

DER ÖFFENTLICHE SEKTOR

FORSCHUNGS- MEMORANDEN

*Die Europäische Union zwischen Nichtstaatlichkeit
und Überstaatlichkeit*

Peter Henseler

1-2/2008

*ifip*_{TU}

Herausgeber:

A.o. Univ.-Prof. Dipl.-Ing. Dr. Wolfgang Blaas, c/o Fachbereich für Finanzwissenschaft und Infrastrukturpolitik, Department für Raumentwicklung, Infrastruktur- und Umweltplanung der Technischen Universität Wien, Karlsplatz 13, A-1040 Wien, Tel. +43/1/58801-26701

Email: ifip@tuwien.ac.at, Web: <http://www.ifip.tuwien.ac.at>

Für den Inhalt verantwortlich:

Ass.-Prof. Dipl.-Ing. Dr. Johann Bröthaler, c/o Fachbereich für Finanzwissenschaft und Infrastrukturpolitik, Department für Raumentwicklung, Infrastruktur- und Umweltplanung der Technischen Universität Wien, Resselgasse 5/2/2, A-1040 Wien, Tel. +43/1/58801-26701

Email: ifip@tuwien.ac.at, Web: <http://www.ifip.tuwien.ac.at>

Abonnements:

Rosalinde Pohl, c/o Fachbereich für Finanzwissenschaft und Infrastrukturpolitik, Department für Raumentwicklung, Infrastruktur- und Umweltplanung der Technischen Universität Wien, Resselgasse 5/2/2

A-1040 Wien, Tel. +43/1/58801-26701

Email: ifip@tuwien.ac.at, Web: <http://www.ifip.tuwien.ac.at>

ISSN 1563-4604

Inhaltsverzeichnis

Redaktion: Wolfgang Blaas
Layout und Textverarbeitung: Wolfgang Blaas

Vorwort	
<i>Wolfgang Blaas</i>	1
Die Europäische Union zwischen Nichtstaatlichkeit und Überstaatlichkeit	
<i>Vom Wesen und Wert juristischer und ökonomischer Staatslehren bei der Erklärung vermeintlicher oder tatsächlicher Paradoxien europäischer Staatlichkeit</i>	
<i>Peter Henseler</i>	
1. Zur Einführung	3
2. Zentrale Aussagen der ökonomischen Staatslehre	6
3. Die Ziel- und Zuständigkeitskataloge der Union in der Fassung des Lissaboner Vertrages aus interventionstheoretischer Sicht der ökonomischen Staatslehre: Die Europäische Union als Staat im ökonomischen Sinn	15
4. Zentrale Aussagen der juristischen Staatslehre: Die Europäische Union als nichtsoveräner Staat (Jellinek) und neue Gesamtstaatsordnung (Kelsen)	32
5. Zentrale Aussagen der Europarechtslehre: Die Europäische Union als Hybrid oder als nichtsoveräner, aber den Vorrang seiner Rechtsordnung beanspruchender Staat	39
6. Zur Frage der Finalität der Europäischen Union	43
7. Zur demokratischen Legitimierung des neuen Vertragswerkes	56
8. Zusammenfassende Thesen und Konklusionen	74
9. Epilog	84
Der Autor	101

34. Jahrgang

Heft 1-2/2008, August 2008

Preis:

	Inland	Ausland
Einzelnummer	€ 5,50	€ 6,20
Doppelnummer	€ 10,50	€ 11,50
Jahres-Abo	€ 17,00	€ 19,20

PSK-Konto-Nr. 2.415.150
(Österreichische Postsparkasse)

Vorwort

Wolfgang Blaas

Der Themenkreis „Europa und die Europäische Union“ hat zur Zeit wieder an Brisanz gewonnen. Aus gesamteuropäischer Perspektive etwa durch das kürzlich erfolgte und heftige Reaktionen auslösende negative Ergebnis der Volksabstimmung über den Reformvertrag in Irland, aus österreichischer Perspektive jedenfalls durch den gerade vollzogenen „Schwenk“ in europapolitischen Fragen der derzeit (August 2008) führenden Regierungspartei. Die Vielschichtigkeit und die Widersprüchlichkeit der politischen und medialen Debatte rund um die europäische Frage verweisen nicht nur auf die Komplexität des Gegenstandes, sondern auch auf einen z.T. eklatanten Mangel an sachlichen Argumenten und rationaler Diskussion. Einen kleinen Beitrag zur Behebung dieses Mangels soll diese Ausgabe des „Öffentlichen Sektors“ leisten.

Peter Henseler, ein sowohl ökonomisch und juristisch fundierter Wissenschaftler als auch ein mit der administrativ-institutionellen Praxis engstens Vertrauter beschäftigt sich in dieser Ausgabe des „Öffentlichen Sektors“ umfassend und detailliert mit der „Staatlichkeit“ der Europäischen Union (EU). Ausgehend von den ökonomischen und juristischen Staatslehren thematisiert er die Europäische Union als „zwischenstaatliche“ Verbindung zwischen Nichtstaatlichkeit und Überstaatlichkeit und leitet daraus letztendlich Thesen zu einer Reihe zentraler europäischer Fragen wie dem Staatscharakter der EU, den Paradoxien der EU bis hin zur Frage der Volksabstimmung in der EU ab.

Diese Ausgabe des „Öffentlichen Sektors“ ist deutlich umfangreicher als die sonst übliche Doppelseite, die zahlreichen Belege und Hinweise zum Text, die mit ein Grund für den Umfang sind, erscheinen aber gerade auf diesem Feld der geistigen Auseinandersetzung, auf dem (zu) Vieles nur behauptet wird, unerlässlich und notwendig zu sein.

Wien, August 2008

Die Europäische Union zwischen Nicht-staatlichkeit und Überstaatlichkeit

Vom Wesen und Wert juristischer und ökonomischer Staatslehren bei der Erklärung vermeintlicher oder tatsächlicher Paradoxien europäischer Staatlichkeit¹⁾

1. Zur Einführung

1.1. Zur Vorgeschichte

Die beiden am 25. März 1957 in Rom zwischen den sechs Gründungsstaaten abgeschlossenen Verträge zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG), im Wesentlichen als Agrar-, Zoll- und Handelsunion, und zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EURATOM) gelten als die Gründungsverträge der Gemeinschaft („Römische Verträge“). Sie traten am 1.1.1958 in Kraft. Der eigentliche Gründungstag der Europäischen Einigung, der auch als europäischer Feiertag begangen wird, liegt jedoch bereits am 9. Mai 1950, als Robert Schuman die Vergemeinschaftung der westeuropäischen Kohle- und Stahlerzeugung vorgeschlagen hat (Schuman-Plan), die dann am 18. April 1951 zur Unterzeichnung des Vertrages zur Bildung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS bzw. „Montanunion“) geführt hat, der Keimzelle der vertraglich begründeten Europäischen Integration.

Sieht man von der am 1.1.1973 wirksam gewordenen ersten Erweiterung auf neun Mitgliedstaaten und jener auf zehn mit 1.1.1981 sowie der ersten fundamentalen Änderung der institutionellen Grundlagen durch Einführung der Direktwahl zum Europäischen Parlament im Jahr 1978, das bisher von den Delegierten der nationalen Parlamente besetzt worden war, ab, hatten die römischen Verträge rund 30 Jahre Bestand. Mit den „Einheitlichen Europäischen Akten“ vom 28.2.1986 (in Kraft am 1.1.1987) erfolgte dann die erste substanzielle Vertiefung der Integration durch schrittweise Verwirklichung des Binnenmarktes bis 31.12.1992, des „Raums ohne Binnengrenzen“ mit freiem Waren-, Personen-, Dienstleistungs- und Kapitalverkehr. Zugleich trat im Jahr 1986 (1.1.1986) die „Süderweiterung“ in Kraft. Am 1.1.1995 schließlich erweiterte sich die Gemeinschaft (die seit der Fusion der Exekutivorgane aller drei Gemeinschaften 1965 institutionell in der Tat als „Gemeinschaft“ und seit dem Maastrich-

ter Vertrag als „Union“ auftritt) durch den Beitritt der drei Neutralen auf die EU-15.

Mit dem Maastrichter Vertrag (unterzeichnet am 7.2.1992, in Kraft am 1.11.1993) erfolgte ein wesentlicher weiterer Integrationsschritt mit der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, vor allem aber mit der Währungsunion (rechtlich wirksam geworden, aber noch als „virtueller Euro“, mit der Fixierung der Wechselkurse am 1.1.1999, physisch für die Bürgerinnen und Bürger spürbar mit dem Umlaufbeginn der neuen gemeinsamen Zahlungsmittel am 1.1.2002). Seither hat sich, abgesehen von der Vorbereitung der nachfolgenden nächsten Erweiterungen nach dem Fall des Eisernen Vorhangs 1989, eingebürgert, den Unionsvertrag (EUV) und den Gemeinschaftsvertrag (EGV) in mehr oder weniger regelmäßigen Abständen zu revidieren (vorbereitet jeweils durch Regierungskonferenzen der Mitgliedstaaten) und zugleich die Integration weiter zu vertiefen. Dies erfolgte durch den Vertrag von Amsterdam (unterzeichnet am 2.10.1997, in Kraft am 1.5.1999) und den Vertrag von Nizza (unterzeichnet am 26.2.2001, in Kraft am 1.2.2003).

Infolge des unbefriedigenden Verlaufs der Verhandlungen über den Vertrag von Nizza im Dezember 2000 und wesentlicher in diesen Verhandlungen offen gebliebener institutioneller Fragen, die bereits im Amsterdamer Vertrag nicht gelöst worden waren („Amsterdam-left-overs“) entschloss sich der Europäische Rat der Staats- und Regierungschefs in Laeken am 14.12.2001, im Zuge einer umfassenden und tiefgreifenden Reflexion der Zukunft der Union („Post-Nizza-Prozess“) eine Neuordnung und zugleich Vereinfachung der bisherigen Vertragstexte durchzuführen. Er griff dabei auf die seit längerer Zeit immer wieder diskutierte Idee einer „Verfassung für Europa“ zurück und schlug vor, dabei grundlegende Basisregelungen von den sonstigen Vertragsbestimmungen abzutrennen. Dies führte dann aber zu einer umfassenden Revision aller Vertragstexte und deren Zusammenführung in einem

neuen, „Vertrag über eine Verfassung für Europa“ genannten Monstertext. Vorbereitet wurde dieser Text nicht mehr von einer Regierungskonferenz der Mitgliedstaaten, sondern von einem „Europäischen Konvent“, bestehend nicht nur aus Vertretern der Mitgliedstaaten auf Regierungsebene, sondern auch aus parlamentarischen Vertretern der Mitgliedstaaten, ferner Vertretern aller EU-Organe sowie Vertretern der Beitrittskandidatenländer. Damit sollte eine breitere legitimatorische Basis, als sie mit einer herkömmlichen Regierungskonferenz von Vertretern (der Regierungen) der Mitgliedstaaten gegeben war, gewährleistet werden, wengleich damit (noch) nicht unmittelbar dem Volk als originärem Repräsentanten des *pouvoir constituant* die ihm gebührende Rolle in der Verfassungsgebung eingeräumt war. Vorbild war der ein Jahr vorher mit der Ausarbeitung einer Europäischen Grundrechtscharta (unter Vorsitz des ehemaligen deutschen Bundespräsidenten Roman Herzog) beauftragt gewesene Grundrechtskonvent, der die Charta im Zeitraum Dezember 1999 bis Oktober 2000 ausarbeitete. Unter dem Vorsitz des ehemaligen französischen Staatspräsidenten Giscard d'Estaing konstituierte sich der Verfassungskonvent („Europäischer Konvent zur Zukunft Europas“) am 28.2.2002 und erarbeitete einen „Entwurf für einen Vertrag über eine Verfassung für Europa“, der am 20.6.2003 dem Europäischen Rat überreicht wurde.²⁾ Die Grundrechtscharta, die mittlerweile am 7.12.2000 in Nizza feierlich proklamiert worden war und damit bereits politischen Charakter erlangt hatte, wurde in den Verfassungsentwurf des Konvents eingearbeitet, womit sie künftig rechtlichen Charakter erlangen sollte. Nach Überarbeitung des Konventsentwurfs durch die Regierungskonferenz der Staats- und Regierungschefs wurde dieser Verfassungstext am 29.10.2004 in Rom als „Vertrag über eine Verfassung für Europa“ unterzeichnet. Dieser Text gilt terminologisch daher nicht mehr wie der Konventsentwurf als „Verfassungsentwurf“, sondern als – wenn auch letztlich gescheiterter – „Verfassungsvertrag“.

Nach dem negativen Ausgang der Volksabstimmungen in Frankreich und den Niederlanden Ende Mai/Anfang Juni 2005, die den weiteren Fortgang der Ratifizierungen des Verfassungsvertrags in den Mitgliedstaaten stoppte, entschloss sich der Europäische Rat für eine längere Denkpause („Reflexionsphase“).³⁾ Im Lauf des Jahres 2007 wurden sodann die Arbeiten – diesmal wiederum auf Ebene der Regierungen der Mitgliedstaaten, also in einer Regierungskonferenz bzw. im Europäischen Rat - wieder aufgenommen und führten schließlich am 13.12.2007 zur Unterzeichnung des im Arbeitstitel

„Reformvertrag“ bezeichneten revidierten Textes in Lissabon (Vertrag von Lissabon). Es handelte sich dabei um eine Änderung der beiden bestehenden Verträge (EUV und EGV, Letzterer künftig in „Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ unbenannt), daher kurz „Reformvertrag“ genannt, unter Weglassung der Bezeichnung „Verfassungsvertrag“, aber bei gleichzeitiger Übernahme fast der vollständigen Substanz des Verfassungsvertrags in die beiden revidierten Verträge. Die Grundrechtscharta bleibt als selbständiges Dokument außerhalb des Unionsvertrags, erhält aber durch einen Verweis im Vertrag rechtlichen Charakter. Der Vertrag soll am 1.1.2009 in Kraft treten. Die Ratifizierung in den Mitgliedstaaten – fast überwiegend in Form einer parlamentarischen Ratifizierung – ist derzeit im Gang. Lediglich in Irland hat aus innerstaatlichen Verfassungsgründen am 12.6.2008 eine Volksabstimmung stattgefunden. Nach deren negativen Ausgang ist die weitere Entwicklung derzeit noch nicht in letzter Konsequenz absehbar (siehe dazu den Epilog am Ende dieser Studie).

1.2. Einleitung

Unbestritten dürfte wohl sein, dass der jetzige Stand der europäischen Integration einer neuen konstitutionellen Ordnung bedarf, die zunächst mit dem Verfassungsvertrag hergestellt werden sollte und nunmehr mit dem inhaltlich fast identischen Vertrag von Lissabon („Reformvertrag“) versucht werden soll. Unbestritten dürfte ferner wohl sein, dass die Europäische Union (im Folgenden „Union“ oder kurz: EU) mittlerweile zunehmend „staatsähnlicher“ geworden ist, immer mehr „Staatlichkeit“ erreicht, also zunehmend den Charakter eines Staates angenommen hat.⁴⁾ Verkürzt und überspitzt gesagt, wird sie im Prinzip durch den Reformvertrag alle wesentlichen Merkmale eines voll entwickelten Staates erhalten, ausgenommen das Recht, Steuern zu erheben, sich zur Finanzierung ihrer Aufgaben zu verschulden und Mitgliedstaaten gegen ihren Willen in eine Teilnahme an Kriegshandlungen zu verwickeln. Der Verfassungs- bzw. Reformvertrag stellt nach dem Maastrichter Vertrag ohne Zweifel den gravierendsten Eingriff in nationale Hoheitsrechte dar.⁵⁾ In diesem Beitrag wird insbesondere aufzuzeigen sein, welche Bedeutung dabei dem Begriff „Souveränität“ (Selbstbestimmung, Selbstbindung) für den Staatscharakter zukommt und ob und inwieweit es gerechtfertigt ist, von „Souveränitätseingriffen“, „geteilter Souveränität“ und „Souveränitätstransfers“ zu sprechen.

Die „Konstitutionalisierung“ der Union als Folge der zunehmenden Verdichtung und Vertiefung des Integrationsstandes in Richtung zunehmender Staatlichkeit erfordert ferner verfassungspolitisch eine Überprüfung, ob und inwieweit die routinemäßige parlamentarische Ratifizierung der jeweiligen Integrationsschritte im Zuge von Revisionen der EU-Vertragsgrundlagen in Gestalt verfassungsändernder Staatsverträge aus demokratiepolitischen Gründen einer zusätzlichen Legitimierung durch direkt-demokratische Elemente, also Beteiligung des Volkes als verfassungsgebender Gewalt (*pouvoir constituant*), und zwar nicht nur auf nationaler Ebene, sondern vorwiegend auf europäischer Ebene bedarf. Letzteres setzt voraus, dass man bereits von der Existenz eines europäischen demos, eines europäischen Volksbewusstseins, sprechen kann.

Andererseits ist die Union ohne Zweifel (noch) kein Bundesstaat. Es fehlt ihr nicht nur das zentrale Merkmal der Souveränität (Selbstbestimmung), sondern auch die (potenzielle) Allzuständigkeit für die Belange der UnionsbürgerInnen. Dies macht die gedankliche Schwierigkeit aus, das hybride Gebilde „Europäische Union“ möglichst randscharf nach den Kriterien der juristischen Staatslehre zu definieren, zumal ihr nach den Kriterien der ökonomischen Staatslehre eindeutig der Charakter der Staatlichkeit zukommt. Die präzise terminologische Umschreibung des Eingriffs in nationale Hoheitsbefugnisse setzt daher Klarheit über die „Staatlichkeit“, die „Überstaatlichkeit“ (Supranationalität) oder auch die (Noch)-Nichtstaatlichkeit der Europäischen Union sowie die „Finalität“ der europäischen Integration voraus. Darüber ist viel nachgedacht und geschrieben worden. Dies reicht von der deutschen Europarechtsdoktrin des „Zweckverbandes funktioneller Integration“ (Hans Peter Ipsen 1972), der Doktrin des „Staatenverbundes“ des deutschen Bundesverfassungsgerichts in seinem Urteil zur Verfassungskonformität des Maastrichter Vertrags (1993) bis zur viel beachteten Rede des damaligen deutschen Außenministers Joschka Fischer in der Berliner Humboldt-Universität „Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration“ (12.5.2000). Überdies berührt dies Möglichkeiten einer Flexibilisierung der Integration durch differenzierte Modelle (Kerneuropa, verstärkte Zusammenarbeit, variable Geometrie, „Europe à la carte“ u.dgl.), wovon man sich nicht zuletzt eine Dynamisierung der Integration oder zumindest einen Ausweg aus einer Stagnationsphase erwartet.

Alle diese zum Teil verkrampften und hilflos wirkenden Umschreibungsversuche mit Hilfe von sui generis-Begriffen deuten auf extreme terminologische Unsicherheit im Umgang mit dem Phänomen hin, dass Kompetenzen, Hoheitsbefugnisse oder – vermeintlich – gar Souveränitätsrechte von der nationalstaatlichen Ebene auf eine „übergeordnete“ europäische Ebene, gewissermaßen ein neues Dach über den bestehenden Nationalstaaten, übertragen werden. Bei genauem Hinsehen erweist sich dieses Dach jedoch (noch) als unvollständig, ja löchrig, jedenfalls aber (noch) nicht hinreichend verfestigt, dass es bereits als neue staatliche Ebene bezeichnet werden könnte, die wie ein herkömmlicher Staat volle Souveränität und damit „Allgemeinzuständigkeit für alle Angelegenheiten seiner Bürger“ (Bernd-Christian Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, 8. Auflage, 1995, S. 102) beanspruchen kann. Alles dies bedarf einer Standortbestimmung durch die juristische und ökonomische Staatslehre (und auch dieser beiden Staatslehren selbst), um die Staatsqualität der Union terminologisch genauer bestimmen zu können, als es die herkömmlichen Konzepte vermögen.

Geht man von den herkömmlichen Theorien aus, mag es auf den ersten Blick geradezu als paradox, grotesk, skurril erscheinen, staatliche Kompetenzen – durchaus vergleichbar dem „Outsourcing“ öffentlicher Aufgaben auf Privatrechtssubjekte⁶⁾ – auf eine Ebene namens „Europäische Union“ zu übertragen, die mit dem Instrumentarium der juristischen Staatslehre nur ungenau definiert werden kann, von der man also nicht genau weiß, ob es sich um einen Nichtstaat, einen Noch-Nicht-Staat oder einen Überstaat handelt, obwohl es sich – wie im vorliegenden Beitrag aufzuzeigen sein wird – aus der Sicht ökonomischer Staatsbegründungen ohne Zweifel um öffentliche Aufgaben handelt, die Gegenstand dieses Übertragsaktes sind. Die Paradoxie mag sich überdies noch dadurch steigern, dass in der juristischen Qualität der technische Vorgang einer öffentlichen Aufgabenübertragung mit einem Übergang von Hoheitsbefugnissen verbunden ist,⁷⁾ der die Souveränität sowohl der übertragenden wie auch jene der empfangenden Ebene tangiert, andererseits aber Souveränität von den juristischen Staatstheoretikern als etwas Unteilbares, also nicht zwischen einem „Oberstaat“ und „Gliedstaaten“ Aufteilbares, angesehen wird. Das macht es gedanklich schwierig, dieses Phänomen randscharf terminologisch zu fassen. Einen Ausweg könnte die Definition eines „nicht-souveränen Staates“ von dem aus Österreich stammenden und vor mehr als 100 Jahren an deutschen Universitäten wirkenden Staatsrechtslehrer Georg

Jellinek bieten, dessen Lehrbuch „Allgemeine Staatslehre“ in der 3. Auflage von 1914 immer noch, auch in der Europarechtswissenschaft, zitiert wird. Darauf zielt der vorliegende Beitrag ab. Dabei wird sich erweisen, dass dieser „nichtsouveräne Staat“ Europäische Union andererseits die Schranken seiner souveränen Mitgliedstaaten zu brechen beansprucht, indem er absoluten Vorrang der von ihm geschaffenen Rechtsordnung vor den Rechtsordnungen der (souveränen) Mitgliedstaaten beansprucht. Dies verleiht der angesprochenen Paradoxie eine weitere Dimension.

Nicht zuletzt erscheint eine präzise Ausleuchtung der Staatlichkeit der EU aus der Sicht des nationalen Verfassungsrechts geboten, wenn es darum geht, Erweiterungen des Aufgabenspektrums und der Hoheitsbefugnisse der Union im Hinblick auf den qualitativen Eingriff in die nationale Verfassungsordnung verfassungsrechtlich dahingehend zu beurteilen, ob sie die grundlegenden Verfassungsprinzipien (in der österreichischen Verfassungsrechtsdoktrin: die „Baugesetze“ der Verfassung) verändern und damit nach österreichischem Verfassungsrecht eine volksabstimmungspflichtige Gesamtänderung (Totalrevision) der Bundesverfassung darstellen. Dahinter steht die zu überprüfende Arbeitshypothese, dass je tiefer der Eingriff in nationale Verfassungsprinzipien durch zunehmende Verdichtung der europäischen Integration erfolgt, desto stärker die Indizien für eine fortgeschrittene Staatlichkeit der Union sind, und umgekehrt. Dies betrifft die Frage nach der Existenz von „Integrationschranken“⁽⁸⁾ aus der Sicht des nationalen Verfassungsrechts und über das Spezifikum der europäischen Integration hinaus die „Grenzen der Verfassungsänderung“ schlechthin.⁽⁹⁾ Von derartigen Integrationschranken weiß die herrschende Verfassungsrechtslehre im Prinzip nur, dass sie existieren, aber nicht, wo sie genau verlaufen.⁽¹⁰⁾ Eine wesentliche Rolle bei der Beurteilung, ob ein Gesamtänderungstatbestand erfüllt ist, ein Baugesetz also tangiert ist, spielt die Frage des von der Union beanspruchten Vorrangprinzips seiner Rechtsordnung, insbesondere in welcher Form dieses Prinzips Geltung beansprucht und inwieweit es „nationale Verfassungsreservate“ (Öhlinger), also grundlegende Verfassungsprinzipien, wahrt oder nicht.

Der vorliegende Beitrag versteht sich nicht primär als verfassungsrechtliche Analyse. Er wird daher verfassungsrechtliche Frage nur insoweit ansprechen, als dies für verfassungspolitische Schlussfolgerungen zweckdienlich erscheint. Selbst wenn man die Befunde hinsichtlich der von der herrschenden Verfassungsrechtslehre verneinten Gesamtänderung

der Bundesverfassung durch den Reformvertrag nicht in Zweifel zieht, erschiene ein verfassungspolitisches Umdenken angemessen.

2. Zentrale Aussagen der ökonomischen Staatslehre

Unter „Ökonomische Staatslehre“ werden im Folgenden die Finanzwissenschaft (Public Economics) und die Theorie der Wirtschaftspolitik, soweit sie sich mit den staatlichen Akteuren befasst, verstanden. Ausgehend vom angelsächsischen akademischen Bereich fanden in den letzten Jahrzehnten zunehmend institutionelle und konstitutionelle Fragestellungen Eingang in diese beiden Theoriefelder.⁽¹¹⁾

2.1. Die herkömmliche Finanzwissenschaft und die Theorie der Wirtschaftspolitik⁽¹²⁾

2.1.1. Allokations-, Verteilungs- und Stabilisierungspolitik

In der Finanzwissenschaft, die in ihren Erklärungsansätzen staatlicher Ausgaben zutreffender als Theorie öffentlicher Aufgaben oder im Verständnis von Egon Matzner als Funktionsanalyse öffentlicher Aufgaben, staatlicher Interventionen oder des Staates schlechthin⁽¹³⁾ und damit als ökonomische Staatslehre zu bezeichnen wäre, werden als Gründe für Staatsinterventionen in den privaten Sektor insbesondere (1) Marktversagen, (2) Bereitstellung „meritorischer Güter“ (obligatorisches staatliches Güterangebot, um unerwünschtes Verhalten zu verhindern), und (3) Korrekturen einer unerwünschten Einkommens- und Vermögensverteilung genannt. Als Gründe für Marktversagen gelten (a) mangelnder Wettbewerb, (b) die Notwendigkeit der Bereitstellung „öffentlicher Güter“, (c) externe Effekte, (d) unvollständige Märkte, (e) Informationsmängel sowie (f) Arbeitslosigkeit, Unterauslastung der volkswirtschaftlichen Kapazitäten und Inflation.

Diese Unzulänglichkeiten des Marktes werden nach Richard A. Musgrave (Finanztheorie 1966) durch drei Maßnahmengruppen, die zugleich drei wesentliche Staatsfunktionen erfüllen, „bekämpft“: (1) die

Allokationsfunktion, (2) die Distributionsfunktion und (3) die Stabilisierungsfunktion.

Allokation betrifft dabei die Aufteilung (wörtlich „Zuteilung“; um die Abgrenzung zum Begriff „Verteilung“ zu verdeutlichen) der volkswirtschaftlichen Ressourcen auf private und öffentliche Güterbereitstellung. „Öffentliche Güter“ (auch „Kollektivgüter“, „public goods“, „social goods“ genannt) sind dabei insbesondere in ihrer Extremform als „reine“ öffentliche Güter u.a. dadurch gekennzeichnet, dass niemand (aus technischen oder auch ökonomischen Gründen) vom Konsum eines solchen Gutes „ausgeschlossen“ werden kann (Nichtanwendbarkeit des „Ausschlussprinzips“ - Beispiel: Innere und äußere Sicherheit). Ein Spezialfall öffentlichen Güterangebots sind die „meritorischen“ Güter. Sie könnten im Prinzip auch über den Markt angeboten werden, weil Rivalität im Konsum und Ausschließbarkeit (wie bei den „reinen“ öffentlichen Gütern) nicht besteht. Um jedoch ein politisch als zu gering erachtetes Ausmaß eines marktmäßigen Angebots solcher Leistungen und/ oder unerwünschte unzureichende Inanspruchnahme solcher Leistungen (gleichgültig, ob sie marktmäßig oder staatlicherseits angeboten werden) zu verhindern, erfolgt durch politische Entscheidung („Meritorisierung“) jedenfalls ein öffentliches Angebot, das unter Umständen mit zwangsweise auferlegter Inanspruchnahme verbunden wird (Beispiel: Bildungs- und Gesundheitssektor). Ein weiterer Spezialfall sind Infrastrukturausgaben, d.s. öffentliche Güter mit Investitionscharakter, weil gegenwärtigem Aufwand künftige Erträge entsprechen (René L. Frey, *Infrastruktur*, 1972, S. 1, unter Berufung auf Jacques Stohler). In einem weiteren Sinne wird Infrastruktur in Anlehnung an die Militärsprache als Gesamtheit der für ein befriedigendes Funktionieren einer räumlich arbeitsteiligen Wirtschaft erforderlichen langlebigen Basiseinrichtungen materieller (technischer), institutioneller (gesetzlicher Rahmen) und personeller Art (manpower und social overhead capital) definiert.¹⁴⁾ Für die technischen Infrastrukturen als öffentliche Ver- und Entsorgungsunternehmen ist ferner die Bezeichnung „public utilities“ gebräuchlich. Infrastrukturgüter können zum Teil den Charakter von Kollektivgüter, zum Teil aber auch den Charakter meritorischer (meritorisierter) Güter aufweisen.

Werden diese Leistungen in der Rechtsform einer Unternehmung (privat- oder öffentlich-rechtlicher Art), also außerhalb des Haushalts der Trägerkörperschaft erbracht, war für diese „öffentlichen“ Unternehmungen bis vor geraumer Zeit noch die Bezeichnung „gemeinwirtschaftliche Unternehmungen“

üblich, um nicht zuletzt den Gemeinwohlaufrag, das Interesse der Allgemeinheit an der damit verbundenen Leistung hervorstreichen, die damit als eine im öffentlichen Auftrag bzw. im öffentlichen Interesse erbrachte Dienstleistung charakterisiert wurde (siehe dazu unten Abschn. 2.1.3. zu den Tendenzen, diese Dienstleistungen und Unternehmensformen zu „privatisieren“ bzw. die Leistungsangebote zu „deregulieren“).¹⁵⁾

Distribution betrifft die Beeinflussung der Einkommens- und Vermögensverteilung (interpersonell – zwischen Einkommensklassen; funktionell – zwischen Einkommensgruppen, also Lohn- und Gewinneinkommen). „Distribution“ lässt sich im Übrigen nicht nur rein ökonomisch nach monetären Kategorien der Verteilung von Einkommen und Vermögen verstehen, sondern auch in einem weiteren gesellschaftstheoretischen und –politischen Sinn, nämlich der Beeinflussung und damit „Verteilung“ von realen Lebenschancen durch infrastrukturpolitische Eingriffe im Bereich der Stadt- und Regionalplanung, aber auch der überregionalen Infrastrukturplanung, in der Verkehrsplanung insbesondere der Verteilung von „Mobilitätschancen“.¹⁶⁾

Stabilisierung schließlich erstreckt sich auf die Steuerung (Glättung) der kurzfristig wirksamen konjunkturellen Ausschläge (Prozesspolitik) insbesondere durch die nachfragebeeinflussenden Instrumente der Geld- und Fiskalpolitik, wobei die Konjunkturpolitik natürlich auch auf längerfristig zurückgehende („strukturelle“) Ursachen bzw. Fehlentwicklungen zurückzugreifen hat und dementsprechend auf strukturpolitische Eingriffe in die institutionellen Rahmenvorgaben angewiesen ist bzw. in ihrer Zukunftsorientierung auf eine längerfristige Verstetigung des Wirtschaftswachstums (Wachstumspolitik) abzielt.

2.1.2. Ordnungspolitik als spezifische Funktion der Allokationspolitik

Eine spezielle Allokationsfunktion – zugleich Voraussetzung dafür, dass Allokation überhaupt „optimal“ und ökonomisch „effizient“ stattfinden kann – bildet die Schaffung eines ordnungspolitischen (institutionellen/ konstitutionellen) Rahmens¹⁷⁾ für einen „geordneten“ Wirtschaftsablauf, in dem sich die individuellen Akteure und Gruppen möglichst „frei“ entfalten sollten. Im Gegensatz zu einem Ad-hoc-Interventionismus oder Dirigismus fordert die Idealvorstellung einer Ordnungspolitik Marktconformität, ja Marktförderung der Eingriffe, um der

Allokationsfunktion eines möglichst vollkommen funktionierenden Marktmechanismus zum Durchbruch zu verhelfen, und ist ferner an einem konzisen Leitbild (etwa der Ordnungsvorstellung der „Sozialen Marktwirtschaft“) orientiert. In der amerikanischen Rezeption finden sich diese Gedanken der Ordnungspolitik im Schnittbereich von Rechts- und Wirtschaftswissenschaften in den „Institutional“ und „Constitutional Economics“ wieder, als deren europäische bzw. deutschsprachige „Filiale“ sich die „Ordnungsökonomik“ in der Tradition der ordo-liberalen Freiburger Schule versteht (siehe unten Abschn. 2.3.).

Die einzelnen Politikbereiche greifen insofern ineinander über, als Ordnungspolitik nicht nur Wettbewerbspolitik, sondern auch Verteilungs- und Sozialpolitik umfasst, die beiden letzteren Bereiche bisweilen auch unter „Allgemeiner Strukturpolitik“ zusammengefasst werden und Prozesspolitik in der längerfristigen Orientierung (Wachstumspolitik) ebenfalls strukturpolitisch relevant ist.

Interventionstheoretisch lassen sich den drei genannten wesentlichen Staatsfunktionen sohin drei Gruppen von wirtschaftspolitischen Politikfeldern zuordnen, nämlich Allokations-, Verteilungs- und Stabilisierungspolitik. Die beiden zuletzt genannten sind oben bereits beschrieben worden. Allokationspolitik zielt¹⁸⁾ – nochmals zusammengefasst – (1) auf die Beseitigung von Funktionsstörungen des Marktes und (2) die Bereitstellung nicht marktfähiger, also öffentlicher und meritorischer Güter; darüber hinaus auch (3) auf die Beseitigung von auf externe Effekte zurückzuführenden Verzerrungen (siehe dazu unten Abschn. 2.1.4.), um Fehlallokationen zu vermeiden. Diese allokationspolitischen Zielsetzungen sind auch Gegenstand der Theorie der „Regulierung“ (siehe anschließend Abschn. 2.1.3.). Insofern besteht begriffliche Identität zwischen Allokationspolitik, Ordnungspolitik und Regulierung.

Alle drei Politikfelder (Allokation, Verteilung und Stabilisierung) sind nicht isoliert voneinander und auch nur schwer voneinander isolierbar. Allokationspolitik hat Verteilungsfolgen und beeinflusst als öffentliche Investition auch die Konjunktur, produziert also Stabilisierungseffekte. Bekanntermaßen beruft sich Stabilisierungspolitik in der kurzfristigen Perspektive der konjunkturellen Steuerung auf zwei unterschiedliche (wenn auch nicht unbedingt inkompatible) interventionstheoretische Konzeptionen: die geldpolitische Steuerung durch die unabhängige Zentralbank einerseits (folgend dem von *Milton Friedman*¹⁹⁾ geprägten „Monetarismus“, politisch unterstützt von den „etatismuskritischen“ Liberalen

jeder Schattierung) und die fiskalpolitische Steuerung durch staatliche (antizyklische) Steuer- und Budgetpolitik andererseits („Fiskalismus“, geprägt von John Maynard Keynes, politisch unterstützt von eher „etatismus“- bzw. interventionsfreundlichen politischen Strömungen, die allerdings nicht ausschließlich auf die Sozialdemokratie beschränkt sind). Die monetaristische Konzeption tendiert überdies eher dazu, angebotsorientierte Maßnahmen (Lohnflexibilität, Arbeitskräfte- und Kapitalmobilität) zu forcieren, während sich die keynesianische Konzeption auf die Beeinflussung der gesamtwirtschaftlichen Nachfrage konzentriert. Letztlich schließt sich hier der Kreis zur Ordnungs- bzw. Rahmenpolitik (in einem weiteren Sinn), weil beide Konzeptionen Rahmenbedingungen (allerdings unterschiedlicher Steuerungsintensität) für die Entscheidungen der autonomen individuellen Akteure setzen. Der legendäre deutsche Wirtschaftsminister Karl Schiller verstand seine Ende der 1960er Jahre verfolgte Konzeption der „Globalsteuerung“ daher als eine Synthese von Eucken (Freiburger Schule) und Keynes.

2.1.3. Regulierung, Deregulierung/ Privatisierung und Re-Regulierung als spezifische ordnungspolitische Funktionen²⁰⁾

a) Privatisierung und Privatisierungsillusionen

Allokationspolitik wird wesentlich durch technischen Fortschritt beeinflusst. Technologische Innovationen ermöglichen es, dem Ausschlussprinzip Geltung zu verschaffen, sodass Marktgängigkeit des Produkts hergestellt wird und sich Märkte bilden können und technisch bedingte „natürliche Monopole“ (vorwiegend im Bereich technischer Infrastrukturen) aufgehoben werden, insbesondere im Kommunikations- und Verkehrssektor, wodurch prinzipielle Privatisierbarkeit dieser Güter und Leistungen eintritt. Vor blinder Privatisierungswut in Befolgung der Rezepte eines (vermeintlichen) „Neoliberalismus“ (zutreffender: Marktradikalismus) ist angesichts warnender Beispiele (Verrottung oder ungebührliche Verteuerung von Infrastrukturangeboten mit unerwünschten Verteilungswirkungen) abzuraten. Selbst die EU verlangt nicht eine derartige Privatisierungspolitik. Sie greift im Übrigen auch nicht in die Eigentums- und Entscheidungsverhältnisse ein (Neutralität gegenüber der Eigentumsordnung – Art. 295 EGV bzw. künftig Art. 345 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union), was in (un)gewisser Weise auf die Tradition des französi-

schen service public zurückzuführen sein mag. Sie wacht „lediglich“ (dies allerdings konsequent) über die „versteckte“ Subventionierung solcher Dienste durch Quersubventionierungen und Defizitabdeckungen, was sie als Wettbewerbsverzerrung sanktionieren würde. In diesem Sinn verschließt sie sich auch keineswegs dem Institut von Dienstleistungen öffentlichen Interesses („allgemeines wirtschaftliches Interesse“ - siehe Näheres unten in Abschn. 3.5.), das allokatstheoretisch allerdings definiert werden muss.

Eine nicht unproblematische Variante der Privatisierung ist das „outsourcing“ öffentlicher Dienstleistungen und die Übertragung auf Privatrechtssubjekte. Dies reicht z.B. - um öffentliche Personalkosten einzusparen - von der Vergabe von Reinigungsdiensten und Servicedienstleistungen an private Anbieter, die zum Teil mit Leiharbeitskräften unter Minimallohnen arbeiten, bis zur Betrauung privatwirtschaftlich organisierter Kapitalgesellschaften mit der Projektierung, der Baudurchführung und dem Betrieb von Infrastrukturen. Dies ist schon längere Zeit gebräuchlich geworden, auch wenn diese Einrichtungen im öffentlichen Allein- oder Mehrheitseigentum verbleiben, allerdings mit dem eigenem Anspruch, bisweilen auch mit der politischen Auflage verbunden werden, in absehbarer Zeit „an die Börse zu gehen“. Von einer „echten“ Privatisierung auch im eigentumsrechtlichen Sinn kann man nur dann sprechen, wenn nicht nur die Entscheidungsverhältnisse, sondern auch die Eigentumsverhältnisse zumindest mehrheitlich privat sind. Eine „Flucht aus dem Budget“ in privatrechtliche Organisationsformen,²¹⁾ die keine marktwirtschaftliche Rechtfertigung hat, würde nur die politische Kontrolle im Rahmen der parlamentarischen Verantwortung der politischen Entscheidungsträger wie auch die wirtschaftliche Kontrolle durch die Rechnungshöfe hinsichtlich der Erfüllung allenfalls noch vorhandener öffentlicher bzw. „gemeinwirtschaftlicher“ Ziele erschweren oder gänzlich beseitigen – Letzteres vor allem dann, wenn der Eigentumsanteil der öffentlichen Hand unter 50% fällt.

Ein ähnlicher, ebenfalls nicht unproblematischer Privatisierungsvorgang liegt vor, wenn ein natürliches Monopol zerschlagen wird (etwa auf dem Energiesektor) und stattdessen der erwartete marktwirtschaftliche Wettbewerb nicht eintritt, sondern sich vielmehr Oligopole bilden. In letzter Zeit verschärft sich dieser Trend, wie der „Drang, an die Börse zu gehen“ und die häufigen Umgliederungen dieser Betriebsformen und deren Konzernstrukturen (insbesondere bei Bahn und Post) zeigen, die trotz hoher

Managergehälter angesichts vielfach politischer Posten- (und damit häufig Fehl-)besetzungen einen signifikanten betriebswirtschaftlichen Mehrerfolg zweifelhaft erscheinen lassen und volkswirtschaftlich eher nachteilige Folgen zeigen. Der Grund ist zum einen in einer übertriebenen Erwartung höherer Effizienz durch privatwirtschaftliche Organisationsformen (einschließlich der damit als Anreiz gerechtfertigten „marktkonformen“ hohen Managementgehälter) und andererseits in einer falsch verstandenen „Rationalisierung“ des Leistungsangebots zu suchen, mit der ein Qualitätsverlust einhergeht und die gemeinwirtschaftlichen Ziele damit über Bord geworfen werden (auch wenn diese formal-rechtlich noch aufrechterhalten werden). Die Qualitätseinbuße ist dabei offensichtlich noch nicht hinreichend durch intensiveren Qualitätswettbewerb kompensiert.

b) Deregulierung, Regulierung und Re-Regulierung:

Eine ordnungspolitische Sonderform der Privatisierung ist die „Deregulierung“, d.i. die Abschaffung bestehender Marktregulierungen (Preis- und Kapazitätsregulierungen), Erleichterung des Marktzugangs durch „Liberalisierung“ der Konzessionsverfahren. Demgegenüber bedeutet „Regulierung“ staatliche Aufsicht speziell über ausgegliederte technische Infrastrukturanbieter (Telekommunikation, Verkehr, Energie), die staatlichen Konzessionsverfahren unterliegen und aus den früheren öffentlichen Unternehmungen hervorgegangen sind, die zum Teil (natürliche) Monopole waren. Die Regulatoren übernehmen die frühere staatliche Zuständigkeit für die Konzessionsverfahren, also die Regelung des Marktzugangs, und die Aufgaben der früheren staatlichen Preisfestlegung und Aufsicht – nicht zuletzt auch zur Qualitätssicherung des Angebots. Damit sind sie mit ordnungspolitischen und damit allokatstheoretischen sowie wettbewerbspolitischen Funktionen betraut, um Marktversagen und monopolistischen Machtmissbrauch zu verhindern oder zu korrigieren. Im Fall der Revision von überschießend angelegt gewesener Privatisierung, Liberalisierung und Deregulierung spricht man bisweilen in diesem Kontext auch von einer Re-Regulierung. Die Regulatoren sind zum Teil staatliche Behörden, zum Teil privatrechtlich organisiert.

c) Grenzen der Privatisierungen/ pathologische Privatisierungen:

Privatisierungsphänomene – häufig allerdings pathologischer Art - zeigen sich darüber hinaus selbst in den Bereichen der „klassischen“ Allokationspolitik

der Bereitstellung öffentlicher Güter. Sie haben dort durchaus bedenkliche Folgen, sofern eine „ordnende Hand“ nicht regulierend eingreift. Private Krankenhäuser und Bildungseinrichtungen (ursprünglich als Produktion des öffentlichen bzw. meritorischen Guts „Gesundheit“ bzw. „Bildung“ staatlich bereitgestellt) mögen sich neben dem staatlichen Angebot durchaus auf dem Markt durchsetzen, auch wenn dies hinsichtlich der Zahlungsfähigkeit der damit Begünstigten und auf diesem Markt als Nachfragende Auftretenden negative Verteilungswirkungen nach sich zieht. Bei privaten Altersheimen und privaten Gefängnissen dürfte aber schon eher Vorsicht, also höherer Regulierungsaufwand, geboten sein. Der sogar im Bereich des „klassischen“ öffentlichen Guts „Sicherheit“ ebenfalls zu beobachtende zunehmende Privatisierungstrend mag allokationstheoretisch allenfalls tolerierbar sein, insbesondere wenn sich für Sicherheitsdienste infolge technischer Neuerungen auf dem Sektor der Sicherheitstechnologie ein Markt bildet. Verteilungs- und gesellschaftspolitisch ist aber mit negativen Effekten zu rechnen (abgeschlossene Wohlstandsghettos einerseits, Slumbildungen und Armenghettos andererseits). In höchstem Maße problematisch – nicht zuletzt in außen- und sicherheitspolitischer Hinsicht vom Standpunkt der internationalen Sicherheit – erscheint aber die „Privatisierung“ in militärischen Konflikten durch Auftreten von nach Art von Milizarmeeverbänden organisierten und international operierenden Sicherheitsfirmen, die von militärisch intervenierenden Mächten für Spezialdienste rekrutiert werden – also ein Rückfall in das Landsknechts- und Söldnerheerzeitalter früherer Jahrhunderte.

Ordnungs- bzw. allokationspolitisch ist also zu unterscheiden zwischen einer Änderung der Entscheidungsverhältnisse (im Sinne der ordnungspolitischen Rahmenbedingungen – seien sie nun deregulierend oder re-regulierend) und der Änderung der Eigentumsverhältnisse. Nur Letzteres bedeutet „echte“ Privatisierung, soweit der Mehrheitsanteil in private Hände übergeht und keine wirtschaftliche, finanzielle oder organisatorische Beherrschung seitens der öffentlichen Hand mehr gegeben ist.²²⁾ Ohne Zweifel kommt der Änderung der Entscheidungsverhältnisse (als Deregulierung oder Re-Regulierung) nicht zuletzt wettbewerbspolitisch die größere Bedeutung zu („Privatisierung der zweiten Art“), sofern sie sich nicht auf eine bloße Änderung der Rechts- und Organisationsformen von Tätigkeiten der öffentlichen Hand handelt, indem der Staat nach dem Prinzip „Des Kaisers neue Kleider“ bisher

öffentlich-rechtlich (organisatorisch im Rahmen der Behördenstruktur und finanziell im Rahmen des öffentlichen Haushaltsrecht) wahrgenommene Aufgaben in einer aus der Behörden- und Haushaltsstruktur ausgegliederten privatwirtschaftlichen Organisationsform wahrnimmt (Beispiel: Straßenbau).

2.1.4. Nochmals: Externe Effekte und öffentliche Güter

Anknüpfend an die oben (am Ende von Abschn. 2.1.2.) an dritter Stelle als allokationspolitisches Ziel angeführte Beseitigung von Verzerrungen durch externe Effekte, lassen sich öffentliche Güter analytisch gewissermaßen als die vollständige „Externalisierung“ von Vorteilen aus der Inanspruchnahme dieses Gutes vorstellen, ohne dass jene, die es in Anspruch nehmen (und die im Regelfall ohnedies nicht von dieser Inanspruchnahme ausgeschlossen werden können), dafür auch zahlungsmäßig in Anspruch genommen werden, weil es technisch oder auch ökonomisch schwierig oder gar undurchführbar ist, die Vorteile und damit auch individuelle Kostenbeiträge einzeln zuzurechnen.²³⁾ Unter externen Effekten (auch „Externalitäten“ und „Spillovereffekte“ genannt) werden positive oder negative Nebenwirkungen individuellen Handelns (von Unternehmen oder Einzelpersonen) verstanden, ohne dass dafür von den Begünstigten Abgeltungen an die Verursacher von positiven externen Effekte (external economies) bzw. Entschädigungen seitens der Verursacher von negativen externen Effekte (external diseconomies) an die davon Benachteiligten bezahlt werden. Die jeweils bei anderen Wirtschaftssubjekten auftretenden Nutzen oder Kosten werden also nicht über das Wirksamwerden von Preisen über den Marktmechanismus „internalisiert“. Der Markt als Allokationsmechanismus zur „optimalen“ Steuerung des Ressourceneinsatz ist daher außer Wirksamkeit, und zwar aus unten in Abschn. 2.4. noch näher ausgeführten Gründen.

Dies lässt sich natürlich auch gewissermaßen von der „entgegengesetzten Seite“ sehen: Ein vollkommen arbeitender Markt als Allokationsmechanismus zur optimalen Ressourcensteuerung (-allokation) kennt keine positiven oder negativen externen Effekte. Im Allgemeinen Gleichgewichtsmodell der „klassischen“ Ökonomie „räumen“ die Gleichgewichtspreise als Allokationsinstrument die Märkte. Staatliche Intervention ist daher nicht gefordert. Allokationstheorie konzentriert sich daher auf den Allokationsmechanismus (hier: den Markt) und das Alloka-

tionsinstrument, der diesen Mechanismus in Gang setzt (hier: den Preis). Staatliche Allokationspolitik tritt somit erst dann auf die Bühne, wenn dieser Mechanismus nicht funktioniert, also bei öffentlichen und meritorischen Gütern sowie externen Effekten, zusammengefasst: bei Marktversagen.

2.2. Die „Funktionsanalyse des Staates“ als alternativer Zugang und ergänzende Sichtweise

Egon Matzner hat mit der Funktionsanalyse des Staates über das enge analytische Erkenntnisinteresse der herkömmlichen Finanzwissenschaft und der von dieser erklärten allokationspolitischen Relevanz des Staates hinaus eine Vorgangsweise vorgeschlagen, „Entstehung und Fortbestand staatlichen Handelns aus staatsexternen und staatsinternen Verhältnissen („Entscheidungsverhältnissen“) zu erklären und darauf aufbauend eine Reorganisation staatlicher Interventionen zu entwerfen“ (Der Wohlfahrtsstaat von morgen, S. 353). Dabei sah er die Begründung, warum sich der Staat als Institution durchsetzt (oder auch nicht durchsetzt) nicht nur in den herkömmlichen Theorien des Marktversagens, sondern auch in den soziologischen Aspekten der Entstehungsursachen gesellschaftlicher Aufgaben, deren Lösung nicht ausschließlich dem Staat überwältigt wird („Soziogenese des Staates und der Staatsaufgaben“ – Kap. 2.1), sondern häufig – mehr oder weniger sichtbar, legal oder zu einem nicht unbeachtlichen Teil auch illegal – weder vom Staat noch vom Markt angeboten und befriedigt werden, nämlich dem „Autonomen Sektor“.

Dies führt nicht zuletzt zu einer Abrundung des Bildes der Allokationsmechanismen: (1) Neben dem Marktversagen ist gleichermaßen das Staatsversagen Erkenntnisobjekt der Funktionsanalyse. (2) Neben dem Markt treten als weitere Allokationsmechanismen der Staat und der „Autonome Sektor“, wobei staatliche Allokationsentscheidungen institutionell innerhalb des politisch-administrativen Systems von Wahlen, also demokratischen Abstimmungen, Verhandlungen (zwischen politischen Parteien, zwischen Interessengruppen der „Sozialpartnerschaft“ und zwischen politischen Akteuren und den Sozialpartnern) sowie schließlich von bürokratisch-hoheitlichen Entscheidungen bestimmt sind – von Letzteren vorwiegend in der Entscheidungsvorbereitungsphase für die politisch verantwortlichen Organe und in der Durchführungsphase.

2.3. Die Grundaussagen der Institutional und Constitutional Economics

Eine genauere Betrachtung der herkömmlichen Wirtschaftstheorie sollte dem kritischen Ökonomen erkennen lassen, dass diese Theorie sich weitgehend in einem „institutionenfreien“ Raum bewegt und ihre Schlüsse ableitet. Anliegen der Institutionenökonomie (Institutionalismus) ist es daher, diesen institutionenfreien Raum der ökonomischen Analyse durch die in einer Volkswirtschaft agierenden Institutionen (auch den Staat) zu ergänzen, alternative „institutionelle Arrangements“ zu vergleichen und dabei insbesondere die folgenden drei in der herkömmlichen Theorie ausgeblendeten Phänomene zu behandeln (nach R. Richter, Institutionen ökonomisch analysiert, 1994): (1) Kosten der Transaktionen ökonomischer Prozesse (z.B. die Kosten der Anbahnung von Verträgen, des Abschlusses von Verträgen, also Verhandlungskosten, und der Überwachung und Durchsetzung von Leistungspflichten, aber auch politische Transaktionskosten), (2) Verfügungsrechte (property rights, also über das juristische Eigentumsrecht hinausgehende Handlungsrechte bezüglich des Einsatzes knapper Ressourcen), (3) relationale Verträge (Aufbau dauerhafter Vertragsverbindungen – „Beziehungsverträge“). Ein enger Konnex besteht zwischen der Institutionenökonomik und der ökonomischen Rechtsanalyse, also der Anwendung ökonomischer Fragestellungen auf die Rechtsprechung.

Die im vorausgegangenen Abschnitt zuletzt genannten politisch-administrativen Allokationsentscheidungsmechanismen führen zu den Fragestellungen der „amerikanischen Version der älteren deutschen ‚Ordnungspolitik‘“ (Richter/ Furubotn, Neue Institutionenökonomik, 1996, S. 37), nämlich der Verfassungsökonomik (auch unter den Bezeichnungen Konstitutionenökonomik, Constitutional Economics, Ökonomische Theorie der Verfassung, Konstitutionelle politische Ökonomie gebräuchlich - in der mathematischen Ausprägung: Public Choice). Diese hat sich mit der deutschsprachigen „Ordnungsökonomik“ in der Tradition der Freiburger Schule und auf weite Strecken mit der Ökonomischen Theorie der Politik (früher: Neue Politische Ökonomie, im Gegensatz zur marxistischen Tradition der politischen Ökonomie) vereinigt. Ein führender Vertreter ist *James M. Buchanan*.²⁴⁾ Nach seiner Definition (The New Palgrave – A Dictionary of Economics, S. 585) versuchen die Constitutional Economics, „die Funktionseigenschaften alternativer Mengen von

Rechts-, Institutions- und Konstitutionsregeln zu erklären, die die Entscheidungen und Handlungen politischer und ökonomischer Agenten beschränken.⁴²⁵⁾ Dies stehe in Kontrast zur modernen „orthodoxen“ – zu ergänzen wäre wohl neoklassischen – ökonomischen Analyse, welche (lediglich) die Handlungen der Akteure „innerhalb der bestehenden rechtlich-institutionellen-konstitutionellen Struktur“ erkläre, ohne diese Struktur selbst zu betrachten und zu überlegen, wie sich strukturelle Änderungen auf die darin Handelnden auswirken. Der strukturelle (also institutionelle/ konstitutionelle) Ansatz stehe im Übrigen Adam Smith und den Klassikern näher als den modernen Neoklassikern.

Buchanan gründet darauf seinen „vertragstheoretischen Konstitutionalismus“, den er in Gegensatz zum „liberalen Evolutionismus der („klassisch“ neo-)liberalen Schule von *Friedrich A. Hayek* stellt.²⁶⁾ Er betont insbesondere sein fehlendes Vertrauen „in die Wirksamkeit evolutionärer gesellschaftlicher Prozesse“ in Hayeks Verständnis spontaner Ordnungen. Mit diesen legt Hayek die Grundlage seiner Sozialtheorie liberaler Ordnung und seiner ökonomischen Theorie marktwirtschaftlichen Ordnung und begründet damit letztlich sein grundlegendes Misstrauen gegen jede potenziell freiheitsgefährdende staatliche Anordnung sowie seine engagierte Warnung vor den „Irrtümern des Konstruktivismus“ jeglicher vermeintlich rationaler sozialer Steuerung und – der von ihm konstatierten, letztlich befürchteten – sozialen Fehlsteuerung²⁷⁾. Dem hält Buchanan entgegen: „Die Evolution kann gesellschaftliche Dilemmata ebenso wie ein gesellschaftliches Paradies zutage fördern“ (*Die Grenzen der Freiheit – Zwischen Anarchie und Leviathan*, 1984, S. 237).

Zentraler Ansatz des vertragstheoretischen Konstitutionalismus ist „die Übertragung von Kontroll- und Exekutivaufgaben auf staatliche Instanzen ... zum Zwecke des Durchsetzens und Einhaltens von Verträgen (C. Watrin in der Einleitung zur deutschen Übersetzung der *Grenzen der Freiheit*). Dies macht den Minimalstaat aus, „der eng umgrenzte Funktionen wie die Durchsetzung von Verträgen und den Schutz gegen Gewalt, Diebstahl oder Betrug wahrnimmt“, also Aufgaben für den „Rechtsschutzstaat“ („protective state“), den im Prinzip auch Hayek akzeptiert. Diesem tritt aber der „Leistungsstaat“ („productive state“) zur Seite, in dem sich die Gesellschaftsmitglieder darüber einigen, „welche öffentlichen Güter sie in welchen Mengen bereitstellen wollen, wie diese zu finanzieren sind und wem sie zugute kommen sollen.“ Darauf beruht Buchanans Verfassungsvertrag²⁸⁾ und seine ökonomi-

sche Theorie der Verfassung. Verfassung wird somit „als (impliziter oder expliziter) Vertrag zwischen den sich unter ihren Schutz stellenden Individuen verstanden“ (*L.P. Feld*²⁹⁾, S. 292, unter Berufung auf Buchanan). Insofern sehen sich die *Constitutional Economists* als „New Contractarians“ in der Tradition der Sozialvertragstheorie³⁰⁾. Dabei interpretieren die frühen Vertragstheoretiker (Hobbes, Locke, Rousseau, Kant) die vertragstheoretische Rekonstruktion des Staates noch als „Gedankenexperiment“, während die modernen (insbesondere Buchanan) „hingegen die Bedeutung einer tatsächlichen Zustimmung der Bürger, die sich einer Verfassung unterwerfen“, betonen (Feld a.a.O., S. 293). „Die gesellschaftliche Ordnung als solche impliziert etwas, das einem Gesellschaftsvertrag oder Quasi-Vertrag nahe kommt,“ wobei „zwischen einem konstitutionellen Vertrag, in dem Rechte festgelegt werden, und einem postkonstitutionellen Vertrag, der den wechselseitigen Tausch von Rechten zum Gegenstand hat,“ zu unterscheiden ist (Buchanan im Vorwort zu den *Grenzen der Freiheit*). Überspitzt formuliert könnte die Notwendigkeit der Verfassung bzw. des Verfassungsvertrags darin begründet liegen, dass er die von Hayek befürchteten Irrtümer des Konstruktivismus und die damit bewirkte soziale Fehlsteuerung hintanhält – damit wäre Hayek vermutlich einverstanden –, andererseits aber auch sozial unerwünschte Folgen Hayekscher spontaner und evolutionärer Prozesse verhindert, auch wenn deren Existenz Hayek wohl leugnen würde. Beides wäre sozial erwünscht und daher wohl Verfassungsziel der „Verfassungsvertragspartner“.

Buchanans Staatstypologie von Rechtsschutzstaat und Leistungsstaat bildet im Übrigen auch Erkenntnisobjekt im Schnittbereich von Ökonomie und Politikologie in der Typologisierung „Rechtsstaat“ sowie „Sozial- und Wohlfahrtsstaat“. In der Rechtswissenschaft ist Ersterer bekanntlich die Basis der „klassischen“, „liberalen“ Grundrechte als Abwehrrechte gegenüber dem Staat (Öhlinger, *Verfassungsrecht*, 5. Aufl., 2003, S. 295 ff.) sowie des rechtsstaatlichen Verfassungsgrundsatzes. Letzterer findet in der für sozialpolitische Ziele instrumentalisierten Dimension zunehmend Eingang in neuere Grundrechtskataloge in Gestalt von sozialen Grundrechten, um staatliche Leistungen zu garantieren, so auch in der Grundrechtscharta der Europäischen Union.

Die konstitutionenökonomische Sichtweise bildet im Übrigen die theoretische Basis der Vorstellungen der „European Constitutional Group“ über eine europäische Verfassung und deren Kritik an den mit dem Verfassungsentwurf verbundenen Zentralisierungs-

tendenzen (siehe dazu bspw. L.P. Feld, Eine Europäische Verfassung aus polit-ökonomischer Sicht, a.a.O., und Näheres zu den Verfassungsvorstellungen der Gruppe unten in Abschn. 6.4.).

Grundannahme der institutionen- wie der konstitutionenökonomischen Theorien ist (immer noch) das Prinzip des „methodologischen Individualismus“ und der individuellen Rationalität, also die Reduktion von Staat, Gesellschaft, Volk, Unternehmung, Parteien auf individuell nach Rationalkriterien handelnde Personen (R. Richter, Institutionen ökonomisch analysiert, 1994, S. 4), wenn auch nicht unbedingt in der perfekten Ausprägung des ökonomisch zweckrational handelnden homo oeconomicus, sondern auch in einer Welt „begrenzter Rationalität“³¹.

2.4. Die analytischen Gleichnisse von „Rationalitätenfallen“ und „sozialen Dilemmata“ aus Auslöser „kommunautären“ Handelns durch Betrauung einer „höheren Instanz“ (einer „Gemeinschaft“ oder „Union“)

Wie schon angedeutet, führt der Evolutionismus, Buchanan folgend, wenn nicht zum Paradies, so zu „sozialen Dilemmata“, denen wir alltäglich – bewusst oder unbewusst – begegnen und in deren „Rationalitätenfallen“ wir zu fallen drohen, wenn der Weg zu wechselseitig vorteilhafter Kooperation wegen vermeintlicher oder tatsächlicher Informationsbarrieren oder Informationsdefiziten der Beteiligten versperrt ist. Das bekannteste Beispiel, das vielfach Ausgangspunkt „experimental-ökonomischer“ Forschungen wurde, ist das spieltheoretische Modell des „Gefangenendilemmas“. Generell sind unter sozialen Dilemmata Situationen zu verstehen, „in denen rationales Handeln der Beteiligten Ergebnisse zu Tage fördert, die für die unmittelbaren Akteure oder für die Gesellschaft als Ganzes abträglich sind. Trotzdem ist der Anreiz für die direkt Beteiligten, die bestehende Lage oder ihr eigenes Verhalten so zu ändern, dass für sie oder alle Beteiligten positive Handlungsfolgen entstehen, äußerst gering“ (C. Watrin in der Einleitung zur deutschen Übersetzung von Brennan/ Buchanan, Die Begründung von Regeln, 1993). Schulbeispiel: Die Übernutzung knapper Ressourcen, aber auch die alltägliche Erfahrung der Autobenutzungsmanie. Die daraus resultierende „kollektive Schädigung“, also der „Allgemeinheit“, ist dabei „nicht Ausfluss von besonderer Böswilligkeit, sondern Folge einer Fehlsteuerung durch Regeln – Regeln, die dem Einzelnen

dort Gewinnaussichten eröffnen, wo deren Realisierung zu Lasten der Allgemeinheit geht“ (Watrin a.a.O.).

Verfeinerungen und Erweiterungen des Modells der externen Effekte und des spieltheoretischen Modells des Gefangenendilemmas bestehen in der von der Institutionenökonomie zentral betrachteten Einbeziehung von Transaktionskosten (Verhandlungskosten) zur Internalisierung von externen Effekten sowie in der Berücksichtigung von Zukunftserwartungen und „Wiederbegegnungswahrscheinlichkeiten“ der Spieler.³² Die Rolle der Transaktionskosten hat erstmals Ronald H. Coase (The Problem of Social Cost, in: Journal of Law and Economics 1960) untersucht³³ und aufgezeigt, dass eine Verhandlungslösung zwischen den beteiligten Parteien nur dann zustande kommt, wenn die Transaktionskosten geringer sind als der durch die Verhandlungen erreichbare (kooperative) Nutzengewinn. Diese Kosten steigen natürlich mit der Anzahl der Beteiligten. Spieltheoretische Erweiterungen des Dilemmas untersuchen bspw. die Relevanz der Gewichtung zukünftiger Auswirkungen in Relation zu gegenwärtigen (Zeitpräferenzargument) sowie die Bedeutung künftiger Interaktionen für kooperatives oder nicht-kooperatives Verhalten in der Gegenwart. Damit lässt sich aufzeigen, dass Kooperation gefördert werden kann, wenn die Zukunft hinreichend „gewichtet“ ist (R. Axelrod, Die Evolution von Kooperation, 1987, S. 113) oder wenn eine Wiederbegegnungswahrscheinlichkeit, also die Neuabschlusswahrscheinlichkeit im Hinblick auf vertragsrechtliche Dauerverhältnisse (relationale Verträge), hinreichend groß ist (H.J. Schmidt-Trenz, Außenhandel und Territorialität des Rechts – Grundlegung einer neuen Institutionenökonomik des Außenhandels, 1990).

