



*Jean - Monnet - Lehrstuhl
für Europäische Integration*

Freie Universität



Berlin

Berliner Online-Beiträge zum Europarecht Berlin e-Working Papers on European Law

herausgegeben vom
edited by

Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Europarecht
Chair of Public Law and European Law

Prof. Dr. Christian Calliess, LL.M. Eur
Freie Universität Berlin

Nr. 70

02.11.2011

Hans Michael Heinig:

**Unionsbürger – Europäische Verfassung – nationale Referenden:
Kommt hier zusammen, was nicht zusammengehört?**

Zitiervorschlag:

Verfasser, in: Berliner Online-Beiträge zum Europarecht, Nr. 1, S. 1-17.



Prof. Dr. Hans Michael Heinig*

Dieser Beitrag beruht auf dem Vortragsmanuskript für ein Streitgespräch, das der Verfasser mit Prof. Dr. Christian Calliess am 05. Dezember 2008 bei den Berliner Gesprächen zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht geführt hat.

Unionsbürger – Europäische Verfassung – nationale Referenden: Kommt hier zusammen, was nicht zusammengehört?

Thetisch gehaltener Impuls für ein Streitgespräch mit Christian Calliess

I. Multidimensionalität des Verfassungsbegriffs und die Europäische Verfassung

1. Das Nachdenken über Verfassungen und Verfassungsrecht hat bekanntlich Tradition. In dieser Tradition lassen sich mannigfache Verfassungsdimensionen kenntlich machen.¹ So kann man mit Görg Haverkate zwischen einem formellen und einem materiellen Verfassungsverständnis unterscheiden:² Verfassungen lassen sich begreifen als Organisationsstatut und als Festlegung einer Staatsideologie oder als Ensemble an normativen Bindungen der Staatsgewalt an die Grundsätzen der Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Gewaltenteilung, also die Kernelemente des liberalen Verfassungsstaates. Überaus wirkmächtig ist auch die von Carl Schmitt in den verfassungstheoretischen Sprachgebrauch eingeführte Unterscheidung zwischen Verfassung (als einem normativen Gesamtzustand) und dem einzelnen Verfassungsgesetz.³ Schon in diesen kurzen Hinweisen wird sichtbar, dass uns in der wissenschaftlichen Reflexion über Verfassungen diese stets im Plural, in der Unterscheidung von Entstehungsbedingungen, Bedeutungsschichten, Funktionen und Gehalten, begegnen. Gerade das macht den Reiz der Verfassungstheorie im Allgemeinen und des europäischen Verfassungsdiskurses im Besonderen aus. Der Verfassungsbegriff ist notwendig mehrdimensional angelegt.

2. Die Debatte um ein europäisches Verfassungsrecht konnte an etablierte verfassungstheoretische Differenzierungen anknüpfen und sie ihrerseits fortentwickeln. Weitergehend kann man sagen: die Debatte um ein europäisches Verfassungsrecht beruht geradezu auf in anderem Kontext vorgenommenen konstitutionstheoretischen Grundunterscheidungen, um dann auf dieser Grundlage ihrerseits den Verfassungsdiskurs zu bereichern. Man erinnere sich nur an die Anfänge der (vor allem in den 1990er Jahren virulent gewordenen) Debatte darüber, ob das Primärrecht der Union nicht eine Verfassung darstellt, die Europäische Union also eine Verfassung hat, obwohl es ihr auch ein einem so titulierten Textkorpus mangelt. Die Frage

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, insb. Kirchenrecht und Staatskirchenrecht an der Georg-August-Universität Göttingen.

¹ Näher etwa Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 2. Aufl. 1994, S. 11 ff.; Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung, 1994.

² Haverkate, Verfassungslehre: Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung, 1992, S. 10 ff.

