

## Preisträger des Berichtsjahres 2015

Die **Lichtenberg-Medaille** 2015 wurde Herrn DIETER GRIMM, Berlin, vor allem für seine verfassungshistorischen und -theoretischen Arbeiten als Impulsgeber in Recht und Wissenschaft sowie für seine Beiträge zum öffentlichen Diskurs über das Verständnis der Grundrechte und die Europäische Integration überreicht.

Dieter Grimm

### **Eine wenig bemerkte Ursache der europäischen Demokratieprobleme: Die Konstitutionalisierung der Verträge**

(Festvortrag in der öffentlichen Sommersitzung am 12. Juni 2015)



Prof. em. Dr. Dr. hc. mult. Dieter Grimm, Berlin, Preisträger der Lichtenberg-Medaille 2015

*Dass die Konstitutionalisierung der Europäischen Verträge demokratische Kosten verursacht, ist den wenigsten bewusst. Infolgedessen bleibt sie bei der Suche nach Wegen zur Behebung des europäischen Demokratiedefizits meist außer Betracht. Entsprechend kurzfristig fallen die gängigen Reformvorschläge aus.*

Unter Konstitutionalisierung versteht man gewöhnlich einen Prozess, der in eine Verfassung mündet, oder einen Akt, der eine Verfassung in Kraft setzt. Davon lässt sich in der Europäischen Union (EU) jedoch nicht sprechen. Ihre „Verfassung“ besteht aus völkerrechtlichen Verträgen, die von den Mitgliedstaaten abgeschlossen wurden und auch nur von ihnen geändert werden können. Die Verträge sind also kein Akt europäischer Selbstgestaltung. Die EU ist Objekt, nicht Subjekt der Entscheidung. Zu einer Umwandlung der Verträge in eine Verfassung nach staatlichem Muster ist es bisher nicht gekommen. Selbst der gescheiterte Verfassungsvertrag hätte das nicht bewirkt, weil er keine Übertragung der konstituierenden Gewalt von den Mitgliedstaaten auf die EU vorsah. Wenn in Bezug auf die EU von „Konstitutionalisierung“ gesprochen wird, muss also etwas anderes gemeint sein. In der Tat hat man mit dieser Bezeichnung eine Entwicklung auf den Begriff zu bringen versucht, die durch zwei grundlegende Urteile des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Gang

gesetzt wurde und den Europäischen Verträgen Wirkungen beilegte, wie sie gewöhnlich Verfassungen eigen sind.

1963, sechs Jahre nach Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) entschied der EuGH, dass europäisches Recht in den Mitgliedstaaten direkt anwendbar sei. Damit war nicht gemeint, dass die Mitgliedstaaten daran gebunden sind und dass europäische Rechtssetzungsakte keiner Transformation in nationales Recht bedürfen. Das ergab sich bereits aus dem Text der Verträge. Gemeint war vielmehr die davon zu unterscheidende Annahme, dass das europäische Recht überdies den privaten Rechtssubjekten unmittelbar Rechte verleihe, die sie vor den nationalen Gerichten gegen ihre eigenen Staaten einklagen können, wenn sie meinen, dass diese sie missachtet hätten. Offen geblieben war in der Entscheidung, was im Fall eines Widerspruchs zwischen europäischem und nationalem Recht zu geschehen habe. Diese Frage beantwortete der EuGH ein Jahr später dahingehend, dass europäisches Recht Vorrang vor nationalem Recht habe, selbst vor dem höchstrangigen nationalen Recht, den Verfassungen der Mitgliedstaaten. Dem europäischen entgegenstehendes staatliches Recht verlor dadurch automatisch seine Anwendbarkeit.

Die Entscheidungen waren alles andere als selbstverständlich. Im Text der Verträge stand nichts von direkter und vorrangiger Geltung des Gemeinschaftsrechts, und man kann mit gutem Grund vermuten, dass sie in den Mitgliedstaaten nicht gebilligt worden wären, wenn sie Bestimmungen dieses Inhalts enthalten hätten. Sie konnten also nur aus Sinn und Zweck der Verträge hergeleitet werden. Eine solche Herleitung lag damals aber keineswegs nahe. Nach allgemeiner Übung war für die Interpretation völkerrechtlicher Verträge der Wille der vertragsschließenden Parteien maßgeblich, und Bestimmungen, die deren Souveränität berührten, mussten eng ausgelegt werden. Völkerrecht band zudem nur die Staaten, griff aber nicht durch diese hindurch und verlieh den Staatsbürgern keine Rechte gegenüber ihrem Staat. Für den Fall vertragswidrigen Verhaltens von Mitgliedstaaten wiesen die Verträge den Weg des Vertragsverletzungsverfahrens, das die Europäische Kommission vor dem EuGH gegen einen vertragsuntreuen Staat anstrengen konnte. Traten im nationalen Rechtszug Zweifel über die Bedeutung europäischen Rechts auf, war der EuGH auf Anrufung durch die nationalen Gerichte zur Klärung befugt.

