

INSTITUT FÜR EUROPÄISCHE VERFASSUNGSWISSENSCHAFTEN

VOM PRINZIP DES „VORRANGS“ ZUR PLURALISTISCHEN AUFFASSUNG DER RECHTSQUELLEN

Dr. Lina Papadopoulou

Ass. Professorin

Juristische Fakultät, Lehrstuhl Verfassungsrecht

Aristoteles Universität zu Thessaloniki, Griechenland

Vortrag am Institut für
Europäische Verfassungswissenschaften
vom 1. März 2010

IEV-Online Nr. 3/2010

IEV-Online
Hagener Online-Beiträge zu den
Europäischen Verfassungswissenschaften

ISSN: 1868-6680

FernUniversität in Hagen
Institut für Europäische Verfassungswissenschaften
58084 Hagen
Tel.: 02331 987-2912
e-mail: IEV@Fernuni-Hagen.de
<http://www.fernuni-hagen.de/iev>

Vom Prinzip des „Vorrangs“ zur pluralistischen Auffassung der Rechtsquellen

Lina Papadopoulou*

I. Einleitung

Bezüglich des Verhältnisses zwischen nationaler Verfassung und EU Recht haben die nationalen Gerichte lange Zeit und bis vor kurzem mehrheitlich die Auffassung eines nationalen oder staatlichen Monismus¹ vertreten, demgemäß keine Rechtsnorm, sei sie innerstaatlich oder international, der Verfassung zuwiderlaufen dürfe. Demgegenüber haben die EU Richter die polar entgegengesetzte Position eingenommen, indem sie den Vorrang der europäischen (oder der internationalen) Rechtsordnung über jegliche Art nationaler normativer Regelung als gegeben annahmen; dies gilt vor allem für die Gründungsverträge, die als Konstitutionscharta der Union fungieren. Dieser Ansicht liegt die Theorie des supranationalen oder internationalen Monismus zugrunde. Charakteristisch für die monistischen Auffassungen ist, dass eine jede der jeweils in Frage stehenden Rechtsordnungen, die europäische und die nationale, auf die Priorität der eigenen Grundnorm beharrt, widrigenfalls sie sich der Gefahr der Selbstauflösung ausgesetzt glaubt². Als Ausweg aus der Einseitigkeit des Rechtsmonismus wird oft eine dualistische Position vorgeschlagen. Dieser zufolge wird das Gemeinschaftsrecht und allgemeiner das internationale Recht, als eine von der nationalen vollkommen distinkte und ihr gegenüber an normativem Wert in keiner Weise nachstehende Rechtsordnung aufgefasst³.

* Ass. Professorin, Juristische Fakultät, Aristoteles Universität zu Thessaloniki, Griechenland. Der vorliegende Beitrag basiert auf einem am 1. März 2010 am Institut für Europäische Verfassungswissenschaften an der FernUniversität in Hagen gehaltenen Vortrag.

¹ In der deutschen Theorie wird diese Ansicht von P. Kirchhof, 'Der deutsche Staat im Prozeß der europäischen Integration', in: J. Isensee / P. Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, Heidelberg: C. F. Müller 1992, S. 855 ff., Rn. 45 ff., § 18 und H. H. Rupp, 'Europäische 'Verfassung' und demokratische Legitimation', *AöR* 1995, S. 269 ff. vertreten.

² C. Grewe / H. Ruiz-Fabri, 'La situation du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des Etats', in: Colloque de Bordeaux – Société Française pour le Droit International – S.F.D.I., *Droit international et droit communautaire: perspectives actuelles*, Paris: Pedone 2000, S. 251 ff. (bes. S. 274-5).

³ Der nationale Monismus fand eine klare Darstellung in der *rebus sic stantibus* Klausel und schon 1911 im Werk Erich Kaufmanns. Als wichtigster Vertreter des internationalistischen Monismus darf Hans Kelsen gelten, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Tübingen : J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) ²1928, Wiederabdruck: Aalen: Scientia Verlag, 1981, S. 204 ff. Der dualistische Ansatz wurde von Heinrich Triepel (Völkerrecht und Landesrecht, 1899, Wiederabdruck:

Analog sind auch die Positionen, welche in der Theorie zur Vorherrschaft gelangten und heute noch stark vertreten werden: die Rechtslehrer des europäischen oder internationalen Rechtes verteidigen die Autonomie und den Vorrang des Gemeinschaftsrechts, während die Mehrheit der Verfassungstheoretiker für den Vorrang der nationalen Verfassung plädiert.

Es dürfte jedoch klar sein, dass keine der angeführten Auffassungen rein für sich genommen Antworten auf den Problemkomplex liefern kann, der durch die Koexistenz von zwei verschiedenen Rechtsordnungen gegeben ist. Die jüngste Rechtssprechung, aber auch die neueren theoretischen Entwicklungen, sind von einer Abkehr von der reinen Form des rechtlichen Monismus gekennzeichnet, sei er national oder supranational; es findet eine Annäherung an gemäßigte Lösungen statt, welche die parallele Geltung der anderen Rechtsordnung berücksichtigen. Es handelt sich um das Konzept eines rechtlichen oder konstitutionellen Pluralismus, unter dessen Umfang sich theoretische Ansätze reihen lassen, die von dem Gedanken der Koexistenz mehrerer Rechtsordnungen und Rechtsquellen(-systemen) ausgehen. Die Rechtsordnungen werden von manchen als parallel, von anderen als miteinander verbunden betrachtet. Die Rechtsquellen lassen sich nicht auf eine einheitliche Struktur reduzieren, wie es gemeinhin mittels einer Hierarchie-Norm, z.B. dem Vorrangsprinzip, versucht wird.

In der vorliegenden Studie sollen zunächst die grundlegenden Komponenten obiger Alternativmodelle zur Regelung des Verhältnisses zwischen nationalem und europäischem Recht sowie ihre normativen Konsequenzen untersucht werden. Konkreter geht es um die Fragen nach der Autonomie der Rechtsordnung der EU und ihrer qualitativen Differenzierung (oder das nicht Vorhandensein einer solchen) vom (restlichen) internationalen Recht, nach der Ausgestaltung des Systems der Grundrechte und nach der richterlichen „Kompetenz-Kompetenz“. Nicht zuletzt geht es dabei aber auch um die Begriffe der Staatlichkeit und der Demokratie als Schranken der Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts. Alle diese Fragen wurden von der nationalen Rechtssprechung besonders intensiv behandelt.

Aus der Analyse sollte klar hervorgehen, dass jedes der genannten Modelle in einem dialektischen Interdependenzverhältnis zu entsprechenden politologischen Theorien über Souveränität, Demokratie und Volk steht. Diese ineinander verflochtenen Begriffe bedürfen eingehender interdisziplinärer Analyse, was den Rahmen dieser Studie jedoch sprengen würde. Hier kann nur der unmittelbare Zusammenhang der Modellierung der Beziehungen zwischen Rechtsordnungen mit den entsprechenden politologischen Auffassungen herausgestellt und ansatzweise dargestellt werden. Dieser Zusammenhang erscheint zunächst als ein Verhältnis

Aalen: Scientia Antiquariat 1958) und *Santi Romano* verfolgt. S. auch *M. La Torre*, 'Legal Pluralism' as Evolutionary Achievement of Community Law, *Ratio Juris* 1999, S. 182 ff. (184).

der Abhängigkeit der Rechtsmodelle von den politologischen Theorien, aber auch umgekehrt des Einflusses von ersteren auf letztere.

Die hier vertretene Ansicht geht von der Annahme aus, dass keine Form von Monismus, in ihrer absoluten und monolithischen Konzeption, den gesellschaftlichen und politischen Verhältnissen eines institutionell pluralistischen politischen Körpers und einer in Staaten gespaltenen politischen Entität, wie die EU es ist, gerecht werden kann. Die eine Form des Monismus, der staatliche, lässt die Existenz, die wirkungsmächtige Funktion, die realen Möglichkeiten und die Notwendigkeit der europäischen Vereinigung völlig außer Betracht, während der supranationale Monismus die inneren Spaltungen, die Komplexität und die Vielfältigkeit des europäischen Staatenbundes und der europäischen Gesellschaft verkennt. Diese Sachlage zwingt den Rechtstheoretiker zu neuen Konstruktionen, mittels derer die neuen Erscheinungen der empirischen Gegebenheiten analysiert werden können, welche das Aufkommen der supranationalen politischen Entität, die man „Europäische Union“ nennt, begleiten.

Im Rahmen der Suche nach der Theorie, welche dem institutionellen Regime des Gemeinschaftsrechts am besten entspricht, ergibt sich die Notwendigkeit des Brechens mit der klassischen monistischen Konzeption, sowie die Unzulänglichkeit der traditionellen dualistischen Position. Diese Herangehensweisen müssen einem „rechtspluralistischen“ Modell weichen, das seinerseits einer ebenso pluralistischen politologischen Konzeption entspricht. Charakteristisch ist es für dieses gedankliche Unterfangen, dass es ebenso das Rechtsdenken von den Fesseln des hierarchischen Stufenbaus und der entsprechenden Einordnungen der Rechtsquellen zu befreien strebt, wie das politologische Denken von der eindeutigen Verknüpfung der Herrschaft mit dem Staat und das Volk-Nation.

Die Studie schließt mit Gedanken zum Verhältnis von nationaler Verfassung und politischem Gebilde der EU, oder besser gesagt zur Rolle der ersteren im letzteren. Diese Gedanken stehen in Einklang mit der obigen theoretischen Entscheidung und nützen manche Resultate bezüglich der von den nationalen Gerichten im Vorranganspruch des europäischen Rechts gesetzten „Grenzen“, die sich in den dazwischen gelegenen Kapiteln ergeben werden.

II. Vom Rechtsmonismus zum Verfassungspluralismus

A. Die klassischen monistischen Auffassungen

1. Die Komponenten des staatlichen Monismus

a. die grundlegende juristische Prämisse: der Vorrang der Verfassung

Nach der Auffassung des nationalen oder staatlichen Rechtsmonismus ist die Verfassung höchster Grund des Rechtssystems auf jedem nationalstaatlichen Territorium. Die nationalen Verfassungsordnungen stehen parallel zueinander und erkennen kein ihnen übergeordnetes Grundgesetz (z.B. das internationale Recht oder Gemeinschaftsrecht) an. Das europäische Recht ist durch die nationale Rechtsordnung bedingt und existiert kraft der Verträge, deren Geltungs- und Anwendungsgrund im Willen des nationalen Gesetzgebers liegt, wie er sich im Ratifizierungsgesetz manifestiert. Besondere Bedeutung ist also dem Umstand beizumessen, dass das europäische Recht nur kraft eines solchen Gesetzes in die nationale Rechtsordnung eindringen kann.

