *Rechts- und Staatsphilosophie der Gegenwart*, 2. Aufl. 1935, S. 46 f.; *ders.* *Methodenlehre*, 1979, S. 79 f.; *M. Losano*, *Das Verhältnis von Geltung und Wirksamkeit in der Reinen Rechtslehre*, in: *Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts* (Hrsg.), Bd. 7, *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, 1982, S. 82 ff. (84 ff.); *J. Braun*, *Rechtsphilosophie im 20. Jahrhundert*, 2001, S. 47 ff. In Bezug auf das Gemeinschaftsrecht siehe *W. Schroeder*, *Das Gemeinschaftsrechtssystem*, 2002, S. 75 ff. u. 196 ff. Vgl. zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung insbesondere *H. Dreier*, *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. Aufl. 1990, S. 42 ff. sowie die Beiträge von *R. Dreier*, *E. Bucher* und *A. Peczenik*, in: *Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts*, Bd. 7, *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, 1982.

<sup>87</sup> Vgl. *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre II* (Fn. 73), S. 1 ff.

<sup>88</sup> *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre II* (Fn. 73), S. 1.

<sup>89</sup> *Kelsen* vertritt im Hinblick auf die Trennung von Moral und Recht dementsprechend auch die These, dass das Recht scharf von Gerechtigkeit abzugrenzen sei, die als „irrrationales Ideal“ dem „Erkennen nicht zugänglich“ sei. Gegenteilige Bemühungen werden schlicht als „ideologische Verhüllung“ gekennzeichnet (*H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1934, S. 15 f.). Zur Kritik siehe auch: *G. Radbruch*, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht* (1964), abgedruckt in: *T. Vormbaum* (Hrsg.), *Juristische Zeitgeschichte*, Band 4, 2002, S. 1 (10 ff.); *H.L.A. Hart*, *The Concept of Law*, 2. Auflage 1994, S. 203 f.; *R. Dreier*, *Recht und Moral*, in: *ders.*, *Recht – Moral – Ideologie. Studien zur Rechtstheorie*, 1981, S. 180 ff.

Auseinandersetzung mit dem sozialen Umfeld, der Kultur, der sie zuzuordnen ist, überhaupt als Recht begriffen werden.<sup>90</sup>

Jedenfalls das komplexe Mehrebenensystem der europäischen Verfassung passt nicht in das Schema von Grundnorm und reiner Rechtslehre. Die nicht-hierarchische Verbindung von nationalem und europäischem Recht in einem zusammengesetzten Rechts- und Institutionensystem setzt jede der beteiligten Rechtsordnungen in ein spezifisches rechtliches Umfeld, gegen das es nicht normlogisch abgeschirmt, sondern für dessen Einflüsse es, wie oben erläutert, normativ und funktional geöffnet ist.

### **c. Nationales und europäisches Verfassungsrecht**

Damit stellt sich die Frage nach dem Erklärungswert der Reinen Rechtslehre speziell in Bezug auf das Verhältnis von europäischer und nationaler Verfassungsordnung. Der Grundnorm kommt im System *Kelsens* insbesondere auch eine einheitsstiftende Funktion zu.<sup>91</sup> Ausgehend von der – für ihn denotwendigen – Einheit des rechtlichen Systems ist die Annahme einer Koexistenz zweier unterschiedlicher Normensysteme, die miteinander in Konflikt geraten können, für *Kelsen* in logischer Hinsicht nicht haltbar.<sup>92</sup> Diese Argumentation überträgt *Jestaedt*, wie gezeigt, auf das Verhältnis von Gemeinschaftsrecht und nationaler Verfassungsordnung. Deren Verhältnis könne nur durch eine monistische Konstruktion gelöst werden.<sup>93</sup> Problematisch ist dies weniger, weil bereits *Kelsens* Postulat der Einheit und Widerspruchsfreiheit einer Rechtsordnung an sich in Frage gestellt werden kann, eine rechtsordnungsmonistische Deutung also auch bei rechtlichen Überschneidungen bzw. Konflikten zwischen zwei „Rechtsschichten“ nicht logisch zwingend ist.<sup>94</sup> Heute werden sogar auf dem Boden der Reinen Rechtslehre pluralistische Ansätze vertreten.<sup>95</sup>

Die Argumentation überzeugt vielmehr deswegen nicht, weil *Jestaedts* Systembeschreibung nicht auf die Rechtswirklichkeit der EU übertragbar ist. Das Bild der von einer Grundnorm ausgehenden einzigen Normenpyramide bzw. eines Stufenbaus<sup>96</sup> mag vielleicht noch anschaulich das Rechtssystem eines Staates erklären. Es ist aber nicht geeignet, das Normensystem der Europäischen Union mit zwei ineinander verschränkten Rechtsebenen zu erfassen, deren Normen jeweils von denselben Rechtssubjekten ausgehen, die ihnen auch unterworfen sind. Schon für den Bundes-

---

<sup>90</sup> *J. Braun*, Rechtsphilosophie, S. 74, so auch *Schroeder*, Gemeinschaftsrechtssystem (Fn. 86), S. 76.

<sup>91</sup> *H. Dreier*, *Kelsen* (Fn. 83), S. 43.

<sup>92</sup> *Kelsen*, Reine Rechtslehre II (Fn. 73), S. 329 f.

<sup>93</sup> *Jestaedt*, Verfassungsverbund (Fn. 6), S. 668.

<sup>94</sup> Hierzu ausführlich *N.W. Barber*, Legal Pluralism and the European Union, *ELJ* 12 (2006), 306 (309 ff.).

