

Macht und Gegenmacht in der Europäischen Verfassung

Zur Arbeit des europäischen Verfassungskonventes

Franz C. Mayer*

Einleitung

Seit Februar 2002 tagt in Brüssel ein Konvent zur Zukunft Europas, der nichts geringeres vorhat, als eine Verfassung für Europa zu entwerfen. So jedenfalls berichten es die Zeitungen und es ist von 1789 die Rede und von Philadelphia, Madison und Hamilton.¹

Was ist passiert? Spätestens mit der Humboldt-Rede des deutschen Außenministers Fischer vom Mai 2000² ist in der Europapolitik die bisher fast durchgehend geübte "semantische Vorsicht"³ im Zusammenhang mit der europäischen Integration verschwunden und allseits von einer europäischen Verfassung die Rede, zumindest aber von einem Verfassungsvertrag.⁴

Die Erklärung des Europäischen Rates von Laeken vom Dezember 2001⁵ formuliert den Auftrag zur Reform der europäischen Gründungsverträge für den Konvent,⁶ für den sich mittlerweile die Bezeichnung Verfassungskonvent etabliert

* Dr. iur., LL.M. (Yale), Humboldt-Universität zu Berlin, Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, fmayer@aya.yale.edu

¹ S. etwa *The Economist* v. 23.2.2002.

² J. Fischer, Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration, FCE-Spezial 2/2000, <<http://www.whi-berlin.de/fischer.htm>>.

³ P. Magnette, Questions sur la constitution européenne, in: P. Magnette (Hrsg.), *La constitution de l'Europe*, 2000, 9, 15.

⁴ Das Reste der semantischen Vorsicht ausstrahlende Konzept eines Verfassungsvertrages, eigentlich ein perplexer Begriff, findet sich insbesondere in britischen Beiträgen zur Verfassungsdebatte. In den Konventsdokumenten wird Verfassung, teils Verfassungsvertrag verwendet. Allgemein im Hinblick auf die EU/EG, D. Grimm, Vertrag oder Verfassung, *StWStP* 1995, 509; s. auch schon C. Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, 63. Wenig überzeugend ist übrigens, dass die neue europäische Verfassung weiterhin durch Protokolle, völkerrechtliche Instrumente also, ergänzt und damit auch verunklart werden soll, s. nur CONV 579/03.

⁵ Schlussfolgerungen, Anhang II: Erklärung zur Zukunft der Union, 15.12.2001, SN 300/01, <<http://www.ue.eu.int>>, die Erklärung 23 zum Vertrag von Nizza wurde hier konkretisiert.

⁶ Zur Arbeit des Konventes seit dem 28.2.2002 s. <<http://www.european-convention.eu.int>>. Die Zusammensetzung wurde durch den ER Laeken (s.o.) festgelegt: 105 Mitglieder, zum Präsidenten wurde Valéry Giscard d'Estaing bestimmt, daneben zwei Vizepräsidenten (Giuliano Amato und Jean-Luc Dehaene), zwei Vertreter der Europäischen Kommission, 15 Regierungsvertreter, je 2 Parlamentsvertreter der 15 Mitgliedstaaten, 16 Abgeordnete des Europäischen Parlaments. Mit eingeschränkter (s. aber CONV 566/03) Entscheidungsbefugnis nehmen ferner teil je ein Regierungsvertreter und je zwei Parlamentsvertreter aus den 13 Beitrittskandidatenstaaten (d.h. einschl. Türkei, Rumänien und Bulgarien). An den Beratungen nehmen auch die Stellvertreter der Konventsmitglieder teil, daneben

hat, zwecks Vorbereitung einer Regierungskonferenz in 2003/2004. Dort wird das Verfassungsthema unter der Überschrift "Der Weg zu einer Verfassung für die europäischen Bürger" offiziell zum Gegenstand der Europapolitik erklärt. Im Juni 2003⁷ sollen die Arbeiten zum Abschluss kommen, soweit es nicht durch die Auswirkungen des Irakkrieges zu Verzögerungen kommt.

Die folgende Regierungskonferenz könnte im 2. Halbjahr 2003 unter italienischer Präsidentschaft einberufen und möglicherweise sogar noch bis Dezember 2003 mit einer die römischen Verträge von 1957 ablösenden Europäischen Verfassung von Rom zum Abschluss gebracht werden. Sie sollte jedenfalls aber noch vor dem Beitritt 10 neuer Mitgliedstaaten im Mai 2004⁸ und den Wahlen zum Europäischen Parlament im Juni 2004 unter irischer Präsidentschaft beendet sein.

Die Schlussberichte von Konventsarbeitsgruppen⁹, die erhöhte Frequenz, mit der Gesamtentwürfe für einen Verfassungstext vorgelegt worden sind¹⁰ und die Arbeit an den konkreten Formulierungen des Konventsergebnisses¹¹ bieten Anlass zu einer vorläufigen Bilanz über die Arbeit des Konvents aus der Sicht des Europäischen Verfassungsrechts.¹²

bestehen etliche Beobachter. Aus Deutschland nehmen teil für den Bundestag J. Meyer, vormals SPD-Fraktion (Stv.: P. Altmaier, CDU/CSU-Fraktion); für den Bundesrat E. Teufel, Baden-Württemberg (Stv.: bis März 2003 W. Senff, Niedersachsen, seitdem W. Gerhards, Nordrhein-Westfalen); für die Bundesregierung anfänglich P. Glotz, vertreten durch Staatssekretär G. Pleuger, nun J. Fischer (Stv.: H.-M. Bury, Staatsminister AA). Als deutsche MdEP nehmen teil K. Hänsch (SPD), E. Brok (CDU), S.-Y. Kaufmann (PDS) (als EP-Stv.: J. Wuermeling, CSU).

⁷ S. zum Zeitplan CONV 586/03 sowie die Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Kopenhagen (Schlussfolgerungen, 12./13.12.2002, SN 402/02, <<http://www.ue.eu.int>>). Das Konventsergebnis soll am 30.6.2003 einem Sondergipfel (Europäischen Rat) übergeben werden. Zahlreiche Konventsmitglieder dringen auf die Einhaltung des Zeitplanes, damit die Ratifizierung des Verfassungsvertrages sich nicht mit den Finanzverhandlungen 2006 überschneidet (CONV 626/03), im Gesamtzeitplan spielt zunehmend auch ein Referendum über die neue Verfassung eine Rolle, s. die Forderung dazu in CONV 658/03.

⁸ Polen, Tschechien, Ungarn, Malta, Zypern, Slowenien, Estland, Lettland, Litauen, Slowakei.

⁹ Dazu unten, Anm. 61.

¹⁰ Eine Übersicht findet sich unten, Anm. 53.

¹¹ S. dazu den Entwurf des Präsidiums der Artikel 1 bis 16 des Teils I der Verfassung bzw. des Verfassungsvertrages (CONV 528/03) v. 6.2.2003, der Artikel 24 bis 33 (CONV 571/03) v. 26.2.2003, des Artikels 31 (CONV 614/03) v. 14.3.2003, der Artikel 33 bis 37 (CONV 650/03) v. 2.4.2003, der Artikel 38 bis 40 (CONV 602/03) v. 14.3.2003, des Artikels 42 (CONV 649/03) v. 2.4.2003, der Artikel 43 bis 46 (CONV 648/03) v. 2.4.2003. Zum detaillierten Teil II der Verfassung Politikbereiche und die Durchführung der Maßnahmen der Union s. den Entwurf der Artikel über den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts in CONV 614/03 sowie den 360 Seiten umfassenden Bericht der Gruppe der von den Juristischen Diensten des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission benannten Experten (CONV 618/03) v. 17.3.2003. Zum Teil III Allgemeine und Schlussbestimmungen s. den Entwurf der Artikel A bis I in CONV 647/03 v. 2.4.2003. S. ferner die Entwürfe von Protokollen über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit und die Rolle der einzelstaatlichen Parlamente in der Europäischen Union (CONV 579/03) v. 27.2.2003.

¹² S. auch den Beitrag des Beraters von Konventsmitglied Erwin Teufel (Bundesrat), Th. Oppermann, Vom Nizza-Vertrag 2001 zum Europäischen Verfassungskonvent 2002/2003, DVBl. 2003, 1.

I. Der Verfassungsbegriff in der Europadebatte

Das Thema "europäische Verfassung" – zuvor im Wesentlichen¹³ in Verfassungstheoriezirkeln diskutiert¹⁴ – ist heute Gegenstand der operativen Europapolitik.

