

Verfassung als Konstitutionalisierungsprozess

Le droit constitutionnel européen est un mouvement, une tendance, une émergence, une dynamique, un devenir plus qu' un être, un processus en marche plus qu'un acquis définitif.

*Vlad Constantinesco, L'émergence d'un droit constitutionnel européen,
RUDH 1995, S. 447*

Irritationen

Es fällt auf, daß das Bestehen auf dem normativen Eigenwert der europäischen Integration und das ostentative Herunterspielen interessen-rationaler nationaler Gesichtspunkte eine Besonderheit des deutschen europapolitischen Diskurses ist, wie er vom überwiegenden Teil der politischen und auch intellektuellen Eliten getragen wird.

Demgemäß sind die Zielvorstellungen, die diesen Diskurs bestimmen, auch eher „euro-föderal“ als „intergouvernemental“. So gut die Gründe sind, die man sich für diese „Einseitigkeit“ einer vorwiegend prinzipien- statt interessengestützten Europa-Argumentation denken kann, so verwundbar ist die Glaubwürdigkeit einer solchen Argumentationspraxis doch für den aus der Außenperspektive leicht aufkommenden Argwohn, es könne sich hier

a) nur um den Ausdruck einer deutschen Angst vor der Angst aller anderen Europäer vor Deutschland handeln oder, noch gravierender

b) um einen mit „post-nationalen“ Motiven moralisierenden Rauchschleier, mit dem die absehbare und tatsächlich angestrebte Dominanz der Bundesrepublik Deutschland (und ihrer „Bundesbank“) über das währungsunierte Europa nur vernebelt werden solle.

Claus Offe

aber: Präambel des Grundgesetzes

von dem Willen beseelt,

als gleichberechtigtes Glied in einem vereinten Europa
dem Frieden der Welt zu dienen,

hat sich das Deutsche Volk kraft seiner
verfassunggebenden Gewalt dieses Grundgesetz
gegeben

Präambel des Grundgesetzes
für die Bundesrepublik Deutschland

... zu den Handlungsformen des Verfassungsverbundes

- Recht als Form
- Übernahme „staatsrechtlicher“ Semantik und Irritationen der Symbole
- Nutzen einer Dogmatik der Handlungsformen (und Überlagerung durch Organisationsrecht?)
- Handlungsform zwischen Rechtsform und Bewirkungsform
- Klassische Handlungsformen: Verordnung und Richtlinie (Art. 249 EG)
- Neue Handlungsformen: Beschlüsse, Empfehlungen und Leitlinien
- Problem der offenen Methode der Koordinierung
- Integration durch Entrechtlichung?

Die Form als Antwort auf das Problem, nochmals:

Warum gilt europäisches Recht mit Vorrang gegenüber nationalen Recht?

- Verfassungscharakter der Verträge?
- Anwendungsvorrang statt Geltungsvorrang
- Funktionssichernder Vorrang, aber keine hierarchische Überordnung!
- Wechselseitiges Zusammenwirken der Verfassungsgerichte und „pluralistische“ Geltungsbegründung
- Nationalverfassungsrechtliche Notrechte und Risiken ihrer Inanspruchnahme

Vorrang im Verfassungsverbund

- Grunddifferenz
- Richtlinien (Art. 249 EG)
Grund und Voraussetzungen der unmittelbaren Wirkung

Keine Horizontalwirkung von Richtlinien dergestalt, dass sie Pflichten für den Bürger begründen, aber:

Verpflichtung zur **richtlinienkonformen Auslegung** des nationalen Rechts und Begründung von Staatshaftungsansprüchen

- EU-Rahmenbeschlüsse (Art. 34 Abs. 2 lit. b S. 2 EU)
Maria Pupino und der europäische Haftbefehl: **Loyalität** als Funktionserfordernis des Unionsrechts

Verfassung als Prozess

- Verfassung als singulärer Ursprungsakt
- Verträge als Wandelverfassung (*Hans Peter Ipsen*)
- Öffnung des Grundgesetzes für die Übertragung von Hoheitsrechten: Delegation oder Anvertrauen von Herrschaft?

„Im Zustimmungsgesetz manifestiert sich (...) der demokratisch gebildete Wille der Bürger, im Einklang mit dem Willen der Bürger der anderen beteiligten Staaten die Union zu gründen und zu entwickeln. Unter den Bedingungen und nach den Verfahren, die die Integrationsklauseln festlegen, **sind es die Bürger der Mitgliedstaaten**, die durch sukzessive Vertragswerke supranationale Hoheitsgewalt konstituieren (...) und machen mit der Festlegung des Verfahrens der Vertragsänderung sich selbst zum Verfassungsgeber und Legitimationssubjekt der EU.“

Ingolf Pernice, VVDStRL 60 (2001), S. 166 f.