<sup>95</sup> Vgl. dazu *Schroeder*, Gemeinschaftsrechtssystem (Fn. 86), S. 249 ff.

<sup>96</sup> Diese Figur wurde ursprünglich von *Adolf Merkl* entwickelt und erst später von *Kelsen* in seine Reine Rechtslehre übernommen. Vgl. *A. Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft, entwickelt aus dem Rechtsbegriff, 1923 sowie *ders.*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus, in: Verdross, Alfred (Hg.): Gesellschaft, Staat und Recht. Festschrift Hans Kelsen zum 50. Geburtstag gewidmet (unveränderter Nachdruck der Ausgabe von Julius Springer, Wien 1931) 1967, S. 252-294.

staat gerät dieses Bild jedenfalls dann in Schwierigkeiten, wenn dem Recht der Länder eine originäre, nicht von der Bundesverfassung abgeleitete Geltung zuerkannt wird.<sup>97</sup>

Dass das Bild nicht passt, wird noch deutlicher im Blick auf die Konsequenzen der beiden von *Jestaedt* bemühten und als in rechtstheoretischer Hinsicht gleichwertig bezeichneten „Deutungsfolien“. Die erste weist dem innerstaatlichen Recht Geltung nur nach Maßgabe des Unionsrechts zu. Der *kelsenianischen* Logik zufolge müsste das nationale Recht in seiner Geltung also aus dem europäischen Recht abgeleitet sein. Das europäische Vertragswerk aber kennt weder ein Rechtserzeugungs- noch ein Einsetzungsverfahren für nationales (Verfassungs-)Recht. Letzteres lässt sich normgenetisch auch nicht aus dem europäischen Recht ableiten.<sup>98</sup>

Dem vorgebrachten Deutungsansatz liegt zudem eine verfehltete Annahme der Symmetrie bzw. Strukturgleichheit von europäischer und nationaler Ebene zugrunde. Insbesondere der komplementäre und zuweilen fragmentarische Charakter des Primärrechts lässt eine (vollumfängliche) Ableitung des innerstaatlichen Rechts vom europäischen Vertragsrecht weder als gewollt, noch als möglich erscheinen. Selbst der EuGH als originär aus „europäischer“ Perspektive handelndes Organ geht nicht davon aus, dass die europäische Rechtsordnung Geltungsgrund der nationalen sei. Für ihn stellt das europäische Recht (lediglich) eine „eigene“, aus einer „autonomen Rechtsquelle fließende“<sup>99</sup> Rechtsordnung dar, die von den nationalen Rechtsordnungen „unabhängig“<sup>100</sup> ist. Folge ist, dass er nationales Recht weder auslegen noch für nichtig erklären kann. Von Übergeordnetheit im Sinne einer Normenhierarchie oder eines linearen Ableitungszusammenhangs ist keine Rede.

Aber auch die zweite – ausdrücklich als rechtsmonistisch deklarierte – Deutungsvariante wirft Zweifel auf: Das Unionsrecht gelte aus mitgliedstaatlicher Sicht, wie der nationale Rechtsanwendungsbefehl belege, „nur nach Maßgabe und damit auf der Geltungsgrundlage des nationalen Rechts“.<sup>101</sup> Dies erinnert zunächst an die Position des BVerfG im Maastricht-Urteil. Doch ist diesbezüglich eine Differenzierung geboten: Zu Recht weist *Schroeder* darauf hin, dass das BVerfG nicht davon ausgeht, dass das Gemeinschaftsrecht normgenetisch vom (deutschen) Verfassungsrecht abgeleitet sei, was bei Zugrundelegung einer an *Kelsen* orientierten rechtsmonistischen Deutung aber genau der Fall wäre.<sup>102</sup> Das BVerfG geht vielmehr von einer

---

<sup>97</sup> So die allgemeine Auffassung, vgl. dazu etwa: *R. Bernhardt/U. Sacksofsky*, in: BK GG, 84. Lfg. 1998, Art. 31 Rn. 4 ff.; mit der Beschränkung auf kompetenzgemäßes Bundesrecht: *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 31 Rn. 18 f. So sieht das Bundesverfassungsgericht die Bundesländer als „mit eigener – wenn auch gegenständlich beschränkter – nicht vom Bund abgeleiteter, sondern lediglich von ihm anerkannter staatlicher Hoheitsmacht“ ausgestattet an (BVerfGE 1, 13 (34); 60, 175 (207), u.a.).

<sup>98</sup> So auch *Schroeder*, Gemeinschaftsrechtssystem (Fn. 86), S. 250 f.

<sup>99</sup> EuGH, Urteil vom 15.07.1964 – Rs. 6/64 – *Costa/ENEL*, Slg. 1964, S. 1269 f..

<sup>100</sup> EuGH, Urteil vom 05.02.1963 – Rs. 26/62 – *Van Gend en Loos*, Slg. 1963, S. 25.

<sup>101</sup> *Jestaedt*, Unschärferelation, S. 668.