³ Schmitt, Verfassungslehre, 1993, S. 23.

wurde in der Rechtswissenschaft bekanntlich durch Anknüpfung an „Verfassungsfunktionen“ zunehmend positiv beschrieben.⁴ Die europäischen Verträge wiesen, so die Argumentation, wie die aus dem Kontext der Nationalstaaten bekannten Verfassungen Funktionen der Hierarchisierung, der Herrschaftsbindung und Herrschaftsorganisation sowie der Grund- und Wertentscheidungen auf, ergo bilden sie Verfassungsrecht. Infolge der Anknüpfung an eine bestimmte Dimension des Verfassungsdenkens, der Funktion, etablierte sich zugleich die Einsicht, dass auch nichtstaatliche, Hoheitsgewalt ausübende Entitäten verfassungsfähig sind.⁵ Ein wichtiger, weil produktiver Mehrwert des europäischen Verfassungsdiskurses der letzten Jahre liegt gerade in der damit vollzogenen Verabschiedung des rein staatszentrierten Verfassungsdenkens.

II. Unionsbürgerschaft als Teil des europäischen Verfassungsdiskurses

Das Konzept der Unionsbürgerschaft war von Anfang an Teil des europäischen Verfassungsdiskurses. Genauer: der Bürgerschaftsdiskurs und der Verfassungsdiskurs stützten und stärkten sich wechselseitig, ergänzt um den zur gleichen Zeit an Bedeutung gewinnenden Diskurs über fragmentierte und kompositale, nationale und europäische Identitäten.⁶ In der Rechts- und sonstigen Europawissenschaft wurde die rechtstechnische Realisierung der Unionsbürgerschaft durch den Vertrag von Maastricht zunächst als unambitioniert und unvollständig wahrgenommen. Doch das Bürgerschaftskonzept diente – auch im Zusammenspiel mit dem Verfassungsgedanken – alsbald als Projektionsfläche für weitergehende Integrationsvorstellungen. Die Unionsbürgerschaft dynamisierte sich – unter kräftiger Mithilfe des Europäischen Gerichtshofs – zu einem über den bloßen Textbefund weit hinausreichenden Versprechen der bürgerlichen Gleichheit und Solidarität. Man denke nur an die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu Exportpflichten und zu Ausschlussverboten bei Sozialleistungen in Aufnahme- und Herkunftsstaaten.⁷ Generalanwalt Jacobs brachte 1993 unmittelbar nach der Einführung der Unionsbürgerschaft mit den drei kurzen lateinischen Worten – „Civis Europeus Sum“ – sehr bewusst eine europäische Identität, europäische Bürgerrechte und politische sowie solidarische Teilhabe umfassenden Assoziationsraum zum Schwingen,⁸ der mit der spröden Bezeichnung „Grundfreiheit ohne Markt“⁹ wohl nur unzureichend erfasst wird.

⁴ Siehe im Überblick Heinig, JZ 2007, 905 (907) m.w.N.

⁵ Anders etwa Isensee, Staat und Verfassung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, 2004, Rn. 46 ff.

⁶ Zum Identitätsdiskurs aus rechtswissenschaftlicher Sicht etwa Droege, Identität und Integration in Europa – die Europäische Verfassung als Kulturverfassung, in: Becker u.a. (Hrsg.), Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa, 2005, S. 104 ff.; v. Bogdandy, VVDStRL 62 (2003), S. 156 ff.

⁷ EuGH, Rs. C-224/98, Marie-Nathalie d’Hoop ./ Office national de l’emploi, EuGH-Slg. 2002, I-6191, Rn. 28; EuGH, Rs. C-184/99, Rudy Grzelczyk ./ Centre public d’aide sociale d’Ottignies-Louvain-la-Neuve, EuGH-Slg. 2001, I-6193, Rn. 31; EuGH, Rs. C-209/03, Dany Bidar ./ London Borough of Ealing, EuGH-Slg. 2005, I-2119, Rn. 31; im Überblick Heinig, ZESAR 2008, 465 ff.; ders., Europäisches Sozialverwaltungsrecht, in: Terhechte (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht, 2009, i.E.

⁸ EuGH, Rs. 168-91, Christos Konstantinidis ./ Stadt Altensteig und Landratsamt Calw – Ordnungsamt, EuGH-Slg. 1993, I-1191, Schlussanträge Generalanwalt Jacobs, 09.12.1992, I-1198; siehe hierzu auch Haltern, Europarecht: Dogmatik im Kontext, 2. Aufl. 2007, Rn. 1359.

⁹ So Wollenschläger, Grundfreiheit ohne Markt, 2006 für die Unionsbürgerfreizügigkeit.