Der EuGH befreite sich jedoch von dem damals herrschenden Verständnis, indem er kurzerhand erklärte, dass es sich bei den Europäischen Verträgen nicht um Völkerrecht handele, sondern um ein eigenständiges Recht, das sich von den vertragsschließenden Parteien emanzipiert habe. Daraus schloss er, dass die Verträge nicht wie Völkerrecht, sondern wie Verfassungen auszulegen seien, also nicht am Willen der Vertragsparteien, sondern an einem objektivierten Zweck orientiert und ohne Rücksichtnahme auf die nationale Souveränität. Das Ver-

hältnis der beiden Rechtsmassen zueinander kehrte sich dadurch um. Europäischem Recht war die größtmögliche Effektivität zu sichern, was gleichzeitig bedeutete, dass nationales Recht so weit wie möglich zurückzutreten hatte. Als Hebel dienten insbesondere die vier wirtschaftlichen Grundfreiheiten der Verträge, die der EuGH von objektiven Prinzipien für die Wirtschaftsgesetzgebung in subjektive und einklagbare Rechte der privaten Wirtschaftsakteure umwandelte.

Die extensive Interpretation der Verträge hatte institutionelle Konsequenzen. Sie schlug sich zugleich in einer Ausweitung der Macht des EuGH nieder. Im selben Maß, wie die Reichweite der Verträge wuchs, wuchs auch seine Kontrollbefugnis gegenüber den Mitgliedstaaten. Um sie nutzen zu können, war der EuGH freilich auf Fälle angewiesen. Aber auch dafür war gesorgt. Da die privaten Wirtschaftsakteure aufgrund seiner Rechtsprechung die Unvereinbarkeit von nationalen Regulierungen mit europäischem Recht vor den nationalen Gerichten geltend machen konnten und diese die Frage im Zweifelsfall nach Luxemburg überweisen mussten, machte das Gericht durch seine Rechtsprechung das sog. Vorabentscheidungsverfahren zur ergiebig sprudelnden Quelle von Gelegenheiten, dem Europarecht zur Durchsetzung gegenüber nationalem Recht zu verhelfen.

Hier soll es nicht um die Frage gehen, ob die Urteile in einem juristischen Sinn richtig oder falsch waren. Sie sind akzeptiert worden, und umstritten ist nur noch, ob der Vorrang des europäischen Rechts bedingungslos gilt oder vor dem Identitätskern der nationalen Verfassungen halt macht, wie die Mehrzahl der nationalen Verfassungsgerichte annimmt. Erörtert werden sollen vielmehr die Folgen dieser zurecht als revolutionär bezeichneten Urteile, über die noch immer nichtgenügend Klarheit herrscht. Die unmittelbare Folge der Konstitutionalisierung der Verträge besteht darin, dass das Hauptziel der EWG, die Errichtung des Gemeinsamen Markts, nicht mehr von der Bereitschaft der Mitgliedstaaten abhängig war, nationales Recht den Bedingungen des Binnenmarkts anzupassen. Vielmehr konnten die Europäische Kommission und der EuGH diese Aufgabe nun in eigene Hände nehmen und dabei ihr Verständnis von Integration durchsetzen, das nicht notwendig mit dem der Mitgliedstaaten übereinstimmte. Das Mittel war der Bann allen nationalen Rechts, welches das Gericht als Markthindernis betrachtete.

Alles hing unter diesen Umständen davon ab, welches Integrationsverständnis den EuGH bei seiner Rechtsprechung leitete. Wie sich bald herausstellte, ging er mit missionarischem Eifer an seine Aufgabe und trieb die wirtschaftliche Integration juristisch desto entschlossener voran, je mehr sie politisch stagnierte. So wurde beispielsweise das vertragliche Verbot, die einheimische Wirtschaft vor Konkurrenz aus anderen Mitgliedstaaten zu schützen, vom EuGH nicht nur wie in den Verträgen intendiert antiprotektionistisch, sondern darüber hinaus antiregulatorisch ausgelegt. Das Verbot verlor dadurch seine Konturen. Fast jedes nationale Gesetz kann unter bestimmten Umständen ein Marktzugangshindernis bil-

den und so ins Visier des EuGH geraten, unabhängig davon, ob es protektionistische oder überhaupt wirtschaftliche Ziele verfolgt oder von anderen Gemeinwohlerwägungen getragen ist.