Friedrich A. Hayek ist diesem Weg nur zögernd und in verhaltenen Andeutungen gefolgt (siehe die einleitenden Ausführungen unten zum Hauptabschnitt 4. dieses Beitrags). In „Recht, Gesetzgebung und Freiheit“, Band 3, S. 70 ff., deutet Hayek Konzessionen an, indem er Zwangsausübung im Zusammenhang mit der Bereitstellung öffentlicher Güter nicht ausschließt. In seinen kurzen, dafür aber zentral bedeutsamen Schriften, deren Titel allein schon die zentrale Aussage verdeutlicht, definiert er den Markt als spontane Ordnung, als „Ergebnisse menschlichen Handelns, aber nicht menschlichen Entwurfs“ (1969) und warnt vor den „Irrtümern des Konstruktivismus“ auf den „Grundlagen legitimer Kritik gesellschaftlicher Gebilde“ (Salzburger Antrittsvorlesung 1970, veröffentlicht 1975), insbe-

sondere wenn sie seiner Meinung nach potenziell freiheitsgefährdend sind.³⁴⁾ In der Sprache der Organisations- und Managementtheorie heißt spontane Ordnung Selbstorganisation. Auch hier lässt sich – wie der „echte“ Konstruktivist Heinz von Foerster am historischen Beispiel der Schlacht bei den Midway-Inseln argumentiert hat³⁵⁾ – zeigen, dass Selbstorganisation, spontane Ordnung im Sinne Hayeks, also Kooperation auch ohne Eingriff einer hierarchisch vorgeordneten Instanz funktioniert, ja sogar gerade dann erfolgreich funktioniert, wenn der Kopf der Hierarchie (das Flaggschiff der zahlenmäßig unterlegenen Partei) ausgefallen, zerstört worden ist. An Stelle der Hierarchie tritt dann „Heterarchie“ (das Gegenteil von Rangordnung, also Herrschaft „des anderen“). Diese entsteht unter der Bedingung von Selbstorganisation. Wie Foerster betont, „kann“ Selbstorganisation spontan entstehen (insofern habe Hayek Recht), „muss“ aber nicht, weshalb Selbstorganisation nicht unbedingt mit Heterarchie gleichzusetzen ist. Sie führt aber letztlich durch das spontane zielgerichtete und selbstorganisierte Zusammenwirken der eigenverantwortlich Handelnden (früheren hierarchisch Untergebenen) zum Erfolg.

Hayek belässt es hier bei der Entstehung der spontanen Ordnungen. Allenfalls wird soziale Fehlsteuerung noch von ihm konstatiert. Die zur Vermeidung von Rationalitätsfällen bzw. die zur Überwindung sozialer Dilemmata notwendigen Konsequenzen zieht er nicht.

Egoismus (Verfolgung von Eigennutz) versus Altruismus (Kooperationsbereitschaft) sowie Belohnung von sozial erwünschtem und Bestrafung von sozial schädlichem Verhalten ist in jüngerer Zeit verstärkt Gegenstand einer „experimental-ökonomischen“ und verhaltensorientierten Forschungsrichtung im Schnittbereich von Ökonomie, Sozialpsychologie und Soziologie geworden, um die menschliche Doppelnatur von free rider-Einstellung (Schmarotzertum) und Gemeinsinn zu offenbaren.³⁶⁾ Sie hinterfragt insbesondere die Rationalitätsannahme des methodologischen Individualismus und befasst sich unter der Etikettierung „Behavioral Finance“ nicht zuletzt mit den Irrationalitäten der Finanzmärkte³⁷⁾. Ob und inwieweit diese experimentell ermittelten Befunde individuellen Verhaltens auf Staaten als „individualisierbare“ Akteure übertragbar sind, ist noch nicht absehbar, erscheint aber höchst plausibel. Folgt man dem Politologen und Bürokratieforscher Fritz W. Scharpf, so sind Krisenerscheinungen im Gefolge irrationalen Verhaltens auf massive Widerstände gegen grundlegende Änderungen der Situa-

tionsdeutung, also Festhalten an überkommenen Wirklichkeitsinterpretationen, zurückzuführen. Krisensituationen sind demnach Indizien für Nicht-Reaktionen oder Fehl-Reaktionen der Akteure auf veränderte natürliche, technologische, ökonomische oder soziale Sachverhalte.³⁸⁾

Bekanntlich bildet die Existenz externer Effekte sowie die Existenz von Dilemmata und „Rationalitätsfällen“ die Rechtfertigung für einen Interventionsbedarf einer „höheren Instanz“. Dies ist der Fall, (1) wenn die „Internalisierung“ dieser Effekte mangels marktmäßiger Preise nicht gelingt, diese Effekte also wegen nicht zustande kommender oder gar scheiternder Verhandlungslösungen durch direkte Zahlungen nicht kompensiert werden können oder (2) wenn nicht einmal feststellbar ist, welche Personen oder Personengruppen von solchen Effekten überhaupt betroffen sind oder schließlich (3) wenn kooperatives Verhalten durch Informationsbarrieren ausgeschlossen ist. Im Prinzip ist dieses Modell auf die Staaten, also auch die Mitgliedstaaten der EU als individuelle Akteure und die Union als „höhere Instanz“ übertragbar, um Externalitäten zwischen den Mitgliedstaaten, etwa grenzüberschreitende Umweltverschmutzung, zu „internalisieren“. Gleiches gilt auch im Fall von transnationalen Effekten von außerhalb der Union, deren Auswirkungen wegen unterschiedlicher Betroffenheit ungleich auf die Mitgliedstaaten verteilt sind, z.B. das Flüchtlingsproblem und die illegale Einwanderung.

Unter Zugrundelegung der einfachen Annahmen des Grundmodells des Gefangenendilemmas ist dabei der Interventionsbedarf im theoretischen Modell relativ einfach nachweisbar. Nach dem theoretischen Modell wird dieser Interventionsbedarf umso geringer, je mehr in den Modellannahmen kooperationsfördernde Elemente (z.B. hinsichtlich der Transaktions- bzw. Verhandlungskosten, der Zukunftserwartungen oder auch hinsichtlich des Zustandekommens dauerhafter bilateraler Vertragsverhältnisse eingeführt werden. Diese Elemente werden durch institutionelle Vorkehrungen wesentlich determiniert. Was speziell das kooperationsfördernde Element einer hohen Gewichtung der in der Zukunft eintretenden Ereignisse (Nutzen oder Kosten) in ihrer Relevanz für eine in der Gegenwart zu fällende Entscheidung, um etwa künftige negative Effekte präventiv zu vermeiden (also der Zeitpräferenz), anbelangt, kann bei staatlichen Interventionsentscheidungen davon ausgegangen werden, dass der in eine Investitionsrechnung oder Kosten-Nutzen-Rechnung eingesetzte Diskontierungszinssatz (Kalkulationszinssatz in der Diskontierungsrechnung) tendenziell überhöht ist (je

höher der Zinssatz, desto niedriger im Kehrwert der Abzinsungsfaktor), womit die Relevanz künftiger Schädigungen für bereits in der Gegenwart zu treffende präventive Maßnahmen, um diese künftigen Übel zu vermeiden oder zu minimieren (diese würden somit die Nutzenseite verkörpern), tendenziell zu niedrig erscheint, also unterschätzt wird.³⁹⁾

Die Intervention der „höheren Instanz“ kann natürlich in ihrer Intensität je nach Problemlage variieren. Dies reicht von Anstößen zu informellen Gesprächen bis zu formellen Verhandlungen, formeller Koordination und Organisation kontinuierlicher Kooperation zwischen den Beteiligten – jeweils (noch) im „intergouvernementalen“ Rahmen, bis schließlich die „höhere Instanz“ die direkte Verantwortlichkeit für konkrete Lösungen und Aktionen übernimmt. Dies wäre dann die Vergemeinschaftung des betreffenden Politikbereichs, also der „kommunautaire“ Ansatz, in ökonomischer Terminologie würde damit die Intervention den Charakter eines öffentlichen Guts annehmen, in institutioneller Hinsicht würde dies in einem Mehrebenen-System, also einem föderalen Staat, aber auch in der Relation Europäische Union-Mitgliedstaaten Zentralisierung bedeuten, sofern es sich überhaupt um eine ausschließliche Zuständigkeit der höheren Ebene, also der Union, handelt.⁴⁰⁾ Dies gilt aber auch für die Bereiche nicht ausschließlicher, also mit den Mitgliedstaaten geteilter Zuständigkeiten, sofern die Union einen Handlungsbedarf nach dem Subsidiaritätsprinzip nachweist (siehe dazu Näheres unten in Abschn. 3.3. und 3.4.).

3. Die Ziel- und Zuständigkeitskataloge der Union in der Fassung des Lissaboner Vertrages aus interventionstheoretischer Sicht der ökonomischen Staatslehre: Die Europäische Union als Staat im ökonomischen Sinn

Rechtstechnisch ist vorweg zu beachten, dass der Vertrag von Lissabon eine Revision des Vertrages über die Europäische Union (VEU) und des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (EGV) – beide in der Fassung des Vertrags von Nizza – verkörpert, wobei Letzterer in „Vertrag über

die Arbeitsweise der Europäischen Union“ (VAEU) unbenannt werden wird. Im Folgenden wird jeweils zitiert nach der neuen Durchnummerierung der konsolidierten Fassung des VEU und des VAEU, d.i. die nach der Einarbeitung der Neuerungen des Lissaboner Vertrags in die bestehenden beiden Vertragsfassungen entstandene neue Fassung der beiden Vertragskomplexe.⁴¹⁾ Bei dieser Zitierweise kommt somit nicht zum Ausdruck, ob es sich bei den jeweils angeführten Vertragsbestimmungen effektiv um Neuerungen des Lissaboner Vertrages oder um bestehendes Recht handelt, in das diese Neuerungen inkorporiert wurden. Lediglich die Darstellungen des „konstitutionellen Kerns“ des Reformvertrags und die Auseinandersetzung damit gegen Ende dieses Beitrags (Abschn. 7.1.) beziehen sich ausschließlich auf substantielle Neuerungen.

Die Übertragung des analytischen Modells der externen Effekte von individuellen Akteuren auf staatliche Gebietskörperschaften und Akteure berührt die in der finanzwissenschaftlichen bzw. ökonomischen Föderalismus- und Finanzausgleichstheorie bereits eingeführten Fragestellungen eines „optimalen“ föderalistischen Staatsaufbaus nach Graden der Zentralität/ Dezentralität öffentlicher Aufgabenverteilung (W. Schönböck, a.a.O., S. 405 ff.), d.h. möglichst effizienter Aufgabenverteilung auf die Gebietskörperschaften je nach maximalen Wohlfahrtsgewinnen bei zentraler oder dezentraler Aufgabenorganisation. Dies gilt in gleicher Weise für die Aufgabenverteilung in der Relation Mitgliedstaaten – Union und berührt nicht zuletzt die Funktionsbedingungen des im Unionsrecht verankerten und durch den Reformvertrag verfahrensmäßig, nicht aber inhaltlich verbesserten Wirksamwerdens des Subsidiaritätsprinzips. Dazu ist es erforderlich, zunächst die Ziele und Zuständigkeiten der Europäischen Union zu betrachten.

3.1. Der Zielkatalog der Europäischen Union

Betrachtet man zunächst den Zielkatalog der Union in der Fassung des Reformvertrages (Art. 3 VEU), so bietet die Union

- ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen, in dem der freie Personenverkehr gewährleistet ist (Abs. 2);

- ferner errichtet sie einen Binnenmarkt und wirkt auf eine nachhaltige Entwicklung Europas auf der Grundlage der bekannten makroökonomischen Zielsetzungen (Wachstum, Preisstabilität, wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, Vollbeschäftigung, sozialer Fortschritt, Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität sowie wissenschaftlicher und technischer Fortschritt (Abs. 3);
- ferner errichtet sie eine Wirtschafts- und Währungsunion (Abs. 4), wobei die Wettbewerbs-, Währungs- und Handelspolitik gemäß Art. 3 VAEU in der ausschließlichen Zuständigkeit der Union liegt, andere sektorale wirtschaftspolitische Felder (z.B. Sozial-, Agrar-, Umwelt- und Infrastrukturpolitiken) hingegen gemäß Art. 4 VAEU in mit den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit fallen, während im Übrigen die (Allgemeine) Wirtschaftspolitik schlechthin und die Beschäftigungspolitik als nationale Kompetenz „lediglich“ unter den Mitgliedstaaten zu koordinieren sind (Art. 5 VAEU);
- schließlich deklariert sie Ziele in ihren Beziehungen zur übrigen Welt (Abs. 5).

Im Verfassungsvertrag (Art. I-3 Abs. 2) war das Binnenmarktziel noch mit dem Zusatz „mit freiem und unverfälschtem Wettbewerb“ versehen. Auf französisches Betreiben wurde dieser Zusatz aus der Zielformulierung gestrichen, weil befürchtet wurde, dass damit der unregelmäßigen Globalisierung Tür und Tor geöffnet werde.⁴²⁾ Diese Zielverdeutlichung blieb aber an anderen Stellen des Vertragstextes bei den jeweiligen sektoralen Politiken erhalten. Dort finden sich jeweils speziellere Umschreibungen der sektoralen Zielsetzungen im Katalog der im dritten Teil des VAEU aufgezählten „Internen Politiken und Maßnahmen der Union“. Hier bringt der Reformvertrag insbesondere auf dem Sektor Energie, Umwelt und Klimaschutz Neuerungen. Als energiepolitische Ziele werden u.a. das Funktionieren des Energiemarktes, Energieversorgungssicherheit und Energieeffizienz genannt (Art. 194 Abs. 1 VAEU). Die üblichen umweltpolitischen Ziele beziehen auch die Bewältigung regionaler und globaler Umweltprobleme und die Bekämpfung des Klimawandels ein (Art. 191 Abs. 1 VAEU).

Spezielle Grundsätze werden ferner auch für das auswärtige Handeln der Union festgelegt (Art. 21 VEU und fünfter Teil des VAEU), darunter die Förderung Entwicklungsländer und der Beitrag zur Entwicklung von internationalen Maßnahmen zur

Erhaltung Verbesserung der Qualität der Umwelt und der nachhaltigen Bewirtschaftung der weltweiten natürlichen Ressourcen (Abs. 2 lit. d und f).

Dieser Zielkatalog umfasst somit zum Teil ordnungspolitische Rahmenvorgaben, zum Teil Vorgaben für Interventionen unterschiedlicher Intensität, welche den Charakter von öffentlichen Gütern im allokativen Sinn haben oder auch verteilungs- und stabilisierungspolitische Ansätze zeigen, auch wenn diese nicht in allen Politikfeldern gleichermaßen signifikant in Erscheinung treten. Stabilisierungseffekte treten grundsätzlich eher nicht in Gestalt direkter, diskretionärer Aktionen der Union auf, sie sind vielmehr durch allokativen und verteilungswirksame Aktionen indirekt mit verursacht. Im Übrigen konzentrieren sich stabilisierungspolitische Interventionen der Union auf die Überwachung und Beaufsichtigung der mitgliedstaatlichen Stabilisierungsmaßnahmen (siehe dazu im Einzelnen unten den Abschn. 3.7. zur Koordination der Wirtschaftspolitik vor dem Hintergrund der Theorie der optimalen Währungsräume).

In einem separaten Dokument ist die „Charta der Grundrechte der Europäischen Union“ niedergelegt⁴³⁾. Durch eine Verweisungsbestimmung im Vertrag (Art. 6 Abs. 1 VEU) wird dieser Charta Rechtsverbindlichkeit („rechtliche Gleichrangigkeit mit den Verträgen“) verliehen. Ausdrücklich festgehalten ist, dass „durch die Bestimmungen der Charta ... die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert“ werden. Bekräftigt wird dies auch durch die Charta selbst (Art. 51 Abs. 2). Art. 51 Abs. 1 der Charta bezieht deren Anwendungsbereich ausdrücklich auf „die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips“ und auf die Mitgliedstaaten „ausschließlich bei Durchführung des Rechts der Union“. „Dementsprechend achten sie die Rechte, halten sich an die Grundsätze und fördern deren Anwendung entsprechend ihren jeweiligen Zuständigkeiten“ und unter Achtung von deren Grenzen.

Auch wenn damit der Anwendungsbereich der Charta auf das Handeln der Unionsorgane eingeschränkt zu sein scheint, ist die Charta wohl auch von darüber hinausgehender Bedeutung. Einerseits verkörpert sie im Gefolge ihrer rechtlichen Gleichrangigkeit mit den Verträgen die Funktion einer zusätzlichen Beschreibung von Unionszielbestimmungen neben dem Zielkatalog des Art. 3 VEU. Andererseits lässt allein schon die Bezeichnung „Charta der Grundrechte“ gedanklich eine Assoziation zu einem Grundrechtskatalog der UnionsbürgerInnen entste-

hen. Demnach ist sie nicht nur eine Charta der Union, sondern wohl auch eine Charta der BürgerInnen der Union. Diese werden daher wohl danach trachten, ihre Grundrechte unter Berufung auf die Charta auch durchzusetzen. Dies wird zu Handlungsaufforderungen an die Unionsorgane führen, Kompetenzen unter Berufung auf die Grundrechtsformulierungen auch dann wahrzunehmen oder wenigstens ihre Wahrnehmbarkeit einzufordern, wenn sie im Zuständigkeitskatalog (noch) nicht vorgesehen sind. Die damit verbundenen Zentralisierungstendenzen und die damit hervorgerufene Integrationsdynamik wird ohne Zweifel durch eine zentralisierungsfreundliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs begünstigt werden (siehe Näheres unten in Abschn. 6.4.9. und 7.4.2.).

3.2. Ausschließliche und mit den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeiten der Europäischen Union

a) Ausschließliche Zuständigkeiten

Die Union hat ausschließliche Zuständigkeit (Art. 3 VAEU) in den Bereichen Zollunion, in der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbspolitik, der Währungspolitik im Euro-Raum, der Erhaltung der biologischen Meeresschätze im Rahmen der gemeinsamen Fischereipolitik und der gemeinsamen Handelspolitik. Ausschließliche Zuständigkeit bedeutet, dass ausschließlich die Union gesetzgeberisch tätig werden darf, und die Mitgliedstaaten dies nur dann dürfen, „wenn sie von der Union ermächtigt werden oder um Rechtsakte der Union durchzuführen“ (Art. 2 Abs. 1 VAEU).

b) Geteilte (konkurrierende) Zuständigkeiten

Die Union teilt ihre Zuständigkeit mit den Mitgliedstaaten in aufgezählten „Hauptbereichen“ (Art. 4 Abs. 2 VAEU). D.s. der Binnenmarkt, die Landwirtschaft und Fischerei, die Umwelt, der Verbraucherschutz, der Verkehr, die Energie, die transeuropäischen Netze, der wirtschaftliche, soziale und territoriale „Zusammenhalt“, die Sozialpolitik (nur hinsichtlich der im Vertrag genannten Aspekte), die innere Sicherheit („Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“) und gemeinsame Sicherheitsanliegen im Bereich der öffentlichen Gesundheit. In den Bereichen Forschung, technologische Entwicklung und Raumfahrt (Abs. 3) sowie Entwicklungszusam-

menarbeit und humanitäre Entwicklung (Abs. 4) darf sie Maßnahmen treffen, Programme erstellen bzw. eine gemeinsame Politik verfolgen, ohne dass derartige Unionsaktivitäten die Mitgliedstaaten hindern, ihre Zuständigkeit auszuüben. Die aufgezählten „Hauptbereiche“ ändern nichts daran, dass auch außerhalb des Zuständigkeitskatalogs der geteilten Zuständigkeit und jenes der ausschließlichen Zuständigkeit die Verträge noch eine Zuständigkeit übertragen können (Abs. 1).

In Bereichen geteilter Zuständigkeiten, können sowohl die Union wie auch die Mitgliedstaaten gesetzgeberisch tätig werden, also Kompetenzen ausüben (das deutsche Grundgesetz spricht daher in seinem Art. 72 von „konkurrierender Gesetzgebung“⁴⁴), aber: „Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit [nur dann] wahr, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat. Die Mitgliedstaaten nehmen ihre Zuständigkeit erneut wahr, sofern und soweit die Union entschieden hat, ihre Zuständigkeit nicht mehr auszuüben“ (Art. 2 Abs. 2 VAEU). Die Mitgliedstaaten haben also der Union den Vortritt einzuräumen. Dies begünstigt Zentralisierung, ohne dass es einer expliziten Vertragsänderung bedarf (siehe dazu die unten in Abschn. 6.4. angeführte Kritik der „European Constitutional Group“).

c) Unterstützende und ergänzende Aktivitäten

Abgesehen von der gesondert geregelten Koordinierung der Wirtschaftspolitik (Art. 5 VAEU, siehe unten in Abschn. 3.7.) und der ebenfalls gesondert geregelten Außen- und Sicherheitspolitik (siehe anschließend), gibt es noch eine „Restmenge“ von weder der ausschließlichen noch einer geteilten Zuständigkeit unterliegenden Aufgaben, nämlich „Maßnahmen mit europäischer Zielsetzung“ zur „Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung“ einschlägiger Maßnahmen der Mitgliedstaaten (Art. 6 VAEU). Dies ist möglich zum Schutz und Verbesserung der menschlichen Gesundheit sowie in den Bereichen Industrie, Kultur, Tourismus, allgemeine und berufliche Bildung, Jugend und Sport, Katastrophenschutz und Verwaltungszusammenarbeit.

d) Die „Abrundungskompetenz“ als Generalklausel zur Bewältigung neuer Aufgaben

Eine bedeutende Rolle, Zuständigkeiten auch außerhalb der ausdrücklich in den Verträgen vorgesehenen Befugnisse wahrzunehmen, spielte insbesondere zur Verwirklichung des Binnenmarkts ab 1987 (Einheit-

liche Akte) die Generalklausel des Art. 308 EGV, die als Art. 352 VAEU unverändert in den Rechtsbestand des Lissaboner Vertrag übernommen wird. Danach ist die Union (der Rat) befugt, bei Einstimmigkeit im Rat und Zustimmung des Parlaments Rechtsvorschriften zu erlassen, wenn „ein Tätigwerden der Union im Rahmen der in den Verträgen festgelegten Politikbereiche erforderlich ist, um eines der Ziele der Verträge zu verwirklichen, und in den Verträgen die hierfür erforderlichen Befugnisse nicht vorgesehen“ sind. Diese Ermächtigung wurde in der Vergangenheit sehr häufig in Anspruch genommen, um Regelungen auch in vertragsrechtlich nicht eindeutig der Union bzw. der Gemeinschaft zugewiesenen Bereichen zu treffen. Sie ist aber nach (noch) bestehender Rechtslage ausdrücklich auf eine Zielverwirklichung „im Rahmen des Gemeinsamen Marktes“ bezogen, und wird künftig sogar generell auf den Rahmen vertraglich festgelegter „Politikbereiche“ erweitert.

e) Die Sonderstellung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik

Eine Sonderstellung nimmt die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik ein, geregelt in Titel V des VEU: „Allgemeine Bestimmungen über das auswärtige Handeln der Union und besondere Bestimmungen über die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik“ (GASP), diese wiederum mit gesonderten Bestimmungen über die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik (GSVP), die ein „integraler Bestandteil“ der GASP ist (Art. 42 Abs. 1 VEU). Die GASP hat noch den Charakter der „intergouvernementalen“ (zwischenstaatlichen) Zusammenarbeit, die mit dem Maastrichter Vertrag (als „zweite Säule“) in den Unionsvertrag inkorporiert wurde und dadurch gegenüber davon unberührten außervertraglichen zwischenstaatlichen (bi- oder multilateralen) Kooperationen besondere rechtliche Qualität erhalten hat und demgemäß mit „besonderen Bestimmungen und Verfahren“ ausgestattet wurde (Art. 24 Abs. 1 VEU, 2. Satz). Diese besondere Qualität besteht darin, jeweils konsensual definierte „Aktionen“, die natürlich in ein gesamtstrategisches Bild passen sollten, durchzuführen.

Nach Art. 24 VEU Abs. 1, 1. Satz, erstreckt sich die Zuständigkeit der Union in der GASP „auf alle Bereiche der Außenpolitik sowie auf sämtliche Fragen im Zusammenhang mit der Sicherheit der Union, einschließlich der schrittweisen Festlegung einer gemeinsamen Verteidigungspolitik, die zu einer gemeinsamen Verteidigung führen kann.“ Fak-

tisch bleibt daneben die jeweilige nationale Außenpolitik der Mitgliedstaaten, was ihre bilateralen Beziehungen zu den Staaten außerhalb der Union und ihre multilaterale Beteiligung an Internationalen Organisationen angeht, unberührt. Genauso faktisch wird diese sich allerdings in die strategischen Gesamtinteressen einzupassen haben, was rechtlich überdies durch die Koordinationsregelung und Solidaritätsklausel des Art. 32 VEU sichergestellt ist. Danach stimmen sich die Mitgliedstaaten im Europäischen Rat und im Rat „Auswärtige Angelegenheiten“ „zu jeder außen- und sicherheitspolitischen Frage von allgemeiner Bedeutung“ ab, „um ein gemeinsames Vorgehen festzulegen“. Bevor ein Mitgliedstaat in einer „die Interessen der Union berührenden Weise“ auf internationaler Ebene tätig wird, hat er die anderen Mitgliedstaaten in den erwähnten Ratsgremien „zu konsultieren“. Dabei ist „durch konvergentes Handeln“ der Mitgliedstaaten zu gewährleisten, „dass die Union ihre Interessen und ihre Werte auf internationaler Ebene geltend machen kann. Die Mitgliedstaaten sind untereinander solidarisch.“

Die „besonderen Bestimmungen und Verfahren“ bestehen darin, dass anders als in fast allen vergemeinschafteten („kommunitären“) Zuständigkeitsbereichen, wo im Ministerrat das Prinzip der qualifizierten Mehrheit gilt (Art. 16 Abs. 3 und 4 VEU), während der Europäische Rat der Staats- und Regierungschefs grundsätzlich im Konsens entscheidet (Art. 15 Abs. 4 VEU), die Beschlüsse zur GSVP hingegen prinzipiell der Einstimmigkeit unterliegen (Art. 42 Abs. 4 VEU sowie Art. 31 Abs. 1 VEU, „soweit nichts anderes festgelegt ist“⁴⁵). Nach Art 31 Abs. 3 VEU kann in der GASP (generell, also nicht bloß in der GSVP) mit einstimmigem Beschluss auf qualifizierte Mehrheitsentscheidung übergegangen werden. Ausgenommen davon sind Beschlüsse „mit militärischen und verteidigungspolitischen Bezügen“ (Abs. 4). Daran wird sich künftig die österreichische Neutralitätspolitik zu orientieren haben. Im Falle eines bewaffneten Angriffs auf das Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats schulden nach der militärischen Beistandsklausel des Art. 42 Abs. 7 VEU die anderen Mitgliedstaaten ihm alle in ihrer Macht stehende Hilfe und Unterstützung“.⁴⁶

3.3. Das Subsidiaritätsprinzip als Richtschnur für die Ausübung von Zuständigkeiten durch die Union

Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben nach dem Subsidiaritätsprinzip bei den Mitgliedstaaten (Art. 4 VEU). Dieses Prinzip gilt gemeinsam mit dem sogenannten Verhältnismäßigkeitsprinzip für die Ausübung der Zuständigkeiten, während für deren Abgrenzung der Grundsatz der „begrenzten Einzelermächtigung“ gilt (Art. 5 Abs. 1 VEU). Dieser legt ein Tätigwerden der Union „innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeit (...), die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben“, fest (Abs. 2).

Gemäß Art. 5 Abs. 3 VEU, der inhaltlich unverändert dem Rechtsbestand des noch in Kraft befindlichen EG-Vertrages (Art. 5 EGV) entspricht, wird die Union nach dem Subsidiaritätsprinzip in Bereichen ihrer nicht ausschließlichen Zuständigkeit (der mit den Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeiten) nur tätig, „sofern und soweit die Ziele der in Betracht kommenden Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler oder lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind.“

Entscheidend sind also die beiden Kriterien „nicht ausreichend“ (für den Nachweis einer Nichtdurchführbarkeit auf Seiten der Mitgliedstaaten) und „besser“ (für den Nachweis einer Durchführbarkeit auf Unionsebene). Im Einzelnen sieht der Reformvertrag (wie auch schon der Verfassungsvertrag) in einem eigenen Protokoll ein gegenüber der bestehenden Rechtslage verbessertes „Subsidiaritätsprüfungsverfahren“ vor.⁴⁷⁾ Das diesbezügliche Protokoll Nr. 2 („Über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“) des Reformvertrages beschränkt sich wie auch jenes des Verfassungsvertrages auf Verfahrensvorschriften, während das Protokoll Nr. 30 (gleichen Titels) der bestehenden Vertragsrechtslage auch inhaltliche Kriterien enthält, die in der künftigen Protokollfassung weggefallen sind. So stellt Pkt. 5 des Protokolls Nr. 30 klar, dass die beiden Subsidiaritätsbedingungen „nicht ausreichend“ und „besser“ kumulativ erfüllt sein müssen, um Maßnahmen der Gemeinschaft zu rechtfertigen. Für die Prüfung der Voraussetzungen kämen dabei als Leitlinien in Betracht: (1) „Der betreffende Bereich weist transnationale Aspekte

auf, die durch Maßnahmen der Mitgliedstaaten nicht ausreichend geregelt werden können“; (2) „alleinige Maßnahmen der Mitgliedstaaten oder das Fehlen von Gemeinschaftsmaßnahmen würden gegen die Anforderungen des Vertrags (...) verstoßen oder auf sonstige Weise die Interessen der Mitgliedstaaten erheblich beeinträchtigen“; (3) Maßnahmen auf Gemeinschaftsebene würden wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen im Vergleich zu Maßnahmen auf der Ebene der Mitgliedstaaten deutliche Vorteile mit sich bringen.“

Nun werden bei geteilten Zuständigkeiten im Regelfall externe Effekte zu erwarten sein, weil sich die rechtlichen Hoheitsgebiete der betroffenen Staaten und der räumliche Diffusionsbereich von positiven oder negativen externen Wirkungen nicht decken und es deshalb unklar sein wird, welche politisch-rechtliche Entität sich mit den anfallenden Externalitäten auseinanderzusetzen hat. Umgekehrt gesagt: „In dem Maße, wie externe Effekte auftreten, handelt es sich potenziell um konkurrierende Zuständigkeiten“ (Döring, Subsidiarität und Umweltpolitik in der Europäischen Union, 1997). In diesem Fall wird es nicht schwer sein, den Nachweis zu führen, dass eine Intervention der Union vom Standpunkt des Subsidiaritätsprinzips (Art. 5 Abs. 3 VEU) „bessere“ Resultate erwarten lässt, weil gemeinsame Ziele „nicht ausreichend“ durch individuelle mitgliedstaatliche Aktionen erreicht werden können.

Das hier zum Tragen kommende Modell des Gefangenendilemmas (siehe Abschn. 2.4.), zu dessen Überwindung eine (zentrale) Intervention durch eine zentrale Instanz beitragen sollte, geht jedoch darüber hinaus. Um eine kollektive Schädigung von individuell rationalem Verhalten (der Mitgliedstaaten) zu vermeiden, müsste die intervenierende höhere Instanz die Gewährleistung eines kollektiven „Optimums“ erreichen, damit sich die individuellen Akteure ihrer Aktionen, basierend auf ihren individuellen Rationalitätskalkülen, enthalten.

3.4. Der subsidiäre Charakter von Gemeinschaftsinterventionen

In beiden dargestellten Fällen (externe Effekte und Gefangenendilemma) werden im Sinne des Subsidiaritätsprinzips der subsidium-Charakter einer „höherrangig“ angesiedelten intervenierenden Institution und damit die Rechtfertigung für eine Zentralisierung deutlich. Dies trifft im Prinzip auf alle grenzüberschreitenden Phänomene zu. Auch mehr

oder weniger abstrakte Ziele könnten unter diesen Modellannahmen gesehen werden, z.B. das – zumindest implizit – in allen Ziel- und Grundrechtskatalogen enthaltene Ziel gleicher Lebensbedingungen. Die Folgen wären aber wohl, dass insbesondere das Rechtsharmonisierungsverfahren zur Verwirklichung des Binnenmarktziels („Errichtung oder Funktionieren des Binnenmarktes“: Art. 114 und 115 VAEU, siehe dazu unten Abschn. 3.8.1.) oder das sozialpolitische Ziel der Förderung der Beschäftigung und der Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen (Art. 151 VAEU) sowie die sozialen Grundrechte der künftig verrechtlichten Grundrechtscharta die extensive Interpretation von Unionszuständigkeiten, und damit die Zentralisierung, begünstigen würden. Nach allen bisherigen Erfahrungen wird diese Tendenz durch eine zentralisierungsfreundliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gefördert, von diesem bisweilen sogar explizit gefordert (siehe unten Abschn. 3.6.). Dies zeigte sich auch an den Erfahrungen des im deutschen Grundgesetz verankerten Ziels der „Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse“ im Rahmen der „Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit“, das selbst im Fall konkurrierender (geteilter) Zuständigkeiten dem Bund das (primäre) Gesetzgebungsrecht zubilligt (Art. 72 Abs. 2 Z. 3 des deutschen Grundgesetzes). Jedenfalls ließe sich an Hand des Modells externer Effekte aufzeigen, dass dort, wo solche Effekte nicht auftreten, im Sinne des Subsidiaritätsprinzips keine Notwendigkeit und Rechtfertigung für Gemeinschaftsaktivitäten besteht.

Im Grenzfall, dass eine positive Externalität zu einem öffentlichen Gut mutiert, das somit allen Bewohnern eines bestimmten räumlich begrenzten Gebiets zur Verfügung steht (auch wenn sie es nicht wollen), die Nutzen dieses Gutes also unteilbar sind und niemand von der Nutzung ausgeschlossen werden kann, wird dieses Gut, wie oben bei der begrifflichen Abgrenzung (Abschn. 2.1.4.) schon angedeutet, nicht unter Marktbedingungen anbietbar sein, sondern der öffentlichen Intervention bedürfen. Das Gleiche gilt für das Gegenteil des social „good“, nämlich des social „bad“. In diesem Fall nimmt die „höherinstanzliche“ Intervention wiederum den Charakter eines sozialen „Guts“ an, um das soziale Übel wieder zu beseitigen (Schulbeispiel: Umwelt- und Gesundheitsschutz, Letzteres unter Umständen auch als „meritorisches“ Gut, siehe Abschn. 2.1.1.). Im Prinzip sind in diesen Fällen marktwirtschaftliche Lösungen durchaus nicht ausgeschlossen, staatliche Interventionen aus sozialen und verteilungspolitischen Gründen aber eher die Regel, wenn auch

gegen entsprechenden Widerstand der marktradikalen (neo-neoliberalen) Ideologen.

Im Grenzfall der „reinen“ öffentlichen Güter, wie z.B. in der Außen- und Sicherheitspolitik, verschwindet der subsidium-Charakter des Subsidiaritätsprinzips, weil die Priorisierung von Aktivitäten kleinerer Einheiten kaum zu rechtfertigen sein dürfte. Auch wenn von diesem Standpunkt aus eine ausschließliche (kommunautäre) Zuständigkeit zu rechtfertigen ist, gilt nach der jetzigen und künftigen Vertragsrechtslage auf dem Gebiet der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik noch das intergouvernementale Prinzip mit besonderen Verfahrens- und Beschlussfassungsregeln (siehe oben Abschn. 3.2.e).

Die rechtliche Qualifizierung einer Tätigkeit als „ausschließliche“ Gemeinschaftskompetenz legt natürlich nahe, sie auch ökonomisch (allokationstheoretisch und –politisch) im Sinne des Konzeptes externer Effekte und des öffentlichen Gutcharakters als Gemeinschaftstätigkeit einzustufen. Dies ist in vielen Fällen, u.U. sogar im Regelfall, aus ökonomischer Sicht berechtigt, folgt aber nicht zwingend. Vom ökonomischen Standpunkt ist die Unterscheidung in ausschließliche und nichtausschließliche Zuständigkeiten sekundär und zum Teil auch anzweifelbar, weil es nämlich nicht von vorneherein einsichtig ist, dass auch im Bereich rechtlich ausschließlicher Zuständigkeit die Mitgliedstaaten stets „nicht ausreichende“ Ergebnisse erreichen werden, die Union hingegen immer „bessere“ Resultate zu erzielen vermag. Damit erscheint auch die Beschränkung des Subsidiaritätsprinzips auf die Bereiche nicht ausschließlicher Zuständigkeit zweifelhaft.

3.5. Die Wettbewerbspolitik als Beispiel ausschließlicher Unionszuständigkeit (einschließlich ihrer Auswirkungen auf die gemeinwirtschaftlichen Dienste von „allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“)

Nach Art. 3 Abs. 1 Ziff. b VAEU hat die Union die ausschließliche Zuständigkeit zur „Festlegung der für das Funktionieren des Binnenmarkts erforderlichen Wettbewerbsregeln“. Gemäß Art. 101 Abs. 1 VAEU sind „als mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten“ „alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltenswei-

sen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarktes bezwecken oder bewirken“ (dem folgt eine beispielhafte Aufzählung solcher Wettbewerbsverfälschungen, -einschränkungen und -verhinderungen). Art. 102 VAEU zählt ferner beispielhaft eine Reihe von Missbrauchstatbeständen („missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung“) auf. Ferner sind gemäß Art. 107 Abs. 1 VAEU „staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art“ (also auch solche nicht monetärer Art), „die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“ Abs. 2 führt dem gegenüber Beihilfen an, die (jedenfalls) als mit dem Binnenmarkt vereinbar anzusehen „sind“ (etwa solche sozialer Art), nach Abs. 3 „können“ ferner weitere dort genannte Beihilfenarten als mit dem Binnenmarkt vereinbar angesehen werden (z.B. die Regionalförderung in Gebieten mit „außergewöhnlich niedriger“ Lebenshaltung und „erheblicher“ Unterbeschäftigung).

Im Wettbewerbsrecht übt die Union über die Europäische Kommission als Wettbewerbsbehörde somit unmittelbare Hoheitsgewalt in den Mitgliedstaaten aus. Zentrales wirtschaftspolitisches Anliegen der Union im Sinne des Binnenmarktziels ist die Sicherstellung eines „funktionsfähigen Wettbewerbs“ (wörtlich ident mit dem Begriff „workable competition“ aus der Wirtschaftstheorie⁴⁸⁾, also nicht eines im Sinne des realitätsfernen Modells der Allgemeinen Gleichgewichtstheorie „perfekten Wettbewerbs“, der ein Gleichgewicht zwischen Konsumentennachfrage und Produzentenangebot postuliert. In der Interpretation des Europäischen Gerichtshofs zielt dies auf einen „wirksamen“ Wettbewerb ab, wobei der Begriff des unverfälschten Wettbewerbs „ein Mindestmaß an Wettbewerb“ voraussetzt, andererseits zugleich aber „ein Höchstmaß an Wettbewerb in aller Regel durch die weitestgehende Verwirklichung der allgemeinen Vertragsziele“ gewährleistet sein muss. Innerhalb dieser – rechtlich unbestimmten – „Mindest- bzw. Höchstmaße“ umschreibt der Vertrag sein Bekenntnis zum Prinzip der „Wettbewerbsfreiheit“ (Helmut Schröter et al., Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Einführung zu Art. 81 EGV [künftig: Art. 101 VAEU], 2003, S. 179-180, Rz. 21).

Die auf den Wettbewerbsregeln des Vertrags gegründete Wettbewerbspolitik ist eine Ex post-Kontrolle. Sie erstreckt sich überdies nicht ausdrücklich auch auf eine Fusionskontrolle, also unmittelbar auf die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen. Vorangetrieben durch Urteile des Europäischen Gerichtshofs hat die Kommission auf Basis der Wettbewerbsregeln des Vertrags (Art. 101 und 102 VAEU, früher 81 und 82 EGV), auch die Kompetenz für eine nachträgliche Kontrolle von Zusammenschlüssen in Anspruch genommen. Schließlich ermöglichte eine eigene Ratsverordnung (Fusionskontrollverordnung), gestützt auf die Generalklausel des Art. 352 VAEU (früher 308 EGV)⁴⁹⁾, seit 1989 auch die präventive Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen „gemeinschaftswweiter Bedeutung“.⁵⁰⁾ Dies ist im ordnungspolitischen Sinn Regulatorenfunktion (siehe Abschn. 2.1.3.), und zwar insofern nach wie vor im Rahmen der ausschließlichen Unionszuständigkeit, als die Union eben im Sinne des Binnenmarktziels in der Fusionskontrollverordnung die Grenzen festlegt, ab denen ein gemeinschaftswweit bedeutsamer Zusammenschluss vorliegt. Was unterhalb dieser Grenzen liegt, bleibt in der Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden.

„In Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen (...) besondere oder ausschließliche Rechte“ gewährt werden, dürfen die Mitgliedstaaten gemäß Art. 106 Abs. 1 VAEU keine den Wettbewerbsregeln widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten. D.h.: Die Mitgliedstaaten dürfen besondere Rechte gewähren, diese dürfen allerdings nicht den Wettbewerbsregeln widersprechen.

Die Bestimmungen über die „Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“, die für die Angebote von öffentlichen Infrastrukturleistungen im Bereich der Mitgliedstaaten in Frage kommen, sind wie die generellen Wettbewerbsregeln unverändert in den Rechtsbestand des Lissaboner Vertrags übernommen worden (Art. 14 und 106 Abs. 2 VAEU). Art. 14 verpflichtet die Union und die Mitgliedstaaten, dafür Sorge zu tragen, „dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können.“ Gemäß Art. 106 Abs. 2 gelten für die Unternehmen, „die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, ... die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung

der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert.“ Dabei darf die Entwicklung des Handelsverkehrs nicht in einem dem Interesse der Union zuwiderlaufenden Ausmaß beeinträchtigt werden. Beide Bestimmungen sollen „ein Gleichgewicht zwischen den Wettbewerbsregeln und der Erfüllung öffentlicher Versorgungsaufträge“ herstellen (I.F. Hochbaum, Öffentliche Unternehmen, Kommentar zu Art. 86 EGV [künftig: Art. 106 VAEU], in Schröter et al., Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, 2003, S. 1896, Rz. 52).⁵¹⁾ Letztlich steht also die Union diesen Diensten nicht ablehnend gegenüber, sie verlangt aber eine allokatorentheoretische bzw. allokatorenpolitische Rechtfertigung.

3.6. Die Begünstigung von Zuständigkeitserweiterungen (Zentralisierungstendenzen) durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs: Ein Beispiel

Am 13.9.2005 fällte der Europäische Gerichtshof ein bemerkenswertes Urteil (Rs. C-176/03), das exemplarisch für die der Rechtsprechung dieses Gerichtshofs zugrunde liegende Methode ist, die Kompetenzen der Union ohne Vertragsänderung auszuweiten und damit die Zentralisierungstendenzen zu verstärken.⁵²⁾ Diese Methode zeigte sich nicht zuletzt auch in der Rechtsprechung zum Wettbewerbsrecht (siehe voriger Abschnitt). Im vorliegenden Fall ist darüber hinaus die Frage der Subsidiarität berührt (siehe Abschn. 3.3.). Das Urteil setzt sich mit der Frage auseinander, ob und inwieweit der Gemeinschaft auch Kompetenzen auf strafrechtlichem Gebiet zukommen, obwohl diese vom Grundsatz her unbestritten nationale (mitgliedstaatliche) Kompetenz sind (Urteilssatz 47), eine explizite Kompetenzübertragung auf die Gemeinschaft also (noch) nicht stattgefunden hat. Zentrales Argument des Gerichtshofs war, dass eine strafrechtliche Zuständigkeit für die Gemeinschaft (Urteilssatz 48: „Maßnahmen, die sich auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten erstrecken“), insoweit zu rechtfertigen ist, um den Umweltschutzregelungen des Gemeinschaftsrechts „volle Effektivität“ zu sichern. Dies erhebt die Frage der Erfüllung der beiden oben dargestellten Subsidiaritätsbedingungen des Art. 5 VEU.

Der Gerichtshof hatte seine Argumentation ausschließlich auf die Frage der Effektivität des Umweltrechts der Gemeinschaft bei der Bekämpfung grenzüberschreitender (transnationaler)

Umweltbeeinträchtigungen konzentriert. Vom Standpunkt der Subsidiaritätsbedingungen wäre hingegen zunächst die Effektivität des nationalen Strafrechts zur Bekämpfung von transnationalen Umweltverschmutzungen zu prüfen gewesen, um nachzuweisen, dass die nationale Regelung „nicht ausreichend“ ist „und“ (kumulativ) eine Gemeinschaftsregelung daher „besser“ ist. Unter dem transnationalen Gesichtspunkt des Punktes 5 des derzeit noch geltenden Protokolls Nr. 30 zum Subsidiaritätsprinzip wäre dieser Nachweis sogar mit durchaus erfolversprechendem Resultat plausibel zu führen gewesen. Dies hat der Gerichtshof jedoch vermieden, weil Verfahrensgegenstand nicht eine strafrechtliche Maßnahme der Gemeinschaft, sondern eine umweltrechtliche Maßnahme war. Obwohl er sich nur auf die Effektivität des Umweltrechts und nicht auf jene des Strafrechts konzentriert hat, wurde unter Außerachtlassung der Subsidiaritätsfrage zum Strafrecht – zumindest mittelbar – eine Aussage über die Notwendigkeit strafrechtlicher Zuständigkeiten für die Gemeinschaft getroffen, auch wenn sich diese auf bloße „Maßnahmen, die sich auf das Strafrecht der Mitgliedstaaten erstrecken“, beschränken.

Auch wenn es verbal nur in eine Handlungsaufforderung an die Gemeinschaftsorgane gekleidet erscheint, ist dies eines von zahlreichen Beispielen für die richterliche Rechtsfortbildung und die richterstaatlichen Tendenzen in der Gemeinschaft (siehe dazu Näheres unten in Abschn. 6.4.3.), die – implizite – Zuständigkeitserweiterungen und Zentralisierungstendenzen begünstigt und daher bereitwillig von der Kommission, unterstützt durch entsprechende Resolutionen des Europäischen Parlaments, als Rechtsetzungsinitiative im Rahmen ihres Vorschlagsmonopols (Art. 17 Abs. 2 VEU) aufgegriffen werden. Prompt folgte wenige Wochen nach der Urteilsverkündung bereits eine Liste der Kommission über Maßnahmen, die von den Mitgliedstaaten auf strafrechtlichem Gebiet – noch auf der intergouvernementalen Ebene („dritte Säule“) – im Bereich „Justiz und Inneres“ zu treffen wären sowie ein diesbezüglicher Bericht des Europäischen Parlaments dazu. Durch die Vergemeinschaftung der dritten Säule im Reformvertrag könnten sich diese Tendenzen sogar noch verstärken.

3.7. Zur Koordination der Wirtschaftspolitik vor dem Hintergrund der Theorie der optimalen Währungsräume

a) Die Koordination und Überwachung der nationalen Wirtschaftspolitiken, insbesondere der Fiskalpolitiken

Ein bedeutender Politikbereich, nämlich die (Allgemeine) Wirtschaftspolitik, verbleibt in der zentralen Verantwortung der Mitgliedstaaten, unterliegt aber einer Koordinationsregelung. Zur intergouvernemental angelegten Außen- und Sicherheitspolitik (siehe oben Abschn. 3.2.) besteht aber keine ablauforganisatorische Ähnlichkeit, weil diese auf gemeinsame Aktionen der Mitgliedstaaten abzielt, die hinsichtlich der Wirtschaftspolitik nicht vorgesehen sind. Art. 5 Abs. 1 VAEU sagt dazu: „Die Mitgliedstaaten koordinieren ihre Wirtschaftspolitik innerhalb der Union.“ Art. 121 Abs. 1 VAEU wiederholt dies und betrachtet sie überdies „als eine Angelegenheit von gemeinsamem Interesse“. Dazu beschließt der Rat insbesondere „die Grundzüge“ dieser Politik der Mitgliedstaaten und der Union, deren Erstellungs- und Überwachungsverfahren in Art. 121 Abs. 2 ff. geregelt ist. Art. 126 VAEU verbietet den Mitgliedstaaten „übermäßige öffentliche Defizite“, um die bekannten Maastrichter Stabilitätskriterien zu erreichen bzw. aufrechterhalten, wofür ein spezifisches Überwachungs- und Sanktionierungsverfahren vorgesehen ist. Besondere Regelungen gelten für die Währungspolitik (Art. 127 bis 133 VAEU), die institutionellen Vorkehrungen (Art. 134 bis 135), die Euro-Teilnehmerstaaten (Art. 136 bis 138) und die (Noch)-Nichtteilnehmerstaaten („Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung“ – Art. 139 VAEU).

Art. 130 VAEU stellt die Europäische Zentralbank (EZB) unabhängig. Weder sie noch eine nationale Zentralbank noch ein Mitglied ihrer Beschlussorgane darf Weisungen von Organen, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, Regierungen der Mitgliedstaaten oder sonstigen Stellen „einholen oder entgegennehmen“. Gemäß Art. 127 Abs. 1 VAEU ist „vorrangiges Ziel“ des Europäischen Zentralbankensystems (EZBS, d.i. die EZB und die nationalen Zentralbanken), „Preisstabilität zu gewährleisten“. Nur soweit es ohne Beeinträchtigung des vorrangigen Ziels möglich ist, unterstützt das EZBS auch „die allgemeine Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten“.

Ferner trifft die Union Maßnahmen zur Koordinierung der Beschäftigungspolitik, insbesondere durch Festlegung von „Leitlinien“ (Art. 5 Abs. 2 VAEU). Eine noch etwas abgeschwächtere Koordinationsform sieht schließlich Art. 5 Abs. 3 VAEU hinsichtlich der Sozialpolitik der Mitgliedstaaten vor, für welche die Union „Initiativen zur Koordinierung“ ergreifen kann. Genau wie die (Allgemeine) Wirtschaftspolitik bleibt auch die Beschäftigungspolitik in der Primärverantwortung der Mitgliedstaaten und unterliegt „lediglich“ einer Koordination bzw. Kooperation, die durch Überwachungs-, Berichts-, Evaluierungsaktivitäten und Empfehlungen der Union verstärkt wird. Ausgangspunkt bilden im wirtschaftspolitischen Bereich die Grundzüge der Wirtschaftspolitik (Art. 121 Abs. 2 VAEU), im beschäftigungspolitischen Bereich die beschäftigungspolitischen Leitlinien (Art. 148 Abs. 2 VAEU). Beratende Funktion bei der Koordinierung des Letzteren nimmt ein eigener Beschäftigungsausschuss wahr (Art. 150 VAEU).

b) Die Europäische Union als Währungsunion - oder auch schon als Wirtschaftsunion?

Die Europäische Union ist eine Währungsunion. Verwirklicht ist sie mit jenen Ländern, die nach den vertraglich festgelegten Kriterien (des Maastrichter Vertrages) Aufnahme in diesen Klub gefunden haben. Die anderen Mitgliedstaaten haben eine Beitrittsoption, die umgesetzt wird, wenn sie die geforderten Kriterien erfüllen. Die Ziele, auf die das EZBS verpflichtet ist (Vorrangigkeit der Preisstabilität gemäß Art. 127 Abs. 1 VAEU), haben ohne Zweifel wirtschaftspolitische Relevanz in den Mitgliedstaaten, machen aber die Union (noch) nicht zu einer Wirtschaftsunion.

Betrachtet man die historische Abfolge, um die Integrationsdynamik der Union in wirtschaftspolitischer Hinsicht zu illustrieren, so begann die Integration, abgesehen von den beiden rechtlich abgetrennten und zeitlich zum Teil vorangegangenen Gründungen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl („Montanunion“) und der Europäischen Atomgemeinschaft („EURATOM“), mit der Zollunion, der gemeinsamen Handelspolitik und der gemeinsamen Agrarpolitik im EWG-Gründungsvertrag von Rom 1957. Sie schritt dann fort mit dem Gemeinsamen Markt bzw. der Verankerung des Binnenmarktkonzepts in den „Einheitlichen Europäischen Akten“ 1986 (Arbeitskräftemobilität, Niederlassungsrecht, Dienstleistungsfreiheit) und deren darauf folgender schrittweiser Verwirklichung, wovon die letzte der

insgesamt vier Freiheiten am 1.7.1990 mit der Effektivierung der Kapitalverkehrsfreiheit direkt in die erste Stufe der Währungsunion des Maastrichter Vertrages 1992 mündete, vorher und zeitlich parallel dazu aber bereits die Harmonisierung weiterer Bereiche nach sich zog. Dies führte zur konzeptionellen Vorbereitung sektoraler Unionsvorstellungen auf bürokratischer Ebene und als politische Slogans, wobei die rudimentär, nur in Koordinationsform ausgebildete Wirtschaftsunion stets im Kontext mit der Währungsunion genannt wurde („Wirtschafts- und Währungsunion“). Ferner wurde auf konzeptivem Niveau trotz nach wie vor schwach ausgebildeter Vergemeinschaftung auch bereits von einer Sozial-, Umwelt- und politischen Union gesprochen. Die „politische“ Unionsvorstellung erstreckte sich dabei auf die durch den Maastrichter Vertrag eingeführte Unionsbürgerschaft sowie die Sonder-Verfahren und intergouvernementalen Prozeduren im Bereich „Justiz und Inneres“ und der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP), hervorgegangen aus den außervertraglichen Konsultationsprozeduren der „Europäischen Politischen Zusammenarbeit“. Die Sozialunion bestand nach dem Maastrichter Vertrag im Wesentlichen nur aus einem „Sozialprotokoll“, dem nicht einmal alle Mitgliedstaaten beigetreten waren und das die Sozialpolitik der Mitgliedstaaten seitens der Gemeinschaft „unterstützen und ergänzen“ sollte. Durch eine nachfolgende Vertragsrevision (Vertrag von Amsterdam vom 2.10.1997) wurden diese Unterstützungs- und Ergänzungsmaßnahmen in Form eines neuen Beschäftigungs- und Sozialkapitels in den Vertrag inkorporiert und unverändert in den Rechtsbestand des Lissaboner Vertrages übernommen (Art. 153 VAEU). Die Ziele (vorwiegend Förderung der Beschäftigung und Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen) blieben ebenfalls unverändert (Art. 151 VAEU). Durch die „Förderung“ der Zusammenarbeit sowie die „Unterstützung“ von Maßnahmen und Tätigkeiten der Mitgliedstaaten auf beschäftigungs- und sozialpolitischem Gebiet (Art. 147 bzw. 153 VAEU) soll die Union insbesondere zu einem hohen Beschäftigungsniveau in den Mitgliedstaaten beitragen. Hinzu tritt künftig noch die rechtliche Verankerung von sozialen Grundrechten in der Grundrechtscharta.

Substanziell vollständig verwirklicht wurde davon nach Vollendung des Binnenmarkts und der bereits mit dem Gründungsvertrag von Rom etablierten Zoll-, Handels- und Agrarunion lediglich die Währungsunion. Eine „homogenere“ und konsistentere Integrationspolitik hätte demgegenüber möglicherweise vor der Verwirklichung der Währungsunion zunächst die anderen oben genannten Politikberei-

che (Wirtschafts-, Sozial-, Umwelt- und politische Union) vertieft. Das „Überspringen“ dieser Bereiche setzt daher die Währungsunion möglicherweise auch erst noch in der Zukunft einem – wenn auch angesichts der bisherigen positiven Entwicklung – derzeit nicht absehbaren Risiko aus. Andererseits vermag es zunehmenden Handlungsdruck (im Regelfall in Richtung verstärkter Zentralisierung) zu erzeugen, in (un)absehbarer Zukunft auch die in ihrem Integrationsstand zurückgebliebenen Bereiche „nachzuziehen“. Diese unterschiedliche Schrittfolge der Integrationsdynamik und die damit bewirkten Inkonsistenzen mögen dem äußeren Anschein nach auf die zur Zeit der Verhandlung des Maastrichter Vertrages gegebene oder sich abzeichnende gesamteuropäische und globale politische Entscheidungskonstellation (Fall des Eisernen Vorhangs, deutsche Einigung) zurückzuführen sein, sie könnten andererseits aber wegen des damit erzeugten Zentralisierungsdrucks durchaus im Sinne einer stillschweigend akzeptierten „eurokratischen“ Integrationsstrategie durchaus willkommen oder in Kauf genommen worden sein.

c) Die Theorie optimaler Währungsräume

Die unterschiedliche Folge von Integrationsschritten und -geschwindigkeiten erscheint nicht zuletzt an Hand der Theorie der optimalen Währungsräume nicht unplausibel. Diese Theorie geht auf *Robert A. Mundell*⁵³⁾ und seinen Artikel „A Theory of Optimum Currency Areas“ (OCA) im *American Economic Review* (1961) zurück. In den 1990er Jahren zogen mehrere Ökonomen diese Theorie heran und untersuchten, ob Europa einen optimalen Währungsraum verkörpern könne (B. Eichengreen, 1990), indem sie das reale Wechselkursverhalten innerhalb und zwischen Währungsräumen analysierten (J. v. Hagen/M.J.M. Neumann, 1994). 1992 publizierte Paul De Grauwe (Währungsökonom an der Universität Löwen und später auch Mitglieder des Beraterstabes von Kommissionspräsident Barroso) eines der wichtigsten und besten Bücher über die Ökonomie monetärer Integration („Economics of Monetary Union“, mittlerweile in der 5. Auflage, 2003), das sich mit der Theorie der optimalen Währungsräume und den Kosten und Nutzen einer europäischen Währungsunion auseinandersetzte.⁵⁴⁾

Die OCA-Theorie verlangt, dass die Kandidatenländer einer Währungsunion einen Raum bilden sollten, der in wirtschaftlicher und sozialer Hinsicht (was die entsprechenden Entwicklungsstandards und die wirtschafts- und sozialpolitische Performance angeht)

hinreichend gleich (homogen) strukturiert ist. Damit soll eine stabile Basis für eine gemeinsame Währung geschaffen werden. Da Währungsunion Zentralisierung der Geldpolitik bedeutet, können dann „asymmetrische wirtschaftliche Schocks“ nicht mehr durch eine autonome nationale Wechselkurspolitik aufgefangen werden, insbesondere durch Abwertung der nationalen Währung, um die Wettbewerbsfähigkeit nationaler Güter und Dienstleistungen auf dem Weltmarkt wiederherzustellen. De Grauwe demonstriert dies in seinem Buch (a.a.O., S. 85 ff.) an Hand der Gegenüberstellung zweier wirtschaftlich ähnlich strukturiert gewesener Regionen, nämlich Michigan/USA (als Beispiel für eine Region, die Bestandteil eines einheitlichen Währungsraumes ist) und Belgien (als Beispiel für eine Region - vor Entstehung der Europäischen Währungsunion -, die noch nicht Mitglied einer Währungsunion ist). Untersucht werden sodann jene wirtschaftspolitischen Reaktionsmuster, mit denen in den beiden betrachteten Modellregionen nach dem Lehrbuchmodell zu rechnen sein wird (bzw. nach der nachträglich überprüften Datenlage zu rechnen war), um exogene asymmetrische Schocks abzufangen. So wird in Michigan als Reaktion auf zunehmende Arbeitslosigkeit mit Abwanderung zu rechnen sein, während Belgien (vor Bildung der Währungsunion) seine nationale Währung abwerten wird, um die internationale Konkurrenzfähigkeit wiederzugewinnen. Da genau dieses Instrument zur Abfederung asymmetrischer Schocks in der Währungsunion nicht mehr zur Verfügung steht, bedarf es alternativer kompensierender Mechanismen.

Die OCA-Theorie entwickelte daher mehrere Kriterien und Bedingungen, welche das Aufgeben der nationalen Wechselkursautonomie durch Eintritt in den Währungsraum gerechtfertigt erscheinen lassen. Diese sind insbesondere

- hinreichende Flexibilität der Löhne im künftigen Währungsraum (was natürlich verteilungspolitisch unerwünschte Verteilungswirkungen nach sich zieht, also potenziell konflikträchtig ist und die Sozialpartnerschaft herausfordert);
- hinreichende Mobilität der Arbeitskräfte in der künftigen Währungsunion, d.h. innerhalb und zwischen den Kandidatenländern;
- Freiheit des Kapitalverkehrs innerhalb der Währungsunion;
- Stabilität des realen Wechselkursverhaltens (der realen Wechselkursvariabilität) zwischen den Kandidatenländern, gemessen an Hand des Preis-

niveaus (real) und der realen Kostenverhältnisse zwischen den Kandidatenländern.

Während die Kapitalverkehrsfreiheit bereits am 1.7.1990 eingeführt und durch den Maastrichter Vertrag 1992 mit der ersten Stufe der Währungsunion verknüpft wurde, wodurch bereits eine bedeutende Bastion nationaler Wirtschaftspolitik niedergerissen wurde, sind die anderen Kriterien in der Realität kaum oder gar nicht erfüllt (obwohl die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, verbunden mit der Niederlassungsfreiheit durch die Binnenmarktregelungen des EG-Vertrages bereits vor Maastricht garantiert wurde). Dies führt zu wirtschaftlichen und sozialen Disparitäten zwischen den Mitgliedern der Währungsunion, was diese einem Risiko, unter Umständen gar dem eines Zusammenbruchs oder eines „Wegbrechens“ von jenen Teilen aussetzt, die wegen der genannten Disparitäten besonderem Druck ausgesetzt sind. In diesem Fall könnte vielleicht ein „harter Kern“ jener Länder übrig bleiben, die bereits vor der Währungsunion ihre Währungen aneinander gebunden hatten, nämlich Deutschland, Niederlande und Österreich. Dieser „Kernraum“, der annähernd das Gebiet des historischen Heiligen Römischen Reiches Deutscher Nation umfasst, würde nach den Resultaten der empirischen Untersuchungen der genannten Ökonomen nämlich am ehesten die oben angeführten OCA-Kriterien erfüllen.

d) Die Begründbarkeit weiterer Zentralisierungstendenzen und Integrationsschritte durch die Theorie optimaler Währungsräume

Um das erwähnte Risiko zu minimieren, wären mehrere Kompensationsmechanismen erforderlich, nämlich:

- Mehr Mittel für den EU-Haushalt, um wie in den bestehenden finanzföderalistischen Systemen ein teils automatisch, teils diskretionär wirkendes Finanzausgleichssystem einzurichten, das höhere Effektivität verspricht, als es die bestehenden Strukturförderungsfonds der EU derzeit vermögen; dies wäre zu gewährleisten
 - o durch Erhöhung der nationalen Beiträge zum EU-Budget,
 - o falls sich dies jedoch als undurchführbar und nicht ausreichend erweist, durch Einführung eines Besteuerungsrechts der Union, also teilweise

Zentralisierung der Steuerpolitik, insbesondere auf dem Sektor der Einkommensteuer.

- Mehr Kompetenzen der Union (Zentralisierung) im Bereich der Einkommenspolitik, Sozialpolitik, Beschäftigungs- und Arbeitsmarktpolitik, insbesondere um die komparativen Vorteile und die Wettbewerbsfähigkeit der Volkswirtschaften der Währungsunionmitglieder und der Europäischen Volkswirtschaft als Ganzer zu verbessern – in der Welt der neo-neoliberalen Theorien würde dies mehr Deregulierung, in der „eurokratischen“ Praxis hingegen vermutlich mehr Re-Regulierung auf supranationaler (zentraler) Ebene bedeuten.

Nach Ansicht der OCA-Theorie, die insbesondere von *De Grauwe* vertreten wird,⁵⁵⁾ könnte nur eine voll entwickelte Politische Union das Funktionieren aller dieser Kompensationsmechanismen garantieren. Zentralisierung der Geld- und Währungspolitik allein würde sich hingegen als unzureichend herausstellen, weil damit die Grenzen einer reinen ökonomischen Integration und überdies die Defizite des unabhängigen Europäischen Zentralbankensystems an politischer Legitimation evident werden würden. Gerade historische Beispiele wie etwa die (klein-)deutsche Einigung durch Bismarck zeigen, dass Währungsunionen häufig eher erst mehrere Jahre nach der politischen Einigung vollendet wurden. Im Fall der politischen Vereinigung des Bismarck-Reiches 1871 waren die legislativen Grundlagen der monetären Union bzw. Reform erst 1875 vollendet, womit nicht auf Mark lautendes Papiergeld 1876 seine Gültigkeit verlor, und erst 1909 war die Münzreform erreicht und die Goldwährung vollständig eingeführt.⁵⁶⁾ In der europäischen Integration verhält es sich angesichts des Voranschreitens der währungspolitischen Integration genau umgekehrt.⁵⁷⁾

e) Die Forderung einer „politisch-legitimierenden Flankierung“ der Währungsunion (gouvernement économique): Der Stabilitäts- und Wachstumspakt als stabilitätspolitische Verschärfung (ohne die notwendige politische Legitimierung) und die Euro-Gruppe als Kompromiss

Aus den angeführten politisch-legitimierenden Gründen wurde und wird im Übrigen insbesondere von französischer Seite in mehr oder weniger unregelmäßigen Abständen wiederholt die Forderung erhoben, der unabhängigen Europäischen Zentralbank einen gleichgewichtigen politischen Partner mit der Funktion eines (wirksamen) *gouvernement économique* gegenüber zu stellen. Deutschland sah

darin die Unabhängigkeit der Zentralbank gefährdet und beharrte stets darauf, diese nach dem Modell der unabhängigen deutschen Bundesbank keinerlei Regierungseinflüssen auszusetzen.⁵⁸⁾ Überdies forderte der damalige deutsche Finanzminister *Theo Waigel* bereits im November 1995, die Wirksamkeit der Maastrichter Stabilitätskriterien zu erhöhen, indem das multilaterale Überwachungsverfahren zur „engeren Koordinierung“ und Gewährleistung einer „dauerhaften Konvergenz der Wirtschaftsleistungen der Mitgliedstaaten“ (Art. 121 Abs. 3 VAEU) durch ein Frühwarnsystem in Gestalt einer Vorlagepflicht von „Stabilitätsprogrammen“ für die Euro-Teilnehmerstaaten und „Konvergenzprogrammen“ für die Nichtteilnehmerstaaten ergänzt wird. Ferner sollte das Verfahren bei übermäßigem Defizit samt dem dazu gehörenden Protokoll über die Referenzwerte der Maastrichter fiskalischen Stabilitätskriterien (Art. 126 Abs. 2 VAEU) beschleunigt und hinsichtlich der unbestimmten Rechtsbegriffe bei Referenzwertüberschreitungen („ausnahmsweise“, „vorübergehend“) präzisiert werden. Beides erfolgte durch Verordnungen, die gemeinsam mit einer Entschließung über Wachstum und Beschäftigung im Gefolge des Europäischen Rats von Amsterdam im Juni/ Juli 1997 erlassen wurden. Diese drei Texte bilden im EU-Sprachgebrauch den sogenannten Stabilitäts- und Wachstumspakt.