<sup>102</sup> So die zutreffende Analyse bei *Schroeder*, Gemeinschaftsrechtssystem (Fn. 86), S. 229.

dualistischen Position aus, nach der nicht die Existenz des Gemeinschaftsrechts schlechthin, sondern nur seine innerstaatliche Geltung und Anwendung von deutschem Verfassungsrecht abhängt.<sup>103</sup> An die Konstruktion des „Rechtsanwendungsbefehls“ ist also nicht zwingend eine rechtsordnungsmonistische Vorstellung gebunden. Diese würde durch die Forderung der normgenetischen Ableitung des Gemeinschaftsrechts vom nationalen Recht auch hier zu einem die Rechtsrealität nur unzureichend beschreibenden Konstrukt führen.<sup>104</sup>

Europäisches Recht und innerstaatliches Recht sind unbestritten formal zwei getrennte Rechtsordnungen. Nach dem Maastricht-Urteil des BVerfG kann das europäische Recht innerstaatlich nur Geltung beanspruchen, wenn und soweit die nationale Verfassung diese Geltung anordnet.<sup>105</sup> Ähnlich begründen auch andere europäische Verfassungsgerichte die Geltung des europäischen Rechts im innerstaatlichen Bereich auf eine Anordnung der nationalen Verfassung, wobei die formale Eigenständigkeit des europäischen Rechts neben dem nationalen Recht mehr oder weniger ausdrücklich anerkannt wird.<sup>106</sup>

Eine Abhängigkeit der innerstaatlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts vom individuellen Rechtsanwendungsbefehl und letztlich der Entscheidung jedes einzelnen Mitgliedstaats würde indessen seiner Autonomie und der Garantie seiner effektiven allgemeinen, einheitlichen Anwendung widersprechen. Sie ist von der Gleichheit vor dem Gesetz gefordert und Voraussetzung seiner Anerkennung als Recht überhaupt, so wie es die verfassungsrechtlichen Integrationsklauseln die Bestimmungen der Verträge verlangen. Es geht insofern nicht darum, ob es möglich ist, von einem uneingeschränkten Vorrang sei es des europäischen Rechts oder der nationalen Verfassung vor allem sonst geltenden Recht quasi als Grundnorm ausgegangen werden kann oder nicht.<sup>107</sup> Entscheidend kann auch nicht eine vorgegebene Sachlogik, nicht die Konstruktion eines Ableitungsverhältnisses oder einer Hierarchie in die-

---

<sup>103</sup> BVerfGE 89, 155 (190); dazu: *Schroeder*, Gemeinschaftsrechtssystem, S. 230.

<sup>104</sup> Kritisch auch *Schroeder*, Gemeinschaftsrechtssystem, S. 230 ff.

<sup>105</sup> BVerfGE 89, 155 ff. – *Maastricht*.

<sup>106</sup> Neben den einleitend angesprochenen Urteilen des spanischen Verfassungsgerichts vom 13. Dezember 2004 (Fn. 3) und des polnischen Verfassungsgerichtshofes vom 11. Mai 2005 (Fn. 4) vgl. insbesondere auch die Urteile des Dänischen Obersten Gerichtshofs vom 6. 4. 1998, in Übersetzung von *R. Hofmann*, in: EuGRZ 1999, S. 49 (52) sowie des französischen Conseil constitutionnel, Décision 2004-496 DC du 10 juin 2004, Loi pour la confiance dans l'économie numérique, Journal officiel 22.6.2004, 11182, in Übersetzung von *F. C. Mayer* abgedruckt in: EuR 2004, 921 (922), besprochen von *J. H. Reestman*, France – Conseil constitutionnel on the Status of (Secondary) Community Law in the French Internal Order. Decision of 10 June 2004, 2004-496 DC, European Constitutional Law Review 2005, S. 302 ff. sowie Conseil constitutionnel, Décision n° 2004-505 DC du 19 novembre 2004 (Traité établissant une Constitution pour l'Europe), in Übersetzung von *F. C. Mayer*, EuR 2004, S. 911 (914), Besprechungen von *F. C. Mayer*, Europarecht als französisches Verfassungsrecht, EuR 2004, 925 ff., sowie von *G. Carcassonne*, Case-Note, European Constitutional Law Review 2005, S. 293 ff.

<sup>107</sup> Letzteres vertritt *M. Kumm*, The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty, ELJ 11 (2005), S. 263 ff., 268 ff., mit dem Versuch über einen eigenen Ansatz des „Constitutionalis Beyond the State“ eine Lösung zu finden (S. 281 ff.). Anders, selbst ausdrücklich auf der Basis der reinen Rechtslehre von Kelsen: *T. Schilling*, The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Some Supplementations to Matthias Kumm, ELJ 12 (2006), 173 (175 ff.).

sem oder jenem Sinne<sup>108</sup> sein, sondern nur das, was dem Willen und Interesse der Betroffenen, der Bürgerinnen und Bürger der Union entspricht. Wenn diese durch ihre staatlichen Organe in Ergänzung zu ihren innerstaatlichen Verfassungen ein gemeinsames, supranationales Handlungssystem zur Erfüllung bestimmter Gemeinwohlziele vereinbaren, so liegt der Geltungsgrund für das betreffende Recht in diesem gemeinsamen Willen, ebenso wie die Antwort auf die Frage, welche Norm im Konfliktfall vorrangig Anwendung findet.

#### IV. Der Verfassungsverbund: Erklärungswert und Implikationen

Welches sind also die rechtlichen Implikationen des Konzepts vom Verfassungsverbund? Der Anerkennung der multiplen Identität der Bürger (dazu 1.) korrespondiert die originäre Geltung des europäischen Rechts und damit verbunden ein Anwendungsvorrang ohne Hierarchie (dazu 2.). Der Verbund von europäischem und nationalem Recht gibt der Bindung an Gesetz und Recht nach Art. 20 III GG einen neuen Inhalt (dazu 3.) und erklärt das Kooperationsverhältnis zwischen europäischen und innerstaatlichen Gerichten (dazu 4.).