Manche Verfassungsrechtler zögern, weil der Verfassungsbegriff im europapolitischen Raum sich in Inhalt und Funktion weitgehend von den begrifflichen Vorstellungen der Verfassungstheorie abgekoppelt hat.¹⁵ Die Verwendung des Verfassungsbegriffs in der europäischen Integration lässt sich als Teil einer Strategie deuten, in der die EU im Streben nach weiter zunehmender Integration und im Bemühen um größere Akzeptanz des europäischen Projektes immer mehr mit Attributen des klassischen Nationalstaates versehen wird. Der Rückgriff auf das vom Nationalstaat her bekannte Instrumentarium von der Flagge über die Hymne bis eben zur Verfassung überzeugt jedoch nicht ohne weiteres.¹⁶ Man spürt: Die EU ist kein Nationalstaat.¹⁷

Der entscheidende Unterschied zwischen Mitgliedstaaten und EU ist dabei nicht das Merkmal der Hoheitsgewalt. Von der europäischen Ebene geht sehr wohl Hoheitsgewalt im Sinne der Möglichkeit einseitiger Verpflichtung des Einzelnen aus: Europäisches Recht gilt unmittelbar.¹⁸ Entscheidend ist der Unterschied in der Durchsetzungsmacht: Die EU hat keine eigene Vollzugsgewalt und keine Zwangsbefugnisse; keine eigenen Polizisten oder Soldaten. Sie verfügt zwar über Stempelkissen, nicht aber über Schießseisen und muss sich sogar im Bereich des Wettbewerbsrechts, wo die weitreichendsten Exekutivbefugnisse für die Kommission bestehen, im konkreten Fall durch nationale Hoheitsträger begleiten lassen, wenn es um Unternehmensdurchsuchungen, Beschlagnahmen usw. geht.¹⁹ Über Hoheitsgewalt im wörtlichen Sinne – als legitime physische Gewalt der Hoheit, traditionell gebündelt im Gewaltmonopol des Staates – verfügt die EU/EG nicht.²⁰

¹³ S. aber immerhin die Bezugnahme auf eine europäische Verfassung schon in BVerfGE 22, 293 (296) sowie EuGH Rs. 294/83 – *Les Verts/EP*, Slg. 1986, 1339, 1365 (EWG-Vertrag als Verfassungs-urkunde).

¹⁴ S. dazu die Nachweise in VVDStRL 60 (2001).

¹⁵ Skeptisch etwa P. Kirchhof, *Große Entwürfe und kleine Schritte. Die Forderung nach Vereinigten Staaten von Europa* erkennt die Eigenart der EU und den Willen ihrer Bürger, Handelsblatt vom 8.8.2001; ders., *Sprachstil und System als Geltungsbedingungen des Gesetzes*, NJW 2002, 2760, 2761.

¹⁶ S. in diesem Zusammenhang die Überlegungen zur Unionsbürgerschaft bei J.H.H. Weiler, *To Be a European Citizen – Eros and Civilization*, *Journal of European Public Policy* 4 (1997), 495. Allgemein krit. U. Haltern, *Europe Goes Camper. The EU Charter of Fundamental Rights from a Consumerist Perspective*, *ConWEB* 3/2001, <<http://www.qub.ac.uk/ies/onlinepapers/const.html>>.

¹⁷ S. aber G.F. Mancini, *Europe: The Case for Statehood*, *ELJ* 4 (1998), 29 (*Europa: Gründe für einen Gesamtstaat*, *KritV* 1998, 386).

¹⁸ EuGH Rs. 26/62 – *Van Gend en Loos*, Slg. 1963, 3.

¹⁹ S. dazu den Fall EuGH Rs. 46/87 u. 227/88 – *Hoechst*, Slg. 1989, 2859; s. auch EuGH Rs. 94/00 – *Roquette Frères*, Slg. 2002, I-9011.

²⁰ S. hier auch A. v. Bogdandy, *Supranationale Union als neuer Herrschaftstypus: Entstaatlichung und Vergemeinschaftung in staatsrechtlicher Perspektive*, *integration* 4/1993, 210, 211; C. Möllers, *Staat als Argument*, 2000, 272 ff.

Sie ist auf "freiwilliges Mitmachen" angewiesen, weil sie keine Machtmittel hat, um Rechtsverweigerung gewaltsam zu brechen. Diese weiche Stelle der EU/EG wird dadurch, dass man ihr ein als Verfassung bezeichnetes Dokument zuweist, natürlich nicht behoben. Sie zu beheben ist aber auch gar nicht gewollt, weil die EU eben vor allem als Rechtsgemeinschaft konzipiert ist.²¹ Hier liegt der entscheidende zivilisatorische Fortschritt der europäischen Integration, der vor dem Hintergrund des im März 2003 begonnenen Irakkrieges besonders deutlich wird: in der – zumindest vordergründig – rationalen und objektiven Herrschaft des Rechts in den Beziehungen zwischen den europäischen Staaten, die durch einem europäischen Gemeinwohl verpflichtete supranationale Institutionen gewahrt wird und die den Verzicht auf gewaltsame Durchsetzung eigener Interessen bedeutet. Wo frühere Generationen auf die Schlachtfelder geschickt wurden, ringen heute bis zum Morgengrauen Staats- und Regierungschefs miteinander und müssen Staaten sich vor dem Europäischen Gerichtshof oder der Kommission rechtfertigen.

Daneben ist das Abkoppeln der Entscheidungsmacht von der Durchsetzungsgewalt auch ein allgemeines Kennzeichen der Internationalisierung, in der die supranationalen oder außerstaatlichen Träger von (faktischer) Entscheidungsmacht ebenso sehr auf die nationalen Träger der Durchsetzungsgewalt angewiesen bleiben wie letztere von Entscheidungen und Ereignissen insbesondere ökonomischer Natur jenseits ihres Einflussbereiches abhängen.

Nachdem heute Integrationsbefürworter wie –skeptiker²² die europäische Verfassung fordern, hat der Begriff seine Signalfunktion in der politischen Auseinandersetzung allerdings weitgehend verloren. Die Kontroverse um mehr oder weniger supranationale Integration hat sich heute auf andere Platzhalterfelder und Themen mit Signalfunktion verlegt, die die Grundfrage nach mehr oder weniger Integration verdecken.²³ Ein Beispiel ist hier, ob man einen direkt gewählten Kommissionspräsidenten befürwortet oder nicht.²⁴

Dennoch: In den Verheißungen des Begriffs der "europäischen Verfassung" und den Erwartungen, die damit womöglich geweckt werden, liegt eine Gefahr, weil die als freiwillige Rechtsgemeinschaft konzipierte Union in Krisensituationen wo-

²¹ Zur Rechtsgemeinschaft I. Pernice, Der Beitrag Walter Hallsteins zur Zukunft Europas. Begründung und Konsolidierung der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, WHI-Paper 9/01, <<http://www.whi-berlin.de/pernice-rechtsgemeinschaft.htm>>.

²² S. etwa den Verfassungsentwurf des britischen Regierungsvertreters im Konvent P. Hain, "Constitutional treaty of the European Union" (CONV 345/02).

²³ Die Frage nach mehr oder weniger Integration ist dabei deutlich zu trennen von der Frage nach mehr oder weniger Europa: Für bestimmte Mitgliedstaaten bzw. präziser deren Regierungen ist deutlich zu erkennen, dass sie ein – insbesondere nach aussen – starkes Europa befürworten, ohne allerdings die Lästigkeiten unabhängiger Kontrollenrichtungen wie Kommission, Parlament und Gerichtshof damit verbinden zu wollen. Der Gegensatz zwischen großen und kleinen Mitgliedstaaten wird dabei immer deutlicher, s. das Treffen von kleineren Mitgliedstaaten am 1.4.2003 in Luxemburg sowie den Konventsbeitrag von 16 kleineren Staaten Reforming the Institutions (CONV 646/03) v. 28.3.2003.