Die rund um diesen Stabilitäts- und Wachstumspakt und den Amsterdamer Europäischen Rat 1997 geführte Debatte um die Einführung eines Stabilitätsrats/ *gouvernement économique* (nach französischen Vorstellungen) als politisches Gegengewicht zur (unabhängigen) Europäischen Zentralbank und zur Erhöhung der politischen Steuerkapazität der Wirtschafts- und Währungspolitik belegt das oben angesprochene Legitimationsproblem der Währungsunion hinreichend. Der Kompromiss bestand im Herbst 1997 darin, ein (eher informelles) Meinungsaustauschgremium, bestehend aus den Finanzministern der Euro-Teilnehmerstaaten und dem Präsidenten der Europäischen Zentralbank, in Gestalt der Euro-Gruppe zu schaffen und die Beschäftigungspolitik durch nationale Beschäftigungsprogramme („einzelstaatliche Aktionspläne“) zu ergänzen. Die Sitzungen der Euro-Gruppe finden in der Regel am Vorabend der Sitzung des Rats der Wirtschafts- und Finanzminister (ECOFIN-Rat) statt. Der Verfassungsvertrag sah in einem eigenen „Protokoll betreffend die Euro-Gruppe“ vor, den Präsidenten dieses Gremiums mit Mehrheit für zweieinhalb Jahre aus dem Kreis der Finanzminister der Euro-Teilnehmerstaaten zu wählen. Diese Rege-

lung wurde unabhängig vom weiteren Schicksal des Verfassungsvertrags bereits in Kraft gesetzt.

f) Die Widersprüchlichkeit der wirtschaftstheoretischen und stabilitätspolitischen Konzeption der Währungsunion

Alle wesentlichen Befunde der OCA-Theorie sind seit Mundells bahnbrechender Veröffentlichung 1961 bekannt. Darüber hinaus ist zu beachten, dass bei steigender Arbeitslosigkeit eine Menge von Widersprüchen und Inkonsistenzen zwischen den in der Union praktizierten wirtschaftspolitischen Instrumenten und den diesen zugrunde liegenden Theorien sichtbar werden, nämlich zwischen angebotsorientierten OCA-Bedingungen (Lohnflexibilität, Arbeitskräfte- und Kapitalmobilität) und nachfrageorientierten nationalen fiskalpolitischen Instrumenten. Letztere sehen sich zunehmendem Druck durch die stabilitätspolitischen Vorgaben des Maastrichter Vertrags und dessen Konkretisierung im Stabilitätspakt ausgesetzt, dessen Kriterien nach Ansicht des Autors dieses Beitrags als Ausfluss simplizistischer Vulgäroökonomie monetaristischer Epigonen angesehen werden kann.

Wenn daher die Mitgliedstaaten die Bereitstellung zusätzlicher Finanzmittel für den EU-Haushalt verweigern, die dieser benötigt, um ökonomischen Disparitäten zwischen den Mitgliedstaaten, vor allem zwischen den Währungsunionsmitgliedern, nicht zuletzt aber zwischen diesen und den Kandidatenländern, entgegenzuwirken, könnte nach den Schlussfolgerungen der OCA-Theorie gewissermaßen die zweitbeste Lösung nur darin bestehen, ausreichende budgetäre Spielräume auf nationaler Ebene aufrecht zu erhalten – sogar durch Zulassung steigender nationaler Budgetdefizite, um die Mitgliedstaaten in die Lage zu versetzen, ihre ökonomischen Probleme „at home“ selbst zu lösen. Dieses keynesianisch inspirierte „revival“ würde jedoch den Kriterien des Stabilitätspakts widersprechen. Wenn im „worst case“ weder hinreichende Finanzmittel für einen wirksamen Finanzausgleichsmechanismus auf supranationaler Ebene noch den nationalen Budgets zusätzliche Ausgaben erlaubt werden, würde man die Währungsunion den Erfahrungen nach Art eines „Messogiorno-Effekts“ aussetzen. Dieser Hinweis geht auf einen Vergleich des früheren Präsidenten der Mailänder Wirtschaftskammer, P. Bassetti, zurück („Tangentopoli ist eine Revolution“, in: DIE ZEIT, 4.6.1993), wonach die ökonomischen Probleme des Mezzogiorno durch die italienische Währungsunion anlässlich der italienischen politischen

Einigung 1861 geschaffen wurden, weil in deren Folge eben genau die kompensierenden Mechanismen fehlten.

Die Notwendigkeit kompensierender Mechanismen, insbesondere in Form finanzieller Ausgleichsmaßnahmen, musste auch Deutschland erfahren, wo die von politischer Seite versprochenen „blühenden Landschaften“ trotz enormen Mitteleinsatzes nach der deutschen (Wieder)-Vereinigung 1990 noch immer auf sich warten lassen dürften.⁵⁹⁾

Zusammenfassend hält De Grauwe eine Minimierung der von der OCA-Theorie aufgezeigten Risiken für unabdingbar, um einen Kollaps der Währungsunion zu vermeiden. Ein solches Risiko ist unabhängig vom jeweiligen Außenwert des Euro, also dem seit geraumer Zeit anhaltenden Höhenflug des Euro (gegenüber dem Dollar) und dem damit assoziierten „Erfolgsmodell Euro“, das im Übrigen auch mit Nachteilen für die Exportwirtschaft der Euroländer verbunden ist, sowie den Anpassungsprozessen der Volkswirtschaften der Euroländer⁶⁰⁾ zu sehen. De Grauwe stützt dieses Risikoargument ausschließlich auf die internen Strukturen der Union, nämlich den unterschiedlichen sektoralen und auch mitgliedstaatlichen Integrationsstand, der gewissermaßen nach Angleichung und damit Zentralisierung weiterer Politikbereiche „schreit“.

3.8. Zentrale Steuerungsinstrumente der Europäischen Union

Neben unmittelbaren Behördenfunktionen, etwa in der Wettbewerbspolitik, stehen der Union als Steuerungsinstrumente zur Erreichung ihrer Ziele insbesondere die eigene Rechtsordnung und die finanziellen Ressourcen zur Verfügung. Das sind im Prinzip die gleichen Steuerungsinstrumente, wie sie jedem herkömmlichen Staatswesen zukommen. Dem Recht als Steuerungsinstrument kommt durch den von der Union beanspruchten „Vorrang“ des Unionsrechts gegenüber den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten (siehe dazu im Einzelnen unten Abschn. 5.2.) ungleich größere Bedeutung zu als dies angesichts des äußerst bescheidenen Haushaltsvolumens bei den finanziellen Ressourcen der Fall ist. Gefördert wird die Bedeutung des Rechts als Steuerungsinstrument nicht zuletzt durch die zentralisierungsfreundliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (siehe Abschn. 3.6.), womit sich der Gerichtshof selbst als Integrationsmotor instrumentalisiert hat. Gezeigt hat sich dies insbesondere bei der recht-

lichen Durchsetzung des Binnenmarktkonzeptes, das sich überdies in der Rechtsetzung häufig der „Abrundungskompetenz“ nach Art. 352 VAEU (bisher Art. 308 EGV) bedient hat (siehe Abschn. 3.2.d).

3.8.1. Das Steuerungsinstrument „Recht“⁶¹⁾

Zentrale Bedeutung für die Relevanz des Rechts als Steuerungsinstrument hat, fokussiert allerdings auf das Binnenmarktziel, die Angleichung der Rechtsvorschriften („Rechtsharmonisierung“). Art. 114 Abs. 1 VAEU bildet die Rechtsgrundlage für diesbezügliche „Maßnahmen zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten, welche die Errichtung und das Funktionieren des Binnenmarktes zum Gegenstand haben.“⁶²⁾ Dies geschieht in Form von Richtlinien, die an die Mitgliedstaaten gerichtet sind und diese zur Anpassung ihrer Rechtslage zwingen, wollen sie sich nicht dem Risiko eines von der Europäischen Kommission in ihrer Rolle als „Hüterin der Verträge“ („sie überwacht die Anwendung des Unionsrechts unter der Kontrolle des Gerichtshofs“ - Art. 17 VEU) in Gang gesetzten Vertragsverletzungsverfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof aussetzen. Die Rechtsharmonisierungsrichtlinien werden im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren vom Rat und Parlament erlassen, auf der Ratsseite ist Einstimmigkeit erforderlich (Art. 115 VAEU). Von dieser Rechtsharmonisierung sind ausdrücklich die Bestimmungen für die Steuern, über die Freizügigkeit und Interessen der Arbeitnehmer ausgenommen (Art. 114 Abs. 2 VAEU). Beschränkt auf die Umsatzsteuern, die Verbrauchsabgaben und die sonstigen indirekten Steuern besteht eine eigene Rechtsharmonisierungsregelung in Art. 113 VAEU.

Begünstigt, gefördert, bisweilen auch gefordert wird diese letztlich zentralisierend wirkende „Rechtsharmonisierung“, wie schon gesagt, durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (siehe beispielhaft oben in Abschn. 3.6.).

Die Rechtsangleichung durch Richtlinien ist freilich nur eine Methode, um einheitliche Standards herzustellen. Eine alternative Methode, die weniger interventionistisch ausgeprägt ist, besteht darin, die Erreichung solcher Standards dem Markt zu überlassen, also darauf zu hoffen und darauf zu vertrauen, dass die Wirksamkeit der Marktkräfte, der Wettbewerb, automatisch zu einer Angleichung führen würden. Dabei wird erhofft, dass die nationalen Rechtssysteme gewissermaßen miteinander in Wettbewerb

treten, ohne dass es einer Intervention durch eine richtlinienmäßig „verordnete“ Harmonisierung bedarf. Welche Methode die zielführendere ist, wird kontrovers diskutiert. Die Letztere wird ohne Zweifel von den „Liberalen“ aller Schattierungen bevorzugt⁶³⁾, die das gleiche Problem auf der innerstaatlichen Ebene durch einen „Wettbewerbsföderalismus“ gelöst sehen. Nun lässt auch die Rechtsangleichungspraxis der Union Spielräume für einen „Steuerwettbewerb“ zwischen den nationalen Steuerordnungen zu, indem etwa bei der Mehrwertsteuerharmonisierung nach der Angleichung der steuerpflichtigen Bemessungsgrundlage sich die Harmonisierung der Steuersätze auf die Festlegung von Mindestsätzen beschränkte. Dies hat in anderen Steuerrechtsmaterien andererseits zu Forderungen geführt, negative Erscheinungsformen, wie ruinösen Steuerwettbewerb, ausgelöst insbesondere durch niedrige Unternehmenssteuertarife in den Beitrittsländern, zu verhindern, weil gerade diese Länder ihre dadurch bedingten Mindereinnahmen in ihren Haushalten durch Subventionen aus dem EU-Haushalt kompensieren. Für eine Harmonisierung der direkten Steuern mangelt es freilich (noch) an einer eindeutigen Rechtsgrundlage, weil diese (noch immer) als zentrales nationales wirtschaftspolitisches Instrument betrachtet werden (zu den wirtschaftspolitischen Implikationen der Währungsunion im Hinblick auf eine allenfalls erforderliche Unionskompetenz auf dem Gebiet der direkten Steuern siehe auch Abschn. 3.7.).

3.8.2. Das Steuerungsinstrument „finanzielle Ressourcen“: Die Struktur des Unionsbudgets nach dem derzeitigen bis 2013 geltenden mittelfristigen Finanzrahmen

Betrachtet man gerade den oben zuletzt dargestellten Gesichtspunkt der OCA-Theorie, bedarf es keiner besonderen Betonung, dass wirksames Gemeinschaftshandeln einer entsprechenden finanziellen Ressourcenausstattung bedarf. Dies gilt im Prinzip für jegliche Art von Kompetenzausübung – gleichgültig, ob zentral (also vergemeinschaftet), geteilt (also teils vergemeinschaftet, teils dezentral) oder dezentral (aber koordiniert). Insbesondere im zuletzt genannten Fall ist Ressourcenzentralisierung durch fiskalische Subventionierung von planungs- und durchführungsmäßig in dezentraler Verantwortung verbleibenden Tätigkeitsfeldern (Programmen, Projekten, Aktionen) ein effektives Koordinationsinstrument. Dies rechtfertigt eine „strukturelle“ und

„funktionsanalytische“ Betrachtung des Unionsbudgets im Sinne des bekannten Diktums, wonach der Haushalt „das in Zahlen gegossene Regierungsprogramm“ verkörpere.

Nach dem in einer „Interinstitutionellen Vereinbarung“ zwischen dem Europäischen Parlament, dem Ministerrat und der Kommission am 17.5.2006 akkordierten Finanzrahmen für die Jahre 2007 bis 2013⁶⁴) ist für diesen Zeitraum (zu Preisen 2004) ein Haushaltsvolumen von insgesamt 864.261 Mio. Euro an (Ausgaben-)Verpflichtungen vorgesehen. Dieses Gesamtausgabenvolumen versteht sich, aufgeteilt auf die einzelnen Haushaltsjahre des Vorschauzeitraums als sogenannte Verpflichtungsermächtigungen, d.s. die für rechtliche Verpflichtungen in den jeweiligen Haushaltsjahren zu bindenden Mittel, zum Unterschied von den in den betreffenden Haushaltsjahren zu erwartenden effektiven Zahlungen. Dieses Volumen teilt sich anteilmäßig auf Ausgabenkategorien („Haushaltsrubriken“), die den „Haupttätigkeitsbereichen“ der Union entsprechen, wie in Tabelle 1 auf.

Je Ausgabenkategorie (Rubrik) legt der Finanzrahmen die jährlichen Obergrenzen der Mittel für Verpflichtungen sowie insgesamt die jährliche Obergrenze für die Zahlungen fest (Art. 312 Abs. 4 VAEU). Diese Grenzen dürfen vom Jahreshaushaltsplan nicht überschritten werden. Da der Haushalt vollständig aus „Eigenmitteln“ (d.s. die der Union durch den Vertrag zustehenden Einnahmen aus den Zöllen, einem Anteil am Mehrwertsteueraufkommen der Mitgliedstaaten und einem sozialproduktbezogenen Anteil) finanziert wird (Art. 311 VAEU), ist Finanzierung durch eigene Gemeinschaftssteuern und Verschuldung ausgeschlossen. Die Eigenmittelobergrenze, also die der Union maximal zukommenden Einnahmen aus Eigenmitteln, beträgt 1,24% des unionsweiten Brutto-Nationaleinkommens (BNE).

Dies ist die absolute und unüberschreitbare Obergrenze des Haushaltsvolumens, bezogen auf eingehbare Verpflichtungen. Diese wird für effektive Zahlungen im Regelfall in den einzelnen Jahren der Vorschauperiode wie auch in vorausgegangenen Vorschauperioden nicht zur Gänze, in der jetzt laufenden Periode nur zu rd. 1% ausgeschöpft, sodass über die gesamte Vorschauperiode ein Spielraum für unvorhergesehen Ausgaben („Marge“) von 0,24% des BNE bewusst eingeplant ist.

Tabelle 1: Ausgabenstruktur des EU-Haushaltes

(1) Nachhaltiges Wachstum, d.s. strukturpolitische Förderungen für die Stärkung von Wettbewerbsfähigkeit, Wachstum und Beschäftigung, einschließlich der Mittel für Forschung, Bildung und die Infrastruktur in Gestalt der „transeuropäischen Netze“	44,4%
(2) Bewahrung und Bewirtschaftung der natürlichen Ressourcen, d.s. Förderungen für die Landwirtschaft, Entwicklung des ländlichen Raums, Fischerei und den Umweltschutz: <i>Davon Agrarförderungen für marktbezogene Ausgaben und Direktzahlungen</i>	42,8% 33,9%
(3) Unionsbürgerschaft, Freiheit, Sicherheit und Recht, das betrifft u. a. Maßnahmen zur Bekämpfung von Terrorismus und organisierter Kriminalität, die Immigrationspolitik, die Gesundheitspolitik und die Kulturförderung:	1,2%
(4) Die EU als globaler Akteur, das betrifft die Finanzierung von Aktionen der Gemeinsamen Außenpolitik, Förderungsmaßnahmen in diesem Bereich, insbesondere für die Erweiterungspolitik, bilaterale Beziehungen, humanitäre Hilfe und Entwicklungshilfe	5,7%
(5) Verwaltungsausgaben	5,8%
(6) Sonstiges (Ausgleichszahlungen)	0,1%
Insgesamt	100,0%

Tabelle 2: Haushaltsvolumina EU und Österreich 2005 und 2006 in Mrd EURO

	2005	2006
Österreich: Bund	98,3	109,7
Österreich: Öffentlicher Sektor	150,2	162,5
davon (zum Vergleich) Bundesland Tirol	2,4	2,5
Österreichisches Brutto-Nationaleinkommen (BNE)	242,8	254,6
davon 1%	2,4	2,5
Staatsanteil (Bundesausgaben) am österreichischen BNE in %	40,5%	43,1%
EU-Haushalt lt. Abschluss der Jahresrechnung in Zahlungen	107,6	113,4
EU-Haushalt lt. Voranschlag in Verpflichtungen*	116,0	121,2
Maximal ausschöpfbarer EU-Haushaltsanteil (bezogen auf Zahlungen), ausgedrückt als Anteil in % am europäischen BNE **	1,06%	1,06%
Eigenmittelobergrenze (bezogen auf eingegangene Verpflichtungen), ausgedrückt als Anteil in % am europäischen BNE**	1,24%	1,24%

Anmerkungen:

* D.s. die im betreffenden Haushaltsjahr anlässlich der Beschlussfassung mehrjähriger Programme/ Projekte für deren künftige Abwicklung zu bindenden Mittel (rechtliche Verpflichtungen), zum Unterschied von den effektiven Zahlungen im betreffenden Haushaltsjahr

** Gemäß der Anpassung der Finanzvorschau 2000 bis 2006 am 19.5.2003 anlässlich der Erweiterung

Die Tabelle 2 möge einen Eindruck über die Größenordnungen des EU-Haushaltsvolumens in Relation zum Haushaltsvolumen in Österreich (Bund sowie gesamter öffentlicher Sektor, also die Gebietskörperschaften Bund, Länder und Gemeinden insgesamt) für die Jahre 2005 und 2006 vermitteln (die Beträge verstehen sich als Gesamtausgaben in Mrd. Euro)⁶⁵.

Der EU-Haushalt ist also ein sehr kleiner Haushalt, nur geringfügig größer als der österreichische Bundeshaushalt und beträchtlich geringer als die Haushalte aller Gebietskörperschaften in Österreich zusammengenommen. Sein Anteil am unionsweiten BNE darf, wie gesagt, höchstens 1,24% betragen, wovon zahlungsmäßig, bezogen auf die gesamte Vorschauperiode, nur 1% (in den einzelnen Vorschaujahren geringfügig um die 1%-Marke schwankend) ausgeschöpft werden sollen. Überträgt man diese Relation auf Österreich, so trifft ein Haushaltsvolumen von 1% des österreichischen BNE in den Jahren 2005 und 2006 exakt beim Haushalt des Landes Tirol zu. Anteilsmäßig entspricht also der EU-Haushalt in der Relation zum unionsweiten BNE dem Tiroler Landeshaushalt in der Relation zum österreichischen BNE. Ungleich deutlicher werden die unterschiedlichen Relationen, wenn man die Budgetanteile am europäischen bzw. österreichischen BNE gegenüberstellt. Dies ergibt ein Größenverhältnis zwischen EU-Haushalt und österreichischem Bundeshaushalt von rd. 1:40.

Über 90% des Haushaltsvolumens des EU-Haushalts ist Subventionshaushalt (grob je zur Hälfte für agrar- und strukturpolitische Zwecke). Nur ein geringer Teil davon betrifft Bereiche, wo grenzüberschreitende (externe) Effekte zwischen den Mitgliedstaaten bestehen, wodurch Gemeinschaftshandeln und damit Gemeinschaftsfinanzierung erforderlich ist, z.B. in der Grundlagenforschung, in der Energiepolitik, bei den transeuropäischen Infrastrukturnetzen, im Umweltschutz, insbesondere im Klimaschutz, bei der Bekämpfung des Terrorismus und der organisierten Kriminalität sowie beim Asyl- und Immigrationsproblem.

Ein weiterer geringer Teil betrifft direkt die Finanzierung von Aufgaben öffentlichen Gutcharakters im Sinne der Allokationstheorie, etwa im Bereich der Außenpolitik, und die Förderung von Leistungen im mitgliedstaatlichen Bereich, denen dort allokationstheoretisch der Charakter eines öffentlichen Gutes zuzusprechen ist. Mit dem Subventionshaushalt, mit dem Maßnahmen verschiedenster Art in den Mitgliedstaaten, aber auch

außerhalb (im Bereich des auswärtigen Handelns der Union), gefördert werden, sind damit allokatonspolitische Gesichtspunkte verbunden, soweit es um die Förderung der Bereitstellung öffentlicher Güter (größtenteils Infrastrukturen) in den Mitgliedstaaten geht, vor allem aber distributionspolitische Aspekte (Verteilungswirkungen), was nicht nur die Beeinflussung der Einkommens- und Vermögensverteilung der Förderungsempfänger, sondern nicht zuletzt auch „reale“ Verteilungswirkungen hinsichtlich der Einflussnahme auf die Lebenschancen der Förderungsbegünstigten angeht. Überdies reicht dies sogar über den Kreis der direkten Empfänger hinaus (Drittwirkungen) und erstreckt sich damit letztlich auch auf stabilisierungspolitische Aspekte (konjunkturelle Auswirkungen). Sowohl agrar- wie auch strukturpolitische Förderungsmaßnahmen haben natürlich beträchtliche regionalpolitische Inzidenz. Regionalpolitik als „klassischer“ dezentraler Politikbereich erhält damit im Gefolge der Ressourcenzentralisierung zentrale Dimension (zentralisierte Regionalpolitik). Vom Standpunkt des Subsidiaritätsprinzips kann die Zweckmäßigkeit dieser Zentralisierungsdimension freilich in Frage gestellt werden.

Der Verwaltungsanteil ist mit rd. 6% gleichfalls relativ gering. Bei zentralen Dienststellen an den Verwaltungssitzen der Institutionen in Brüssel, Luxemburg und Straßburg sind nämlich, abgesehen von den politischen Entscheidungsträgern und ihren Hilfsapparaten sowie jenen Diensten, die mit der Vorbereitung und Organisation der Entscheidungsabläufe in den Institutionen befasst sind (ein beträchtlicher Anteil davon betrifft die Dolmetsch- und Übersetzungsdienste), hauptsächlich Planungs- und Kontrollaufgaben konzentriert, während die operativen Aufgaben, also die Durchführung der Förderungsverwaltung, weitgehend in der Verantwortung der Mitgliedstaaten liegt.

Angesichts der (noch) vorhandenen besonderen Verfahrensbestimmungen für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (siehe oben Abschn. 3.2.) bestehen für diesen Politikbereich auch gesonderte budgetäre Bestimmungen (Art. 41 Abs. 1 und 2 VEU). Danach gehen die mit der Durchführung der GASP verbundenen Verwaltungsausgaben zu Lasten des Unionshaushalts. Die „operativen Ausgaben“ werden ebenfalls aus dem Unionshaushalt finanziert, ausgenommen die Ausgaben „aufgrund von Maßnahmen mit militärischen und verteidigungspolitischen Bezügen“ und generell von Fällen, wenn der Rat „einstimmig etwas anderes beschließt“. Sofern Letzteres nicht der Fall ist, werden diese Ausgaben

nach dem BSP-Schlüssel auf die Mitgliedstaaten aufgeteilt. Ausgenommen davon sind jene Mitgliedstaaten, die sich bei der Beschlussfassung über diese Maßnahme der Stimme enthalten hatten.

Die oben wiedergegebene Haushaltsstruktur wandelt sich natürlich im Zeitablauf. So ist der Anteil der Agrarförderungen im Laufe der Zeit zurückgegangen, macht aber immer noch einen hohen Anteil aus. Ob dies noch gerechtfertigt ist, darf aus allokatons-theoretischer Sicht bezweifelt werden. Dies gilt insbesondere für die Agrarförderung. So wie die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, die unter dem Eindruck des Weltkrieges und der Rohstoffknappheit der unmittelbaren Nachkriegszeit ohne Zweifel ihre Rechtfertigung gefunden hatte, mittlerweile historische Reminiszenz ist, könnte auch vielleicht die angesichts der Nahrungsmittelknappheit berechtigt gewesene europäische Agrarunion eines Tages der Vergangenheit angehören, zumal sie ja zunehmend ihrerseits beträchtliche negative externe Effekte auf die Nahrungsmittelproduktion der Dritten Welt und deren Konkurrenzfähigkeit auf dem Weltmarkt nach sich zieht.

Natürlich könnte auch die Nahrungsmittelsicherheit allokatons-theoretisch so wie die äußere und innere Sicherheit als öffentliches Gut betrachtet werden, was für die unmittelbare Nachkriegszeit zugetragen haben mag. Mit fortschreitender wirtschaftlicher Erholung wurde aus dem allokatonspolitischen zunehmend ein distributionspolitisches Problem, nämlich die Beeinflussung der Produzenten- und Konsumentenpreis-Struktur durch Subventionierung der Agrarproduktion. Daneben trat im Laufe der Zeit eine regional- bzw. strukturpolitische Zielsetzung hinzu, nämlich die Förderung des ländlichen Raums.

Stellt man die Haushaltsstruktur dem Zielkatalog des Unionsvertrages gegenüber, so mag man den Eindruck gewinnen, dass budgetäre Realität und Zielformulierungen auseinanderklaffen. Folgt man dem Schumpeter-Diktum, wonach finanzielle Krisen stets Krisen der Methoden der Aufgabenerfüllung widerspiegeln und offenbaren⁶⁶, müsste das Auseinanderklaffen entweder durch eine Reorganisation der Aufgabenerfüllung, bei beschränkten Haushaltsmitteln also durch Reduktion der Aufgaben, nicht zuletzt auch durch Dezentralisierung, also Rückverlagerung von Kompetenzen an die Mitgliedstaaten, und entsprechender Revision der Zielkataloge, oder durch Ausweitung der Finanzierungsspielräume durch Erschließung neuer Finanzmittel überwunden werden. Die Integrationsdynamik der Union und die nicht zuletzt durch die Währungsunion bewirkten zunehmenden Zentralisierungstendenzen werden

aller Voraussicht nach den Druck erhöhen, die Finanzierungsspielräume zu erweitern, indem etwa der Union – wie bereits schon seit längerer Zeit diskutiert – ein Besteuerungsrecht eingeräumt wird. Nicht zuletzt hinsichtlich des auszuwählenden steuerlichen Anknüpfungspunktes könnte sich hier wie bei der Begründung zentralen Handlungsbedarfs die grenzüberschreitende Relevanz als steuerlicher Anknüpfungspunkt sowie als Rechtfertigung und Entscheidungsgrundlage anbieten (etwa hinsichtlich einer allenfalls in Aussicht zu nehmenden Umweltabgabe bei grenzüberschreitenden Umweltbeeinträchtigungen).

Vom Standpunkt der ökonomischen Sichtweise außer Frage steht jedenfalls, dass eine Intervention seitens der Union, also eine gemeinschaftsrechtliche („kommunautaire“) Aktion, insbesondere bei grenzüberschreitenden Aspekten dann geboten erscheint, wenn durch direkte Verhandlungen zwischen den Beteiligten („intergouvernemental“) negative Aspekte nicht zu überwinden sind, insbesondere aber wenn dilemmaartige Situationen vorliegen, die ein Zustandekommen von Verhandlungslösungen von vorneherein verhindern. Ohne Zweifel müssten die Interventionsbereiche aber nach den Gesichtspunkten des Subsidiaritätsprinzips regelmäßig und strenger überprüft werden, als es bisher Praxis war.

4. Zentrale Aussagen der juristischen Staatslehre: Die Europäische Union als nichtsoveräner Staat (Jellinek) und neue Gesamtrechtsordnung (Kelsen)

Aus der Sicht der juristischen Staatslehre ist immer noch Georg Jellineks „Allgemeine Staatslehre“ grundlegend.⁶⁷⁾ Staat(lichkeit)smerkmale sind demnach die drei Elemente Staatsgebiet, Staatsvolk und Staatsgewalt. Die Frage des räumlichen Geltungsbereichs der Gemeinschaftsrechtsordnung kann im Folgenden weitgehend außer Betracht bleiben. Die folgenden Ausführungen zur Staatlichkeit der EU aus der Sicht der juristischen Staatslehre konzentrieren sich daher auf die beiden anderen Merkmale, vorwiegend das dritte, das sich insbesondere mit dem Begriff „Souveränität“ auseinandersetzt. Damit soll klargestellt werden, ob und inwieweit es über-

haupt gerechtfertigt ist, von „Souveränitätstransfers“ von den Mitgliedstaaten auf die Union zu sprechen.

Zwischen den Fragestellungen der ökonomischen und jenen der juristischen Staatslehre lässt sich auch ohne eingehende historischen Betrachtungen und soziologische Analysen der „Soziogenese“ des Staates insofern ein Konnex, gewissermaßen eine wechselseitige Bedingtheit, als Ausgangshypothese formulieren, als sich Staatlichkeit im ökonomischen Sinn vielleicht per se, also mehr oder weniger spontan in einer Art Vorstufe durch Tätigwerden einer „höheren Instanz“ anzudeuten vermag, allerdings nur bei Vorhandensein entsprechender juristischer Staatlichkeitsmerkmale, insbesondere von Souveränität und Staatsgewalt, auch wirksam durchzusetzen vermag, indem etwa gerade unter den spezifischen juristischen Staatlichkeitsbedingungen (*imperium*) die Produktion öffentlicher Güter zustande kommt. Diese Hypothese gilt insofern auch umgekehrt, als ökonomische Staatlichkeitsmerkmale die Ausbildung juristischer Strukturmerkmale nach sich ziehen. Am deutlichsten wird dies bei den ordnungspolitischen Rahmenbedingungen der Allokationspolitik, die zu ihrer Wirksamkeit gewissermaßen der hoheitlichen „Befugung“ - im institutionenökonomischen Verständnis eines „institution building“ - bedürfen. Dies wird selbst von den konsequentesten Marktökonomien wie Friedrich A. Hayek anerkannt, die den Markt als spontane Ordnung als zentralen Allokationsmechanismus propagieren. Für nicht vom Markt bereitgestellte Güter (kollektive Güter) könnte man sich nach Hayek zunächst denken, „dass für solche Zwecke Zwang überflüssig wäre, weil das Bewusstsein eines gemeinsamen Interesses, das nur durch gemeinsames Handeln befriedigt werden kann, eine Gruppe von vernünftigen Leuten dazu veranlassen würde, sich freiwillig an der Organisation derartiger Dienstleistungen zu beteiligen und dafür zu zahlen“ (Recht, Gesetzgebung und Freiheit – Band 3: Die Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen, 1981, S. 70). Dies gelte aber nicht für größere Gruppen. „Tatsächlich werden vollkommen rationale Erwägungen jeden Einzelnen dazu veranlassen, seinen Beitrag zu verweigern, während er wünscht, dass alle anderen sich beteiligen“ (a.a.O., S. 71; unausgesprochen: nach dem Modell des Gefangenendilemmas, sinngemäß an dieser Stelle aber unter Hinweis auf Coase). „Wenn er andererseits weiß, dass Zwang nur angewendet werden kann, wenn er auf alle, einschließlich seiner selbst, angewendet wird, ist es rational für ihn zuzustimmen, dass er gezwungen wird, vorausgesetzt, dass dieser Zwang auch auf andere ausgeübt wird. Dies ist in vielen Fällen der einzige Weg, auf dem kollek-

tive Güter bereitgestellt werden können, die von allen oder zumindest einer großen Mehrheit gewünscht werden“ (a.a.O., S. 71).

Völlig sekundär im Zusammenhang mit dem Konnex zwischen den Fragestellungen von ökonomischer und juristischer Staatslehre ist die Frage, in welcher rechtlichen Organisationsform der Staat nach außen auftritt, also ob er als „Nachtwächterstaat“ im Rahmen der Hoheitsverwaltung öffentlich-rechtliche Behördenfunktionen wahrnimmt oder in einer privatrechtlichen Organisationsform öffentliche Aufgaben wahrnimmt (wobei er auch in der Hoheitsverwaltung als Beschaffer von Ressourcen „wie ein Privater“, also im Rahmen der „Privatwirtschaftsverwaltung“ auftritt), ob er sich im Rahmen des öffentlichen Haushalts haushaltswirtschaftlich (via Steuern und Kreditoperationen) oder im Rahmen privatrechtlicher (handels- und gesellschaftsrechtlicher) Unternehmensformen betriebswirtschaftlich finanziert. Wie oben erwähnt (Abschn. 2.1.3.) sind aus ordnungs- und allokatiospolitischer Sicht primär die Entscheidungsverhältnisse und nicht die Eigentumsformen relevant. Erst wenn es sich allokatios-theoretisch um die Produktion marktfähiger Güter handelt und sich in diesem Fall der Staat – allokatios-theoretisch gerechtfertigt – vom Allein- oder Mehrheitseigentum der mit dieser Produktion betrauten Organisationen zurückzieht und auch auf die Verankerung ersatzweiser Beherrschungsmöglichkeiten nach Gesellschaftsrecht verzichtet, also im Fall „echter Privatisierung“, wäre ein Konnex mit der juristischen Staatslehre nicht mehr gegeben.

4.1. Zum Staatsmerkmal „Staatsvolk“

Nach Art. 9 VEU (zweiter und dritter Satz) ist Unionsbürger, wer die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates besitzt, wobei die Unionsbürgerschaft zur nationalen Staatsangehörigkeit „hinzutritt, ohne diese zu ersetzen.“ Die Unionsbürgerschaft definiert sich daher (wie bereits in der bisherigen Regelung) aus dem Rückgriff auf die nationale Staatsangehörigkeit. Sie bildet daher kein essenzielles Charakteristikum für das Zutreffen des Staatsmerkmals „Staatsvolk“. Ungleich wichtiger erscheint hingegen die Frage, ob wir überhaupt schon von der Existenz eines europäischen demos (Gemeinschaftsvolk) sprechen können, dem generell die Rolle eines Staatsmerkmals, gewissermaßen als postnationaler demos, zukommen kann und der daher darüber hinaus speziell auch die Rolle eines „pouvoir constitu-

ant“ in der Verfassungsgebung Europas zu übernehmen hätte, oder ob wir es nach wie vor mit dem jeweiligen nationaler demos zu tun haben. Dies ist primär ein Frage der politischen Soziologie und weniger eine formalrechtliche Frage.

4.2. Exkurs in die soziologischen Staatslehre zur Beantwortung der Frage nach der Existenz eines europäischen demos: Die Konzeption eines „kosmopolitischen Europas“ als soziologische Antwort

Eine schlüssige – wenn auch für Nichtsoziologen nicht leicht verständliche - Antwort dazu hat der deutsche Soziologe Ulrich Beck mit seiner Konzeption eines „kosmopolitischen Europas“ (2004, gemeinsam mit dem Politologen Edgar Grande) gegeben. Die zentrale These lautet, dass es eine „Finalität“ Europas nicht gibt. (Der liberale Ökonom und Sozialphilosoph Friedrich A. Hayek würde eine wie immer geartete Finalitätskonzeption vermutlich sogar als konstruktivistischen Irrtum oder Illusion demaskieren.) Der derzeitige diffuse Status der EU im Verständnis der gängigsten Doktrinen wird von Beck/ Grande wie folgt zusammengefasst: „Die EU lässt sich derzeit begreifen als ein dezentrales, territorial differenziertes, von Eliten dominiertes transnationales Verhandlungssystem“ (S. 85).

Dem setzen die Autoren ihre Konzeption eines „kosmopolitischen Europas“ entgegen, das als „posthegemoniales Empire“ zu verstehen ist und anders als die vergangenen Imperien nicht auf nationaler Abgrenzung, sondern auf nationaler Entgrenzung, Freiwilligkeit, Konsens, transnationalen Verflechtungen beruht. Dies alles lasse sich mit dem (herkömmlichen) Begriff und Verständnis des Staates und den daraus abgeleiteten Konzepten (Staatenbund, Bundesstaat) nicht erschließen (S. 86). Zum besseren Verständnis der Argumentation empfiehlt es sich, sich vor Augen zu halten, dass die Autoren statt „Integration“ vielfach die Begriffe „Europäisierung“ oder „Kosmopolitisierung“ verwenden. „Entgrenzung“ heißt nicht, die Staaten aus ihren Grenzen zu lösen, letztlich also aufzulösen, sondern im soziologischen Verständnis der Autoren die nationalen Gesellschaften zu verflechten. Dies hat man sich im Sinne einer von den Autoren verfolgten „Sowohl-als-Auch-Logik“ (A und B) und nicht im Sinne einer „Entweder-Oder-Logik“ (A oder B) vorzustellen (Näheres siehe weiter unten). Die Autoren nehmen durchaus in Kauf, dass ihre Denkweise des „Sowohl-

als-Auch“ auf den ersten Blick oft als widersprüchlich erscheinen mag.

Europa kosmopolitisch neu zu denken, heiße, ein „Europa der Differenz“ zu denken und nationale Partikularitten anzuerkennen. Das herkömmliche Integrationsverständnis der auf Aufhebung von Differenz ausgerichteten „Harmonisierungspolitik“ (verdeutlicht nicht zuletzt in der Rechtsharmonisierung, siehe oben Abschn. 3.8.1.) hingegen verkenne, dass kosmopolitische Integration gerade die Vielfalt als die Lösung der Europäisierung und nicht als deren Problem betrachte. Dies bedinge einen integrationspolitischen Paradigmenwechsel, nämlich Europäisierung als Verbindung zweier „auf den ersten Blick sich ausschließenden Anforderungen“ zu verstehen, also „Anerkennung von Differenz einerseits und Integration des Verschiedenen andererseits.“⁽⁶⁸⁾

Prägend für dieses alternative Integrationsverständnis ist die Kritik an eingefahrenen Denkmustern (Paradigmen, Stereotypen) der herrschenden politischen und juristischen Europaforschung, nämlich „die EU nach den Mustern des Nationalstaates zu begreifen und zu gestalten.“ Nach dem herkömmlichen Paradigma werde Beck zufolge „Europa im Plural der Gesellschaften, also additiv oder bestenfalls komparativ begriffen“. „Die Gesellschaft Europas fällt zusammen mit den nationalen Gesellschaften Europas“, was Beck als „methodologischen Nationalismus der Sozialwissenschaft“ brandmarkt. Dies gelte auch für die „postnationale Konstellation“ des Sozialphilosophen Jürgen Habermas (1998), der damit im Wesentlichen wie Joschka Fischer auf die Herausbildung einer europäischen Föderation, eines „Staates von Nationalstaaten“ abzielt. Formelhaft zugespitzt ordnen Beck/ Grande (insb. S. 51, 57, 81 und 82) dem herkömmlichen Paradigma eine (sich wechselseitig ausschließende) „Entweder-Oder-Logik“ zu (Europa entweder als Bundesstaat oder als Staatenbund von Nationalstaaten; analog z.B. zum Gegensatzpaar Inländer oder Ausländer).

Dem stellen die Autoren als Gegenmodell eine (sich wechselseitig einschließende) „Sowohl-als-Auch-Logik“ gegenüber (sowohl Europäisierung als auch Nationalgesellschaften; analog: sowohl Inländer als auch Ausländer, letztlich also „Europäische Gesellschaft als horizontale Verflechtung nationaler Gesellschaften“ in einem posthegemonialen/ postnationalen kosmopolitischen Europa).

Dementsprechend kritisch hinterfragt Beck die aus dem herkömmlichen Paradigma abgeleitete Schlussfolgerung, unter Anlegung einer „nationalstaatlichen Begriffsmesslatte“ die „Realitäten der Europisie-

rung defizitär erscheinen“ zu lassen (fehlende Staatlichkeit, Demokratiedefizite, fehlende europäische Öffentlichkeit). Statt dessen sollte man „das nationalstaatlich fixierte Verständnis kosmopolitisch ffnen“, um die „realen Dynamiken in den Blick nehmen zu können“, wobei „europäisch“ in diesem Sinne „ko-nationale Identitäts-, Lebens-, Produktions- und Verkehrsformen“ sind, „die gleichsam durch die Mauern der Staaten hindurchgreifen“ (vgl. obige Fußnote). Dies gilt für Beck gleichermaßen für die Frage nach der Existenz eines europäischen demos, der nach herkömmlich nationalstaatlich geprägter Denkweise ebenfalls stereotyp mit dem Etikett „defizitär“ versehen wird, wenn bedauernd gesagt wird, es gebe keinen europäischen demos. Dies lasse nämlich offen, welcher demos jeweils gemeint sei (ein nationaler, ein regionaler oder gar ein wechselseitig miteinander verflochtener?).

Ungeachtet dessen sehen Beck/ Grande die Notwendigkeit einer Verfassung vor allem darin, einerseits „das normative [d.h. normbegrndende] Element für die Konstituierung einer europäischen Zivilgesellschaft zu legen“, andererseits „das kosmopolitische Regime in der europäischen Politik zu institutionalisieren“ (S. 342), zumal der Kosmopolitismus auf dem „Prinzip der Anerkennung von Differenz“, aber auch „auf einem gemeinsamen Mindestbestand an substantiellen und prozeduralen Normen“ beruhe. Dem entspreche institutionell ein „postnationales Demokratiemodell“, das nicht an Hand der Kategorien der in den Mitgliedstaaten etablierten repräsentativen Modelle bewertet werden kann.

Nicht zuletzt zeige sich dies daran, dass nach bisherigen Erfahrungen die Etablierung eines repräsentativen Demokratiemodells auf europäischer Ebene das bestehende Demokratiedefizit nicht überwinden konnte. Dies könne nur durch ein partizipatorisches Modell erfolgen. Nachdem die Chance, die Konstitutionalisierung Europas zugleich „mit der Aktivierung und Mobilisierung einer europäischen Zivilgesellschaft zu verbinden, auf klglichste Weise verspielt“ worden sei, könne dieser „Geburtsfehler einer europäischen Verfassung“ nach Ansicht der beiden Autoren „zumindest teilweise noch durch ein europaweites Referendum“ korrigiert werden, „in dem die Bürger Europas ihrer Verfassung ausdrücklich ihre Zustimmung geben müssen“ (S. 344).

Im Besonderen müsse in einem kosmopolitisch verfassten Europa „das Prinzip der differenzierten Integration radikalisiert und erweitert werden“ (S. 365). Wie die mit einem partizipatorischen Demokratiemodell verbundene Komplexität angemessen zu bewältigen ist, lassen die Autoren allerdings weitge-

hend im Abstrakten. Gleiches gilt für das ihrem kosmopolitischen bzw. postnationalen Demokratiemodell entsprechende konkrete Referendum-Modell. Einem Zeitungsartikel zufolge (ZEIT, 1.3.2007) stellt sich Beck eine doppelte Mehrheit (im jeweiligen Staat und europaweit) vor.

Relevanz besäße diese Sichtweise nicht zuletzt im Hinblick auf die Auswahl eines dem derzeitigen Integrationsstand adäquaten Volksabstimmungsmodells für eine europäische Verfassung, dessen demokratiepolitische Notwendigkeit jedoch im Verlauf des Diskussionsprozesses um den Verfassungsvertrag und den diesen ersetzenden Reformvertrag von der herrschenden politischen Klasse nicht aufgegriffen wurde (siehe dazu unten Abschn. 7.5.).⁶⁹⁾

Nach dieser Sichtweise läge im eindeutigen (strengen) Sinn das Staatsmerkmal „Staatsvolk“ nicht vor. Es wäre daher von einem Merkmal auszugehen, das sowohl von der Existenz eines europäischen „demos“ als auch durch einen nationalen demos geprägt wird.

Nicht zuletzt trägt diese Sichtweise dazu bei, die individualistisch ausgeprägten Ansätze einzelner ökonomischer Staatslehren zu relativieren. So beruht der vertragstheoretische Ansatz der Constitutional und Institutional Economics (siehe Abschn. 2.3.) auf einem „methodologischen Individualismus“ insofern, als das staatliche Handeln auf individuelle Werte und Ziele (Präferenzen) zurückgeführt wird und das Prinzip des nutzenmaximierenden homo oeconomicus in die Sphäre des politisch handelnden Akteurs verpflanzt wird. Dies ähnelt formal dem von Beck/ Grande kritisierten methodologischen Nationalismus der auf die einzelnen nationalen Gesellschaften fokussierten Sicht. Dieser Individualismus soll durch die kosmopolitische soziologische Sichtweise überwunden werden.

4.3. Zum Staatsmerkmal „Staatsgewalt“ (Hoheitsgewalt, Souveränität)

4.3.1. Zum Souveränitätsbegriff: Staatliche All(gemein)zuständigkeit

Staatsgewalt ist nach Jellinek (S. 427) zunächst wie jede Verbandsgewalt einer aus Menschen bestehenden Zweckeinheit Willensanordnung und Willensdurchsetzung. Hinsichtlich der Gewaltenteilungsleh-

re (zwischen den Staatsgewalten, aber auch im bundesstaatlichen Aufbau) bestehe aber Verwechslungsgefahr der Begriffe „Staatsgewalt“ und „Souveränität“ (S. 497). Die moderne Souveränitätsdefinition geht im Wesentlichen auf Jean Bodin (1529 – 1596) zurück. „La souveraineté est la puissance absolue et perpétuelle d'une République“⁷⁰⁾, in der Diktion Jellineks: „der Staat ist schlechthin unabhängig von jeder anderen Macht“ (S. 454). Dies besage aber im Prinzip „nicht, was der Staat seinem Wesen nach ist, sondern was er nicht ist“ (a.a.O.), also ein negatives definitorisches Verständnis: „Negation jeder Unterordnung oder Beschränkung des Staates durch eine andere Gewalt“ (Jellinek, S. 475), somit bezogen auf die „Unmöglichkeit, durch irgendeine andere Macht gegen den eigenen Willen rechtlich beschränkt zu werden“ (Jellinek, S. 481).⁷¹⁾

Jellinek zufolge finde sich bei Bodin aber bereits der Übergang zu einem positiven Verständnis, in den Worten Jellineks: „Souveränität ist nicht Schrankenlosigkeit, sondern Fähigkeit der ausschließlichen Selbstbestimmung und daher der Selbstbeschränkung der durch äußere Mächte nicht gebundenen Staatsgewalt auf dem Wege der Aufstellung einer Rechtsordnung ... In eine kurze Formel zusammengefasst, bedeutet daher Souveränität die Eigenschaft einer Staatsgewalt, kraft deren sie die ausschließliche Fähigkeit rechtlicher Selbstbestimmung und Selbstbindung hat“ (Jellinek, S. 481). „Souveränität ist demnach nicht staatliche Allmacht, sie ist rechtliche Macht und daher durch das Recht gebunden, sie duldet allerdings keine absoluten rechtlichen Schranken“ (Jellinek, S. 482). Sie besteht daher in der „ausschließlichen Fähigkeit der Staatsgewalt, ihrem Herrscherwillen einen allseitig bindenden Inhalt zu geben, ... schrankenlos ist die souveräne Gewalt nur in dem Sinne, dass keine andere Macht sie rechtlich an der Änderung der eigenen Rechtsordnung verhindern kann“ (a.a.O.).⁷²⁾ Als unabhängige Gewalt zeige sie sich überwiegend nach außen, also im Verhältnis zu anderen Mächten, als höchste Gewalt nach innen, zu den ihr „eingeordneten“ Personen. Beides ist untrennbar miteinander verbunden (Jellinek, S. 475).

Ähnlich sieht dies Hermann Heller („Die Souveränität – Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts“, 1927⁷³⁾): „Mit Souveränität bezeichnen wir die Eigenschaft der absoluten Unabhängigkeit einer Willenseinheit von einer anderen wirksamen universalen Entscheidungseinheit“, was bedeutet, dass die betreffende Willenseinheit „höchste universale Entscheidungseinheit“ ist (S. 120). „Durch die Institution ‚Staat‘ wird das Zusammenwirken aller

gesellschaftlichen Akte auf einem bestimmten Gebiete in letzter Instanz garantiert,“ wobei „die Universalität der staatlichen Entscheidung ... selbstverständlich nur eine potentielle, nicht aktuelle“ ist (S. 125). „Es gibt schlechthin keine andere gesellschaftliche Institution, der die Eigenschaft zukäme, durchaus alle auf ihrem Herrschaftsgebiet vorfallenden Interessenkonflikte in letzter Instanz zu entscheiden“ (S. 126). „Staat heißt die auf einem bestimmten Gebiet universale, deshalb notwendig einzigartige und souveräne Entscheidungseinheit“ (S. 133).

Ausfluss der Souveränität ist also absolute Willensseinheit, Selbstbestimmung und Selbstbindung, nicht Allmacht, sondern rechtliche Macht, All(gemein)zuständigkeit zu beanspruchen, auch wenn diese faktisch nicht ausgeübt wird. Allein die potenzielle Zuständigkeitswahrnehmung reicht aus. Wird sie wahrgenommen, ist sie absolut, also unabhängig von jeder anderen Macht. Dies ist das erste Merkmal von Souveränität.

4.3.2. Souveränität und Staatsgewalt (nach Jellinek): Souveräner oder auch nichtsoveräner Staat?

Zweites Merkmal der Souveränität ist die Durchsetzbarkeit staatlichen Willens mit „Gewalt“ (imperium). Bemerkenswert ist nun, dass bei Jellinek Souveränität (also die Fähigkeit zur Selbstbestimmung und damit „suprema potestas“) Eigenschaft der Staatsgewalt⁷⁴⁾ (also Ausübung hoheitlicher Gewalt, „imperium“) ist, aber im Staat nicht zwingend vorliegen muss „Souveränität ist kein wesentliches Merkmal der Staatsgewalt“, S. 486 ff.). Dem widerspricht die gängige Völkerrechtsauffassung. Jellinek hingegen verweist darauf, dass „Souveränität keine absolute, sondern eine historische Kategorie ist“ (S. 487). Im Hinblick auf die dem Staat übergeordnete Macht der Kirche war „der mittelalterliche Staat ... noch nicht souverän“ (a.a.O.). In fast schon weiser Voraussicht auf die heutigen Gegebenheiten sagte Jellinek (S. 489) schon vor rund 100 Jahren: „Auch die heutige Staatenwelt weist Gebilde auf, die staatliche Aufgaben mit selbständiger Organisation und staatlichen Mitteln erfüllen, aber nicht souverän sind.“ Es existieren für ihn daher „zwei Gattungen von Staaten: souveräne und nichtsoveräne“ (a.a.O.). Die Grenze zwischen beiden sieht Jellinek in Folgendem (S. 495): „Souveränität ist die Fähigkeit ausschließlicher rechtlicher Selbstbestimmung. Daher kann nur der souveräne Staat innerhalb der

von ihm selbst gesetzten oder anerkannten Rechtschranken völlig frei den Inhalt seiner Zuständigkeit regeln. Der nichtsoveräne Staat hingegen bestimmt sich ebenfalls frei, soweit seine staatliche Sphäre reicht. Bestimmbarkeit und Verpflichtbarkeit durch eigenen Willen ist das Merkmal einer jeden selbständigen Herrschergewalt. Daher steht auch dem nichtsoveränen Staate die Rechtsmacht über seine Kompetenz zu. Allein diese Macht hat ihre Grenzen an dem Recht des übergeordneten Gemeinwesens. Von zwei dauernd verbundenen Staaten ist daher derjenige, welcher seine staatsrechtliche Zuständigkeit durch sein Gesetz nicht auszudehnen vermag, sondern an der staatlichen Rechtsordnung des anderen eine Grenze für seine Kompetenzerweiterung findet, nichtsoverän, während der Staat, der durch sein Gesetz dem anderen staatsrechtliche Kompetenzen zu entziehen vermag, der souveräne ist“ (S. 495-496).

Überträgt man diesen Befund auf die Relation Europäische Union/ Mitgliedstaaten und hält man sich Art. 1 VEU vor Augen („Durch diesen Vertrag gründen die Hohen Vertragsparteien eine Europäische Union ... der die Mitgliedstaaten Zuständigkeiten zur Verwirklichung ihrer gemeinsamen Ziele übertragen“), wären die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ in der Rolle der souveränen Staaten, die – wenngleich bis dato weitgehend nur in der Theorie – Kompetenzen somit auch wieder entziehen könnten, und die Union wäre in der Rolle eines nichtsoveränen Staates, deren Macht zwar nicht seine Grenze an jener eines „übergeordneten“ Gemeinwesens, sondern eines wenn auch formal nicht untergeordneten, doch aber wohl „nachgeordneten“ mitgliedstaatlichen Gemeinwesens finden würde. Bestätigt wird dies ferner durch das Prinzip der „begrenzten Einzelermächtigung“, das für die Abgrenzung der Zuständigkeiten der Union gilt (Art. 5 Abs. 1 VEU) und besagt, dass die Union (nur) „innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig“ werden darf, „die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen übertragen haben. Alle der Union nicht in den Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten“ (Art. 5 Abs. 2 VEU).

Die auf Jellineks Sichtweise zurückgehende Charakterisierbarkeit der Europäischen Union als nichtsoveräner Staat verdient für die nachfolgende Argumentation festgehalten zu werden. Man wird dann allerdings auch sehen, dass – sobald einmal eine Zuständigkeit durch die Verträge und nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung übertragen worden ist -, diese Macht der Union als nichtsoveräner Staat keineswegs an den Grenzen des (allein)

souveränen mitgliedstaatlichen Gemeinwesens endet, wie es Jellinek in seiner Definition vorsieht. Das vom Europäischen Gerichtshof in seiner Rechtsprechung entwickelte Prinzip des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts, das ursprünglich als explizite Vertragsbestimmung im gescheiterten Verfassungsvertrag (Art. I-6) vorgesehen war, jetzt aber im Reformvertrag „lediglich“ in einer Erklärung (Nr. 27) festgehalten ist,⁷⁵⁾ besagt letztlich, dass es für das Gemeinschaftsrecht infolge der Vorrangigkeit entgegen Jellineks Definition des nichtsoveränen Staates eben keine Grenze gibt (Näheres siehe unten im Abschn. 5.2.). Dies führt zur Frage nach einer Teilbarkeit der Souveränität.

4.3.3. Geteilte oder ungeteilte Souveränität?

Ungewöhnlich an der eben dargestellten Sichtweise ist jedenfalls, dass sich über die souveränen Mitgliedstaaten ein nichtsoveränes Gebilde als Dach wölbt, das im ökonomischen Sinn aus der Produktion wichtiger öffentlicher Güter und aus wesentlichen ordnungspolitischen Regulatorenfunktionen besteht, souveränitätsbegrifflich aber nicht definiert ist, andererseits aber nach der ihm übertragenen Zuständigkeit sektoral hoheitliche Gewalt („Rechtsmacht über seine Kompetenz“ nach Jellinek) gegenüber den nach wie vor (allein) souveränen Mitgliedstaaten ausübt. Dies führt zu der Frage nach einer allfälligen Teilbarkeit der Souveränität oder wenigstens einer Teilbarkeit der Staatsgewalt (im Bundesstaat und bei der klassischen Teilung der Staatsgewalten) bei nach wie vor aufrechter Unteilbarkeit der Souveränität, insbesondere im Zusammenhang mit der (nach Jellinek nur vermeintlichen) Teilung der Staatsgewalt im Bundesstaat.

Jellinek (S. 503) lehnt diese Sichtweise der Teilbarkeit strikt ab. Man könne vor allem deshalb nicht von einer bloß fragmentarischen Staatsgewalt sprechen, wenn ein Staat eine bestimmte Zuständigkeit nicht ausübe, „weil es ganz in das Ermessen der souveränen Staatsgewalt gestellt ist, wie weit sie sich betätigen wolle.“ „Zwischen Bundes- und Gliedstaat ist daher weder die Souveränität noch die Staatsgewalt geteilt. Geteilt sind die Objekte, auf welche die Staats Tätigkeit gerichtet ist, nicht die subjektive Tätigkeit, die sich auf diese Objekte bezieht. Auch der Gliedstaat hat demnach keine fragmentarische Staatsgewalt“ (a.a.O.). Staatsgewalt ist daher für Jellinek unteilbar. „Geteilte Gewalt setzt eine Spaltung des Staates in eine Mehrheit staatlicher Gebilde voraus. ... Souveränität ist eine Eigenschaft, und zwar

eine solche, die weder einer Mehrung noch einer Minderung fähig ist. Sie ist logisch ein Superlativ, der sich niemals spalten lässt, sondern nur gleichartige Größen derselben Gattung neben sich duldet. Daher können mehrere souveräne Staaten nebeneinander bestehen, aber niemals als Träger einer und derselben Staatsgewalt. Daher gibt es keine geteilte, fragmentarische, geminderte, beschränkte, relative Souveränität“ (S. 496). Ob eine bestimmte Zuständigkeit wahrgenommen wird oder nicht, berührt die Souveränitätseigenschaft somit nicht, weil die Wahrnehmung der betreffenden Zuständigkeit selbst Ausfluss der Souveränität ist. Das bedeutet, dass somit auch bei einer bloß sektoralen Aufgabenwahrnehmung einem staatlichen Gebilde Souveränitätseigenschaft zukommen kann. Andererseits wiederum ist bei den nichtsoveränen Staaten im Jellinekschen Verständnis auch die Staatlichkeitseigenschaft unabhängig von der Souveränität.

Hans Kelsen wendet sich in seiner „Allgemeinen Staatslehre“ (1925) gegen die (damals seiner Einschätzung zufolge) als die „herrschende“ anzusehende Theorie, „die den Gliedstaaten die Souveränität abspricht, ihnen den Staatscharakter aber dadurch erhält, dass die Souveränität als wesentliches Merkmal des Staates fallen gelassen wird. ... Es soll sonach souveräne und nichtsoveräne Staaten geben.“ Diese Problemstellung hält er für „verfehlt“ (S. 117, an dieser Stelle ohne Namensnennung Jellineks). Dies ist nur insofern eine implizite Kritik an Jellinek, als sie auf die von Jellinek bejahte Existenz souveräner und nichtsoveräner Staaten abzielt, der dies aber auf die Relation Bundesstaat/ Gliedstaaten gar nicht angewendet hatte. Kelsen gesteht zu, dass es nahe liegend sei, bei inhaltlicher Betrachtung, also im Hinblick auf die sachlichen Kompetenzen, von einer „geteilten Souveränität“ zu sprechen. Materielle Souveränität hält er daher für teilbar, formale hingegen nicht. „Indem sich an die Stelle des materiellen der formelle Souveränitätsbegriff schiebt, braucht man dann eigentlich gar nicht mehr von ‚geteilter‘ Souveränität sprechen. Oberstaat und Gliedstaaten sind, sofern sie eben einander koordiniert und nicht subordiniert sind, beide souverän, so wie die in der Völkerrechtsgemeinschaft nebeneinander stehenden Einzelstaaten souverän sind“ (S. 199).

Auch Hermann Heller („Die Souveränität“, S. 138-139) kritisiert Jellineks Unterscheidung zwischen souveränen und nichtsoveränen Staaten, allerdings wie bei Kelsen (ohne diesen aber in diesem Kontext zu nennen) zugespitzt auf die Relation Oberstaat/ Gliedstaaten. Wenn Jellinek auch den nichtsoverä-

nen Staaten die „Rechtsmacht über ihre Kompetenz“ und die „Bestimmbarkeit und Verpflichtbarkeit durch eigenen Willen“ zugestehe, seien gerade diese Umschreibungen unbestimmt. Diese könnten vielmehr nur Souveränität bedeuten. „Erst und allein der souveräne Staat ist nur nach unten Herr und nach oben nicht mehr Untertan“ (S. 139). Wenn die erwähnten Merkmale zutreffen, wäre das eigene, nicht abgeleitete, selbständige Herrschaftsrecht im Sinne von Jellineks Souveränitätsmerkmalen somit nichts anderes als eine Souveränitätsdefinition. Wenn nicht, handle es sich nur um einen eigenen Wirkungsbereich. Im Sinne von Laband (Das Staatsrecht des deutschen Reiches, 1876) sei der Gliedstaat dann „nach unten Herr, nach oben Untertan“. Dann sei man folgerichtigerweise nicht in der Lage, den Gliedstaaten die Eigenschaften eines Staates zuzusprechen (S. 140).

4.3.4. „Oberstaat“ und Gliedstaaten jeweils im Delegationsverhältnis eines „Gesamtstaates“ als Träger ungeteilter Souveränität (nach Kelsen)

Nähere Einsichten in die Relation Bundesstaat/ Gliedstaaten und das dahinter stehende Souveränitätsverständnis verspricht Kelsens dreigliedriges Staatsmodell (Allgemeine Staatslehre, S. 199-200). Er unterscheidet zwischen Gesamtstaat (Gesamtrechtsordnung, Gesamtverfassung), dem zwei von der Gesamtverfassung delegierte Teilordnungen mit unterschiedlicher räumlicher Geltung gegenüberstehen – der Oberstaat und die Gliedstaaten. Es bestehen somit bei Kelsen zwei „Delegations- bzw. Abhängigkeitsverhältnisse“ – auch im heutigen organisationstheoretischen Sinn als „Delegation“ (Übertragung von Entscheidungskompetenzen an „nachgeordnete“ Einheiten) zu verstehen -, nämlich (1) zwischen Gesamtstaat und Oberstaat und (2) zwischen Gesamtstaat und Gliedstaaten.⁷⁶⁾ Kein derartiges Delegationsverhältnis bestehe hingegen nach Kelsen zwischen Oberstaat und Gliedstaaten. Beide sind, wie schon erwähnt, souverän. Formal existiert bei Kelsen so wie bei Jellinek daher keine geteilte Souveränität, keine Doppelsouveränität, nur materiell/ inhaltlich bestehe eine solche. Die herrschende juristische Bundesstaatslehre geht hingegen von einem dualistischen Modell aus, indem sie den Gesamtstaat mit dem Oberstaat identifiziert (Adamovich/ Funk, Österreichisches Verfassungsrecht – Verfassungsrechtslehre unter Berücksichtigung von Staatslehre und Politikwissenschaft, 1982, S. 108). Eine „Identität der Organträger“ zwischen Gesamtstaat und Oberstaat gesteht auch Kelsen zu (S. 200), was eben zu der „perspektivischen Verkürzung“ geführt habe, „die Teilordnung des Oberstaates mit der Bundesverfassung zusammen als eine Ordnung“ (in der Organisationstheorie als „Personalunion“ der Organwalter) zu sehen.⁷⁷⁾ Unabhängig davon erscheint Kelsens dreigliedriges Modell analytisch differenzierter als jenes der herrschenden Lehre.

Überträgt man Kelsens Modellvorstellungen auf die österreichische Verfassungsrealität und die institutionellen Akteure auf der europäischen Ebene, ergeben sich folgende Entsprechungen (Tabelle 3):

Tabelle 3: Kelsens Modellverständnis

Kelsen	Österreich	Europa
Gesamtstaat	Republik Österreich als Bundesstaat	Europäische Union
Oberstaat	Bund	Institutionen der EU*
Gliedstaaten	Länder	Mitgliedstaaten

* Umgangssprachlich gemeinhin als „die EU“ bezeichnet, womit konkret die in Brüssel, Luxemburg und Straßburg tätigen Organe gemeint sind.

Der Unterschied zwischen dem Kelsenschen Modellverständnis der beiden Delegationsverhältnisse zwischen Gesamtordnung und den beiden Teilordnungen (Oberstaat und Gliedstaaten) und dem europäischen Gefüge

besteht nun darin, dass bei Letzterem das Delegationsverhältnis gewissermaßen umgekehrt wird, also zwischen Mitgliedstaaten als Teilordnungen und der Union als Gesamtordnung verläuft, also Delegation „nach oben“, was in der Organisationstheorie je nach Gleichartigkeit oder Ungleichartigkeit der verlagerten Aufgaben als „Zentralisation“ bzw. „Konzentration“ bezeichnet wird.