Die Interdependenzen aus demokratischer und sozialpolitischer Bürgerschaft im Übergang zu einem europäischen Bund hatte Jürgen Habermas 1998 im Horizont der damaligen Zeit in seinem Aufsatz „Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie“ anschaulich nachgezeichnet. Er forderte einen durch eine europäisierte demokratische Öffentlichkeit vermittelten Lernprozess, der „zu einer europäisch erweiterten Solidarität von Staatsbürgern führen soll“¹⁰, der, mit anderen Worten, „auf den Nationalstaat beschränkte staatsbürgerliche Solidarität ... auf die Bürger der Union derart“ ausdehnt, „daß beispielsweise Schweden und Portugiesen bereit sind, *füreinander* einzustehen“¹¹. Ganz in diesem Sinne sah der Europäische Gerichtshof dann aus Unionsbürgerschaft heraus die Angehörigen des Aufnahmemitgliedstaates zu einer bestimmten finanziellen Solidarität mit denen der anderen Mitgliedstaaten verpflichtet (Grzelczyk).¹²

III. Neue Skeptiker, neue Referenztheorien: Verfassungskritik jenseits der Staatszentrierung

1. Nur wenige Jahre nach dem Ausrufen der postnationalen Konstellation schlägt Habermas, und nicht nur er, in dem Langessay „Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?“ (2004) einen anderen Ton an. Staatsbürgerliche Solidarität wird nun als ein Phänomen wahrgenommen, das nicht „beliebig über die Grenzen des Nationalstaates hinaus erweitert werden kann“¹³; zugleich wird der nationale Verfassungsstaat im Verhältnis zu supranationalen Organisationen zu einem unverzichtbaren Legitimationsschanier erklärt, da hinreichende demokratische Meinungs- und Willensbildungsprozesse „allein in Verfassungsstaaten ... voll institutionalisiert werden können“.¹⁴ In der weit über die Fachgrenzen hinaus wahrgenommenen Auseinandersetzung mit Dieter Grimm Mitte der 1990er Jahre über den Verfassungsbedarf des supranational verfassten Europas war Habermas hingegen noch zuversichtlich, dass sich der politisch notwendige Kommunikationszusammenhang schon einstelle, „sobald er verfassungsrechtlich angebahnt wird.“¹⁵

¹⁰ Habermas, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation, 1998, S. 150.

¹¹ Habermas, Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in: ders., Die postnationale Konstellation, 1998, S. 150.

¹² EuGH, Rs. C-184/99, Rudy Grzelczyk ./ Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve, EuGH-Slg. 2001, I-6193, Rn. 29 ff.

¹³ Habermas, Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts noch eine Chance?, in: ders., Der gespaltene Westen, 2004, 113 (137).

¹⁴ Ebenda (140). An anderer Stelle heißt es: „Die Anwälte einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts müssen, wenn sie die Demokratie nicht ganz abschreiben wollen, wenigstens Modellvorstellungen für ein institutionelles Arrangement entwickeln, das neuen Formen des Regierens in entgrenzten Räumen eine demokratische Legitimation sichern kann. Auch ohne den Rückhalt staatlicher Souveränität müsste sich das gesuchte Arrangement an die bestehenden, aber unzureichenden Legitimationswege des demokratischen Rechtsstaats anschließen, diese jedoch durch eigene Legitimationsleistungen ergänzen.“ – Jürgen Habermas – Konstitutionalisierung des Völkerrechts und die Legitimationsprobleme einer verfassten Weltgesellschaft, in: Winfried Brunner / Ulfrid Neumann / Stephan Kirste (Hrsg.) – Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert, 1. Aufl., Suhrkamp, Frankfurt am Main (2008), S. 360 ff., S. 362.

¹⁵ Habermas, Braucht Europa eine Verfassung?, Eine Bemerkung zu Dieter Grimm, in: ders., Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie, 1996, S. 191.