##### **1. Selbst-Bewusstsein: Multiple Identität der Bürger**

Das Konzept des Verfassungsverbundes soll die Subjektstellung der Bürgerinnen und Bürger hinsichtlich des Gesamtsystems von nationaler und supranationaler öffentlicher Gewalt deutlich machen. Nationale Verfassungen bilden zusammen mit der europäischen Verfassungsebene ein einheitliches, die Bürgerinnen und Bürger in unterschiedlicher Dichte, für unterschiedliche Gemeinwohlbelange verbindendes System. Dieses Verfassungssystem ist Ausdruck ihrer Selbstbestimmung. Europäisches Recht ist für den einzelnen weder Völkerrecht noch sonst fremdes Recht, sondern für jeden Deutschen ebenso „eigenes“ Recht, wie das Bundes- oder sein Landesrecht. Denn die Europäische Union und ihre Institutionen sind für jeden Bürger – nach einem ernst genommenen Subsidiaritätsprinzip – Instrument oder Werkzeug für die Artikulation und Realisierung von Gemeinwohlzielen in Bereichen, die außerhalb der Wirkungsmöglichkeiten nationaler oder gar regionaler politischer Institutionen liegen. Alle Unionsbürger bilden so zusammen, aufbauend auf ihre Staaten, eine neue Art von politischem Gemeinwesen mit begrenzter Zuständigkeit. Bezogen auf die jeweilige Verfassungsebene sind sie dann Landes-, Bundes- oder Unionsbürger;

---

<sup>108</sup> Zur Hierarchie-Frage vgl. *I. Pernice*, Verfassungsrecht (Fn. 8), S. 185 f. S. auch: *F. C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung (Fn. 60), S. 62 ff., 74 f.; weiterführend auch *M. P. Maduro*, Europe and the Constitution, in: J. H. H. Weiler/M. Wind (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, 2003, S. 74 (95 ff.), im Anschluss an den pluralistischen Ansatz, wie er von *N. MacCormick*, *Beyond the Sovereign State*, *Modern Law Review* 56 (1993), S. 1 ff., entwickelt wurde. Ausführlich, unter Rückgriff auf ein Netzwerkmodell: *A. Peters*, *Elemente* (Fn. 14), S. 217 ff., 253 ff. S. auch *H. P. Nehl*, *Europäisches Verwaltungsverfahren und Gemeinschaftsverfassung. Eine Studie gemeinschaftsrechtlicher Verfahrensgrundsätze unter besonderer Berücksichtigung „mehrstufiger“ Verwaltungsverfahren*, Berlin 2002, S. 152, für den „... sich eine Normenhierarchie zwischen nationalem und gemeinschaftlichem Verfassungsrecht weder verfassungstheoretisch begründen lässt, noch auf der Basis des hier vertretenen ‚funktionalen‘ und ‚pluralistischen‘ Verfassungsverständnisses verfassungspolitisch akzeptabel ist.“ Krit. aus der Sicht kelsenianischer Rechtslehre: *M. Jestaedt*, *Verfassungsverbund* (Fn. 6), S. 662 ff.

als „Legitimations- und Verantwortungsgemeinschaften“<sup>109</sup> für die verschiedenen mit je eigenen Zuständigkeiten ausgestatteten, rechtlich, funktional und institutionell miteinander verbundenen Handlungsebenen.

## **2. Originäre Geltung des Rechts und Vorrang ohne Hierarchie**

Die europäischen Verträge sind als Ausdruck des europäischen *contrat social* kein „abgeleitetes“ Recht. Ihnen kommt im Blick auf die Subjektstellung der Bürger vielmehr originäre Geltung zu.<sup>110</sup> Sein Vorrang bedarf allerdings weiterer Begründung. Mit seinem Bahn brechenden Urteil in der Sache *Costa/ENEL* von 1964 hat der Gerichtshof die Besonderheit der neuen Rechtsordnung und ihre Autonomie hervorgehoben.<sup>111</sup> Er begründet den Vorrang des Gemeinschaftsrechts neben der praktischen Wirksamkeit und der Notwendigkeit einheitlicher Rechtsanwendung zunächst mit der Eigenständigkeit der vom EWG-Vertrag geschaffenen Rechtsordnung, der mit der Übertragung von Hoheitsrechten erfolgten Beschränkung der Souveränitätsrechte der Mitgliedstaaten und der Schaffung eines Rechtskörpers, „der für ihre Angehörigen und sie selbst verbindlich ist“.<sup>112</sup> Auch diese Begründung reicht indessen nicht.

Entscheidender sachlicher Grund für den Vorrang des europäischen Rechts ist die Gleichheit vor dem (europäischen) Gesetz, aus der die Notwendigkeit der einheitlichen Anwendung in allen Mitgliedstaaten folgt.<sup>113</sup> Im Konfliktfall muss die partikuläre vor der gemeinsamen Norm weichen. Diese Gleichheit ist, wie *Thomas Oppermann* zu Recht betont, „eine elementare Voraussetzung für die Existenz und Akzeptanz der Gemeinschaft“.<sup>114</sup> Nur auf dieser Grundlage kann die übernationale Ordnung als Rechtsordnung für alle Bürgerinnen und Bürger sowie die Mitgliedsstaaten Geltung beanspruchen. Das Prinzip der gleichen Freiheit aller Bürgerinnen und Bürger ist das „eigentliche zentripetale Schwungrad der Rechtsordnung“.<sup>115</sup> Seine Achtung durch alle Institutionen der Mitgliedstaaten im gemeinsamen Interesse aller Bürgerinnen und Bürger der Union, das gegenseitige Vertrauen auf ihren unverbrüchlichen Respekt durch die jeweils anderen, ist die Vertrags- und Geltungsgrundlage des gemeinsamen Rechts. Dies gilt umso mehr, wenn man die Stellung der Mitgliedstaaten als (Mit-)Gesetzgeber der von ihnen vorrangig anzuwendenden Normen bedenkt.<sup>116</sup>

<sup>109</sup> Zum Begriff der „Legitimationsgemeinschaften“ vgl. *S. Kadelbach*, Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Mehrebenensystemen, VVDStRL 66 (2007), i.E.