4.3.5. Souveränität und Supranationalität

Neuere Staatslehren, z.B. Felix Ermacora („Allgemeine Staatslehre – Vom Nationalstaat zum Weltstaat“, 1970), beziehen natürlich die Entwicklungen der Supranationalität zentral in ihre Überlegungen ein. Ermacora sieht Souveränitätsbeschränkungen durch Staatengemeinschaften wie die (damalige) EWG korrespondierend zum Terminus der Supranationalität als „Begriff für die Summe von Rechten, deren Ausübung vom Staate an völkerrechtliche Gemeinschaftsorgane übertragen worden ist“ (1. Teilband, S. 363). Die Aufgaben der supranationalen Gemeinschaften „sind nicht ursprünglich solchen Gemeinschaften zukommende Aufgaben, sondern sind Aufgaben, die der Staat speziell hierfür geschaffenen internationalen Organen zur Besorgung überträgt. Die Struktur dieser Übertragung ist ähnlich der Übertragung staatlicher Aufgaben an innerstaatliche Selbstverwaltungseinrichtungen“ (S. 364). Supranationale Gemeinschaften werden daher auch als „Völkerverwaltungsgemeinschaften“ bezeichnet, wobei sich nach erfolgter Aufgabenübertragung die „Einflussphäre des Staates“ vermindere (a.a.O.). Supranationalität ist daher nach Ermacora (S. 365) „die von Staaten abgeleitete Gewalt“ mit eigenen rechtsetzenden, rechtsprechenden und Verwaltungsfunktionen, wobei „ab einem gewissen Entwicklungsstand nicht mehr auf den Ausgangszustand – das ist auf die rein staatliche Ebene – zurückverlegt werden kann“ (a.a.O.). „Die Supranationalität ist nicht Souveränität; sie hat jedoch die Tendenz, die Souveränität der Staaten auszuhöhlen und sich an ihre Stelle zu setzen“, ... sie ist die „Souveränität eines regionalen Staatenverbandes im Werden“ (a.a.O.).

Zippelius („Allgemeine Staatslehre“, 8. Aufl., 1982) hebt im Zusammenhang mit Staatsgewalt und zwischenstaatlicher Integration insbesondere hervor, dass die Souveränität und damit die Einheit der Staatsgewalt „so lange nicht verloren sei, wie der Staat äußerstenfalls selber wieder das Heft in die Hand nehmen kann“ (S. 67). Dies könne letztlich sogar zur „faktischen Möglichkeit einer Sezession führen. Solange dies jedenfalls faktisch möglich sei,

wäre „im Prozess einer Auflösung der Kompetenzenhoheit ein ‚point of no return‘ noch nicht erreicht“ (a.a.O.). Souveränität ist bei Zippelius „Kompetenzenhoheit“, „die Kompetenz, über den Umfang der Kompetenz zu befinden“ (S. 57), also Kompetenz-Kompetenz und damit „Allgewalt des Staates“. Sie gehört daher zur Staatsgewalt. Einheit der Staatsgewalt bedeute, dass es „keine obrigkeitlichen Regelungsbefugnisse gibt, die der Staatsgewalt gegenüber eigenständig wären“ (S. 58). Im Bundesstaat üben sowohl die Zentralorgane wie auch die Gliedstaaten Staatsgewalt aus (S. 60).

5. Zentrale Aussagen der Europarechtslehre: Die Europäische Union als Hybrid oder als nichtsoveräner, aber den Vorrang seiner Rechtsordnung beanspruchender Staat

Anknüpfend an die Jellinekschen Staatsmerkmale setzt sich die herrschende Europarechtslehre insbesondere mit dem dritten Merkmal, der Hoheitsgewalt (Souveränität), auseinander. Sie anerkennt im Prinzip „eine eigene, von den Mitgliedstaaten abgehobene, autonome, hoheitliche Gewalt“ der Union bzw. früher der Gemeinschaften (dies scheint ein Hinwegsetzen über die dargestellten Befunde der „klassischen“ juristischen Staatslehre anzudeuten), doch sei diese „in ihrer Herkunft und Legitimation letztlich aus den von den Mitgliedstaaten in ihrer Gesamtheit geschlossenen Verträgen abgeleitet“, also von der Existenz und dem Fortbestand der zwischen den Mitgliedstaaten geschlossenen Verträge abhängig, wodurch der Union (früher: den Gemeinschaften) nicht das Recht zustehe, „sich selbst mit zusätzlicher Hoheitsgewalt“ auszustatten (Müller-Graff, Verfassungsziele der EG/ EU, Rz. 63). Damit fehle – nunmehr wieder im Einklang mit der „klassischen“ Staatslehre - die Souveränität im Sinne der Verfassungsautonomie.

Art. 5 Abs. 2 VEU besagt nun, dass die Union nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (nur) „innerhalb der Grenzen der Zuständigkeiten tätig“ werde, „die die Mitgliedstaaten ihr in den Verträgen zur Verwirklichung der darin niedergelegten Ziele übertragen haben. Alle der Union nicht in den

Verträgen übertragenen Zuständigkeiten verbleiben bei den Mitgliedstaaten.“ Der Union fehlt daher „die für Staaten charakteristische Allgemeinzuständigkeit“, weshalb sie „(noch) kein Staat“ sei (Funk, Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, 8. Aufl., 1995, S. 102). Nach Müller-Graff (a.a.O.) könne hingegen allein der Mangel der Kompetenz-Kompetenz „die Annahme der Staatlichkeit schwerlich hindern.“ Trotzdem sei die Staatseigenschaft zu verneinen. Einerseits seien die Mitgliedstaaten der Union gegenüber aus dem primären und sekundären Gemeinschaftsrecht verpflichtet, andererseits seien sie nach wie vor „Herren der Gemeinschaftsverträge“ (Müller-Graff, Rz. 67, unter Hinweis auf einen Kommentar zum EWG-Vertrag von Grabitz).

5.1. Die terminologische Unsicherheit der Europarechtslehre

Ausgehend von den beiden Eckpunkten (Mitgliedstaaten als Herren der Verträge: Art. 1 VEU; Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung: Art. 5 Abs. 2 VEU), ist sich die Europarechtslehre einig, dass der Union bzw. den ihr vorausgegangenen Gemeinschaften der Charakter eines Kernstaats (Oberstaat) in einem Bundesstaat fehle. Andererseits aber zeichnen sich die Versuche, dieses Gebilde terminologisch einigermaßen treffend und schlüssig zu erfassen, durch ausgesprochene Unsicherheit aus. So wurden die Gemeinschaften bzw. später die Union bisweilen als „präföderale Verbände“, „bundesstaatsähnliche Gebilde“, „parastaatliche Hoheitsstrukturen“, „supranationale Föderation“ bezeichnet (Müller-Graff, Rz. 64, und die dort angeführten Nachweise). Konsens bestehen dürfte nur dahingehend, dass man es eben mit einer „neuartigen Form zwischenstaatlicher Verbindung“ zu tun hat, einem Spezifikum, das „kommunautäre“ (gemeinschaftsrechtliche) Elemente mit – mittlerweile im Reformvertrag allerdings zurückgedrängten – „klassischen“ völkerrechtlichen („intergouvernementalen“) Elementen vereinigt und einerseits zentrale Kennzeichen der Überstaatlichkeit (Supranationalität), andererseits aber auch solche der Nichtstaatlichkeit aufweist (Oppermann, Europarecht, 2. Aufl., S. 335-340, Rz. 887-906), und zwar wie folgt:

Als überstaatliche Elemente werden genannt:

- Eine im Vergleich zu herkömmlichen Internationalen Organisationen stärkere Eigenzuständigkeit, verbunden mit einer spezifischen Gemein-

schaftsgewalt; überdies sichergestellt durch die unmittelbare Geltung und den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor mitgliedstaatlichem Recht (auch auf Verfassungsebene);

- die Möglichkeit, auch Einzelpersonen unmittelbar zu berechtigen oder zu verpflichten (Müller-Graff, Rz. 69), obwohl die Union selbst „nur“ Rechtsgemeinschaft ist und kaum über eigene Zwangsgewalt verfügt (was Oppermann daher als Element der Nichtstaatlichkeit anführt);
- die Breite der Aufgabenbereiche, beruhend auf den zwar im Rahmen der begrenzten Einzelermächtigung, dennoch aber bereits in einer bemerkenswerten Zahl übertragenen staatlichen („hoheitlichen“) Befugnissen;
- die Verpflichtung der Union auf gemeinsame politische Grundwerte;
- die autonome und intensive Rechtsetzungsgewalt der Union;
- die Selbständigkeit der Unionsorgane;
- die finanzielle Selbständigkeit der Union;
- der umfängliche Rechtsschutz;
- die Dauerhaftigkeit der Union trotz ihrer Unvollendetheit und ihres prozesshaften Grundcharakters.

Als nichtsstaatliche Merkmale werden an Hand der Drei-Elemente-Theorie von Jellinek genannt:

- Keine umfassende Gebietshoheit, also keine unbegrenzte Verfügungsgewalt über ein „Gebiet“ trotz des unbestreitbar gegebenen räumlichen Geltungsbereichs der Verträge;
- keine umfassende Personalhoheit, weil die Unionsbürgerschaft nach wie vor noch von der nationalen Staatsangehörigkeit „vermittelt“ wird;
- Begrenztheit der Gemeinschaftsgewalt nach dem Prinzip der begrenzten Einzelzuständigkeit zum Unterschied von der höchsten und allumfassenden Zuständigkeit „klassischer“ Staatsgewalt, also keine Kompetenz-Kompetenz; daher fehlende Souveränitätseigenschaft, wodurch die Union auf die Übertragung von Hoheitsrechten seitens der Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“ gewissermaßen „angewiesen“ ist.

Von anderen Definitionsversuchen fanden die Bezeichnung „Zweckverband funktioneller Integra-

tion“ von Ipsen (zitiert bei Oppermann, S. 341, Rz. 910, und Müller-Graff, Rz. 72) und die im Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 12.10.1993 zum Maastrichter Vertrag (zitiert nach der offiziellen Urteilssammlung BVerfGE 89, 155 ff.) gebrauchte Bezeichnung „Staatenverbund“ häufige Verwendung in der einschlägigen Lehrbuchliteratur. Ipsens Definition charakterisiere dabei insbesondere „die Zieldefiniertheit und Zielbezogenheit eines von Mitgliedstaaten eingesetzten Entscheidungs- und Hoheitsträgers“, während die auf Zuleeg im Kommentar zum EG-/ EU-Vertrag von v.d.Groeben/ Thiesing/ Ehlermann zurückgehende Bezeichnung „Integrationsverband“ eher „den prozesshaft fortschreitenden Ausbau der Verflechtung der Mitgliedstaaten“ betone (Müller-Graff, a.a.O.). Die Definition des Bundesverfassungsgerichts (in Gestalt des „Retortenworts“ „Staatenverbund“) als Charakterisierung für die Gemeinschaft bzw. Union wird hingegen als „zu blass“, „einseitig staatsbezogen“, „inhaltsarm“ und „missverständlich“ qualifiziert, weil sie zu sehr „eine staatliche Abhängigkeit und [damit] Reduktion der Gemeinschaftsentwicklung“ suggeriere (Müller-Graff, Rz. 68 und 72). Der Leitsatz Nr. 8 des Urteils besagte: „Der Unionsvertrag begründet einen Staatenverbund zur Verwirklichung einer immer engeren Union der – staatlich organisierten – Völker Europas, keinen sich auf ein europäisches Staatsvolk stützenden Staat.“

Müller-Graff treibt diese Definitionsversuche noch weiter, indem er die Union als „zielbezogenes transnationales Gemeinwesen eigener Art“ bezeichnet (Rz. 73), nämlich:

- Als Gemeinwesen angesichts des Ziels der Förderung des Gemeinwohls bzw. Gemeinschaftswohls (im weitesten Sinn);
- als zielbezogenes Gemeinwesen angesichts der Zielsetzungen der Verträge;
- als transnationales Gemeinwesen angesichts des staatsübergreifend angelegten Ansatzes;
- als Gemeinwesen eigener Art angesichts nur begrenzt vorhandener „Strukturparallelen“ zu bestehenden Formen.

Im Vergleich zu diesen Definitionsversuchen ist die von Ermacora (1970, siehe oben Abschn. 4.3.5.) entwickelte Definition supranationaler Völkerverwaltungsgemeinschaften und der Supranationalität „als Souveränität eines regionalen Staatenverbandes im Werden“ ungleich klarer, weil sie nicht zuletzt die damit verbundene Integrationsdynamik zum Aus-

druck bringt. Die Staatlichkeit der Europäischen Union ist inzwischen allerdings bereits weiter fortgeschritten als es der Begriff „Völkerverwaltungsgemeinschaft“ suggeriert, sodass Ermacoras Definition dem mittlerweile erreichten Integrationsstand nicht mehr gerecht wird.

5.2. Die Paradoxie des Gebildes „Europäische Union“ als zwischenstaatliche Verbindung sui generis zwischen Nichtstaatlichkeit und Überstaatlichkeit: Nichtsoveräner Staat, der gegenüber seinen souveränen Mitgliedstaaten den Vorrang seiner Rechtsordnung beansprucht?

Nach dem von der juristischen Staatslehre entwickelten (oben in Abschn. 4.3. analysierten) Souveränitätsbegriff ist für die Staatsqualität nicht die Kompetenz, bestimmte öffentliche Aufgaben wahrzunehmen, wesentlich, auch wenn das Spektrum dieser Aufgaben mehr oder weniger lückenlos faktisch alle gemeinhin staatlicherseits wahrgenommenen Zuständigkeiten abdeckt, sondern die rechtliche Befugnis, potenziell alle diese Kompetenzen zu beanspruchen, also die All(gemein)zuständigkeit (Funk), die Kompetenz-Kompetenz, also die Kompetenz, über den Umfang der Kompetenz zu befinden (Zippelius). Dies macht den souveränen Staat aus. Er ist demnach durch die beiden Merkmale Selbstbestimmung und Hoheitsgewalt definiert, die Allzuständigkeit bzw. Willensdurchsetzung via imperium (siehe Abschn. 4.3.1.) implizieren. Erstere steht der Union (noch) nicht zu, ihre Willensdurchsetzung ist daher nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung „sektoral“ auf die übertragenen Zuständigkeitsbereiche begrenzt, dann aber nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts „unerbittlich“. Nach dem Verständnis des Europäischen Gerichtshofs durchschlägt das Vorrangprinzip auch die Grenze, die Jellinek in seiner Definition noch für den „nichtsouveränen Staat“ zieht (siehe Abschn. 4.3.2.), wenn man diesen Begriff, wie oben vorgeschlagen, für die Europäische Union übernimmt. Die (fehlende) Allzuständigkeit und die stattdessen zum Tragen kommende begrenzte Einzelermächtigung bilden somit terminologisch die letzte (noch) fehlende gedankliche Brücke, um den Unterschied zum souveränen Staat zu überwinden. Mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Vorrang des Gemeinschafts-

rechts wurde jedoch eine Ersatzbrücke geschlagen, die auch ohne potenzielle Allgemeinzuständigkeit eine sektoral, aber nicht intensitätsmäßig begrenzte Wirkung erzeugt. Diese kann in ihrer sektoral fokussierten Wirkung einer (vollen) potenziellen Selbstbestimmung eines souveränen Staates gleichgehalten werden, ja diese sogar übersteigen, weil sie – anders als Jellineks nichtsoveräner Staat – keine Grenzen an der Rechtsmacht der souveränen Mitgliedstaaten anerkennt.

Nochmals zur Erinnerung: Nach Jellinek steht auch dem nichtsoveränen Staat die „Rechtsmacht über seine Kompetenz“, also hoheitliche Befugnis, zu. Diese findet aber ihre Grenze an der Rechtsmacht eines anderen Gemeinwesens, das diese Kompetenz potenziell wieder entziehen könnte. Übertragen auf die Relation Europäische Union – Mitgliedstaaten, wäre die Union als nichtsoveräner Staat zu qualifizieren, während die Souveränität ungeteilt bei den Mitgliedstaaten verbliebe, als „Herren der Verträge“ Hoheitsbefugnisse nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung der Union zu übertragen und diese somit auch wieder zurückzuholen. Demnach findet die Rechtsmacht der Union (als nichtsoveräner Staat) ihre Grenze an der Rechtsmacht der (soveränen) Mitgliedstaaten.

Ist aber eine solche Kompetenzübertragung einmal erfolgt, ist in der Relation Union-Mitgliedstaaten nach allen bisherigen Erfahrungen die Kompetenzausübung der Union, wiederholt bekräftigt von der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, beharrlich und überdies mit tendenziell expansiver Präjudizwirkung für die Gesetzgebung versehen. Der von diesem Gerichtshof entwickelte Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts besagt, „dass dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll“ (Urteil „Costa-Enel“, Rs. 6/64, vom 15.7.1964, Slg. 1964, S. 1251; Urteilssatz 12). In dieser absoluten und schrankenlosen Dimension hatte Art. I-6 des gescheiterten Verfassungsvertrags diesen Grundsatz postuliert („Die Verfassung und das von den Organen der Union in Ausübung der der Union übertragenen Zuständigkeiten gesetzte Recht haben Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten.“). Nachdem diese Bestimmung im Reformvertrag weggefallen ist, sieht die herrschende österreichische Verfassungsrechtslehre einen Gesamtänderungstat-

bestand der Verfassung, der eine obligatorische Volksabstimmung des Reformvertrags erfordern würde, nicht mehr als gegeben an. Dies kann jedoch angezweifelt werden. Darauf wird unten im Zusammenhang mit der Frage einer Gesamtänderung der österreichischen Bundesverfassung infolge dieses Vorrangprinzips nochmals im Detail eingegangen werden (Abschn. 7.3.).

Gerade angesichts dieser unerbittlichen Verfolgung des Vorrangprinzips mag es paradox erscheinen, wenn die Europarechtslehre davon ausgeht, dass staatliche Hoheitsbefugnisse auf eine terminologisch nicht hinreichend zu beschreibende Ebene übertragen werden, von der man nicht genau weiß, ob sie nichtstaatlich oder überstaatlich ist, von der man nur weiß, dass sie nicht gleicher rechtlicher Qualität ist wie die nationalstaatliche Ebene. Formal erinnert das an die Betrauung privater Rechtsträger mit öffentlichen Aufgaben hoheitlichen Charakters, das Institut des „beliehenen Unternehmers“ im österreichischen Verwaltungsrecht, wenn nicht gar generell an das „outsourcing“ öffentlicher Aufgaben (nichthoheitlicher Art) an Privatrechtssubjekte.⁷⁸⁾ Dort ist aber wenigstens die rechtliche Qualität der mit solchen Aufgaben betrauten Einrichtung klar. Dies sei als „Paradoxie Nr. 1“ der europäischen „Staatlichkeit“ festgehalten. Diese Paradoxie wird noch um eine weitere Dimension verstärkt, nach welcher der nichtsoveräne Staat (Union) den Vorrang seiner Rechtsordnung gegenüber den souveränen Mitgliedstaaten beansprucht und diesen auch durchsetzt. Dieses Vorrangprinzip bewirkt, dass die Grenzen der Rechtsmacht der souveränen Mitgliedstaaten, an denen die Rechtsmacht des nichtsoveränen Staates „Union“ ihre Grenze finden sollte, gerade nicht gewahrt werden und vielmehr durchbrochen werden.

Bemerkenswert erscheinen dazu die Aussagen des Urteils „Costa-Enel“ zum Souveränitätscharakter der Gemeinschaftsrechtsordnung. Dort ist ausdrücklich von – wenn auch sektoral begrenzter – Beschränkung von „Souveränitätsrechten“ der Mitgliedstaaten und - implizit - damit verbundener sektoral begrenzter Souveränitätsübertragung auf die Gemeinschaft die Rede, was den Grundsatz der ungeteilten Souveränität der juristischen Staatslehre in Frage stellt. „Zum Unterschied von gewöhnlichen internationalen Verträgen hat der EWG-Vertrag eine eigene Rechtsordnung geschaffen, die bei seinem Inkrafttreten in die Rechtsordnung der Mitgliedstaaten aufgenommen worden und von ihren Gerichten anzuwenden ist. Denn durch die Gründung einer Gemeinschaft für unbegrenzte Zeit, die mit eigenen Organen, mit der Rechts- und Geschäftsfähigkeit,

mit internationaler Handlungsfähigkeit und insbesondere mit echten, aus der Beschränkung der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten oder der Übertragung von Hoheitsrechten der Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaft herrührenden Hoheitsrechten ausgestattet ist, haben die Mitgliedstaaten, wenn auch auf einem begrenzten Gebiet, ihre Souveränitätsrechte beschränkt und so einen Rechtskörper geschaffen, der für ihre Angehörigen und sie selbst verbindlich ist“ (Urteilssatz 8). Der Vorrang ist also absolut (nach dem oben zitierten Urteilssatz 12) und gründet sich auf eine sektoral begrenzte Beschränkung mitgliedstaatlicher Souveränitätsrechte (nach dem Urteilssatz 8).

„Die Verpflichtungen, die die Mitgliedstaaten im Vertrag zur Gründung der Gemeinschaft eingegangen sind, wären keine unbedingten mehr, sondern nur noch eventuelle, wenn sie durch spätere Gesetzgebungsakte der Signatarstaaten in Frage gestellt werden könnten“ (Urteilssatz 10). „Die Staaten haben somit dadurch, dass sie nach Maßgabe der Bestimmungen des Vertrages Rechte und Pflichten, die bis dahin ihren inneren Rechtsordnungen unterworfen waren, der Regelung durch die Gemeinschaftsrechtsordnung vorbehalten haben, eine endgültige Beschränkung ihrer Hoheitsrechte bewirkt, die durch spätere einseitige, mit dem Gemeinschaftsbegriff unvereinbare Maßnahmen nicht rückgängig gemacht werden können“ (Urteilssatz 13). Der Vorrang ist somit unbedingt (Urteilssatz 10), und die Beschränkung der mitgliedstaatlichen Hoheitsrechte ist endgültig (Urteilssatz 13).

Dies bildet ein potenzielles Konfliktfeld mit der nationalen Verfassungsgerichtsbarkeit, soweit diese beansprucht, gemeinschaftsrechtliche Vorgaben an nationalen Verfassungsmaßstäben zu messen (siehe dazu Abschn. 7.3. zur Problematik des Vorrangprinzips aus der Sicht des österreichischen Verfassungsrechts im Hinblick auf das Vorliegen eines Gesamtänderungstatbestands für die Bundesverfassung und 7.4. zum Maastricht-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts und dessen Folgewirkungen). Die ultimativen Konsequenzen daraus könnte man sich in der Theorie zwar ausmalen,⁷⁹⁾ in der Praxis werden so wahrscheinlich nicht vorkommen. Sollte ein nationales Verfassungsgericht einen Integrations-schritt auf Basis einer Revision des Gemeinschaftsvertragsrechts nach dem jeweiligen nationalen Verfassungsmaßstäben als verfassungswidrig erklären, wäre im Prinzip ein Vertragsverletzungsverfahren beim Europäischen Gerichtshof „denkmöglich“, bei dessen positivem Ausgang zugunsten der Gemeinschaft das nationale Urteil zu revidieren wäre. In

letzter Konsequenz könnte der betreffende Staat seine Souveränität nur dadurch wahren bzw. „zurückholen“, dass er aus der Union austritt, was ihm die künftige Vertragsrechtslage (Art. 50 VEU) eröffnet. Selbst in diesem Fall aber ist die „wiedergewonnene“ Freiheit (Souveränität) des Austrittswilligen nicht grenzenlos, weil die Einzelheiten (und damit wohl die Bedingungen und die Folgewirkungen) des Austritts in einem zwischen dem Austrittswilligen und der Union auszuhandelnden Abkommen festgelegt werden. Unter dem Eindruck von „Costa-Enel“ (absoluter und unbedingter Vorrang, wenn auch in sektoral begrenzten Bereichen) wäre der von der „klassischen“ juristischen Staatslehre entwickelte Souveränitätsbegriff der ausschließlichen rechtlichen Selbstbestimmung und Selbstbindung (siehe oben Abschn. 4.3.1.) jedenfalls zu relativieren. Er würde möglicherweise nicht einmal im Austrittsfall im vollen Umfang zum Tragen kommen, wenn die Austrittsbedingungen von den Verbleibenden gewissermaßen „diktiert“ werden und möglicherweise nachträglich auch noch vom Europäischen Gerichtshof überprüft werden. Dies alles mag schließlich als weitere Paradoxie europäischer Staatlichkeit angesehen werden: Obwohl die Union nicht mit ausschließlicher Selbstbestimmung im Sinne des „klassischen“ Souveränitätsbegriffs ausgestattet ist und ihr deshalb nach Jellinek „nur“ die Qualifizierung „nichtsouveräner Staat“ zukommt, ist das Vorrangprinzip in seiner Wirkung absolut, unbedingt, dauerhaft, endgültig.

6. Zur Frage der Finalität der Europäischen Union

Die europäische Integration ist durch zwei Merkmale gekennzeichnet: Erstens verläuft der Prozess der Vergemeinschaftung einzelner Politikbereiche nicht im Gleichschritt und nicht mit gleicher Geschwindigkeit. Die von den „Müttern und Vätern“ der Verträge bewusst – angesichts noch nicht gegebenen Konsensfähigkeit – oder auch unbewusst nicht immer hinreichend konsistent gesetzten Integrations-schritte machen daher oft in mehr oder weniger absehbarer Zukunft weitere Integrations-schritte auf Politikfeldern erforderlich, die für die volle Wirksamkeit der schon gesetzten Schritte unabdingbar erscheinen. Als besonders markanter Integrations-schub erweist sich die Währungsunion, die ohne Zweifel Integrations-schritte auf anderen Politikfeldern hervorgerufen hat und tendenziell noch weitere

Vergemeinschaftungs- bzw. Zentralisierungsschritte nach sich ziehen wird - dies vor allem deshalb, um die politisch-legitimatorische Basis der Währungsunion abzusichern. Dies gilt sowohl für die von der Währungsunion geforderte restriktive Stabilitätspolitik wie auch für weitere „flankierende“ Politikbereiche, insbesondere im Hinblick auf den weiteren Ausbau einer politischen Union. Dieser zusätzliche Interventionsbedarf ist aus den höchst plausiblen und empirisch gesicherten Befunden der ökonomischen Theorie der optimalen Währungsräume, die oben dargestellt wurden (Abschn. 3.7.), ableitbar.

Zweitens ist festzuhalten, dass sich die Gemeinschaft in den Präambeln der Verträge bzw. der nachfolgenden Vertragsrevisionen immer wieder Leitbilder gesetzt hat, die Unionsvorstellungen bekräftigen und die Absicht erkennen lassen, diese in (un)absehbaren Zeiträumen zu vertiefen, so auch im Maastrichter Unionsvertrag, übernommen in die konsolidierte Fassung nach dem Lissaboner Vertrag („EINGEDENK ... der Notwendigkeit, feste Grundlagen für die Gestalt des künftigen Europas zu schaffen“ oder: „ENTSCHLOSSEN, den Prozess der Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas ... weiterzuführen“). Daraus entstanden über die durch den Vertrag gesetzten Zuständigkeitsabgrenzungen nach ausschließlichen oder bloß (mit den Mitgliedstaaten) geteilten Unionszuständigkeiten hinweg (neben der rechtlich und wirtschaftlich verfestigten Währungsunion) mehr oder weniger vage umschriebene Konzeptionen einer Wirtschaftsunion, einer Sozialunion, einer Umweltunion und letztlich auch einer Politischen Union (umfassend die Außen-, Sicherheits- und Innenpolitik) in Form politischer Absichtserklärungen. Diese Konzeptionen wurden rechtlich in höchst unterschiedlicher Intensität umgesetzt, so z.B. was die Innenpolitik angeht, genauso wie bei der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) zunächst auf „intergouvernementaler“ Basis in der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit (PJZ). Letztere wird künftig im Lissaboner Vertrag „kommunautär“ abgewickelt, also vergemeinschaftet, d.h. nach der „Gemeinschaftsmethode“ durchgeführt werden. Damit werden die „drei Säulen“ des Maastrichter Vertrages, bestehend aus den „vergemeinschafteten“ Politiken der Europäischen Gemeinschaft und den beiden intergouvernementalen Säulen GASP und PJZ, abgeschafft. Für die künftige GASP, deren integraler Bestandteil künftig die Gemeinsame Sicherheits- und Verteidigungspolitik (GSVP) sein soll (Art. 42 Abs. 1 VEU), werden aber, wie schon dargestellt (Abschn. 3.2.e), weiterhin besondere Verfahren gelten.

6.1. Erste Vorstellungen eines (unvollendeten) Europäischen Bundesstaates, deren Scheitern und deren Ersetzung durch die Formel einer „Europäischen Union“

Beginnend mit Churchills berühmter Züricher Beschwörung der „Vereinigten Staaten von Europa“ 1946 bis zur Gründung der EWG durch den Vertrag von Rom 1957 und darüber hinaus bis etwa Mitte der 1960er Jahre geisterte immer wieder der europäische Bundesstaat als Leitbild durch die politischen Konzeptionen. Der erste Kommissionspräsident Walter Hallstein sprach in einem so betitelten Buch (1969) vom „Unvollendeten Bundesstaat“, der seiner Vision folgend natürlich zu vollenden wäre. De Gaulle machte dem dann mit seiner Konzeption eines konföderativen „Europas der Vaterländer“ ein Ende und löste dabei mit seiner Blockadepolitik des „leeren Stuhls“ eine Krise der Gemeinschaft aus. Dies führte nach deren Überwindung zu einem Neubeginn einer „pragmatischen Europapolitik ohne ‚ideologisches‘ Leitbild, anstelle dessen nunmehr die bewusst neutrale und offene Formel der ‚Europäischen Union‘ trat“ (Oppermann, S. 345, Rz. 917), die schließlich in den Maastrichter Vertrag mündete. „Vom Endziel eines Europäischen Bundesstaates wurde dabei jedoch kaum mehr gesprochen“ (Oppermann a.a.O.), obwohl die Verwirklichung der Währungsunion ab Ende der 1990er Jahre „gewisse ‚fördernde Zwänge‘ zur stärkeren Vergemeinschaftung der Wirtschafts-, Finanz- und Sozialpolitiken“ unverkennbar ausübt (Oppermann, S. 342, Rz. 911). Sie bedeutet nicht nur „die Verlagerung einer essentiellen Staatsfunktion auf die europäische Ebene“, sondern wird „die staatsanalogen Elemente innerhalb der EU/ EG weiter stärken“ (Oppermann, S. 347, Rz. 922).

6.2. Entwicklung der Idee einer europäischen Verfassung

Statt dem Leitbild des europäischen Bundesstaats tauchte ab Mitte der 1970er Jahre wiederholt die Idee einer EG-Verfassung auf, die zu mehreren Expertenberichten und 1984 zu einem Verfassungsentwurf des Europäischen Parlaments („Vertrag zur Gründung der Europäischen Union“) 1984 führte. Ende 2001 nahm der Europäische Rat von Laeken die Idee einer Verfassungsgebung wieder auf und verband dies mit dem Arbeitsauftrag, die bestehen-

den Verträge neu zu ordnen und zu vereinfachen, die Texte darüber hinaus angesichts der seit Maastricht üblich gewordenen Vertragsrevisionen in einen „Basisvertrag“ (konstitutionellen Charakters) und sonstige Vertragsbestimmungen aufzuspalten sowie Letztere mit erleichterten Annahmebedingungen zu versehen, während Ersterer eher auf Permanenz anzulegen (gewesen) wäre. Damit wollte man sich bei einem Änderungs- oder Ergänzungsbedarf des Vertragskomplexes künftig aufwändige Revisionskonferenzen ersparen. Schließlich sollte die von einem eigenen Konvent unter dem Vorsitz des ehemaligen deutschen Bundespräsidenten und ehemaligen Präsidenten des deutschen Bundesverfassungsgerichts Roman Herzog erarbeitete Charta der Grundrechte in den neuen Vertrag eingearbeitet werden. Mit allen diesen Arbeiten wurde nach dem Vorbild des Grundrechtskonvents ein neuer Konvent beauftragt. Notwendig geworden war dies alles durch den unbefriedigenden Verlauf der Regierungskonferenz für den Vertrag von Nizza Ende 2000 unter französischer Präsidentschaft (Jacques Chirac), dessen Revisionsbedürftigkeit sich bereits vor seinem Inkrafttreten (1.2.2003) herausstellte.

Sieht man von der Verrechtlichung der Charta der Grundrechte ab, wurden die Empfehlungen des Europäischen Rats von Laeken nicht in der in Laeken von den Staats- und Regierungschefs intendierten Form umgesetzt. Der Konvent nahm vielmehr eine Totalreform des gesamten Vertragswerks vor, die in einen kaum lesbaren „Monstervertrag“ mit der Zwitterbezeichnung „Verfassungsvertrag“ mündete, wodurch die Vereinfachungsempfehlungen von Laeken in ihr Gegenteil verkehrt wurden. Es spricht daher Vieles dafür, dass dies ein entscheidender Grund für das Scheitern des Projekts gewesen ist.⁸⁰⁾

6.3. Die Diskussion von Bundesstaatsmodellen im Vorfeld des Verfassungskonvents

Obwohl nach dem vorhin Gesagten der qualitative Sprung in die Staatlichkeit eines europäischen Bundesstaates sich nicht auf der Agenda befand, wird sich dem herkömmlich staatstheoretisch geschulten „Konstruktivisten“ gerade im Rahmen einer Verfassungsdiskussion die Frage nicht aus seiner Aufmerksamkeit verdrängen lassen, ob die „Finalität“ der Union nicht doch in einem Bundesstaat traditioneller Prägung bestehen kann.

6.3.1. Deutsche Vorschläge und französische Reaktionen

Ohne im Einzelnen auf den föderativen Gedanken in der Europadiskussion und das unterschiedliche Föderalismus-Verständnis in den einzelnen Staaten eingehen zu wollen, ist in diesem Kontext zu erwähnen, dass von deutscher Seite bis in die laufende neue Verfassungsdebatte versucht worden ist, die Option eines europäischen Bundesstaats nach deutschem Muster in der Debatte zu halten – so in dem unter Leitung des damaligen Bundeskanzlers Gerhard Schröder Ende April 2001 formulierten Entwurf für einen Leitantrag an den SPD-Parteitag (Agence Europe vom 30.4.2001). Dieser lief auf eine Aufwertung der Kommission zu einer europäischen Regierung, ferner auf eine Aufwertung des Parlaments durch Gewährung der vollen Budgethoheit (allerdings – vom Standpunkt des größten Nettozahlers verständlich - bei Rückverlagerung ausgabenintensiver regional- und strukturpolitischer Kompetenzen auf die nationale Ebene) und schließlich auf eine Umwandlung des Ministerrats in eine „Staatenkammer“ nach Art des deutschen Bundesrates (faktisch also eine Machteinbuße des EU-Minsterrates) hinaus. Auf europäischer Ebene war eine solche Konzeption insbesondere von der 1946 von Führern der Résistance gegründeten „Union der europäischen Föderalisten“ vertreten worden, zuletzt in einer Stellungnahme zum Verfassungsentwurf des Konvents, verbunden mit der Forderung, spätestens 2008 im Zuge einer Revision einen neuen Verfassungstext zu präsentieren (Dezember 2003).

Schröders Außenminister Joschka Fischer hatte die Staatswerdung Europa fast ein Jahr vorher in einer vielbeachteten Rede in der Berliner Humboldt-Universität („Vom Staatenverbund zur Föderation – Gedanken über die Finalität der europäischen Integration“, 12.5.2000, abgedruckt in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung, siehe auch Agence Europe vom 12.5.2000) um einige Nuancen anders gesehen. Auch er hatte das Ziel der „Europäischen Föderation“ und den „Übergang vom Staatenverbund zur vollen Parlamentarisierung“ hervorgehoben, ließ aber für die europäische Regierung zwei Optionen, aber auch Zwischenformen offen: die Fortentwicklung des Europäischen Rates oder die Aufwertung der Kommission, verbunden mit der Direktwahl des Präsidenten. Für das Parlament sah er ein differenzierteres Zweikammern-System als das von Schröder ein Jahr später vorgeschlagene vor, nämlich mit einer durch Abgeordnete der nationalen Parlamente beschickten Kammer und einer zweiten Kammer -

optional – als direkt gewählten Senat oder als Staatenkammer (nach Vorbild des deutschen Bundesrats). Als Zwischenschritt auf dem Weg zur Vollenkung einer föderalistisch strukturierten politischen Union sah Fischer einen „Gravitationskern“ integrationswilliger Staaten, die als Avantgarde einen „Vertrag im Vertrag“ schließen, der „Nukleus einer Verfassung der Föderation“ sein sollte. Später hat er sich nicht zuletzt unter dem Eindruck der Ereignisse des 11. September 2001 und deren Folgewirkungen von diesem kerneuropäischen Konzept wieder entfernt.

Mehr als ein weiteres Jahr früher, nämlich in seiner Antrittsrede im Europäischen Parlament zu Beginn der deutschen EU-Präsidentschaft (Januar 1999), hatte sich Fischer bereits als europapolitischer Visionär und Proponent einer Verfassung profiliert (von J. Fritz-Vannahme in der Hamburger Wochenzeitung DIE ZEIT Nr. 4/ 21.1.1999 als „wegweisend“ bezeichnet). Skeptiker wie D. Grimm, Richter am deutschen Bundesverfassungsgericht, das für sein eher restriktives Verständnis der europäischen Integration bekannt ist,⁸¹⁾ hielten dem (in: DIE ZEIT Nr. 12/ 18.3.1999) entgegen, dass eine demokratische Union „bessere Institutionen, aber kein Grundgesetz“ brauche („Ohne Volk keine Verfassung“, auch wenn man sich angesichts einer „Krise in Brüssel“ „auf die Suche nach Legitimation“ begeben).

In Frankreich wurde diese Entwicklung aufmerksam und vermutlich auch mit Argwohn beobachtet. Der damalige französische Premier-Minister Jospin gab Schröder die Antwort in einer noch geraume Zeit auf der Website des französischen Außenministeriums nachlesbaren Rede am 28.5.2001 über die „Zukunft des erweiterten Europa“ (Agence Europe vom 28.5.2001). Zentrales Thema bildete die Konzeption Europas als eine „Föderation von Nationalstaaten“. Institutionell basierte diese auf dem vorhandenen Machtdreieck Rat-Parlament-Kommission, also der Beibehaltung der bisherigen Gemengelage exekutiver und legislativer Funktionen ohne ein-eindeutige (exklusive) institutionelle Zuordnung und damit Absage an die am klassischen Gewaltenteilungsmodell von Exekutive/ Legislative orientierten und auf eine klare institutionelle Zuordnung dieser beiden Gewalten ausgerichteten deutschen Vorschläge. Ausdrücklich postulierte Jospin die Stärkung des Rates durch Einsetzung eines ständigen Ratsgremiums, zusammengesetzt aus Mitgliedern im Rang bzw. in der Funktion von Vize-Premierministern, die im nationalen Bereich zugleich für die Koordination der Europabelange verantwortlich sein sollten. Jospin wollte freilich auch die anderen beiden Organe (Kommission und Parlament) gestärkt sehen, z.B.

durch die „Benennung“ des Kommissionspräsidenten „aus der Mitte“ der Mehrheitsfraktion des Parlaments (ohne aber klar das Benennungsverfahren zu beschreiben). Dies war vermutlich wohl nur deklamatorisch gemeint, faktisch dürfte er mit der Stärkung des Rates auf eine Schwächung der beiden anderen Organe des Machtdreiecks gezielt haben.

Auch wenn - rückschauend betrachtet - der Vorschlag Fischers trotz der offen gebliebenen Frage, wer letztlich zu einer europäischen Regierung „aufzuwerten“ wäre (Europäischer Rat oder Kommission), etwas „französischer“ gewesen sein mag als der ein Jahr später erfolgte Vorschlag seines Kanzlers, fußte auch er im spezifisch deutschen bzw. mitteleuropäischen Verfassungsverständnis von Föderalismus und Gewaltenteilung und war demgemäß noch als „sehr deutsch“ einzustufen. Jospin ist es zuzuschreiben, diese Entwicklungsvariante blockiert zu haben. Dies hat dann in den folgenden 1 ½ Jahren der deutsch-französischen Achse vorübergehend die „Schwungradfunktion“ genommen.

Außerhalb der verfassungsrechtlichen Sphäre ist nicht uninteressant, daran zu erinnern, dass die Finanzökonomien der Kommission (GD Wirtschaft und Finanzen) und deren Berater, von der Öffentlichkeit weitgehend unbeachtet, in der Grundlagenstudie für die Vorbereitung der Währungsunion „One market – one money“⁸²⁾ bereits 1990 Modelle einer künftigen europäischen fiskalischen Föderation an Hand bestehender föderalistischer Staatssysteme einerseits nach dem Grad der finanzpolitischen Autonomie der Gliedstaaten, andererseits nach der Effektivität des interregionalen Finanz- und damit Einkommensausgleichs untersucht haben. Dabei erwies sich Australien als das Modell mit der geringsten finanzpolitischen Autonomie seiner Gliedstaaten, aber der höchstmöglichen Effektivität des Finanzausgleichs zwischen den Gliedstaaten. Bei der Schweiz verhielt es sich genau umgekehrt: sie nahm jeweils die Extremposition am anderen Ende des Spektrums ein. Möglicherweise war dies ein – wenn vielleicht auch nicht bewusst gesetzter – Hinweis auf das von der Kommissionsbürokratie präferierte Modell einer künftigen europäischen fiskalischen Föderation.

6.3.2. Die Einigung im Verfassungskonvent: Zementierung des Machtdreiecks Kommission- Rat-Parlament

Nachdem im zeitlichen Vorfeld des von Februar 2002 bis zur Jahresmitte 2003 tagenden Verfassungskonvents im Zeitraum 1999 bis 2001 die von deutscher Seite (Bundeskanzler Schröder und Außenminister Fischer) und auch von französischer Seite (Premier-Minister Jospin) erstatteten Vorschläge für eine Neugestaltung der obersten Organe der Union vorgelegt worden waren, einigten sich Schröder und Präsident Chirac am Vorabend des feierlich begangenen 40. Jahrestages des Elysée-Vertrages Mitte Januar 2003 über die künftige „institutionelle Architektur“ der Union. Diese ging eine Woche später als deutsch-französische Konventsinitiative in den Verfassungskonvent ein (CONV 489/03 CONTR 192), der dies auch so beschlossen hat. Sie bestand in einer Zementierung des Machtdreiecks Kommission-Rat-Parlament, wobei den Anliegen beider Länder Rechnung getragen wurde, indem sowohl die Kommission und auch das Parlament (Anliegen Deutschlands) als auch der Rat (Anliegen Frankreichs) eine Aufwertung erlangten, nämlich Ersteres (deutsches Anliegen) durch die Direktwahl des Kommissionspräsidenten durch das EP (ohne aber der Kommission volle Regierungsbefugnisse zuzugestehen) und Letzteres (französisches Anliegen) durch die Einführung der 2 1/2-jährigen Präsidentschaft für den Europäischen Rat an Stelle der bisherigen halbjährlichen Rotation. Zugleich sollte durch den neu zu schaffenden Außenminister und dessen „Doppelhut“ als Vorsitzender des Rats „Auswärtige Angelegenheiten“ und Vizepräsident der Europäischen Kommission ein Bindeglied zwischen Rat und Kommission geschaffen werden.

Damit waren die im Zeitraum 1999 bis 2001 latent vorhandenen Auffassungsunterschiede zwischen Deutschland und Frankreich, die der deutsch-französischen Achse nicht nur vorübergehend die „Schwungkraft“ genommen hatten, sondern vermutlich auch zu dem unbefriedigenden Ergebnis des Europäischen Rats von Nizza Ende 2000 beigetragen haben dürften, beseitigt. Das so zementierte Machtdreieck wird so lange stabil bleiben, als es gelingt, die drei Institutionen bei künftigen Vertragsrevisionen – in der offiziellen Eurokratensprache – machtmäßig im „institutionellen Gleichgewicht“ zu halten.

6.4. Die Verfassungsvorstellungen der „European Constitutional Group“: Eine Zentralisierungskritik aus ordo- liberaler und konstitutionenökonomischer Sicht

Eine Gruppe von Universitätslehrern, die sich in ihrem Selbstverständnis als informeller Zusammenschluss „liberaler Ökonomen und Juristen aus ganz Europa“ definiert und sich wissenschaftlich der Schule der „Constitutional Economics“ zugehörig fühlt, hat sich wiederholt unter der Bezeichnung „European Constitutional Group“ an der Debatte um den Verfassungsvertrag, u.a. mit Aufrufen und Alternativentwürfen einer möglichst knapp gehaltenen dezentralisierungsfreundlichen, also zentralisierungskritischen Verfassung, beteiligt.⁸³⁾ In einer „Erklärung zum Entwurf der Regierungskonferenz für einen Europäischen Verfassungsvertrag“ sah die Gruppe die zentralen Befürchtungen im Falle einer Verwirklichung des Verfassungsprojekts nach der vom damaligen Konvent bzw. von der Regierungskonferenz verabschiedeten Textfassung in Folgendem:

- In der Bürgerferne der politischen Entscheidungen, verbunden mit schleichender Ausdehnung des Einflusses der Regierenden;
- in der noch engeren Knüpfung des ohnedies schon dichten Netzes staatlicher Regulierungen;
- in der Zentralisierung der politischen Entscheidungen, verbunden mit Vermehrung der staatlichen Macht über die Bürger;
- in den nicht vorhandenen Zustimmungsmöglichkeiten der Bürger als Geltungsvoraussetzung für die Grundregeln staatlicher Ordnung und dem damit verbundenen mangelnden Schutz vor staatlicher Willkür.

Die Gruppe vertritt also eine prinzipiell zentralisierungskritische Position mit einem minimalistischen Approach an regelungsbedürftige Inhalte verfassungsrechtlichen Charakters und sieht darin bei grundsätzlicher Aufrechterhaltung ordo-liberaler Positionen maximale Offenheit für unterschiedliche Wertauffassungen, wovon auch eine noch so „perfekte“ Verfassungsordnung nicht frei sei. Sie kommt damit den schon vor einem Jahrhundert geäußerten Vorstellungen des Staatsrechtslehrers Georg Jellinek sehr nahe: „Die Verfassung des Staates umfasst dem-

nach in der Regel die Rechtssätze, welche die obersten Organe des Staates bezeichnen, die Art ihrer Schöpfung, ihr gegenseitiges Verhältnis und ihren Wirkungskreis festsetzen, ferner die grundsätzliche Stellung des einzelnen zur Staatsgewalt“ (Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1914, S. 505). Im Folgenden seien daher die Vorstellungen dieser Gruppe näher betrachtet.

Vom Standpunkt der theoretischen Basis, des vertragstheoretischen Ansatzes der „Constitutional Economics“ (siehe Abschn. 2.3., nachstehend insbesondere nach Feld, Eine Europäische Verfassung aus polit-ökonomischer Sicht, in: ORDO-Jahrbuch 54/2003), lautet eine der zentralen Thesen für die Begründung einer europäischen Verfassung, dass – zurückgehend auf Buchanan – eine Verfassung als Vertrag zwischen den sich unter ihren Schutz stellenden Bürger zu verstehen ist, also der Zustimmung der Bürger bedarf, der Staat zur Überwindung „sozialer Dilemmata“ beizutragen habe und die Verfassungsregeln den Machtmissbrauch von staatlichen (politischen und bürokratischen) Akteuren und Interessengruppen zu verhindern haben. Der in diesem Kontext nicht ausdrücklich angesprochene Machtmissbrauch durch private Akteure bei Marktunvollkommenheiten soll offenbar ordnungspolitisch durch wettbewerbspolitische Eingriffe bekämpft werden. Es gelte daher, Rechtsstaat, Gewaltenteilung und Demokratie zu gewährleisten. Andererseits fehle den europäischen Völkern noch eine europäische Identität. Wegen des fehlenden demos reiche eine Ausdehnung der Kompetenzen des Europäischen Parlaments zur Legitimierung politischer Entscheidungen auf europäischer Ebene nicht aus. Gerade aus der vertragstheoretischen Perspektive ergebe sich daher die Notwendigkeit, direkt-demokratische Elemente auf der europäischen Ebene einzuführen – offensichtlich beeinflusst vom Schweizer Vorbild: Verfassungsreferenden, Verfassungs- und Gesetzesinitiativen sowie Finanzreferenden. Zunächst sollten nach den direkt-demokratischen Vorstellungen der „European Constitutional Group“ die Mitglieder der verfassungsgebenden Versammlung direkt-demokratisch gewählt werden und der ausgearbeitete Verfassungsentwurf in sämtlichen Mitgliedstaaten Referenden unterworfen werden. Ob nun Staatenbund oder Bundesstaat: den Zentralisierungstrend gelte es jedenfalls durch klare Kompetenzzuteilung, Regeln für Kompetenzkonflikte (Subsidiarität) und Rückübertragungsmöglichkeiten von Kompetenzen an die Mitgliedstaaten zu stoppen. Wenn schon an die Stelle des gegenwärtigen hybriden Gebildes der Union ein Bundesstaat treten solle, müsste es ein „Wettbewerbsföderalismus“ sein, der weitestgehend

die Kompetenzen bei den Mitgliedstaaten belässt, und nicht ein „kooperativer Föderalismus“, der weitgehend zentralisiert und „harmonisiert“. Durch die Konvents- bzw. Regierungskonferenzentwürfe erhalte demgegenüber die Zentralisierung gewissermaßen Verfassungsrang, was die schleichende Verlagerung von Kompetenzen auf die europäische Ebene begünstige.

Entsprechende Warnungen vor der wirtschaftspolitischen Zentralisierung lagen schon in früheren Jahren vor, so von Roland Vaubel (Mannheim), ebenfalls Mitglied der European Constitutional Group, in einem Beitrag „Die politische Ökonomie der wirtschaftspolitischen Zentralisierung in der Europäischen Gemeinschaft“ im Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 1992. Er untersuchte damals auch die Zentralisierungstendenzen am Beispiel der US-amerikanischen Verfassung und machte dabei jene Punkte der amerikanischen Unionsbildung fest, welche diese irreversibel erscheinen ließen. Entscheidend dabei war die Bundesverfassung 1789, welche die Konföderationsartikel von 1781 ersetzte und die folgenden markanten Festlegungen traf: Direktwahl des Bundesparlaments, Steuereinhebungs- und Schuldenaufnahme des Bundes, Bundeszuständigkeit für das Geldwesen und für die Regulierung des Handels zwischen den Bundesstaaten und mit ausländischen Staaten sowie die Gründung des Obersten Bundesgerichtshofs. In späteren Jahren führte dies zur Verabschiedung des „Mint Act“ 1792, zur Ersetzung der bundesstaatlichen Milizen durch eine Bundesarmee 1812, zur Einführung einer Bundes-Einkommensteuer 1913, zur Schaffung eines unabhängigen und unkündbaren Bundesbeamten-Corps zwischen 1890 und 1914 und zur Gründung des Zentralbankensystems 1913).⁸⁴⁾

Anders als in Europa wurde die Währungsunion erst 1913 mit dem „Federal Reserve System“ vollendet, also erst lange nach der politischen Union (1789). Das kritische Datum der europäischen monetären Integration, mit dem von einer substanziellen und im Prinzip (faktisch, später auch rechtlich bestätigten) Irreversibilität gesprochen werden kann, ist nicht erst mit der rechtlichen und physischen Einführung der gemeinsamen Währung am 1.1.1999 bzw. 1.1.2002, sondern bereits mit dem 1.7.1990 anzusetzen, als die Kapitalverkehrsfreiheit effektiert wurde und damit eine der wesentlichsten „Bastionen“ nationaler wirtschaftspolitischer Hoheitsbefugnisse fiel. Es gibt also markante Unterschiede zur europäischen Integration, aber möglicherweise auch interessante Parallelen, die sich in voller Auswirkung bis dato erfolgter Integrationsschritte möglicherweise

erst künftig erweisen könnten (z.B. Einführung einer Bundes-Einkommensteuer und einer Bundesarmee) – siehe dazu die obigen Ausführungen zur Theorie optimaler Währungsräume (Abschn. 3.7.).

Aus ökonomischer Sicht sei nach Auffassung der European Constitutional Group (hier und im Folgenden nach dem Artikel eines weiteren Mitglieds der Gruppe, Stefan Voigt, „Eine neuer Anlauf für die Europäische Union – Lehren aus dem gigantischen Misserfolg des Verfassungsentwurfs“, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 29.10.2005) eine Zuweisung von Kompetenzen auf die europäische Ebene insbesondere bei grenzüberschreitenden Externalitäten und ferner nur dann zu rechtfertigen, wenn das bereitzustellende Gut auf einer anderen staatlichen Ebene nicht kostengünstiger anzubieten ist. Unter diesem Gesichtspunkt gehöre weder die Agrar- noch die Sozialpolitik auf die europäische Ebene.⁸⁵⁾

Gerade bei Heterogenität mitgliedstaatlicher Präferenzen bezüglich eines bestimmten Politikbereiches sei eine Aufgabenverlagerung auf die europäische Ebene ökonomisch nicht vorteilhaft. Eine Verfassung müsse deshalb auch Regeln enthalten, um Aufgaben wieder auf die nationale Ebene zurückzulagern. In diesem Kontext sei eine befristete Zentralisierung („sunset competence“) zu überlegen. Insbesondere das Instrument der geteilten Zuständigkeit (Art. I-14 des Verfassungsvertrags bzw. Art. 4 VAEU des Reformvertrags) trage zur schleichenden Zentralisierung bei, weil nur bei Untätigkeit der Union die Zuständigkeit bei den Mitgliedstaaten verbleibe, während sie bei einem Tätigwerden der Union auf diese übergehe, ohne dass es einer Vertragsänderung bedürfte, was Zentralisierungstendenzen noch mehr begünstige.

Besonders kritisch geht die Gruppe in ihren Stellungnahmen mit der Charta der Grundrechte und der Regelung des Subsidiaritätsprinzips im Verfassungsentwurf um, das gegenüber dem geltenden Vertragsrecht (Art. 5 EGV, künftig Art. 5 VAEU) inhaltlich nicht verändert wurde. Es erfolgten nur Verbesserungen des Subsidiaritätsprüfungsverfahrens im konkretisierenden Protokolls („Über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“), deren Effektivitätsgewinn von der Gruppe aber bezweifelt werden,⁸⁶⁾ weil substantiell das Prinzip noch immer unter den unbestimmten Rechtsbegriffen „ausreichende“ bzw. „bessere“ Aufgabenerfüllung leide. Die Auslegung dieses Prinzips dem Europäischen Gerichtshof zu überlassen, sei problematisch, weil dieser „no incentive to respect subsidiarity“ habe. Das Subsidiaritätsprinzip sollte daher einer engeren Definition unterliegen, um gemein-

schaftliches Handeln einem stärkeren Rechtfertigungszwang zu unterwerfen. Die den nationalen Parlamenten in Art. I-11.3 (zweiter Unterabsatz) des Verfassungsvertrags (künftig Art. 5 Abs. 3 VEU, letzter Satz) eingeräumte Möglichkeit, auf die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips nach den Verfahrensregeln des Subsidiaritätsprotokolls zu achten, wird jedenfalls nicht für ausreichend erachtet.

Der Beitritt zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten wird zwar ausdrücklich begrüßt (Art. I-9.2 des Verfassungsvertrags bzw. Art. 6 Abs. 2 VEU), die Grundrechtscharta (als Teil II Bestandteil des Verfassungsentwurfs, künftig als eigenes rechtsverbindliches Dokument gem. Art. 6 Abs. 1 VEU) sollte jedoch keinesfalls rechtlichen Charakter erhalten. Sie garantiere nämlich nicht nur persönliche Freiheiten (was wohl positiv einzuschätzen ist), sondern schaffe (individuelle) Ansprüche, die (in der Umsetzung in generelle Normen) Anlass zu weiterer Regulierung oder Transferzahlungsregelungen geben würden.⁸⁷⁾

Folgerichtigerweise sieht daher der Alternativentwurf der Gruppe eine Zuständigkeit des Europäischen Gerichtshofs für die Auslegung der Menschenrechte und der Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten ausdrücklich nicht vor.⁸⁸⁾ Ersteres solle ausschließlich dem Gerichtshof für Menschenrechte im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention vorbehalten bleiben, letzteres einem neu zu schaffenden „Court of Review“ übertragen werden, bestehend aus Mitgliedern der nationalen Verfassungsgerichte.⁸⁹⁾ Schließlich solle einer neu einzuführenden, von den nationalen Parlamenten zu beschickenden zweiten Kammer des Parlaments die Überwachung der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips (mit Blockierungsrecht der Gesetzgebung) sowie des Haushaltsverfahrens (mit Blockierungsrecht von Ausgaben bei negativen Rechnungsprüfungsergebnissen) übertragen werden.⁹⁰⁾ Die Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsaufsicht, die derzeit von der Kommission als Kollegialbehörde wahrgenommen wird, sollte einer unabhängigen Wettbewerbsbehörde übertragen werden, um sie von politischen Einflüssen, denen natürlich auch die als Kollegialorgan formal weisungsfreie Kommission faktisch ausgesetzt ist, freizuhalten. (Gemäß Art. 17 Abs. 3 VAEU übt die Kommission ihre Tätigkeit in voller Unabhängigkeit aus. Die Mitglieder der Kommission dürfen von einer Regierung, von einem Organ, von einer Einrichtung oder von einer anderen Stelle keine Weisungen einholen oder entgegennehmen. Dies hindert die Kommissionsmitglieder fak-

tisch jedoch nicht daran, als Anlaufstelle für mitgliedstaatliche Interventionen und natürlich auch für Lobby-Interessen zu fungieren.)

Insgesamt gehe es darum, „Europa vor einer zentralisierenden Dynamik bei den Steuer- und Ausgabenkompetenzen zu bewahren“. Demgemäß ist eine eigene Besteuerungskompetenz der Union ausdrücklich ausgeschlossen,⁹¹⁾ und der Haushalt hat wie nach bestehender Rechtslage ausgeglichen zu sein. Im Haushaltsverfahren solle die generelle Regel der doppelten qualifizierten Mehrheit der Mitgliedstaaten (2/3 der Mitgliedstaaten und der Unionsbevölkerung) nicht gelten – offenbar um das Gewicht der Nettozahler im Haushaltsverfahren zu verstärken (die Finanzierung solle sich an der „Zahlungskapazität“ der Mitgliedstaaten⁹²⁾ orientieren).

Die internen Aufgaben der Union werden im Wesentlichen auf die Wahrung der Freiheiten des Binnenmarktes und der Wettbewerbsfreiheit sowie die Sicherung der Umweltqualität beschränkt. Die nationalen Wirtschaftspolitiken unterliegen (wie im bestehenden Recht) als Angelegenheit gemeinsamen Interesses einer gegenseitigen Überprüfung. Die bestehende monetäre Verfassung (Unabhängigkeit der Europäischen Zentralbank, Vermeidung exzessiver Defizite) wird weitgehend übernommen.⁹³⁾

Oberstes Ziel der externen Aufgaben der Union ist, die externen Politiken der Mitgliedstaaten (wie die Wirtschaftspolitiken) als eine Angelegenheit gemeinsamen Interesses zu betrachten, die Union im Übrigen aber auf die Regeln der UNO und der WTO zu verpflichten. Die externen Politiken (ausgenommen der Außenhandel) unterliegen daher nicht der generellen Regel der qualifizierten Mehrheit, sondern sind einhellig („by consensus“) zu beschließen. Eine weitere Ausnahme von der generellen Abstimmungsregel besteht in einer Opting-out-Möglichkeit (ausgenommen in Handelsfragen) bei Verletzung „vitaler nationaler Interessen“, sofern dies in einer nationalen Volksabstimmung bestätigt wird.

Die Vorstellungen der „Constitutional Economists“ der „European Constitutional Group“ und deren knappe Textfassung können ohne Zweifel Denkanstöße liefern, um eine aus ökonomischer Sicht „optimale“ Aufgabenverteilung im Spannungsfeld zwischen „Zentralisierung“ und „Dezentralisierung“ zu erreichen. Für diesen Problemzugang sollten auch jene Stimmen offen sein, welche die ideologischen Grund- und Werthaltungen der Vertreter dieser Gruppe nicht teilen (wie immer man zum Liberalismus, dessen Ausformungen, Schattierungen, Nuancierungen, aber auch Deformierungen stehen

mag). Die zentralisierungskritischen (und in diesem Sinne wohl auch europaskeptischen) und demgemäß dezentralisierungs- und damit auch bürgerfreundlichen (liberalen) Einstellungen der Gruppe, deren Proponenten zum Großteil auf etablierten ökonomischen Lehrstühlen sitzen, scheinen auf den ersten Blick sogar eher in einem grünlich-liberalen ideologischen Spektrum angesiedelt zu sein, in welchem sich zentralisierungskritische traditionelle liberale Positionen und dezentralisierungsfreundliche grüne Positionen treffen. Gerade in der Verfassungsfrage hat sich jedoch mittlerweile die grüne Position weitgehend mit dem mainstream aus den beiden großen politischen Gruppierungen identifiziert.⁹⁴⁾ Dies gilt nicht zuletzt für Österreich.

Andererseits sehen sich die Proponenten der European Constitutional Group ohne Zweifel der Marktfreiheit verpflichtet, deren Bewährungsprobe in dem von ihnen vorgeschlagenen Verfassungsrahmen aber erst erfolgen müsste. Das auf die Brüsseler Zentrale anzuwendende „Small is beautiful-Prinzip“ müsste sich jedenfalls auch in einer kritischen Haltung zu den negativen Erscheinungen des Marktes manifestieren, d.h. die Zentralisierungskritik dürfte sich nicht nur auf den öffentlichen Sektor beschränken, sondern müsste sich gleichermaßen auf den Marktsektor erstrecken. Dazu weist der Vorschlag, eine Unabhängige Wettbewerbsbehörde einzurichten, sicher in die richtige Richtung. Diese positive Wertung der Vorschläge der Gruppe ändert nichts daran, dass sich zu einzelnen Vorschlägen natürlich auch (wohlwollend) kritische Anmerkungen finden lassen, um Inkonsistenzen aufzuzeigen, die nachstehend auswahlweise skizziert werden.

6.4.1. Zur Dezentralisierungsnotwendigkeit der Agrar- und Sozialpolitik

Zieht man die Aussagen der Theorie der Optimalen Währungsräume heran (siehe oben Abschn. 3.7.), kann bezweifelt werden, ob die Kritik der European Constitutional Group an einer zu erwartenden Zentralisierungstendenz der Sozialpolitik berechtigt ist. Um die sozialen Kosten einer Währungsunion (bei Nicht- oder unzureichender Erfüllung der Kriterien optimaler Währungsräume, insbesondere hinreichende Lohnflexibilität und Mobilität der Produktionsfaktoren) zu minimieren, wären nach dieser Theorie nicht nur ausreichende Mittel auf zentraler Ebene zur Effektivierung eines Finanzausgleichs, erforderlichenfalls durch Erschließung von Gemeinschaftssteuerquellen, sondern u.U. auch eine Zentra-

lisierung der Sozialpolitik notwendig. Großbritannien hätte demnach im Rahmen des Maastrichter Vertrages insofern konsistent und konsequent gehandelt, als es nicht nur den Beitritt zur dritten Stufe der Währungsunion nicht vollzogen hat, sondern auch dem im Rahmen von Maastricht vorgesehen gewesenen Abkommen zur Sozialpolitik ferngeblieben ist. Ferner wären gerade unter dem Gesichtspunkt der Kriterien optimaler Währungsräume auch auf nationaler Ebene hinreichende budgetäre Handlungsspielräume (auf beschäftigungs- und sozialpolitischem Gebiet) aufrechtzuerhalten. Dies wäre nach Ansicht von Vertretern dieser Theorie (Paul DeGrauwe, *The Economics of Monetary Integration*, Kapitel „Fiscal Policies in Monetary Unions“, siehe im Einzelnen dazu die Darstellung oben in Abschn. 3.7.) gewissermaßen die Second-best-Lösung, wenn die First-best-Lösung in Gestalt einer hinreichenden Finanzausgleichsmasse auf zentraler Ebene zum Ausgleich unterschiedlicher ökonomischer Standards zwischen den Teilnehmerländern an der Währungsunion (analog zum innerstaatlichen Finanzausgleich zur Kompensation interregionaler Entwicklungsunterschiede) nicht zur Verfügung steht, um nachteilige Folgen der monetären Vereinigung auszugleichen. Ein Ansteigen der Budgetdefizite auf nationaler Ebene müsste dann entgegen der – ohnedies phantasielosen – Stabilitätsphilosophie der Maastrichter Kriterien u.U. akzeptiert werden.