Ähnlich verfuhr der EuGH mit dem Verbot staatlicher Beihilfen an Wirtschaftsunternehmen, wenn dadurch Marktverzerrungen drohen. Er bezog dieses Verbot nicht nur auf privatwirtschaftliche Unternehmen. Vielmehr sah er auch die staatliche Finanzierung öffentlicher Unternehmen der Daseinsvorsorge als Beihilfe an und untersagte sie bei marktverzerrender Wirkung, wieder ungeachtet der Gründe, die für die öffentliche Aufgabenerledigung sprechen, und ungeachtet der Frage, ob der Markt die Leistungen ebenso erbringen kann wie die öffentliche Hand. Viele Privatisierungen ehemals öffentlicher Dienstleistungen gehen auf diese Rechtsprechung zurück.

Für die Mitgliedstaaten hatte das einschneidende Konsequenzen. Ihnen ging nicht nur die Möglichkeit verloren, ihre eigenen Standards für den Konsumentenschutz, den Arbeitsschutz, den Gesundheitsschutz etc. zu definieren sowie darüber zu entscheiden, was sie in eigene Regie nehmen und was sie dem Markt überlassen wollen. Sie mussten es vielmehr auch hinnehmen, dass die Art, in welcher der EuGH von seiner selbst beigelegten Befugnis Gebrauch machte, eine liberalisierende Wirkung hatte, die den politischen Präferenzen und oft auch den Verfassungszielen der Mehrheit der Mitgliedstaaten nicht entsprach. Ein Grund dafür liegt in der bekannten Asymmetrie zwischen positiver und negativer Integration. Negative Integration meint Deregulierung auf der nationalen Ebene, positive Integration Re-Regulierung auf der europäischen Ebene.

Die negative Integration liegt in der Hand von Kommission und EuGH. Sie geht mit einem Federstrich vor sich, durch den nationales Recht automatisch seine Anwendbarkeit verliert. Positive Integration verlangt dagegen europäische Rechtsetzung, an der die Kommission, sämtliche Mitgliedstaaten im Rat und das Europäische Parlament beteiligt sind. Wegen der hohen Konsensschwellen ist sie wesentlich schwerer zu erreichen als die Abschaffung nationalen Rechts. Die Schere, die sich zwischen diesen beiden Integrationsformen auftut, begünstigt strukturell die Liberalisierung der Wirtschaft. Ein weiterer Grund liegt darin, dass die große Menge der Verfahren, die den EuGH erreichen, aus Klagen von Unternehmen hervorgeht, die sich durch nationales Recht in ihrer Unternehmerfreiheit beschränkt fühlen und diese Beschränkungen mithilfe des EuGH zu beseitigen suchen. Wer durch die angegriffenen Regelungen geschützt wird, kann mit seinen Anliegen dagegen nicht zum EuGH vordringen.

Der weitreichendste Effekt besteht aber darin, dass es aufgrund dieser Rechtsprechung nunmehr zwei Wege zur Integration gibt, einen, der in den Verträgen vorgesehen ist und über Vertragsänderungen führt, und einen nicht ausdrücklich vorgesehenen, der über die Interpretation der Verträge führt. Beide Wege unter-

scheiden sich beträchtlich. Auf dem ersten geben die Mitgliedstaaten Kompetenzen an die EU ab. Auf dem zweiten zieht die EU Kompetenzen an sich. Der erste hat ein ausgiebiges Vorbereitungsstadium, in dem in der Regel ein Konvent eingeschaltet und das Europäische Parlament gefragt wird. Die Entscheidung treffen die Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten, deren einstimmiger Beschluss sodann in jedem Land ratifiziert werden muss. Der zweite Weg läuft über die Vertragsinterpretation in einem gerichtlichen Verfahren. Weder der Rat, in dem die Regierungen der Mitgliedstaaten vertreten sind, noch die Parlamente, die nationalen so wenig wie das Europäische, sind daran beteiligt.