Für den Vorrang der nationalen Verfassung spricht auch die Tatsache, dass diese zeitlich dem Gemeinschaftsrecht vorangeht, dass die EU nur über eine von den als Vertragsparteien auftretenden Nationalstaaten verliehene Hoheit verfügt, welche also eine subalterne und nicht ursprüngliche wie die der Staaten ist. Die Kompetenzen der Gemeinschaft werden ihr durch Verfahren übertragen, die in den nationalen Verfassungen vorgesehen werden, d.h. in Anwendung der Verfassung und nicht als Verstoß gegen sie oder als Aushöhlung ihrer in Folge von Revolution oder Krieg. Es folgt, dass die Gemeinschaftshoheit nicht nur spezifisch und begrenzt ist, sondern auch in funktioneller Abhängigkeit von der nationalen Hoheit steht⁴.

Da der Geltungsgrund des Gemeinschaftsrechts in der Verfassung zu verorten ist, sind in ihr auch die Grenzen seiner Anwendbarkeit zu suchen. Sein Inhalt darf nicht im Gegensatz zu seinem konstitutionellen Grund stehen; es selbst ist vollständig in die nationale Rechtsordnung integriert und nimmt die der Verfassung als ganzer oder ihrer Grundbestimmungen direkt nächstliegende untergeordnete Stufe ein. Mit anderen Worten, sowohl das primäre als

⁴ Man kann diesem Argument natürlich entgegenhalten, dass die rechtliche Priorität aus der historischen nicht folgt. So argumentiert J. Isensee, 'Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte – offener Dissens', in: J. Burmeister (Hg.), Verfassungsstaatlichkeit, Festschrift für K. Stern z. 65. Geb., München: C.H. Beck 1997, S. 1239ff, (S. 1263), der daran erinnert, dass die deutschen Staaten, welche sich 1871 zum „ewigen Bund“ zusammenschlossen, historisch dem von ihnen gegründeten deutschen Reich vorhergingen, was dem Vorrang des Rechts des Reichs gegenüber ihrem Recht keinen Abbruch getan hat.

auch das sekundäre Gemeinschaftsrecht unterliegen, bezüglich ihrer Geltung und Anwendbarkeit, den Schranken der Verfassung und der Kontrolle des Verfassungsgerichts oder eines anderen höchsten Gerichtshofes des Staates, in welchem die Anwendung in Frage steht⁵.

Die Verfassungsbestimmung, welche die vereinigende Funktion kodifiziert, indem sie das Beitreten zu einer internationalen Organisation, die Übertragung von Kompetenzen an sie und die entsprechende Begrenzung der staatlichen Hoheitsgewalt vorsieht, gilt als formell und materiell gleichwertig mit jeder anderen Bestimmung. Im Kollisionsfall wird sie also nicht angewendet, sondern weicht als generellere Norm der spezielleren.

b. Die politologische Begründung: der demokratische Etatismus

(1) die zentrale Stellung des „Staates“

Es ist offensichtlich, dass diese Auffassung der Struktur der Rechtsordnung auf einer national orientierten Betrachtung der Verfassung, des Staates und seines legitimierenden Faktors, des Volkes, beruht. Die Einstellung bezüglich des Rechts setzt eine politologische Ansicht bezüglich der vor-rechtlichen Elemente voraus, die eine Rechtsordnung bedingen. So wird der nationale Monismus als Rechtsquellentheorie von der politischen Theorie des nationalen oder demokratischen Etatismus getragen und vervollständigt.

Die zwei Theorien, die rechtliche und die politologische, fügen sich zu einem einheitlichen Ganzen zusammen. Ihre Vereinigung läuft auf ein deskriptives und normatives Verständnis der politischen und rechtlichen Ordnung hinaus und legt eine Verbindung zwischen den Begriffen Souveränität – Staatlichkeit – Nation – Volk – demokratische Selbstbestimmung – Verfassung fest, die als eine polygonale Beziehung schematisiert werden kann. Diese Schematisierung lässt sich wie folgt analysieren: Souveränität kommt nur einem Staat zu, der Staat kann nur auf Grund einer Nation existieren, die Nation kann ein Volk konstituieren, das Volk kann sein Recht auf kollektive Selbstbestimmung ausüben und eine Verfassung gestalten, die Verfassung verkörpert die Souveränität des Volkes als seine Rechtshoheit. Die Begriffe sind miteinander verflochten. So kann z.B. nur ein Staat über Volk, Demokratie und Souveränität im Sinne der ursprünglichen Staatsgewalt verfügen. Die politische Herrschaft des Staates

⁵ Das deutsche Bundesverfassungsgericht gilt als klassischer Verfechter dieser Ansicht, vor allem in seinem *Maastricht* Urteil. Seine Folgerungen können analog auf alle Mitgliedstaaten angewandt werden und gelten in viel höherem Maß für solche, die im Gegensatz zu Deutschland ihre Mitgliedschaft auf keine besondere Verfassungsbestimmung stützen.

spiegelt sich in der Herrschaft des Rechts wieder, und zwar des höchsten Gesetzes, der Verfassung.

(2) die politische Herrschaft als Primat des Rechts

Nach dieser Auffassung ist für die Entscheidung über Geltung und Anwendung einer Rechtsnorm die Frage nach der Souveränität ausschlaggebend. Souveränität wird eingeräumt, wenn drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind: die (juristische) „Kompetenz-Kompetenz“, die (faktische) politische Macht und die (institutionelle) Möglichkeit demokratischer Legitimation⁶.

Die erste Voraussetzung, die „Kompetenz-Kompetenz“, ist formeller Natur. Es geht um die juristische Potenz einer Rechtsordnung jegliche Materie normativ zu regeln. Eine solche Fähigkeit kann bestehen entweder weil die Verfassung keine inhaltlichen Schranken setzt, oder weil sie den Mechanismus ihrer Selbstbeschränkung kontrolliert und über die rechtliche Möglichkeit eigenmächtiger Aufhebung eventueller Selbstbeschränkungen verfügt. Wenn eine Verfassung ein Regierungssystem beschränkter und ausschließlich aufgezählter Kompetenzen einführt, wie es z.B. im Bonner Grundgesetz und der „Verfassung“ der Europäischen Gemeinschaft der Fall ist⁷, konzentriert sich das Interesse auf den Mechanismus der Verfassungsänderung. Kompetenz-Kompetenz besteht nur, wenn die Verfassungsänderung nicht vom einstimmigen Konsens aller konstitutiven Parteien abhängig gemacht wird. Falls dagegen die Einstimmigkeit vorausgesetzt wird, bleiben die konstitutiven Parteien der eigentliche Souverän über die Rechtsordnung, die sie konstituieren⁸.

Nach dem zweiten Kriterium muss das Staatsgebilde eine Reihe wichtiger Kompetenzen erlangt haben, um als souveräner Staat anerkannt zu werden. Gemäß der hier untersuchten Ansicht trifft dies für die EU nicht zu, da die Mitgliedstaaten ihre Kompetenzen in den Bereichen Verteidigung und außenpolitische Beziehungen, Bildung und Kultur beibehalten, während es auf europäischem Niveau vor allem um wirtschaftliche Angelegenheiten geht, die sich aus dem Ziel der Schaffung eines gemeinschaftlichen Marktes ergeben.

⁶ S. bes. *Kirchhof*, 'Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration', a.a.O., S. 882; *ders.*, 'Die Gewaltbalance zwischen staatlichen und europäischen Organen', *JZ* 1998, S. 965 ff.; *ders.*, 'Die Wahrnehmung von Hoheitsgewalt durch Mitgliedsstaaten und Gemeinschaftsorgane', *Humboldt Forum Recht*, www.rewi.huberlin.de/HFR/2-1997.

⁷ Dieser Punkt wird in der Analyse des deutschen Bundesverfassungsgerichts im *Maastricht* Urteil bezüglich Art. F(3) EUV und Art. 235 EGV hervorgehoben, BVerfGE 89, S. 155 (196 und 210 resp.). In Wahrheit ist dieses Prinzip von der Rechtsprechung der EGH deutlich untergraben worden.

⁸ Diesbezüglich zeigt eine Analyse des Art. 79 GG, dass auf der Ebene der deutschen Verfassung eine solche Kompetenz-Kompetenz besteht, während Art. N EUV deutlich belegt, dass dies auf europäischer Ebene nicht der Fall ist. Demgemäß würden auf europäischer Ebene die Mitgliedstaaten Herren der Verträge bleiben.

Das dritte Moment bezieht sich auf die demokratische Legitimation, die sich nur aus einem Volk oder Demos herleiten lässt. Aus dem Mangel an einem europäischen Demos, den prozessualen Defiziten des europäischen Gesetzgebungsverfahrens und der Abwesenheit einer europäischen öffentlichen Sphäre ziehen die Anhänger des staatlichen Monismus den Schluss, dass demokratische Legitimation vorzugsweise zunächst der nationalen Verfassung, als Produkt der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes, und der ihr gemäßen nationalen Gesetzgebung zugesprochen werden muss. Das Gemeinschaftsrecht verfügt über eine ungleich geringere demokratische Legitimation als die nationale Verfassung oder die nationale Gesetzgebung⁹.

Die Anwendung dieser Kriterien führt die Verfechter des staatlichen Monismus zu der Folgerung, dass die hohen Vertragsparteien souveräne Staaten sind, während die Europäische Union es nicht ist. Die Souveränität eines Staates bedeutet, dass die in seiner Verfassung begründete Macht rechtlich aus keiner anderen Quelle abgeleitet ist und daher als höchste bezeichnet werden kann¹⁰. Demgemäß gründet die Hoheitsgewalt immer noch in den nationalen Verfassungen, deren rechtlicher Vorrang gegenüber dem europäischen Recht aus eben diesem Grunde anerkannt werden muss.