Was generell den Interventionsbedarf seitens der Union in der Agrarpolitik und deren Ausgestaltung als Agrarunion angeht, so war dies in Zeiten der Nahrungsmittelknappheit der Nachkriegszeit ohne Zweifel gerechtfertigt. Ob dies auch heute noch der Fall ist – nicht zuletzt angesichts zunehmender negativer externer Effekte auf die Nahrungsmittelproduktion der Dritten Welt – ist zu bezweifeln (insofern ist den Schlussfolgerungen der European Constitutional Group zuzustimmen). So könnte wie die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl vielleicht eines Tages auch die Agrarunion historische Reminiszenz sein, wenn sie sich nicht anderen Feldern zunehmend öffnet (Strukturförderung des ländlichen Raums – dies könnte freilich andererseits vom Standpunkt der Subsidiarität berechtigterweise angezweifelt werden).

6.4.2. Zur Verrechtlichung der Grundrechtscharta

Aus dem ausdrücklich betonten liberalen Selbstverständnis der Gruppe mag insbesondere ihre ableh-

nende Haltung zur Verrechtlichung der Grundrechtscharta auf den ersten Blick unverstänlich erscheinen. Je nach individueller Werthaltung mag dies als Dilemma oder Ambivalenz erscheinen, insbesondere wenn man an eine Verrechtlichung die Erwartung einer Verbesserung des Grundrechtsschutzes knüpft (klassisch-liberale rechtsstaatliche Position), andererseits aber Zentralisierungstendenzen mit entsprechenden finanziellen Folgekosten befürchtet, weil die aus einer Verrechtlichung sozialer Grundrechtspositionen ableitbaren Anspruchshaltungen – vorwiegend wohl im sozialpolitischen Bereich (sozialstaatliche Position) – ein Tätigwerden der Union als zentrale Instanz, verbunden mit Forderungen an entsprechende Gemeinschaftskompetenzen und finanziellen Folgekosten, begünstigen könnten. Diesem Dilemma sieht sich aber wohl jede sozialstaatliche Konzeption gegenüber, insbesondere wenn sie auf die Schaffung sozialer Grundrechte ausgerichtet ist. Kritiker einer verfassungsrechtlichen Verankerung sozialer Grundrechte⁹⁵⁾ wenden daher ein, dass eine Verrechtlichung vor allem deshalb nicht möglich sei, weil der Staat Wohnung oder Arbeitsplatz für Jedermann nicht garantieren könne.⁹⁶⁾ Die Proponenten der Constitutional Group sehen dies primär von einem zentralisierungskritischen Standpunkt und weisen einen Ausweg aus dem angedeuteten Dilemma, indem man sich rechtlich auf die Europäische Menschenrechtskonvention zurückzieht. Auch wenn es den Zentralisierungsskeptikern der Constitutional Group vielleicht zu weit gehen mag: Politisch verbliebe man dann bei der Proklamation der Grundrechtscharta von Nizza (2000), die – analog zur Diskussion des Stellenwerts sozialer Grundrechte im innerstaatlichen Bereich als „Staatszielbestimmungen“ - gewissermaßen die „Unionszielbestimmungen“ als politische Ergänzung und juristische Interpretationshilfe des Zielkatalogs der Union verkörpern würden. Vor diesem Hintergrund schiene (1) angesichts der bereits seit 1969 bestehenden Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, gestützt auf die „gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten“,⁹⁷⁾ (2) angesichts der durch die Proklamation der Grundrechtscharta als politische Erklärung in Nizza Ende 2000 sowie (3) schließlich durch die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten ein Grundrechtsschutz in der Union in der Tat hinreichend gewährleistet, um Grundrechtsvorgaben als weitere Orientierungs- und Interpretationshilfe für das Handeln der EU-Organe heranzuziehen. Eine eigene rechtliche Verankerung erschiene daher, wie die Gruppe zu Recht sagt, entbehrlich. Sie würde nur weitere Zentralisierungseffekte nach sich ziehen.

In eine revidierte Version ihres Alternativentwurfs zum Verfassungsvertrag aus dem Jahr 2006 nahm die Gruppe schließlich doch einen Grundrechtskatalog auf, der allerdings die 54 Artikel der Grundrechtscharta auf 13 Artikel reduzierte und vorwiegend die sozialen Grundrechte der Charta („Titel IV – Solidarität“) ausklammerte. Nach den Auslegungsregeln dieses Alternativentwurfs (Art. 13) dehnen die in diesem Katalog enthaltenen Grundrechte „den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeiten der Union hinaus aus und begründen weder neue Zuständigkeiten noch neue Aufgaben der Union“ (Pkt. 2). Da diese Grundrechte im Übrigen „der gemeinsamen Verfassungstradition der Mitgliedstaaten entspringen, werden sie in erster Instanz von den Mitgliedstaaten selbst ausgelegt“ (Pkt. 5).

6.4.3. Zur Kritik an der Förderung der Zentralisierung durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs

Diese Tendenz ist in der Literatur und auch in der Praxis der Rechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte im Zusammenhang mit potenziellen Konfliktfeldern zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht wiederholt kritisch und ausführlich angesprochen worden (siehe dazu unten am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland ausführlich in Abschn. 7.4.). Am Vorabend der zweiten österreichischen EU-Präsidentschaft äußerte sich im Übrigen auch Bundeskanzler Schüssel in Interviews mit der Süddeutschen Zeitung und der Wiener Tageszeitung „Die Presse“ (jeweils am 31.12.2005) kritisch zur Rolle des Europäischen Gerichtshofs, die es unter der österreichischen Präsidentschaft zu thematisieren gelte. Dieser habe „in den letzten Jahren systematisch europäische Befugnisse ausgeweitet“, „selbst in Bereichen, wo es dezidiert kein Gemeinschaftsrecht gibt“, dabei „gegen die Rechtskultur des jeweiligen Landes entschieden“ und „durch die Hintertür nationales Recht ausgehebelt“. Damit sei „der Anteil der Gemeinschaftsaufgaben ohne demokratische Legitimation verändert“ worden. Dieser Vorstoß scheint gegen „richterstaatliche Tendenzen“ in der Gemeinschaft gerichtet zu sein⁹⁸), durch die zunehmend Bereiche, was ihre finale Ausgestaltung anbelangt, aus unterschiedlichen, hier nicht weiter ausführbaren Gründen der demokratisch legitimierten (politischen) Entscheidung entzogen und der Justiziabilität zugeführt werden. Tatsächlich war dieser Vorstoß aber vor dem Hintergrund eines für

Österreich ungünstigen EuGH-Urteils zum Hochschulzugang (C-147/03 vom 7.7.2005) und daher eher als für die „home consumption“ bestimmt zu sehen und hat in der Folge nicht zu den vollmundig angekündigten Maßnahmen unter der österreichischen Präsidentschaft geführt.

6.4.4. Zur Zusammensetzung des Gerichtshofs für Kompetenzfragen („Court of Review“)

Da Kompetenzfragen aus ökonomischer Sicht vom Standpunkt der Kriterien des Subsidiaritätsprinzips ökonomischer Evaluierungen bedürfen, um jene Ebene zu bestimmen, welche die betreffende Kompetenz am effizientesten ausführen kann, wäre es zweckmäßig, in diesen „Spezialgerichtshof“ auch Mitglieder der nationalen Rechnungshöfe und des Europäischen Rechnungshofes zu entsenden.

6.4.5. Zu möglichen Selbstblockierungstendenzen im Gefolge der Einrichtung einer zweiten parlamentarischen Kammer als „Subsidiaritätswächter“ und andererseits auch allenfalls zu kontraproduktiven Zentralisierungstendenzen bei „Degradierung“ des Rates zu einer zweiten parlamentarischen Kammer

Gleichgültig ob diese zweite Kammer nach Ergebnissen von nationalen Wahlen von den nationalen Parlamenten beschickt wird (nach dem Modell des österreichischen Bundesrats, bezogen auf die Bundesländer), durch direkte Wahl beschickt wird (nach dem Modell des US-Senats) oder sich aus den nationalen Regierungschefs zusammensetzt (nach dem Modell des deutschen Bundesrats, bezogen auf die Bundesländer), bedarf es spezieller Verfahrensregeln (nach Art des derzeit schon bestehenden Vermittlungsverfahrens zwischen Rat und Parlament), um eine Blockierung zwischen erster und zweiter Kammer zu verhindern. Abgesehen davon wäre zu beachten, dass die Interessen der dezentralen Ebenen (Mitgliedstaaten, Regionen, Kommunen) ohnedies durch bereits eingeführte Institutionen (Ministerrat, Ausschuss der Regionen, der allerdings aufgewertet werden müsste) abgedeckt sind. Eine „Degradierung“ des Rates zu einer zweiten parlamentarischen Kammer nach den Vorschlägen von Schröder und Fischer im Vorfeld der Konventsarbeiten 2000 und 2001 (siehe oben Abschn. 6.3.1.) würde andererseits

einen Machtzuwachs von Kommission und Europäischem Parlament nach sich ziehen, also gerade jenen Institutionen, die zentralisierungsfreundlich eingestellt sind, noch mehr Gewicht verleihen.

6.4.6. Zum Ausschluss eines Besteuerungsrechts der Union

Anders als die gesamte Gruppe hat das einzige österreichische Mitglied der European Constitutional Group, Friedrich Schneider (Linz), in einer Ausarbeitung aus dem Jahre 2001 („Some Elements of a Federal European Constitution – First Insights from Constitutional Economics“) eine „proportionale (indirekte) Steuer“ als Finanzierungsquelle der EU befürwortet. Darüber hinaus könnte sich eine Gemeinschaftssteuer prinzipiell auch als Lenkungsabgabe zur Minimierung grenzüberschreitender externer Effekte (insbesondere im Umweltbereich, u.U. auch zur Eindämmung spekulativer Kapitalbewegungen) als vorteilhaft erweisen, zumal die Constitutional Group bei dieser Art von Externalitäten Kompetenzen der Union ausdrücklich bejaht. Eine EU-Steuer auf internationale Finanztransaktionen sowie auf Treibstoffe für Schiffs- und Flugtransporte hat in einem Interview mit der Wochenzeitung DIE ZEIT Nr. 48/ 24.11.2005 auch der österreichische Bundeskanzler Schüssel empfohlen und dies in seiner Antrittsrede als Ratsvorsitzender im Europäischen Parlament am 18.1.2006 (zumindest indirekt) zu einem programmatischen Anliegen der österreichischen Präsidentschaft gemacht, indem er an die Europäische Kommission die Bitte gerichtet hat, diesen Gedanken in die 2008/ 2009 vorgesehene Überprüfung der Finanzvorschau 2007 – 2013 einzubeziehen. Damit sei die Erwartung verbunden, die Eigenfinanzierungsbasis der Union zu stärken und mühevoll Auseinandersetzungen um die Aufstellung einer neuen finanziellen Vorausschau künftig möglichst zu vermeiden.⁹⁹⁾ Die Diskussion, der Union ein Besteuerungsrecht zu geben, flammt mehr oder weniger regelmäßig immer wieder auf. Dass ein Druck, eine europäische Steuer einzuführen, auch von der Währungsunion ausgehen könnte, wurde schon mehrmals erwähnt (siehe Abschn. 3.7. und 6.4.1.).

6.4.7. Zu den Haushaltsbeiträgen nach nationaler Zahlungskapazität

Diese von der Gruppe vorgeschlagene vage Formel verdeckt allerdings die erfahrungsgemäß immer wiederkehrenden Konflikte um die längerfristige budgetäre Ausrichtung der Union und die dabei zu Tage kommenden Spannungen zwischen Nettozahlern und Nettoempfängern. Ferner würde bei dieser Finanzierungsbasis nach wie vor ein Großteil der Finanzmittel aus den nationalen Budgets „herauszuschneiden“ sein (Bundeskanzler Schüssel in der vorigen Anmerkung). Durchschnittsmaß für die Zahlungskapazität ist wohl die Aggregatgröße Bruttosozialprodukt. Diese könnte man natürlich, wenn man die Nutznießerseite von EU-Zahlungen einbezieht, nach Sektoren disaggregieren. Wenn nun aber Mitgliedstaaten Zahlungsnachlässe („Rabatte“) fordern, weil sie von bestimmten Gemeinschaftsprogrammen strukturell nicht profitieren, wäre das Gemeinschaftsfinanzierungssystem letztlich individualisiert (gewissermaßen renationalisiert) und damit ad absurdum geführt, weil jeder nur für die Bereiche einzuzahlen bereit wäre, aus denen er Rückflüsse lukriert. Eine Lösung dieser Finanzierungskonflikte könnte nur in der Erschließung einer von den nationalen Budgets unabhängigen (europäischen) Finanzierungsgrundlage sein. Soll dies vermieden werden, müsste sich die Gemeinschaftsfinanzierung auf jene Bereiche konzentrieren, wo grenzüberschreitende (externe) Effekte zwischen den Mitgliedstaaten bestehen und deshalb die nationale Finanzierungsbereitschaft und auch -kapazität beschränkt ist, z.B. in der Grundlagenforschung, in der Energiepolitik oder bei den transeuropäischen Infrastrukturnetzen. Diese Situation wandelt sich natürlich im Laufe der Zeit (siehe dazu oben die Ausführungen zur Struktur des Unionsbudgets in Abschn. 3.8.2.).

6.4.8. Zur Zentralisierungstendenz der nicht in Frage gestellten Währungsunion

Vor dem Hintergrund ihrer Zentralisierungskritik übersieht die Constitutional Group dabei allerdings, dass – wie mehrmals schon betont – gerade die Währungsunion zentralisierende Tendenzen auslösen könnte, nämlich in Gestalt flankierender Maßnahmen auf anderen sozial- und wirtschaftspolitischen Feldern (insbesondere der Einkommens-, Beschäftigungs- und Finanzpolitik) angesichts unzureichender Erfüllung der Kriterien eines „optimalen“ Wäh-

rungsraumes. Ein strikt auf die Geldpolitik beschränktes ökonomisches Integrationsprogramm könnte daher bei Instabilitäten an politische Grenzen stoßen, politische Legitimationsdefizite aufzeigen und letztlich sogar desintegrative Tendenzen fördern, sofern dem Zentralisierungsdruck auf anderen Politikfeldern nicht nachgegeben wird. Andernfalls wären angesichts fehlender zentraler wirtschaftspolitischer Kompetenzen der politisch dafür zu legitimierenden Entscheidungsträger Legitimationsdefizite ausschließlich an die Europäische Zentralbank (und damit an den falschen Adressaten) gerichtet. Die rund um den Stabilitäts- und Wachstumspakt geführte Debatte um die Installierung einer Art „Wirtschaftsregierung“ (siehe dazu oben in Abschn. 3.7.) belegt dies hinreichend.

6.4.9. Die Bekräftigung der Schlussfolgerungen der „European Constitutional Group“ in der weiteren Diskussion um den Verfassungsvertrag

Insbesondere zugespielt auf die Verrechtlichung der Grundrechtscharta bekräftigte der ehemalige deutsche Bundespräsident, ehemalige Präsident des deutschen Bundesverfassungsgerichts und Präsident des (ersten) EU-Grundrechtskonvents Roman Herzog gemeinsam mit *Lüder Gerken*¹⁰⁰ ihre kritische Positionen in einer „Grundsatzkritik des EU-Verfassungsentwurfs“ („Von roten Karten und stumpfen Schwertern“, 19.6.2007, abrufbar von www.cep.eu). Im Falle der Rechtsverbindlicherklärung der Charta würde der Druck zur Schaffung von EU-Regulierungen geradezu übermächtig werden, und zwar auf Gebieten, wie den sozialen Grundrechten, wo die Union bislang keine umfassenden Kompetenzen besitze, z.B. in der Sozial- und Arbeitsmarktpolitik.

Als ehemaliger Vorsitzender des Grundrechtskonvent erinnerte Herzog daran, dass die Charta „im Hinblick auf die explizite Erklärung“ formuliert worden sei, „dass es sich um einen Katalog handle, der nur die Ausübung der Kompetenzen der EU grundrechtlich beschränkt und der gerade nicht als Rechtfertigung zu sachwidrigen Kompetenzzuweisungen herangezogen werden kann.“ Die von der Charta intendierten Handlungsbeschränkungen für die EU-Organe durch deren Bindung an die Grundrechtscharta würde in ihr Gegenteil, nämlich Handlungsaufforderungen, umgedeutet, was dann auch nach allen bisherigen Erfahrungen durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zusätzlich begünstigt werde. Herzog und Gerken sehen diese Gefahr selbst durch die Vorgabe des Vertrags (Art. 6

Abs. 1 VEU, 2. Satz) nicht gebannt, wonach durch die Bestimmungen der Charta „die in den Verträgen festgelegten Zuständigkeiten der Union in keiner Weise erweitert“ werden. Dies sei auch in einzelnen Erläuterungen zur Charta festgelegt.¹⁰¹ Sie schlugen daher vor, die Verweisungsbestimmung in Art. 6 Abs. 1 VEU durch einen Absatz zu ergänzen, der festlegt, dass die Grundrechtscharta das Handeln der Organe und Einrichtungen der Union „beschränkt“ und sich mit der Charta „weder neue Zuständigkeiten oder Aufgaben für die Union“ ergeben, noch „mit ihr neue Zuständigkeiten oder Aufgaben, insbesondere neue legislative Maßnahmen, rechtfertigen oder begründen“ lassen.

Die Verweisungsbestimmung von Art. 6 Abs. 1 VEU beließ es bei der Formel, dass die Zuständigkeiten „in keiner Weise erweitert werden“ (siehe dazu auch oben Abschn. 3.1.). Art. 51 Abs. 2 der Charta bekräftigt dementsprechend, dass die Charta den Geltungsbereich des Unionsrechts nicht über die Zuständigkeitsgrenzen der Union hinaus ausdehne, also keine neuen Zuständigkeiten und Aufgaben der Union begründe, noch auch die vertraglich festgelegten ändere. Art. 51 Abs. 1 der Charta bezieht deren Anwendungsbereich ausdrücklich nur auf das Handeln der Unionsorgane (und sonstigen Einrichtungen der Union) sowie der Mitgliedstaaten - bezüglich Ersterer explizit „unter Wahrung des Subsidiaritätsprinzips“, bezüglich Beider (Unionsorgane und Mitgliedstaaten) wohl „ausschließlich in der Durchführung des Rechts der Union“. Dabei seien die verankerten Grundsätze zu achten und deren Anwendung zu fördern – jeweils unter Beachtung der vom Vertrag eingeräumten Zuständigkeiten und deren Grenzen. Ob diese Formulierung im Sinne der Intention Herzogs in der Tat auf eine Beschränkung des Handelns der Unionsorgane fokussiert sein wird oder ob aus dieser Handlungsbeschränkung in der „Realverfassung“ der Union letztlich nicht doch Grundrechtspostulate der BürgerInnen abgeleitet werden, die wiederum unionsseitig als Handlungsaufforderung gedeutet werden und letztlich entsprechende Zuständigkeitserweiterungen nach sich ziehen könnten, bleibt abzuwarten.

In einem Gastkommentar in der Tageszeitung DIE WELT (13.1.2007: „Die Europäische Union gefährdet die parlamentarische Demokratie in Deutschland“) hatten Herzog/ Gerken hinsichtlich der Aufgaben einer zweiten parlamentarischen Kammer auf europäischer Ebene als „Subsidiaritätswächter“ und „Zentralisierungsbremse“ sowie eines „Gerichtshofs für Kompetenzfragen“ die Vorstellungen der „European Constitutional Group“ übernommen. Dieser

Gerichtshof sollte von jeder institutionellen Ebene der Union und der Mitgliedstaaten, also auch nachgeordneten Gebietskörperschaften angerufen werden können. Auch Urteile des Europäischen Gerichtshofs sollten kompetenzmäßig durch diesen Court of Review überprüft werden können. Nicht zuletzt sollte nach Ansicht der Autoren ein Rückholungsrecht von Kompetenzen auf Basis einer Mehrheitsabstimmung im Europäischen Rat verankert werden. An Stelle gemischter (zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilter) Kompetenzen, die „ein Einfallstor für eine noch dynamischere Aneignung von Zuständigkeiten“ durch die Union sei, sollte ein „abschließender Kompetenzkatalog“ vorgesehen werden, der „trennscharf“ Unions- und mitgliedstaatliche Zuständigkeiten voneinander abgrenze.

Die Kritik von Herzog und Gerken ist berechtigt. Wie unten (Abschn. 7.4.2.) noch ausgeführt wird, ist allerdings anzumerken, dass sie bei ihrer berechtigten Klage über die Gefährdung der nationalen parlamentarischen Demokratie zwar sagen, wie den Zentralisierungstendenzen Einhalt geboten werden könnte, nicht aber, wo genau die Grenze einer Verletzung nationaler Verfassungsstandards liegt.

Ergänzt könnte diese Kritik noch werden, wenn man die Rolle der politischen Parteien bedenkt, die in den parlamentarischen Körperschaften des Mehrebenen-Systems, bestehend aus der Union, den Mitgliedstaaten und nachgeordnete Ebenen, auf allen Ebenen vertreten sind. Dies fördert tendenziell die Zentralisierung, soweit auf der nächsthöheren Ebene die Partei, von der eine Zuständigkeitsübertragung in der Mehrheitsposition betrieben oder auch mehr oder weniger passiv in der Minderheitsposition hingenommen wird, ohnedies auch vertreten ist und damit Posten besetzen kann. „Die Einzigen, die bei der Übertragung von Kompetenzen keine Verluste zu verzeichnen haben, sind diejenigen, die in einem Mehrebenen-System auf allen Ebenen vertreten sind. Gebe ich also Kompetenzen ab, so gebe ich sie jemandem innerhalb meiner Parteiorganisation. Über diese(n) übe ich weiterhin Einfluss auf der nächsten Ebene aus“ (nicht zuletzt durch Einflussnahme auf Postenbesetzungen in den Organen der jeweils übergeordneten Ebene).¹⁰²⁾

6.5. Die Verfassungsvorstellungen der „EuroMemorandum-Gruppe“: Eine Kritik aus interventionsfreundlicher Perspektive an Zentralisierungsdefiziten des vorherrschenden wirtschaftspolitischen Paradigmas des Marktradikalismus (Neo-Neoliberalismus)

Die Europäische Memorandum-Gruppe versteht sich als „Arbeitsgruppe europäischer WirtschaftswissenschaftlerInnen für eine alternative Wirtschaftspolitik in Europa“, als Netzwerk von ÖkonomInnen, „die sich kritisch mit der vorherrschenden Wirtschaftspolitik in Europa und mit den dieser Politik zugrunde liegenden theoretischen und gesellschaftlichen Konzepten auseinandersetzen“. Die Gruppe gibt jährlich ein Memorandum zur europäischen Wirtschaftspolitik heraus.¹⁰³⁾ Im Memorandum („EuroMemo“) 2003 setzte sie sich auch mit dem Verfassungsentwurf auseinander.¹⁰⁴⁾ In gesonderten Beiträgen wird auf die Grundzüge der Wirtschaftspolitik, die Europäische Beschäftigungsstrategie, die Regionalpolitik und unternehmerische Standortstrategien, die gemeinsame Agrarpolitik, die Hauptlinien der Sozialpolitik eingegangen sowie „ein neues Regime gesamtwirtschaftlicher Steuerung“ und ein „starker und demokratischer öffentlicher Sektor statt des Vorrangs für Privatisierung und Deregulierung“ gefordert (Verfasser: Jörg Huffschmid).

Nach Ansicht der Gruppe ist der Verfassungsentwurf „kein Schritt vorwärts in Richtung eines sozialen Europas“. Das Hauptaugenmerk der Gruppe liegt daher auf der Ausgestaltung der Wirtschafts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitiken der Union, wobei es neben den „traditionellen bürgerlich-demokratischen Werten“ auch die „Prinzipien des Sozialstaates – Solidarität und soziale Verantwortung – und die jüngeren Werte der ökologischen Integrität“ zu beachten gelte. Im Besonderen wird ein „Ungleichgewicht zwischen den Grundsätzen des Binnenmarktes und des freien Wettbewerbs einerseits und dem Bedürfnis nach demokratischen Politiken, die dem öffentlichen Interesse einschließlich der Bereitstellung von öffentlichen Gütern und Dienstleistungen dienen, andererseits“ konstatiert und ein kohärenter Entwurf für die Koordination der Wirtschafts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitiken vermisst. „Beschäftigungs- und Sozialpolitiken sollten in der Verfassung das gleiche Gewicht und den gleichen Status haben wie die Wirtschafts- und Geldpolitiken.“

Insgesamt biete der Verfassungsentwurf „keinen Durchbruch für die Demokratie“ („Mehr Schatten als Licht“) und verkörpere in seinem Teil III im Wesentlichen eine Kopie des „bestehenden ‚harten‘ neoliberalen Designs von Maastricht und Amsterdam“.

Von einem zentralisierungsfreundlichen Standpunkt mag es durchaus plausibel argumentierbar sein, Politikdefizite auf der zentralen Ebene aufzuzeigen, insbesondere wenn sich diese in unerwünschten Folgen sozialpolitischer Art niederschlagen. Ausgeblendet bleibt dabei aber die in jedem Mehrebenen-System aufzuwerfende Frage nach der funktionsgerechten Zentralität bzw. Dezentralität der Aufgabenerfüllung in diesem System. Darauf hat die „European Constitutional Group“ konzisere Antworten angeboten.

7. Zur demokratischen Legitimierung des neuen Vertragswerks

7.1. Der „konstitutionelle Kern“ des Vertragstextes

Es sollte wohl keiner näheren Begründung bedürfen, dass nach der Verfassungstradition der (westlichen) „klassischen“ Demokratien dem Volk die Rolle eines *pouvoir constituant*, also der verfassungsgebenden Gewalt, zukommt, auch wenn der auslösende Faktor nicht immer eine revolutionäre Situation nach bekannten historischen Vorbildern ist. Dies betrifft somit die Frage einer direkt-demokratischen Legitimierung eines Vertragswerks, das ohne Zweifel grundlegenden konstitutionellen Charakter hat.

Wie oben herauszuarbeiten versucht wurde, hat die Union mittlerweile einen Integrationsstand an „Staatlichkeit“ erreicht, der aus ökonomisch-funktionaler Sicht die Charakterisierung „Staat“ gerechtfertigt erscheinen lässt, auch wenn er aus juristischer Sicht nicht alle Staatsmerkmale (insbesondere nicht bezüglich der Souveränität – trotz des hoheitlichen Charakters der Zuständigkeitsübertragungen, also der Übertragung einzelner „Hoheitsbefugnisse“) erfüllt. Folgerichtigerweise wurden daher bewusst all diejenigen Ordnungselemente des gescheiterten Verfassungsvertrages in das neue Vertragswerk des EU-Reformvertrages von Lissabon integriert, die auch nach den üblichen nationalstaatlichen Verfassungsstandards konstitutionellen Charakter haben,

weil sie einerseits grundlegende Änderungen der Institutionen beinhalten, die sie im Vergleich zur bestehenden Rechtslage ein weiteres Stück „staatsähnlicher“ machen, andererseits mit (faktisch) unumkehrbaren Zuständigkeitsübertragungen hoheitlicher Art von den Mitgliedstaaten zur Union verbunden sind. Sie bilden gewissermaßen den „konstitutionellen Kern“, der hauptsächlich im VEU geregelt ist und als Grundordnung bezeichnet werden könnte. Dieser Kern verkörpert zugleich die „konstitutionelle Identität“ (Staatlichkeit) des Gebildes „Europäische Union“ und tangiert andererseits – in der Terminologie der Beschwerdeführer im Maastricht-Verfahren vor dem deutschen Bundesverfassungsgericht 1992 (siehe Abschn. 7.4.) – auch die nationale „konstitutionelle Identität“. Was ihre ökonomisch-funktionelle Staatsqualität angeht, ist dies nach den Ergebnissen der ökonomischen Staatslehre unbestreitbar. Auch bei institutioneller Betrachtung zeichnen sich staatliche oder zumindest staatsähnliche Strukturen deutlich ab.

- Das ist zum einen die Verstärkung der Präsidialstruktur des Europäischen Rates durch einen auf einen längeren Zeitraum (zweieinhalb Jahre) gewählten (und damit staatsähnlichen) Präsidenten des Europäischen Rats (Art. 15 Abs. 5 VEU) und die Straffung der Außenvertretung der Union durch einen Außenbeauftragten („Hoher Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik“), der zugleich Vizepräsident der Kommission und ständiger Vorsitzender des Rats „Auswärtige Angelegenheiten“ sein soll (Art. 18 VEU) und damit die bisherige Zersplitterung der Außenvertretungsbefugnisse zwischen Rat und Kommission überwinden soll.
- Das ist zum zweiten die Ausweitung der Befugnisse des Europäischen Parlaments, das in fast allen Belangen gleichberechtigt mit dem Rat im Gesetzgebungsverfahren tätig sein wird (allerdings bei nach wie vor unangetastetem Vorschlagsmonopol der Kommission – Art. 17 Abs. 2 VEU). Überdies erhält das Parlament künftig das Recht, den Kommissionspräsidenten (auf Vorschlag des Ministerrats) zu wählen (Art. 17 Abs. 7 VEU).
- Das ist zum dritten die gegenseitige militärische Beistandspflicht bei militärischen Angriffen (Art. 42 Abs. 7 VEU), auch wenn in der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (noch) das Prinzip der Einstimmigkeit herrscht (Art. 31 Abs. 1 VEU, allerdings verbunden mit der Möglichkeit, mit

Ausnahme der Beschlüsse mit militärischen und verteidigungspolitischen Bezügen, auf qualifizierte Mehrheitsentscheidungen überzugehen – Art. 31 Abs. 3 und 4 VEU). Der besondere Charakter nationaler Sicherheits- und Verteidigungspolitiken („Irische Klausel“ - Art. 42 Abs. 7 VEU, 2. Satz - also immerwährende Neutralität einzelner Mitgliedstaaten) soll dabei unberührt bleiben, was immer dies bedeuten und wie immer dieser Widerspruch aufzulösen sein mag.

- Und das ist nicht zuletzt und vor allem die Verrechtlichung der Grundrechtscharta (Art. 6 Abs. 1 VEU). Auch wenn durch diese Verrechtlichung keine neuen Zuständigkeiten der Union begründet werden sollen (Art. 6 Abs. 1 VEU, 2. Satz), erwartet man insbesondere von der Verankerung sozialer Grundrechte nicht nur einen wesentlichen sozialpolitischen Fortschritt, sondern auch eine neue Dynamik, welche die Union vor neue Herausforderungen und neue Aufgaben stellen wird, allerdings auch mit zusätzlichen Finanzanforderungen verbunden sein wird, nicht zuletzt um negative soziale Folgen der einseitig stabilitätsorientierten Währungspolitik, die gleichermaßen den nationalen Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten im Wege der Maastrichter Stabilitätskriterien auferlegt worden ist, abzufangen und abzumildern. Auch hier wird erst die Zukunft erweisen, wie sich dieser Widerspruch auflösen wird, zumal insbesondere bei jenen Grundrechten, die über den klassischen Grundrechtsschutz des liberalen Rechtsstaats (etwa die Abwehr staatlicher Willkür) hinausgehen und spezifische Leistungsrechte normieren, die Union in vielen Bereichen (noch) keine Zuständigkeit besitzt.

Alles dies rechtfertigt nach den üblichen „klassischen“ Standards demokratisch verfasster Prinzipien eine unmittelbare Befassung der Völker als *pouvoir constituant*.

7.2. Nationale oder auch europäische Volksabstimmung?

In einem Interview mit dem Österreichischen Fernsehen (ORF) am 15.12.2007 sprach sich der österreichische Bundespräsident Heinz Fischer gegen eine Volksabstimmung über den EU-Reformvertrag im nationalen Bereich mit gesamteuropäischer bindender Wirkung aus, gab allerdings zu erkennen, immer für das Konzept einer europäischen Volksab-

stimmung eingetreten zu sein, ohne die Vielschichtigkeit zu übersehen, die mit der Schaffung der Voraussetzungen für eine europaweite Volksabstimmung verbunden wäre. Diese sei insbesondere „mit der Grundsatzfrage verbunden, wie weit die Souveränität der Mitgliedstaaten an die Union abgegeben wird.“ Der Gedanke einer europäischen Einigung nicht nur in wirtschaftlicher, sondern auch in politischer Hinsicht stehe seiner Meinung nach aber in Frage, wenn ein einziger Mitgliedstaat das Zustandekommen einer wichtigen Änderung des primären Gemeinschaftsrechts verhindern kann.

Laut einem Schreiben seines Rechtsberaters Ludwig Adamovich (ehemals Präsident des österreichischen Verfassungsgerichtshofes) an den Autor dieses Beitrags (11.1.2008) stimme der Bundespräsident der Auffassung zu, dass klar differenziert werden sollte zwischen

- (1) der Frage nach der Notwendigkeit einer Volksabstimmung nach nationalem Verfassungsrecht und
- (2) der Frage nach einer Legitimierung des Vertragswerks durch eine direkte Volksbeteiligung auf gesamteuropäischer Ebene.

Dass eine Tendenz der Entwicklung der Europäischen Union in Richtung „Staatlichkeit“ besteht, wollte auch der Bundespräsident in dem erwähnten Schreiben an den Autor dieses Beitrags nicht verkennen. Andererseits sei es aber seiner Meinung zufolge auch eine Tatsache, dass keineswegs ein Konsens der Mitgliedstaaten dahingehend besteht, aus dem besonderen Gebilde „Europäische Union“ einen Staat zu machen. Im Gegenteil: Manche Mitgliedstaaten, darunter auch Österreich, haben sich strikt dagegen ausgesprochen. „Die Umwandlung der Europäischen Union in einen Bundesstaat wäre aus österreichischer Sicht in der Tat eine Gesamtänderung der Bundesverfassung, die der obligatorischen Volksabstimmung unterläge.“ Der Reformvertrag könne aber mit Sicherheit nicht dahin verstanden werden, dass eine solche Umwandlung beabsichtigt sei.¹⁰⁵⁾

7.3. Zur Frage einer direkt-demokratischen Legitimierung auf nationaler Ebene: Volksabstimmungsbedarf nach österreichischem Verfassungsrecht im Hinblick auf Gesamtänderung der Bundesverfassung infolge der Vertiefung der europäischen Integration?

7.3.1. Die „Baugesetzdoktrin“ der österreichischen Verfassungsrechtslehre als Begründung für einen Gesamtänderungstatbestand¹⁰⁶⁾

a) Vorbemerkungen

Was die oben gestellte erste Frage anbelangt, ist im österreichischen Verfassungsrecht bekanntlich zwischen der obligatorischen und der fakultativen Volksabstimmung zu unterscheiden. Die Abstimmung des gesamten Bundesvolks ist zwingend vorgeschrieben für eine Gesamtänderung der Bundesverfassung. Eine solche liegt vor, wenn die „verfassungsrechtliche Grundordnung“, also „tragende“ oder „leitende Grundsätze“, welche als „Kernverfassung“ die sogenannten „Baugesetze“ der Bundesverfassung, somit „oberste Verfassungsprinzipien“ bilden, „berührt“ wird – sei es, dass einer dieser Grundsätze abgeändert oder im (theoretischen) Grenzfall sogar abgeschafft werden soll. Das sind im Einzelnen das demokratische, republikanische, bundesstaatliche, rechtsstaatliche, gewaltenteilende und liberale Prinzip, nicht jedoch das Prinzip der immerwährenden Neutralität. Festzuhalten ist, dass der Begriff „Gesamtänderung“ ein „unbestimmter Rechtsbegriff“ ist und der der Terminus „Baugesetze“ von der Rechtswissenschaft und der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs in Gestalt der genannten Grundsätze entwickelt wurde.

Von einer volksabstimmungspflichtigen Gesamtänderung wird gesprochen, wenn auch nur in eines der genannten Prinzipien „tiefgreifend“ oder „wesentlich“ eingegriffen werden soll, eines dieser Baugesetze also in der erwähnten qualifizierten Form geändert oder gar abgeschafft werden soll („gravierende Baugesetzbeeinträchtigung“) oder auch schon, wenn „das Verhältnis der genannten Prinzipien“ zueinander „wesentlich“ verändert wird.

Ob eine Volksabstimmung im Fall einer bloßen Teiländerung der Verfassung – diese liegt vor, wenn keines der genannten Prinzipien berührt ist - (fakultativ)

stattfinden soll, ist demgegenüber eine rein politische Frage, die sich für die derzeitige Regierungskoalition hinsichtlich des Reformvertrages allerdings nicht gestellt hat.¹⁰⁷⁾

Mit Hilfe der Baugesetzdoktrin sollen also die Grenzen einer Verfassungsänderung abgesteckt werden, deren Überschreiten eine volksabstimmungspflichtige Totalrevision wäre. Übertragen auf die verfassungsrechtlichen Auswirkungen der Europäischen Integration, bedeutet dies, vor jedem neuen Integrationsschritt im Gefolge einer Änderung des entsprechenden EU-Vertragsrechts zu überprüfen, ob der jeweils heranstehende Integrationsschritt vom Standpunkt der nach nationalem Verfassungsrecht vorgegebenen Grundprinzipien ohne Volksabstimmung zulässig ist oder nicht. Diese Grundprinzipien verkörpern daher – wenn auch nicht explizit unter dieser Bezeichnung verankert – gewissermaßen „Integrationssschranken“.

Zu beachten ist, dass eine Gesamtänderung nicht zwingend infolge zunehmenden Staatlichkeitscharakters der Europäischen Union vorliegen muss, andererseits nicht alle „übergeordneten“ Staatlichkeitsmerkmale auf Unionsebene unbedingt gesamtändernde Wirkung auf die nationale Verfassung nach sich ziehen müssen, und umgekehrt die Leugnung oder schlüssig untermauerte Verneinung eines Gesamtänderungstatbestands die Staatlichkeit der Europäischen Union nicht unbedingt hinwegzudefinieren vermag (genauso wenig wie die Leugnung oder Verneinung der Staatlichkeit einen Gesamtänderungstatbestand aus der Welt zu verschaffen vermag). Dennoch mag zunehmende (Über-)Staatlichkeit Indiz für eine Gesamtänderung sein und umgekehrt Gesamtänderung Indiz für zunehmende (über-)staatliche Relevanz eines jeweils zu beurteilenden Integrationsschritts. Dies ist der Grund, diese Frage auch in einem Beitrag über die Staatlichkeit der Europäischen Union zu betrachten, wobei sich im Folgenden die Argumentation weniger auf die verfassungsrechtliche, sondern auch die verfassungspolitische Seite zuspitzt. Da die Grenzen zwischen Gesamtänderung und Teiländerung nicht eindeutig zu ziehen sind, ist dies jeweils im Einzelfall zu prüfen. Wenn ein Integrationsschritt jedoch einen bedeutenden „konstitutionellen Kern“ aufweist, wie er oben für den Reformvertrag skizziert worden ist, sollte nach dem Grundsatz in dubio pro referendo der Weg einer direkt-demokratischen Legitimierung beschritten werden. Dies ist ein Anliegen der restlichen Abschnitte dieses Beitrags.

b) Zum Präzisierungsbedarf der zugrunde liegenden Rechtsbegriffe

Von einer Gesamtänderung spricht Theo Öhlinger (Verfassungsrecht, 5. Aufl., 2003, S. 50-51) beispielsweise dann, wenn alle autonomen Landeskompetenzen beseitigt werden würden oder die Stellung der Parlamente zugunsten von Regierungsorganen „in maßgeblicher Weise“ (etwa durch Umwandlung des parlamentarischen Systems in ein „echt präsidentielles Regierungssystem“) verändert würde. Er gesteht jedoch ein, dass die Frage, „wann eine Verfassungsänderung, die eines dieser Prinzipien ‚berührt‘, die Grenze zur Gesamtänderung überschreitet“, schwierig zu beantworten sei (a.a.O., S. 50). Für einen Antwortversuch zieht sich er sich auf Ringhofer (Die österreichische Bundesverfassung, 1977) zurück, wonach „nur eine tiefgreifende, die Individualität und mit ihr die spezifische Wesenheit des Staates ‚Republik Österreich‘ verändernde Regelung als Gesamtänderung anzusprechen ist.“ Diese verbalästhetisierende Mystifizierung („Wesenheit“) bringt uns aber wohl nicht entscheidend weiter.¹⁰⁸⁾

Nun mag man sich natürlich unter „Beseitigung“ oder „Abschaffung“ von Grundprinzipien durchaus etwas vorstellen können. Im Unklaren bleibt hingegen immer noch, wann man von einer Abänderung oder einem Eingriff sprechen kann. Dies ist äußerst unbefriedigend, weil damit die ohnedies nicht ausgesprochen stark ausgeprägte Referendumsneigung in Österreich – nicht zuletzt in existenziellen Fragen der Republik – weiter eingeschränkt und letztlich nur auf den – hoffentlich – praktisch wohl kaum zu erwartenden Grenzfall fokussiert wird, dass in Österreich eine Diktatur oder eine Monarchie eingeführt werden soll, während für schleichende Aushöhlungen der tragenden Verfassungsprinzipien offenbar keine Schranke durch eine Bestandsgarantie angegeben wird, weil es eben „strittig“ sei, wo die Grenze zwischen Gesamt- und Teiländerung verläuft. Entgegen der das „Wesen“ einer harten Grenze vortäuschenden Wortwahl („Baugesetze“) erweist sich diese Grenze – genau betrachtet – eher als weich und brüchig, solange nicht in der Tat ein praktisch kaum zu erwartender Grenzfall eintritt.

7.3.2. Gesamtändernde Wirkung bei Vertiefung der europäischen Integration?

Bemerkenswert erscheint, dass anlässlich des 13. Österreichischen Juristentags 1997, als über das einschlägige Thema „Grenzen der Verfassungsände-

rung – Baugesetze – Grundrechte – Neukodifikation“ auf Basis des Gutachtens von Walter Barfuß und des ersten Referats von Peter Pernthaler verhandelt wurde, erst der zweite, aus Deutschland eingeladene Referent (Walter Leisner) darauf aufmerksam machte (Druckfassung der Verhandlungen, S. 52-55), dass nun „Europa ins Haus stehe und damit eine neue, große ‚Verfassungsdurchbrechung von oben‘“ drohe. Dabei ergieße sich „der immer massivere Brüsseler Normenstrom ohne normative Eindämmung über das deutsche Recht, ... bis die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts durch die des Europäischen Gerichtshofs in wichtigen Bereichen völlig überholt wird.“ Dann könne „die Frage einer Verfassungsänderung in Deutschland als weitgehend überholt angesehen werden, weil die Normenflut alle Probleme bereits weggerissen hat,“ nämlich gerade die vom Juristentag bei der erwähnten Tagung diskutierten Grenzen der Verfassungsänderung,¹⁰⁹⁾ die eben durch die Baugesetze zu markieren wären, um einer Gesamtänderung ohne Befragung des Volkes entgegenzuwirken.

Zu den „Verfassungsrechtlichen Aspekten des Vertrags von Amsterdam“ merkte Öhlinger, der üblichen Argumentationslinie der Baugesetzdoktrin folgend, an (in: Hummer, Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, 1998, S. 301), dass sich die genaue Grenze künftiger, durch Vertragsänderungen bewirkter Gesamtänderungen der Bundesverfassung nicht in einer präzisen Formel ausdrücken lasse. Unter Hinweis auf Pernthaler (Die neue Doppelverfassung, 1997, Nachweis in Fn. 18 von Öhlingers Beitrag) erwähnte er, dass in Deutschland dafür die Entstehung eines echten „Europäischen Bundesstaates“ als Grenze gezogen worden sei, wobei allerdings auch weniger grundlegende Neuerungen, nämlich „wesentliche Veränderungen EU-interner ‚Verfassungsprinzipien‘ eine Gesamtänderung der österreichischen Bundesverfassung bedeuten können, auch wenn sie innerhalb der österreichischen Verfassungsordnung gar keine unmittelbaren Veränderungen bewirken.“ Dies kann als leiser und sehr moderater Ansatzpunkt gesehen werden, diese Grenze doch enger zu ziehen, als es die herkömmliche und herrschende österreichische Doktrin tut, indem sie sie in den Bereich des Vagen, Unbestimmten oder allenfalls nur schwer Bestimmbaren zu verschieben sucht. „Wesentliche Veränderungen EU-interner ‚Verfassungsprinzipien‘“ könnten wohl durchaus im oben skizzierten konstitutionellen Kern des Reformvertrags (Abschn. 7.1.), insbesondere in der Verrechtlichung der Grundrechtscharta, gesehen werden.

7.3.3. Der Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts (Unionsrechts) als entscheidendes Kriterium für eine Gesamtänderung der österreichischen Bundesverfassung

Offenbar als ein solches „wesentliches EU-internes Verfassungsprinzip“ (nicht zuletzt wohl mit deutlichen Verfassungsauswirkungen auf die Mitgliedstaaten) hielt Öhlinger (EU: Referendum über Verfassung nötig? in: Die Presse vom 5.7.2004)¹¹⁰⁾ gerade den Gesichtspunkt der Kodifizierung des Prinzips des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts im gescheiterten Verfassungsvertrag (Art. I-6: „Die Verfassung und das von den Organen der Union in Ausübung der der Union übertragenen Zuständigkeiten gesetzte Recht haben Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten“). Dies sei als wesentliches Merkmal einer Gesamtänderung der österreichischen Bundesverfassung anzusehen (gewesen), weil vor dem uneingeschränkt und vorbehaltlos proklamierten Vorrang des Unionsrechts „auf dem Boden des Verfassungsvertrags nationale Verfassungsreservate keinen Bestand mehr“ haben würden, eine Berufung auf Grundprinzipien der nationalen Verfassung also nicht mehr möglich wäre. „Damit verlieren die Baugesetze der Bundesverfassung ihren obersten Rang“, und künftige Verfassungsrevisionen könnten sich über diese Grundprinzipien hinwegsetzen. Durch die Kodifizierung im Verfassungsvertrag erhalte das Prinzip des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts somit eine andere rechtliche Qualität, als sie bisher (bloß) in Gestalt der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs gegeben war, auch wenn dieser schon längst in diese Richtung judiziert hatte, was allerdings von zahlreichen nationalen Verfassungsgerichten nicht vorbehaltlos anerkannt worden sei. Angesichts der Gesamtänderung der Bundesverfassung wäre daher nach Öhlingers Auffassung der Verfassungsvertrag in Österreich einer Volksabstimmung zu unterziehen gewesen.¹¹¹⁾

Im Reformvertrag ist nun gerade die genannte Bestimmung des Verfassungsvertrags über den uneingeschränkten und absoluten Vorrang des Unionsrechts, welche gewissermaßen eine „klassische“ Hoheitsbefugnis verkörpert hätte, weggefallen. In einer dem Vertrag angefügten Erklärung (Nr. 27) weist die Regierungskonferenz (d.i. das Gremium aus den Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten, das den Vertrag ausgehandelt hat) „darauf hin, dass die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs

der EU unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben.“ Ein der Erklärung beigefügtes Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates vom 22.6.2007 bestätigt, dass das Vorrangprinzip nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs „einer der Grundpfeiler des Gemeinschaftsrechts“, schon bisher nicht im Vertrag erwähnt gewesen sei, sondern sich „aus der Besonderheit der Gemeinschaft“ ergebe – „die Tatsache, dass der Grundsatz dieses Vorrangs nicht in den künftigen [Reform-]Vertrag aufgenommen wird, ändert nichts an seiner Existenz und an der bestehenden Rechtsprechung des Gerichtshofs.“

Öhlinger versteht nun diesen Erklärungswortlaut dahingehend, „dass sich am Vorrang in seiner bisherigen Gestalt – und damit auch seinen Grenzen gegenüber nationalem Verfassungsrecht ... nichts ändern soll“, weil damit auch die in der Rechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte postulierten Grenzen des Vorrangs anerkannt werden. Er erachtet daher eine Volksabstimmung über den Reformvertrag mangels Vorliegens eines Gesamtänderungstatbestands, anders als über den Verfassungsvertrag, nicht für verfassungsrechtlich erforderlich (vgl. Öhlinger, Vorrang des EU-Rechts, 2007, S. 16, Fn. 51). Im gleichen Tenor liegen die beiden Rechtsgutachten im Auftrag des österreichischen Bundespräsidenten von Adamovich „zur Frage, ob der Beitritt der Republik Österreich zum sogenannten EU-Reformvertrag als Gesamtänderung der Bundesverfassung im Sinn des Art. 44 Abs. 3 B-VG anzusehen ist“ (10.12.2007), und von Öhlinger („Warum der EU-Reformvertrag aus verfassungsrechtlicher Sicht keiner Volksabstimmung bedarf“, 7.12.2007).¹¹²⁾ Dieser Position haben sich natürlich die beiden Regierungsparteien der Großen Koalition angeschlossen.¹¹³⁾

Auf den ersten Blick mag ein qualitativer Unterschied zwischen dem im Verfassungsvertrag verankert gewesenen Vorrangprinzip und den Aussagen dazu in der Erklärung zum Reformvertrag nur schwer zu begründen sein. Selbst Öhlinger gesteht im Rechtsgutachten für den Bundespräsidenten (S. 5) Mehrdeutigkeit dieser Erklärung zu, zumal der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung schon „explizit den Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor Strukturprinzipien einer nationalen Verfassung postuliert hat.“ Andererseits herrsche aber auch in der österreichischen Verfassungsrechtslehre Einigkeit darüber, „dass dieser Vorrang nicht auch gegenüber den leitenden Grundsätzen der Bundesverfassung gelte“ (S. 3 und die dort angeführten

Nachweise). Der Erklärung könne daher „jedenfalls kein anderer Sinn als den einer Bestätigung des Vorrangs in seinem bisher allgemein anerkannten Gehalt unterstellt werden. Zu diesem Gehalt gehören aber auch die Schranken und Vorbehalte, die sich aus der Judikatur und Verfassungslehre der Mitgliedstaaten ergeben“ (S. 6). Deshalb sieht Öhlinger einen qualitativen Unterschied zwischen der Verankerung des Vorrangprinzips im Vertragstext, die seiner Meinung nach absolute und uneingeschränkte Wirkung hätte, und einer „bloßen“ Erwähnung dieses Prinzips in einer Erklärung zum Vertrag, aus deren Wortlaut Öhlinger Schranken der Vorrangwirkung an den leitenden Grundsätzen der nationalen Verfassungsordnung herausliest.

Dem kann entgegen gehalten werden, dass die Erklärung in ihrem Wortlaut ausdrücklich auf eine Willensübereinkunft zwischen den Vertragsparteien, nämlich den Vertretern der Regierungen der Mitgliedstaaten in der Regierungskonferenz, in welcher der Vertrag ausgehandelt wurde, abstellt („Die Konferenz weist darauf hin, ...“. „Darüber hinaus hat die Konferenz beschlossen, dass ...“). Diese Willensübereinkunft erstreckt sich nach dem Erklärungswortlaut auf die volle inhaltliche Tragweite der bisherigen ständigen Rechtsprechung und wird nicht zuletzt durch die Wortfolge der Erklärung Nr. 27 bekräftigt, wonach der Vorrang des Gemeinschaftsrechts „im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung“ des Europäischen Gerichtshofs „unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen“ bestehe. Damit sind zweifellos nicht die Bedingungen der nationalen Rechtsprechung zu nationalen Verfassungsreservaten (Grundprinzipien) gemeint, sondern die vom Europäischen Gerichtshof festgelegten Vorrangbedingungen, und diese sind absolut und uneingeschränkt. Auch dies spricht dafür, keinen qualitativen Unterschied zwischen der ursprünglich im Verfassungsvertrag vorgesehenen vertragsrechtlichen Verankerung des Vorrangprinzips und dessen – überdies von sämtlichen Vertragsteilen bekräftigten - Verankerung in einer Erklärung zum Vertrag anzunehmen.

Es würde den Rahmen dieses Beitrags übersteigen, noch näher auf die von Adamovich und Öhlinger vorgetragenen rechtlichen Argumente, die sich als von der politischen Mehrheit geteilte juristische und damit amtliche „Mehrheitsmeinung“, letztlich wohl auch als „herrschende“ Meinung durchgesetzt haben, und die Gegenargumente der „Gegengutachter“ einzugehen. Die Begründung der Mehrheitsmeinung erscheint – prima facie und rein verfassungsrechtlich betrachtet – nicht unplausibel. Genauer

betrachtet, hängt sie aber argumentativ nur an einem sehr dünn gewordenen Faden, nämlich der Anerkennung nationaler Strukturprinzipien, leitender Grundsätze der Verfassung, auch durch den Europäischen Gerichtshof, an denen das von diesem Gerichtshof formulierte Vorrangprinzip seine Grenze finden sollte. Dies liegt in einem potenziellen Konfliktfeld zwischen Europäischem Gerichtshof und den nationalen Verfassungsgerichten, das für die Bundesrepublik Deutschland schon einmal in der sogenannten „Solange-Rechtsprechung“ des deutschen Verfassungsgerichts abzustecken versucht wurde (Näheres siehe unten in Abschn. 7.4.). Das Problem ist also nur, ob sich der Europäische Gerichtshof so gebunden erachten wird, wie es die von Öhlinger geprägte „amtliche“ Mehrheitsmeinung ihm in ihrer Interpretation der Erklärung Nr. 27 gewissermaßen optimistischerweise „auferlegt“.

Die dem Reformvertrag angehängte Erklärung Nr. 27 kann im Sinne Öhlingers durchaus so gelesen werden, dass nach der Streichung der Kodifizierung des Vorrangsprinzips aus dem Vertragstext nationale Verfassungsreservate laut nationaler Verfassungsgerichtsbarkeit weiterhin Bestand haben können, also weiterhin durch die nationalen Verfassungsgerichte definierbar sind. Dies kann man diesen wohl auch nicht verbieten. Insofern sei, folgt man Öhlinger, der - sektoral auf bestimmte Zuständigkeitsbereiche der Union bezogene, dort aber absolut, unbedingt (vorbehaltslos) und endgültig wirkende - Vorrang des Gemeinschaftsrechts (siehe oben Abschn. 5.2.) relativiert. Ob die von den nationalen Verfassungsgerichten postulierten Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts allerdings von der EU-Gerichtsbarkeit tatsächlich künftig respektiert werden, ist nach deren eindeutigen Urteilsaussagen zur Vorrangfrage, etwa im „leading case“ Costa-Enel (einem der ersten zum Vorrangprinzip ergangenen Urteile), auf die in der Erklärung ausdrücklich Bezug genommen worden ist, zweifelhaft (siehe dazu oben Abschn. 5.2.) und bleibt im Wortlaut der Erklärung gerade nicht offen. Der Wortlaut der Erklärung spricht eher dafür, dass der Europäische Gerichtshof nationale Verfassungsreservate auch weiterhin nicht als Einschränkung des von ihm in seiner Rechtsprechung entwickelten Vorrangprinzips ansehen und anerkennen wird.

Insofern kann Öhlingers Schlussfolgerung angezweifelt werden. Um alle Zweifel auszuräumen, hätte die Erklärung vielmehr explizit aussagen müssen, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs an den Grenzen nationaler Verfassungsreservate (Verfassungsgrundsätze) endet. Noch besser wäre natürlich gewesen, dies gleich so in eine Vertragsbestim-

mung hineinzuschreiben. Beides war offenbar entweder (politisch) nicht gewollt oder in der Regierungskonferenz vermutlich angesichts zu erwartender Widerstände seitens der EU-Organe, insbesondere natürlich des Gerichtshofs selbst, nicht konsensfähig.¹¹⁴⁾

Konsensfähig war daher offensichtlich nur der – mehrdeutige – Wortlaut der Erklärung Nr. 27, in welchem sich der Juristische Dienst des Rats – vermutlich unter informellem Druck des Gerichtshofs – mit dem ausdrücklichen Hinweis auf die Vorrangrechtsprechung „Costa-Enel“ durchgesetzt hat. Dies bedeutet absoluter und schrankenloser, unbedingter und endgültiger Vorrang (Abschn. 5.2.). Letztlich ist dies sogar noch eine stärkere Formulierung als sie ursprünglich in Art. I-6 des Verfassungsvertrags vorgesehen war. Durch dessen Streichung wurde im Prinzip nur erreicht, dass die Vorrangfrage zwischen Europäischem Gerichtshof und nationalen Verfassungsgerichten weiterhin kontrovers bleiben wird. Beide kann man wohl nicht daran hindern, weiterhin nach den von ihnen entwickelten Maßstäben zu judizieren. Den Europäischen Gerichtshof gewissermaßen an die Kette zu legen, hat sich offenbar niemand getraut. In letzter Konsequenz könnte dieser einen Mitgliedstaat sogar wegen Vertragsverletzung verurteilen, wenn dessen Verfassungsgericht – mittelbar – ein Judikat des Europäischen Gerichtshofs in Frage stellen sollte, indem er eine darauf Bezug habende Vertragsrechtsregelung als mit nationalen Verfassungsgrundsätzen unvereinbar einstufen sollte. In Österreich wäre dann ein Gesamtänderungstatbestand erfüllt, der eine Volksabstimmung notwendig machen würde. Nicht auszumalen ist, was sich der Europäische Gerichtshof ausdenken könnte, wenn diese negativ ausgehen würde.

Im Besonderen ist schwer argumentierbar, dass die „Relativierung“ des „absoluten“ Vorrangs „lediglich“ in einer Erklärung zum Vertrag hinreichende Wirksamkeit bietet, um den Europäischen Gerichtshof an nationale Verfassungsreservate zu binden. Nach der Entscheidung „Costa-Enel“ (vom 15.7.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, S. 1251) vertritt der Europäische Gerichtshof, wie oben schon erwähnt, die Auffassung, „dass dem vom Vertrag geschaffenen ... Recht ... keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können“ (Entscheidungsgrund Nr. 12). Die Wortfolge „wie immer geartet“ bezieht damit wohl auch nationales Verfassungsrecht in die Nachrangigkeit ein. Diesen Schlüsselsatz aus dem einschlägigen Urteil des Gerichtshofs zum Vorrangprinzip hat der Juristische Dienst des Rates ausdrücklich der Erklärung Nr. 27

zum Reformvertrag („Erklärung zum Reformvertrag“) beigefügt, und die Regierungskonferenz hat sogar ausdrücklich „beschlossen“, dass das Gutachten des Juristischen Dienstes, das sich auf das Urteil „Costa-Enel“ beruft, „dieser Schlussakte beigefügt wird“. Um die Relativierung des Vorrangprinzips, also seine Verpflichtung, nationale Verfassungsreservate grundsätzlicher Art zu beachten, in der Tat „wasserdicht“ zu machen, um auch den Europäischen Gerichtshof künftig daran zu binden, hätte dies im Vertrag selbst oder wenigstens in der Erklärung eindeutig definiert werden sollen. Mit der in der Erklärung Nr. 27 gewählten Formulierung sind die Spielräume des Gerichtshofs, auch künftig auf dem absoluten Vorrang zu beharren, weiterhin offen gehalten worden.

7.3.4. Verfassungspolitische Schlussfolgerungen

Nach dem soeben Gesagten kann durchaus angezweifelt werden, ob durch die Streichung der Kodifizierung des Vorrangprinzips aus dem Vertragstext dessen absolute und vorbehaltlose Wirkung auch auf nationale Verfassungsreservate in der Tat eindeutig beseitigt wird. Man müsste vielmehr davon ausgehen, dass nationale „Verfassungsreservate“ auch künftig vom Europäischen Gerichtshof unter dem Gesichtspunkt des in seiner Rechtsprechung statuierten absoluten Vorrangs in Frage gestellt werden und somit ein potenzielles Konfliktfeld zwischen Europäischem Gerichtshof und nationalen Verfassungsgerichten weiterhin besteht. Damit sind auch die Grenzen einer Gesamtänderung weiterhin unbestimmt. Randscharf weit (nämlich „absolut“, „uneingeschränkt“ und „vorbehaltlos“) definiert bleiben weiterhin die von der Europäischen Gerichtsbarkeit postulierten Spielräume, und randscharf ausgelotet wurde lediglich nach Öhlingers eigener Aussage in der Kurzfassung seines Rechtsgutachtens („Soll über den Vertrag von Lissabon in Österreich das Volk abstimmen?“), dass in Gestalt des im Verfassungsvertrag formuliert gewesenen Vorrangprinzips gewissermaßen jener sprichwörtliche Tropfen bestanden hätte, „der das Fass einer Gesamtänderung zum Überlaufen gebracht hätte.“ Mit diesem sprichwörtlichen Vergleich hat Öhlinger im Prinzip nur zugegeben, dass es Grenzen des Tolerablen aus dem Verfassungsrecht und dessen grundlegenden Prinzipien gibt und dass diese weit gezogen sind. Streng genommen hat er damit jedoch nicht nachgewiesen, dass an diese auch der Europäische Gerichtshof gebunden ist. Die vermeintliche Rettung

vor dem überlaufenden Fass in Gestalt der Erklärung Nr. 27 ist keine Garantie, dass sich der Europäische Gerichtshof an diese Grenzen auch halten wird.

Selbst wenn man Öhlinger folgt und seine Schlussfolgerung als verfassungsrechtlich konsistent akzeptiert, ist sie - verfassungspolitisch betrachtet - unbefriedigend. Insofern scheinen die Grenzen doch nach wie vor sehr weit gesteckt, inhaltliche Integrations-schranken (soweit deren Existenz überhaupt anerkannt wird) unbestimmt und das jeweilige „Integrationsprogramm“ jedes weiteren Integrationsschritts von Fall zu Fall an Hand der nationalen Verfassungsmaßstäbe einer Nachprüfung notwendig, um eine „schleichende“ Gesamtänderung – wenn auch nicht verfassungsrechtlich, so doch verfassungsgerichtlich - „in den Griff“ zu bekommen.

Anlässlich der Diskussion der verfassungsrechtlichen Grundlagen des österreichischen EU-Beitritts hatte man noch eine Auseinandersetzung geführt, ob solche „Integrations-schranken“ überhaupt existieren, sich Österreich nicht vielmehr vorbehaltlos (ohne jede weiteren Schranken) der EU öffne und gewissermaßen eine „Blankovollmacht“ für eine beliebige Öffnung gegenüber dem Gemeinschaftsrecht geschaffen werde, oder ob jede künftige Änderung des EU-Primarrechts einer verfassungsrechtlich Prüfung hinsichtlich einer allenfalls bewirkten Gesamtänderung der Verfassung zu unterziehen wäre (siehe dazu Öhlinger, Verfassungsrechtliche Aspekte des Vertrags von Amsterdam in Österreich, 1998, S. 299, und die Erläuterungen zur Regierungsvorlage des Bundesverfassungsgesetz über den EU-Beitritt 1994 (Regierungsvorlage, 1546 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen, XVIII. Gesetzgebungsperiode). Österreich ist dann aber den Weg der Nichtverankerung von Integrations-schranken gegangen, was auch im Ausschussbericht anlässlich des Ratifizierungsverfahrens des Reformvertrages, 484 der Beilagen, XXIII. Gesetzgebungsperiode, S. 21-22, bekräftigt wurde.

Verfassungspolitisch erschiene es wohl zweckmäßiger, wenn sich die Verfassungsrechtslehre von der Schrankenfixierung in der „negativen“ Sichtweise des Nachweises einer nicht vorliegenden Gesamtänderung wegen Nichtüberschreitung diffuser, explizit gar nicht formulierter Integrations-schranken, lösen würde und sich zu einer „positiven“ Sichtweise durchringen könnte, indem grundlegende Regelungen konstitutionellen Charakters der „Staatlichkeit“ der Union wie etwa Änderungen der Kompetenzen, Änderungen der Entscheidungsorgane und die Verankerung von Grundrechten und deren Revisionen als volksabstimmungspflichtige Verfassungseingriffe

fe – und in diesem Sinne als Integrations-schranken - qualifiziert werden (siehe dazu auch die Schlussfolgerungen unten in Abschn. 7.4.1.). Damit könnten nicht zuletzt die Grenzen einer demokratiepolitisch zu begrüßenden Legitimierung durch unmittelbare Volksbeteiligung enger und eindeutiger gezogen werden, als es unter der Dominanz der Baugesetz-doktrin der Fall ist, und es wäre schließlich nicht alles am Faden des Vorrangprinzips aufgehängt.

Aus dieser Perspektive war die Debatte um eine gesamtändernde Wirkung des Vorrangprinzips in Österreich streng genommen letztlich müßig. Gleichgültig ob dieses nun vertragsrechtlich kodifiziert ist oder bloß in einer Erklärung festgehalten wird, die Vorrangrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist Bestandteil des gemeinsamen Rechtsbestands (*acquis communautaire*), den Österreich mit dem EU-Beitrittsvertrag übernommen hat. Der von Öhlinger konstatierte sprichwörtliche Tropfen, der durch die vertragsrechtliche Kodifizierung das Fass zum Überlaufen gebracht und wegen einer gesamtändernden Wirkung eine Volksabstimmung in Österreich erforderlich gemacht hätte, hat dieses Überlaufen schon lange vorher bewirkt, nämlich mit dem EU-Beitrittsvertrag, mit welchem das österreichische Volk den *acquis* und damit die Vorrangrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs akzeptiert hat. Die Vorrangfrage ist somit *res iudicata*, und zwar durch das österreichische Volk selbst, das in der Volksabstimmung am 12.6.1994 dem Beitrittsvertrag mit überwältigender Mehrheit zugestimmt hat.