2. Die Verschiebung in Habermas' Überlegungen vom staatstranszendierenden Verfassungsoptimismus hin zu einer Art demokratietheoretisch motiviertem Staatskonservatismus steht pars pro toto für die in den letzten Jahren zunehmende Kritik an dem sehr erfolgreich, aber unterkomplex geführten europäischen Verfassungsdiskurs der 1990er und frühen 2000er Jahre.¹⁶ Aus dem deutschen Schrifttum seien in diesem Zusammenhang drei Beiträge ausdrücklich hervorgehoben:

- Christoph Möllers' demokratietheoretische Kritik an einem rein funktionalen und damit gegenüber der eingangs diagnostizierten Multidimensionalität reduktionistischen Verfassungsverständnis. Verfassungsrecht diene, so Möllers in Anlehnung an Niklas Luhmann, nicht nur der Verrechtlichung der Politik, sondern auch der Politisierung des Rechts; der normative Verfassungsbegriff dürfe deshalb nicht auf die anspruchslose Legitimierung der „integration through law“-Strategie reduziert werden, sondern müsse sein demokratisches als kritisches Potential bewahren.¹⁷

- Ulrich Halterns kulturtheoretische Erinnerung an die die reine Rechtstechnè überschießende Erinnerungs- und Sinnstiftungsdimension der Verfassung, die das europäische Primärrecht gerade nicht aufweise,¹⁸

- und schließlich Matthias Jestaedts geltungstheoretische Kritik an der inzwischen fest etablierten Rede von einem die mitgliedstaatlichen und die europäische Rechtsebene umfassenden Verfassungsverbund.¹⁹

Gemeinsam ist allen drei Anfragen, dass sie gerade nicht in der Tradition älterer, staatszentrierter Integrationslimitation stehen. Sie kommen nicht von „Neoetatisten“ (Christoph Schönberger). Maastricht ist für die neue Skepsis gegenüber einem politisch und theoretisch allzu gefälligen europäischen Verfassungsdiskurs kein „Staatsstreich“,²⁰ der Nationalstaat keine unverzichtbare Verfassungsvoraussetzung. Neue Referenztheorien werden für die Inventur der Debatten über das europäische Verfassungsrecht bemüht: bei Haltern der cultural turn in der amerikanischen Verfassungstheorie, bei Möllers die Diskurs- als Demokratietheorie, bei Jestaedt die Wiener Schule des Neukantianismus.

IV. Nach dem Ende des Verfassungshypes: Neuverteilung der Argumentationslast

1. In der europarechtswissenschaftlichen Deutung des europäischen Primärrechts als transnationales Verfassungsrecht war ihre integrationspolitische Translation und Transformation angelegt. Ende der 1990er Jahre waren die Möglichkeiten einer primär ökonomischen Integration ausgereizt. Zugleich stand die Erweiterung der Europäischen Union nach Mittel- und Osteuropa vor der Tür. Die Frage nach der Finalität der Union wurde dadurch dringlicher denn je. In dieser Situation schienen Bürgerrechte und Verfassunggebung die geeigneten Instrumente,

¹⁶ Näher Heinig, JZ 2007, 905 (906 f.).

¹⁷ Möllers, in: v. Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 1 (4 ff.); vgl. nun ders., in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 227 ff.

¹⁸ Haltern, Europarecht und das Politische, 2005 und öfter.

¹⁹ Jestaedt, in: GS Blomeyer, 2004, S. 637 ff.

²⁰ So noch Huber, Maastricht – Ein Staatsstreich?, 1993.

neue integrationspolitische Impulse zu setzen. Aus der gedeuteten Verfassung sollte eine deklarierte Verfassung werden. An die Stelle der über die Heuristik des Funktionalen vermittelten Konstitutionalisierung sollte die formelle, von einem Überschuss an Sinn und Sinnlichkeit getragene Konstitutionalisierung treten. Auf den ersten Blick schien dies eine gute Idee, um, wie es in eigentümlich obrigkeitlicher Diktion hieß, „Europa dem Bürger näher zu bringen“. Mit der Europäischen Union sollten in der öffentlichen Wahrnehmung nicht länger nur die mit dem haut goute des Neoliberalismus versehenen Marktfreiheiten und Wettbewerbsregeln verbunden werden, sondern demokratische Mitbestimmung, Gleichheit und soziale Sicherheit – Verfassunggebung als europäischer Sinnfindungsprozess, ja als Stiftung eines neuen Gemeinwesens. Mit dem Beginn der Arbeiten an einer Verfassung für Europa schienen die Vereinigten Staaten von Europa am Horizont auf; im Verfassungskonvent imaginierten die Protagonisten ein neues Philadelphia. Dazu passte die im Entwurf des Verfassungsvertrages mit Bestimmungen zu Fahne, Hymne und Feiertag vorgesehene Ausstaffierung aus dem Fundus des „Verfassungskitsches“ (wie Ulrich Haltern das Reservoir symbolischer Artefakte des klassischen Verfassungsstaates bezeichnet).²¹