(3) kritische Bewertung

An diesem Punkt könnte der Einwand erhoben werden, dass ein Staat den Vorrang seiner Rechtsordnung gegenüber einer anderen nicht bloß deswegen beanspruchen kann, weil letztere keine staatliche ist¹¹. Außerdem bleibt bezüglich des Verhältnisses von Volk und Nation zur Verfassung noch vieles offen, insbesondere die Frage, ob das Volk in der Ausübung seiner verfassungsgebenden Gewalt die Verfassung hervorbringt oder die Verfassung umgekehrt das Volk konstruiert, indem sie ihm eine Identität verleiht und bestimmte Kompetenzen attestiert. Im letzteren Fall leidet der Schluss von der Legitimationsbasis des nationalen Rechts im Volk oder der Nation auf den Vorrang dieses Rechts unter einer *petitio principii*, da es die Verfassung selbst sein soll, durch die das Volk hergestellt, konstituiert und als Souverän designiert wird. Diese Zirkelhaftigkeit offenbart, dass die Positionierung des Volkes oder der

⁹ So auch *Rupp*, 'Europäische 'Verfassung' und demokratische Legitimation', a.a.O., nach dessen Ansicht nur ein Staat über eine Verfassung verfügen kann. Dieser Verfassung muss auch höchste rechtliche Autorität zuerkannt werden, weil sie auf der verfassungsgebenden Gewalt des Volkes basiert. Contra *J. Isensee*, Das Volk als Grund der Verfassung – Mythos und Relevanz der Lehre von der verfassungsgebenden Gewalt, Paderborn: Schöningh 1994, S. 43 f., 68 f., der verfassungsrechtlich keine Beziehung zwischen dem Dogma der verfassungsgebenden Gewalt und der Frage der Hierarchie der Rechtsquellen sieht.

¹⁰ Rechtlich unabgeleitete, rechtlich höchste Gewalt, vgl. *Kirchhof*, 'Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration', a.a.O., S. 867.

¹¹ So *Isensee*, 'Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte', a.a.O., S. 1263.

Nation an zentraler Stelle in der Ableitung des „Vorrangs“ des Rechts, welches seine Legitimation auf diese Instanzen gründet, nichts anderes beweist, als was sie voraussetzt. Der Umstand, dass das supranationale Recht seine Legitimation aus den Staaten und den Völkern Europas herleitet, kann also nicht als ausschlaggebendes Argument dafür gebraucht werden, es als der nationalen Verfassung untergeordnet einzustufen¹². In der anderen Variante wird angenommen, das Volk, in seinem organischen Begriff genommen, als Nation oder als kulturell homogene Einheit, sei der Verfassung und dem Staat preexistent. In diesem Fall ist das Argument wenigstens logisch konsistent und innerlich konsequent. Der kulturelle Begriff der Nation funktioniert jedoch als eine „sortale Kategorie“¹³, auf Grund derer bestimmte Menschen von anderen unterscheiden werden, mit denen sie zusammenleben. Sie führt also zu Ausgrenzungen und läuft dem Begriff des Konstitutionalismus, als Bewegung für persönliche und kollektive Autonomie unter Bedingungen von Freiheit und Gleichheit, letzten Endes zuwider.

2. Die Komponenten des supranationalen Monismus

Die zentrale These der monistischen Modellierung des internationalen Rechts (des Monismus „unter dem internationalen Recht“)¹⁴ besteht in der Behauptung, dass es nur eine Rechtsordnung in der Welt gibt, die des internationalen Rechts. Die nationalen Rechtsordnungen gelten nur als Subsysteme dieser einen Ordnung¹⁵. Im Rahmen dieses Paradigmas ist auch die europäische Rechtsordnung ein Subsystem der internationalen¹⁶, deren Geltung auf dem Prinzip

¹² So *Isensee*, 'Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte', a.a.O., S. 1263.

¹³ *E. J. Hobsbawm*, *Nations and Nationalism since 1780: Programme, Myth, Reality*, Cambridge: CUP 1990, S. 16.

¹⁴ *H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, Wien: Österreichische Staatsdruckerei 1960, S. 333 f.

¹⁵ Zentral ist in Kelsens Theorie die These der Identität von Staat und Rechtsordnung, s. *H. Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Julius Springer 1925, Wiederabdruck: Wien: Österreichische Staatsdruckerei 1993, S. 16 ff. Wie *W. D. Grussmann*, 'Auswirkungen eines EG-Beitrittes auf die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit', *ZfV* 1990, S. 427 ff. (428), treffend bemerkt, ist im Lichte dieser Theorie schon die heutige die EU nicht von einem Bundesstaat zu unterscheiden,.

¹⁶ Die nationalen Subsysteme des Gemeinschaftssystems sind also Sub-Subsysteme des internationalen Systems. Wie jedoch *N. MacCormick*, *Questioning Sovereignty, Law, State and Nation in the European Commonwealth*, Oxford: Oxford University Press 1999, S. 116 f., anmerkt, könnte das Gemeinschaftssystem als Sub-Subsystem des internationalen angesehen werden oder es und die nationalen als Subsysteme des internationalen. Im letzteren Fall wäre das Verhältnis zwischen den nationalen und dem Gemeinschaftssystem ein pluralistisches, aber dem Rahmen des monistischen internationalen Rechts subsumiert, wo *pacta sunt servanda* die höchste Norm ausmacht. Dies ist das Modell, das *MacCormick*, *ibid*, S. 117, „Pluralismus unter dem internationalen Recht“ bezeichnet.

pacta sunt servanda gründet¹⁷. Dem Gemeinschaftsrecht wird, wie dem internationalen Recht überhaupt, Priorität gegenüber dem nationalen Recht eingeräumt, und zwar auf Grund seiner besonderen Natur als Recht des Ganzen. Dieses kann anders nicht existieren, als aufgrund der Unterwerfung der Teilinteressen unter das Gesamtinteresse durch die konstitutiven Teile¹⁸.

Einer Variante dieses Modells gemäß kann das Gemeinschaftsrecht als autonome und ursprüngliche Rechtsquelle aufgefasst werden, die auf einem originären Anwendungsgebot basiert und weder dem nationalen noch dem internationalen Recht unterzuordnen ist¹⁹. Man könnte diese Position als supranationalen oder europäischen Monismus bezeichnen²⁰. Die nationalen Rechtssysteme lassen sich in eine pyramidenförmige Rechtsordnung eingliedern, an deren Spitze die Gründungsverträge stehen²¹.

Diese gedankliche „Konstruktion“ der Beziehung zwischen der europäischen und den nationalen Rechtsordnungen ist wohl die einfachste und selbstverständlichste, will man das Prinzip des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts als Norm einer hierarchischen Abstufung auslegen, welche die Geltung der restlichen Rechtsnormen bedingt, einschließlich der nun untergeordneten Verfassungsnormen. Das Ganze der nationalen Rechtsordnungen und des Gemeinschaftsrechts ist in einem einzigen Rechtssystem integriert, mit dem Gemeinschaftsrecht an der Spitze und so vielen Subsystemen wie es Mitgliedsstaaten gibt. Die so genannte Europa- bzw. Öffnungsklausel jeder nationalen Verfassung, auf Grundlage derer der entsprechende Staat der EU beitrifft, erscheint „im Licht des supranationalen Rechtsmonismus gleichsam als Geburtskanal, der sich nur in eine Richtung öffnet, der ein neues selbstständiges Lebewesen in die Außenwelt entlässt, ihm aber nicht die Chance der Rückkehr bietet“²². Der Gegensatz zur Position des nationalen Monismus, demgemäß das Gemeinschaftsrecht keine autonome

¹⁷ Contra N. MacCormick, 'The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now', *European Law Journal* 1995, S. 259 ff. (264), mit dem Argument, dass die effektive Gesetzgebende Gewalt im Ministerrat liegt, der sich aus Organen der nationalen Rechtsordnungen zusammensetzt und seine Legitimation aus diesen herleitet.

¹⁸ G. Pescatore, 'Aspects judiciaires de l'acquis communautaire', *RTDE* 1981, S. 617 (632).

¹⁹ Wie L. Burgorgue-Larsen, 'Petit bréviaire imaginaire des relations harmonieuses entre la Constitution française et l'intégration européenne', *Revue du Droit Public* 2002, S. 423 ff., (437) anmerkt, erscheint der EGH als Anhänger des Monismus, indem er von dieser Methodologie ausgeht, wenn es um die Eingliederung des Gemeinschaftsrechts in der nationalen Rechtsordnung geht, während er andererseits in der Frage der Integration des internationalen Rechts in der Gemeinschaftsordnung eine dualistische Position vertritt.

²⁰ M. Kumm, 'Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe?: Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice', *CMLRev* 1999, S. 351 ff. (S. 354). In der deutschen Theorie wird diese Ansicht vertreten von: J. A. Frowein, 'Europäisches Gemeinschaftsrecht und Bundesverfassungsgericht', in: M. Drath / C. Starck (Hg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Bd. 2, Tübingen: Mohr 1976, S. 187 ff. (192); Th. Oppermann, *Europarecht*, München: C.H. Beck 1991, S. 194 ff.; F. Walter, 'Grundgesetzliche Rechtsschutzgarantie gegen europäische Rechtsakte?', *Der Staat* 1995, S. 586 ff. (591 f.).

²¹ I. Weyland, 'The application of Kelsen's theory of the legal system to European Community Law – the supremacy puzzle resolved', *Law and Philosophy* 2002, S. 22 ff., C. Richmond, 'Preserving the identity crisis: autonomy, system and sovereignty in European law', *Law and Philosophy* 1997, S. 377 ff., (410 ff.).

²² Isensee, 'Vorrang des Europarechts und deutsche Verfassungsvorbehalte', a.a.O., S. 1263.

Rechtsgeltung besitzt, sondern als bloße Gesamtheit der gemeinschaftlich von den Mitgliedstaaten vereinbarten Rechtsnormen anzusehen ist, ist offenkundig²³.