7.4. Exkurs: Zur Debatte in der Bundesrepublik Deutschland

7.4.1. Das Maastricht-Urteil und die Folgen

In Deutschland wird die Frage nach der Existenz von Grenzen der Konstitutionalisierung Europas im nationalen Verfassungsrecht angesichts der Rechtsprechung des deutschen Bundesverfassungsgerichts wesentlich intensiver diskutiert als in Österreich. So antwortete der Präsident des deutschen Bundesverfassungsgerichts Hans-Jürgen Papier auf eine Journalistenfrage nach den Grenzen der Abgabe von nationalen Souveränitätsrechten an die Union in einem Interview mit dem Nachrichtenmagazin DER SPIEGEL (Nr. 39, 22.9.2003) unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Gerichts: „Wenn die Kompe-

tenz-Kompetenz, die Herrschaft über die Zuständigkeiten, an die EU abgegeben würde, wäre das nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts mit dem Grundgesetz unvereinbar. Dann würde die EU selber ein Staat. Aber noch sind die Mitgliedstaaten Herren der Verträge – auch die Europäische Verfassung würde daran nichts ändern.“ Dem ist im Prinzip nichts hinzuzufügen, auch wenn das Bundesverfassungsgericht in seiner sogenannten „Solange-Rechtsprechung“ hinsichtlich der Frage des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts vor nationalem Verfassungsrecht im Zusammenhang mit einer ausreichenden kompensierenden Grundrechtskontrolle gerade bei Nicht-Vorhandensein eines europäischen Grundrechtskatalogs in der Vergangenheit einige verbale Turnübungen vorgeführt hat.¹¹⁵⁾

Prägend, aber auch stimulierend für die deutsche Debatte wurde dann ohne Zweifel das Maastricht-Urteil des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 12.10.1993 (BVerfGE 89, 155, betreffend die Verfassungsbeschwerden 2 BvR 2134/92 und 2 BvR 2159/92)¹¹⁶⁾. Das Gericht hat mit diesem Urteil seinen mit dem Beschluss „Solange I“ ausgesprochenen Prüfungsvorbehalt hinsichtlich der Konformität von Gemeinschaftsrecht mit den deutschen Grundrechten, der mit der Entscheidung „Solange II“ revidiert worden war, wieder „vorsichtig“ reaktiviert¹¹⁷⁾. Neben dem oben (Abschn. 5.1.) bereits erwähnten Definitionsversuch des durch den Maastrichter Vertrag erreichten Integrationsstands („Staatenverbund“) stellte das Urteil insbesondere klar, dass sich die Bundesrepublik Deutschland mit der Ratifikation des Unions-Vertrags „nicht einem unüberschaubaren, in einem Selbstlauf nicht mehr steuerbaren ‚Automatismus‘ zu einer Währungsunion“ unterwerfe, sondern dass jeder weitere Integrationsschritt an eine Zustimmung der deutschen Verfassungsorgane zu binden ist („der Vertrag eröffnet den Weg zu einer stufenweisen weiteren Integration der europäischen Rechtsgemeinschaft, der in jedem weiteren Schritt entweder von gegenwärtig für das Parlament voraussehbaren Voraussetzungen oder aber von einer weiteren, parlamentarisch zu beeinflussenden Zustimmung der Bundesregierung abhängt“ – Leitsatz Nr. 9 c).

Darauf stützt das Bundesverfassungsgericht seinen Prüfungsvorbehalt der Verfassungsmäßigkeit von Gemeinschaftsrecht (formal aufgehängt an der Prüfung des jeweiligen nationalen Zustimmungs- bzw. Ausführungsgesetzes) entgegen der Rechtsansicht des Europäischen Gerichtshofs, der eine nachträgliche nationale Verfassungskontrolle der Anwendung von Gemeinschaftsrecht wegen des Vorrangs des

Gemeinschaftsrechts ablehnt. Die österreichische Verfassungsrechtslehre und –praxis sieht dies, wie oben bereits angedeutet, durchaus ähnlich: Durch die verfassungsrechtliche Prüfung eines zur Ratifizierung heranstehenden Integrationsschritts werde „keine Blankovollmacht erteilt ... , die österreichische Rechtsordnung gegenüber dem Gemeinschaftsrecht beliebig zu öffnen“ (Bericht des Verfassungsausschusses anlässlich der Ratifizierung des Vertrags von Lissabon, 484 der Beilagen, XXIII. GP, zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrats, unter Hinweis auf die bereits anlässlich des österreichischen EU-Beitritts erfolgte Klarstellung). Ob dennoch ein signifikanter Unterschied zur deutschen Sichtweise besteht, weil insbesondere das Vorliegen eines Gesamtänderungstatbestands in der österreichischen Doktrin weitgehend unbestimmt ist und die Grenzen vergleichsweise weit gezogen sind, bis von einer Gesamtänderung gesprochen werden kann, könnte nur dann konziser beurteilt werden, wenn in beiden Staaten die Anzahl verfassungsgerichtlicher Präjudize hinreichend groß für eine repräsentative Bewertung wäre.

Die von den Beschwerdeführern gegen das deutsche Zustimmungsgesetz zum Maastrichter Vertrag ins Treffen geführte Verletzung des durch Art. 38 des Grundgesetzes (GG) gewährleisteten Grundrechts, „durch die Wahl an der Legitimation von Staatsgewalt teilzunehmen und auf deren Ausübung Einfluss zu nehmen,“ die auf die „Entparlamentarisierung“ und damit wohl auch „Entföderalisierung“ der Bundesrepublik Deutschland durch die Übernahme des im Maastrichter Vertrag vorgesehenen Integrationsprogramms abzielte, hat das Gericht jedoch als unbegründet verworfen. Der „Gewährleistungsinhalt“ des Art. 38 GG werde durch das Zustimmungsgesetz nicht verletzt (Abschnitt C-I. des Urteils). Durch den durch den Vertrag begründeten europäischen Staatenverbund werden „die Aufgaben der Europäischen Union und die zu ihrer Wahrnehmung eingeräumten Befugnisse ... in einer hinreichend voraussehbaren Weise normiert, dass das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung eingehalten, keine Kompetenz-Kompetenz für die Europäische Union begründet und die Inanspruchnahme weiterer Aufgaben und Befugnisse ... von Vertragsergänzungen und Vertragsänderungen abhängig gemacht, mithin der Zustimmung der nationalen Parlamente vorbehalten wird.“ Nach Leitsatz Nr. 5 des Urteils werde Art. 38 GG dann verletzt, „wenn ein Gesetz, das die deutsche Rechtsordnung für die unmittelbare Geltung und Anwendung von Recht der – supranationalen – Europäischen Gemeinschaften öffnet, die zur Wahrnehmung übertragenen Rechte und das beab-

sichtigte Integrationsprogramm nicht hinreichend bestimmbar festlegt. Das bedeutet zugleich, dass spätere wesentliche Änderungen des im Unions-Vertrag angelegten Integrationsprogramms und seiner Handlungsermächtigungen nicht mehr vom Zustimmungsgesetz zu diesem Vertrag gedeckt sind.“ Das Zustimmungsgesetz decke nur jenes „Integrationsprogramm“ ab, das den deutschen Verfassungsstandards zum Zeitpunkt der Ratifizierung entspricht, nicht jedoch automatisch alle künftigen Änderungen dieses Programms durch Revisionen der Gemeinschaftsverträge.

7.4.2. Verfassungspolitische Schlussfolgerungen (auch für Österreich)

Genau betrachtet besagt das Maastricht-Urteil nichts anderes, was auch die österreichische Verfassungsrechtslehre bei der Prüfung des Vorliegens eines Gesamtänderungstatbestands anerkennt, nämlich die verfassungsrechtliche Prüfbarkeit – auch – von verfassungsändernden Staatsverträgen an den Maßstäben (hier: den tragenden Verfassungsprinzipien) der nationalen Verfassung. Dies betrifft gleichermaßen jeden Schritt der Intensivierung der Integration durch jeweilige Vertragsänderungen.¹¹⁸⁾ Die Debatte in Deutschland wird allerdings akzentuierter geführt als in Österreich. Mangels expliziter Verankerung von Integrationsbeschränkungen bleibt allerdings sowohl in Österreich wie auch in Deutschland offen, ab wann die Grenze des Tolerablen überschritten wird.

In einem Gastkommentar zum EU-Verfassungsvertrag in der deutschen Tageszeitung DIE WELT (13.1.2007: „Die Europäische Union gefährdet die parlamentarische Demokratie in Deutschland“) griff der ehemalige deutsche Bundespräsident und ehemalige Präsident des Bundesverfassungsgerichts R. Herzog gemeinsam mit L. Gerken das Argument der Beschwerdeführer im Maastricht-Verfahren, nämlich die Entparlamentarisierung und Entföderalisierung und damit den Verlust der „konstitutionellen Identität“, also der Staatlichkeit, der Bundesrepublik Deutschland, in überraschend deutlicher Sprache erneut auf und prangerte insbesondere das auch durch den Verfassungsvertrag nicht gelöste Demokratiedefizit der EU und die durch diesen Vertrag verstärkten „sachwidrigen“ Zentralisierungstendenzen an. Andererseits würden „die verfassungsmäßigen Kompetenzen der staatlichen Organe in den Mitgliedstaaten, vor allem die Parlamente ... einem substantiellen Aushöhlungsprozess ausgesetzt.“ Es stelle sich daher „die Frage, ob man die Bundesrepublik

Deutschland überhaupt noch uneingeschränkt als parlamentarische Demokratie bezeichnen kann.“

Ob und inwieweit auch die österreichische parlamentarische und föderalistische Demokratie durch die EU gefährdet sei, war in Österreich bis dato von berufener Seite in dieser Schärfe und Deutlichkeit noch nicht zu vernehmen. Man konzentrierte sich vielmehr auf die verfassungsrechtliche Streitfrage, ob ein volksabstimmungspflichtiger Gesamtänderungstatbestand vorliegt oder nicht. Nachdem ein solcher von der herrschenden Lehre und der politischen Mehrheitsmeinung nicht gesehen wurde, verschwendete die herrschende Verfassungsrechtsdogmatik keine Gedanken mehr darauf, die Frage der Demokratiegefährdung in der gleichen Intensität wie in Deutschland zu diskutieren. Selbst wenn auch die deutsche Debatte (auch durch das Maastricht-Urteil) keine Grenzen anzugeben vermochte, ab wann diese Gefährdung präzise eintritt, dürfte dort wenigstens das Bewusstsein dafür nicht zuletzt im Bereich des Bundesverfassungsgerichts als Hüter der deutschen Verfassung ausgeprägter sein als in Österreich.¹¹⁹⁾ Dies mag vielleicht darauf zurückzuführen sein, dass in Deutschland das „Fallbeil“ einer Volksabstimmung nicht besteht und die Debatte deshalb nicht unter dieser „Belastung“ steht. Ferner ist in Deutschland die Prüfung der Verfassungskonformität des EU-Vertragsrechts (Beispiel: Maastrichter Vertrag) eine judizielle (durch das Verfassungsgericht), in Österreich letztlich eine politische, weil ein verfassungsändernder Staatsvertrag der Prüfung durch den Verfassungsgerichtshof entzogen ist und sich die (rechtliche) Prüfung der Verfassungskonformität im Vorfeld der parlamentarischen Ratifizierung darauf konzentriert, ob durch den Vertrag ein Gesamtänderungstatbestand, der eine Volksabstimmung nach sich ziehen würde, erfüllt ist oder nicht.

Zieht man den in Abschn. 7.1. umrissenen „konstitutionellen Kern“ des Reformvertrags heran (Verstärkung der Präsidialstruktur des Europäischen Rats und Außenbeauftragter, Erweiterung der Parlamentsbefugnisse, militärische Beistandspflicht, Verrechtlichung der Grundrechtscharta), so ist festzustellen, dass die Konturen der Institutionen herkömmlicher Internationaler Organisationen (Generalsekretariat, Vollversammlung der Staatenvertreter, allenfalls auch quasi-parlamentarische und richterliche Organe) nicht bereits schon durch die vorangegangenen Vertragsrevisionen beträchtlich verblasst sind und somit immer staatsähnlicher geworden sind, sondern durch den Reformvertrag weiter (fast) der vollen Staatlichkeit angenähert werden. Auch wenn diese Entwicklung im Laufe der Zeit (im mathematischen

Sinn) nicht stetig und schleichend, sondern schrittweise und sprunghaft erfolgt ist, lässt sich doch ein Qualitätssprung von schwachen staatsähnlichen Konturen in Merkmale „echter“ Staatlichkeit ausmachen, nämlich indem vom halbjährlichen Präsidentschaftswechsel im Europäischen Rat abgegangen wird, eine gemeinsame Außenbeauftragung eingeführt wird, das Parlament kompetenzmäßig fast alle Parlamentsbefugnisse erhält (wenn auch noch nicht das Initiativrecht für Gesetzesvorhaben), die militärische Beistandspflicht eingeführt und die Grundrechtscharta verrechtlicht wird. Damit ist ein „konstitutioneller Kern“ verfestigt, der verfassungspolitisch als Integrationsschranke zu betrachten wäre und der qualitativ einer referendumspflichtigen Gesamtänderung gleichzuhalten wäre.

Besonders der zuletzt genannte Aspekt der Grundrechtscharta fällt umso mehr ins Gewicht, falls die Grundrechtscharta nicht im Sinne ihres „Vaters“, des seinerzeitigen Vorsitzenden des Grundrechtskonvents Roman Herzog, ausgelegt wird (siehe oben Abschn. 6.4.9.), also nicht nur Handlungsbeschränkungen für die EU-Organe in Gestalt der in der Charta niedergelegten Grundrechtsmaßstäbe zum Ausdruck bringt, sondern in ihrer Tragweite in der Tat als europäische Grundrechtscharta Richtschnur für das staatliche Handeln in der Union schlechthin (auf allen Ebenen) wäre, also die „Universalität“ einer grundrechtlichen Gesamtordnung im Sinne des dreigliedrigen Staatsaufbaus von Kelsen (siehe oben Abschn. 4.3.4.) erlangen würde, die sich nicht nur auf die Teilordnung der EU-Institutionen beschränkt (worauf Herzog sie beschränkt sehen möchte), sondern auch auf die Teilordnung der Gliedstaaten erstreckt. Angesichts der vom Europäischen Gerichtshof notorisch vertretenen Integrationsdynamik, verbunden mit der ihm zugeschriebenen juristischen Phantasie, ist zu erwarten (oder zu befürchten), dass Herzog Recht behalten wird und seine Warnungen sich als berechtigt erweisen werden, womit seiner „authentischen“ Interpretation der Reichweite der Charta also nicht gefolgt wäre. Damit würden die Zentralisierungstendenzen verstärkt.

Angesichts der Erneuerung ihrer „Grundsatzkritik zum EU-Verfassungsentwurf“ Mitte 2007 (siehe oben Abschn. 6.4.9.) tendieren Herzog und Gerken im Übrigen – wenn auch nicht explizit ausgesprochen – zur Abhaltung einer Volksabstimmung angesichts der von ihnen konstatierten Veränderung der konstitutionellen Identität der Bundesrepublik Deutschland. Die hinter verschlossenen Türen und unter Ausschluss der Bevölkerung geführten Ver-

handlungen (zur Rettung des Verfassungsvertrags unter deutscher Präsidentschaft im 2. Halbjahr 2007) erweckten ihrer Ansicht nach den Eindruck, „dass alles getan werden soll, damit erneute Volksabstimmungen in den Mitgliedstaaten verhindert werden.“ Dies sei „zwar dem Willen zum erfolgreichen Abschluss geschuldet, erzeugt aber im Hinblick auf den demokratischen Fundamentalsatz, dass alle Macht vom Volke ausgeht, ein beklemmendes Gefühl.“

Umgelegt auf die Herauskristallisierung eines „konstitutionellen Kerns“, wäre zu folgern, dass gerade dann, wenn mit der Charta die Absicht einer Gesamtordnung (im Sinne Kelsens) ausdrücklich verbunden sein sollte, dies eine Integrationsschranke verkörpern würde, die qualitativ in Österreich einer Gesamtänderung der Verfassung gleichzuhalten und daher volksabstimmungspflichtig wäre – nicht zuletzt, weil mit der zu erwartenden extensiven Interpretation der Charta eine Integrationsdynamik verknüpft sein dürfte, die Kompetenzausweitungen sowie Zentralisierungstendenzen in Kauf nehmen würde. Wäre es bei der bloßen politischen Deklaration der Grundrechtscharta geblieben oder würde sich die Auffassung von Herzog einer bloßen Bindung der Organe an diese Charta zweifelsfrei durchsetzen, wäre der konstitutionelle Charakter ohne Zweifel schwerer zu argumentieren (gewesen). Auch hierin kann eine leichte Ironie oder Paradoxie gesehen werden, dass es offenbar mit Hilfe der üblichen Verfassungsstandards ohne weiteres möglich ist, einen „konstitutionellen Kern“ zu umreißen, es aber verfassungsrechtlich vom Standpunkt der Gesamtänderungstatbestände nach der herrschenden Lehre nicht argumentierbar ist, dass dieser Kern zugleich jene Integrationssschranken verkörpert, die ohne Volksabstimmung nicht überschritten werden dürfen. Verfassungspolitisch sollte dies aber jedenfalls argumentiert werden.

Sieht man von der konstatierten beträchtlichen Erweiterung der Staatlichkeit der Union ab, ist Öhlinger durchaus Recht zu geben, dass der Reformvertrag nicht nur mehr Staatlichkeit für die Union bedeutet, sondern – im Gegenteil – auch die Stellung der Mitgliedstaaten im Vergleich zur bestehenden Rechtslage stärkt.¹²⁰ Dies gilt für die Aufwertung der nationalen Parlamente als „Subsidiaritätswächter“ (Art. 12 VEU) im neuen Subsidiaritätsprüfungsverfahren nach dem Protokoll Nr. 2 „Über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“ und generell im Protokoll Nr. 1 „Über die Rolle der Parlamente in der Europäischen Union“ (siehe dazu oben Abschn. 3.3.) sowie die

Austrittsklausel des Art. 50 VEU, die allerdings die Bedingungen für einen Austritt einem Abkommen zwischen der Union und dem austrittswilligen Staat unterwirft. Stellt man die damit möglicherweise zum Ausdruck kommende „verminderte“ Staatlichkeit der Union der im oben umrissenen „konstitutionellen Kern“ verkörperten vermehrten Staatlichkeit gegenüber, überwiegt wohl Letztere eindeutig und signifikant. Dies geht über das hinaus, was Öhlinger zu konstatieren bereit ist, nämlich dass der Reformvertrag die Integration „verdichtet“, ohne die Union aber „in grundsätzlicher Weise“ zu verändern, sondern nur insoweit, als sie „vorsichtig weiterentwickelt wird“.

7.5. Zur Frage, wie sich ein europäischer demos Geltung verschaffen kann: Direkt-demokratische Legitimierung auf gesamteuropäischer Ebene

Abgesehen von der im vorausgegangenen Abschnitt aufgeworfenen Frage der Intensität und Weite des Eingriffs in tragende Grundprinzipien der Verfassung durch markante Integrationsschritte auf europäischer Ebene, ist für den weiteren Gang der Argumentation in diesem letzten Abschnitt die Frage einer Volksabstimmung nach nationalem Verfassungsrecht nur sekundär relevant. Primär relevant erscheint die oben aufgeworfene zweite Frage der direkt-demokratischen Legitimierung auf europäischer Ebene, zumindest was den „konstitutionellen Kern“ des Vertragswerks (nach Abschnitt 7.1.) anbelangt. Wie oben erwähnt (Abschn. 6.4.) fordert auch die „European Constitutional Group“, einem noch weitgehend fehlenden europäischen demos durch Einfügung direkt-demokratischer Elemente (obligatorisches Verfassungsreferendum, Verfassungs- und Gesetzesinitiativen, Finanzreferenden) in eine Europäische Verfassung gewissermaßen „aufzuhelfen“, um das notorische Demokratiedefizit der EU abzubauen. Feld (Eine Europäische Verfassung aus politökonomischer Sicht, in: ORDO-Jahrbuch 2003, S. 300) sieht für ein Verfassungsreferendum und eine Verfassungsinitiative eine doppelte qualifizierte Mehrheit der EU-Bürger und der Bürger Mitgliedsstaaten vor, für Gesetzesinitiativen genüge eine einfache Mehrheit. Die Frage, wie sich ein europäischer demos Geltung verschaffen, wenn man dessen Existenz als spezifischer demos bejaht, stellt sich auch in der spezifischen differenzierten Konstellation der Doppelnatur eines „sowohl-als-auch“-Kosmopoli-

tismus, der nicht wie die Constitutional Economics auf einem methodologischen Individualismus, sondern auf eine soziologische Kategorie abstellt (siehe Abschnitt 4.2.).¹²¹⁾

7.5.1. Zur Vorgeschichte der Debatte in Österreich

Zur Frage einer gesamteuropäischen direkt-demokratischen Legitimierung ist zunächst an die Vorgeschichte dieser Diskussion in Österreich, nämlich die am 11.5.2005 im österreichischen Nationalrat geführte Debatte anlässlich der Ratifizierung des Verfassungsvertrags, dessen Inhalte ja weitgehend in den Reformvertrag Eingang fanden, zu erinnern. Damals wurde – mittlerweile im Kurzzeitgedächtnis der medialen Auseinandersetzung bewusst oder unbewusst verdrängt¹²²⁾ – ein Entschließungsantrag der beiden Parlamentsfraktionen der seinerzeitigen Regierungskoalition angenommen (also mit den Stimmen der ÖVP und des nach der kurz vorher erfolgten Abspaltung des Großteils der FPÖ-Abgeordneten zum BZÖ mutierten Klubs der Freiheitlichen, allerdings ohne die Abgeordnete Rosenkranz), worin die Bundesregierung ersucht wurde, „weiterhin und verstärkt für die Abhaltung EU-weiter Volksabstimmungen über künftige Änderungen des Vertragswerks der EU (Europäische Verfassung), die die Grundprinzipien der nationalen Verfassungen betreffen, sowie für die generelle europarechtliche Verankerung der Möglichkeit europaweiter Volksabstimmungen über Fragen von grundsätzlicher Bedeutung einzutreten“ (Stenographische Protokolle, 109. Sitzung, XXII. Gesetzgebungsperiode, S. 86). Darüber hinaus wurde ein ähnlich lautender Antrag der Grünen, wonach die Bundesregierung ersucht wurde, „auf europäischer Ebene eine politische Initiative zur Einführung einer europaweiten Volksabstimmung über europäische Fragen von zentralem gemeinsamen Interesse zu setzen“, angenommen (Sten. Prot., S. 87). Der isoliert gebliebene Antrag der Abgeordneten Rosenkranz auf Durchführung (lediglich) einer (nationalen) Volksabstimmung wurde nicht für zulässig erklärt (Sten. Prot., S. 91). Der damalige Bundeskanzler Wolfgang Schüssel hatte sich im Übrigen in der Debatte als einsamer Kämpfer für eine europäische Volksabstimmung deklariert und einbekannt, dass er bzw. Österreich damit in den zuständigen EU-Gremien, nämlich in den Europäischen Räten vom 18. und 29.6. sowie 5.11.2004, isoliert geblieben sei (Sten. Prot., S. 57).

Wie in der Einführung am Beginn dieses Beitrags erwähnt, erfolgte kurze Zeit nach dieser denkwürdigen Nationalratsdebatte Ende Mai/ Anfang Juni 2005 der Schock und die Traumatisierung im Gefolge der negativen Volksabstimmungen über den Verfassungsvertrag in Frankreich und den Niederlanden. Die EU verordnete sich darauf hin eine Denkpause („Reflexionsperiode“), die unter österreichischer EU-Präsidentschaft im 1. Halbjahr 2006 von Schlüssel abgeschlossen wurde,¹²³⁾ nachdem es fast schon schien, dass die Bestrebungen einer „Konstitutionalisierung Europas“ zum Erliegen gekommen waren.¹²⁴⁾ Dies gab den Anstoß zur Wiederbelebung der Verfassungsdebatte, die schließlich unter deutscher Präsidentschaft im 1. Halbjahr 2007 weitergetrieben und am 13.12.2007 zur Unterzeichnung des Reformvertrags in Lissabon führte.

Mittlerweile war in Österreich nach den Nationalratswahlen am 1.10.2006 mit Angelobung der neuen Regierung am 11.1.2007 der Regierungswechsel erfolgt. Öffentlich zugängliche Belege, ob und inwieweit die alte Bundesregierung während der Reflexionsphase unter ihrer EU-Präsidentschaft und nach Ende der österreichischen EU-Präsidentschaft noch Aktivitäten setzte, um dem Parlamentsauftrag vom 11.5.2005, Voraussetzungen für eine europäische Volksabstimmung zu schaffen, zum Durchbruch zu verhelfen, existieren nach vorliegenden Recherchen nicht.¹²⁵⁾ Dieser Parlamentsauftrag dürfte daher bei einem Lippenbekenntnis geblieben sein.¹²⁶⁾

Sofern der Nationalrat seine in der letzten Gesetzgebungsperiode eingenommene positive Haltung zu einer europäischen Volksabstimmung trotz der für die europäische politische Klasse offenbar traumatisch wirkenden Erfahrungen aus den Volksabstimmungen in Frankreich und den Niederlanden weiterhin aufrecht hält, wäre angesichts der weitgehenden substanziellen Identität von Verfassungs- und Reformvertrag hinsichtlich des Reformvertrags auch die neue Bundesregierung an diesen Parlamentsauftrag zu binden (gewesen) bzw. sollte sich faktisch daran gebunden fühlen, auch wenn formal-verfassungsrechtlich ausdrücklich eine Erneuerung dieses Parlamentsauftrags geboten sein sollte.¹²⁷⁾ In diesem Sinn hätte die seit Januar 2007 im Amt befindliche neue Bundesregierung im Zuge der Arbeiten am Reformvertrag im Laufe des Jahres 2007 bis zu dessen Unterzeichnung in Lissabon im Dezember 2007 entsprechende Initiativen setzen können. Darüber ist jedoch, abgesehen von Lippenbekenntnissen der Außenministerin, nichts bekannt geworden.¹²⁸⁾

Anlässlich der Ratifizierung des Reformvertrages im Nationalrat mit den Stimmen der Regierungskoalition und der Grünen am 9.4.2008 wurde ein Entschließungsantrag dieser drei Parteien angenommen¹²⁹⁾, der neben Anderem die Bundesregierung wie bereits anlässlich der Ratifizierung des Verfassungsvertrages am 11.5.2005 ersuchte, „die Verankerung des Instruments einer EU-weiten Volksabstimmung weiter zu befürworten“. In der Debatte selbst hatte die Frage einer europäischen Volksabstimmung allerdings keine Rolle gespielt. Ein Entschließungsantrag der Freiheitlichen Partei auf Durchführung (lediglich) einer (nationalen) Volksabstimmung wurde abgelehnt. Die zweite rechtspopulistische Oppositionspartei (BZÖ) brachte zwei Entschließungsanträge ein, nämlich auf Durchführung einer (unverbindlichen) Volksbefragung und einen weiteren „betreffend Neuverhandlung eines Vertrages für Europa sowie generelle Verpflichtung von Volksabstimmungen über grundsätzliche Fragen der europäischen Integration“. Beide wurden abgelehnt. Der zweite Antrag zielte hauptsächlich auf eine Art abgestufte Integration („Schaffung eines Kerneuropas der Nettozahler“ bzw. eines „Bundes Europäischer Staaten“), hinsichtlich der Referendumsfrage war er jedoch etwas differenzierter als jener der FPÖ. Es sollte eine „EU-weite zeitgleiche Durchführung nationaler Volksabstimmungen in allen Mitgliedstaaten grundsätzlich bei weitgehenden Vertiefungsschritten, wie etwa die Abgabe von Kompetenzen, Änderungen im Bereich der Institutionen und Organe der EU, Finanzen, Erweiterungen etc.“ vorgesehen werden (Stenographische Protokolle, 55. Sitzung, XXIII. Gesetzgebungsperiode, S. 132).¹³⁰⁾ Diese seien „alle rechtsverbindlich, d.h. Erfordernis der mehrheitlichen Zustimmung der Wahlberechtigten in allen Mitgliedstaaten,“ also eine äußerst restriktive und realistischere wohl kaum erfüllbare Annahmenvoraussetzung und in ihrer intendierten Wirkung wohl dem FPÖ-Antrag gleichzuhalten, der sich lediglich auf die Durchführung einer nationalen Volksabstimmung bezog, unausgesprochen aber wohl insofern mit bindender gesamteuropäischer Wirkung, als ein negativer Ausgang in Österreich dann ja wohl das Gesamtprojekt zum Scheitern zu bringen (gehabt) hätte, es sei denn, Österreich würde die Austrittsoption wählen.

Wie schon die Folgewirkungen der Ratifizierungsdebatte 2005 zeigen, ist zu erwarten, dass es hinsichtlich der eher lustlos erfolgten Bekräftigung des Bekenntnisses der Idee einer europäischen Volksabstimmung am Ende der Ratifizierungsdebatte 2008 bei einem bloßen Lippenbekenntnis bleibt, das im Übrigen in den Medien kaum Widerhall fand. In den

ohnedies nur spärlichen medialen Auseinandersetzungen wurde diese Frage allenfalls nur andiskutiert, ohne auch nur im geringsten die Modalitäten (Verfahren, Annahmeveraussetzungen für eine europaweit stattfindende Volksabstimmung) zu reflektieren.¹³¹⁾ Diese wären auf den jetzt erreichten Integrationsstand, aber auch auf ein wie immer zu umschreibendes europäisches Volksbewusstsein (demos-Charakter) abzustellen.

7.5.2. Annäherung an ein dem Integrationsstand, der „Staatlichkeit“ der Union und dem europäischen demos-Charakter angemessenes europäisches Volksabstimmungsmodell

Nicht zu verkennen ist, dass die von dem Vertragswerk zu regelnden Materien mittlerweile derart komplex und das Vertragswerk selbst derart kompliziert und zum Teil auch widersprüchlich und schließlich (fast) unlesbar geworden ist, dass es nicht zumutbar erscheinen mag, den Völkern in einer Volksentscheidung die Last der Letztverantwortung für die Inkraftsetzung aufzuerlegen. Man kann daher durchaus argumentieren, dass es – wie der österreichische Bundespräsident Heinz Fischer in dem oben erwähnten ORF-Interview im Dezember 2007 sagte – „vertretbar“ ist, diese Verantwortung im Rahmen der jeweiligen nationalen politischen und repräsentativ-demokratischen Legitimierung, also durch parlamentarische Ratifizierung wahrzunehmen, überspitzt gesagt, in Ausübung einer politisch-moralischen Verpflichtung gegenüber den jeweiligen Völkern, nicht zuletzt in der bewährten österreichischen maria-theresianisch-josephinistischen Tradition, dass die politische Klasse selbst am besten weiß (oder normativ gesagt: wissen sollte), was für ihre Völker gut ist.

Andererseits ändert dies nichts daran und ist – wie oben hinreichend dargelegt wurde - nicht zu übersehen, dass die Union jetzt einen Stand der „Staatlichkeit“ erreicht hat, der es angemessen erscheinen lässt, das Ergebnis direkt-demokratisch zu legitimieren, also den Völkern in einer Volksabstimmung vorzulegen. Dies setzt allerdings nicht nur enorme Aufklärungsarbeit voraus, die es bis dato nicht oder nur unzureichend gegeben hat. Es erfordert vielmehr, dass den Völkern Europas zugestanden wird, dass sie mittlerweile bereits zu einem europäischen „demos“ herangereift sind, der es rechtfertigt, ihnen in der Staatswerdung Europas und der Verfassungsgebung eine wesentliche Rolle als „pouvoir constituant“ einzuräumen. Eine bloß parlamentarische Rati-

fizierung des Vertragswerks wie bei früheren Vertragsrevisionen in fast allen Mitgliedstaaten würde diesem demokratischen Erfordernis nicht gerecht werden. Das von glühenden Verfassungsbefürwortern und einstigen (vermeintlichen) lupenreinen Basisdemokraten in diesem Kontext vernehmbare Motto „Das Parlament ist das Volk“ (Johannes Voggenbuber)¹³²⁾ ist daher als allein nicht hinreichend (wenn nicht gar für volksverachtend) zu erachten – ganz abgesehen davon, dass sie den Widerspruch nicht aufklären, das Vertragswerk einerseits für schlecht zu halten und deshalb wohl auch das Volk für zu dumm zu halten, es zu verstehen, weshalb sie es wohl lieber selbst ratifizieren, dabei aber zugleich alle jene diffamieren, die sich für eine direkt-demokratische Legitimierung einsetzen, weil dies vermeintlich nur denjenigen Interessen diene, die den Vertrag zum Scheitern bringen oder gar die EU verlassen möchten.

Nun ist natürlich vorerst und beim jetzigen Stand zur Kenntnis zu nehmen, dass das Instrument einer europäischen Volksabstimmung rechtlich (noch) nicht vorgesehen ist. Wie schon gesagt, ist der politischen Klasse der Vorwurf zu machen, dass – abgesehen von angeblichen österreichischen Vorstößen, die aber wohl keine Zustimmung gefunden haben dürften bzw. gar nicht oder zu wenig bekannt wurden, und abgesehen von internen Gesprächen und nationalen parlamentarischen Erörterungen -, dieses Instrument nicht mit dem notwendigen politischen Druck „gepusht“ wurde. Dazu ist es jetzt wohl zu spät. Man kann auch nicht gut in dem einer Volksabstimmung zu unterwerfenden Reformvertrag erst das Instrument der Volksabstimmung selbst einführen.

Es wäre aber sehr wohl denkbar und realistisch (gewesen), einen „pragmatischen“ Weg zu gehen und sich auf Grundlage einer politisch verbindlichen Erklärung am Lissaboner Gipfel im Dezember 2007 zu verständigen, gleichzeitig in allen Staaten eine Volksabstimmung durchzuführen, deren Ergebnis in jenen Staaten, die das Instrument nicht kennen oder für den Reformvertrag nicht für erforderlich halten, im jeweiligen Staat zunächst nur indikativen Charakter hätte, nach außen und im Hinblick auf alle anderen Staaten aber insofern rechtlichen Charakter entfalten würde, als es zum gesamteuropäischen Ergebnis, das rechtsverbindlich wäre, mitzuzählen wäre. Das Ergebnis dieser Volksabstimmung sollte demgemäß unter der Voraussetzung einer Beteiligung eines bestimmten Quorums (mindestens der Hälfte der Wahlberechtigten, siehe dazu unten) verbindlich sein, und zwar unabhängig davon, ob in einzelnen Mitgliedstaaten eine solche Volksabstim-

mung nach der jeweiligen nationalen Verfassungsordnung obligatorisch ist, nur fakultativ durchgeführt wird oder aus historischen Gründen überhaupt nicht vorgesehen ist, und ferner unabhängig von der Tatsache, dass das Instrument einer europaweiten Volksabstimmung rechtlich zunächst in einem Vertrag zwischen den Mitgliedstaaten eigens vorgesehen werden sollte.

Was nun die Annahmeveraussetzungen angeht, kann es durchaus nicht so sein, dass etwa ein negatives Ergebnis in einem einzigen Staat das Gesamtprojekt zum Scheitern verurteilt. Dies wäre unangemessen und auch gegenüber den Ratifizierungswilligen unfair. Das war ja auch die berechtigte Sorge des österreichischen Bundespräsidenten in dem erwähnten Interview. Andererseits wäre davon auszugehen, dass die Union mittlerweile doch einen signifikanten Status an „Staatlichkeit“ erreicht hat, aber (noch) nicht mit einem herkömmlichen Staatswesen zu vergleichen ist, zumal ja alle seinerzeit zwischen Deutschland und Frankreich am Rande der Verfassungsdiskussion im damaligen Verfassungskonvent der EU diskutierten Gedankenspiele über die „Finalität Europas“ nach dem Muster repräsentativ-demokratisch verfasster föderaler Staaten bereits im Vorfeld beendet worden waren, indem das bestehende Machtdreieck zwischen Rat, Kommission und Parlament gewissermaßen zementiert wurde. Es scheint daher wohl die Zeit noch nicht reif dafür zu sein, ein Vertragswerk bereits dann als rechtsverbindlich in einem Referendum angenommen zu betrachten, wenn gesamteuropäisch so wie bei innerstaatlichen Volkabstimmungen eine einfache Bevölkerungsmehrheit europaweit dafür stimmt, unabhängig von den jeweiligen einzelstaatlichen Ergebnissen. Es ist daher angemessen, beim jetzigen Integrationsstand den nationalen Abstimmungsergebnissen noch ein wesentliches Gewicht im Gesamtergebnis zuzuerkennen.

Man sollte daher das zur Anwendung kommende Abstimmungsmodell zwischen diesen beiden Extrempositionen ansiedeln und die Annahmeveraussetzungen zwischen einzelstaatlichen und gesamteuropäischen plebiszitären Interessen so ausgleichen, dass sie dem jetzt erreichten Charakter der Staatlichkeit der Union gerecht werden und zugleich der Willensäußerung im nationalen Bereich, also dem nationalen Volkswillen, noch ein wesentliches Gewicht beimessen.¹³³⁾ Ein Anhaltspunkt könnte dabei die im Reformvertrag vorgeschlagene Abstimmungsregel der ab 2014 zum Tragen kommenden neuen qualifizierten Mehrheitsentscheidung im Rat sein. Danach soll ein System der „doppelten Mehr-

heit“ mit einer Zustimmungsschwelle von 55% der Mitglieder des Rats, die zugleich 65% der Unionsbevölkerung vertreten, in Geltung treten (Art. 16 Abs. 4 VEU).

Übertragen auf die europaweite Volksabstimmung würde dies also eine Staatenmehrheitsschwelle (also Mehrheit jener Staaten, deren Bevölkerungen positiv abstimmen) und eine Bevölkerungsmehrheitsschwelle (EU-weit) bedeuten. Um dem plebiszitären Charakter jedoch gerecht zu werden, erscheint es angemessen, die Schwelle der Staatenmehrheit höher anzusetzen als bei den qualifizierten Mehrheitsentscheidungen im Rat, die Annahmeveraussetzungen also insofern strenger zu fassen, die Staatenmehrheitsschwelle also etwa bei zwei Dritteln der Mitgliedstaaten anzusetzen. Die Bevölkerungsmehrheitsschwelle könnte ebenfalls zwei Drittel (also annähernd gleich wie im Rat) betragen, jedoch anders als bei der qualifizierten Mehrheitsentscheidung im Rat sollte es ausreichen, dass diese Bevölkerungsmehrheit unionsweit zu ermitteln ist, also nicht bloß die Stimmenanteile der positiv abstimmenden Staaten in das Gesamtergebnis einfließen.

Zusammengefasst: Der Vertrag wäre angenommen, wenn die Bevölkerung von 18 Mitgliedstaaten (mit jeweils einfacher Mehrheit in jedem dieser 18 Staaten) positiv abstimmt und insgesamt zwei Drittel der Unionsbevölkerung zustimmen.

Dies wäre ein wesentlicher demokratiepolitischer Fortschritt. Sollte sich allerdings so wie bei den Europawahlen nur weniger als die Hälfte der wahlberechtigten Bevölkerung beteiligen, müsste man ernsthaft überlegen, ob ein solcherart nur schwach fundiertes Ergebnis noch als hinreichend demokratisch legitimiert und daher bindend zu betrachten wäre. Die demokratische Konsequenz wäre dann in diesem Fall, dass sich die im jeweiligen nationalen Bereich politisch Verantwortlichen im Rahmen des dann zur Geltung kommenden jeweiligen parlamentarischen Ratifizierungsverfahrens des Vertragswerks ihrer politischen Verantwortung gegenüber ihrem jeweiligen nationalen Souverän, repräsentiert durch die nationalen Parlamente, zu stellen haben.

Sollten im Sinne des Entschließungsantrages anlässlich der Ratifizierung des Verfassungsvertrages im österreichischen Nationalrat im Mai 2005 in der Tat österreichische Vorstöße in Richtung einer europäischen Volksabstimmung unternommen worden sein (wofür allerdings, wie oben erwähnt, keine Belege vorliegen), könnte eine Konsensfähigkeit allenfalls

daran gescheitert sein, dass die anderen Mitgliedstaaten ein bindendes Ergebnis einer gesamteuropäischen Volksabstimmung als Souveränitätseingriff betrachtet haben, die sie nicht hinnehmen wollten.¹³⁴⁾ Aus den gleichen Gründen könnte sich auch die Idee des Europäischen Rats von Laeken (Dezember 2000) nicht als konsensfähig erwiesen haben, eine Aufspaltung der Vertragskomplexe in einen (konstitutionellen) Basisvertrag und in die sonstigen Vertragsbestimmungen mit vereinfachten Änderungs- und Ratifikationsverfahren für Letztere zu überlegen. Wie schon erwähnt, wurde dieser Vorschlag nicht verwirklicht. Herausgekommen ist die Teilung in ein ordentliches und ein vereinfachtes Änderungsverfahren (Art. 48 VEU), wobei für das ordentliche das bei der Erarbeitung des Verfassungsvertrages praktizierte Konventsverfahren mit anschließender Regierungskonferenz verrechtlicht wurde, während für das vereinfachte Verfahren die Regierungskonferenz ausreicht. Dies berührt nicht die Formerfordernisse und Voraussetzungen der Ratifizierung von Vertragsänderungen nach den jeweiligen mitgliedstaatlichen Verfassungsvorgaben. Das eurokratisch-technokratische Integrationsverständnis wurde mit der Konvents-idee leicht gelockert, insgesamt blieb es aber weiterhin verfestigt, weil plebiszitäre Elemente im Sinne eines europäischen Referendums weiterhin ausgeschlossen bleiben. Daran ändert das partizipativ-demokratische Placebo eines neu einzuführenden Europäischen Volksbegehrens (Art. 11 Abs. 4 VEU und 24 VAEU) nichts, dessen praktische Relevanz sich erst bewähren muss.

Auch wenn eine europäische Volksabstimmung auf „pragmatischer“ Grundlage theoretisch leicht durchzuführen wäre, mag die Idee einer solchen Volksabstimmung utopisch und visionär erscheinen. Das „Prinzip Hoffnung“ sollte man aber trotzdem nicht aufgeben, auch wenn der „Zeitgeist“, den bekanntlich nie jemand gesehen hat, dagegen spricht. Man kann sich dabei nicht zuletzt auf einen ungleich gründlicheren Denker, nämlich Jürgen Habermas, berufen, der in der deutschen Wochenzeitung DIE ZEIT am 29.11.2007 sagte, dass sich die europäische Integrationspolitik stets „über die Köpfe der Bevölkerungen hinweg als ein Eliteprojekt“ verstanden hat und gerade heute beim Zustandekommen des Reformvertrages „noch niemals so unverhohlen elitär und bürokratisch betrieben worden“ sei. „Das pikante Schweigen der Regierungen über die Zukunft Europas“ verlange daher, dass die Regierungen „über ihren Schatten springen und den eigenen Bürgern die Chance geben, in einem Referendum über die Zukunft Europas zu entscheiden.“

Dem ist wohl nichts mehr hinzuzufügen, außer vielleicht der traurige Befund, dass die politische Klasse dem entgegen handelt. Ironischerweise ist sie sich gar nicht bewusst, dass sie sich argumentativ dabei in Widersprüche und Fallen verwickelt und die Paradoxien europäischer Staatlichkeit damit noch weiter verstärkt und sogar in den Bereich des Grotesken verschiebt.

7.6. Argumentative Fallen von Volksabstimmungsbefürwortern und –gegnern

Roman Herzog und Lüder Gerken werfen in ihrem oben (Abschn. 6.4.9.) erwähnten Gastkommentar in der Tageszeitung DIE WELT am 13.1.2007 dem Verfassungsvertrag vor, dass er „die widersprüchlichen und intransparenten Strukturen der EU“ fortschreibe und „sachwidrige Zentralisierung“ begünstige. Dies führen sie „auf die Existenz zweier sich ausschließender Vorstellungen über die endgültige Gestalt der EU“ zurück. Das sind auf der einen Seite die zentralisierungskritischen „Intergouvernementalisten“, „die einen Verbund dauerhaft souveräner Staaten, ein ‚Europa der Vaterländer‘ anstreben“, auf der anderen Seite die „Föderalisten“, „die einen europäischen Bundesstaat anstreben“. Erstere postulieren eine starke Rolle des EU-Ministerrats, um den anderen EU-Institutionen, nämlich Kommission, Parlament und Gerichtshof, in ihrem Streben, ihre Machtfülle auszuweiten und damit die Zentralisierung zu begünstigen, Einhalt zu bieten. Letztere beklagen institutionelle Defizite, welche die Organe und Entscheidungsverfahren „ineffektiv, intransparent und undemokratisch“ erscheinen lassen. Dies sei nur durch „vollständige staatliche Strukturen für die EU im Sinne der klassischen Gewaltenteilungslehre“ zu beseitigen. Der institutionelle Aufbau der EU sei nun nach Herzog/ Gerken ein Kompromiss aus diesen beiden idealtypischen Vorstellungen. Wie oben bereits dargestellt (Abschn. 6.3.2.) wurde dieser Kompromiss im Verfassungskonvent in Gestalt des zementierten Machtdreiecks der drei wichtigsten Institutionen bestätigt, und zwar mit der Kommission als einer Art Regierung mit Vorschlagsmonopol, Exekutiv- und Kontrollbefugnissen sowie dem (Europäischen) Rat, ausgestattet mit politischer Richtlinienkompetenz und damit „echter“ politischer Regierungsfunktion, zugleich aber gemeinsam mit dem Parlament als Gesetzgebungsorgan tätig.

Für die nachfolgende Argumentation sollen diesen beiden „Idealtypen“ als – ebenfalls gegensätzlich

positionierte „Realtypen“ - einerseits die „Demokraten“ und andererseits die „Eurokraten“ gegenüber gestellt werden. Im Prinzip sind Idealtypen und Realtypen wechselseitig beliebig einander zuordenbar. Faktisch schließen sich einzelne Zuordnungen jedoch aus. So werden sich die Intergouvernementalisten wohl kaum zugleich als Eurokraten verstehen, weil sie sich gerade gegen die Machtfülle speziell jener EU-Organe wenden, die dem nationalen Einflussbereich entzogen sind. Andererseits sind sie auf europäischer Ebene aber auch nicht die „lupenreinen“ Demokraten, weil sie eine starke Rolle des Ministerrats befürworten, der seine demokratisch-legitimatorische Basis aber nicht von der europäischen, sondern von der nationalen Ebene herleitet. Dies schließt freilich nicht aus, dass sich auch die Intergouvernementalisten als EU-Skeptiker auf die Argumente der Demokraten stützen und undemokratische Unionsstrukturen anprangern, allerdings verbunden mit der EU-skeptischen Motivation, derartige Strukturen gerade aus den Gründen unzureichend verwirklichter Demokratisierung zu verhindern. Die Föderalisten hingegen sind einerseits Eurokraten, weil sie für den europäischen Bundesstaat eintreten, andererseits aber auch Demokraten, weil sie sich gegen das nicht dem klassischen demokratischen Gewaltenteilungsmodell entsprechende Machtdreieck der drei wesentlichsten EU-Institutionen wenden.

Als drittes gegensätzliches Paar könnten schließlich noch die EU-Skeptiker (Euro-Realisten) und die EU-Idealisten auf die Bühne gestellt werden.¹³⁵⁾ Ohne Zweifel wären die Intergouvernementalisten den EU-Skeptikern zuzuordnen, weil sie eine weitere Vertiefung der Integration in Richtung Bundesstaat ablehnen, während die Föderalisten eindeutige EU-Idealisten wären, die ihr Ideal im europäischen Bundesstaat verwirklicht sehen.

Ein wesentliches Merkmal und Prüfkriterium für die Demokraten wäre wohl, wie sie sich – gerade in einem Verfassungsgebungsprozess - zur Rolle des Volkes als *pouvoir constituant*, also zur direkten Volksbeteiligung, verhalten. Dieses verkörpert ein wesentliches Merkmal der Staatsbildung. Hier liegen weitere Paradoxien europäischer Staatlichkeit begründet. Diese bilden zugleich argumentative Fallen, die sowohl den Skeptikern (Intergouvernementalisten, Demokraten) wie auch den Idealisten (Föderalisten, Eurokraten) drohen.

Verweigern die Föderalisten (als Idealisten und Eurokraten) eine Volksbeteiligung, negieren sie also die Rolle des Volkes als zentrales und unmittelbares verfassungsgebendes Organ und belassen es nach

dem Voggenhuberschen Motto „Das Parlament ist das Volk“ oder nach dem Motto der aufgeklärt-absoluten Monarchen maria-theresianisch-josephinistischer Prägung „Wir wissen selbst besser, was gut für das Volk ist“ bei der herkömmlichen indirekt-demokratischen parlamentarischen Ratifizierung eines Vertragstextes konstitutionellen Charakters – gleichgültig, ob dieser die Bezeichnung „Verfassung“ aufweist oder nicht -, leugnen sie letztlich die Existenz eines europäischen demos und damit eines wesentlichen Merkmals für die Entstehung eines europäischen Staates, das sie eigentlich mit ihrem Bundesstaatsziel ausdrücklich im Auge haben (sollten) oder zumindest vorspielen. Jedenfalls behindern sie die Entstehung eines entsprechenden Staatsbewusstseins, wenn sie es nicht gar abtöten und frustrieren. Dies ist einerseits Ironie andererseits integrationspolitisch kontraproduktiv, weil die Föderalisten damit gegen ihr eigenes integrationspolitisches Ziel eines Bundesstaats handeln und damit gewissermaßen in eine argumentative Falle geraten. Dies müssten sich die idealistischen Föderalisten als Volksabstimmungsgegner ins Stammbuch schreiben. Zugleich wird mit der Ablehnung einer Volksbeteiligung in der nationalen Dimension der nationale demos brüskiert und letztlich das eurokratische Entscheidungsmonopol des von den Föderalisten als undemokratisch gebrandmarkten institutionellen Machtdreiecks und damit das „technokratische“ Europa versteinert – eine weitere argumentative Falle und Paradoxie.

Die Intergouvernementalisten (als Skeptiker und Demokraten) hingegen unterliegen ebenfalls der Gefahr, in eine argumentative Falle zu laufen. Auch hierin liegt eine Ironie. Da eine Volksbeteiligung – erst recht natürlich, wenn sie ein positives Ergebnis brächte – einen enormen Impetus für die Entstehung eines europäischen Staatsbewusstseins hätte, ist die Forderung der Intergouvernementalisten als Demokraten nach einer (europäischen) Volksabstimmung letztlich ein wesentliches Element, um die europäische Staatlichkeit zu fördern, also gerade das, was die Intergouvernementalisten als Skeptiker ablehnen. Dies müssten sich daher die Skeptiker als Volksabstimmungsbefürworter ins Stammbuch schreiben lassen. Nicht zuletzt die Kritik an den undemokratischen Strukturen der Union und die darauf gegründete Demokratisierungsforderung der Intergouvernementalisten vermag diese Falle zu verdeutlichen. Demokratisierung zu fordern, bedeutet letztlich die Forderung nach bundesstaatlichen Strukturen, weil nur diese das demokratische Gewaltenteilungsprinzip gewährleisten, während das einzementierte Machtdreieck der drei Institutionen Rat-Kommission-Parlament genau dies nicht sicherstellt

und schließlich sogar den Weg dorthin verbaut. Ironischerweise treffen sich an dieser Stelle Föderalisten und Intergouvernementalisten, hier allerdings bezogen auf das gemeinsam vertretene Demokratisierungspostulat, das Erstere aber auf den Bundesstaat, Letztere auf die vorhandenen Nationalstaaten zugespißt sehen. So betrachtet erachten beide das einzementierte Machtdreieck jedenfalls als unbefriedigend und weniger demokratisch als ein bundesstaatliches Modell und eine Gewaltenteilungsstruktur. Diese wollen allerdings nur Föderalisten auf der Europäischen Ebene verwirklicht sehen.

Schlüpfen die Skeptiker in eine Rolle als nicht konsequent lupenreine Demokraten auf europäischer Ebene, wohl aber als vorgebliche Demokraten auf der jeweiligen Ebene ihrer „Vaterländer“, ist für sie als Befürworter nationaler Volksabstimmungen nach dem „Entweder-oder-Prinzip“ (siehe oben Abschn. 4.2.) der europäische demos praktisch nichts (also ohne demokratischen Stellenwert), der jeweilige nationale demos in der ihm überlassenen Annahme oder Ablehnung eines Vertragstextes in einer nationalen Volksabstimmung mit gesamteuropäisch bindender Wirkung hingegen alles. Letztlich bedeutet dies Wiedergeburt des Nationalismus. Damit soll nicht gesagt werden, dass intergouvernementale Vorgangsweisen als Vorstufe einer Vergemeinschaftung prinzipiell abzulehnen sind (siehe die obigen Aussagen der ökonomischen Staatslehre in Abschn. 2.4.).

Einer weiteren argumentativen Falle oder Widersprüchlichkeit unterliegen die Skeptiker in ihrer Rolle als Demokraten im jeweiligen eigenen nationalen Bereich, in der Extremform als Rechtspopulisten oder gar Nationalisten, wenn man an die Konsequenzen des Falles denkt, dass ein oder mehrere Mitgliedstaaten negativ abstimmen oder im Fall einer nach nationaler Verfassung nicht zwingend gebotenen Volksabstimmung parlamentarisch nicht ratifizieren und die Mehrheit der Mitgliedstaaten (sei es, dass ihre Bevölkerungen positiv abstimmen oder ihre Parlamente rechtsverbindlich ratifizieren) den Vertrag annehmen wollen. Hier käme dann letztlich nur die Austrittsoption der Vertragsgegner zum Tragen, weil eine Effektivierung des Vertrags lediglich in den Ländern der Vertragsbefürworter in Form eines in der Vergangenheit öfters diskutierten Modells einer abgestuften Integration (flexible Methode der Integration, Kerneuropa, variable Geometrie, mehrere Geschwindigkeiten)¹³⁶⁾ derzeit nicht auf der europäischen Agenda steht, sieht man von Bestimmungen über eine verstärkte Zusammenarbeit im Reformvertrag ab (Titel IV EUV), die ohnedies schon nach bestehender Rechtslage möglich ist.

Realistischerweise wird mit Scheitern des Vertrags nach bisherigen Erfahrungen nur bei einem negativen Volksabstimmungsergebnis in „wichtigen“ Mitgliedstaaten zu rechnen sein (nur in diesem Fall hätte diese negative nationale Volksabstimmung faktisch gesamteuropäisch bindende Wirkung), in anderen Fällen kann es, wie Präjudize zeigen, auch zu Nachverhandlungen kommen. Die Skeptiker (als Rechtspopulisten oder Nationalisten) müssten sich also entscheiden, was zu geschehen hätte: Wollen sie bei negativer nationaler Volksabstimmung auf jeden Fall den Austritt, insbesondere wenn die anderen Mitgliedstaaten den Vertrag vollinhaltlich übernehmen wollen? Oder setzen sie auf Nachverhandlungen, um noch akzeptable Zugeständnisse zu erhalten? Beides ist denkbar, aber nicht sehr realistisch: Wenn es zum Austritt kommen soll, für den ein formalisiertes Verfahren im Übrigen erst durch den Reformvertrag eingeführt werden soll (Art. 50 EUV), wären die Austrittsbedingungen in einem eigenen Abkommen mit den „verbleibenden“ Mitgliedstaaten erst auszuhandeln. Dazu gibt es natürlich noch keine Präjudize. Wenn es nicht dazu kommen soll, wären allenfalls Nachverhandlungen denkbar, um Vertragsgegner, aber nicht unbedingt Austrittswillige, mit einzelnen Zugeständnissen doch noch bei der Stange zu halten. Dazu gibt es Präjudize. In beiden Fällen dürften Verhandlungslösungen aber wohl nur schwierig und letztlich daher nicht sehr erfolgversprechend sein.

Dem „Entweder-oder-Prinzip“ stellt das demokratische Integrationsverständnis im Sinne der soziologischen Sichtweise des kosmopolitischen Europas (siehe Abschn. 4.2.) das „Sowohl-als-auch-Prinzip“ gegenüber. Dieses setzt die Existenz eines europäischen demos voraus, welche die Skeptiker angesichts ihrer ablehnenden Haltung gegenüber einem europäischen Bundesstaat allerdings verneinen, womit sie gegen ihr demokratisches Prinzip handeln. Als Verweigerer einer europäischen Volksabstimmung und Befürworter lediglich einer nationalen Volksabstimmung handeln die Skeptiker in der gesamteuropäischen Perspektive undemokratisch, in der verengten nationalen Perspektive vorgeblich demokratisch, letztlich aber nationalistisch. Sollte aus EU-skeptischer Sicht in der Rolle der Demokraten europaweit ein negativer Ausgang einer Volksabstimmung erwartet werden, wäre auch dies möglicherweise widersprüchlich, weil allein die Abhaltung einer solches Referendums ein europäisches Staatsbewusstsein und die Entstehung eines europäischen demos fördern würde, auch wenn das Ergebnis letztlich negativ wäre.

Was künftige Vertragsänderungen anbelangt, bleibt im Reformvertrag, abgesehen vom Konventsverfahren (Art. 48 Abs. 3 VEU), das eurokratisch-technokratische Integrationsverständnis im Wesentlichen erhalten, weil plebiszitäre Elemente im Sinne eines europäischen Referendums weiterhin ausgeschlossen bleiben und lediglich auf das – angesichts der hohen Unterstüthungshürde von einer Million UnionsbürgerInnen – vermutlich nicht sehr häufig zu erwartende europäische Volksbegehren („Bürgerinitiative“ – Art. 11 Abs. 4 VEU) beschränkt werden. Auch hierin liegt eine Widersprüchlichkeit begründet. Einerseits sind nicht nur vermehrte Übertragungen von Hoheitsbefugnissen, sondern – unabhängig davon auch – entscheidungsstrukturell bedingte zunehmende Zentralisierungstendenzen zu konstatieren, andererseits aber wird gerade jene Auswirkung einer Übertragung einer souveränitätsähnlichen hoheitlichen Befugnis, durch welche die Zentralisierung direkt-demokratisch zu legitimieren wäre, nämlich die Akzeptanz einer europaweit bindenden Wirkung des Ergebnisses einer europäischen Volksabstimmung, verweigert (möglicherweise mit der Begründung, dass dies ein Eingriff in nationale Hoheitsbefugnisse sei und sich deshalb nicht als konsensfähig erwiesen hat). Damit bleibt es beim Abbau von Hoheitsbefugnissen im Sinne eines „technokratischen“ Integrationsverständnisses. Ein Durchbruch zu einem demokratischen Integrationsverständnis lässt weiter auf sich warten.

8. Zusammenfassende Thesen und Konklusionen

8.1. Die Europäische Union als Staat im ökonomischen Sinn [Abschn. 2. und 3.]

8.1.1. Aus ökonomischer Sicht handelt es sich bei den in den Ziel- und Zuständigkeitskatalogen der EU-Verträge aufgezählten interventionistischen Aufgabenbereichen der Union ohne Zweifel um öffentliche Aufgaben, also Staatsaufgaben. Im Sinne der ökonomischen Staatslehre kommt der Union daher funktionell Staatsqualität zu. Im zeitlichen Ablauf betrachtet, zeigt sich eine Integrationsdynamik, die ungleichschrittig fortschreitet und damit die Aufgabenausweitung auf Unionsebene verstärkt, potenziell also zentralisierend wirkt. Dies tritt insbesondere dann ein, wenn integrationspolitisch „zurückgebliebene“ Bereiche

flankierender Art, die für die volle Effektivität bereits vergemeinschafteter Sektoren unabdingbar sind, als Gemeinschaftszuständigkeit „beansprucht“ werden, z.B. sozialpolitische Kompetenzen, um negative Folgewirkungen der Währungsunion „abzufangen“. Begünstigt werden derartige Tendenzen nicht zuletzt durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Verstärkt könnten sie ferner durch die Verrechtlichung der Grundrechtscharta werden.

8.1.2. Staatstypologisch und interventionistisch betrachtet, sind nicht alle Staatsfunktionen auf Unionsebene gleichermaßen ausgebildet. So ist die Union zweifellos ein Rechtsstaat, jedoch kein voll ausgebildeter Leistungsstaat (Sozial- und Wohlfahrtsstaat). Sie beeinflusst aber wesentlich den ordnungspolitischen Rahmen der Wirtschaftsabläufe, insbesondere durch die Wettbewerbspolitik und andere regulative Eingriffe. Andererseits ist sie ein Subventionsstaat, der die Bereitstellung öffentlicher Güter im weitesten Sinn durch Finanzierungszuschüsse fördert, was zugleich verteilungs- und stabilisierungspolitische sowie regional- und strukturpolitische Effekte nach sich zieht. Ökonomisch gerechtfertigt ist ein Gemeinschaftshandeln nicht zuletzt bei externen Effekten, also grenzüberschreitenden Phänomenen, um Entscheidungssituationen nach Art eines *prisoners' dilemma* zu überwinden, die Verhandlungslösungen zwischen den Betroffenen nicht zustande kommen lassen. Nur in diesen Fällen wird überdies der *subsidium*-Charakter einer „höherrangig“ angesiedelten intervenierenden Institution im Sinne des Subsidiaritätsprinzips und damit die Rechtfertigung für eine Zentralisierung deutlich. Insofern ist es fragwürdig, das Subsidiaritätsprinzip, wie es der Vertrag vorsieht, auf die Bereiche nicht ausschließlicher Unionszuständigkeit (also der mit den Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeiten) zu beschränken.

8.1.3. Sozial- und Wirtschaftspolitik reduziert sich im Wesentlichen auf Koordinierung. Mangels eigener Besteuerungskompetenz ist die Union auch kein Steuerstaat. Verstärkt wird die wirtschaftspolitische Koordinierung durch die stabilisierungspolitische Überwachung und Sanktionierung der Budgetpolitik der Mitgliedstaaten. Diese verkörpert die schärfste wirtschaftspolitische Interventionsform, die in der zugrunde liegenden wirtschaftstheoretischen Stabilitätsdoktrin der

Maastricht-Kriterien im Hinblick auf die Funktionalität der Währungsunion als dem wesentlichsten zentralisierten Politikbereich gerechtfertigt wird. Andererseits birgt diese einseitige Stabilitätsausrichtung auch *Widersprüche* in sich, wenn bei nicht hinreichend erfüllten Kriterien eines „optimalen“ Währungsraums kompensierende Maßnahmen mangels angemessener Mittelausstattung nicht auf Unionsebene getroffen werden können, sondern auf nationaler Ebene zu treffen sind, was angesichts des damit verbundenen zusätzlichen Mitteleinsatzes die von der Union im Überwachungsverfahren auferlegten Stabilitätsziele gefährden könnte. Dies ist primär keine Paradoxie der Staatlichkeit der Union, aber eine Widersprüchlichkeit, die aus den zugrunde liegenden wirtschaftspolitischen Konzeptionen erwächst. Angesichts der (noch) nicht ausgebildeten politischen Union unterliegt die Währungsunion generell einem Risiko wegen der fehlenden unmittelbaren politischen Legitimierung der stabilitätsorientierten monetären Politik.

8.1.4. Zwischenresümee: Betrachtet man die Ziel- und Zuständigkeitskataloge der Union, ist es nur sehr schwer argumentierbar, dass dies alles Aufgaben eines Nichtstaates sein sollen. *Im ökonomischen Sinne ist die Union daher ein Staat.* Am deutlichsten äußert sich dies in der allokativen politischen Funktion (Ordnungspolitik und Regulierung sowie Förderung der Produktion öffentlicher Güter), weniger deutlich hingegen in der distributionspolitischen Funktion (dort hauptsächlich in der Rolle der Union als Subventionsstaat) und in der stabilisierungspolitischen Funktion (dort allerdings auf eine stabilitätspolitische Aufsichtsfunktion fokussiert)

8.2. Die Frage nach dem Staatsmerkmal „Staatsvolk“ und der Existenz eines europäischen *demos* [Abschn. 4.1. und 4.2.]

Aus der Sichtweise einer soziologischen Staatslehre liegt im eindeutigen (strengen) Sinn das von der juristischen Staatslehre geforderte Staatsmerkmal „Staatsvolk“ nicht vor. Nach der Konzeption eines „kosmopolitischen Europas“ des deutschen Soziologen *Ulrich Beck* ist vielmehr von einem Merkmal auszugehen, das *sowohl* von der Existenz eines europäischen *demos als auch*

durch einen nationalen *demos* geprägt ist („Sowohl-als-auch-Prinzip“; im Gegensatz zu dem Denken in sich gegenseitigen ausschließenden Kategorien nach dem „Entweder-oder-Prinzip“).

8.3. Souveränität und Staatsgewalt als zentrale Fragestellung der juristischen Staatslehre: Die Union als nichtsoveräner Staat nach *Jellinek* und als Gesamtstaat nach *Kelsen* [Abschn. 4.3.]