²⁴ Wobei allerdings die Befürwortung einer Wahl zum Teil von dem Hintergedanken begleitet sein dürfte, dass auf diesen Präsidenten die relative Schwäche des EP ausstrahlen dürfte und ein politischer Präsident auch wesentlich einfacher politisch angreifbar, im Ergebnis also schwächer wäre.

möglich diese Erwartungen nicht wird erfüllen können. Die unterschiedlichen Auffassungen zu Völkerrecht und Multilateralismus in den internationalen Beziehungen, wie sie Anfang 2003 in der Irakfrage zwischen den Regierungen der Mitgliedstaaten deutlich geworden sind, deuten an, wie rasch Verfassungsanspruch und machtpolitische Realität in einen Gegensatz geraten können.²⁵ Die Irakkrise bedroht allerdings die Rechtsgemeinschaft deswegen nicht im Kern, weil die Beachtung des internen europäischen Rechts nicht in Frage steht. Zudem widerlegt die Irakkrise überzeugend die These von der fehlenden europäischen Öffentlichkeit oder einem fehlenden europäischen Demos, nicht nur wegen der überwiegenden europaweiten Ablehnung eines Krieges durch die Unionsbürger, sondern schlicht wegen der über die – durchaus kontroverse – Diskussion der Irakfrage vermittelte europäische Gemeinsamkeit.

Ist es insgesamt trotzdem sinnvoll, von europäischer Verfassung zu sprechen? Ja, weil die europäische Integration Verfassungsdimension aufweist, indem sie über eigenständige Hoheitsgewalt verfügt. Das geschriebene und ungeschriebene Europarecht ist heute in Teilen bereits europäisches Verfassungsrecht.²⁶ Die Verwendung des Verfassungskonzeptes für die EU macht den Unterschied zu herkömmlichen Internationalen Organisationen noch deutlicher. Nicht vereinbar mit Stand und Natur der Integration ist danach die im Konvent diskutierte Aufnahme einer Klausel für den Austritt aus der EU in das Primärrecht. Dass nur Staaten Verfassungen haben könnten,²⁷ ist in der Verfassungsrechtswissenschaft heute weitgehend²⁸ überwunden.²⁹ Und dass die EU eine Verfassungsdimension aufweist, macht sie umgekehrt auch nicht zum Staat, weil ihr eben die eigene Vollzugsgewalt fehlt.³⁰

²⁵ Zur möglichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf die Beachtung des Völkerrechts und der VN-Charta aus Gründen des EU-Rechts s. F.C. Mayer, Für Europäer verboten. Die europäischen Befürworter eines Militärschlages gegen Irak vergessen: Die Grundsätze des EU-Vertrages verbieten die Beteiligung an Angriffskriegen (Kommentar), Die Tageszeitung (TAZ) v. 17.2.2003, 13.

²⁶ S. zu den materiellen Gehalten dieses Europäischen Verfassungsrechts die Beiträge in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003.

²⁷ Schmitt (Anm. 4), 205; J. Isensee, Staat und Verfassung, HStR I, 1987 §13.

²⁸ S. aber C. Hillgruber, Souveränität – Verteidigung eines Rechtsbegriffs, JZ 2002, 1072, und H.H. Rupp, Anmerkungen zu einer Europäischen Verfassung, JZ 2003, 18, beide allerdings ohne nennenswerte Auseinandersetzung mit Gegenmeinungen. Anders P. Kirchhof, Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund, in: v. Bogdandy (Anm. 26), 893.

²⁹ Danach besteht nur soviel Staat, wie eine Verfassung konstituiert, s. A. Arndt, Umwelt und Recht, NJW 1963, 24; ähnlich E. Grabitz, Der Verfassungsstaat in der Gemeinschaft, DVBl. 1977, 786, 790; P. Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft, 2. Aufl. 1998, 620. S. im übrigen die Dokumentation der Streitstände bei A. Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001; s. auch J.H.H. Weiler, The State "über alles", FS Everling, 1995, 1651; zum Staat als "central complex of German constitutional psychology" Ph. Allott, The Crisis of European Constitutionalism: Reflections on the Revolution in Europe, CMLRev. 34 (1997), 439, 444; M. Zürn, The State in the Post-National Constellation, ARENA Working Papers WP 99/35, <<http://www.arena.uio.no>>.

³⁰ Diese Verfassungsdimension in sinnvollen Kategorien zu beschreiben ist Aufgabe der Verfassungsrechtswissenschaft, s. in diesem Zusammenhang das Konzept des Verfassungsverbundes, das die Komplementarität des nationalen und des europäischen Verfassungsrechts erfasst, I. Pernice, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfas-

II. Der Konvent und der Begriff der Verfassung

Wenn aus verfassungstheoretischer Sicht bereits der heute erreichte Stand an Integration Verfassungsqualität aufweist, dann ist die Aufgabe des Konventes Verfassungsverbesserung, nicht Verfassunggebung. Mit der ausdrücklichen Bezeichnung des vom Konvent erarbeiteten Textes als Verfassung³¹ ist dann kein weiterer Integrationsschritt verbunden, sondern die Verdeutlichung der erreichten Integrationsstufe. Nach "Verfassung" besteht keine rechtliche Steigerungsform mehr für die Qualifizierung der Grundlage eines Gemeinwesens. Es geht also nicht wirklich um die Errichtung einer neuen Ordnung, sondern um die Bewahrung und Konsolidierung des Erreichten.

Wer den Konvent in Brüssel einmal bei der Arbeit beobachtet, spürt dann auch wenig von der zu Beginn beschworenen Parallele zum historischen US-amerikanischen Verfassungskonvent von Philadelphia oder gar von "Verfassungsfieber".³² Es herrscht, gefördert durch die Kulisse der nüchtern-ausdruckslosen Architektur der Sitzungsräume im EP oder (für die Arbeitsgruppen) im Ratsgebäude, geschäftige Konferenzatmosphäre, mehr nicht. Der ursprüngliche deutsche Regierungsvertreter Peter Glotz wurde im Oktober 2002 überraschend durch den Bundesaußenminister Joschka Fischer ersetzt. Kurz darauf trat auch der französische Außenminister, Dominique de Villepin, als Regierungsvertreter in den Konvent ein, auch der belgische, griechische und spanische Außenminister sind mittlerweile im Konvent. Damit hat sich im Bereich der Regierungsvertreter das Personal im Konvent zunehmend dem der Regierungskonferenzen angeglichen, zumal terminlich weitgehend gebundene Außenminister an den Arbeitssitzungen nicht regelmäßig teilnehmen können, so dass die Vertretung der Bundesregierung in dem eigentlich als politischen Forum gedachten Konvent faktisch durch die Ministerialbürokratie bzw. ihre Sprechzettel erfolgt, wie es auch für Regierungskonferenzen kennzeichnend war. Dabei war die durch politische Akteure auf Abschlussgipfeln zuletzt (Nizza) nicht mehr auflösbare strukturelle Blockade, in die die von nur mit begrenztem politischen Spielraum agierenden Ministerialbeamten dominierten Regierungskonferenzen offenbar geraten waren, der eigentliche Grund, warum zur Vorbereitung der Regierungskonferenz 2003/2004 ein Konvent eingerichtet wurde.

Ein Unterschied zu den Regierungskonferenzen springt in diesem Kontext allerdings ins Auge, der zu einer skeptischen Deutung der Konventsmethode führt: Bei den bisherigen Regierungskonferenzen wurde die deutsche Position interministeriell abgestimmt.³³ Die deutsche Regierungsposition im Konvent dagegen dürfte

sungsordnung, in: R. Bieber/P. Widmer (Hrsg.), *L'espace constitutionnel européen*, 1995, 225, 261 ff.; ders., *Die Europäische Verfassung*, in: FS Steinberger, 2002, 1319, 1324.

³¹ In diesem Sinne etwa den Verfassungsvorschlag des Konventsmitglieds A. Duff v. 3.9.2002 (CONV 234/02).

³² Ch.-P. Ducancel, *La constitution non écrite du royaume de France etc.*, 1814, 1, zit. nach H. Hofmann, *Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung*, JZ 1999, 1065, 1069.