3. *Monismen: zwei Seiten der gleichen Medaille*

Das Paradigma des supranationalen Monismus, von der Konstruktion der unmittelbaren Geltung des Gemeinschaftsrechts und seines Vorrangs gegenüber den nationalen Rechtsordnungen getragen, macht nur den anderen Pol der gleichen „Erzählung“ aus, welche auch das Paradigma des staatlichen Monismus auszeichnet. Es harmoniert mit der traditionellen hierarchischen Klassifizierung der Rechtsquellen und hängt unmittelbar mit Begriffen wie „höchste Gewalt“ und „Kompetenz-Kompetenz“ zusammen²⁴. Beide Modelle gründen auf eine homogenisierende Konzeption der politischen Gesellschaft und des politischen Körpers und werden, aus weiter unten zu analysierenden Gründen, einer Aussicht auf respektvollen Einschluss der Differenz nicht gerecht.

Was die Möglichkeit der Gewährleistung der Grundprinzipien des Konstitutionalismus angeht, betrachtet das ethnozentrisch-demokratische Modell den Nationalstaat als die organisatorische Hülse, welche schon seit der Zeit der französischen Revolution allein die Werte der liberalen Demokratie fördern und verteidigen kann. Es lässt also die vorhandene Notwendigkeit außer Acht, die Prinzipien des Konstitutionalismus, allen voran Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, vom Nationalstaat abzukoppeln, mit dem sie kraft einer historischen Zufälligkeit verbunden worden sind. Dieser Forderung genügt zunächst der supranationale Monismus. Seine Verfechter, einschließlich des Europäischen Gerichtshofs, berufen sich jedoch auf eine formalistische und monistische Konzeption dieser Prinzipien, vor allem des Prinzips der Rechtsstaatlichkeit. Sie bekennen sich zur Möglichkeit der Existenz einer autonomen Rechtsordnung, ohne direkten Bezug zu einem Staat; sie sei aber mit einer klaren Hierarchie von Rechtsnormen und einer klaren Kompetenzaufteilung zwischen den Gerichten ausgestattet, welche die einheitliche Anwendung im Inneren des Rechtsraumes und die Akzeptanz im Äußeren sicherstellen sollen. Diese Ansicht stellt zwar einen Fortschritt dar, insofern nämlich das liberale Ideal des Rechtsstaates als nationalübergreifend anerkannt wird, muss aber ande-

²³ N. MacCormick, 'Liberalism, Nationalism, and the Post-Sovereign State', in: R. Bellamy / D. Castiglione (Hg.), *Constitutionalism in Transformation: European and Theoretical Perspectives*, Oxford: Blackwell 1996, S. 141 ff.

²⁴ M. Poiares Maduro, 'The State of the Portuguese European Constitutional Discourse', in: Lord Slynn of Hadley / M. Andenas (Hg.), *FIDE - XX. Congress*, London 30.10-02.11.2002, Vol. II, Reports and Conclusions, London: FIDE and The British Institute of International and Comparative Law (BIICL) 2003, S. 387 ff. (404).

rerseits auch als ein Rückfall bewertet werden, insofern sie nicht in der Lage ist, die substanziellere Dimension der liberalen und demokratischen Konzeption auszudrücken: die der gerechten Regierungsführung²⁵. Sie bleibt demnach oft bei einem sterilen Wirtschaftsliberalismus stehen und scheint die Dynamik der supranationalen liberalen Demokratie zu verkennen. Es besteht also Bedarf zur Ausarbeitung einer Theorie, welche die monistische Konstruktion durchbrechen und ihre ausweglosen Trennungen vermeiden könnte. Sie hätte sich auf die Prinzipien zu konzentrieren, welche den Kern des komplexen normativen Ideals des liberalen Rechtsstaates ausmachen und den europäischen Verfassungstraditionen gemein sind. Diese Alternative sucht die Theorie des konstitutionellen Pluralismus bereitzustellen.

B. Die pluralistischen Auffassungen

1. Theoretischer Grund

Die wichtigste Voraussetzung, auf die sich der konstitutionelle Pluralismus stützt, ist die Entbindung des Rechts vom Staat. Die pluralistische Ansicht geht so vom empirischen Sachverhalt aus, der als Dispersion der politischen Macht über ihren traditionellen Sitz im Nationalstaat hinaus und als Verteilung ihrer vielfältige über- oder auch substaatliche Instanzen beschrieben werden kann²⁶. Der Nationalstaat ist nicht mehr der ausschließliche Schöpfer von Rechtsnormen. Dies schafft die Grundlage für einen Rechtspluralismus, der die nationalen Rechtsordnungen übersteigt²⁷.

Die pluralistische Konzeption kennt einige Varianten. Eine Unterscheidung²⁸ betrifft das Verhältnis der nationalen und europäischen Rechtsordnungen zum internationalen Recht. Die zwei Alternativen dieses Pluralismus sind: entweder „Pluralismus unter dem internationalen Recht“, oder „radikaler Pluralismus“. Nach der ersten Ansicht sind es völkerrechtliche Verpflichtungen, welche das Geltungsfundament des Gemeinschaftsrechts und der nationalen Verfassungen ausmachen. Es handelt sich um eine Variante der monistischen Theorie Hans Kelsens, mit dem internationalen Recht als Spitze des Systems, obwohl der große Theoretiker natürlich nicht das tertium quid zwischen internationalem und nationalstaatlichem Recht vor-

²⁵ Kumm, 'Who is the final arbiter?', a.a.O., S. 374.

²⁶ Wie MacCormick, Questioning Sovereignty, a.a.O., S. 114, anmerkt ist die Annahme einer institutionellen normativen Ordnung anderer Körperschaften, wie Kirchen oder anderer religiöser Gemeinschaften, internationaler Sportorganisationen etc. nicht ausgeschlossen.

²⁷ I. Maher, 'Community Law in the National Legal Order: A Systems Analysis', Journal of Common Market Studies 1998, S. 237 ff. (241).

²⁸ Vgl. MacCormick, Questioning Sovereignty, S. 119.

hersehen konnte, welches das sui generis Gemeinschaftsrecht ausmacht. Für den „radikalen Pluralismus“ dagegen, stellen die völkerrechtlichen Verbindlichkeiten nur eine dritte Perspektive über die in Frage stehenden Beziehungen dar, nur noch ein nicht hierarchisches interaktives System.

2. Die dualistische Auffassung des Gemeinschaftsrechts

Nach der dualistischen Auslegung der Beziehungen zwischen nationalstaatlichem und internationalem oder Gemeinschaftsrecht, müssen die zwei Rechtsordnungen als absolut distinkt und unabhängig voneinander betrachtet werden, weil sie auf zwei verschiedenen Grundnormen basieren. Erste logische Konsequenz dieser Grundannahme ist die Autonomie der europäischen Rechtsordnung, da ihre Grundnorm nicht im hierarchischen Stufenbau einer anderen Rechtsordnung eingegliedert ist. Die Gründungsverträge gelten eigenständig als primäre Rechtsquellen und nicht weil sie auf Grund der nationalen Verfassungen Teil des internen Rechts der Mitgliedstaaten geworden sind.

Die zweite logische Konsequenz der Selbstständigkeit beider Rechtsordnungen, der nationalen und der europäischen, ist, dass keine als der anderen über- oder untergeordnet angesehen werden kann. Diese Ansicht umgeht das dornige Problem der hierarchischen Beziehung zwischen den zwei Rechtsordnungen und insbesondere die Frage nach dem Vorrang, indem sie jede Beziehung, vor allem jede hierarchische Beziehung zwischen ihnen leugnet²⁹.

Die dualistische Konzeption, zumindest in ihrer absoluten Form der starren Trennung, kann das Prinzip der unmittelbaren Geltung des sekundären Gemeinschaftsrechts, das als horizontale Direktwirkung sogar Beziehungen zwischen Bürgern unmittelbar betrifft³⁰, nicht einfangen. Dieses Prinzip setzt voraus und hat zugleich zur Folge, dass das Gemeinschaftsrecht, wenn nicht als integraler Bestandteil des nationalen Rechts, so doch als „Recht des Landes“ (*law of the land*) anerkannt wird, in welchem die Anwendbarkeit in Frage steht³¹. Es bleibt

²⁹ S. C. N. Kakouris, 'La Relation de l'Ordre Juridique Communautaire avec les Ordres Juridique des Etats Membres, (Quelques reflexions parfois peu conformistes)', in : F. Capotorti et al (hg.), *Du Droit International au Droit del' Intégration : Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden: Nomos 1987, S. 319 (331): „Hinsichtlich der reinen Rechtsstruktur machen diese zwei Rechtsordnungen zwei unabhängige Entitäten aus, die strikt getrennt sind ... Der Vertrag ist also nicht in die nationalen Rechtssysteme integriert. Er ist als selbstständige Quelle von Rechtsnormen gültig“.

³⁰ Vgl. EGH C-36/74, *Walrave und L. J. N. Koch v. Association Union cycliste internationale, Koninklijke Nederlandsche Wielren Unie kai Federación Española Ciclismo*, 12.12.1974, ECR 1974, S. 1405, 21.

³¹ *La Torre*, 'Legal Pluralism' as Evolutionary Achievement of Community Law, a.a.O., S. 192; *T. Öhlinger*, 'Die Auswirkungen der europäischen Integration auf die Rechtssysteme der Mitgliedstaaten', in: F. Breuss / G. Fink / S. Griller (hg.), *Vom Schuman-Plan zum Vertrag von Amsterdam. Entstehung und Zukunft der EU*, Wien-New York: Springer 2000, S. 51 ff. (59).

außerdem offen die Frage nach der Rechtsgrundlage der Pflicht der nationalen Gerichte das Gemeinschaftsrecht anzuwenden, da letzteres nicht Teil der Rechtsordnung ist, derer sie angehören. Die Unzulänglichkeit dieser Auffassung zeigt sich aber vor allem in den Bereichen der geteilten und der unterstützenden Zuständigkeiten; in diesen ergänzen die Normen der einen Rechtsordnung die der anderen und sie decken sich, wie bereits in der Einleitung bemerkt, hinsichtlich der Subjekte, des territorialen Anwendungsbereichs und der Organe ihrer Ausführung. Die Lösung der Autonomie hebt also zwar das Problem der Hierarchie oder des „Vorrangs“ theoretisch auf, aber nur um es in ein Problem des anzuwendenden Rechts überhaupt zu verwandeln. Angesichts des Mangels an einer Hierarchienorm, müssen Kollisionsfälle der zwei Rechtsordnungen mittels anderer Kriterien entschieden werden, die noch zu suchen wären.