2. Zugleich wurden die anfänglichen Integrationsphantasien im Alltag des Verfassungskonventes kleingearbeitet und damit depotenziert. Statt einer „Verfassung“ wurde ein „Verfassungsvertrag“ verabschiedet, ein eigentümliches Hybridwesen, sowohl Verfassung wie völkerrechtlicher Vertrag. Dieser Verfassungsvertrag scheiterte schließlich an Referenden in Frankreich und den Niederlanden (und an gar nicht erst abgehaltenen Referenden in weiteren Mitgliedstaaten). An seine Stelle trat der Reformvertrag von Lissabon: ohne weitausgreifende narrative Präambel, ohne Hymne und Flagge, ohne den Verfassungsbegriff im Namen, ohne Neubezeichnung der gesetzlichen Handlungsformen, ohne ausdrückliche Verankerung der Suprematie des Europarechts, ohne Zusammenführung des Vertragswerks in einen einheitlichen Vertrag, aber mit den im Verfassungsvertrag vorgesehenen institutionellen Reformen.

3. Die Kritiker des wissenschaftlichen Verfassungsdiskurses finden sich durch das Scheitern des Projektes einer expliziten und substantiellen Konstitutionalisierung zunächst einmal bestätigt. Insbesondere die kulturtheoretische Rekonstruktion von spezifischen Verfassungskontexten, von in Verfassungstexten abgelagerten historischen Sedimenten und von der Produktiv- und Destruktivkraft des über Rechtsbeziehungen unter Gleichen hinausweisenden Politischen hatte augenscheinlich einen Punkt getroffen. Die Mahnung zur Bedachtsamkeit bei der integrationspolitischen Anlehnung an traditionelle Inszenierungen von Staatlichkeiten scheint im Rückblick angesichts des Scheiterns des Verfassungsvertrages und der daraus gezogenen Konsequenzen für den Vertrag von Lissabon durchaus berechtigt.

4. Wenn nun die Hypothese stimmt, dass das politische Projekt der manifesten Konstitutionalisierung in der wissenschaftlichen Rekonstruktion von latenten Verfassungsfunktionen wurzelt, stellt sich mit dem Scheitern des Verfassungsvertrages zugleich die Frage nach den Konsequenzen für die auf das bestehende (und künftige) Vertragswerk bezogene Rede vom europäischen Verfassungsrecht. In ersten Reaktionen zeigte sich die Europarechtswissenschaft weitestgehend irritationsresistent.²² Die Disziplin schien sich geradezu ostentativ zu weigern,

²¹ Haltern (Fn. 8), Rn. 1161.

²² Symptomatisch Müller-Graff, *Integration* 2007, 223 ff..