³³ P.W. Thurner/M. Stoiber, *Interministerielle Netzwerke: Formale und informale Koordinationsstrukturen bei der Vorbereitung der deutschen Verhandlungspositionen zur Regierungskonferenz*

nach dem Personalwechsel noch mehr als bisher nur im Auswärtigen Amt festgelegt werden, unter weitgehender Ausblendung der anderen Ministerien. Da sich an der schon von den Regierungskonferenzen her bekannten Ausblendung des Parlamentes aus den politischen Entscheidungen nichts geändert hat, dies zwar durch wohlwollende gelegentliche Unterrichtung bemäntelt wird, aber auch durch einen Konventsvertreter des Parlaments ohne nennenswerten eigenen Apparat zu Hause und vor allem in Brüssel kaum behoben werden kann, ergibt sich ein merkwürdiger Widerspruch: Beschworen wird zwar ein Mehrwert an Öffentlichkeit, Partizipation, Transparenz und Demokratie durch die Konventsmethode. *De facto* aber wird das Konventsergebnis zunehmend durch einige wenige Angehörige der Ministerialbürokratien in Konventssekretariaten von Außenministerien bestimmt, wobei sogar die Binnenkontrolle und Rationalitätsgewähr durch interministerielle Abstimmung reduziert ist.³⁴ Ein ähnlicher Widerspruch besteht auf Ebene des Konvents selbst: Den öffentlichen Debatten, Jugendkonventen, Anhörungen und Arbeitsgruppen steht die Tatsache gegenüber, dass die entscheidenden Texte vom weitgehend im Verborgenen arbeitenden Konventssekretariat vorgegeben werden. Damit erweist sich möglicherweise als einziger Transparenzgewinn der Konventsmethode gegenüber der Regierungskonferenz, dass die Arbeitsdokumente heute nicht mehr nur unter den Angehörigen der Ministerialbürokratie, womöglich sogar als "Non-papers", zirkulieren, sondern wirklich allgemein zugänglich sind. So lassen sich die Entwicklungen im Konvent letztlich nur nachvollziehen und beobachten, in Anbetracht der Papierflut³⁵ übrigens auch nur mit Mühe. In dieser pessimistischen Deutung der Konventsarbeit kann von einem Zugewinn an Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne eines Pluralismus der Akteure oder einer gesteigerten Legitimation nur begrenzt die Rede sein.

Mit der Aufgabe, die heute bereits bestehende Verfassungsdimension der europäischen Integration im Vorfeld der Erweiterung zu sichern und zu konsolidieren und zugleich für die Unionsbürger sichtbar zu machen, ist es naheliegendstes Ziel der Konventsarbeit, ein neues, übergreifendes Dokument zu verfassen, das die Verfassungsqualität der europäischen Integration bündelt, die Säulenstruktur überwindet und im Übrigen auf den weiterbestehenden, über Jahrzehnte gewachsenen und entsprechend ausdifferenzierten Rechtsbestand verweist. Auf dieses Ergebnis bewegt der Konvent sich mit dem vom Vorsitzenden des Konvents Giscard d'Estaing Ende Oktober 2002 vorgelegten Entwurf eines Verfassungsvertrages³⁶ und den ab

1996, Arbeitspapiere – Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung, Nr. 37, 2001, <<http://www.mzes.uni-mannheim.de>>. S. auch F.C. Mayer, Nationale Regierungsstrukturen und europäische Integration. Verfassungsrechtliche Vorgaben für den institutionellen Rahmen der Europapolitik auf nationaler und europäischer Ebene, EuGRZ 2002, 111.

³⁴ Das Gegenargument, dass genau diese Verfahren die Regierungskonferenzen zuletzt so ineffektiv gemacht haben, liegt auf der Hand.

³⁵ Alleine zum Entwurf der ersten 16 Verfassungsartikel (CONV 528/03) sind mehr als 1000 Änderungsanträge eingereicht worden.

³⁶ CONV 369/02.

Februar 2003 vom Präsidium an den Konvent übermittelten, diesen Entwurf ausfüllenden Formulierungsvorschlägen³⁷erkennbar zu.

Was aber muss der Konvent inhaltlich leisten, um jenseits redaktioneller Begrädigungen bzw. textlicher Straffung³⁸ zu einem möglichst kurzen, lesbaren Text seine Existenz zu rechtfertigen?

Er wird zuallererst daran zu messen sein, ob er die sog. *leftovers* der Regierungskonferenzen von Amsterdam und Nizza auflöst, um den erreichten Stand der Integration in einer größeren Union mit 25 Mitgliedstaaten zu bewahren: Funktionsfähig wird die erweiterte Union nur sein bei einer Ausweitung der Mehrheitsentscheidungen im Ministerrat, verbunden mit einer fairen Stimmengewichtung, flankiert durch einen angemessenen Ausgleich zwischen großen und kleinen Mitgliedstaaten. Überfällig und von Regierungskonferenz zu Regierungskonferenz vertagt ist auch die durchgehende Mitentscheidung des Europäischen Parlamentes in der europäischen Gesetzgebung.

Über redaktionelle Begrädigungen und die Reparatur von Versäumnissen vergangener Regierungskonferenzen hinaus, würde der Verfassungskonvent seinem Namen wahrscheinlich erst dann gerecht, wenn er sich darauf besinnen würde, wozu es bei "Verfassung" eigentlich geht.

Jenseits eines rein formalen Organisationsstatuts "Verfassung" zu definieren – sogar das Grunddokument der Weltgesundheitsorganisation heißt "Verfassung" – hat indessen als die Fundamentalfrage des Verfassungsrechts überaus vielfältige Antworten hervorgerufen.³⁹ Viele halten den Geltungsgrund für entscheidend (Verfassungen als vom Volk gesetzte Ordnung) oder argumentieren mit der Ge-

³⁷ S. oben (Anm. 11). Danach wird es einen allgemeineren Teil I geben, ergänzt durch einen detaillierten Teil II (Politikbereiche), der maßgebliche Teile des bisherigen Primärrechts übernimmt. Teil III soll Allgemeine und Schlussbestimmungen enthalten. Insgesamt wird das Dokument damit mehrere hundert Seiten umfassen, zudem durch Protokolle ergänzt werden. Die Bezeichnung schwankt in den Entwürfen zwischen Verfassung und Verfassungsvertrag, jedenfalls die Verwendung von "Protokollen" gibt indessen den Verfassungsanspruch bereits wieder auf. Die Strategie des Präsidiums, die einzelnen Artikelentwürfe nach und nach preiszugeben und die hochsensiblen Artikel zu den Institutionen und den umfangreichen Teil II (Politikbereiche) bis zum Schluss vorzuhalten, ist nicht ohne Kritik geblieben, weil damit kaum Zeit für eine sinnvolle Arbeit an den konkreten Texten bleibt. Dies ist besonders bedauerlich, weil in sprachlicher und handwerklicher Hinsicht die Artikelentwürfe nicht ohne weiteres überzeugen (s. etwa CONV 650/03 "Das demokratische Leben der Union" mit zahlreichen mißglückten Dopplungen zur Grundrechtecharta). Teil II soll wohl auf derselben Normstufe wie Teil I stehen, anstatt einen technischen Teil im Range unterhalb der Verfassung als Organisationsakt einzuführen. Mit Blick auf Art. 23 GG und das *Maastricht*-Urteil bleiben Vorschläge zur vereinfachten Änderung des Teils II bis hin zur Aufgabe des Einstimmigkeits- bzw. Ratifizierungserfordernisses aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht problematisch. Das gesamte alte Primärrecht wird wohl abgelöst werden (s. CONV 647/03), das Schicksal des Euratom-Vertrages ist allerdings erst spät im Konvent thematisiert worden und politisch umstritten.

³⁸ Dazu liegt bereits eine Studie des Europäischen Hochschulinstitutes v. 15.5.2000 vor (Basisvertrag), <<http://www.iue.it/RSC/EU/Welcome.html>>; s. auch den Grundvertrag für die EU des Münchener CAP, v. 1999, <<http://www.cap.uni-muenchen.de/konvent/grundvertrag.htm>>.