Konstitutionalisierung

als Prozess- und Erwartungsbegriff *inhaltlicher* Selbstbindung

- Konstitutionalisierung im **innerstaatlichen** Bereich:
Ausstrahlungskraft der *Grundrechte* auf die Rechtsordnung – als konkretisiertes Verfassungsrecht
- Konstitutionalisierung als **europäischer** Prozess:
Verselbständigung internationaler Regime von intergouvernementalen Handeln
als selbstbezüglicher Verrechtlichungsvorgang
Entwicklung europäischer *Verfassungsprinzipien*: Materielle Vorrangordnung und Selbstbindung der Unionsorgane
- Konstitutionalisierung im **Völkerrecht**: Überwindung von Koordination und Kooperation zugunsten des *Staatengemeinschaftsinteresses*, das als materiell vorrangiges Gut gegenüber dem bisher bindungslos gebliebenen *Willen* der Staaten als den primären Subjekten des Völkerrechts ausgewiesen wird.

Prozess inhaltlicher Selbstbindung

Verfassung – Konstitutionalisierung – Verrechtlichung

Schutz des anspruchsvollen Verfassungsbegriffs durch Metaphorik des Konstitutionalisierungsbegriffs? Nicht jede Form von Verrechtlichung kann als Konstitutionalisierung qualifiziert werden.

Auch die Perspektive einer Neuordnung ist noch nicht zwingend „Konstitutionalisierung“ im Sinne einer verfassungsmäßiger Verfestigung regelgeleiteter Entscheidungsfindung. Kommt es auf den institutionellen Wandel oder der materielle Juridifizierung an?

Überordnung von Prinzipien, die eine Selbstbindung bewirken und damit der Dispositionsbefugnis der Staaten entzogen sind: Erfordernis einer inhaltlichen Vorrangordnung?

Konstitutionalisierung der Verträge

als Verfassungsentwicklung

- Keine Ablösung von den Verträgen, sondern Hinzufügung der Verfassungsdimension
- Rezeption und Modifikation von Instituten aus den mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen, z.B. Verhältnismäßigkeitsprinzip (Art. 5 Abs. 3 EG)
- Rückwirkungen: Europarecht als Medium und Katalysator auf dem Wege zu einer Annäherung der nationalen Verfassungsordnungen
- Emanzipation und strukturadäquate Verfassungsentwicklung unter der Idee einer „neuen“ Kopplung von Recht und Politik

Konstitutionalismus und die veränderte Rolle des Rechts

- Vertikaler Konstitutionalismus und *Integration durch Recht*
Polyzentrische politische Struktur und rechtliche Hierarchisierung:
scharfe Trennung zwischen Politik und Recht
- Von der Anwendung der Rechtsregeln zur rechtlichen Organisation von
Problemlösungen – von Integration zu *Governance*
- Verzicht auf Normativität zugunsten der Erfassung von Realstrukturen des
Mehrebenensystems als Verbund?

Verfassunggebung in der Verfassungsentwicklung

Revolution versus Evolution

- Punktualitätsdogma und strukturelle Permanenz
- Folgen der Anwendbarkeit der Lehre vom *pouvoir constituant*:
Verfassunggebung als politisches und rechtliches Phänomen eines
singulären Ursprungsakts im Willen zur normativen Diskontinuität
- Evolutionsverständnis und Immunisierung des als rechtsbindungslos
gedachten Politischen? Überzeichnung der Grenze zwischen Politik und
Recht und Fiktion der *tabula rasa* eines rechtsfreien Raumes
- Stabilisierung der Normgeltung durch Trennung von
Verfassunggebung und legislativer Verfassungsänderung *oder*
Rekonstruktion als zwei Erscheinungsformen des Kontinuums *einer*
verfassungsentwickelnden Gewalt: Konstitution *durch* Evolution

Rudolf Smend

von der „Bonner“ Republik

Es ist darauf hinzuweisen, dass die Verfassung „mit der Konstituierung nicht ein für allemal in Gang gesetzt ist, wie ein aufgezogenes Uhrwerk, sondern dass sich der Konstituierungsakt gewissermaßen jeden Augenblick erneuern, dass die integrierende Kraft jeden Augenblick neu entwickelt werden und spielen muss ... D.h., die Norm, die Verfassung ... ist nicht die Regel eines an sich gegebenen Bestandes und seiner Auswirkungen nach außen, sondern sie ist die Form der Begründung und der steten Erneuerung und Herstellung dieses Bestandes“.

Rudolf Smend, Verfassung und Verfassungsrecht, 1928, S, 192 f.

zur offenen Frage der „Berliner“ Republik:
Wer ist Träger der verfassunggebenden Gewalt?

Antworten

- Europäisches Volk
- Europäischen Völker (und darin zusammengesessene Bürger)
- Mitgliedstaaten
- *Pouvoir constituante mixte*

Probleme

- Vermischung mit normativer Legitimation
- Staaten und Bürger – Grad der Mittelbarkeit von Rückkoppelungsprozessen
- Multiple Träger der verfassungsentwickelnden Gewalt?