die Grundlagen des ja überaus erfolgreich vorangetriebenen Verfassungsdiskurses im Lichte der jüngsten politischen Entwicklung unter Einbezug der neueren rechtswissenschaftlichen Anfragen noch einmal zu reflektieren.²³ Diese Haltung hat mich 2007 zu einer Polemik in der Juristenzeitung veranlasst,²⁴ die dann Christian Calliess zu einer harschen Reaktion motivierte²⁵ und in der freundliche Einladung mündete, die Kontroverse an dieser Stelle fortzusetzen. Dazu will ich die SchlussThese meines Beitrags aus der JZ noch einmal aufgreifen. Sie zielt darauf, dass man angesichts der Absage an das politische Verfassungsprojekt nicht unbefangen an der Rede vom europäischen Verfassungsrecht festhalten kann. Zur *Façon de parler* der Zeit vor dem Verfassungskonvent führt kein Weg zurück, so wie man bekanntlich nicht zweimal in den gleichen Fluss steigen kann; der Verfassungsbegriff auf europäischer Ebene ist durch den Versuch umbesetzt worden, an die Stelle eines rein funktionalen Verfassungsverständnisses (so die Deutung des Primärrechts) ein komplexeres, multidimensionales (in Form des Verfassungsvertrages) zu etablieren. Der Prozess der ausdrücklichen Konstitutionalisierung und sein Scheitern wirft deshalb die Frage nach einer gegenstandsadäquaten Semantik des Europarechts unter veränderter Argumentationslastverteilung neu auf. Das funktionale Verfassungsverständnis behält zwar seinen heuristischen Wert; doch zugleich wurden die Grenzen dieses Ansatzes im Zuge der formellen Konstitutionalisierungsbemühungen noch einmal offensichtlich: Das funktionale Äquivalent zu einer Verfassung ist eben doch nur ein Äquivalent und keine Verfassung – oder systemtheoretisch gesprochen: die Funktion ersetzt nicht die Codierung.²⁶

Deshalb ist auch das Bild des Verfassungsverbundes in seiner überkommenen Form nicht unproblematisch. Er fügt zwei unterschiedliche Komposita zusammen, ohne diese Differenz offenzulegen: die europäische Rechtsebene, auf der das Primärrecht lediglich als Verfassungsrecht fungiert (funktional), und die mitgliedstaatliche Rechtsebene, in der die komplexe Mehrdimensionalität der Verfassung (die über die für das Primärrecht typischen Funktionen hinausweist) auf ganz andere Weise eingezeichnet ist. Die Eigentümlichkeiten und Eigenarten sowohl der supranationalen wie der nationalstaatlichen „Verfassungsebene“ werden durch den Begriff des Verfassungsverbundes verschliffen, ignoriert, ja invisibilisiert.

5. Freilich setzt die Forderung, der nach dem Scheitern des Verfassungsvertrages ausgerufenen politischen Reflexionsphase eine semantische Reflexionsphase in der Wissenschaft vom Europarecht folgen zu lassen, voraus, dass das Primärrecht nach dem EUV (a.F.) und EGV sowie das gescheiterte Verfassungswerk einerseits und der Verfassungsvertrag und die reformierten Verträge in der Lissaboner Fassung andererseits tatsächlich in *Puncto* Verfassungsformat signifikante Unterschiede aufweisen. Gerade darüber wäre zu diskutieren: Stellt der Verfassungsvertrag vielleicht doch nur einen falsch deklarierten weiteren Reformvertrag, also gerade keinen Versuch einer weitergehenden Konstitutionalisierung dar? Dann wäre der eu-

²³ Vgl. derweil freilich z.B. Terhechte, *Europarecht* 2008, 143 ff.; von Bodgandy/Bast, *Der verfassungsrechtliche Ansatz und das Unionsrecht*, in: dies. (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, S. 1 ff.

²⁴ Heinig, *JZ* 2007, 905.

²⁵ Calliess, *Mitverantwortung der Rechtswissenschaft für die Verwendung des Verfassungstopos – Die Europäische Verfassung als Opfer der symbolischen Tragweite des Begriffes?*, in: Pernice (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung? Kolloquium zum 10. Geburtstag des WIH*, 2008, S. 54 ff.

²⁶ Zur Unterscheidung von Funktion und Code Luhmann, *Soziale Systeme – Grundriß einer allgemeinen Theorie*, 1996, 149 f.

ropäische Verfassungsdiskurs durchgehend von einem funktionalistischen Verfassungsbegriff geprägt, also für einen Paradigmenwechsel durch Neujustierungen im Sprachgebrauch kein Anlass. Und konträr dazu: zeichnet sich der Lissabonner Vertrag nicht gerade dadurch aus, dass er die politische Substanz des Verfassungsvertrages bewahrt? Umschließt er damit aber nicht auch den politisch, sozial und kulturell komplexeren Verfassungscharakter?