³⁹ S. hier u.a. Hofmann (Anm. 32), 1065; I. Pernice, Carl Schmitt, Rudolf Smend und die europäische Integration, AöR 120 (1995), 100; s. auch C. Möllers, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung. Begriffe der Verfassung in Europa, in: v. Bogdandy (Anm. 26), 1.

schichte (Verfassungen als Ergebnis von Umstürzen, Umwälzungen und Revolutionen; die Verfassung als Festschreibung einer neuen Ordnung).⁴⁰ Man kann auch versuchen, spezifische Funktionen von Verfassung zu identifizieren; Verfassungen als Herrschaftsbegründung oder Herrschaftsbegrenzung,⁴¹ als Ausdruck einer Integrationsordnung⁴² oder als Dezision⁴³ oder ganz allgemein die Verfassung im Stufenbau einer Rechtsordnung mit der Grundnorm zusammen, als Ausgangspunkt des geltenden Rechts⁴⁴ zu beschreiben. Daneben lassen sich vorrechtliche Voraussetzungen von Verfassung wie Staat,⁴⁵ Nation, Demos, Volk, Gesellschaft, gemeinsame Sprache, gemeinsame Öffentlichkeit benennen,⁴⁶ die allerdings ihrerseits in hohem Maße voraussetzungs- und vorklärungsbedürftig, wenn nicht gar weitgehend imaginiert⁴⁷ erscheinen, zudem in ihrer Fixierung auf statische Gemeinsamkeit bis hin zur Homogenität als Orientierung für die verfassungstheoretische Auseinandersetzung mit der Prozesshaftigkeit und Heterogenität, die Europa spezifisch prägt und weiter prägen soll,⁴⁸ wenig brauchbar sind.⁴⁹

Das Hauptproblem einer Annäherung an ein europaweit diskursfähiges Verfassungskonzept dürfte ganz allgemein die Eingebundenheit in unterschiedliche mitgliedstaatliche Sprach-, Denk- und Systemwelten sein, die das Nachdenken über Verfassung bestimmen.⁵⁰ Dennoch gibt es Aspekte, die jedenfalls in Europa durchgängig "Verfassung" kennzeichnen: Was alle Verfassungen organisieren, ist Macht

⁴⁰ S. hierzu die Nachweise bei Hofmann (Anm. 32), 1065, 1074.

⁴¹ Zu Funktionen von Verfassung I. Pernice, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), 147, 158 ff., mwN.; s. auch C. Walter, *Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsordnung*, DVBl. 2000, 1, 8 ff.

⁴² R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, 1928, 57 ff., 78, 189, 195; ders., *Integrationslehre*, in: *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, Bd. 5, 1956, 299.

⁴³ Schmitt (Anm. 4), 3, 23 ff.

⁴⁴ H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, 249 ff.; ders., *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl. 1960, 202 ff.

⁴⁵ S. bereits oben, Anm. 29.

⁴⁶ S. etwa D. Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, JZ 1995, 581; *Erwiderung* durch J. Habermas, *Remarks on Dieter Grimm's "Does Europe Need a Constitution?"*, ELJ 1 (1995), 303; E.-W. Böckenförde, *Staat, Nation, Europa*, 1999; Hofmann (Anm. 32), mwN.

⁴⁷ Zur Nation in diesem Zusammenhang B. Andersen, *Imagined Communities*, 1983.

⁴⁸ S. in diesem Zusammenhang J.H.H. Weilers Prinzip der "constitutional tolerance", das als die einzigartige zivilisatorische Leistung der europäischen Integration beschreibt, den Anderen in seiner "Andersheit" zu akzeptieren, insbesondere das Mehrheitsprinzip jenseits der eigenen politischen Einheit anzunehmen, J.H.H. Weiler, *Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, in: K. Nicolaidis/R. Howse (Hrsg.): *The Federal Vision*, 2001, 54 ff., 62 ff.

⁴⁹ Für die Ansätze, die auf ein gemeinsames Volk oder einen gemeinsamen Demos abstellen nach wie vor gültig die Kritik bei Weiler (Anm. 29). S. in diesem Zusammenhang auch J. Tully, *Strange Multiplicity*, 1995, 183 ff. (Verfassung als kontinuierliche interkulturelle Verhandlung).

⁵⁰ Zum Sprachproblem s. F.C. Mayer, *The Language of the European Constitution – beyond Babel?*, in: A. Bodnar u.a. (Hrsg.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union – German and Polish Perspectives*, iE. 2003. Zu den Verfassungsordnungen in den Mitgliedstaaten s. J. Schwarze (Hrsg.), *Die Entstehung einer europäischen Verfassungsordnung*, 2000 (für sechs Mitgliedstaaten) sowie (für alle Mitgliedstaaten) die Beiträge zur F.I.D.E.-Konferenz 2002, <<http://www.FIDE2002.org>>.

und diese Macht begrenzende Gegenmacht.⁵¹ Macht und Gegenmacht sind Leitthema von Verfassung.

III. Der Stand der Beratungen im Konvent

Gelingt dem europäischen Verfassungskonvent die Orientierung an diesem Leitthema?⁵²

Die Betrachtung der Konventsarbeit und der vom Konventspräsidenten Giscard d'Estaing und von Konventsteilnehmern vorgelegten Gesamtwürfe⁵³ für eine europäische Verfassung sowie der Entwürfe für das Konventsergebnis (s.o.) durch das Prisma von Macht und Gegenmacht ergibt ein durchaus gemischtes Bild. Dies gründet sich zunächst einmal auf allgemein bestehende erhebliche Unsicherheiten darüber, ob und wie der Konvent eigentlich funktioniert. Abstimmungen wurden bisher vermieden, die Aussprachen im Plenum ergeben aufgrund endloser Rednerlisten keine sinnvolle Diskussion. Arbeitsgruppen wurden überaus selektiv eingesetzt – keine Arbeitsgruppe besteht etwa für die Frage institutioneller Reformen. Auch wurden keine klaren Regeln darüber formuliert, wie die Ergebnisse der Arbeitsgruppen weiter verwendet werden, so dass sich der erste Entwurf für eine abschließende Formulierung von Verfassungsartikeln mehr als 1000 Änderungsanträgen ausgesetzt sah, die sämtliche bis dahin abgearbeiteten Fragen erneut aufwar-

⁵¹ Hermann Heller hat schon in der Weimarer Zeit eine durchgängige Tendenz der modernen Verfassungsurkunden ausgemacht, eine objektive Rechtsbeschränkung der Staatsgewalt durchzuführen, zu der auch die Freiheitsrechte des einzelnen beitragen. H. Heller, Staatslehre, 1934, 273; s. auch H. Kelsen: "Die politische Funktion der Verfassung ist: der Macht rechtliche Schranken zu setzen.", Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Die Justiz 6 (1930/31), 576, 577; ähnlich U. Di Fabio, Eine europäische Charta, JZ 2002, 737, 739; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1999, Rn. 31 und 496.

⁵² S. in diesem Kontext auch die Analyse von J.H.H. Weiler, A Constitution for Europe? Some Hard Choices, JCMS 40 (2002), 563.

⁵³ Neben dem Rahmenentwurf des Konventspräsidenten V. Giscard d'Estaing v. 28.10.2002 (CONV 369/02), E. Brok v. 18.10.2002 (CONV 325/02) bzw. v. 6.12.2002 in überarbeiteter Gestalt (CONV 325/1/02, Frascatti-Entwurf), E. Paciotti v. 10.10.2002 (CONV 335/02); R. Badinter v. 26.9.2002 (CONV 317/02). Die Vorstellungen des Auswärtigen Amtes sind skizziert in einem Konventsbeitrag des seinerzeitigen Staatssekretärs G. Pleuger, Arbeitsgruppensdokument WG III WD 11. Die meisten der mittlerweile über 20 Entwürfe der jüngeren Zeit sind dokumentiert auf <<http://www.cap.uni-muenchen.de/konvent/entwuerfe.htm>>, s. die Entwürfe des Europaabgeordneten J. Leinen v. 23.10.2002 (<<http://www.joleinen.de/dokumente.html>>) und einer Freiburger Wissenschaftlergruppe um J. Schwarze (Freiburger Entwurf) (CONV 495/03), daneben den Entwurf der Bundestagsabgeordneten Günter Gloser und Michael Roth, Berliner Entwurf für eine Europäische Verfassung, <<http://www.metpol.de/konvent/>> und den sog. PENELOPE-Entwurf aus der Europäischen Kommission Durchführbarkeitsstudie Beitrag zum Vorentwurf einer Verfassung der Europäischen Union. Arbeitspapier (von François Lamoureux u.a.) v. 4.12.2002, <http://www.europa.eu.int/futurum/documents/offtext/const051202_de.pdf>, s. dazu auch Mitteilung der Kommission v. 4.12.2002 KOM(2002) 728 endgültig, s. auch den eher thesenartigen Entwurf von Konventsmitglied J. Voggenhuber v. 21.1.2003 (CONV 499/03). Allgemein ist zu betonen, dass diese Entwürfe ganz unterschiedlichen Motivationen entspringen, teils politischer, teils juristischer Natur sind, und daher nur begrenzt miteinander verglichen werden können.

fen.⁵⁴ Offene Fragen bestehen zu der Macht des Konventssekretariates, das Textentwürfe formuliert (s. bereits oben) und zu den wahren Intentionen des Vorsitzenden Giscard.⁵⁵ Unklar ist auch, wie es einzuordnen ist, wenn Regierungsvertreter wichtiger Mitgliedstaaten an bestimmten Arbeitsgruppen, etwa zur Gemeinsamen Außenpolitik, einfach nicht teilgenommen haben. Dies führt auf die ungeklärte Frage nach der Änderungsfestigkeit des Konventsergebnisses gegenüber der Regierungskonferenz.