3. Das Paradigma des Rechtspluralismus

a. die Europäische Union als „Verfassungsverbund“

Die Funktionsweise der Relation von Rechtssystemen am Beispiel der EU³², insbesondere ihre Verschränkung, ihre Anwendung durch die gleichen Organe im gleichen Territorium und vor allem die Komplementarität und das Ineinandergreifen ihrer Rechtsquellen, hat viele Theoretiker zu der Ansicht geführt, dass „das nationale Recht und das Gemeinschaftsrecht nicht mehr als absolut getrennte Rechtssphären angesehen werden können“³³, wie die „reine“ dualistische Auffassung annimmt; genauso wenig aber können sie als in hierarchischer Beziehung zueinander stehende konzeptualisiert werden, worauf die monistische Konzeption, sei sie nationalstaatlich oder supranational orientiert, hinauslaufen muss. Die komplexe Interdependenz zwischen nationalem Verfassungsrahmen und europäischer Rechtsordnung einerseits, sowie der sich entwickelnde Prozess der rechtlichen Integration in Europa andererseits, sind dagegen oft anhand einer Theorie des „konstitutionellen Pluralismus“³⁴ skizziert worden. Diese theoretische Konstruktion eignet sich zur Konzeptualisierung und zum Verständnis der her-

³² MacCormick, Questioning Sovereignty, S. 102.

³³ J. Schwarze, 'The Birth of a European Constitutional Order', in: Schwarze (Hg.), The Birth of a European Constitutional Order. The Interaction of National and European Constitutional Law, Baden-Baden: Nomos 2000, S. 463 ff (545).

³⁴ MacCormick, 'The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now', a.a.O., S. 259; desgl., Questioning Sovereignty, a.a.O., Kap. 7, S. 97 ff.; N. Walker, 'The Idea of Constitutional Pluralism', MLR 2002, S. 317 ff.

vorkommenden multi-zentralen, multi-systemischen und multi-staatlichen Rechtsordnung mehr als die klassischen Monismen und der reine Dualismus.

Dieser Theorie gemäß wird die EU als ein einheitlicher aber mehrstufiger konstitutioneller Raum verstanden³⁵, der sich aus dem „Ineingreifen“ der nationalen Verfassungen und des primären Gemeinschaftsrechts geformt hat³⁶. Dieser Raum strukturiert sich rechtlich als eine „pluralistische Rechtsordnung“³⁷, als ein „konstitutionelles Mehrebenensystem“³⁸ oder ein „Verfassungsverbund“³⁹.

Alle Varianten des pluralistischen Modells gehen von der Idee aus, dass die nationalen Verfassungen und die Gründungsverträge nicht zwei hierarchisch bezogene oder nebeneinander unbezogen koexistierende Rechtssysteme etablieren, in welchen der souveräne Staat oder die Gemeinschaft bzw. Union als höchste Quelle oder Zentrum der Macht stehen könnten. Das Verhältnis der Rechtssysteme wird im Gegenteil eher als ein horizontales denn als ein vertikales angesehen, eher als ein heterarchisches denn als ein hierarchisches⁴⁰.

In diesem Rahmen wird auch eingeräumt, dass nicht nur jede nationale Rechtsordnung, sondern auch die europäische über eine „Verfassung“ verfügt, sofern nämlich die „Verfassung“ nicht formell verstanden wird, sondern als ein Normengefüge, das den Organen der entsprechenden politischen Entität Kompetenzen verleiht. Jede normative Rechtsordnung, mit ihrer eigenen Verfassung, erkennt die andere innerhalb der Grenzen ihrer Kompetenzen an, ohne dass dadurch die Geltung der einen als von einer Norm der anderen abhängig gedacht werden müsste. Ohnehin bedarf oder impliziert keine der so verschränkten Rechtsordnungen die Anerkennung des Vorrangs irgendeiner von ihnen⁴¹. Die (mindestens) zwei sich so ergebenden Ebenen des Konstitutionalismus existieren und entwickeln sich parallel und interaktiv. Die europäische Verfassung inkorporiert die gemeinsamen Prinzipien der Verfassungen der Mitgliedstaaten und gibt ihnen eine neue Bedeutung, während die nationalen Verfassungen, ob-

³⁵ B. Mathieu, 'Droit constitutionnel français et construction européenne', in: K. Mavrias / D. Maus, (Hg.), *Défense nationale – intégration européenne. Les réponses constitutionnelles*, Athen: Sakkoulas 2002, S. 123, spricht von einem 'einheitlichen Rechtsraum' ('*espace juridique commun*').

³⁶ E. Veniselos, 'Die nationale Verfassung als intergovernmentale Verfassung und die politischen Defizite der Europäischen Union', in: desgl., *Die Herausforderung der europäischen Verfassung*, Athen-Thessaloniki: Sakkoula 2003 (auf griechisch), S. 23 επ. (41-42).

³⁷ MacCormick, *Questioning Sovereignty*, a.a.O., S. 105; A. Verhoeven, *The European Union in Search of a Democratic and Constitutional Theory*, The Hague: Kluwer 2002, S. 291 ff.

³⁸ I. Pernice, 'Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited?', *CMLRev* 1999, S. 703 επ., (710). So auch Th. D. Tsatsos, 'Integrationsförderung und Identitätswahrung - Zur europäischen Dimension der Verfassungsfunktion', in: Ziemske B. / Langheid T. / Wilms H. / Haverkate G. (Hg.), *Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift f. M. Kriele z. 65. Geburtstag*, Μόναχο 1997, und in: *Verfassung - Parteien - Europa, Abhandlungen aus den Jahren 1962-1998*, Baden-Baden: Nomos Verlag 1998/99, S. 607 ff., (609).

³⁹ I. Pernice, 'Die Dritte Gewalt im europäischen Verfassungsverbund', *EuR* 1996, S. 27 ff. (29 f.); M. Heintzen, 'Gemeineuropäisches Verfassungsrecht in der Europäischen Union', *EuR* 1997, S. 1 ff. (15 f.).

⁴⁰ Walker, 'The Idea of Constitutional Pluralism', a.a.O., S. 337.

⁴¹ MacCormick, *Questioning Sovereignty*, Kap. 7, insbes. S. 104.

gleich sie den gemeinsamen Ursprung der europäischen ausmachen, von letzterer beeinflusst werden.

Aus der konstitutionellen Qualität der EU folgt also nicht unbedingt der „Vorrang“ ihres Rechts gegenüber den nationalen Verfassungen in globo. Die zwei Eigenschaften der europäischen Rechtsordnung, ihre konstitutionelle Qualität und ihr „Vorrang“ gegenüber den nationalen Rechtsordnungen, stehen nicht in einem Äquivalenzverhältnis: es kann jede der anderen ungeachtet bejaht (oder verneint) werden⁴². Der „Vorrang“ des Gemeinschaftsrechts kann als Resultat der Übertragung von Hoheitsrechten durch die Nationalstaaten verstanden werden, welche diese auch widerrufen können, sei es indem sie kollektiv die Verträge ändern, sei es indem sie vereinzelt aus der Union austreten.

b. Die Angemessenheit der pluralistischen Theorie für die europäischen Gegebenheiten

Die pluralistische Theorie erlaubt, in viel höherem Masse als die konkurrierenden Theorien, für ein harmonisches Verhältnis zwischen dem Gemeinschaftsrecht und den nationalen Verfassungen, welche die Beschränkung von Hoheitsrechten und die Durchdringung des europäischen Rechts im inneren ihres Geltungsraums selbst vorsehen. Ohnehin ist für jeden Staat die Geltung des Gemeinschaftsrechts im Sinne des „Vorrangsprinzips“ die Folge einer Revidierung seines konstitutionellen und/oder sub-konstitutionellen Rechts, insofern dies für die unmittelbare Geltung und Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts notwendig ist. Andererseits hat sich zwar die europäische Rechtsordnung auf Grund von nationalen Verfassungsbestimmungen geformt und wurde durch Ratifizierung der Verträge für die nationalen Territorien aktiviert, sie verfügt aber über einen eigenen Gesetzgebungsmechanismus und hat sich in ihrer Funktion von den nationalen Verfassungen verselbstständigt. Würde diese Verselbstständigung nicht anerkannt, so wäre das Gemeinschaftsrecht zu einem höchst fragwürdigen und anfechtbaren Gefüge von Gesetzen und Pflichten degradiert. Die europäische Rechtsordnung akzeptiert jedoch zugleich die konstitutionellen Prinzipien und die konstitutionelle Autonomie der Mitgliedstaaten. Sowohl die Beziehungen zwischen den Staaten als auch die Beziehungen zwischen ihnen und der Gemeinschaft sind also eher interaktiv als hierarchisch.

Die pluralistische theoretische Konstruktion beschreibt auch die neuere Rechtssprechung des EuGH und mehrerer höchster nationaler Gerichte treffender als andere Modelle, wenn auch mit den entsprechenden unvermeidlichen Generalisierungen. Der EuGH hat zwar die Auto-

⁴² Vgl. auch *Poiaras Maduro*, 'The State of the Portuguese European Constitutional Discourse', a.a.O., S. 400.

nomie und den „Vorrang“ des Gemeinschaftsrechts deklariert und die Abhängigkeit seiner normativen Geltung von den nationalen Verfassungen ausgeschlossen; er hat aber zugleich eingeräumt, dass die Grundrechte, welche auf die gesamte Sphäre der sozialen Aktivitäten anzuwenden sind, ihre Substanz (auch) von den gemeinsamen konstitutionellen Traditionen der Mitgliedstaaten herleiten und dass die besonderen nationalen wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse bei der Ausführung der Gemeinschaftspolitiken berücksichtigt werden können⁴³. Auf diese Weise lässt der EuGH der Gesellschaft jedes Mitgliedstaates Raum, die Wahl der besonderen Formen des Grundrechtsschutzes selbst vorzunehmen. Er stellt so diese Gesellschaften zugleich vor ihre Verantwortungen.