Der erste Weg ist politisch. Er geht in der Öffentlichkeit vonstatten. Es sind die demokratisch legitimierten und kontrollierten Organe, welche handeln und ihr Handeln vor ihrer Wählerschaft rechtfertigen müssen. Der zweite Weg ist unpolitisch. Er schließt die demokratisch legitimierten und kontrollierten Organe der Mitgliedstaaten und der EU gerade aus und entzieht sich auch dem Einfluss der Öffentlichkeit. Er führt zu einer schleichenden Umwandlung der EU. Grundlegende Prinzipien der Europäischen Verträge, nämlich das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung, wonach die EU nur diejenigen Kompetenzen hat, die ihr von den Mitgliedstaaten ausdrücklich übertragen wurden, und die Kompetenz-Kompetenz, wonach über die Kompetenzverteilung allein die Mitgliedstaaten entscheiden, werden auf diese Weise unterhöhlt.

Die Rechtsprechung des EuGH wird gern als Erfolgsgeschichte erzählt. Und erfolgreich war sie in der Tat. Ohne sie wäre die EU nicht das geworden, was sie heute ist, nämlich ein präzedenzloses politisches Gebilde irgendwo zwischen einer internationalen Organisation und einem Bundesstaat. Gerade das schleichende Vorgehen war die Bedingung der hohen Effektivität der Integration durch juristische Interpretation. Effektivität ist freilich nur ein Aspekt. Legitimität ist der andere. Die keineswegs nur wirtschaftliche, sondern durchaus politische, aber in einem unpolitischen Modus vor sich gehende Integration hinterließ ein legitimatorisches Defizit. Die Unionsbürger sehen sich einem Zustand gegenüber, zu dem sie nie gefragt wurden und auf den sie keinen Einfluss nehmen konnten. Die Folge ist die sinkende Akzeptanz der EU, die das europäische Projekt insgesamt gefährdet.

Allerdings erhebt sich die Frage, warum die Mitgliedstaaten die Entwicklung nicht in eine andere Richtung gelenkt haben, wenn sie meinten, dass sie ihren Interessen und ihren Verfassungsordnungen oft zuwiderlief und keinen Rückhalt in der Bevölkerung fand. Schließlich sind sie die „Herren der Verträge“ und geben als solche der Integration Richtung und Tempo vor. Zum Teil liegt das daran, dass die Integration im unpolitischen Modus der Vertragsinterpretation in Einzelfällen unterhalb der Aufmerksamkeitsschwelle von Politik und Publikum vor sich ging. Einen Anteil hat aber auch die Europarechtswissenschaft, die sich lange mit dem

Projekt der Integration identifizierte, statt es aus kritischer Distanz zu begleiten. Der EuGH konnte sich auf diese Weise stets bestätigt finden.

Die wesentliche Erklärung liefert aber die Konstitutionalisierung der Verträge. Sie ist es, welche die Mitgliedstaaten an einer Korrektur dieses Zustandes hindert, selbst wenn sie und ihre Bürger andere Präferenzen haben oder in der Rechtsprechung die Wurzel schädlicher Entwicklungen sehen. Um das zu erläutern, muss man sich die Eigenart und Funktion von Verfassungen in Erinnerung rufen. Verfassungen legen die grundlegenden Strukturen und Prinzipien einer politischen Einheit fest und nehmen sie aus dem Streit der Konkurrenten um die Staatsführung heraus. Was auf der Verfassungsebene geregelt ist, ist der politischen Entscheidung entzogen. Es ist nicht mehr Gegenstand, sondern Prämisse von Politik. Auf diese Weise sorgen Verfassungen dafür, dass zwischen den Konkurrenten Konsens über die Bedingungen der Konkurrenz herrscht. Damit bewerkstelligen sie, dass die Konkurrenten sich als Gegner, nicht als Feinde verstehen und Machtwechsel friedlich vorstattengehen können.

Voraussetzung dafür ist allerdings die Unterscheidung zwischen den Regeln für politisches Entscheiden und diesen Entscheidungen selbst. Die Verfassung leitet und begrenzt die Politik, erübrigt sie aber nicht. Innerhalb des verfassungsrechtlichen Rahmens gilt das Mehrheitsprinzip. Diese Differenz ist grundlegend für den Konstitutionalismus. Wo man sie aufgibt, setzt man die Vorzüge des Konstitutionalismus aufs Spiel und lähmt den demokratischen Prozess. Der Spielraum für Politik schrumpft. Die Mehrheit kann den Wählerauftrag nicht umsetzen. Vom Wahlausgang hängt nichts mehr ab. Die Entscheidungsgewalt verlagert sich von den demokratisch gewählten und verantwortlichen Institutionen auf die nicht gewählten und dem Wähler nicht verantwortlichen Gerichte. Deswegen gibt es nicht nur das Problem von zu wenig, sondern auch von zu viel Konstitutionalismus. Generell gilt: Je mehr Konstitutionalismus, desto weniger Demokratie.