Aber auch in inhaltlicher Hinsicht ist das Bild uneinheitlich: Sicherlich baut beispielsweise die von vielen Seiten erhobene Forderung nach durchgehender Mitentscheidung des Europäischen Parlamentes Gegenmacht zu Rat und Kommission auf. Etliche Themen des Konvents berühren indessen Fragen, bei denen die europäische Ordnung nicht wirklich reparaturbedürftig erscheint. Dies betrifft etwa die Frage der Rechtsverbindlichkeit der Grundrechte-Charta: Obgleich auch Grundrechte sich als Gegenmacht zu hoheitlicher Macht verstehen lassen, besteht hier aus rechtlicher Sicht – zugegebenermaßen nicht unbedingt unter dem Aspekt der Verfassungssymbolik – kein erhöhter Verfassungsbedarf, weil der EuGH bereits heute einen ausreichenden Grundrechtsschutz bietet, wie jedenfalls das deutsche BVerfG wiederholt bestätigt hat.⁵⁶

Es betrifft auch die Frage nach der Kompetenzordnung, weil hier Grenzen dessen bestehen, was Recht in nicht-unitarischen Systemen zu leisten vermag. Grenzen, die auch mit noch so fein zisierten Kompetenzbestimmungen, -katalogen oder -organen nicht überwunden werden können.⁵⁷

Auch die Frage der Beteiligung einzelstaatlicher Parlamente an der europäischen Integration kann letztlich nur auf Ebene der Mitgliedstaaten gelöst werden, insbesondere der Giscard-Vorschlag eines Kongresses, in dem nationale Parlamente in irgendeiner Form zusammentreten, hat nur wenige überzeugt.⁵⁸

Ob es klug ist, europäischen Rechtsakten die Bezeichnung "Gesetz" zuzuweisen⁵⁹ und den gewachsenen Bestand an Handlungsformen über Bord zu werfen, er-

⁵⁴ S. oben (Anm. 11).

⁵⁵ S. dazu die Ansprache Giscard vor dem französischen Parlament v. 3.12.2002 und die kritische Kommentierung durch J. Quatremer, *L'Europe à venir*. VGE conductor, Libération v. 5.12.2002.

⁵⁶ S. BVerfGE 73, 339 – *Solange II*; zuletzt BVerfGE 102, 147 – *Bananenmarktordnung*; der Grundrechtsschutz erfolgt in einem Kooperationsverhältnis zwischen nationalen Gerichten und EuGH, BVerfG, EuZW 2001, 255 – *Teilzeitqualifizierung*; s. zur Grundrechtsrspr. des EuGH aus jüngerer Zeit nur EuGH Rs. C-60/00 – *Carpenter*, Slg. 2002, I-6279; s. allgemein I. Pernice/F.C. Mayer, Grundrechtsschutz und rechtsstaatliche Grundsätze (Nach Art. 6 EUV), in: E. Grabitz/M. Hilf (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, EL 20, August 2002, Rn. 24 ff.; s. auch F.C. Mayer, *La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne*, RTDE 2003, Heft 2 (iE.).

⁵⁷ Dazu F.C. Mayer, Die drei Dimensionen der Europäischen Kompetenzdebatte, *ZaöRV* 61 (2001), 577, mwN.; s. auch A. v. Bogdandy/J. Bast, Die vertikale Kompetenzordnung der Europäischen Union, *EuGRZ* 2001, 441; M. Nettesheim, Kompetenzen, in: v. Bogdandy (Anm. 26), 415.

⁵⁸ S. Giscard-Entwurf (Anm. 53). S. auch die Anmerkungen zu Art. F (Änderung des Verfassungsvertrages) in CONV 647/03.

⁵⁹ So der Vorschlag der Arbeitsgruppe IX (Vereinfachung der Verträge), CONV 424/02; daran anschließend der Entwurf für Artikel 24 bis 33 des Verfassungsvertrages (CONV 571/03) v. 26.2.2003.

scheint fraglich. Auf die Problematik, die die Anwendung staatsnaher Konzepte und Begriffe auf den Nicht-Staat EU mit sich bringt, wurde bereits oben hingewiesen. Durch Umetikettierung alleine lassen sich Akzeptanzprobleme nicht lösen.

Selbst wenn die Frage der *invocatio dei* in der Präambel der Europäischen Verfassung⁶⁰ etwas über die Wertorientierung in Europa aussagt und deswegen ihre Berechtigung hat – insgesamt geht bisher trotz – oder gerade wegen – der Vielzahl an angeschnittenen Themen die Arbeit des Konventes an vielen der eigentlichen Machtfragen vorbei.⁶¹ Möglicherweise ist dies von verschiedensten Akteuren aus den verschiedensten Gründen sogar intendiert. Verschiedene Erklärungen sind denkbar für den sich verstärkenden Eindruck, dass es im Konvent einmal mehr eher um kleine Schritte geht: Vielleicht sind die Defizite der rechtlichen Grundlagen der europäischen Integration gar nicht so groß, vielleicht ist das Zeitfenster für weitreichende supranationale Integration in Europa, das nach den Erfahrungen des 2. Weltkrieges die Gründungsverträge mit ermöglicht hat, schlicht wieder geschlossen. Gerade die jüngsten Vorgänge um den Irakkrieg und daran anschließende Überlegungen um die Wiederbelebung von Kerneuropa- oder Avantgarde-Konzepten machen hier nachdenklich. Problematisch bleibt dann aber jedenfalls die mögliche Relativierung des Verfassungsbegriffs.

1. Der Europäische Rat

Greifbarstes Beispiel für ein Verfassungsdefizit auf europäischer Ebene in den Kategorien von Macht und Gegenmacht ist der Europäische Rat, dem zunehmend mehr Macht zuwächst.

Zwar steht in den Verträgen, dass er nur Impulse gibt und Ziele formuliert. Praktisch ist dies nicht so, weil dieses Gremium der Staats- und Regierungschefs in der Realität heute zunehmend oberstes Beschlussfassungsorgan mit universeller Zu-

S. dazu auch A. v. Bogdandy/J. Bast/F. Arndt, Handlungsformen im Unionsrecht, ZaöRV 62 (2002), 77.

⁶⁰ Zu entsprechenden Vorstößen in den laufenden Debatten kann auf den aus dem französischen Verfassungsprinzip der *laïcité* gegründeten unbedingten Widerstand der französischen Seite verwiesen werden, der bereits in der Debatte um die Grundrechte-Charta artikuliert worden ist, dazu die Stellungnahme des französischen Europaministers v. 26.9.2000, P. Moscovici, <http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/unit/charte/fr/charter03.html>.

⁶¹ S. zum Verlauf der Arbeiten die Schlussberichte der Arbeitsgruppe I (Subsidiarität) v. 23.9.2002, CONV 286/02 WG I 15; Arbeitsgruppe II (Grundrechtecharta) v. 22.10.2002, CONV 354/02/WG II 16; Arbeitsgruppe III (Rechtspersönlichkeit) v. 1.10.2002, CONV 305/02 WG III 16; Arbeitsgruppe IV (Einzelstaatliche Parlamente) v. 22.10.2002, CONV 353/02 WG IV 17; Arbeitsgruppe V (Ergänzende Zuständigkeiten) v. 4.11.2002, CONV 375/1/02 WG V 14; Arbeitsgruppe VI (Ordnungspolitik) v. 21.10.2002, CONV 357/02 WG VI 17; Arbeitsgruppe VII (Außenpolitisches Handeln) v. 16.12.2002, CONV 459/02 WG VII 17; Arbeitsgruppe VIII v. 16.12.2002 (Verteidigung), CONV 461/02 WG VIII 22; Arbeitsgruppe IX (Vereinfachung der Verträge) v. 29.11.2002, CONV 424/02 WG IX 13; Arbeitsgruppe X (Freiheit, Sicherheit und Recht) v. 2.12.2002, CONV 426/02 WG X 14; Arbeitsgruppe XI (Soziales Europa) v. 4.2.2003 CONV 516/1/03 REV 1 WG XI 9 und CONV 516/1/03 REV 1 COR 1.