6. Hier bestehen gute Gründe für Distinktionen. Der Prozess einer expliziten und integrationspolitisch gehaltvollen Konstitutionalisierung stellte in seiner Genese und Ambition mehr als eine bloße Vertragsreform dar, wiewohl sich sein Ergebnis, der Verfassungsvertrag, von den Eigenarten der bisherigen Evolution des Primärrechts auch nicht lösen konnte. Und der Lissabonner Vertrag ist nicht einfach eine Verfassung bar konstitutioneller Ornamente, da es ihm ohne diese gerade an spezifischen Dimensionen von Verfassungen fehlt. Mit Alexander Somek könnte man deshalb von einem postkonstitutionellen Vertrag sprechen, der sich gerade durch die Negation seines verfassungsrechtlichen wie völkerrechtlichen Charakters auszeichnet.²⁷

V. Produktive Tragik? Unionsbürgerschaft, Vertragsreform und nationale Referenden

1. Das Scheitern des Verfassungsvertrages weist zweifelsohne tragische Züge auf. Ausgerechnet der Vertrag, der die Europäische Union demokratischer machen sollte, scheiterte am demokratischen Urakt eines Volksentscheides.²⁸ Ausgerechnet in der Ablehnung des Verfassungsvertrages schien das konstitutionelle „Moment“ auf, den doch seine erfolgreiche Ratifizierung schaffen sollte. Ausgerechnet der Versuch, das Stigma des Technokratisch-Elitären abzustreifen, verfestigte solche Wahrnehmungen – sei es durch den seitens des Verfassungskonvents initiierten „Dialog mit der Zivilgesellschaft“, dessen Bezeichnung ein eigentümliches Demokratieverständnis (gerade für Mittel- und Osteuropäer)²⁹ widerspiegelt, sei es in Reaktionen der europäischen Eliten auf die Referenden in Frankreich und den Niederlanden, die den demoi schlicht die Fähigkeit und das Recht absprachen, über den Verfassungsvertrag zu entscheiden.

2. Misst man die demokratische Dimension der europäischen Integration nicht nur formellrechtstechnisch mit den dogmatischen Instrumenten staatsverfassungszentrierter Demokratievorstellungen aus,³⁰ sondern auch an Idealvorstellungen gelungener politischer Integration, scheint die Union geradezu in einem klassischen Dilemma zu stecken.³¹ Die Stärkung originär europäisch vermittelter Legitimation durch einen Ausbau der Mitentscheidungsbefugnisse des Europäischen Parlaments stößt auf Skepsis, weil es dem Parlament anhaltend an einem hinreichenden Integrationssozium entfaltenden Umfeld (transnationale Öffentlichkeit, demokratische

²⁷ Somek, German Law Journal 8 (2007) 1121 (1126).

²⁸ Brunkhorst, in: Niesen / Herborth (Hrsg.), Anarchie der kommunikativen Freiheit, 2007, S. 321 ff.

²⁹ Die Tradition zivilgesellschaftlichen Denkens in Mittel- und Osteuropa ist schließlich ein Reflex auf die Bedingungen kommunistischer Repression.

³⁰ Hierzu Heinig, ZG 2009, 297 ff.

³¹ Näher Heinig, ZG 2009, 297 (298 ff.).

Mitgliederparteien) mangelt.³² Zugleich aber vermag die über die nationalen Foren der Politikformulierung und damit über die mitgliedstaatlich parzellierten Öffentlichkeiten vermittelte Integration der Integration gleichfalls kaum zu befriedigen.³³

Vor diesem Hintergrund will ich zum Ende einige sehr knappe Thesen zum Zusammenspiel von Unionsbürgerschaft, Vertragsreform und nationalen Referenden formulieren:

a) Skepsis gegenüber Herrschaft gehört zu den demokratischen Tugenden. Man lese nur die *Federalist Papers*. Skepsis gegenüber supranationalen Formen der Herstellung bindender Entscheidungen ist deshalb unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten kein Problem, sondern eine Chance für die demokratische Gestaltung Europas.

b) Zu einer hinreichenden Resonanzsensibilität in der zukünftigen Entwicklung der Europäischen Union besteht keine Alternative. Dazu gehört ein elaboriertes Verständnis von input-Legitimation, die nicht durch Praktiken guter Regierung und durch effizientes Verwaltungshandeln substituiert werden kann.³⁴ Demokratie ist Herrschaft durch die Bürger, nicht bloß für die Bürger.