Die obersten nationalen Gerichte ihrerseits bekennen sich nun immer öfter zur Autonomie des Gemeinschaftsrechts in dem Sinne, dass sie seiner Anwendung keine besonderen Verfassungsbestimmungen in den Weg stellen, sondern nur verfassungsrechtliche Grundprinzipien, welche aber Prinzipien auch der Rechtsordnung der Gemeinschaft selbst sind⁴⁴. So lehnen sie, wenn auch nicht alle mit derselben Klarheit, den staatlichen Monismus, zumindest in seiner strikten Version, ab. Gleichzeitig verwerfen sie in großer Mehrheit den supranationalen Monismus und vor allem seine zentrale These von der Bedingtheit der nationalen Verfassungen durch eine Norm des Gemeinschaftsrechts⁴⁵.

Die pluralistische Auffassung deckt sich nicht mit einer allgemeinen Unterordnung des Rechts der Mitgliedstaaten einschließlich ihrer Verfassungen unter dem Gemeinschaftsrecht⁴⁶. Dies unterscheidet sie von den monistischen Konzeptionen. Die beiden Rechtssysteme, nationales und europäisches, müssen zum Teil als distinkt und unabhängig voneinander, zum Teil als sich überschneidende und interaktionistisch sich bedingende (interacting) angesehen wer-

⁴³ S. EuGH C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs GmbH v. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, 14.10.2004, 2004, S. I-9609 und C-213/07, Michaniki AE v. Ethniko Symvoulío Radiotileorasis und Ypourgos Epikrateias, 16.12.2008, 2009, S. I-09999.

⁴⁴ Art. 6 (früher F) EUV.

⁴⁵ MacCormick, Questioning Sovereignty, a.a.O., S. 105.

⁴⁶ MacCormick, Questioning Sovereignty, a.a.O., S. 116-7. Dies betrifft vor allem das Modell des radikalen Pluralismus. Im Modell des „Pluralismus unter dem internationalen Recht“, das MacCormick, *ibid*, S.121, nunmehr vorzieht, finden die Kollisionen zwischen nationalem und Gemeinschaftsrecht nicht in einem normativen Lehrraum statt und können im Rahmen des internationalen Rechts gelöst werden, insbesondere auf Grund des Prinzips *pacta sunt servanda*. Letzteres begründet eine klare völkerrechtliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten, die Gemeinschaft nicht durch einseitige gerichtliche, gesetzliche oder administrative Entscheidungen zu zerlegen. Dies würde bedeuten, dass die nationalen Gerichte den absoluten Vorrang der nationalen Verfassung über die internationale Rechtsordnung einschließlich ihrer europäischen Dimension nicht als gegeben annehmen dürfen. Sowohl die Interpretation der Gründungsverträge seitens des EuGH, als auch die der nationalen Verfassungen seitens der entsprechenden Verfassungsgerichte dürfen den internationalen Verpflichtungen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten nicht zuwiderlaufen, um die Wahrscheinlichkeit normativer Kollisionen zu verringern oder die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens bzw. internationaler Gerichtsbarkeit sicherzustellen. Es ist klar, dass dieses Modell dem des europäischen oder supranationalen Monismus nah verwandt ist. Es kommt nur hinzu, dass das Gemeinschaftsrecht dem internationalen Recht und dem Grundsatz *pacta sunt servanda* untergeordnet wird.

den⁴⁷. In dieser Hinsicht hebt sich die pluralistische Position von der klassisch dualistischen ab.

c. Kritische Bewertung des pluralistischen Ansatzes

Die bisherige Analyse hat gezeigt, dass die pluralistische Auffassung der Beziehungen zwischen Rechtssystemen sich zentral auf die These stützt, dass distinkte, aber authentisch normative Rechtsordnungen koexistieren können, ohne dass eine die Autonomie oder den normativen Charakter der anderen bestreiten, oder dass sie in der Hierarchie der Quellen der anderen eingreifen müsste. Die Vorteile dieser Konzeption liegen in der intellektuellen Flexibilität⁴⁸, welche es erlaubt, die Entwicklungen im Bereich der realen Verhältnisse und der Ausübung der politischen Macht in Betracht zu ziehen. Es ist jedoch gerade diese Flexibilität, welche auch die Schwächen dieser Einstellung bedingt und Raum für zwei Arten von Einwänden lässt: erstens, dass die pluralistische Theorie die Bedeutung des Staates als Herrschaftsmechanismus verkennt und zweitens, dass sie die Kraft und Autonomie des Normativen unterschätzt, indem sie eine vorschnelle Zuflucht auf politische Lösungen erlaubt.

Im Rahmen des ersten Einwands, der auf theoretischer Ebene formuliert wird, könnte behauptet werden, dass die pluralistische Theorie, auf Grund ihrer These von der Gleichwertigkeit der normativen Ordnungen, die Differenz zwischen einer staatlichen und einer nicht staatlichen Rechtsordnung verkennen muss. Sie kann so nicht adäquat erklären, wie eine institutionalisierte normative Ordnung Dauer oder Verlässlichkeit besitzen kann, ohne über Gewaltmittel zu verfügen, welche ihre Entscheidungen und Regelungen absichern und ausschließlich ihren eigenen Organen zur Disposition stehen. Da sie die rechtliche Ordnung, d.h. die normative Kraft, von der Staatsmacht abkoppelt, ist sie auch der zusätzlichen Schwierigkeit ausgesetzt, die Möglichkeit der Bewahrung von Sicherheit und sozialem Wohlstand ohne Konzentration der Macht in einem einzigen Herrschaftszentrum aufzuzeigen⁴⁹. Dieser Einwand ist nicht nur theoretisch fraglich, er ist auch praxisfern. Er kann aber im Rahmen der gegenwärtigen Studie nicht behandelt und behoben werden, da dies sowohl ihr Ziel als auch ihre methodologische Anlage übersteigen würde.

⁴⁷ *MacCormick*, 'The Maastricht-Urteil: Sovereignty Now', a.a.O., S. 264-5; *MacCormick*, *Questioning Sovereignty*, a.a.O., S. 119.

⁴⁸ D. Chalmers / A. Tomkins, 'Sovereignty and Federalism: the authority of EU law and its limits', in: D. Chalmers / Chr. Hadjiemmanuil / G. Monti / A. Tomkins, *European Union Law*, Cambridge: CUP 2006, S. 182 ff., (207).

⁴⁹ *MacCormick*, *Questioning Sovereignty*, a.a.O., S. 74.

Die Hauptschwäche der pluralistischen Konzeption liegt in ihrem Unvermögen, ein methodologisches Instrumentarium zur Erläuterung, geschweige denn zur Lösung der Fragen bereitzustellen, die durch den Problemkomplex der Beziehungen zwischen verschiedenen Rechtsordnungen gegeben sind⁵⁰. So kann dieser Theorie entgegengehalten werden, dass sie, ihrem Selbstverständnis zum Trotz, keine neuen Horizonte eröffnet, sondern nur zu rechtlichem Chaos und Anarchie führt, dass sie keine klaren Antworten auf Fragen der Kompetenz und des in konkreten Fällen anzuwendenden Rechts liefern kann.

Das obige Modell kann als „deskriptiver“ oder „äußerlicher“ Pluralismus umschrieben werden, in dem Sinne, dass es die raumzeitliche Koexistenz mehrerer Rechtsordnungen zulässt, die allesamt normative Wirkungsmächtigkeit besitzen und über deren Geltung nur durch die ihnen jeweils immanenten Kriterien entschieden werden kann. In dieser Hinsicht ist es nicht weit vom dualistischen Modell entfernt. Es fügt die restlichen nationalen Rechtsordnungen sowie das Element ihrer Verbindung zur Gemeinschaftsordnung nur hinzu. Diese Ergänzung bereichert das dualistische Schema und deckt manche seiner Mängel. Solange jedoch die Pluralität der Rechtsordnungen und ihre innerliche Verflechtung keine normativen Konsequenzen hervorrufen, bleibt die pluralistische Auffassung von der klassisch dualistischen qualitativ ununterschieden.

Die pluralistische Theorie kann diesen Vorbehalt nur dadurch wegräumen, dass sie sich durch normative Kriterien bereichert, welche die Lücke zwischen der Rechtskollision und der politischen Schlichtung schließen können, so dass die Notwendigkeit der letzteren nur auf Ausnahmefälle eingeschränkt wird. D.h., wenn, trotz des Versuchs seiner Vermeidung, der Fall einer Verfassungskollision eintritt, muss das pluralistische Modell, will es dem rechtlichen Monismus und dem klassischen Dualismus als überzeugende Alternative entgegentreten, in der Lage sein einen normativen Grundsatzrahmen anzubieten, mittels dessen die Vermeidung oder Aufhebung des Widerstreits zwischen Verfassung und Gemeinschaftsrecht unternommen werden kann. Das Bewusstsein dieses Bedürfnisses führt zur Ermittlung der Prinzipien und Normen, welche den Pluralismus, über seine deskriptive Dimension hinaus, zu einer normativen Theorie der Regelung des Verhältnisses zwischen nationalem und europäischem oder allgemeiner auch internationalem Recht erweitern.

⁵⁰ Vgl. C. Richmond, 'Preserving the identity crisis: autonomy, system and sovereignty in European law', Law and Philosophy 1997, S. 377 επ., (408 ff.).

4 Der normative Pluralismus

a. Die Bereicherung des pluralistischen Modells durch normative Ansprüche

Das Grundaxiom des normativen Pluralismus besagt, dass angesichts der Vielheit der Rechtsordnungen Bürger und Richter sich nicht an einem Rechtssystem oder einer Rechtsquelle orientieren. Der konstitutionelle Pluralismus, als Bündel normativer Kriterien zur Steuerung von Rechtsakten, hat eine Vervielfältigung und Ausdifferenzierung der Rechtsquellen zur Folge, sowie auch der Argumente, welche eine Verhaltensweise oder ein Rechtsurteil begründen⁵¹. Das Brechen der ausschließlichen Verbindung zwischen Regierungsführung und Staat lässt die Konzeption eines gedanklichen Raumes der Ausübung von supranationaler Macht und der Zusammenkunft von verschiedenen Rechtsordnungen zu, innerhalb dessen die absolute Hierarchie der Rechtsnormen nicht mehr ausschlaggebend ist. Diese Konzeption erlaubt ferner eine Konstruktion der Beziehung von Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, die über die klassischen hierarchischen Auffassungen hinausgeht. Die Vielfalt der sich ergebenden Rechtsquellen unterliegt einer Koordination, aber keine kann der anderen ihre Hierarchie aufzwingen⁵².