<sup>110</sup> Vgl. in diesem Sinne: *H.-P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 58 ff.; *P. Badura*, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 34 (1964), S. 34 (57); für eine „genuin europarechtliche“ Begründung des Vorrangs weiterhin: *T. Oppermann*, Europarecht 3. Aufl. 2005, § 7 Rn. 2 f.; weitere Nachw. bei *J. Pernice*, in Dreier (Hrsg.), GG Kommentar, Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 23 Rn. 21.

<sup>111</sup> Daher die Rede von seiner Funktion als „Motor der Integration“, vgl. *K.-D. Borchardt*, Richterrecht durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften, in: GS Grabitz, 1995, S. 29 ff.

<sup>112</sup> EuGHE 1964, 1141, Rn. 8 – *Costa/ENEL*.

<sup>113</sup> Auch der EuGH verweist in EuGHE 1964, 1141, Rn. 9 – *Costa/ENEL* auf diesen Aspekt.

<sup>114</sup> *T. Oppermann*, Europarecht 3. Aufl. 2005, § 7 Rn. 9.

<sup>115</sup> *A. v. Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: ders., Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 149 (191).

<sup>116</sup> So, auf die Staaten bezogen, *R. Bieber/I. Salomé*, Hierarchy of Norms in European Law, CMLRev. 33 (1996), S. 907 (912).



Der Gerichtshof hat allerdings präzisiert, dass es nicht um einen Geltungs- sondern um einen Anwendungsvorrang geht. Damit kann der europarechtliche Vorrang, wie Generalanwalt *Lagrange* schon 1964 anschaulich dargestellt hat, verstanden werden als

„Frage des Nebeneinanderstehens zweier... einander widersprechender Rechtsnormen, die beide in der innerstaatlichen Rechtsordnung Geltung beanspruchen und von denen die eine im Vertrag enthalten oder von Gemeinschaftsorganen erlassen, die andere von staatlichen Organen gesetzt ist“.<sup>117</sup>

Das spanische Verfassungsgericht kommt in seinem bereits zitierten Urteil zum Schluss, der Vorrang sei nicht hierarchisch sondern funktional zu verstehen und ausdrücklich auf den „Bereich der den europäischen Institutionen zugewiesenen Kompetenzausübung“ begrenzt. Er stelle „sich nicht als hierarchische Überordnung, sondern als ein ‚existenzielles Erfordernis‘ dieses Rechts dar, um in der Praxis die unmittelbare Geltung und die einheitliche Anwendung in allen Staaten zu erreichen.“<sup>118</sup> Von dieser Kategorie des Vorrangs – als *primacía* bezeichnet und Ausdruck des Anwendungsvorrangs –, unterscheidet das Gericht im Hinblick auf Art. 9 Abs. 1 der spanischen Verfassung die Kategorie der Vorherrschaft – *supremacía*. Damit meint es den „hierarchisch höherrangigen Charakter einer Norm, auf Grund dessen sie Geltungsgrund der ihr nachgeordneten Normen ist, mit der Folge der Ungültigkeit der niedrigeren Normen, wenn sie gegen das in der höherrangigen Norm zwingend Angeordnete verstoßen. Der Vorrang (*primacía*) dagegen behauptet sich nicht notwendigerweise über Hierarchie, sondern besteht in der Unterscheidung der Anwendungsbereiche verschiedener, grundsätzlich gültiger Normen, von denen trotzdem die eine oder einige die Fähigkeit besitzen, andere aus verschiedenen Gründen aufgrund ihrer vorzugsweisen oder vorübergehenden Anwendung zu verdrängen.“<sup>119</sup>

### **3. Vollzug des Gemeinschaftsrechts und Bindung an Gesetz und Recht**

Die formale Eigenständigkeit des Gemeinschaftsrechts ist umgekehrt Grundlage für eine weitere Besonderheit des europäischen Rechtssystems: Es sind stets und ausschließlich die nationalen Behörden<sup>120</sup> und Gerichte, die von sich aus den Vorrang zu beachten und durchzusetzen haben, notfalls gegen den Willen des eigenen Gesetzgebers. Überhaupt liegt Durchführung des europäischen Rechts grundsätzlich in der Hand der innerstaatlichen Stellen.<sup>121</sup> Diese Abhängigkeit ist Ausdruck der Komplementarität der Verfassungen im Mehrebenenverbund.

<sup>117</sup> GA *Lagrange*, EuGHE 1964, 1251 (1285) – *Costa/ENEL*.

<sup>118</sup> Tribunal Constitucional (Fn. 3), S. 343.

<sup>119</sup> Ebd., S. 346.

<sup>120</sup> Zur Bindung auch der Verwaltungsbehörden vgl. EuGHE 1999, I-2517, Rn. 30 – *Ciola*; dazu auch *H.-D. Jarass/S. Beljin*, Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Rechtsanwendung, NVwZ 2004, S. 1 (9 ff.).

<sup>121</sup> Vgl. auch die Erklärung Nr. 43 zum Amsterdamer Vertrag.