Akteure der Konstitutionalisierung

- **Bürgerbeteiligung** an der Entwicklung europäischen Primärrechts
 - Wahl der verhandelnden Regierungsvertreter
 - Parlamentarische Ratifikation und Kontrolle durch den Gerichtshof
 - Beteiligung des Europäischen Parlaments im Vertragsänderungsverfahren
 - Referenden
- Verfassungsentwicklung durch **Unionsorgane**
 - Europäischer Rat
 - Autonome Änderungen durch Rat (z.B. Delegation von Durchführungsbefugnissen nach Art. 202 EG oder Rechtsfortbildung nach Art. 308 EG ohne formelle Vertragsänderung nach Art. 48 EU)
 - Passarelle-Klauseln im Verfassungsvertrag (z.B. Art. IV-444 VE)
- Verfassungsentwicklung durch den **Europäischen Gerichtshof**
 - insbesondere Grundrechte und Grundfreiheiten

Europäischer Gerichtshof als Verfassungsgericht

- Art. 220 EG
- Methodik der Verfassungsentwicklung:
Teleologische Auslegung nach Maßgabe von „System und Zielen des Vertrages“ und der „Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft“
in dubio pro communitate?
- Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber
Heilung durch die (nicht wahrgenommene) Möglichkeit der Korrektur durch den Verfassungsgesetzgeber? Kann der Gesetzgeber durch Untätigkeit die richterliche Rechtsfortbildung billigen, indem er die Verantwortung für die ursprünglich richterliche Norm übernimmt, die dadurch legitimiert wird?

Richter als *la bouche qui prononce les paroles de la loi?*

Es ist darauf hinzuweisen, dass „die Mitgliedstaaten die Gemeinschaft mit einem Gericht ausstatten wollten, dem Rechtsfindungswege offen stehen sollten, wie sie in Jahrhunderte langer gemeineuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur ausgeformt worden sind. Der Richter in Europa war niemals lediglich ‚la bouche qui prononce les paroles de la loi‘ (...).

Die Gemeinschaftsverträge sind auch im Lichte gemeineuropäischer Rechtsüberlieferung und Rechtskultur zu verstehen. Zu meinen, dem Gerichtshof der Gemeinschaften wäre die Methode der Rechtsfortbildung verwehrt, ist angesichts dessen verfehlt“.

BVerfGE 75, 223 (243 f.)

Gegenspieler der richterlichen Verfassungsentwicklungsbefugnis

- Institutionelles Gleichgewicht
Prärogative der Legislative in der Verfassungsentwicklung
- Mitgliedstaatliche Souveränität
und vertikale Kompetenzverteilung: Nationale Verfassungsgerichte als
„Wahrer“ des europäischen Gemeinwohls?

Änderungen von verfassungsrechtlicher Dimension können nur im Wege
der Vertragsänderung vorgenommen werden

EuGH Gutachten 2/94 – *EMRK*, Slg. 1996, I-1759 Rn. 35

Fehlen des politischen Ursprungsaktes

Legitimation evolutionärer Konstitutionalisierung

„Konstitutionalisierung (ist) ohne Zweifel geeignet, die Legitimität des Unionsrechts zu erhöhen. Gemeinsam ist (ihren Formen), dass sie Rationalität, Systematik und Transparenz des Rechts durch Prinzipien- und Strukturbildung sowie durch die Institutionalisierung deliberativer Strukturen fördern.

In einer institutionell und legitimatorisch zersplitterten Rechtsordnung wie derjenigen der EU sind solche Entwicklungen notwendig. Die Pluralisierung der Rechtsordnung erschwert eine hierarchische Konstruktion von Legitimationszusammenhängen, wie sie letztlich dem (...) unter dem Stichwort der verfassunggebenden Gewalt des Volkes erörterten Verfassungsideal zugrunde liegt.

Das Konstitutionalisierungskonzept entstammt einer Tradition, die durch die evolutive Entwicklung von Rechtsprinzipien anhand einzelner Problemkonstellationen eine große juristische Sensibilität aufweist.

Genau aus diesem Grund ist aber auch zweifelhaft, inwieweit dieses Konzept geeignet ist, für Rechtsentwicklungen im Großen Legitimität in Anspruch zu nehmen. Die Gefahr, dass ein eingeschlagener Konstitutionalisierungspfad nur deswegen für legitim gehalten wird, weil er eingeschlagen wurde, ist hier besonders groß. Spontane Konstitutionalisierungsprozesse ohne zurechenbare politische Entscheidungen machen aus der europäischen Rechtsentwicklung eine geradezu naturwüchsige „Evolution“, also eine Entwicklung die weder grundsätzlich verändert noch demokratisch verantwortet werden *kann*. Hierin liegt die Gefahr eines Verfassungsbegriffs, der sich auf Konstitutionalisierung beschränkt.“

Christoph Möllers,

in: v. Bogdandy (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, S. 53