Die Anerkennung einer Vielfalt von Zentren politischer Macht führt so zu einer weniger monolithischen Auffassung des Rechts und der Verfassung und zur Akzeptanz einer Vielfalt von Bündel sich gegenseitig bedingender Maßstäbe des „Sollens“. Die Kriterien werden von verschiedenen oder auch den gleichen Organen für verschiedene Verantwortungssphären angewandt. Die Respektierung seitens jedes Organs der Kompetenzsphäre des anderen, die auch vom Dualismus propagiert wird, reicht nicht aus. Unersetzlich ist der ständige Dialog, welcher die gemeinsame Einsicht der verschiedenen Organe in den Umfang und die Grenzen ihrer Kompetenzen ermöglicht, sowie die Koordination ihrer Akte und Entscheidungen⁵³. Außerdem ist die Institutionalisierung von Kontrollverfahren zwischen Organen verschiedener Ebenen nicht ausgeschlossen. In diesem Sinne kann der Pluralismus am Beispiel der EU, als Pluralität der Rechtsordnungen und/oder als Multiplizierung der Rechtsquellen, nur als „zwischenverbunden“ verstanden werden⁵⁴.

Bezüglich der Prinzipien und Normen, auf Grund derer die Kollisionsfälle zwischen nationalen Verfassungen und Gemeinschaftsrecht gelöst werden sollten, kommt den Verbindungen

⁵¹ La Torre, 'Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law', a.a.O., S. 193.

⁵² Aus der Sicht der Systemtheorie s. Maher, 'Community Law in the National Legal Order', a.a.O., S. 240.

⁵³ MacCormick, Questioning Sovereignty, a.a.O., S. 74.

⁵⁴ 'Related or interconnected', so La Torre, 'Legal Pluralism', a.a.O., S. 193.

zwischen den beiden Ordnungen ausschlaggebende Bedeutung zu. Anders gesagt, die Prinzipien, welche zur Lösung der Kollisionen auserwählt werden, müssen von allen Rechtsordnungen anerkannt sein, den nationalen und der gemeinschaftlichen, weil sie nur so die Beziehungen zwischen ihnen regeln können. Auf jeden Fall kann der Inhalt der normativen Argumente mit der Zeit variieren, welche für die Rechtsgrundsätze vorgebracht werden, aufgrund derer die Entscheidungen über den „Vorrang“ der einen oder der anderen Rechtsordnung zu fällen sind; und er variiert auch tatsächlich⁵⁵. Die Notwendigkeit der Berücksichtigung des konkreten konstitutionellen Kontextes, der zeitlichen Dimensionen und der praktischen Konsequenzen jeglicher Lösung wird also vorausgesetzt⁵⁶.

b. Die Theorie der „Homogenität der Werte“

Aus dem oben angeführten geht hervor, dass besondere Bedeutung der Homogenität der Werte und Grundsätze beizulegen ist, welche die Rechtsordnungen der Gemeinschaft und der Nationalstaaten charakterisieren. Die Verfassungsbestimmungen, welche die Übertragung von Hoheitsrechten auf internationale oder supranationale Organisationen vorsehen, setzen Bedingungen der Homogenität unter den Rechtsordnungen, zwischen denen die Kompetenzübertragung stattfinden soll; es werden mehr Bedingungen gestellt, je größer die Kompetenzübertragung ist. Die Organisationsstruktur der supranationalen Körperschaft, konkreter der EU, muss diese Bedingungen erfüllen; sie muss von den Grundsätzen und Werten geprägt sein, welche auch in den nationalen Verfassungssystemen walten. Durch die Formalisierung dieser Bedingungen verknüpfen die nationalen Verfassungen ihre Integrations- mit ihrer Gewährleistungsfunktion. Es ist folglich erforderlich, aber auch ausreichend, dass die Strukturen der supranationalen Ebene der Machtausübung dem minimalen Schutzzumfang entsprechen, welcher durch die Öffnungsklausel selbst⁵⁷ oder den harten Kern der Verfassung gewährt wird.

Es kann außerdem angenommen werden, dass wenn die Organisationsstruktur der Union diesen Minimalanforderungen genügt, das aus dieser Struktur hervorgehende Recht in der Regel auch die erforderlichen Demokratie- und Grundrechtsgarantien erfüllen wird. Umgekehrt ist das systematische Nichteinhalten der minimalen Anforderungen der Verfassungsordnungen

⁵⁵ P. Craig, 'EU Law and National Constitutions: The UK', in: FIDE - XX. Congress, London 30.10.-02.11.2002, Vol. I, National Reports, London: FIDE & The British Institute of International and Comparative Law 2002, S. 421 ff, für die britische (informelle) Verfassung und angesichts des Grundsatzes der Souveränität des Parlaments. Vgl. auch P. Craig, 'Parliamentary Sovereignty of the United Kingdom Parliament After Factortame', YBEL 1991, S. 221 ff.

⁵⁶ Kumm, 'Who is the Final Arbitrator of Constitutionality in Europe?', S. 354.

⁵⁷ Z.B. in Art. 28 Abs. 3 grVerf, 23 Abs. 1 GG.

der Mitgliedstaaten seitens des Sekundärrechts der EU als sicheres Indiz eines strukturellen Defizits zu werten. Im Falle eines solchen Defizits könnten die entsprechenden Bestimmungen der nationalen Verfassungen als Schranken und Hürden der Anwendbarkeit des Sekundärrechts der Gemeinschaft aktiviert werden⁵⁸.

Gegen die Theorie der Homogenität ist das Argument vorgebracht worden, dass Umfang und Grad der erforderlichen Homogenität auf eine Weise festgelegt werden, die von vornherein dem Beispiel der EU angepasst ist; dass also nicht ein Sachverhalt unter eine Norm subsumiert wird, sondern umgekehrt Auslegungsergebnisse unter der politischen Wirklichkeit der Union. In diesem Sinne stellt die erforderliche Homogenität letzten Endes nicht eine aus den Öffnungsklauseln der nationalen Verfassungen entspringende normative Grenze dar, sondern eher eine rechtspolitische Forderung⁵⁹. Dieser Einspruch entspricht zum Teil der Wirklichkeit, insofern nämlich viele der in Frage stehenden Verfassungsbestimmungen entweder angesichts des Beitritts des entsprechenden Staates zur Gemeinschaft eingeführt wurden, oder angesichts späterer Revisionen der Gründungsverträge. Sie wurden also auch zu dem Zweck ausgestaltet, die neuen politischen und rechtlichen Zustände normativ einzufangen, welche der Beitritt oder die Revision hervorgerufen haben. Diese historische Genealogie entzieht den nationalen Öffnungsklauseln jedoch nicht ihre normative Qualität.

c. Die gemeinsamen Werte der nationalen Verfassungsordnungen als Lösungsmaßstab für Verfassungskollisionen

Die Theorie der Homogenität der Werte setzt voraus und hat zur Konsequenz, dass die nationalen Rechtsordnungen und das EU Recht auf einer gemeinsamen Idee des Konstitutionalismus beruhen. Man kann diese Idee in vier Grundprinzipien zusammenfassen: das Rechtsstaatsprinzip (rule of law), die Freiheit der Person, den Gleichheitsgrundsatz und die Demokratie⁶⁰. Es handelt sich also um den idealtypischen Gehalt einer Verfassung, wie er aus den europäischen Verfassungen seit der Aufklärung herausdestilliert werden kann, frei von den eng formalistischen Fesseln, die ihm durch den formellen Verfassungsbegriff auferlegt

⁵⁸ So *D. König*, Die Übertragung von Hoheitsrechten im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses - Anwendungsbereich und Schranken des Art. 23 des Grundgesetzes, Berlin: Duncker & Humblot 2000, S. 461-2, über Art. 79 Abs. 3 GG.

⁵⁹ Vgl. *A. Randelzhofer*, Art. 24 I, in: T. Maunz / G. Dürig (hg.), Grundgesetz, Kommentar, München: C. H. Beck 71999, S. 110-1, bezüglich des deutschen Falles der Kombination von Art. 24 Abs. 1 und 79 Abs. 3 GG.

⁶⁰ *M. Kumm*, 'The jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty', *European Law Journal* 2005, S. 262 (289).

wurden. Die „Verfassung“ der Europäischen Union, wie sie die pluralistische Rechtstheorie einräumt, knüpft also an die Tradition des liberalen und demokratischen Konstitutionalismus an.

Der Grundsatz der Demokratie ist formeller Natur, insofern er mit der Idee der Legalität jeder staatlichen und nicht-staatlichen Macht zusammenhängt, aber auch materieller Natur, insofern er Schutzgarantien der Grundrechte voraussetzt und gebietet. Er ist auch untrennbar mit dem Völkerrechtsprinzip *pacta sunt servanda* verbunden sowie dem Prinzip der effektiven und einheitlichen Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts. Gemäß dem letzteren, müssen die nationalen Gerichte, in ihrer Funktion auch als Gerichte der Gemeinschaft, von einer allgemeinen Pflicht zur Anwendung des Gemeinschaftsrechts ausgehen. Diese Vermutung ist jedoch widerlegbar; die Pflicht ist, wie oben schon erwähnt, dann ungültig, wenn permanente und systematische Verletzungen des Legalitätsprinzips vorliegen oder wenn die restlichen gemeinsamen Verfassungsprinzipien anders nicht gewährleistet werden können. Das vielleicht wichtigste Gegengewicht zur Vermutung der Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts ist der Schutz der Freiheitsrechte und des Gleichheitsprinzips. Angesichts der Tatsache, dass die Rechtsstaatlichkeit allen nationalen Rechtsordnungen gemein ist, ist die Feststellung eines entsprechenden permanenten und systematischen Verstoßes von mehreren Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten, vielleicht sogar in Zusammenarbeit, zu erwarten.