ständigkeit ist, das in Streitfragen im politischen Entscheidungsprozess der EU als Schiedsrichter auftritt, aber auch immer mehr "Mikromanagement"⁶² betreibt. In gewissem Sinne haben sich die Regierungen hier zunehmend eine intergouvernementale Parallelstruktur für den immer mehr von Mehrheitsentscheidungen im Ministerrat und von unabhängigen, dem supranationalen Interesse verpflichteten Einrichtungen (wie dem EuGH, dem EP und der Kommission) geprägten sog. vergemeinschafteten Bereich geschaffen.⁶³ Bei der Frage nach der Kontrolle des Europäischen Rates stimmen die Interessen der mitgliedstaatlichen Regierungen – nämlich daran, weitgehend kontrollfrei agieren zu können – am wenigsten mit den Interessen der von ihnen jeweils vertretenen Unionsbürger überein. Gegenmacht ist nicht in Sicht: Die Verantwortlichkeit der Mitglieder des Europäischen Rates in ihren jeweiligen nationalen Systemen kann mangels objektiver Information über die Entscheidungsfindung im Europäischen Rat (nichtöffentliche Beratungen) kaum konkret eingefordert werden. Die Jurisdiktion des EuGH etwa über die Kompetenzgrenzen des Europäischen Rates ist in den Verträgen ausdrücklich ausgeschlossen. Die Parallele zu vorkonstitutionellen Zuständen vergangener Jahrhunderte liegt nahe.

Im Konvent wird der Europäische Rat nicht besonders intensiv diskutiert. Möglicherweise war es auch realistischerweise nicht zu erwarten, dass ausgerechnet ein Konventspräsident Giscard d'Estaing hier entscheidende Impulse zur verfassungsrechtlichen Einhegung des Europäischen Rates geben würde, geht doch der Europäische Rat als exklusiver, aber informeller Zirkel der Staats- und Regierungschefs auf eine Initiative von Giscard und Helmut Schmidt aus dem Jahre 1974 zurück.⁶⁴ Die von Giscard aufgenommene Idee eines Europäischen Präsidenten⁶⁵ weist jedenfalls in die falsche Richtung, weil sie das institutionelle Gleichgewicht durch eine Verschiebung zugunsten der Regierungen im Rat nachhaltig beschädigen könnte. Auch anderweitige Vorschläge zur Schaffung eines Europäischen Präsidenten⁶⁶ erscheinen als die gedankliche Verlängerung der unter dem Aspekt der verfassungsrechtlichen Frage nach der Einhegung von Macht problematischen Seiten des Konzeptes "Europäischer Rat".

⁶² So der schwedische Premierminister Persson in einer Rede an der Humboldt-Universität am 18.10.2001, HRE 2001, <<http://www.whi-berlin.de>>, 15. S. allgemein zum Europäischen Rat Ph. de Schoutheete/H. Wallace, *The European Council, Notre Europe, Research and European Issues* No. 19, September 2002.

⁶³ Exit-Optionen in den Kategorien von Albert O. Hirschmann, s. dazu J.H.H. Weiler, *The Transformation of Europe*, Yale L.J. 100 (1991), 2403.

⁶⁴ S. in diesem Zusammenhang M. v. Donat, *Das ist der Gipfel: die EG-Regierungschefs unter sich*, 1987.

⁶⁵ S. Giscard-Entwurf (Anm. 53), nach britischen, französischen und spanischen Vorstößen, s. "EU soll einen Präsidenten erhalten", SZ v. 12.10.2002, 6.

⁶⁶ Seitens des britischen Regierungschefs Blair, des französischen Staatspräsidenten Chirac und des spanischen Regierungschefs Aznar ("ABC-Vorschlag"), s. "EU soll einen Präsidenten erhalten", SZ v. 12.10.2002, 6. Anders die Konzeption der zwei Präsidenten im deutsch-französischen Vorschlag von Chirac und Schröder vom Januar 2003, CONV 489/03.

In die falsche Richtung weist wohl auch der Versuch, die Methode der offenen Koordinierung, mit der jenseits verbindlicher Rechtsakte seitens des Europäischen Rates Politikpräferenzen gesetzt werden,⁶⁷ gleichsam zu kodifizieren,⁶⁸ weil damit die ungesund angewachsene Bedeutung des Europäischen Rates auch rechtlich sanktioniert würde.

Unabdingbar erscheint jedenfalls, den Europäischen Rat endlich der vollen Rechtskontrolle durch den EuGH zu unterstellen.⁶⁹

2. Die Rolle des Gerichtshofes

Ein weiteres Beispiel für ein Defizit in der bisherigen Konventsarbeit ist die fehlende Reflexion über die Rolle des Gerichtshofes (EuGH). Die unmittelbarste Gegenmacht zu politisch machtvollen Institutionen ist in einer Rechtsgemeinschaft ein Verfassungsgericht,⁷⁰ zwar selbst auch eine Macht, aber wohl doch "the least dangerous branch".⁷¹

Diskutiert wurde im Konvent zunächst nur oberflächlich über eine EuGH-Zuständigkeit für eine Grundrechtsbeschwerde.⁷² In Deutschland hat ein vergleichbarer Mechanismus das Verfassungsgericht in eine äußerst machtvolle Position gebracht.⁷³ Mit einer solchen Position könnte der EuGH überfordert werden. Im Konvent fanden sich zur Frage der Macht des obersten Gerichtes und möglicher diese Macht ausbalancierenden Gegenmacht (etwa durch transparente und demokratische Verfahren der Richterwahl) lange Zeit überhaupt keine Äußerungen. Immerhin ist im Februar und März 2003 ein erster "Arbeitskreis" (Cercle I) zum Gerichtshof zusammengetreten, der sich u.a. dem Verfahren zur Ernennung der Richter und Generalanwälte gewidmet hat.⁷⁴ Auch die Vereinfachung des direkten Zugangs des Unionsbürgers zu den europäischen Gerichten ist dort vertieft behan-

⁶⁷ S. im Einzelnen die Definition in den Schlussfolgerungen zum Europäischen Rat von Lissabon, 23./24.3.2000, SN 100/00, <<http://www.ue.eu.int>>, Rn. 37.

⁶⁸ So die Vorschläge aus den Arbeitsgruppen VI (Ordnungspolitik), IX (Vereinfachung) und XI (Soziales Europa), s. oben Anm. 61. Das Präsidium hat in seiner Sitzung v. 2.4.2003 entschieden, keine gesonderte Bestimmung zur offenen Koordinierung vorzusehen.

⁶⁹ Es versteht sich, dass eine klarere rechtliche Kontur des Europäischen Rates nicht mit seiner weiteren Stärkung durch Errichtung eines eigenen Verwaltungsunterbaus für den Europäischen Rat einhergehen darf. S. auch die Kritik an einer Kompetenz des Europäischen Rates für Leitlinien im Bereich Justiz und Inneres in CONV 614/03 (Art. X).

⁷⁰ S. in diesem Kontext auch F.C. Mayer, Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit, in: v. Bogdandy (Anm. 26), 229.

⁷¹ Vgl. A. Hamilton im Federalist 78.

⁷² S. dazu den Schlussbericht aus der Arbeitsgruppe II (CONV 354/02 WG II 16).