c) Referenden in den Mitgliedstaaten können einen elementaren Baustein in einem solchen Legitimationskonzept bilden. Sie sind weder per se besonders geeignet, noch besonders ungeeignet, die zukünftige Primärrechtsentwicklung in Europa zu stützen. Ob ihr Einsatz probat ist, hängt vielmehr entscheidend von der jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassungskultur ab.³⁵ Gerade von denjenigen, die dem Kirchhofschen Staatenverbund³⁶ den Perniceschen Verfassungsverbund³⁷ entgegen- zumindest aber zur Seite stellen, wird man Respekt gegenüber mitgliedstaatlichen Bestimmungen wie in Irland abverlangen können, wo die zentralen Fragen des Verfassungslebens – wer sind wir und wie wollen miteinander leben? – eben durch Verfassungsreferendum entschieden werden.³⁸

d) Im Scheitern einer substantiellen Demokratisierung Europas gerade durch die Verabschiedung einer Verfassung liegt die Gefahr begründet, fortan in verfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen über die Zukunft Europas die europäische Integration als einen gleichgewichtigen Eigenwert der Demokratie gegenüber zu stellen. Normativ besteht im Lichte der gemeineuropäischen Verfassungstradition zwischen Demokratie und Integration aber kein Spannungsverhältnis. Die europäische Integration gelingt nur als demokratische Integration – oder

³² Diese Skepsis brachte zuletzt das BVerfG, Urteil vom 30.06.2009 (Lissabon), verbundene Az. 2 BvE 2/08, 2 BvE 5/08, 2 BvR 1010/08, 2 BvR 1022/08, 2 BvR 1259/08, 2 BvR 182/09, Rn. 286 zum Ausdruck.

³³ Heinig, *Philosophische Rundschau* 52 (2005), 191 ff.

³⁴ Zum Konzept der output-Legitimation etwa Scharpf, *Regieren in Europa*, 1999, S. 16 ff.; skeptisch Heinig, *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*, 2008, S. 279 f., 484 m.w.N.

³⁵ Speziell auf die Situation in Deutschland bezogen Heinig, *ZG* 2009, 297 (307).

³⁶ Kirchhof, in: Isensee (Hrsg.), *Europa als politische Idee und als rechtliche Form*, 1993, 63 (89); ders., *Der europäische Staatenverbund*, in: v. Bogdandy / Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2009, S. 1009 ff.

³⁷ Pernice, *VVDStRL* 60 (2001) 149 (163).

³⁸ Näher zur Verfassungslage in Irland Semmet, *EU-Referenden in Irland: Verpflichtend aber in Regierungshand*, in: König / Daimer / Finke (Hrsg.), *Plesbiszit und Ratifikation – Eine vergleichende Untersuchung von Referenden zur Europäischen Verfassung*, 2006, 57 ff.

sie scheitert. Und wenn sie scheitert, bleibt das nicht ohne Auswirkungen auf die Demokratie überhaupt.³⁹

e) Mit Skepsis ist deshalb Vorschlägen zu begegnen, für weitere Integrationsfortschritte zukünftig auf das Unionsbürgerkonzept anstelle der Verfassungskategorie zurückzugreifen. Im Hintergrund scheint eine sehr deutsche Erfahrung durch: die konstitutionelle Garantie von unpolitischen Individualrechten und wohlfahrtsstaatlicher Fürsorge statt demokratischer Teilhabe. Ein Ausbau der Unionsbürgerschaft, insbesondere der Solidaritätspflichten, ohne hinreichende solidaritätsgenerierende Reziprozität und Akzeptanz stiftende demokratische Rückanbindung wird kaum zielführend sein.

³⁹ B.-O. Bryde, in: Sitter-Liver (Hrsg.), Herausgeforderte Verfassung, 1999, S. 223 (224): „Demokratie droht funktionslos zu werden, wenn sie Transnationalisierungsprozesse nicht bewältigt. Entweder gelingt es dem Demokratieprinzip, die Fixierung auf die nationalstaatliche Ebene zu überwinden und den Entscheidungen dorthin zu folgen, wo sie tatsächlich stattfinden, oder Demokratie wird irrelevant“.