Überdies bekräftigen sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Europäische Union den moralischen Wert der Selbstregierung der Mitgliedstaaten innerhalb der Sphäre ihrer Kompetenzen, folglich auch die Bedeutung, welche der besonderen Natur der Nationalgemeinschaft beizumessen ist. Es ist diese Achtung, die sich im Grundsatz der beschränkten nationalen Selbstregierung als Ausdruck des Subsidiaritätsprinzips reflektiert. Letzteres betrifft die Frage nach der Kompetenzverteilung und soll die Nationalgemeinschaften gerade vor einer un gerechtfertigten Unterschlagung ihrer Kompetenzen seitens der EU schützen und entsprechende Garantien etablieren. Praktisch fungiert es also auch als Balance zur Anwendungsvermutung des Gemeinschaftsrechts. Zudem hängt es unmittelbar mit dem dritten Ausgleichsprinzip zusammen, dem der demokratischen Legitimation⁶¹, und kann auch als dessen Komponente aufgefasst werden.

⁶¹ Contra *Kumm*, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict', a.a.O., S. 299-300, der darauf besteht, dass angesichts des demokratischen Defizits der EU, des Nicht-Vorhandenseins einer europäischen öffentlichen Sphäre, der Abwesenheit unmittelbar repräsentativer Institutionen und der schwachen europäischen Identität, die nationalen Gerichte gute Gründe haben, das europäische Recht beiseite zu schieben, wenn es gegen konkrete Verfassungsnormen verstößt, die wesentliche Grundsätze der nationalen Ordnung reflektieren. Er behauptet auch (ibid, S.297-8), dass wegen des demokratischen Defizits und auf Grund von Bewertungen hinsichtlich der demokratischen Legitimation, die nationalen Gerichte auch das nationale Recht aus verfassungsrechtlichen Gründen zurückweisen können, wenn die anzuwendende Verfassungsbestimmung konkret

Konkreter ist die Subsidiarität als Prinzip der Regelung der Beziehungen zwischen den nationalen und der europäischen Rechtsordnung im Demokratiebegriff enthalten. Letzterer wird dadurch zu einer radikal neuen Konzeption überführt⁶². Indem die Subsidiarität verlangt, die Herrschaftsausübung in den Händen derer zu legen, die jeweils am meisten von ihr betroffen werden, muss sie als ein partizipatorischer politischer Begriff gefasst werden, der auf die Verwirklichung der politischen Freiheit als Selbstbestimmung abzielt. Als solcher gebietet er die Teilnahmemöglichkeit der Bürger an der ihnen möglichst nächstliegenden öffentlichen Sphäre⁶³. Es handelt sich also um eine Rechtsnorm mit hohem politisch-moralischen Gehalt, die darum auch mehrere Deutungen zulässt. Diese Unbestimmtheit, sowie die Tatsache dass sie nur angesichts konkreter Fälle einen Sinn erhält, erlaubt es, die Subsidiaritätsnorm als „postmodern“ zu charakterisieren⁶⁴.

Aus obigen Ausführungen folgt, dass die Lösung eventueller Kollisionen zwischen den nationalen Rechtsordnungen und der Gemeinschaftsordnung zunächst nach den angeführten Prinzipien unternommen werden muss, bevor man sich politischen Auswegen zuwendet. Es geht um das Desiderat der Gestaltung von differenzierten und kontextsensitiven Kollisionsregeln, welche der Umsetzung der relevanten Grundsätze unter Berücksichtigung der Balancierungsbewertungen im höchstmöglichen Grad dienen können⁶⁵.

d. Bewertung des normativen Pluralismus

Das pluralistische Modell bietet einen Ausweg aus der Sackgasse, in der das alte Dogma der „Souveränität“ in der Frage des Verhältnisses von Gemeinschaftsrecht und nationaler Verfassung führt⁶⁶. Es stellt alternative Lösungsmöglichkeiten eventueller Kollisionen bereit und erlaubt für neue Herangehensweisen an das Konzept des „Vorrangs“. Das diesem Modell, gerade wegen seines pluralistischen Charakters, immanente Element der Unbestimmtheit muss nicht als ein Mangel angesehen werden, sondern vielmehr als Vorteil; diese Unbestimmtheit macht ein ebenso immanentes Element der gegenwärtigen historischen Epoche und insbesondere der gegenwärtigen Entwicklungsphase der Europäischen Union aus. Der

und spezifisch genug ist und ein verfassungsmäßig wesentliches nationales Anliegen reflektiert (nach den Unterscheidungen des italienischen Verfassungsgerichts im Granital Urteil).

⁶² I. Ward, 'Dualism and the limits of European Integration', *The Liverpool Law Rev.* 1995, S. 29 ff. (35).

⁶³ Th. Würtenberger, 'L' autonomie locale et regionale, principe directeur du droit constitutionnel en Europe', in: G. Amato/ G. Braibant / E. Veniselos (hg.), *The Constitutional Revision in Today's Europe*, London: Esperia 2002, S. 157 ff. (161).

⁶⁴ Ward, 'Dualism and the limits of European Integration', a.a.O., S. 35.

⁶⁵ Kumm, 'The Jurisprudence of Constitutional Conflict', a.a.O., S. 290.

⁶⁶ La Torre, 'Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law', a.a.O., S. 183.

Wert des pluralistischen Modells liegt vor allem in seiner Anpassungsfähigkeit und Sensitivität für den konstitutionellen Kontext, sowie in der Bedeutung, welche es der teleologischen und systematischen Interpretationsmethode des Rechts beizulegen in der Lage ist.

Als dem normativen Pluralismus verwandt kann das Modell des „weltbürgerlichen Rechts“ angesehen werden, demgemäß Kollisionen zwischen verschiedenen Rechtsordnungen durch Rekurs auf einen Kodex „universaler Menschenrechte“ zu schlichten sind⁶⁷. In seiner allgemeinen Form läuft dieser Ansatz darauf hinaus, dass Gesetze, welche die Grundrechte nicht respektieren, solchen weichen müssen, die sie respektieren. Dieses Modell ist jedoch außerordentlich „dünn“ (thin), weil die Grundrechte in ihrer universalen Dimension dem europäischen Entwicklungsstand deutlich nachstehen. Außerdem kann es als zu „libertär“ (libertarian) bezeichnet werden, da es, in Ermangelung einer global gemeinsamen wirtschaftspolitischen Basis, dem Bedürfnis nach Schutzgarantien für kollektive Güter, wie Umweltschutz, nicht genügen kann. Aus dem gleichen Grund kann es keine Kriterien zur Auswahl der anzuwendenden Norm in komplexen Problembereichen bereitstellen, wie den der Marktregulierung⁶⁸. Der kosmopolitische Ansatz ist also von all den Mängeln des normativen Pluralismus, aber in ihrer extremen Form, gekennzeichnet, während er sich zudem nicht auf einen fortgeschrittenen Prozess wirtschaftlicher Vereinigung berufen kann, wie er in Europa stattgefunden hat und immer noch stattfindet, noch auf eine Gemeinschaft konstitutioneller Werte, wie sie die europäischen Verfassungen und der Vertrag über die Europäische Union reflektieren. Die europäische Bürgerschaft überbrückt im rechtlichen und politischen Rahmen der Union den Abstand zwischen Menschenrechten und Bürgerrechten. Sie bricht auf diese Weise das Konzept des nationalen Demos auf⁶⁹ und schafft Raum für die Konstitution eines europäischen Demos.

Nach dem in dieser Studie propagierten Modell zur Schlichtung eventueller Kollisionen zwischen nationaler Verfassung und Gemeinschaftsrecht, ist der normative Pluralismus vor allem ein Kriterium, das eine vergleichende Bewertung von Pflichten und Werten gebietet sowie ihre Auslegung auf Grund einer allgemeinen Norm innerer Integrität (integrity)⁷⁰. Die innere Integrität kommt der Europäischen Union als einem System zu, das sich aus den Mitgliedstaaten, der Gemeinschaft und den zwei intergouvernementalen Säulen zusammensetzt, d.h. als einem „Verfassungsverbund“. Sie stellt sich aus der Integrationsfunktion her, welche die gemeinsamen Grundsätze der europäischen Verfassungsordnungen ausüben. Diese sollten also

⁶⁷ P. Eleftheriadis, 'The European Constitution and Cosmopolitan Ideals', *CJEL* 2001, S. 21 ff.

⁶⁸ Chalmers / Tomkins, 'Sovereignty and Federalism', a.a.O., S. 207.

⁶⁹ A. Kalyvas, 'Popular Sovereignty, Democracy, and the Constituent Power', *Constellations* 2005, S. 223 ff.

⁷⁰ So La Torre, 'Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law', a.a.O., S. 193.

auch die Spitze der Pyramide der Rechtsnormen einnehmen, wenn man auf dieses Schema bestehen will⁷¹. Der normative und zwischenverbundene konstitutionelle Pluralismus läuft auf einen gemeinsamen rechtlichen Rahmen oder eine einheitliche Rechtsordnung hinaus, die innerlich pluralistisch ist. Aus diesem Grunde kann er auch als „innerlicher“ bezeichnet werden, im Gegensatz zum oben angeführten rein deskriptiven oder äußerlichen Pluralismus.

Der Pluralismus kann also nur dann funktional normativ sein und über seine einfach deskriptive Dimension hinausgehen, wenn er auf eine Form des Monismus hinausläuft⁷². Die Anwendung verschiedener Rechtsquellen innerhalb der Rechtsordnung des europäischen „Verfassungsverbundes“ und die Aufhebung eventueller innerer Widersprüche können nicht auf hierarchische Abstufungen und pyramidenförmige Strukturen direkter Abhängigkeit jeder Norm von einer anderen beruhen. Das „Vorrangsprinzip“ als Hierarchienorm ist zu diesem Zwecke also auch ausgeschlossen. Es werden vielmehr Bewertungskriterien des normativen Rahmens und der widerstreitenden Quellen benötigt. Diese Kriterien werden vom Ansatz des vielschichtigen (multilevel) oder integralen Konstitutionalismus bereitgestellt, in dessen Zentrum die von ihrer ethnozentrischen Dimension befreiten Gebote der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und der sozialen Solidarität stehen.

⁷¹ So H. Henrichs, 'Der Vertrag über die Europäische Union und seine Auswirkungen auf die Verfassungen der Mitgliedstaaten', *DöV* 1994, S. 368 ff. (377).

⁷² La Torre, 'Legal Pluralism as Evolutionary Achievement of Community Law', a.a.O., S. 193.