8.3.1. Nach der juristischen Staatslehre machen die beiden Merkmale (1) *potenzielle* All(gemein)zuständigkeit und (2) hoheitliche Gewalt den souveränen Staat aus. Souveränität als Selbstbestimmung, Selbstbindung, absolute Willenseinheit ist aber nicht Allmacht, sondern Rechtsmacht, wobei es nicht auf die faktische, sondern auf die (potenziell) mögliche Kompetenzausübung ankommt, also die Selbstbestimmung über die Kompetenz, d.h. die „Kompetenz-Kompetenz“. Im Rahmen dieser Rechtsmacht ist die staatliche Willensdurchsetzung dann „hoheitlich“ garantiert (Hoheitsgewalt, *imperium*). Der an deutschen Universitäten tätig gewesene österreichische Staatsrechtslehrer *Georg Jellinek* hat bereits vor 100 Jahren in seiner heute noch immer zitierten „Allgemeinen Staatslehre“ die Souveränität nicht als essenzielles Staatsmerkmal anerkannt. Neben dem souveränen gebe es auch den nichtsoveränen Staat. *Jellinek* billigt diesem (nichtsoveränen) Staat zwar ebenfalls Rechtsmacht über seine Kompetenz zu. Diese findet aber die Grenze am Recht eines anderen Gemeinwesens, das diese Kompetenz auch wieder entziehen könnte. Aus der Sicht der Befunde der ökonomischen, aber auch der juristischen Staatslehren erscheint es daher angemessen, diese Definition für die Europäische Union zu übernehmen.

8.3.2. Folgt man dem von einem anderen österreichischen Staatsrechtslehrer, nämlich *Hans Kelsen*, dem Schöpfer der österreichischen Bundesverfassung, und auch von *Georg Jellinek* anerkannten Grundsatz der Unteilbarkeit der Souveränität, verbliebe die Souveränität nach wie vor *ungeteilt* bei den Mitgliedstaaten als Herren der Verträge, womit nicht nur Zuständigkeitsübertragungen auf die Union, sondern – theoretisch –

auch Kompetenzrückverlagerungen zu den Mitgliedstaaten erfasst wären. Unzutreffend wäre es jedenfalls, von Souveränitätsübertragungen zu sprechen. Man sollte dies vielmehr korrekterweise als Aufgaben- oder Kompetenzverlagerungen (organisationstheoretisch: Zentralisierung) bezeichnen, auch wenn nicht zu verkennen ist, dass mit diesen Verlagerungen auch der Übergang bestimmter Hoheitsbefugnisse verbunden ist.

8.3.3. Erst wenn die Staatlichkeit der Union vollständig ausgebildet wäre, wenn also die *Gesamtordnung* „Europäische Union“ (analog Republik Österreich) die beiden Teilordnungen von „Oberstaat“ (verkörpert durch die Organe der Europäischen Union, analog Bund) und *Gliedstaaten* (Mitgliedstaaten, analog Bundesländer) als „Souveränitätsdach“ überwölbt, und zwar möglichst geschlossen überwölbt, könnte man von einem *europäischen Bundesstaat* sprechen. Dann würde sich im Sinne *Kelsens* die Souveränität, deren Träger die Gesamtordnung wäre, gleichermaßen (*ungeteilt*) auf die Staatsorgane der EU als Oberstaat und die Mitgliedstaaten als Gliedstaaten erstrecken. Beide - Oberstaat und Gliedstaaten - wären als im Delegationsverhältnis der „Gesamtstaatsordnung“ stehend zu verstehen.

8.3.4. Wesentlich für die Staatlichkeit und damit die Souveränität ist nicht, dass das eine neue „übergeordnete“ Ebene als „Gesamtordnung“ bildende gemeinsame Dach tatsächlich lückenlos mit allen staatlichen Kompetenzen ausgestattet ist, also vollständig von neuen Dachziegeln gebildet wird, von denen jeder eine sektorale staatliche Einzelzuständigkeit bzw. öffentliche Aufgabe verkörpert, entscheidend ist vielmehr, dass auf die übergeordnete Ebene als Gesamtordnung die rechtliche Befugnis übergeht, *potenziell* alle Zuständigkeiten wahrzunehmen (*potenzielle Allzuständigkeit*), potenziell also ein Gesamtdach zu bilden. Dies ist bei der Europäischen Union (noch) nicht der Fall, weil daneben auch noch die bestehenden mitgliedstaatlichen Dächer oder Dachteile vorhanden sind. Die Union kann die bestehenden mitgliedstaatlichen Dächer nur mit ausdrücklicher (begrenzter Einzel)-Ermächtigung ersetzen. Wenn sie allerdings dazu ermächtigt wird, ist der Vorrang ihrer das neue Dachteil verkörpernden Rechtsordnung absolut (Näheres siehe unten bei 8.4.3.).

8.3.5. Zwischenresümee: Obwohl *Jellineks* Theorie souveräner und nichtsoveräner Staaten nicht unumstritten ist (und beispielsweise auch von *Kelsen* abgelehnt wird), bietet sie sich als durchaus geeigneter pragmatischer Ansatz an, wenn man versucht, die Ergebnisse der ökonomischen Staatslehre mit jenen der juristischen kompatibel zu machen. *Demnach wäre die Union im ökonomischen Sinn (nach den Befunden der ökonomischen Staatslehre) als Staat, im juristischen Sinn als nichtsoveräner Staat anzusehen.* Die Souveränität verbliebe ungeteilt bei den Mitgliedstaaten, solange die Gesamtordnung nicht zu einem Bundesstaat ausgebildet ist. Modernere staatsrechtliche Ansätze sehen die Entwicklung der Supranationalität als eine von den Staaten abgeleitete Gewalt, korrespondierend zu den damit verbundenen Souveränitätsbeschränkungen oder gar Aushöhlungen der Staatensouveränität (Supranationalität nach dem österreichischen Verfassungs-, Völker- und Menschenrechtsexperten *Felix Ermacora* als „Souveränität eines regionalen Staatenverbandes im Werden“).

8.4. Die Paradoxie der Europarechtslehre: Die Union als Gebilde *sui generis* oder als ein nichtsoveräner Staat, der gegenüber seinen souveränen Mitgliedstaaten den Vorrang seiner Rechtsordnung beansprucht? [Abschn. 5.]

8.4.1. Es existiert keine einhellig akzeptierte Definition des Gebildes „Europäische Union“ in der Europarechtslehre. Die terminologische Unsicherheit bewegt sich zwischen dem Festmachen von einzelnen Elementen, die einerseits für eine Überstaatlichkeit, andererseits für eine Nichtstaatlichkeit der Union sprechen, um ein mehr oder weniger diffus umschriebenes, hybrides *sui generis*-Gebilde einer „Gemeinschaft“ zu umschreiben, das eine „neuartige Form zwischenstaatlicher Verbindung“ zum Ausdruck bringen soll.

8.4.2. Paradox erscheint, dass gerade einem Gebilde, das man nicht konsistent definieren kann, wesentliche, das Zusammenleben der Menschen in den Mitgliedstaaten prägende Aufgaben und Zuständigkeiten übertragen werden (auch wenn diese Übertragung im Sinne der „klassischen“ Staatslehren – noch – nicht als Übertragung von Souve-

ränität einzustufen ist) – *Paradoxie Nr. 1*. Das kommt im Prinzip dem „outsourcing“ öffentlicher Aufgaben auf Privatrechtssubjekte oder beliebige Unternehmer (falls es sich um hoheitliche Aufgaben, verbunden mit Behördenfunktionen, handelt) gleich, also auf ein trotz des klingenden Namens „Europäische Union“ nach Art einer europäischen Wach- und Schließgesellschaft mit ordnungspolitischen Regulatorenfunktionen und einem Geldtopf zum Verteilen von Subventionen eingerichtetes Gebilde, dem sich die Mitgliedstaaten nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung anvertrauen und sich bei dieser Art von Selbstentmündigung auch noch als „Herren der Verträge“ fühlen. Daraus sollte natürlich auch folgen, dass die Mitgliedstaaten als Herren der Verträge die nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung übertragenen Befugnisse so wie im österreichischen Verwaltungsrecht die Beleihung eines „beliebigen“ Unternehmers wieder rückgängig machen können. Doch dies ist Theorie. (Damit soll nicht gesagt werden, dass nach den Befunden der ökonomischen Staatslehre solche Aufgabenübertragungen nicht berechtigt sind, insbesondere bei Überforderung der einzelnen Staaten zur Lösung grenzüberschreitender Probleme.)

8.4.3. Ohne Zweifel kommt der Union das Souveränitätsmerkmal (potenzieller) All(gemein)zuständigkeit angesichts des Grundsatzes des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung seitens der Mitgliedstaaten „als Herren der Verträge“ (noch) nicht zu. Andererseits besteht aber nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs („Costa-Enel“) *absoluter und schrankenloser, unbedingter und endgültiger Vorrang des Unionsrechts*, der eine sektoral auf die übertragenen Zuständigkeiten beschränkte, dort aber die Grenzen der Rechtsmacht der souveränen Mitgliedstaaten überschreitende Wirkung entfaltet, indem er der Gemeinschaftsrechtsordnung Vorrangigkeit einräumt. Dies entspricht nicht mehr dem zentralen Merkmal des „klassischen“ Souveränitätsbegriffs (ausschließliche Selbstbestimmung). Dies kann als weitere Paradoxie europäischer Staatlichkeit angesehen werden (*Paradoxie Nr. 2*), weil der nichtsoveräne Staat „Union“ gerade nicht seine Grenze an der Rechtsmacht der bestehenden (soveränen) Mitgliedstaaten findet, sondern den Vorrang seiner Rechtsordnung beansprucht und diesen auch durchsetzt, womit diese Grenze durchbrochen wird.

8.4.4. Ob und inwieweit es allenfalls noch Schranken des Vorrangprinzips in Gestalt „nationaler Verfassungsreservate“ gibt, war in Österreich im Hinblick auf das Vorliegen eines volksabstimmungspflichtigen verfassungsrechtlichen Gesamtänderungstatbestands zu prüfen (eine „Gesamtänderung“ der Verfassung liegt bei einem Eingriff in fundamentale Verfassungsprinzipien, d.s. die „*Baugesetze*“ der Bundesverfassung, vor; siehe unten bei 8.7.2.). Akzeptiert man *Jellineks* Auffassung des nichtsoveränen Staats, wäre somit die begrenzte Einzelermächtigung, also die fehlende (potenzielle) All(gemein)zuständigkeit, der letzte argumentative Faden, um die Staatlichkeitseigenschaft (genauer Souveränitätseigenschaft) des Gebildes „Europäische Union“ auszuschließen. Die vom Europäischen Gerichtshof entwickelte Vorrangrechtsprechung kompensiert andererseits diesen dünnen Faden, indem sie gewissermaßen den Grundsatz des Vorrangs „dogmatisiert“, und zwar in einer Intensität, dass er – wenn auch sektoral beschränkt – zumindest gleiche Wirkung entfaltet, wie es in einem Bundesstaat mit einer nach *Kelsen* vollständig geschlossenen Gesamtordnung über den beiden Teilordnungen „Oberstaat“ und Gliedstaaten der Fall wäre.

8.5. Die Frage nach einer Finalität der Europäischen Union: Leitbild eines Europäischen Bundesstaates versus Leitbild einer „zu konstitutionalisierenden“ Europäischen Union [Abschn. 6.1. und 6.2.]

Das Leitbild und allfällige Vorstellungen über die „Finalität“ der Europäischen Integration wandelten sich etwa Mitte der 1960er Jahre vom Europäischen Bundesstaat in den Nachkriegsjahren zur Europäischen Union. Auch bei der ab Mitte der 1970er Jahre einsetzenden und bis zur Gegenwart andauernden Verfassungsdiskussion stand der qualitative Sprung in die Staatlichkeit eines Europäischen Bundesstaates nicht auf der Tagesordnung. Auf diese Weise verblieb nach Ansicht der Europarechtslehre (*Thomas Oppermann*) die Souveränität im Sinne letztentscheidender Kompetenz-Kompetenz und machtmäßiger Durchsetzungsfähigkeit bei den Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“, obwohl diese erhebliche Teile ihrer Staatsgewalt in Gemeinschaftshoheit über-

führt haben, ohne sich den Rückruf vorzubehalten. Als weitere Paradoxie (*Paradoxie Nr. 3*) kann angesehen werden, dass ausgerechnet dann, als die Idee einer Verfassungsgebung in den Vordergrund trat, von einer logischen Finalität, nämlich einem europäischen Bundesstaatsmodell, nicht mehr die Rede war.

8.6. Die Diskussion von Bundesstaatsmodellen im Vorfeld des Verfassungskonvents und alternative Verfassungsvorstellungen aus zentralisierungskritischer Sicht einerseits und interventionsfreundlicher sowie mit Zentralisierungsdefiziten begründeter Sicht andererseits [Abschn. 6.3., 6.4. und 6.5.]

8.6.1. Den im Vorfeld des Verfassungskonvents insbesondere von deutscher Seite erfolgten Wiederbelebungsversuchen einer Debatte über die Finalität Europas durch ein bundesstaatsähnliches Modell war nur eine kurze Lebensdauer beschieden. Deutschland und Frankreich einigten sich im Vorfeld des Verfassungskonvents, das bestehende institutionelle Machtdreieck von Parlament, Rat und Kommission – nur geringfügig modifiziert – zu zementieren. Dies wurde vom Verfassungskonvent unverändert übernommen. Mit dieser Zementierung dürfte vermutlich eine Weiterentwicklung der europäischen Integration in Richtung eines bundesstaatlich verfassten Gewaltenteilungsmodells auf absehbare (oder auch nicht absehbare) Zeit verbaut sein. Die bisherige Gemengelage exekutiver und legislativer Funktionen ohne ein-eindeutige (exklusive) institutionelle Zuordnung an die betreffenden Staatsgewalten nach dem klassischen Gewaltenteilungsmodell wird somit beibehalten.

8.6.2. Zugleich ist dies aber auch eine Absage an die – vermutlich idealistischerweise – vom deutschen Bundesstaatsmodell geprägten Vorstellungen, eröffnet andererseits aber zunehmende Zentralisierungsspielräume. Diese liegen nicht zuletzt in der nicht trennscharfen Abgrenzung von gemeinschaftlichen und nationalen Zuständigkeiten begründet, die von den Müttern und Vätern des Verfassungsvertrags und damit auch des Reformvertrags bewusst im Sinne einer „dynamischen

Weiterentwicklung“ der Union instrumentalisiert werden. Dies ist zentraler Kritikpunkt der „*European Constitutional Group*“ in ihren alternativen „minimalstaatlichen“, zentralisierungskritischen und ordo-liberal geprägten Verfassungsvorstellungen, die mit zentralisierungs- und interventionsfreundlichen Einstellungen eines „polit-ökonomischen“ Paradigmas linker Prägung der „*EuroMemorandum-Gruppe*“ kontrastieren. Dieses konzentriert sich vielmehr auf Zentralisierungsdefizite der Union.

8.7. Existiert ein „konstitutioneller Kern“, der eine nationale oder auch europäische Volksabstimmung erforderlich macht? Volksabstimmungsbedarf nach österreichischem Verfassungsrecht [Abschn. 7.1., 7.2. und 7.3.]

8.7.1. In ökonomisch-funktioneller sowie institutioneller Betrachtung zeichnet sich deutlich ein „konstitutioneller Kern“, eine „konstitutionelle Identität“ (Staatlichkeit) der Europäischen Union ab, der allerdings nach den Befunden der juristischen Staatslehre (noch) nicht der Charakter eines souveränen Staates zukommt. Das ist

- die Verstetigung der Präsidialstruktur des Europäischen Rats und die Straffung der Außenvertretung der Union,
- die Ausweitung der Befugnisse des Europäischen Parlaments,
- die gegenseitige militärische Beistandspflicht (allerdings noch mit dem Einstimmigkeitserfordernis bei Beschlüssen militärischen Charakters) und nicht zuletzt
- die Verrechtlichung der Grundrechtscharta.

Verkürzt und überspitzt gesagt, wird die Union durch den Reformvertrag alle wesentlichen Merkmale eines voll entwickelten Staates erhalten, ausgenommen das Recht, Steuern zu erheben, sich zur Finanzierung ihrer Aufgaben zu verschulden und Mitgliedstaaten gegen ihren Willen in Kriegshandlungen zu verwickeln.

8.7.2. Dies wirft zunächst die Frage auf, ob und inwieweit der zunehmenden europäischen konstitutionellen Identität gegenläufig eine abnehmende nationalstaatliche konstitutionelle Identität

gegenübersteht, was in Österreich die Frage nach den Voraussetzungen einer volksabstimmungspflichtigen Gesamtänderung der Bundesverfassung aufgeworfen hat, von der die Frage einer gesamteuropäischen Volksabstimmung analytisch abzutrennen ist (siehe dazu Näheres unten bei 8.9.), und in Deutschland zur verfassungsgerichtlichen Überprüfung geführt hat, ob durch den wesentlichen Integrationsschritt des Maastrichter Vertrages eine Entföderalisierung und Entparlamentarisierung bereits in einem Ausmaß eingetreten ist, dass man von einem Verlust der konstitutionellen Identität (Staatlichkeit) der Bundesrepublik Deutschland sprechen kann.

8.7.3. Auch wenn dies von der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit letztlich verneint wurde, indem der „pragmatische“ Weg einer Prüfung des jeweils vorliegenden Integrationsschritts erfolgte, blieb die zentrale Frage, wann schließlich von einem Verlust der nationalen konstitutionellen Identität gesprochen werden kann, sowohl in Deutschland wie auch in Österreich auf Basis der „*Baugesetzdoktrin*“ der Verfassungsrechtslehre im Hinblick auf allenfalls vorliegende referendumspflichtige Gesamtänderungstatbestände letztlich unbeantwortet (sieht man davon ab, dass beim österreichischen EU-Beitritt eine Gesamtänderung bejaht worden war, was zur damaligen Volksabstimmung 1994 geführt hat). Die gegebene Antwort war in beiden Fällen eine Bejahung der zur Entscheidung heranstehenden Integrationsschritte - in Österreich zuletzt, was den Reformvertrag angeht, in Deutschland, was den Maastrichter Vertrag anbelangte. Hinsichtlich des Vertrags von Lissabon ist ein Prüfungsverfahren aufgrund von Verfassungsbeschwerden beim deutschen Bundesverfassungsgericht bereits anhängig. Bis zum Ausgang dieses Verfahrens hat der deutsche Bundespräsident seine Unterzeichnung des parlamentarischen Zustimmungsgesetzes zu diesem Vertrag ausgesetzt. (In Deutschland ist die Prüfung der Verfassungskonformität von Integrationsschritten primär eine judizielle durch das Verfassungsgericht, in Österreich letztlich eine politische und nur vordergründig eine rechtliche, weil verfassungsändernde Verträge der Prüfung durch den Verfassungsgerichtshof entzogen sind und sich die [interne] rechtliche Prüfung der Verfassungskonformität im Vorfeld der parlamentarischen Ratifizierung darauf bezieht, ob eine volksabstimmungspflichtige Gesamtänderung der Verfassung vorliegt oder nicht, wobei im letzteren

Fall die Frage einer fakultativen Volksabstimmung bei einer bloßen Teiländerung der Verfassung eindeutig eine politische Entscheidung ist.)

8.7.4. Die in Rede stehenden Integrationsschritte zu bejahen, mag verfassungsrechtlich durchaus argumentierbar sein, verfassungspolitisch ist es aber unbefriedigend. In Österreich werden „Verfassungsreservate“, also die wesentlichen *Baugesetze*, noch als Grenzen für den vom Europäischen Gerichtshof beanspruchten absoluten und uneingeschränkten Vorrang des Unionsrechts angesehen. Nachdem die im Verfassungsvertrag vorgesehen gewesene ausdrückliche Verankerung dieses Vorrangprinzips im Reformvertrag nur mehr in einer Erklärung zum Vertrag erwähnt wurde, sieht die herrschende österreichische Doktrin keine Durchbrechung dieser Grenzen mehr, weil ihrer Ansicht nach aus der relevanten Erklärung mehr oder weniger implizit auch die Respektierung dieser Grenzen herauslesbar sei. Dies kann freilich angezweifelt werden.

8.7.5. Selbst wenn man - *per se* betrachtet - die Befunde der herrschenden österreichischen Verfassungsrechtslehre, wonach eine volksabstimmungspflichtige Gesamtänderung der Verfassung nicht vorliege, als verfassungsrechtlich konsistent akzeptiert, sollte aus verfassungspolitischer Sicht hinterfragt werden, ob die sogenannte *Baugesetzdoktrin* (also der Eingriff in die „*Baugesetze*“, die Fundamentalprinzipien der österreichischen Verfassung als Indiz für eine Gesamtänderung) mittlerweile nicht ein sehr stumpfes Instrument geworden ist, um sie – anders als etwa einzelne deutsche Diskussionsanstöße von prominenten Verfassungsexperten vermuten lassen – wirksam als Maßstab für die Verfassungskonformität von Zuständigkeitsübertragungen an die EU und Vertiefungen der europäischen Integration einsetzen zu können. Dieses Instrument greift letztlich erst dann, wenn die Errichtung eines europäischen Bundesstaats heransteht.

8.7.6. Hier wäre verfassungspolitisch ein Umdenken angemessen, weil damit grundsätzliche Fragen der „konstitutionellen Identität“ des Staatswesens der Republik berührt sind (ohne damit die gedankliche Assoziation einer „Staatsexistenzgefährdung“ provozieren zu wollen). Dies gilt insbesondere für das Phänomen einer schleichenden Gesamtänderung gerade im Hinblick auf die Aus-

wirkungen der in den letzten Jahren üblich gewordenen mehr oder weniger regelmäßigen Revisionen der EU-Verträge, die schrittweise zu einer Verdichtung und Vertiefung der Integration geführt haben.

8.7.7. Ein Qualitätssprung (hier: zu einer Gesamtänderung der Verfassung) ist normalerweise der Endpunkt einer umfangmäßig (quantitativ) stetig fortschreitenden Folge von vertiefenden Integrationsschritten (genauso wie aus innerstaatlicher Perspektive die Abschaffung der Republik oder der Demokratie letztlich nur der – zum Glück eher unwahrscheinliche – Endpunkt einer schleichenden Gesamtänderung der Verfassung sein kann). Die Verfassungsrechtslehre sollte daher bereits früher deutliche Anhaltspunkte als Prüfmerkmale einer in der Tendenz schon erkennbaren Gesamtänderung zur Verfügung stellen und sich nicht auf das bloße Einbekenntnis der Unbestimmtheit des Rechtsbegriffs „Gesamtänderung“ zurückziehen. Anstatt Ratlosigkeit zu kultivieren und über „Wesensgehalte“ von Verfassungsprinzipien zu philosophieren, sollte sie in der Lage sein, bereits vor dem zu erwartenden Qualitätssprung greifbare „Warnzeichen“ angeben zu können.

8.7.8. Aus demokratiepolitischen Erwägungen erschiene es jedenfalls angemessen, wenigstens an den altbewährten *in dubio*-Grundsatz zu erinnern, nämlich im Fall eines Zweifels über das Vorliegen eines Gesamtänderungstatbestands davon auszugehen, dass ein Eingriff in ein Grundprinzip anzunehmen sei, also *in dubio pro referendo*, und nicht von vorneherein das Gegenteil zu konstatieren. Dem sollte verfassungspolitisch insbesondere zum Durchbruch verholfen werden, wenn beträchtliche Zuständigkeitsverlagerungen zur Union, grundlegende Änderungen der Entscheidungsstrukturen in der Union erfolgen sollen, also die Institutionen deutliche Konturen von staatlichen Organen erhalten und die Merkmale von Internationalen Organisationen zunehmend verblassen, sowie Grundrechtstexte zur Verabschiedung herantreten. Diese Änderungen machen den „konstitutionellen Kern“ des Vertragswerks aus und verdeutlichen die Integrationschranken, bei deren Überschreiten von einer Gesamtänderung der Bundesverfassung zu sprechen wäre. Aus dieser Perspektive betrachtet, war die Debatte um eine gesamtändernde Wirkung des

Vorrangprinzips in Österreich letztlich ein Kampf an der falschen Front, Streit um des Kaisers Bart, weil *res iudicata*, und zwar durch das österreichische Volk selbst in der Volksabstimmung über den EU-Beitrittsvertrag, dessen Bestandteil der gemeinsame Rechtsbestand der Gemeinschaft (*acquis communautaire*) und damit nicht zuletzt die Vorrangrechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs war.

8.8. Implikationen des deutschen Maastricht-Urteils [Abschn. 7.4.]

8.8.1. Möglicherweise ist es darauf zurückzuführen, dass in Deutschland die Problematisierung von Eingriffen durch Fortentwicklung des Integrationsstandes deshalb akzentuierter debattiert wird, weil die deutsche Verfassungsrechtslage keine Volksabstimmungen vorsieht, auch wenn in tragende Grundsätze des deutschen Grundgesetzes eingegriffen werden sollte. Dafür scheint aber das Selbstverständnis und auch das Selbstbewusstsein der Verfassungsgerichtsbarkeit in seiner Rolle als „Hüter“ der deutschen Verfassung (faktisch) ausgeprägter zu sein als in Österreich, auch wenn sich vermutlich die Herangehensweise an rechtliche Überprüfungen von Integrationschritten an Hand nationaler Verfassungsmaßstäbe und möglicherweise auch deren Ergebnisse in beiden Ländern nicht signifikant unterscheidet.

8.8.2. Auch die Maastricht-Rechtsprechung beschränkt sich mit der Betonung des Prüfvorbehalts jedes Integrationschritts, der Nicht-Präjudizialität eines verfassungsrechtlich überprüften und als unbedenklich eingestuften Integrationschritts für spätere Erweiterungen dieses Integrationsprogramms sowie dem Erfordernis der Voraussehbarkeit der Voraussetzungen und hinreichenden Bestimmbarkeit jedes Integrationschritts im Wesentlichen auf verfahrensmäßige Gesichtspunkte. Sachlich-substanzielle Grenzen hat diese Rechtsprechung genauso wenig wie die österreichische *Baugesetzdoktrin* für die Grenzüberschreitung von der Teil- zur Gesamtänderung aufgezeigt. Der ehemalige deutsche Bundespräsident (und ehemalige Präsident des deutschen Bundesverfassungsgerichts sowie Präsident des – ersten – europäischen Grundrechtskonvents), *Roman Herzog*, hat eine Reihe von institutionellen Vorschlägen vorgelegt, um Zentralisierungs-

tendenzen, also Kompetenzverlagerungen auf die Unionsebene, Einheit zu bieten. Diese lassen aber wie auch die deutschen und österreichischen Verfassungsrechtsdoktrinen letztlich genaue Festlegungen vermissen, wo die Grenze des vom Standpunkt des nationalen Verfassungsrechts nicht mehr Tolerablen zu ziehen ist.

8.8.3. Diese Grenze ließe sich bei der Definition von Integrationsschranken auf Basis des „konstitutionellen Kerns“ ziehen. Dass ein derartiger Kern nach üblichen Verfassungsstandards zwar zu umreißen ist, verfassungsrechtlich aber nach dem derzeitigen Stand der Verfassungsrechtslehre nicht argumentierbar ist, andererseits verfassungspolitisch wünschbar wäre, um Grenzen einer volksabstimmungspflichtigen Gesamtänderung der nationalen Verfassung auszumachen, mag als weitere Paradoxie (*Paradoxie Nr. 4*) der Debatte um die Staatlichkeit der Europäischen Union betrachtet werden.

8.8.4. Diese Paradoxie verstärkt sich noch um eine weitere Dimension, wenn man die realistischerweise zu erwartenden Auswirkungen der künftig verrechtlichten Grundrechtscharta bedenkt und diese sich – im dreigliedrigen Staatsaufbau nach *Kelsen* als Gesamt-Grundrechtsordnung - über die Gesamtordnung „Europäische Union“ erstreckt, also sich nicht in der ursprünglich von *Herzog* intendierten Reichweite lediglich auf die Institutionen der Union (als Teilordnung) beschränkt, andererseits aber der Union als Gebilde *sui generis* von der Europarechtslehre (noch) keine Staatsqualität zugesprochen wird (*Paradoxie Nr. 5*). Begründet liegt diese Paradoxie in der diffusen Konstruktion der Grundrechtscharta und ihres Anwendungsbereichs. Einerseits liegt es nahe, mit ihr nach dem Vorbild „klassischer“ Grundrechtskataloge individuelle Rechtsansprüche zu assoziieren, andererseits versucht die Charta nach eigener Festlegung ihres Anwendungsbereichs, erstens die Anwendung der Grundrechtsregelungen auf das Unionshandeln zu fokussieren, womit mittelbar die Grundrechtsformulierungen den Charakter von Unionszielbestimmungen erhalten. Dabei versucht sie zweitens, die Zuständigkeiten der Union nicht zu erweitern. Angesichts dieser diffusen Gemengelage von Anspruchshaltungen an die Charta ist nicht auszuschließen, dass allein schon durch das an die Unionsorgane gerichtete Gebot, die Grundrechte zu achten, die Union sich

künftig angesprochen, ja geradezu ermuntert fühlen wird, entsprechende Handlungen auch in Bereichen zu initiieren, wo ihr explizit (noch) keine Zuständigkeit eingeräumt ist. In die Handlungsbeschränkung würde demnach eine Handlungsaufforderung hineininterpretiert werden, wodurch – unter Umständen mit Unterstützung des Europäischen Gerichtshofs - aus der Beschränkung eine Aufforderung entstehen würde. Dies würde ohne Zweifel Zentralisierungstendenzen begünstigen.

8.9. Wie könnte ein dem derzeitigen Integrationsstand, der „Staatlichkeit“ der Union und dem europäischen *demos*-Charakter entsprechendes europäisches Volksabstimmungsmodell aussehen? [Abschn. 7.5.]

8.9.1. In der Debatte über eine Volksabstimmung zum Reformvertrag ist die Notwendigkeit einer nationalen Volksabstimmung von der Frage nach einer direkt-demokratischen Legitimierung auf gesamteuropäischer Ebene zu unterscheiden. Ersteres ist nach den jeweiligen nationalen Verfassungsordnungen zu beurteilen und im Hinblick auf die Staatlichkeit der Union und den europäischen *demos*-Charakter nur sekundär relevant. Letzteres (nämlich die Legitimierung auf gesamteuropäischer Ebene) hätte hingegen aus demokratiepolitischer Sicht und im Hinblick auf die Frage der Existenz eines europäischen „*demos*“ und dessen Rolle als „*pouvoir constituant*“ ungleich größere Bedeutung und wäre daher mit Vorrang zu diskutieren (gewesen). Unter den realen politischen Gegebenheiten ist dies jedoch Utopie oder vielmehr verpasste Gelegenheit, was man seitens der politischen Klasse aber wohl mit Sicherheit bewusst so geschehen ließ und in Kauf genommen hat. Was Österreich angeht, fanden in diesem Kontext überdies sogar eindeutige Vorgaben aus Resolutionen des österreichischen Nationalrats keine Beachtung, geschweige denn Umsetzung auf europäischer Ebene.

8.9.2. Weder eine einfache Bevölkerungsmehrheit auf gesamteuropäischer Ebene noch auch die Verhinderung eines Zustandekommens des Vertragsprojekts, wenn die Bevölkerung auch nur eines Mitgliedstaats mehrheitlich gegen den Vertrag

stimmt, ist ein adäquates Volksabstimmungsmodell. Folgend dem soziologischen Konzept eines „kosmopolitischen Europas“, wäre nach dem derzeitigen Integrationsstand *sowohl* dem europäischen „*demos*“ *als auch* der Bevölkerungsentcheidung in den Mitgliedstaaten in ihrer Rolle als Willensäußerung des jeweiligen nationalen *demos* entsprechendes Gewicht zuzusprechen. Die Lösung könnte in einer doppelten Mehrheit liegen, indem *der Vertrag als angenommen zu gelten hätte, wenn die Bevölkerung in zwei Dritteln der Mitgliedstaaten, also 18 (mit jeweils einfacher Mehrheit in jedem dieser 18 Staaten) positiv abstimmt und überdies insgesamt zwei Drittel der Unionsbevölkerung zustimmen*. Anders als beispielsweise in der Schweiz, wo bei Verfassungsreferenden zur doppelten Mehrheit von Bevölkerung und Kantonen jeweils die einfache Mehrheit ausreicht, wäre bei einer europäischen Volksabstimmung die Schwelle der Annahme des Vertrags somit höher anzusetzen, und zwar aus dem einfachen Grund, weil eine der Staatlichkeit der *Confoederatio Helvetica* äquivalente Staatlichkeit einer *Confoederatio Europaea* (noch) nicht existiert.

8.9.3. Sollte sich in den Verhandlungen zum Verfassungsvertrag bzw. zum Reformvertrag ein Vorstoß in diese Richtung aus dem Grund als nicht konsensfähig erwiesen haben, weil eine bindende Wirkung des Ergebnisses einer europäischen Volksabstimmung von den Mitgliedstaaten als Eingriff in ihre nationalen Hoheitsbefugnisse („Souveränität“) nicht hingenommen wurde, läge ein Widerspruch darin (*Paradoxie Nr. 6*), dass einerseits – begünstigt durch entscheidungsstrukturell bedingte Zentralisierungstendenzen - substantiell Hoheitsbefugnisse übertragen werden, dieses also Akzeptanz findet, andererseits aber eine direkt-demokratische Legitimierung dieser Übertragungen abgelehnt wird. Ob ein solcher Vorstoß von österreichischer Seite im Sinne der eindeutigen Nationalratsresolutionen und vollmundiger Ankündigungen führender Politiker überhaupt erfolgt ist, ist nicht nachvollziehbar, dürfte aber zweifelhaft sein. Spießen könnte sich der Gedanke einer europäischen Volksabstimmung allenfalls an den Implikationen der Maastricht-Rechtsprechung in Deutschland, weil letztlich unter dem vom deutschen Bundesverfassungsgericht zu beurteilenden Gesichtspunkt der Verfassungskonformität von Zuständigkeitsübertragungen an die Europäische Union nur die

rechtmäßigen Organe der Bundesrepublik darüber befinden können, nicht aber eine Mehrheit der europäischen Bürger, wie der ehemalige Präsident des Europäischen Parlaments, der deutsche Sozialdemokrat *Klaus Hänsch*, jüngst festgestellt hat.

8.10. Argumentative Fallen [Abschn. 7.6.]

8.10.1. Eine Typologisierung sich ausschließender Vorstellungen über die Finalität der europäischen Integration fördert mehrere argumentative „Fallen“, Widersprüchlichkeiten und weitere Paradoxien zu Tage, nämlich zwischen „Intergouvernementalisten“ und „Föderalisten“, Befürwortern eines Europas der Vaterländer und Befürwortern eines europäischen Bundesstaats, „Demokraten“ und „Eurokraten“, EU-Skeptikern und EU-Idealisten, Volksabstimmungsbefürwortern und Volksabstimmungsgegnern. Eine wechselseitige Zuordnung dieser Eigenschaften vermag denkbare Kombinationen, aber auch sich ausschließende Kombinationen aufzuzeigen.

8.10.2. Eine erste argumentative Falle (*Paradoxie Nr. 7*) und zugleich Ironie besteht darin, dass die Eurokraten als EU-Idealisten und Föderalisten mit der Verweigerung einer Volksabstimmung gerade jenes staatsbewusstseinsfördernde Merkmal blockieren, das die Existenz eines europäischen *demos* ausmacht und das letztlich die Staatlichkeit Europas fördern würde, welche die Föderalisten eigentlich anstreben.

8.10.3. Andererseits unterliegen auch die Intergouvernementalisten als Skeptiker und Demokraten der Gefahr, in eine argumentative Falle (*Paradoxie Nr. 8*) zu laufen, wenn sie eine Volksabstimmung fordern und dabei übersehen, dass sie genau das fördern, was sie eigentlich ablehnen, nämlich die Entstehung eines von einem europäischen *demos* getragenen Staatsbewusstseins, zumal – auch durch ein negatives Ergebnis einer solchen Volksabstimmung – allein die Propagierung einer europäischen Volksabstimmung der Idee einer europäischen Staatlichkeit einen beträchtlichen Impetus verleihen würde. Beide – Föderalisten und Intergouvernementalisten – erweisen sich ironischerweise also letztlich selbst einen „Bärendienst“, insoweit sie nicht begreifen,

das ein Verfassungsgebungsprozess ein zutiefst demokratischer Prozess ist, bei welchem dem Volk eine zentrale Rolle als „*pouvoir constituant*“ zukommt. Soll das das neue Europa sein, das sie bauen wollen?

- 8.10.4. In der leicht variierten Rolle der Skeptiker als europäische Volksabstimmungsgegner einerseits und in der Befolgung eines strengen „Entweder-oder“ in ihrer Rolle als nationale Volksabstimmungsbefürworter andererseits, in der Demokratenrolle dabei aber reduziert auf die Rolle der Demokraten in ihrem jeweiligen nationalen Bereich, möglicherweise sogar in einer ins Rechtspopulistische „abgedrifteten“ Form und damit letztlich als Nationalisten, unterliegen auch diese einem Widerspruch (*Paradoxie Nr. 9*), weil eine lediglich auf den Bereich der Vertragsbefürworter beschränkte Effektivierung des Vertragswerkes kaum denkbar ist und daher letztlich nur die Austrittsoption in Frage kommt – nicht zuletzt angesichts des Umstands, dass Nachverhandlungen bei deklariert Austrittswilligen kaum realistisch und erfolgversprechend erscheinen dürften. Ein Ausweg aus allen diesen Dilemmata vermag nur das demokratische Integrationsverständnis nach dem „Sowohl-als-auch-Prinzip“ eines „kosmopolitischen Europas“ anzubieten.

8.11. Gesamtresümee

- 8.11.1. Angesichts der Ziel- und Zuständigkeitskataloge der Union ist es nicht mehr plausibel argumentierbar, dass die dort verankerten Ziele und Aktivitäten aus der Sicht der ökonomischen Staatslehre keine Aufgaben eines Staates verkörpern.
- 8.11.2. Aus der Sicht der juristischen Staatslehre lässt sich begründen, dass die Union wegen fehlender All(gemein)zuständigkeit und der ihr nach dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung von den souveränen Mitgliedstaaten übertragenen Befugnisse ein nichtsouveräner Staat ist.
- 8.11.3. Aus dieser Perspektive der ökonomischen und juristischen Staatslehre erscheint die terminologische Unsicherheit der *sui generis*-Konstrukte

eines hybriden Gebildes „Europäische Union“ der Europarechtslehre widerlegbar und überwindbar.

- 8.11.4. Andererseits durchbricht dieser nichtsouveräne Staat allerdings durch den von seiner Gerichtsbarkeit beanspruchten (absoluten) Vorrang seiner Rechtsordnung in den ihm sektoral übertragenen Bereichen die Souveränität der Mitgliedstaaten. Darin liegt die ganze Paradoxie und Widersprüchlichkeit der Europäischen Union begründet.
- 8.11.5. Dies berührt nicht zuletzt die Frage nach der Notwendigkeit einer direkt-demokratischen Legitimierung der jüngsten Vertragsrevision durch den Vertrag von Lissabon („Reformvertrag“) nach der österreichischen Bundesverfassung. Dabei bildete in der österreichischen Diskussion die Regelung des Vorrangprinzips ein zentrales Kriterium.
- 8.11.6. Auch wenn sich aus verfassungsrechtlicher Sicht plausibel argumentieren lässt (was natürlich angezweifelt werden kann), dass ein volksabstimmungspflichtiger Gesamtänderungstatbestand durch den Reformvertrag letztlich nicht herbeigeführt wurde, ist dieses Ergebnis aus demokratiepolitischer Sicht in höchstem Maße unangemessen und sollte Anstöße zu entsprechenden verfassungspolitischen Überlegungen geben.
- 8.11.7. Angesichts eines durch die jüngste Vertragsrevision im Reformvertrag klar herauskristallisierten „konstitutionellen Kerns“ lässt sich aus verfassungspolitischer Sicht eine direkt-demokratische Legitimierung ohne Zweifel rechtfertigen.
- 8.11.8. Der gesamteuropäischen Legitimierung in einer europäischen Volksabstimmung sollte dabei größere Relevanz eingeräumt werden als nationalen Verfassungsrechtsfragen.
- 8.11.9. In welcher Form die Legitimierung erfolgen könnte, hängt von der Existenz eines europäischen *demos* ab und wie sich dieser Geltung verschaffen kann.
- 8.11.10. Die Durchführung einer derartigen Volksabstimmung würde nicht zuletzt die Herausbildung eines europäischen *demos* entscheidend fördern.

Dies bereitet sowohl den Volksabstimmungsbeifürwortern wie auch den Volksabstimmungsgegnern delikate argumentative Fallen, in die sie zu stürzen drohen.

9. Epilog

Nach Fertigstellung des Manuskripts traten zwei signifikante Ereignisse ein, die für das Inkrafttreten des Lissaboner Vertrages generell und für die Entwicklung der Referendumsdemokratie im Zusammenhang mit grundlegenden Änderungen der EU-Verträge in Österreich im Besonderen relevant sein könnten, deren Auswirkungen im Detail aber noch nicht absehbar sind. Das ist der negative Ausgang der Volksabstimmung über den Reformvertrag in Irland am 12.6.2008 und der am 26.6.2008 bekannt gewordene „Schwenk“ der österreichischen Sozialdemokraten in der Europapolitik.¹³⁷⁾

Was das irische Ereignis angeht, sind mittlerweile Stimmen laut geworden, die für ein Kerneuropa, ein Europa der zwei Geschwindigkeiten, plädieren, wo ein „Klub der Integrationswilligen“ voranschreitet und sich jene, die sich dem nicht anschließen, im Wesentlichen auf den Integrationsstand des Binnenmarktes beschränken. Dieser Gedanke ist nicht neu, in der Vergangenheit schon wiederholt vorgetragen worden und im Übrigen zum Teil bereits nach bestehender Rechtslage verwirklicht (Währungsunion, Wegfall der Grenzkontrollen nach dem Schengener Abkommen, Bestimmungen über eine verstärkte Zusammenarbeit nach bestehender Vertragsrechtslage). Von offizieller Seite deutet aber wenige Wochen nach diesem Ereignis nichts darauf hin, dass man sich von der Absicht abbringen lässt, die noch ausstehenden parlamentarischen Ratifizierungen zu Ende zu führen, damit den Vertrag substanziell unverändert zu lassen und Irland dann – möglicherweise durch symbolische Zugeständnisse - wieder „ins Boot“ zu holen, sodass Ankündigungen einer Weiterführung der Integration nach dem Modell der zwei Geschwindigkeiten von nicht mehr aktiven Politikern, etwa dem ehemaligen deutschen Außenminister *Joschka Fischer* („Vive l'Avantgarde“, in: DIE ZEIT-online am 30.6.2008), eher als willkommene Drohkulisse interpretiert werden können, um notorische EU-Skeptiker, wie etwa den polnischen und tschechischen Präsidenten, zu isolieren. Nicht zuletzt richtete sich dieser Vorstoß auch gegen die österreichischen Sozialdemokraten, um deren „abenteuerlichen Europa-Opportunismus“ und deren

Kniefall vor einer europaskeptischen Boulevardzeitung zwecks Sicherung des innenpolitischen Überlebens zu geißeln.

Der „Schwenk“ der österreichischen Sozialdemokraten bestand darin, in einem Leserbrief des Bundeskanzlers *Alfred Gusenbauer* und des von ihm wenige Tage vorher interimistisch designierten neuen Parteiobmanns *Werner Faymann* an eine auflagenstarke EU-kritische Boulevardzeitung für „zukünftige Vertragsänderungen, die die österreichischen Interessen berühren“, in Österreich eine Volksabstimmung anzukündigen. Dies gelte auch für den Vertrag von Lissabon, aber nur für den Fall, dass er angesichts des irischen Ereignisses neuerlich geändert und daher neuerlich ratifiziert werden müsste. In späteren Wortmeldungen präzisierte der Bundeskanzler diesen Vorstoß dahingehend, dass es Volksabstimmungen – lediglich über solche Vertragsänderungen geben solle, „deren Tragweite mit jener des Vertrages von Maastricht und Lissabon zu vergleichen sei.“ Dies entspricht dem auch in dieser Studie vertretenen Standpunkt, Vertragsänderungen konstitutionellen Charakters einer Volksabstimmung zu unterziehen, allerdings – anders als jetzt von der SPÖ propagiert – nicht (bloß) einer nationalen, sondern vorwiegend einer europaweiten Volksabstimmung.

Der demokratiepolitisch zu begrüßende Meinungsumschwung leidet insofern an hinreichender Glaubwürdigkeit, als er zum einen nicht auf ein gesamteuropäisches, sondern auf ein nationales Referendum fokussiert ist, zum anderen in einer Zeit erfolgte, als der Bundeskanzler in seiner Führungsrolle letztlich angesichts rapide fallender Umfragewerte innerhalb seiner eigenen Partei bereits umstritten war und daher das opportunistische Motiv, weiteren Verfall der Wählerzustimmung zu stoppen, auf der Hand liegt – nicht zuletzt auch angesichts der usancenwidrigen Form, wie diese Kehrtwende kommuniziert wurde. Eine auf Gesichtspunkte politischer Opportunität gegründete Referendumsbereitschaft, die sich im Übrigen in die von einer nicht gerade referendumsfreundlichen Partei wie der SPÖ geprägten raren bisherigen Erfahrungen in Österreich mit der Referendumsdemokratie einreicht, ist keine solide Basis für die Institutionalisierung einer glaubwürdigen Referendumsdemokratie in lebenswichtigen Fragen der Republik.

- 1) Untertitel Paraphrase frei nach Manfred Matzka (Vom Wesen und Wert juristischer Staatstheorie, in Österreichische Zeitschrift für Politikwissenschaft 4/1980), dieser wohl nach Hans Kelsen (Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. 1929). Die Bezeichnung „Paradoxie“ wird hier und im Folgenden unabhängig davon verwendet, ob darunter eine wirkliche Widersprüchlichkeit (Antinomie) oder nur eine scheinbare oder vermeintliche verstanden wird. Das Manuskript wurde am 5.6.2008, also vor der negativ ausgegangenen Volksabstimmung in Irland, abgeschlossen.
- 2) Für Beides – die Charta und den Verfassungsentwurf – jeweils ein erstaunlich kurzer Zeitraum für die Vollendung zweier zentral bedeutsamer Dokumente, wenn man bedenkt, dass sich die österreichische Debatte über eine Grundrechtsreform und generell über eine Verfassungsreform bereits seit Jahrzehnten hinzieht.
- 3) Siehe zum Ablauf des Verfassungsgebungsprozesses bis zu dessen vorläufigem Scheitern und den ersten Schlussfolgerungen daraus P. Henseler. Die Konstitutionalisierung Europas in der Sackgasse? Eine Reflexion zur Reflexionsphase, unveröffentlichtes Typoskript zum Stand 20.1.2006, sowie P. Henseler, Analysing the so-called period of reflection, in EUWatch, Issue 1 (Juni 2006), S. 5 ff., sowie Reflecting on the 'Reflection Period' under Austria's EU presidency, in EUWatch, Issue 2 (Juli 2006), S. 25 ff. EUWatch wird von der EU-skeptischen Fraktion im Europäischen Parlament "Independence/ Democracy" herausgegeben und ist von <http://indemgroup.org/48/> abrufbar.
- 4) Nach Auffassung einer Studiengruppe, die im Auftrag des Verfassungsdienstes des österreichischen Bundeskanzleramts bereits 1995 zur Vorbereitung der in die Amsterdamer Vertragsrevision mündenden Regierungskonferenz mit der Ausarbeitung von Thesenpapieren zur Institutionen- und Demokratiereform der EU betraut war, „könnte man die einem Staat zumindest nahe kommende politische Kompetenz der Gemeinschaften nicht mehr ernsthaft leugnen“ (Okresek, Reform der Institutionen und Demokratisierung der EU, in: Leicht, Regierungskonferenz 1996 – Wohin steuert die EU? 1996, S. 182).
- 5) Streng genommen ist dieser dem Maastrichter Vertrag 1992 zugeschriebene gravierende Eingriff bereits auf den 1.7.1990 zu datieren, als die letzte der durch die „Einheitlichen Europäischen Akte“ 1986 eingeführten Freiheiten des Binnenmarktes, nämlich die Kapitalverkehrsfreiheit, wirksam wurde, die dann durch den Maastrichter Vertrag als erste Stufe der Währungsunion definiert wurde - ein bemerkenswertes zeitliches Zusammentreffen: An diesem Tag wurde zugleich die deutsche Währungsunion noch vor der politisch-rechtlichen Vereinigung der beiden deutschen Staaten (3.10.1990) wirksam.
- 6) Vgl. dazu z.B. Funk (Hgb.), Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte, 1981.
- 7) Dies erinnert an die österreichische Terminologie der „beliehenen (öffentlichen) Unternehmer“. Das sind nicht bloße Privatrechtssubjekte, die im Rahmen der „Privatwirtschaftsverwaltung“ agieren, also Güter und Dienstleistungen öffentlicher Allein- oder Miteigentümer „wie ein Privater“ anbieten und nachfragen, sondern solche, die behördliche (hoheitliche Aufgaben) wahrnehmen („klassisches“ Lehrbuchbeispiel: Devisenbewirtschaftung durch die Notenbank, vgl. Antonioli, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1954, S. 186).
- 8) Siehe dazu jüngst die Ausführungen im Bericht des Verfassungsausschusses des österreichischen Nationalrats anlässlich des Ratifizierungsverfahrens des Vertrags von Lissabon „zur Frage einer Gesamtänderung der Bundesverfassung nach Art. 44 Abs. 3 B-VG“ (484 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen, XXIII. Gesetzgebungsperiode, S. 21 ff.).
- 9) Siehe dazu das Gutachten (W. Barfuß), die Referate (P. Pernthaler und W. Leisner) und die Diskussionsbeiträge des 13. Österreichischen Juristentages, Salzburg 1997, veröffentlicht 1997 bzw. 1999.
- 10) „Die Existenz von Integrationsschranken ist auch in der (österreichischen) Literatur nahezu einhellig anerkannt, In welchem Ausmaß die ‚Baugesetze‘ [bereits durch das Bundesverfassungsgesetz über den österreichischen EU-Beitritt] modifiziert worden sind, ist freilich außerordentlich unklar und dogmatisch letztlich wohl auch nicht eindeutig zu beantworten“ (Bericht des Verfassungsausschusses des Nationalrats – siehe obige Fn. – und die darin angeführten Nachweise).
- 11) Um dem Rechnung zu tragen, erhielt im Übrigen 1981 die traditionsreiche Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (gegründet 1844) den Untertitel Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE). Ab 1986 wurde der Untertitel zum Haupttitel. Auch wenn diese thematische Umriorisierung dem „state of the arts“ der ökonomischen Wissenschaften entsprach, kann bezweifelt werden, ob man damit noch einem interdisziplinären Zugang zum Forschungsobjekt „Staat“ im Schnittbereich von

Rechts-, Wirtschafts- und Politikwissenschaften, wie er im Übrigen mit der seinerzeit an den österreichischen Rechtsfakultäten angebotenen Studienrichtung der Staatswissenschaften verbunden war, gerecht wird. Die Staatswissenschaften (als allokatorentheoretisches Gegenstück zu der an der Handelshochschule und späteren Wirtschaftsuniversität bzw. an den neuen sozial- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultäten angebotenen Ökonomie des privaten Sektors bzw. Betriebswirtschaftslehre, an den Technischen Universitäten für Wirtschaftsingenieure: „Betriebswissenschaften“) waren mit der - unbestreitbar notwendigen - Reform der sozial- und wirtschaftswissenschaftlichen Studienrichtungen an den österreichischen Universitäten in der zweiten Hälfte der 1960er Jahre abgeschafft worden. Dass dadurch möglicherweise das mit diesem traditionellen und auch traditionsreichen Approach (hervorgegangen aus den „Kameralwissenschaften“) verbundene „Interdependenzwissen“ verloren gegangen ist und akademisch nur mehr spezialisiertes und sektoralisiertes Wissen in den einzelnen Fachdisziplinen tradiert wird, bedauert nicht zuletzt der Autor dieses Beitrags. Um mit Hayek (Die Theorie komplexer Phänomene, 1972) zu sprechen: Die Spezialisierung/Sektoralisierung eliminierte Komplexität, ohne sie durch einen inter-, multi- oder gar transdisziplinären Approach vorher angemessen zu reduzieren.

12) Es handelt sich im Folgenden im gängiges Lehrbuchwissen. Auf Nachweise im Einzelnen wird daher verzichtet. Einen guten Überblick über den finanzwissenschaftlichen Erkenntnisstand, auf den sich auch die nachfolgende Zusammenstellung stützt, soweit nicht auch andere Autoren angeführt sind, bietet Wilfried Schönböck (Neuordnung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich, 1991, S. 393 ff., hier insbesondere Kap. I: Gründe für Staatsinterventionen in den privaten Sektor sowie Funktionen und Aktivitätskomponenten des Staates). Kurzdefinitionen mit entsprechenden Nachweisen finden sich im Übrigen in einschlägigen Nachschlagewerken (Gabler-Wirtschaftslexikon oder Vahlens Großes Wirtschaftslexikon).

13) Vgl. dazu insbesondere Egon Matzner (Hgb.), Der Wohlfahrtsstaat von morgen – Entwurf eines zeitgemäßen Musters staatlicher Interventionen, 1982.

14) Siehe Vahlens Großes Wirtschaftslexikon.

15) Vgl. dazu den Effizienzvergleich „Gemeinwirtschaft versus Privatwirtschaft“ von Friedrich Schneider und Rainer Bartel, 1989.

16) Basierend auf Überlegungen zu einer „gerechten Stadtstruktur“ und dem „Raum-Zeit-Modell“ von Torsten Hägerstrand, die einem Forschungsprojekt von Peter Henseler und Gerhard Rüscher am seinerzeitigen finanzwissenschaftlichen Institut der TU Wien (dem Vorläufer des jetzigen Fachbereichs) zugrunde gelegt waren („Verteilungswirkungen der Verkehrspolitik – Ansätze einer gesellschaftlichen Betrachtung räumlicher und zeitlicher Organisation“, in: Der öffentliche Sektor – Forschungsmemoranden 1-2/ 1978).

17) Daher auch „Rahmenpolitik“, häufiger aber auch „Allgemeine Strukturpolitik“ (gegenüber der Vielzahl „sektoraler Wirtschaftspolitiken“) genannt. Dies ist zentrales Anliegen der auf die Freiburger Schule zurückgehenden und insbesondere mit dem Namen Walter Eucken verbundenen Ordnungspolitik (daher auch als „Ordo-Liberalismus“ bezeichnet), d.i. theoriengeschichtlich die „echte“ Schule des Neoliberalismus der unmittelbaren Nachkriegszeit insbesondere in den westlichen Besatzungszonen Deutschlands und der späteren Bundesrepublik Deutschland, verknüpft mit der hauptsächlich von Ludwig Erhard geprägten wirtschaftspolitischen Konzeption der „sozialen Marktwirtschaft“ – im Gegensatz zu dem fälschlicherweise als Neoliberalismus firmierenden Marktradikalismus angelsächsischer Prägung unserer Tage, der die Konzeption der „Marktwirtschaft ohne das Adjektiv ‚sozial‘“ propagiert und der historisch korrekter daher als „Neo-Neoliberalismus“ oder noch zutreffender als „Marktradikalismus“ zu bezeichnen wäre, weil er dazu neigt, Staatsinterventionen – auch solche ordnungspolitischer Art – undifferenziert abzulehnen. Die hier dargestellte Systematik wirtschaftspolitischer Maßnahmen stützt sich auf die gängige wirtschaftspolitische Lehrbuchliteratur – je älter diese ist, desto besser vermittelt sie im Allgemeinen diese historischen Wurzeln, siehe dazu z.B. die Beiträge von G. Gäfgen über „Allgemeine Wirtschaftspolitik“ und von E. Dürr über „Prozesspolitik“ in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Band 2, 1968. Die österreichische Entwicklung in der Nachkriegszeit verlief in etwas anderen Bahnen. Auch hier wurden Rahmenbedingungen gesetzt, soweit diese nicht bereits durch den aus bekannten Gründen verursachten hohen und wirtschaftspolitisch bedeutsamen Anteil der Verstaatlichten Industrie vorgegeben waren. „Ordnungspolitik“ war somit dem österreichischen Sprachgebrauch eher fremd. Prägend für die Aufbaujahre und fortwirkend bis in die jüngste Vergangenheit als rahmensetzender Faktor war das korporatistisch-kooperative Element der Sozialpartnerschaft – in der allokatorentheoretischen Terminolo-

gie basierend auf Verhandlungslösungen unter Einbindung der staatlichen Bürokratie, welche der Entscheidung durch die politisch-verfassungsmäßig zuständigen Organe vorgeschaltet waren, diese im Regelfall sogar determinierten.

18) Zitiert nach dem betreffenden Stichwort im Gabler-Wirtschaftslexikon.

19) Nobelpreisträger für Wirtschaftswissenschaften 1976 (für seinen Beitrag u.a. zur „Geldgeschichte und –theorie sowie seine Klarlegung der Komplexität der Stabilisierungspolitik“).

20) Zu den einzelnen Stichwörtern in diesem Abschnitt vgl. insbesondere Gabler-Wirtschaftslexikon sowie aus der zahlreichen Literatur bspw. G. Majone (Hgb.), *Deregulation or Re-regulation? Regulatory Reform in Europe and the United States*, London 1992, und P. Henseler, *Staat versus Markt oder ...? Allokationstheoretische Überlegungen zur Privatisierungsdebatte*, in: *Gemeinwirtschaft* 1990, S. 35 ff., mit einer Typologie von Privatisierungsformen je nach Änderung der Entscheidungsverhältnisse und/ oder der Eigentumsverhältnisse und einem Beurteilungsraster. Speziell zu den öffentlichen Unternehmen vgl. bspw. Alexander Van der Bellen, *Öffentliche Unternehmen zwischen Markt und Staat*, 1977, und Theo Thiemeyer, *Wirtschaftslehre öffentlicher Betriebe*, 1975).

21) In Österreich aus wirtschaftlicher bzw. rechtlicher Sicht erstmals untersucht von Christian Smekal, *Die Flucht aus dem Budget*, 1977, und Bernd-Christian Funk, *Die Besorgung öffentlicher Aufgaben durch Privatrechtssubjekte – Rechtsprobleme der Ausgliederungen des Staates in Form von privatrechtlich organisierten Rechtsträgern ohne imperium*, 1981. Als Beispiel für die zahlreiche Folgeliteratur neueren Datums sei auf die Verhandlungen des 15. Österreichischen Juristentages in Innsbruck 2003 „Zu den Grenzen der Ausgliederung“ (Gutachten von Gabriele Kucsko-Stadlmayer) verwiesen.

22) Der mindestens 50%ige öffentliche Eigentumsanteil oder – im Fall eines Minderheitsanteils - eine der Eigentümersmehrheit gleich zu haltende wirtschaftliche, finanzielle oder organisatorische Beherrschung bildet bekanntlich nach österreichischer Rechtslage eine Prüfungszuständigkeit durch den Rechnungshof und damit die Eigenschaft als „öffentliches Unternehmen“. Dies ist, wie ein jüngstes aktuelles Beispiel (Planungsausschreibung für den neuen Wiener Zentralbahnhof) zeigt, auch europarechtlich relevant, denn in diesem Fall ist ein Unternehmen verpflichtet, einen Vergabeauftrag nach den europäischen vergaberechtlichen Vor-

schriften öffentlich und europaweit auszuschreiben (Bescheid N/0012-BVA/07/2008-33 des österreichischen Bundesvergabeamts, abrufbar von der Webseite des Amtes <http://bva.gv.at>; vgl. dazu auch die Kurzerläuterung von Petra Rindler und Christoph Henseler, „Präzedenzfall im Vergaberecht“, in: Newsletter 1/2008 der Rechtsanwaltskanzlei Pflaum-Karlberger-Wiener-Opetnik, Wien).

23) Insofern kann dies analytisch als ein (spezieller) Grenzfall des allgemeineren Phänomens positiver externer Effekte gesehen werden (wobei im Fall der vollständigen Externalisierung, also der Entstehung eines öffentlichen Guts, der Staat als Produzent auftritt).

24) Nobelpreisträger für Wirtschaftswissenschaften 1986 („für die Entwicklung der kontrakttheoretischen und konstitutionellen Grundlagen der ökonomischen und politischen Beschlussfassung“).

25) Zitiert nach Richter/ Furubotn, S. 37; in der englischen Originalfassung: „Constitutional analysis attempts to explain the working properties of alternative sets of legal-institutional-constitutional rules that constrain the choices and activities of economic and political agents, the rules that define the framework within which the ordinary choices of economic and political agents are made.“

26) Vgl. eine mit diesem Begriffspaar übertitelte Schrift von V. Vanberg, 1981. Hayek erhielt den Nobelpreis für Wirtschaftswissenschaften 1974 (gemeinsam mit dem Vater des schwedischen Wohlfahrtsstaats Gunnar Myrdal, also des Vertreters eines zu Hayek absolut konträren wirtschaftspolitischen Paradigmas), allerdings hauptsächlich für seine „bahnbrechenden Arbeiten auf dem Gebiet der Geld- und Konjunkturtheorie“ und seine „tiefgründigen Analysen der wechselseitigen Abhängigkeit von wirtschaftlichen, sozialen und institutionellen Verhältnissen“ (diese beiden Begründungen hatte das Nobelpreis-Komitee in salomonischer Wertung gleichlautend auch Myrdal zuerkannt) und nicht primär für seine wissenschaftstheoretischen, gesellschaftstheoretischen und allokationstheoretischen Arbeiten (Definition des Marktes als spontane Ordnung versus staatlicher Anordnung und die Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung), die ungleich bedeutender sind und sich als wesentlich einflussreicher und prägender erwiesen haben als seine geld- und konjunkturtheoretischen Beiträge, sowie überdies auch durchaus fruchtbare Kontroversen provoziert haben.

27) Böswilligerweise könnte man statt „befürchten“ vielleicht auch sagen „herbeigeschriebenen“.

Zum Verständnis von Hayeks Liberalismusauffassung einschließlich dessen rechtlicher, ökonomischer und sozialer Implikationen sei unter den zahlreichen Schriften Hayeks grundlegend auf „Recht, Gesetzgebung und Freiheit“, 1980/ 81, und „Die Verfassung der Freiheit“, 1983, verwiesen.

28) Die terminologische Identität mit dem (gescheiterten) Verfassungsvertrag der EU ist einerseits eine zufällige, andererseits vom Standpunkt der Vertragstheoretiker aber auch eine plausible, weil sie in der Tradition Buchanan's Verfassung als Vertrag zwischen den sich unter ihren Schutz stellenden Individuen verstehen, was auch für eine EU-Verfassung zu gelten habe. Übertragen auf die EU sollte der Doppelbegriff „Verfassungsvertrag“ suggerieren, dass es um eine Verfassung für die Bürger geht, die (zugleich) ein Vertrag zwischen den Staaten bleibt, wie Pinzler/ Vannahme in einem Artikel in der ZEIT am 4.12.2003 treffend sagen. Die formale Analogie zur konstitutionenökonomischen Sichtweise besteht darin, dass die Vertragspartner jeweils individualisierbare Akteure sind, beim EU-Vertrag neben den Individuen auch die Staaten, was allerdings nach Ansicht der Vertragstheoretiker Demokratiedefizite nach sich zieht (siehe dazu unten Abschn. 6.4. und 7.5.).

29) Eine Europäische Verfassung aus polit-ökonomischer Sicht, in: ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft 54/ 2003.

30) Vgl. zum ideengeschichtlichen Hintergrund W. Kersting, Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags, 1996, und zur Weiterentwicklung in Gestalt des „New Contractarianism“ P. Koller, Neue Theorien des Sozialkontrakts, 1987.

31) Zurückgehend auf Herbert A. Simon, Nobelpreisträger für Wirtschaftswissenschaften 1978 („für seine bahnbrechende Erforschung der Entscheidungsprozesse in Wirtschaftsorganisationen“).

32) Vgl. dazu überblicksartig P. Henseler, Umwelt und Rechtsetzung – Argumentationslinien der ökonomischen Rechtsanalyse und der institutionellen Ökonomie, Europaskripten für den Europa-Hochschullehrgang „European Advanced Studies“ der Wissenschaftlichen Landesakademie, Vorläufer der Donau-Universität, Krems, 1993). Der (erste) Abschnitt über das Coase-Theorem wurde gemeinsam mit E. Matzner unter dem Titel „Relevanz und Irrelevanz am Beispiel des „Coase-Theorems“ in der Festschrift für Kurt W. Rothschild („Was ist relevante Ökonomie heute?“; hggb. von Egon Matzner und Ewald Nowotny, 1994) veröffentlicht. Der (zweite) Abschnitt beruhte auf einem Seminarvortrag im

wirtschaftspolitischen Seminar der Universität Saarbrücken im WS 1991/92 und wurde unter dem Titel „Allgemeine Prisoners' Dilemma-Situation als Ausgangspunkt gesetzgeberischen Handelns – Das Beispiel Umweltschutz“ in den Forschungsmemoranden „Der öffentliche Sektor“, 1/1992, veröffentlicht.