Gegenstand der Konstitutionalisierung in der EU sind die Verträge. Sie waren nicht als Verfassung gedacht, wirken nun aber wie eine Verfassung, jedoch ohne die Eigenart aufzuweisen, die für Verfassungen charakteristisch ist. Die Verträge beschränken sich nicht auf die Regeln für politische Entscheidungen, sondern treffen diese Entscheidungen zum großen Teil selbst. Sie sind voll von Bestimmungen, die in den Staaten auf der Ebene des Gesetzesrechts angesiedelt wären und folglich jederzeit durch Mehrheitsbeschlüsse im Parlament geändert werden könnten. Das ist der Grund für den Umfang der Verträge, der selbst denjenigen ausführlicher Verfassungen bei weitem übersteigt. Die für den Konstitutionalismus konstitutive Differenz zwischen den Regeln für politische Entscheidungen und den Entscheidungen selbst ist dadurch weitgehend eingeebnet. Statt Politik gibt es Verfassungsvollzug.

Solange die Verträge nicht konstitutionalisiert waren, warfen sie kein demokratisches Problem auf. In ihrer ursprünglichen völkerrechtlichen Geltungsform verpflichteten sie die Staaten, den Gemeinsamen Markt herzustellen. Daher war es sinnvoll, in den Verträgen detailliert zu regeln, welche Pflichten die Staaten hatten und was ihnen im Interesse der Integration nicht mehr erlaubt war. Mit der Konstitutionalisierung wurden die Staaten an den Rand gedrängt. Die Entscheidungsmacht ging von den „Herren der Verträge“ auf die exekutiven und judikativen Organe der EU über. Dort wurden sie nicht nur in einem unpolitischen Modus, fernab von dem demokratischen Prozess in der Europäischen Union und in den Mitgliedstaaten getroffen. Sie konnten von den demokratisch legitimierten und verantwortlichen Institutionen aber auch nicht mehr geändert werden, selbst wenn diese darin weder ihre Intentionen beim Vertragsschluss noch die Präferenzen der Bürger wiedererkannten.

Durch die Konstitutionalisierung der nicht nach Art einer Verfassung geschriebenen Verträge immunisierten sich die Kommission und der EuGH vielmehr gegen jede Korrektur im demokratischen Prozess. Als einziger Weg zur Umprogrammierung der exekutiven und judikativen Institutionen der EU bleibt den Mitgliedstaaten die Vertragsänderung. Doch erfordert diese einen einstimmigen Beschluss der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten sowie die nachfolgende Ratifikation in jedem Mitgliedstaat. Die Korrektur einer Rechtsprechungslinie, so einschneidend ihre Wirkung auch sein mag, ist in diesem Verfahren so gut wie unerreichbar. Hier liegt das eigentliche Demokratieproblem der Europäischen Union. Das am häufigsten empfohlene Mittel zur Behebung des europäischen Demokratiedefizits, nämlich die Aufwertung des Europäischen Parlaments zum zentralen Akteur der EU, ginge an diesem Problem völlig vorbei, denn auch das Parlament steht nicht über, sondern unter den Verträgen, und Wahlausgänge bleiben gegenüber allem, was auf der vertraglichen Ebene geregelt ist, folgenlos.

Diese Problematik lässt sich daher nur durch eine Repolitisierung der Entscheidungsverfahren beheben. Dazu ist es nicht nötig, die Konstitutionalisierung der Verträge rückgängig zu machen. Wohl aber ist es nötig, die Verträge, wenn sie denn schon konstitutionalisiert worden sind, auch nach Art einer Verfassung einzurichten, also auf diejenigen Vorschriften zu beschränken, die ihrer Funktion nach Verfassungsrecht sind, während der große Rest auf die Ebene von Gesetzesrecht, europäisch gesprochen Sekundärrecht, abgestuft wird. Dadurch würde sich keine Vorschrift ändern, aber die Immunisierung der nicht-demokratischen Institutionen der EU gegen demokratische Korrekturen ihrer Entscheidungen wäre aufgehoben. Juristisch ist diese Lösung einfach, politisch ist sie schwer, jedenfalls solange nicht einmal erkannt ist, dass die europäische Akzeptanzproblematik hier ihre wichtigste Wurzel hat.