In der Europäischen Union gibt es keinerlei unmittelbare Zwangs- oder Vollstreckungsgewalt europäischer Organe. Das Monopol physischer Zwangsgewalt bleibt bei den Mitgliedstaaten. Die EU ist Rechtsgemeinschaft, beruht auf Freiwilligkeit, auf der Einsicht in die Verbindlichkeit des Rechts;<sup>122</sup> In keinem Fall kann der EuGH eine Norm des nationalen Rechts für ungültig erklären. Auch die Verpflichtung zur Achtung des Vorrangsprinzips kann daher nicht von europäischen Organen gegen die Mitgliedstaaten mit Zwangsmitteln durchgesetzt werden, sondern ist ins Pflichtenbuch der innerstaatlichen Organe, insbesondere der Gerichte geschrieben. Diesen kommt die Aufgabe zu, europarechtswidrigen Akten der eigenen Regierung, des eigenen Gesetz-, ja sogar des eigenen Verfassungsgebers die Gefolgschaft zu verweigern und dem Gemeinschaftsrecht zur Durchsetzung zu verhelfen.

Das Europa der Bürger ist insofern bei der Umsetzung des Gemeinschaftsrechts auf die innerstaatlichen Gerichte angewiesen.<sup>123</sup> In Deutschland folgt diese Pflicht auch aus Art. 20 Abs. 3 GG: Zur verfassungsmäßigen Ordnung, zu Gesetz und Recht gehört das – vorrangige – europäische Recht. Jedes innerstaatliche Gericht ist damit auch europäisches Gericht, eingebunden in das Loyalitäts- und Pflichtensystem der EU und Garant ihrer Funktionsfähigkeit.

#### **4. Kooperationsverhältnis der Gerichte**

Die nationalen Gerichte tragen dabei – im Kooperationsverhältnis mit dem EuGH<sup>124</sup> – eine eigene Verantwortung für die Funktionsfähigkeit der Union insgesamt. Sie sind nicht nur Vollzugsorgane europäischer Normen, sondern auch – im Sinne der Subsidiarität und des Schutzes der mitgliedstaatlichen Identität – mitverantwortliche Wächter über die Struktur und Werte der Union als Verfassungsverbund.

Dies zeigt sich besonders deutlich im Bereich des Grundrechtsschutzes, hinsichtlich dessen das Bundesverfassungsgericht in seinem viel zitierten Urteil vom Oktober 1993 zur Ratifikation des Vertrags von Maastricht von einem „Kooperationsverhältnis“ zum EuGH ausging: Nur wenn der vom EuGH gewährte Schutz das vom Grundgesetz als unabdingbar geforderte Niveau nachweislich generell und evident unterschreite, werde das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von Gemeinschaftsrecht in Deutschland wieder ausüben.<sup>125</sup> Diese

---

<sup>122</sup> S. in diesem Kontext *F. C. Mayer*, Europa als Rechtsgemeinschaft, in: G. F. Schuppert/I. Pernice/U. Haltern (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 429 ff.

<sup>123</sup> *G. C. Rodríguez Iglesias*, Der EuGH und die Gerichte der Mitgliedstaaten - Komponenten der richterlichen Gewalt in der Europäischen Union, NJW 2000, S. 1889 ff.; ausführlich zu dieser gemeinschaftsrechtlichen Verantwortung der nationalen Gerichte auch *M. Claes*, The National Courts' Mandate in the European Constitution, 2006, S. 58 ff.

<sup>124</sup> Zum Verhältnis der mitgliedstaatlichen Gerichte zum EuGH vgl. die umfassende Analyse von *F. C. Mayer*, Kompetenzüberschreitung (Fn. 60), sowie *ders.*, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit. Gerichtliche Letztentscheidung im europäischen Mehrebenensystem, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 229 ff., und *The European Constitution and the Courts*, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Principles of European Constitutional Law, 2006, S. 281 ff.

<sup>125</sup> BVerfGE 89, 155 (175) – *Maastricht*; andere wie *M. Zuleeg*, Bananen und Grundrechte - Anlaß zum Konflikt zwischen europäischer und deutscher Gerichtsbarkeit, NJW 1997, S. 1201 ff. (1206 f.) sehen in dieser Rechtsprechung allerdings keinen

Rechtsprechung hat das Gericht im Urteil über die Bananenmarkt-Verordnung der EG von 2000 grundsätzlich bestätigt, wobei strenge Nachweispflichten an die Behauptung eines generellen Abweichens von dem geforderten Grundrechtsniveau im Sinne der Solange II-Rechtsprechung gestellt und damit die Hürden für die Zulässigkeit entsprechender Verfahren erhöht wurden.<sup>126</sup> Im „Teilzeit“-Urteil vom Januar 2001<sup>127</sup> stellt das Gericht dann auch in zutreffender Weise klar, welches bei der gegenwärtigen Rechtslage im Fall einer möglichen Verletzung von Grundrechten der richtige Weg für einen effektiven Grundrechtsschutz gegenüber europäischen Rechtsakten ist: Die Vorlage an den EuGH nach Art. 234 EG. Die Kernaussage des Urteils besteht darin, dass in grundrechtssensiblen Bereichen die grundsätzliche Verknennung der Vorlagepflicht nach Art. 234 EG durch ein deutsches Gericht dem Betroffenen die Verfassungsbeschwerde nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG eröffnet.<sup>128</sup> Ganz im Sinne des Kooperationsverhältnisses argumentiert das Gericht, dass der Grundrechtsschutz „ins Leere“ liefe, wenn das Bundesverfassungsgericht mangels Zuständigkeit keine Prüfung anhand deutscher Grundrechte vornehmen könne und der EuGH im Gegenzug mangels Vorabentscheidungsersuchens nicht die Möglichkeit erhalte, sekundäres Gemeinschaftsrecht anhand europäischer Grundrechte zu überprüfen.<sup>129</sup>