33) Dies war die wesentliche Begründung für die Verleihung des Nobelpreises für Wirtschaftswissenschaften des Jahres 1991, den er ausdrücklich „für seine Entdeckung und Klärung der Bedeutung der sogenannten Transaktionskosten und der Verfügungsrechte für die institutionelle Struktur und das Funktionieren der Wirtschaft“ erhalten hat.

34) Hayek bedient sich dabei im Übrigen eines Begriffs, der bereits von einer anderen Forschungsrichtung, nämlich dem (radikalen) Konstruktivismus (Heinz von Foerster, Ernst von Glasersfeld, Paul Watzlawick), besetzt gewesen ist.

35) Vgl. H.v. Foerster/ B. Pörsken, Wahrheit ist eine Erfindung des Lügners – Gespräche für Skeptiker, Heidelberg 1998, S. 90-91, dort übrigens rekurrend auf Hayeks spontane Ordnung, während Hayek seinerseits die Konstruktivisten nicht zitiert.

36) Vgl. bspw. Ernst Fehr, Über Vernunft, Wille und Eigennutz hinaus – Ansätze zu einer neuen Synthese von Psychologie und Ökonomie, in: Neue Zürcher Zeitung, 28.4.2001, und Sigmund/ Fehr/ Nowak, The Economics of Fair Play, in: Scientific American, Januar 2002.

37) Die sich damit abzeichnende Gegenbewegung in den Wirtschaftswissenschaften gegen das auf der Annahme perfekt zweckrationalen Verhaltens beruhende herrschende Paradigma – insbesondere – der neoklassischen Wirtschaftstheorie wurde ebenfalls schon mit einer Reihe von Nobelpreisen gewürdigt, so 1978 für Herbert A. Simon (siehe oben), 1994 für Reinhard Selten (für die „grundlegende Analyse des Gleichgewichts in nichtkooperative Spielen“ – gemeinsam mit John F. Nash und John C. Harsanyi) und 2002 für Daniel Kahnemann und Vernon L. Smith („für das Einführen von Einsichten der psychologischen Forschung in die Wirtschaftswissenschaft, besonders bezüglich Beurteilungen und Entscheidungen bei Unsicherheit“ und „für den Einsatz von Laborexperimenten als Werkzeug in der empirischen ökonomischen Analyse, insbesondere in Studien unterschiedlicher Marktmechanismen“). Im deutschsprachigen Bereich wird diese Forschungsrichtung insbesondere von dem aus Österreich stammenden und in Zürich lehrenden Ökonomen Ernst Fehr vertreten. Einen guten populärwissenschaftlichen Überblick über diese Forschungs-

richtung gibt der Artikel in der deutschen Wochenzeitung DIE ZEIT (17.10.2002) von U.J. Heuser „Die Revolution hat begonnen – Auf Wiedersehen, Homo oeconomicus: Lange glaubte die Wirtschaftswissenschaft, dass der Mensch sich rational verhält. Doch jetzt sehen die Forscher, wie wir wirklich entscheiden – und ziehen ihre Theorien in Zweifel“.

38) Scharpf, Die Rolle des Staates im westlichen Wirtschaftssystem: Zwischen Krise und Neuorientierung, in: Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF, Band 102, 1979).

39) Dies ist gängiger Wissensstand der betriebs- und volkswirtschaftlichen Investitionsrechnung. Siehe überblicksartig zu den analytischen Grundlagen des Zeitpräferenzarguments im Rahmen der Kosten-Nutzen-Analyse öffentlicher Investitionsentscheidungen W. Blaas/ P. Henseler, Theorie und Technik der Planung, 1978, S. 130 und 160. Zu hoher Zinssatz bedeutet (im Kehrwert) zu niedriger Abzinsungsfaktor und damit zu niedriger Zeitpräferenz, also zu niedriger Gewichtung der Zukunft in ihrer Relevanz für die Gegenwart. Dies ist ein tendenziell nicht-kooperationsförderndes Element, das somit hoheitliche Interventionen einer „höheren Instanz“ notwendig erscheinen lässt. Stellt diese Instanz, also die öffentliche Hand, allerdings nach dem Rechenmodell einer Investitionsrechnung eine Kosten-Nutzen-Rechnung an, um die Vermeidung künftigen Übels (als erwartete Nutzen) den gegenwärtigen Kosten der dafür erforderlichen Maßnahmen gegenüberzustellen, würde ein zu hoher Zinssatz (eine zu niedrige Abzinsung/ Diskontierung) tendenziell den Nachweis positiver Netto-Nutzeneffekte von bereits in der Gegenwart zu treffenden präventiven Gegenmaßnahmen erschweren, weil (oder gerade wenn) die Nutzeneffekte anders als die Kosteneffekte erst (weit) in der Zukunft anfallen und damit in ihrer Relevanz für die gegenwärtige Entscheidung tendenziell untergewichtet sind. Damit unterbliebe die Gegenmaßnahme mangels hinreichenden rechnerischen Nachweises einer ökonomischen Rechtfertigung. Dies illustriert die Bedeutung einer angemessenen Zeitpräferenz zur Förderung kooperativen Verhaltens, ohne dass es „hoheitlicher“ Interventionen bedarf, aber auch als Entscheidungsgrundlage für öffentliche Interventionen, insoweit die öffentliche Hand dann doch interveniert und für ihre Intervention eine ökonomische Rechtfertigung sucht.

40) Die Bezeichnungen „intergouvernemental“ und „kommunautär“ sind leicht eingedeutschte Versionen offiziöser Terminologien aus dem französisch geprägten EU-Sprachgebrauch. Ersteres bedeutet zwischenstaatliche Kooperation, die durch den

Maastrichter Vertrag nach derzeit noch bestehender Rechtslage in den Unionsvertrag inkorporiert und für die Bereiche der Außen- und Sicherheitspolitik (zweite Säule des Vertrages) sowie Justiz und Inneres (dritte Säule) vorgesehen wurde, um gemeinsame Aktionen bzw. gemeinsames Vorgehen unter bestimmten vertraglich genannten Voraussetzungen und besonderen Verfahrensbestimmungen vorzusehen. Letzteres bezieht sich auf vergemeinschaftete Politiken (erste Säule), wobei es sich um ausschließliche oder auch nicht ausschließliche (mit den Mitgliedstaaten geteilte) Zuständigkeiten handeln kann. Der Lissaboner Vertrag schafft diese Säulenstruktur ab, indem künftig auch die dritte Säule vergemeinschaftet wird, während für die jetzige zweite Säule aber noch besondere Verfahrens- und Beschlussfassungsregeln vorgesehen bleiben (siehe dazu Abschn. 3.2. zur Sonderstellung der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik).

41) Veröffentlicht im Amtsblatt C 115 vom 9.5.2008. Im EU-Sprachgebrauch und im tagespolitischen Sprachgebrauch steht die auch im Folgenden bisweilen gebrauchte Kurzformel „Reformvertrag“ für die in Lissabon unterzeichneten Änderungen der beiden bestehenden Verträge. Sie soll den „Reformaspekt“ der bestehenden Verträge gegenüber dem im gescheiterten Verfassungsvertrag gänzlich neu formuliert gewesenen einheitlichen Vertragskomplex hervorstreichen.

42) Vgl. die Pressemeldungen zur Einigung über das Mandat für die Regierungskonferenz im Europäischen Rat vom 21./ 22.6.2007 (z.B. „EU-Staaten einigen sich auf Reform“, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 23.6.2007).

43) Veröffentlicht nach der neuesten Version im Amtsblatt C 303 vom 14.12.2007.

44) Dies ist ein strittiger Punkt in den österreichischen Verfassungsreformüberlegungen.

45) Nach dem zweiten Unterabsatz des Abs. 1 dieses Artikels ist Stimmenthaltung möglich. Dies entbindet den Stimmenthaltenden von der Verpflichtung, den GASP-Beschluss durchzuführen und auch von der Verpflichtung, nach seinem BSP-Anteil einen Finanzierungsbeitrag zu den operativen Ausgaben beizutragen (Art. 41 Abs. 2 VEU, 2. Unterabsatz), obwohl der Beschluss inhaltlich für ihn bindend ist und er „im Geiste gegenseitiger Solidarität“ „alles unterlässt“, was dem auf diesem Beschluss beruhenden Vorgehen der Union „zuwiderlaufen oder es behindern könnte“.

46) Nach Ansicht österreichischer Völkerrechtsexperten (z.B. Manfred Rotter, in einem Artikel anläss-

lich des Nationalfeiertags in der Wiener Tageszeitung „Der Standard“ am 25.10.2007) sei diese Vertragsbestimmung nicht mehr mit der österreichischen Neutralität vereinbar, weil damit ein Militärbündnis geschaffen werde. Daran ändere auch die Bezugnahme auf Art. 51 der Charta der Vereinten Nationen (individuelles und kollektives Selbstverteidigungsrecht) und die „irische Klausel“ (wonach der „besondere Charakter der Sicherheits- und Verteidigungspolitik bestimmter Mitgliedstaaten“, nämlich der Neutralen, „unberührt“ bleibe), nichts. Siehe dazu auch den Kommentar von P. Henseler, *Austrian neutrality after Lisbon – A Comment based on minority positions in the Austrian Debate*, in: *EUWatch* (Issue 11), Mai/ Juni 2008, S. 12 f.

47) Protokoll Nr. 2 des Reformvertrages „Über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit“ bringt eine verfahrensmäßige Verbesserung gegenüber dem entsprechenden Protokoll Nr. 2 des Verfassungsvertrages, das seinerseits gegenüber dem Protokoll Nr. 30 gleichen Titels der bestehenden Vertragsrechtslage eine verfahrensmäßige Verbesserung vorsah, allerdings nur insofern, als ein Kontrollmechanismus unter Beteiligung der nationalen Parlamente eingeführt werden sollte, den dann auch der Reformvertrag in verbesserter Form übernommen hat. Die detaillierte Darstellung des Verfahrens und dessen Verbesserung würde thematisch den Rahmen dieses Beitrags übersteigen. Zum Subsidiaritätsprinzip in detaillierter Form und zu den Verbesserungen des Verfassungsvertrages gegenüber der bestehenden Rechtslage siehe P. Henseler, *Subsidiarity and Proportionality – a legal-economic approach*, in: *EUWatch* 5 (Februar 2007), S. 3 ff. Das Protokoll Nr. 30 lt. bestehender Rechtslage war erst mit dem Amsterdamer Vertrag vom 2.10.1997 eingeführt worden.

48) Vgl. Weatherill/ Beaumont, *EC Law*, (Penguin Books) 2. Aufl. 1995, S. 661-662.

49) Siehe zur Bedeutung dieser Generalklausel für Zuständigkeitswahrnehmungen auch bei vertraglich nicht eindeutig geregelter Zuständigkeit Näheres oben in Abschn. 3.2.

50) Siehe dazu Beutler/ Bieber et al., *Die Europäische Union – Rechtsordnung und Politik*, 5. Aufl., 2001, S. 508, Rz. 876 und 877, und die dort zitierten Nachweise.

51) Näheres zu den Diensten von „allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ im Verständnis des Unionsrechts in der Langfassung des Gedenkbeitrags des Autors für Egon Matzner, „Aufzubrechende Arithmomorphien im Reich der terminologischen

Halbschatten von Recht und Ökonomie, aufgezeigt mit Hilfe der Popperschen Situationslogik“, Abschn. 2.3.: „Das Beispiel der Dienstleistungen von ‚allgemeinem Interesse‘ in Europa“, Typoskript, Dezember 2003. Dieser Abschnitt hatte nicht in die in der Gedenkschrift (hggb. von Schönböck/ Blaas/ Bröthaler, *Sozioökonomie als multidisziplinärer Forschungsansatz*, 2008, S. 51 ff.) veröffentlichte Kurzfassung Eingang gefunden.

52) Zu einer sehr kritischen und teilweise polemischen Urteilsbesprechung siehe C. Beaudouin, *The Court in Luxembourg: A Robed Dictatorship*, in: *EUWatch* (Issue 1), Juni 2006, S. 29 ff.

53) Nobelpreisträger für Wirtschaftswissenschaften 1999 („für seine Analyse der Geld- und Fiskalpolitik in verschiedenen Wechselkurssystemen und für seine Analyse optimaler Währungsgebiete“).

54) Einen guten interdisziplinär angelegten Einstieg in die OCA-Theorie in der deutschsprachigen Literatur bietet Roland Mittendorfer, *Wirtschafts- und Währungsunion und Föderalismus – Ein interdisziplinärer Beitrag zur „Optimum Currency Area Theory“*, zum Europarecht und zur Föderalismustheorie, 1994. Überblicksartig und zu den Implikationen siehe auch P. Henseler, *The Nation State after the Implementation of the Maastricht Treaty*, in: *Wirtschaftspolitische Blätter* 3-4/ 1995, S. 237 ff.

55) Siehe sein Interview mit der belgischen Tageszeitung *De Morgen* vom 18.3.2006, abgedruckt in englischer Übersetzung in *EUWatch* (Issue 3), Oktober/ November 2006, S. 7 ff., und die Einführung dazu von P. Henseler, *The Euro and the OCA – Will the Monetary Union collapse?* In: *EUWatch* (Issue 3), S. 5 ff.

56) Siehe dazu und zu anderen historischen Beispielen Theresia Theurl, *Eine gemeinsame Währung für Europa – 12 Lehren aus der Geschichte*, 1992, hier S. 120 und 126. Zu einigen markanten Unterschieden und Parallelen zwischen der US-amerikanischen historischen Unionsbildung und unserer derzeit laufenden europäischen siehe Näheres unten in Abschn. 6.4. im Zusammenhang mit den Verfassungsvorstellungen der „European Constitutional Group“.

57) Umgekehrt verlief es auch bei der deutschen (Wieder)-Vereinigung 1990, als die monetäre Vereinigung drei Monate vor der politischen erfolgte. Dieses Beispiel taugt als Vergleichsmaßstab für die europäische Währungsunion vor der sich noch lange nicht abzeichnenden Vollendung einer politischen Union nur insofern, als es den enormen Ressourcenaufwand verdeutlicht, der mit der Integrierung eines relativ großen ökonomisch „unterentwickelten“ bzw.

fehlentwickelten Gebietes in einen größeren Währungsverband verbunden ist.

58) Nach deutschem Bundesbankgesetz war die Bundesbank bei voller Weisungsfreiheit verpflichtet, die allgemeine Wirtschaftspolitik der Bundesregierung zu unterstützen, die wiederum nach dem Stabilitäts- und Wachstumsgesetz dem gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht (also neben der Preisstabilität auch hoher Beschäftigungsstand, außenwirtschaftliches Gleichgewicht und stetiges Wachstum) verpflichtet ist, während das EZBS dies bezüglich der allgemeinen Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten nur insoweit zu tun hat, als dies ohne Beeinträchtigung des vorrangigen Preisstabilitätsziels möglich ist.

59) Vor geraumer Zeit stellte deshalb der deutsche Bundespräsident Horst Köhler sogar zur Diskussion, das Verfassungsziel der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse im Rahmen der Rechts- und Wirtschaftseinheit (Art. 72 des Grundgesetzes) abzuschaffen. Köhler als seinerzeitiger Finanzstaatssekretär und Chefberater („Sherpa“) von Bundeskanzler Kohl bei den Maastrichter Vertragsverhandlungen weiß offensichtlich, welche Folgen eine (vorschnelle) monetäre Vereinigung unterschiedlich strukturierter Landesteile nach sich zieht, insbesondere wenn aus politischen Gründen der Währungsumtausch mit einer ökonomisch nicht vertretbaren Parität 1:1 (für die regelmäßigen Einkommen und für Einzelbeträge bis zu einem Höchstbetrag) erfolgt.

60) Zu diesen Anpassungsprozesse siehe die Kommissionsstudie „The EU Economy 2006 Review – Adjustment Dynamics in the Euro Area – Experiences and Challenges, hgg. von der Generaldirektion „Economic and Financial Affairs“ der Europäischen Kommission, 22.11.2006. Diese bestätigt im Wesentlichen die Konsolidierungs- und stabilitätspolitischen Anstrengungen der Euroländer (hinsichtlich der Fiskalpolitik und der Minimierung der Inflation), also in dieser Hinsicht die Konvergenz der nationalen Wirtschaftspolitiken, verkennt andererseits aber auch nicht Tendenzen einer Divergenz, nämlich sich von den Stabilitätskriterien wieder zu entfernen. Ob das nur auf zu wenig konsequente stabilitätspolitische Maßnahmen oder auch auf strukturpolitische Ursachen zurückzuführen ist, lässt die Studie letztlich offen. Vgl. dazu auch Stephan Henseler, *Reviewing European Monetary Unification – The path towards EMU and EMU’s first years of experience*, Magisterarbeit im Rahmen der volkswirtschaftlichen Studienrichtung an der sozial- und

wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Wien, 2008.

61) Die „Integration durch Recht“ bildete 1986 Gegenstand eines vom European University Institute Florenz und der Ford Foundation geförderten umfangreichen Forschungsprojekts („Integration Through Law: Europe an the American Federal Experience“, Berlin 1986).

62) Auf dieses Instrument gehen die sprichwörtlich gewordenen Regelungen über Gurkenkrümmungen, Traktorsitze und Kondomstärken, aber auch ohne Zweifel positiv einzuschätzende Angleichungen, wie jene technischer Normen, zurück. Übersehen wird dabei, dass derartige Skurrilitäten häufig auf Initiativen aus den Mitgliedstaaten zurückgehen, von der Kommission dann natürlich im Rahmen ihres Vorschlagsmonopols (Art. 17 Abs. 2 VEU) mehr oder weniger bereitwillig übernommen werden, häufig auch durch parlamentarische Resolutionen gefordert und unterstützt werden und schließlich rechtsgültig wiederum von den nationalen Ministern im Rat (und unabhängig davon im Parlament) „abgenickt“ werden.

63) Vgl. dazu z.B. J. Starbatty (Hgb.), *Europäische Integration: Wieviel Wettbewerb – wieviel Bürokratie?* Hans Martin Schleyer-Stiftung, Essen 1990.

64) Abrufbar über <http://europa.eu> von der website der Generaldirektion Haushalt, veröffentlicht im Amtsblatt C 139 vom 14.6.2006. Künftig wird der bisher in einer „Interinstitutionellen Vereinbarung“ festgelegte mehrjährige (mindestens fünfjährige) Finanzrahmen vom Rat in einer einstimmig zu erlassenden Verordnung nach Zustimmung des Europäischen Parlaments festgelegt (Art. 312 Abs. 2 VAEU).

65) Quelle: Generaldirektion Haushalt der Europäischen Kommission und Statistik Austria, eigene Berechnungen.

66) Joseph A. Schumpeter, *Die Krise des Steuerstaats*, 1918, wiederabgedruckt in: R. Hickel (Hgb.), Rudolf Goldscheid, Joseph Schumpeter – *Die Finanzkrise des Steuerstaats. Beiträge zur politischen Ökonomie der Staatsfinanzen*, 1976, S. 332.

67) Im Allgemeinen zitiert nach der 3. Auflage, 1914, so auch von den Europajuristen, z.B. P.C. Müller-Graff, *Verfassungsziele der EG/ EU*, in: M.A. Dausen, *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 8. Erg. Lieferung, November 1999, S. 26, Fn. 229 zu Rz. 60.

68) Beck auf http://www.schader-stiftung.de/schader_stiftung/830.php

69) Zum Vorschlag der analytischen Grundlagen eines derartigen Volksabstimmungsmodells, basierend auf der Konzeption des „kosmopolitischen Europas“, im Detail siehe P. Henseler, Does a European demos, as a constituent power (pouvoir constituant) exist, and how can it assert its validity? Referendum models in the process of Europe's constitutionalisation, in: EUWatch (Issue 6), April 2007, S. 10 ff.

70) Zitiert aus „Les six Livres de la République“ bei U. Bernbach, Widerstandsrecht, Souveränität, Kirche und Staat: Frankreich und Spanien im 16. Jahrhundert, in: I. Fetscher/ H. Münkler (Hgb.), Pipers Handbuch der politischen Ideen, Band 3, 1985, S. 137 („Souveränität ist die dem Staat eigene absolute und zeitlich unbegrenzte Gewalt“).

71) Hier unter ausdrücklicher Berufung auf seinen Zeitgenossen Le Fur: „La souveraineté est la qualité de l'État de n'être obligé ou déterminé que par sa propre volonté, dans les limites du principe supérieur du droit, et conformément au but collectif qu'il est appelé à réaliser“ (zitiert bei Jellinek, S. 481, Fn. 1).

72) So gesehen hat das Oberhaupt der anglikanischen Kirche und Erzbischof von Canterbury Rowan Williams mit seiner entrüstet zurückgewiesenen Forderung einer Integration der muslimischen Rechtsordnung in die nationale Rechtsordnung (siehe dazu bspw. den Artikel im deutschen Nachrichtenmagazin DER SPIEGEL vom 11.2.2008 „Scharia in Leyton“) vielleicht weise gesprochen (ohne es vermutlich beabsichtigt zu haben), weil ihm möglicherweise klar war, dass ein Staat sich seines Gewaltmonopols und damit eines wesentlichen Merkmals seiner Souveränität begibt, wenn er nicht mehr sicherstellen kann, dass die Effektivität und Akzeptanz seiner Rechtssystems lückenlos gewährleistet ist, indem sich autonome Rechtskreise (religiöse Gerichte, die es freilich auch bei anderen Religionen gibt oder gegeben hat) bilden (Parallel-Ordnungen als rechtlicher Ausdruck von „Parallelgesellschaften“). Wie das Beispiel einer an der Universität Regensburg am 12.9.2006 gehaltenen Rede eines anderen Kirchenoberhauptes zeigt, sind derartige – oft nur „akademisch“ gemeinte - Äußerungen hoher kirchlicher Würdenträger allerdings sehr missverständnisanfällig und erscheinen deshalb politisch nicht immer „opportun“.

73) Zitiert nach dem Wiederabdruck in: Hermann Heller, Gesammelte Schriften, Band 2: Recht, Staat, Macht, 1971.

74) So die Überschrift des 14. Kapitels seiner Allgemeinen Staatslehre.

75) Theo Öhlinger hatte deshalb in der expliziten Verankerung im Verfassungsvertrag eine Gesamtänderung der österreichischen Bundesverfassung gesehen, was eine obligatorische Volksabstimmung erforderlich gemacht hätte. Infolge der Streichung dieser Bestimmung im Reformvertrag sei dies hingegen seiner Meinung zufolge jetzt nicht mehr der Fall sei (siehe dazu die entsprechenden Ausführungen unten in Abschn. 7.3.3.).

76) Letzteres wäre im modernen organisationstheoretischen Verständnis als „Dezentralisierung“ (Aufteilung gleichartiger Aufgaben auf mehrere Einheiten) zu verstehen, im Falle der Aufteilung ungleichartiger Aufgaben (Entflechtung) spräche man hingegen in der Organisationstheorie von „Dekonzentration“.

77) Dies kommt nicht zuletzt in der ungenauen Amtsbezeichnung des österreichischen Staatsoberhauptes zum Ausdruck, das wohl nicht nur Bundespräsident, sondern auch Republikpräsident ist (vgl. P. Henseler, Bundespräsident oder Republikpräsident? In: Die Presse, 5.5.2004).

78) Siehe die in den Fußnoten oben zur Einleitung angeführten Nachweise.

79) Die hier folgenden Hinweise und die darauf aufbauenden weiteren Gedankenspiele verdankt der Autor Klaus Heeger, Rechtsberater der Fraktion „Independence/ Democracy“ im Europäischen Parlament.

80) Siehe dazu P. Henseler, Die Konstitutionalisierung Europas in der Sackgasse, unveröffentlichtes Typoskript, sowie zur weiteren Entwicklung P. Henseler, Reflecting on the 'Reflection Period' under Austria's EU presidency, in: EUWatch (Issue 2), Juli 2006, S. 25 ff.

81) Bekanntermaßen zum Ausdruck gebracht insbesondere durch das Urteil zum Maastrichter Vertrag vom 12.10.1993 (siehe dazu ausführlicher unten in Abschn. 7.4.).

82) Ein Markt, eine Währung – Potenzielle Nutzen und Kosten der Errichtung einer Wirtschafts- und Währungsunion – eine Bewertung, Band 44 der von der Generaldirektion Wirtschaft und Finanzen herausgegebenen Schriftenreihe „Europäische Wirtschaft“, Oktober 1990, S. 184-188.

83) Erstmals bereits 1993. Vgl. zuletzt den „Vorschlag zu einem revidierten Verfassungsvertrag für Europa“, April 2006, abrufbar von der Homepage der Friedrich-Naumann-Stiftung www.fnst-freiheit.org über den Link „Liberales Institut“. Eine kommentierte Fassung eines früheren Entwurfs von

vier Mitgliedern der Gruppe, Peter Bernholz/ Friedrich Schneider/ Roland Vaubel/ Frank Vibert, „An alternative constitutional treaty for the European Union“, wurde in Public Choice 118/ 2004 veröffentlicht. Der 2006 revidierte Entwurf übernahm im Kern die bereits 8.6.2003 vorgestellte und 2004 in Public Choice veröffentlichte minimalistische Fassung, lehnte sie aber äußerlich an die Struktur des damals vorliegenden Entwurfs des Verfassungsvertrags an. Die Ausführungen in diesem Abschnitt beziehen sich der Einfachheit halber auf die Kernfassung („alternative constitutional treaty“).

84) Daran mag man sich erinnern, wenn man sich die im Dezember 2005 präsentierten Vorstellungen des seinerzeitigen belgischen Premierministers Verhofstadt über „Die Vereinigten Staaten von Europa“ vor Augen hält, die deutliche Parallelen, wenn nicht gar Anleihen von dem Pan-Europa-Memorandum des altösterreichischen Diplomatensohnes Richard Coudenhove-Kalergi („Pan-Europa“, Wien 1923) zeigen. Ein programmatischer Vorläufer findet sich in Coudenhove-Kalergis Artikel in der Wiener Neuen Freien Presse vom 16.11.1922 „Pan-Europa – Ein Vorschlag“, abgedruckt als Dokument 2 in: M. Gehler (Hgb.), Der lange Weg nach Europa – Dokumente, 2002).

85) Siehe dazu kritische Anmerkung 6.4.1.

86) Siehe dazu P. Henseler, Subsidiarity and Proportionality – a legal-economic approach, in: EUWatch 5 (Februar 2007), S. 3 ff., der auch auf die Kritik von Herzog und Gerken an den Subsidiaritätsregeln eingeht (Näheres zu dieser Kritik unten in Abschn. 6.4.9.).

87) Siehe dazu (wohlwollend) kritische Anmerkung 6.4.2.

88) Siehe dazu die zustimmende Anmerkung 6.4.3.

89) Siehe dazu Ergänzungsvorschlag in Anmerkung 6.4.4.

90) Siehe dazu kritische Anmerkung 6.4.5.

91) Siehe dazu kritische Anmerkung 6.4.6.

92) Siehe dazu kritische Anmerkung 6.4.7.

93) Siehe dazu kritische Anmerkung 6.4.8.

94) Im konstitutionellen Ausschuss des Europäischen Parlament hatte sich im Gefolge des in der französischen und niederländischen Volksabstimmung gescheiterten Verfassungsvertrages unter liberal-ökologischer Federführung der beiden Berichterstatter Duff von der liberalen Fraktion und Voggenhuber von der grünen Fraktion zunächst eine enga-

gierte Diskussion entwickelt, die am 13.10.2005 durch einen Berichtsentwurf zu den in der damals vorgeschlagenen Reflexionsphase zu ziehenden Konsequenzen ausgelöst wurde. Darin wurde noch die Ausarbeitung eines komplett neuen Verfassungstextes gefordert. Der Berichtsentwurf wurde dann nach mehreren substanziellen Abstrichen vom Ausschuss am 15.12.2005 und vom Plenum am 19.1.2006 verabschiedet und ließ schließlich eine deutliche Präferenz für die Beibehaltung des vorliegenden Verfassungsentwurfs erkennen. Die ursprünglich von den Berichterstattern vorgeschlagene Volksabstimmung „in konsultativer Form“ gleichzeitig mit den Parlamentswahlen 2009 wurde fallen gelassen.

95) Es sei hier unterstellt, dass es sich durchaus um „wohlwollende“ Kritiker handelt, die sozialen Grundrechten, also der Sicherung einer menschenwürdigen Lebensweise (Wohnung, Ernährung), und entsprechenden Chancen, einen angemessenen Lebensunterhalt zu erarbeiten (Arbeitsplatz, Arbeitsbedingungen, Alterssicherung), nicht fundamental ablehnend eingestellt sind.

96) Den Vätern des deutschen Grundgesetzes wird daher zugeschrieben, auf soziale Versprechungen im Verfassungstext verzichtet und es bei der Formel in Art. 20 Abs. 1 („Die Bundesrepublik ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“) belassen zu haben (vgl. den Serienartikel „Die verteilte Macht“ über die Gründerjahre der Bundesrepublik, in: DER SPIEGEL Nr. 50/ 12.12.2005). In ähnliche Richtung äußerte sich auch Bundeskanzler Schüssel in seiner Antrittsrede als Ratsvorsitzender im Europäischen Parlament am 18.1.2006 zu Beginn der zweiten österreichischen EU-Präsidentschaft: „Kein Politiker kann Arbeit versprechen. Das ist unseriös. Aber wir können die geeigneten Rahmenbedingungen schaffen, wie etwas gelingen kann.“

97) Vgl. dazu z.B. G. Baumgartner, EU-Mitgliedschaft und Grundrechtsschutz, 1997, S. 149 ff., und die dort angeführten Nachweise.

98) Vgl. zu dieser staatstheoretischen Sichtweise programmatisch-positiv lange vor der vollen Entfaltung der europäischen Integration René Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, 1957.

99) Wie Vieles andere hat im Übrigen auch der Gedanke, der Gemeinschaft eine Besteuerungskompetenz zuzuerkennen, eine Reihe von Vorläufern (siehe dazu z.B. „Europa finanzieren – ein föderalistisches Modell“, hggb. von der Bertelsmann-Stiftung 1990, und die dort angeführten Quellen, insb. S. 78 ff.: Progressive europäische Zuschlagsteuer, und

S. 156 ff.: Energiesteuer). Die Idee einer progressiven Zuschlagsteuer als Personensteuer wurde in der Vergangenheit u.a. auch vom österreichischen EP-Abgeordneten Voggenhuber (in einem ORF-Interview am 29.12.2005) schon aufgegriffen.

100) Direktor des Centrums für Europäische Politik in Freiburg, einem Think-Tank in der Tradition der Freiburger ordo-liberalen Schule im Verband der „Stiftung für Ordnungspolitik“ (siehe www.cep.eu), dessen Kuratorium auch Herzog angehört. Gerken ist auch Mitglied der „European Constitutional Group“.

101) So besage die Erläuterung zum Diskriminierungsverbot, dass damit keine generelle Zuständigkeit zum Erlass von Antidiskriminierungsgesetzen durch die Union verbunden werde, sondern die Bestimmung vielmehr darauf abziele, den Organen und Einrichtungen der Union jegliche Diskriminierung in ihrem Handeln zu untersagen.

102) Diesen Hinweis verdankt der Autor Klaus Heeger, Rechtsberater der Fraktion „Independence/Democracy“ im Europäischen Parlament.

103) Abrufbar auch unter www.memo-europe.uni-bremen.de. Ohne es ausdrücklich so zu sagen, sieht sich die Gruppe zweifellos in der Tradition einer Politischen Ökonomie marxistischer Prägung, was im Übrigen auch die „akademische Sozialisation“ führender Proponenten, insbesondere jener aus dem bundesdeutschen Bereich, belegt. Beispielhaft sei auf Jörg Huffschnid (Bremen) verwiesen.

104) In der Kurzfassung: „Mehr Demokratie und weniger Maastricht benötigt – Eine Kritik des Verfassungsentwurfs“; in der Langfassung: „Verfassung und Erweiterung – neue Herausforderungen für eine alternative Wirtschafts- und Sozialpolitik in Europa“ – Verfasser: K. Dräger/ J. Huffschnid/ J. Mazier/ P. Petit). Das gesamte Memorandum 2003 trägt den Titel „Vollbeschäftigung, Wohlfahrt und ein starker öffentlicher Sektor - Demokratische Herausforderungen in einer erweiterten Union“.

105) Der Briefwechsel mit dem Bundespräsidenten bzw. das Antwortschreiben von Prof. Adamovich vom 11.1.2008 gab Anlass zu einem Artikel des Autors dieses Beitrags „Über einige Aspekte einer unbefriedigenden Referendumsdebatte in Österreich“, der in englischer Fassung („An Unsettled Referendum Debate“) in EUWatch (Issue 10), Februar/ März 2008, S. 27 ff., erschienen ist.

106) Die hier zugrunde liegende juristische Doktrin ist in der gängigen Lehrbuchliteratur des österreichischen Verfassungsrechts, aus der die in diesem

Abschnitt unter Anführungszeichen gesetzten Termini übernommen wurden, nachlesbar. Auf detaillierte Nachweise wird daher verzichtet.

107) Im Prinzip könnte jedes Gesetz – gleichgültig, ob einfaches Gesetz oder Verfassungsgesetz – mit einfacher Mehrheit im Nationalrat einer (fakultativen) Volksabstimmung unterworfen werden. Bei Verfassungsgesetzen, also auch Staatsverträgen mit verfassungsändernder Wirkung (was für den EU-Verfassungs- bzw. Reformvertrag zutrifft), könnte ein solches fakultativer Referendum (im Fall einer Teiländerung der Verfassung) bereits von einem Drittel der Mitglieder des Nationalrats oder des Bundesrats initiiert werden. Angesichts des von der derzeitigen Regierungskoalition gestellten Abgeordnetenanteils von 73,2% im Nationalrat ist dieser Fall jedoch auszuschließen. Hinsichtlich des Verfassungsvertrags, der am 11.5.2005 im Nationalrat die erforderliche Zwei-Drittel-, also die Verfassungsmehrheit, bei weitem übertroffen hat, also auch mit Zustimmung der damaligen Oppositionsparteien bei nur einer Gegenstimme ratifiziert wurde, hätte im Jahre 2005 unter der ÖVP/ FPÖ bzw. BZÖ-Koalition von den damaligen Oppositionsparteien ein derartiger Antrag gestellt werden können, was angesichts der hohen Zustimmungsbereitschaft zum Verfassungsvertrag im Parlament jedoch unterblieben ist.

108) Das „Wesen“ oder der „Wesensgehalt“ dürfte es der österreichischen Verfassungsrechtsdogmatik angetan haben (siehe dazu M. Stelzer, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1991). Laut Brockhaus bedeutet „Wesen“ (lateinisch *essentia*) „das Bleibende gegenüber dem Veränderlichen“, „die Hauptsache gegenüber der Nebensache“. Bei der Frage, um was es sich dabei handle, erfolge „eine tiefere, metaphysische Sinngebung“. Ermacora (Österreichische Verfassungslehre, Band I, 1970, S. 320) versuchte es etwas präziser, aber immer noch quasi-philosophisch. Er sieht zwei Maßstäbe, um die Frage, ab wann von einer Gesamtänderung zu sprechen sei, zu beantworten: einen transzendenten und einen immanenten. Ersterer konzentriert sich auf die Frage der Abschaffung eines in Rede stehenden Prinzips, letzterer hingegen auf „Wesenszüge“ des jeweiligen Grundprinzips, worunter man sich – im Verständnis des Autors dieses Beitrags – charakteristische Merkmale in einer eher funktionellen Betrachtungsweise (an Stelle einer bloß formalen) vorstellen könnte. Diese sind in ihrem Umfang (und damit wohl auch im Zeitablauf) variabel. Die damit angedeutete Argumentationslinie läuft also darauf hinaus, möglichst umfassend Charakteristika der einzelnen Grundprinzipien zu defi-

nieren und jeweils im Einzelfall zu untersuchen, ob bei Wegfall des einen oder anderen oder gar mehrerer dieser Charakteristika eine Gesamtänderung der Verfassung wegen (gravierender) „Wesensbeeinträchtigung“ dieses Grundprinzips vorliegt oder nicht.

109) Der Vorsitzende (Alfred Kobzina) bedankte sich für diesen Hinweis und fügte in entwaffnender Offenheit lediglich die (zutreffende) Bemerkung an, dass die europäische Normenflut „bei uns in gut-österreichischer Art verdrängt wird“.

110) Siehe auch Öhlinger, Die Ratifikation des Verfassungsvertrags in Österreich – Insbesondere: Bedarf der Verfassungsvertrag einer Volksabstimmung? Vortrag an der Universität Innsbruck, 22.11.2004.

111) Anderer Meinung Griller (Referendum über EU-Verfassung Pflicht? Keine Argumente in Sicht, in: Die Presse vom 12.7.2004). Danach liege ein Eingriff in die Baugesetze der österreichischen Bundesverfassung, der eine dem Volk zur Abstimmung vorzulegende Gesamtänderung bewirken würde, deshalb nicht vor, weil die nationalen Verfassungskerne (z.B. Mindeststandard im Grundrechtsschutz, Demokratieprinzip, bundesstaatliches Prinzip) auch künftig von den nationalen Verfassungsgerichten kontrolliert und verteidigt werden können. Dies gelte sowohl bei künftigen Verfassungsrevisionen als auch generell bei Zuständigkeitsüberschreitungen der Unionsorgane (arg. „... in Ausübung der der Union übertragenen Zuständigkeiten“ in Art. I-6 des Verfassungsentwurfs), auch wenn dies zu Konflikten mit dem EuGH führen könne.

112) Abrufbar von der offiziellen Homepage des Bundespräsidenten www.hofburg.at. Eine Kurzfassung von Öhlingers Thesen („Soll über den Vertrag von Lissabon in Österreich das Volk abstimmen?“) ist im Erscheinen. Anderer Meinung der deutsche Verfassungsrechtsprofessor K.A. Schachtschneider, Universität Nürnberg („Expertise zur Gesamtänderung der Bundesverfassung Österreichs durch den Reformvertrag der Europäischen Union und die Notwendigkeit einer Abstimmung des Bundesvolkes über diesen Vertrag“, 13.10.2007 - im Auftrag der Freiheitlichen Partei Österreichs), und eine „Rechtliche Analyse der bevorstehenden Gesamtänderung der Bundesverfassung durch den EU-Reformvertrag“ vom 17.11.2007, verbunden mit einer Petition zur Abhaltung einer Volksabstimmung, von A.E. Hollaender, Lehrbeauftragter u.a. an der Universität Klausenburg/ Rumänien (diese beiden Gutachten sind von der Homepage der überparteilichen Volks-

abstimmungsinitiative <http://www.rettet-oesterreich.at> abrufbar).

113) Die beiden rechtspopulistischen Oppositionsparteien hatten eine nationale Volksabstimmung bzw. Volksbefragung gefordert – zumindest was die größere dieser beiden Parteien (Freiheitliche Partei Österreichs - FPÖ) anbelangt, insofern wohl mit bindender gesamteuropäischer Wirkung, als bei negativer nationaler Abstimmung der Vertrag nicht zustande kommen soll, andernfalls Österreich auch die Austrittsoption wahrnehmen solle. Diese Forderung wurde zum Teil kampagneartig und mit entsprechender rechtspopulistischer Polemik vorgetragen und von einer auflagenstarken Boulevardzeitung („Kronenzeitung“) unterstützt. Für eine (nationale) Volksabstimmung traten auch einzelne NGOs, die sich in einer „Plattform Volksabstimmung“ zusammengefunden haben (<http://www.volxabstimmung.at>), und eigens gebildete überparteiliche Initiativgruppen (<http://www.rettet-oesterreich.at>), deren öffentliche Kundgebungen zum Teil rechtsextreme Splittergruppen als lautstarke „Mitläufer“ hatten. Die grüne Oppositionspartei war sich in der Ablehnung einer nationalen Volksabstimmung mit der Regierung einig, sprach sich aber mehr oder weniger deutlich für ein europäisches Referendum aus. Seitens der Regierungsparteien waren im Vorfeld der parlamentarischen Ratifizierung des Reformvertrags am 9.4.2008 nur vereinzelt Wortmeldungen zu Gunsten einer europäischen Volksabstimmung zu vernehmen.

114) Ein völkerrechtlich gangbarer Weg wäre u.U. gewesen, bei unterschiedlicher Interpretation der Tragweite des Vorrangprinzips in den Verhandlungen darauf hinzuwirken, dass die Erklärung nur als einseitige Erklärung jener Mitgliedstaaten formuliert worden wäre, die mit der maximalen Tragweite nach den Vorstellungen der EU-Gerichtsbarkeit übereinstimmen, und für jene, die damit nicht übereinstimmen, festgehalten wird, dass dieser Interpretationsspielraum an nationalen Verfassungsgrundsätzen seine Grenze findet. Nach völkerrechtlichem Vertragsrecht ginge dies in die Richtung eines (einseitigen) Vorbehalts jener, die der maximalen Tragweite nicht zustimmen. (Zu dessen Wirksamkeit wäre der Vorbehalt allerdings von den anderen dann auch anzunehmen gewesen oder es hätte ihm nicht widersprochen werden dürfen.) Nach derzeitigem Informationsstand ist nicht nachvollziehbar, ob einzelne Mitgliedstaaten oder gar Österreich eine derartige Initiative ergriffen haben.

115) Siehe dazu im Detail z.B. Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, S. 232, Rz. 624, und generell zum Vorrangprinzip Rz. 615 ff.; sowie überblicks-

tig ferner Beutler/ Bieber/ Piepkorn/ Streil, Die Europäische Union – Rechtsordnung und Politik, 5. Aufl. 2001, S. 74 ff. und 132 ff., und die dort angeführten Fundstellen der betreffenden Urteile des Bundesverfassungsgerichts. Solange I hatte 1974 als Reaktion auf die EuGH-Rechtsprechung zum Vorrangprinzip die ausreichende kompensatorische Grundrechtskontrolle des Gemeinschaftsrechts durch die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit vorbehalten, „solange“ noch kein ausreichender Grundrechtsschutz in der Gemeinschaft existiert. Solange II revidierte 1984 diesen Prüfungsvorbehalt im Hinblick auf die zwischenzeitliche Grundrechtsentwicklung in der Gemeinschaft, obwohl es immer noch keinen parlamentarisch verabschiedeten Grundrechtskatalog gab („solange“ gemeinschaftsseitig insbesondere durch die EuGH-Judikatur ein wirksamer Grundrechtsschutz gewährleistet ist, der dem nach nationalem Verfassungsrecht gewährleisteten gleichzuachten ist, erfolgt keine Prüfung von Gemeinschaftsrecht am Maßstab nationaler Grundrechte mehr). Angesichts der bevorstehenden Verrechtlichung der Grundrechtscharta wird dieser (ohnedies nur mehr leichte) Vorbehalt allerdings obsolet, andererseits könnte aber angesichts der Dynamik des Unionsrecht aus anderen Gründen wiederum eine Bekräftigung nach Art einer Entscheidung „Solange III“ notwendig werden (siehe übernächste Fn.).

116) Berichterstatter in diesem Verfahren war Paul Kirchhof (mehr als zehn Jahre später kurzzeitig glückloser Finanzministerkandidat der nachmaligen Bundeskanzlerin Angela Merkel), Prozessvertreter der Beschwerdeführer Karl Albrecht Schachtschneider, der im Zuge der Debatte um einen Volksabstimmungsbedarf für den Reformvertrag in Österreich als „Gegengutachter“ gegen den offiziellen Regierungskurs auftrat, also die Notwendigkeit einer Volksabstimmung wegen einer nach seiner Ansicht vorliegenden Gesamtänderung der österreichischen Verfassung zu begründen versuchte. Nach seinen eigenen Aussagen habe das Urteil die europäische Verfassungspraxis wesentlich korrigiert, auch wenn im Endergebnis die eingebrachte Verfassungsbeschwerde zum Teil verworfen, zum Teil zurückgewiesen worden ist. Formal handelte es sich um eine Verfassungsbeschwerde von Einzelpersonen (in Österreich: Individualbeschwerde) gegen das deutsche Zustimmungsgesetz (Ratifikationsgesetz) zum Maastrichter Vertrag, die darauf gegründet war, dass die Beschwerdeführer „bereits durch den Erlass dieses Gesetzes“ „selbst“, „gegenwärtig“ und „unmittelbar“, also nicht erst durch den Normvollzug, in bestimmten Grundrechten verletzt sind. In

Österreich bestehen ähnliche bzw. fast gleich lautende Beschwerdevoraussetzungen, insbesondere was die zentral bedeutsame direkte Wirksamkeit des betreffenden Gesetzes ohne Fällung eines Bescheides angeht. Ob der österreichische Verfassungsgerichtshof eine derartige Individualbeschwerde allerdings trotzdem zulassen würde, kann und soll hier nicht beurteilt werden, zumal Verfassungsgesetze und verfassungsändernde Staatsverträge, also auch der EU-Reformvertrag, seiner Überprüfung entzogen sind. In der deutschen Verfassungsrechtslehre war übrigens die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde gegen den Maastrichter Vertrag nicht unumstritten.

117) Leisner meinte in der oben erwähnten Tagung des Österreichischen Juristentags, dass angesichts der stürmischen Entwicklung der EuGH-Judikatur sogar noch eine deutlichere Revision von „Solange I“ durch eine in der deutschen Verfassungsrechtslehre vielfach geforderte Entscheidung „Solange III“ erforderlich sei, um erneut die Prüfung europäischer Normen an deutschem Verfassungsrecht zu ermöglichen.

118) Ob und inwieweit man sich in Österreich gerade (erst) unter dem Eindruck des deutschen Maastricht-Urteils 1993 zum Grundsatz der verfassungsrechtlichen Prüfung von Integrationsschritten – im Prinzip eine verfassungsrechtliche Selbstverständlichkeit – durchgerungen und die ursprüngliche, in der Beitrittsphase Österreich zur Union noch angelegte Blankovollmachtsidee spätestens mit der Ratifizierung des Beitrittsvertrags 1994 zu Recht verworfen hat (siehe oben Abschn. 7.3.4.) muss der rechtshistorischen Tatsachenforschung überlassen bleiben.

119) Wenig hilfreich für eine entsprechende Schärfung des Bewusstseins erschien in Österreich jedenfalls, dass im Dezember 2007 der damalige Präsident des Verfassungsgerichtshofs Karl Korinek in einer ORF-Pressestunde pauschal erklärte, dass der EU-Reformvertrag keine Gesamtänderung der Bundesverfassung darstelle und deshalb nicht referendumpflichtig sei. Dieser vorweg im Fernsehen ausgestellte Persilschein war bei allem Verständnis für eine öffentlichkeitswirksame Darstellung der Arbeiten des Gerichtshofs und für die unbestreitbaren Verdienste dieses Präsidenten als Wissenschaftler und langjähriges Mitglied bzw. Präsident dieses Gerichtshofs unpassend, weil ein Zeichen juristischer Unkultur.

120) Siehe Öhlingers Rechtsgutachten für den Bundespräsidenten vom 7.12.2007, „warum der EU-

Reformvertrag aus verfassungsrechtlicher Sicht keiner Volksabstimmung bedarf“, S. 13.

121) Vgl. dazu im Einzelnen P. Henseler, Gibt es einen europäischen demos als verfassungsgebende Gewalt (pouvoir constituant, constituency) und wie kann er sich Geltung verschaffen? – Referendums-Modelle im Prozess der Konstitutionalisierung Europas, der in englischer Fassung in EUWatch, Ausgabe 6, April 2007, S. 10 ff., erschienen ist.

122) Siehe dazu beispielhaft den äußerst oberflächlichen, lückenhaften und am Rande der Verletzung der journalistischen Sorgfaltspflicht anzusiedelnden Kommentar des Chefredakteurs der Wiener Tageszeitung „Kurier“ Christoph Kotanko vom 28.3.2008, wonach anlässlich der Beschlussfassung (gemeint ist: Ratifizierung) des Verfassungsvertrags im Parlament (am 11.5.2005) niemand ein Referendum verlangt habe und auch der Bundespräsident klargestellt habe, warum es keine Volksabstimmung geben muss. Die erstgenannte Bemerkung ist tatsachenwidrig, die zweitgenannte lässt die vom Bundespräsidenten anerkannte Differenzierung zwischen Volksabstimmungsbedarf auf nationaler Ebene und – durchaus wünschenswerter – gesamteuropäischer Volksabstimmung vermissen.

123) Siehe dazu P. Henseler, Reflecting on the ‘reflection period’ under Austria’s EU-presidency, in: EUWatch (Issue 2), Juli 2006, S. 25 ff.

124) Siehe dazu T. Öhlinger, Die Zukunft der Demokratie und des sozialen Rechtsstaats in Europa, Referat am 3. Rechtsschutztag des Bundesministerium für Inneres, Wien, 14.11.2005, und: Wie kann es mit dem Verfassungsvertrag weitergehen? Typoskript, 2005, sowie P. Henseler, Die Konstitutionalisierung Europas in der Sackgasse – Eine Reflexion zur Reflexionsphase, unveröffentlichtes Typoskript, abgeschlossen 20.1.2006.

125) Meine diesbezügliche informelle Anfrage an das Außenministerium blieb unbeantwortet.

126) Dies bestätigt (indirekt) auch Öhlinger in einem jüngsten Aufsatz („Soll über den Vertrag von Lissabon in Österreich das Volk abstimmen?“), der die Argumente seines Rechtsgutachtens für den Bundespräsidenten zusammenfasst.

127) Entsprechende Initiativen sind bis dato nicht erfolgt. Angesichts der fortgeschrittenen Zeit dürfte es dazu für den Reformvertrag auch zu spät (und daher unrealistisch) erscheinen, jetzt noch gesamteuropäisch dafür einen Anlauf zu nehmen.

128) So erwähnte die österreichische Außenministerin Ursula Plassnik in einem Interview mit einer

österreichischen Tageszeitung („ÖSTERREICH“) am 18.11.2007, dass sich Österreich für eine europäische Volksabstimmung eingesetzt habe. Dies wurde in den Folgemonaten bis zur Ratifizierung des Reformvertrags im Nationalrat am 9.4.2008 mehrmals wiederholt, ohne darüber zu informieren, was aus derartigen – angeblichen – österreichischen Initiativen geworden ist. Sie dürften, falls sie überhaupt gestartet wurden, wohl erfolglos geblieben sein. Prinzipiell verschließt man sich österreichischerseits also nicht einem Referendum, versteckt sich aber hinter den anderen Mitgliedstaaten, d.h. man wäre bereit, ein solches abzuhalten, allerdings nur dann, „wenn es alle anderen auch machen“, wenn es also auch in allen anderen Mitgliedstaaten stattfinden würde. Damit vermeint man, nach derzeitigem Stand keine Gedanken darauf verschwenden zu müssen, weil dies ohnedies unwahrscheinlich ist. Ohne Zweifel fielen die wiederholten Lippenbekenntnisse umso leichter, je wahrscheinlicher es wurde, dass sie nicht umzusetzen waren.

129) Die Zitate der Entschließungsanträge stützen sich auf die vom Stenographischen Dienst des Nationalrats dem Autor dankenswerterweise im Voraus zur Verfügung gestellten Textfassungen. Die endgültige Fassung der Stenographischen Protokolle der betreffenden Nationalratssitzung lag zum Zeitpunkt der Fertigstellung des vorliegenden Typoskripts noch nicht vor.

130) Entkleidet man diesen Antrag von seiner populistisch gefärbten Umhüllung und den strengen, stillschweigend wohl als unübersteigbar erwarteten Annahmeveraussetzungen (Rechtsverbindlichkeit der Ergebnisse der in allen Mitgliedstaaten durchzuführenden Abstimmungen), durch welche die Abstimmungen nach wie vor als „nationale“ und nicht als „europäische“ deklariert werden, wäre der Kern des Antrags, nämlich die beispielhafte Aufzählung von volksabstimmungspflichtigen Integrations-schritten im Sinne der oben in Abschn. 7.4.2. dargestellten verfassungspolitischen Vorschläge von Integrationsschranken durchaus als diskussionswürdiger Ansatz anzusehen (auch wenn die Autoren dieses Entschließungsantrags dies vermutlich gar nicht so bedacht haben).

131) So bspw. in einer Journalistendiskussion in der Rundfunksendung (Ö1 des ORF) „Abendjournal-Panorama“ am 16.1.2008 unter der Leitung des ORF-Redakteurs Ernest Hauer mit den leitenden Redakteuren Armin Thurnher („Falter“), Andreas Schwarz („Kurier“) und Andreas Koller („Salzburger Nachrichten“).

132) So wörtlich in einer Diskussion im Österreichischen Fernsehen (ORF) Ende 2007 im Zusammenhang mit der Notwendigkeit einer Volksabstimmung über den Reformvertrag. Als maßgeblich an der Entstehung des Verfassungsvertrags im seinerzeitigen Konvent Beteiligter wandte sich Voggenhuber aber auch generell gegen die „Ausbootung“ der Bürger, der Parlamente und der Öffentlichkeit beim Zustandekommen des Reformvertrags im Rahmen der Regierungskonferenz (Interview mit der Wiener Tageszeitung „Standard“ am 18.10.2007).

133) Dies ist die aus der Denkweise des „Sowohl-auch-Prinzips“ nach Ulrich Becks oben dargestellte Vision eines „Kosmopolitischen Europas“ zu ziehende Schlussfolgerung.

134) Diesen Hinweis – es ist wohl gemerkt eine Vermutung – verdankt der Autor Helmut Tichy, Rechts-Experte im Wiener Außenamt (jetzt: Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten).

135) Eine weitere Differenzierung in Richtung der Einbeziehung rechtspopulistischer und tendenziell nationalistischer Stimmen als schlagwortartig mit dem Etikett „Nationalisten“ zu versehende Gruppierung, die den „Europäern“ gegenüberzustellen wären, könnte erfolgen, bringt aber analytisch für die folgende Argumentation keinen zusätzlichen Informationsgewinn. Ein rechtspopulistisch-nationalistisches Abgleiten der EU-Skepsis in unsachliche Polemik, wenn etwa wie vom FPÖ-Vorsitzenden Hans-Christian Strache (am 13.1.2008) der Reformvertrag mit dem Anschluss Österreichs an Hitler-Deutschland verglichen wird, ist jedenfalls unakzeptabel.

136) Vgl. dazu überblicksartig und zu den entsprechenden Nachweisen den „Exkurs 2: Die flexible Integration als Alternativmodell einer gescheiterten Verfassung?“ in P. Henseler. Die Konstitutionalisierung Europas in der Sackgasse?, Typoskript, 2006.

137) Näheres dazu findet sich in einem Kommentar des Autors im Anschluss an die englische Fassung der zusammenfassenden Thesen und Konklusionen dieser Studie in EUWatch, Issue 12 (veröffentlicht voraussichtlich Ende Juli/ Anfang August 2008).

Literatur

Literaturauswahl zu Kapitel 2

Brennan, G.B./ Buchanan, J.M., Die Begründung von Regeln – Konstitutionelle politische Ökonomie, Tübingen 1993 (Übersetzung aus dem Englischen).

Buchanan, J.M., Die Grenzen der Freiheit – Zwischen Anarchie und Leviathan, Tübingen 1984 (Übersetzung aus dem Englischen).

Dürr, E., Prozesspolitik, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Band 2, Göttingen 1968.

Gäfgen, G., Allgemeine Wirtschaftspolitik, in: Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Band 2, Göttingen 1968.

Henseler, P., Staat versus Markt oder ...? Allokationspolitische Überlegungen zur Privatisierungsdebatte, in: Gemeinwirtschaft 1990, S. 35 ff.

Henseler, P., Umwelt und Rechtsetzung – Argumentationslinien der ökonomischen Rechtsanalyse und der institutionellen Ökonomie, Europaskripten „Ökonomische Rechtsanalyse und internationales Verwaltungsmanagement“, Europa-Hochschulkurs EURAS Krems (Wissenschaftliche Landesakademie für Niederösterreich), 2. korr. Aufl., 1994. Kompendium der beiden Aufsätze „Relevanz und Irrelevanz am Beispiel des ‚Coase-Theorems‘“ (gemeinsam mit E. Matzner), in: E. Matzner/ E. Nowotny (Hgb.), Was ist relevante Ökonomie heute? Festschrift für Kurt W. Rothschild, Marburg 1994, und „Allgemeine Prisoners' Dilemma-Situation als Ausgangspunkt gesetzgeberischen Handelns – Das Beispiel Umweltschutz“, in: Der öffentliche Sektor – Forschungs memoranden, 1/ 1992.

Matzner, E., Der Wohlfahrtsstaat von morgen – Entwurf eines zeitgemäßen Modells staatlicher Interventionen, Wien 1982.

Musgrave, R.A., Finanztheorie, Tübingen 1966 (Übersetzung aus dem Englischen).

Richter, R., Institutionen ökonomisch analysiert – Zur jüngeren Entwicklung auf einem Gebiet der Wirtschaftstheorie, Tübingen 1994.

Schönbäck, W., Neuordnung der bundesstaatlichen Kompetenzverteilung in Österreich – Teilbereich ökonomische Gesichtspunkte der Steuer- und Aufgabenverteilung, in: Republik Österreich – Bundeskanzleramt/ Verfassungsdienst (Hgb.), Neuordnung der Kompetenzverteilung in Österreich, Wien 1991.

Vanberg, V., Liberaler Evolutionismus oder vertrags-theoretischer Konstitutionalismus? Zum Problem institutioneller Reformen bei F.A. von Hayek und J.M. Buchanan, Tübingen 1981.

Literaturauswahl zu Kapitel 3

De Grauwe, P., Economics of Monetary Union, 5. Aufl., Oxford 2003.

Henseler, P., Subsidiarity and Proportionality – a legal-economic approach, in: EUWatch (Issue 5), Februar 2007, S. 3 ff.

Mundell, R.A., A Theory of Optimum Currency Areas, in: The American Economic Review 4/ 1961.

Schröter, H./ Jakob, T./ Mederer, W., Kommentar zum Europäischen Wettbewerbsrecht, Baden-Baden 2003.

Literaturauswahl zu Kapitel 4

Adamovich, L./ Funk, B.C., Österreichisches Verfassungsrecht – Verfassungsrechtslehre unter Berücksichtigung von Staatslehre und Politikwissenschaft, Wien 1982.

Beck, U./ Grande, E., Das kosmopolitische Europa, Frankfurt 2004.

Ermacora, F., Allgemeine Staatslehre – Vom Nationalstaat zum Weltstaat, 1. Teilband, Berlin 1970.

Hayek, F.A., Recht, Gesetzgebung und Freiheit – Band 3: Die Verfassung freier Menschen, Landsberg 1981 (Übersetzung aus dem Englischen).

Heller, H., Die Souveränität – Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts, 1927, wiederabgedruckt in: Hermann Heller, Gesammelte Schriften, 2. Band: Recht, Staat, Macht, Leiden 1971.

Jellinek, G., Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914.

Kelsen, H., Allgemeine Staatslehre, 1925, Nachdruck Wien 1993.

Zippelius, R., Allgemeine Staatslehre (Politikwissenschaft), 8. Aufl., München 1982.

Literaturauswahl zu Kapitel 5

Jellinek, G., Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., Berlin 1914.

Müller-Graff, P.C., Verfassungsziele der EG/ EU, in: M.A. Dausen (Hgb.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Loseblattsammlung, München (hier 8. Ergänzungslieferung, November 1999).

Oppermann, T., Europarecht – Ein Studienbuch, 2. Aufl., München 1999.

Literaturauswahl zu Kapitel 6

Bernholz, P./ Schneider, F./ Vaubel, R./ Vibert, F., An alternative constitutional treaty for the European Union, in: Public Choice 118/ 2004 (Alternativentwurf der European Constitutional Group).

Dräger, K./ Huffschmid, J./ Mazier, K./ Petit, P., Verfassung und Erweiterung – neue Herausforderungen für eine alternative Wirtschafts- und Sozialpolitik in Europa, in: Europäische Memorandum-Gruppe (Hgb.), EuroMemo 2003, Vollbeschäftigung, Wohlfahrt und ein starker öffentlicher Sektor – Demokratische Herausforderungen in einer erweiterten Union, Hamburg 2004.

Feld, L.P., Eine Europäische Verfassung für Europa aus polit-ökonomischer Sicht, in: ORDO-Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, 54/ 2003.

Henseler, P., The Nation State After the Implementation of the Maastricht Treaty, in: Wirtschaftspolitische Blätter 3-4/ 1995.

Henseler, P., Die Konstitutionalisierung Europas in der Sackgasse? Eine Reflexion der Reflexionsphase, unveröffentlichtes Typoskript, abgeschossen 20.1.2006.

Henseler, P., Reflecting the 'Reflection Period' under Austria's EU presidency, in: EUWatch (Issue 2), Juli 2006, S. 25 ff.

Herzog, R./ Gerken, L., Europäische Union gefährdet die parlamentarische in Deutschland, Gastkommentar in: DIE WELT, 13.1.2007.

Herzog, R./ Gerken, L., Von roten Karten und stumpfen Schwertern – Eine Grundsatzkritik des EU-Verfassungsentwurfs/ Anforderungen an den zukünftigen Grundvertrag, Centrum für Europäische Politik, Freiburg, 19.6.2007, www.cep.eu.

Oppermann, T., Europarecht – Ein Studienbuch, 2. Aufl., München 1999.

Neukodifikation (Verhandlungen des 13. Juristentags in Salzburg 1997), Gutachten von W. Barfuß, Wien 1997, Referate von P. Pernthaler und W. Leisner, Wien 1999.

Literaturauswahl zu Kapitel 7

Adamovich, L., Rechtsgutachten [im Auftrag des Bundespräsidenten] zur Frage, ob der Beitritt der Republik Österreich zum sogenannten EU-Reformvertrag als Gesamtänderung der Bundesverfassung im Sinn des Art. 44 Abs. 3 B-VG anzusehen ist, Wien, 10.12.2007 (www.hofburg.at).

Beutler, R./ Bieber, R. u.a., Die Europäische Union – Rechtsordnung und Politik, 5. Aufl., Baden-Baden 2001.

Funk, B.C., Einführung in das österreichische Verfassungsrecht, 8. Aufl., Graz 1995.

Henseler, P., Does a European demos, as a constituent power (pouvoir constituant) exist, and how can it assert its validity? Referendum models in the process of Europe's constitutionalisation, in: EUWatch (Issue 6), April 2007, S. 10 ff.

Herzog, R./ Gerken, L., Europäische Union gefährdet die parlamentarische Demokratie in Deutschland, Gastkommentar in: DIE WELT 13.1.2007.

Öhlinger, T., Verfassungsrecht, 5. Aufl., Wien 2003.

Öhlinger, T., Verfassungsrechtliche Aspekte des Vertrags von Amsterdam in Österreich, in: W. Hummer (Hgb.), Die Europäische Union nach dem Vertrag von Amsterdam, Wien 1998.

Öhlinger, T., EU: Referendum über Verfassung nötig? In: Die Presse, 5.7.2004.

Öhlinger, T., Die Ratifikation des Verfassungsvertrags in Österreich – Insbesondere: Bedarf der Verfassungsvertrag einer Volksabstimmung? Vortrag an die Universität Innsbruck, 22.11.2004.

Öhlinger, T., Vorrang des EU-Rechts, Typoskript, 2007.

Öhlinger, T., Warum der EU-Reformvertrag aus verfassungsrechtlicher Sicht keiner Volksabstimmung bedarf – Rechtsgutachten im Auftrag des Bundespräsidenten, Wien, 7.12.2007 (www.hofburg.at).

Öhlinger, T., Soll über den Vertrag von Lissabon in Österreich das Volk abstimmen? In: *ecolex*, im Erscheinen.

Österreichischer Juristentag (Hgb.), Grenzen der Verfassungsänderung: Baugesetze – Grundrechte –

Der Autor

Peter Henseler ist Jurist und Ökonom, Universitätsdozent für öffentliche Wirtschaft/ Finanzwissenschaft, E-mail: Peter.Henseler@gmx.at, als Universitätslehrer ohne Dienstverhältnis zur Universität (Privatdozent) zugeteilt dem Department für Raumentwicklung, Infrastruktur- und Umweltplanung (Fachbereich für Finanzwissenschaft und Infrastrukturpolitik) der Fakultät für Architektur und Raumplanung der Technischen Universität Wien, zuletzt als Gesandter (in Finanzangelegenheiten) an der Ständigen Vertretung Österreichs bei der EU Mitglied des Haushaltsausschusses des EU-Ministerrats in Brüssel bis zu seiner vorzeitigen Versetzung in den Ruhestand (mit äußerst zweifelhafter sachlicher Rechtfertigung) im Jahr 2002. Nach beruflichen Diskriminierungen im öffentlichen Dienst der Republik Österreich, weitgehendem Niederschweigen seiner publizistischen Versuche und angesichts der ihm in diesem unseren Heimatlande entgegen gebrachten Mischkulanz aus Arroganz und Ignoranz fällt es ihm – abgesehen von den familiären Bindungen und dem diesem Land geschuldeten Dank für seine Ausbildung - schwer, dieses Land noch als Mittelpunkt seiner Lebensinteressen zu betrachten. Dies ist daher voraussichtlich seine letzte zur Veröffentlichung in Österreich bestimmte wissenschaftliche Arbeit.