⁷³ Zur Rolle der Grundrechte in Deutschland H.-D. Horn, Die grundrechtsunmittelbare Verwaltung, 1999; M. Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999; s. auch E.-W. Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, NJW 1974, 1529; zur möglichen Transformation der EU in eine Grundrechtsunion A. v. Bogdandy, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel, JZ 2001, 157 ff.; zur Gefahr einer Politisierung des EuGH auch H. Schepel/E. Blankenburg, Mobilizing the European Court of Justice, in: G. de Búrca/J.H.H. Weiler (Hrsg.), The European Court of Justice, 2001, 9, 12.

delt worden, ohne dass sich jedoch eine Mehrheit für eine echte Grundrechtsbeschwerde gefunden hätte.⁷⁵ Im Ergebnis scheint es so, dass immerhin eine leichte Verbesserung im Individualrechtsschutz gegenüber der heutigen Rechtslage nach Art. 230 Abs. 4 EG eintreten wird.⁷⁶ Nach wie vor wird aber nicht darüber nachgedacht, was Veränderungen im institutionellen Gleichgewicht, die etwa den Rat zu Lasten der Kommission aufwerten, oder die Kommission politisieren, an Rückwirkungen für das dann im äußersten Fall mit fast der ganzen Last der Wahrung eines übergeordneten Gemeinschaftsinteresses beladene Gericht bedeuten könnte. Der Gerichtshof wiederum hat mit seiner Entscheidung in der Rs. *Carpenter* vom Juli 2002 am Beispiel der Reichweite der europäischen Grundrechte ziemlich klar signalisiert, dass er den erreichten Stand des Europarechts nicht ohne weiteres preisgeben wird.⁷⁷

3. Die Grenzen des Marktes

Ein letztes Beispiel für ein europäisches Verfassungsdefizit in den Kategorien von Macht und Gegenmacht: Die Frage des Verhältnisses zwischen Marktmacht und entsprechender Gegenmacht wird so nicht gestellt. Die derzeitige europäische Verfassungsordnung folgt mit ihren Grundfreiheiten und ihrer Orientierung am freien Wettbewerb dem Leitbild des freien Marktes. Wo die Grenzen des Marktes verlaufen, ob etwa Umweltschutzbelange und andere zwingende Erfordernisse oder sozio-ökonomische Besonderheiten in den Mitgliedstaaten durchweg Einschränkungen der Grundfreiheiten begründen können, ist in weiten Teilen der Rechtsprechung des EuGH überlassen,⁷⁸ und nicht dem europapolitischen Diskurs. Insoweit besteht eine erhebliche "konstitutionelle Asymmetrie".⁷⁹ Immerhin

⁷⁴ S. zum Programm des Arbeitskreises I (Cercle I) CONV 543/03. Die Arbeitskreise sollen in der Endphase der Konventsberatungen Gelegenheit zur Diskussion spezieller Fragen geben, ohne dass eine erneute Arbeitsgruppe eingerichtet wird, weitere Arbeitskreise betreffen das Haushaltsverfahren (II) und die Eigenmittel (III).

⁷⁵ S. im einzelnen CERCLE I WD 08 sowie den Schlussbericht des Arbeitskreises CONV 636/03 CERCLE I v. 25.3.2003.

⁷⁶ Die in der Rs. *Jégo-Quéré* (EuG Rs. T-177/01 – *Jégo-Quéré/Kommission*, Slg. 2002, II-2365, Rn. 41 ff., 50; s. auch Schlussanträge GA Jacobs v. 21.3.2002 sowie EuGH in der Rs. C-50/00 P – *UPA/Rat*, Slg. 2002, I-6677) eingetretene Situation, in der ein europäischer Rechtsakt ohne umgesetzt werden zu müssen in Rechte eingreift, allerdings den Einzelnen nicht im Sinne der Plaumann-Formel unmittelbar und individuell betrifft, somit bisher kein Rechtsschutz nach Art. 230 Abs. 4 EG gewährt wird, würde danach aufgefangen, s. CERCLE I WD 08 Rn. 20.

⁷⁷ S. Anm. 47.

⁷⁸ S. in diesem Zusammenhang etwa die neuen Unklarheiten über die Reichweite einer Rechtfertigung durch Umweltschutzgründe auslösende Entscheidung EuGH Rs. C-379/98 – *Preussen-Elektra*, Slg. 2001, I-2099; krit. auch M. Poiares Maduro, *Europe and the Constitution: What if this is As Good As It Gets?*, ConWEB No. 5/2000, <<http://www.qub.ac.uk/ies>>. Die Bestimmungen zu den Grundfreiheiten werden wohl unverändert übernommen werden, s. etwa zur Warenverkehrsfreiheit Klausel 41 und 42 in CONV 618/03, dem Expertenbericht zu Teil II der Verfassung (Politikbereiche).

⁷⁹ F. Scharpf, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, JCMS 40 (2002), 645. Scharpf denkt über Lösungen für dieses Problem nach und kommt zu dem Schluss,

ist nach einigem Widerstand im Dezember 2002 doch noch eine Arbeitsgruppe "Soziales Europa" eingerichtet worden, allerdings mit einem stark beschränkten Mandat.⁸⁰

Schluss

Die europäische Integration hat maßgeblich zu mehr als 50 Jahren Frieden und Wohlstand in Europa beigetragen. Diese Kapazität unter den Bedingungen einer erweiterten Union zu erhalten, ist das Minimalziel des Reformprozesses bis 2004.

Gelingt darüber hinaus für die erweiterte Union eine Ordnung, in der Macht und Gegenmacht in ähnlich dauerhafter Weise ausbalanciert sind wie in der über 200 Jahre alten US-amerikanischen Verfassung, dann erst könnten die Unionsbürger wirklich von einer Europäischen Verfassung sprechen.

Summary⁸¹

The Balance of Powers in the European Constitution

A Critical Assessment of the Work of the Convention

Drafting a constitution for the European Union was the task given to the European Convention, a body that has been in session since February 2002.

The issue of a "European constitution" was previously a topic in which mainly legal specialists took interest. Today, this issue is high on the political agenda. There is evidence, though, that the use of the term "constitution" in the political arena, and the underlying motives for its use, are quite distinct from the concepts and ideas of constitutional theory. In the political field, referring to a European constitution often appears to be part of a strategy to enhance the legitimacy of the European construct by using hallmarks of the traditional nation state, such as flags, anthems and a constitutional vocabulary.

The problem with this strategy is that the EU is not a nation state. The difference lies not so much in a lack of public powers, which the EU does in fact possess, but in the lack of implementing force, in the very literal sense. The EU depends on voluntary participation, as the legitimate use of force remains a monopoly of the Member States. This "soft underbelly" of the EU cannot easily be overcome by simply calling its basic legal document a constitution. Nevertheless, the EU is a community of law, and in that respect, a community of constitutional dimensions. It could thus be argued that the EU already has a specific, original constitutional order.

dass eine Kombination aus differenzierten "Rahmenrichtlinien" und der Methode der offenen Koordinierung am vielversprechendsten ist.

⁸⁰ CONV 421/02; s. auch den Schlussbericht dieser Arbeitsgruppe (die aus nicht nachvollziehbaren Gründen in den Arbeitsdokumenten lediglich als "Gruppe" bezeichnet wurde) v. 4.2.2003 CONV 516/1/03 REV 1 WG XI 9 und CONV 516/1/03 REV 1 COR 1.

⁸¹ Summary by the author.

If, then, from a theoretical perspective the current state of European integration already has a constitutional dimension, the primary task of the Convention must be to improve that constitution, not to create a new one.

The most likely result of the Convention's work will be a new document, which will try to bring the legal foundations of European integration into a single text. In order to be acknowledged as more than just an exercise in textual editing, however, the Convention's outcome will also have to meet a substantial test. First, the leftovers of the last IGCs must be addressed. In particular, the issue of enhanced majority voting in the Council will need to be resolved for a Union of twenty-five or more Member States. Apart from this most pressing and immediate matter, the Convention will only deserve its name if it can also confront what all constitutions, at the end of the day, must face, and what constitutionalism is all about: the issues of control and the balancing of power by means of counter-powers.

How likely is the Convention to pass this test? The agenda of the Convention offers an unclear picture, as some topics and working groups seem to be rather deflecting the "real" problems of European integration. Neither the status of the fundamental rights charter (the ECJ today already protects fundamental rights), nor the delimitation of competencies (as there are limits to what legal texts can do), or the issue of the role of national parliaments in European integration, or the establishment of a Congress fully address the deficiencies of the current system. Although the *invocatio dei* issue may be of symbolic relevance, in fact the large number of subjects facing the Convention only increases the risk that the real issues of power and the control of power at the European level may go unattended. This result is probably even intended by some governments.

Some examples of accumulated power and its problems in terms of a balance of powers include: 1) The European Council as an institution increasingly engaging in micro-management, but effectively controlled neither at the European nor at the national level; 2) The role of the ECJ, which may well be the "least dangerous branch", but still deserves more attention, and in some respects also support, from the Convention; 3) The limits of the market and of vested interests in the economy, and which power is responsible for setting such limits and controlling such interests.

European integration has contributed to more than 50 years of peace and prosperity in Europe. Maintaining this capacity under the conditions of an enlarged Union will be the minimum success required of the reform process. If, beyond that, the European legal order for an enlarged Union achieves a sustainable balance and control of powers, then, and only then, can Union citizens refer to this order as founded on a European constitution that deserves its name.