Auch das spanische Verfassungsgericht formuliert in seinem oben erwähnten Urteil einen Vorbehalt eigener Prüfungszuständigkeit für „den kaum denkbaren Fall, dass das Recht der Europäischen Union in seiner weiteren Entwicklung nicht mehr mit der spanischen Verfassung in Einklang zu bringen wäre“. Das Gericht geht zudem von einer strikten Parallelität des Grundrechtsschutzes aus. Jede durch europäische Akte erfolgende Beeinträchtigung der grundlegenden Verfassungsstrukturen eines Mitgliedstaats, wie sie nach der neuen Identitätsklausel in Art. I-5 VVE zu respektieren sind, bedeute danach zugleich auch eine Verletzung der europäischen Verfassung.<sup>130</sup>

Im europäischen Verfassungsverbund erfasst also das System der „checks and balances“ zur Sicherung der Freiheiten und Rechte der Bürgerinnen und Bürger auch die Gerichte der europäischen und nationalen Ebene. Die Prüfungskompetenz der innerstaatlichen Gerichte hinsichtlich der Vereinbarkeit europäischen Rechts mit den

---

Wunsch nach Kooperation mit dem EuGH. Das Verhältnis sei vielmehr auf Subordination, wenn nicht gar auf Konfrontation ausgerichtet. Es gehe weniger um Grundrechtsschutz als um Kompetenzen und die Souveränität Deutschlands.

<sup>126</sup> BVerfGE 102, 147 (161 ff., 164) – *Bananen-Marktordnung*. F. C. Mayer, Grundrechtsschutz gegen europäische Rechtsakte durch das BVerfG. Zur Verfassungsmäßigkeit der Bananenmarktordnung, EuZW 2000, S. 685 (688).

<sup>127</sup> BVerfG, NJW 2001, S. 1267 ff. – *Teilzeitarbeit*.

<sup>128</sup> Ebd. S. 1268; vgl. schon BVerfGE 73, 339 (366 ff.) – *Solange II*; E 75, 223 (233 f.) – *Kloppenburg*.

<sup>129</sup> BVerfG, NJW 2001, S. 1267 (1268) – *Teilzeitarbeit*. Vgl. vor dem Hintergrund des Entwurfes für einen Vertrag über eine Verfassung für Europa P. Steinberg, A Tentative Survey of the Innovations of the Constitution for Europe that Might Impact Upon National Constitutional Law, in: Ziller (Hrsg.), *The Europeanisation of Constitutional Law in the Light of the Constitution for Europe*, Paris 2003, S. 139 (147 ff.), abrufbar im Internet unter: <http://www.whi-berlin.de/survey.htm>.

<sup>130</sup> Tribunal Constitucional (Fn. 3), S. 353 (355).

europäischen Grundrechten, Verfassungsprinzipien und Kompetenzbestimmungen, die ggf. zu Gültigkeitsfragen an den EuGH nach Art. 234 EG führen muss,<sup>131</sup> bekräftigt ihre fundamentale Mitverantwortung für das, was auch Art. 6 Abs. 2 EU den europäischen Organen zur Pflicht macht: den Respekt der Grundrechte. Dem entspricht – wie das Beispiel der *Solange*-Rechtsprechung als Anstoß für eine bewusste Grundrechtsjudikatur des EuGH zeigt – die Wächterfunktion der nationalen Gerichte auch im Blick auf Art. 6 Abs. 1 EU, der beide Ebenen auf gemeinsame Werte und Prinzipien, verpflichtet und umgekehrt zusammen mit dem politischen Sanktionssystem des Art. 7 EU auch eine europäische „Aufsicht“ über die Mitgliedstaaten vorsieht. Das im Blick auf die Struktursicherungsklausel des Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG und entsprechende Vorgaben im Verfassungsrecht anderer Mitgliedstaaten auch vom Prinzip der Gewaltenteilung geprägte System der gegenseitigen Kontrolle und Verfassungsstabilisierung,<sup>132</sup> erhält die Union als demokratisch verfasstes Mehrebenensystem funktionsfähig, es kommt aber auch, und vor allem, dem Schutz der Rechte der einzelnen zugute. Dieser Rechtsschutz wird zur europäischen Verbundaufgabe<sup>133</sup>. Die Letztentscheidungskompetenz auf eine einzige Stelle zu konzentrieren wäre diesem kooperativen System abträglich.<sup>134</sup>

Wenn nationale Verfassungsgerichte ihren grundsätzlichen Kontrollvorbehalt im Sinne eines „Notrechts“ im Falle der evidenten und generellen Missachtung der Grundrechte bzw. der Grenzen der europäischen Zuständigkeit aktivieren können,<sup>135</sup> ist das nach allem nicht als Bedrohung sondern im Gegenteil als Garantie für den Bestand des Gesamtsystems zu betrachten, das auf freiwilliger Rechtstreue und gegenseitiger Rücksichtnahme beruht.

Die insofern komplementären Zuständigkeiten der Gerichte bestätigen, dass ihr Verhältnis im Kern nicht hierarchischer Natur, sondern kooperativer Art ist.<sup>136</sup> Kooperation ist insbesondere hinsichtlich des richterlichen Dialogs nach Art. 234 EG der Modus der praktischen Arbeit der Gerichte im europäischen Verfassungsverbund. Die EU ist Rechtsgemeinschaft, beruht auf Freiwilligkeit, auf der Einsicht in die Verbindlichkeit des Rechts. Das ist ihre Stärke, das ist der Schlüssel ihrer Attraktivität, das

---

<sup>131</sup> Zum Verhältnis von Gültigkeitsfragen nach Art. 234 EG und Nichtigkeitsklagen nach Art. 230 EG vgl. *M. Pechstein/ P. Kubicki*, Gültigkeitskontrolle und Bestandskraft von EG-Rechtsakten, NJW 2005, S. 1825 ff.

<sup>132</sup> S. schon *I. Pernice*, Bestandssicherung (Fn. 6), S. 261 ff.; ähnl. *A. v. Bogdandy/M. Nettesheim*, Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung, Europarecht 1996, S. 1 ff.; *C. Grabenwarter*, Unionsverfassungsrecht (Fn. 29), S. 336.

<sup>133</sup> Zum Begriff am Beispiel des Vergaberechts *P. Steinberg*, Vergaberechtliche Steuerung als Verbundaufgabe, 2005. Die dritte Gewalt in der EU als „Verbund der innerstaatlichen Gerichte mit dem EuGH“ vgl. auch schon *I. Pernice*, Die Dritte Gewalt (Fn.6), S. 36 f.

<sup>134</sup> *M. P. Maduro*, Europe and the Constitution, (Fn. 108), S. 98.; *A. Peters*, Elemente (Fn. 14), S. 325 hält den Konflikt für nicht durch eine Regel von oben auflösbar, weil über der Konfliktebene keine weitere Entscheidungsinstanz existiere.

<sup>135</sup> S. näher *I. Pernice*, in: Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl. 2006, Bd. II, Art. 23 Rn. 30, mwN.

<sup>136</sup> *G. C. Rodríguez Iglesias*, Komponenten der richterlichen Gewalt (Fn. 123) S. 1890.

macht sie vielleicht zum Modell überstaatlicher politischer Ordnung überhaupt, weltweit.<sup>137</sup>

## V. Ausblick: Verfassungsverbund und Verfassungsvertrag

Wird die Europäische Union als Verfassungsverbund verstanden, so erscheinen auch der Beitritt Bulgariens und Rumäniens im Januar 2007 so wie jede künftige Erweiterungen der Europäischen Union in einem neuen Licht: Nicht nur die beteiligten Staaten, wie im Falle des Beitritts zu einer internationalen Organisation, sondern jeder einzelne Bürger ist unmittelbar betroffen. Der Beitritt verändert das geltende Verfassungsrecht der beteiligten Staaten wie auch den rechtlichen Status aller Bürgerinnen und Bürger der Union und der Beitrittsländer unmittelbar und grundlegend. Gemeinsam teilen diese von nun an den Status als Unionsbürger, gemeinsam legitimieren und verantworten sie die Politiken der europäischen Institutionen. Bürgerinnen und Bürger des Beitritts- wie auch aller bisherigen Mitgliedstaaten sind mit dem vollzogenen Beitritt einer für alle gleich geltenden Rechtsordnung unterworfen. Jede Erweiterung bedeutet damit letztlich eine Neubegründung, einen neuen, erweiterten Gesellschaftsvertrag der Europäischen Union.<sup>138</sup> Daher ist die Ratifikation durch alle bisherigen Mitgliedstaaten unerlässlich, Referenden oder gar ein europäisches Referendum wären nicht systemwidrig.<sup>139</sup>

Die europäische Union als Verfassungsverbund zu begreifen soll auch dazu beitragen, das Bewusstsein der Bürgerinnen und Bürger zu stärken, dass es um ihre Union geht. Es erlaubt ihnen diese Union als ihre anzunehmen – *taking ownership* – und sie ihren Zielen und Zwecken gemäß zu gestalten und zu nutzen. Versteht man ihr Primärrecht schon heute als Teilordnung im europäischen Verfassungsverbund, so brächte auch das Inkrafttreten des – von beiden Beitrittsländern schon ratifizierten – Vertrags über eine Verfassung für Europa keine qualitative Änderung mit sich, die Verfassung der Union würde nicht neu geschaffen, sondern konsolidiert und fortentwickelt, in Form und Sprache dem näher gebracht, was dem allgemeinen Vorstellungsbild von Verfassung entspricht. Diese Chance sollte genutzt werden, im Interesse aller Bürgerinnen und Bürger der Europäischen Union.

---

<sup>137</sup> S. dazu jetzt: *Ingolf Pernice*, The Global Dimension of Multilevel Constitutionalism: A Legal Response to the Challenges of Globalisation, in: P.M. Dupuy/B. Fassbender/M.N.Shaw/K.-P. Sommermann (Hrsg./Editors), *Völkerrecht als Wertordnung. Common Values in International Law*, Festschrift für / Essays in Honour of Christian Tomuschat, 2006, S. 973.

<sup>138</sup> Näher dazu *Ingolf Pernice/Franz Mayer/Stephan Wernicke*, Renewing the European Social Contract. The Challenge of Institutional Reform and Enlargement in the Light of Multilevel Constitutionalism, in: Mads Andenas/John Gardener (Hrsg.), *Can Europe Have a Constitution?*, Kings College Law Journal 12 (2001), p. 60 ff.

<sup>139</sup> Entsprechend für ein europaweites Referendum zur Inkraftsetzung des Vertrags über eine Verfassung für Europa, s. *Ingolf Pernice*, Referendum sur la Constitution pour l'Europe: Conditions Risques Implications, in: Christine Kaddous/Andreas Auer (éds.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, 2006, S. 301 ff.