

ZERP-Diskussionspapier 2/2010

Europäische Rechtspolitik als transnationale Verfassungspolitik

Soziale Demokratie in der
transnationalen Konstellation

Andreas Fischer-Lescano

zerp

zentrum für
europäische
rechtspolitik

centre of
european law
and politics

ZENTRUM FÜR EUROPÄISCHE RECHTSPOLITIK

Universität Bremen

ZERP

Andreas Fischer-Lescano

**Europäische Rechtspolitik als transnationale
Verfassungspolitik**

Soziale Demokratie in der transnationalen Konstellation

ZERP Diskussionspapier 2/2010

Überarbeitete Fassung meiner Antrittsvorlesung, 14. Januar 2010, Fachbereich Rechtswissenschaft der Universität Bremen. Die Vortragsform habe ich im Wesentlichen beibehalten.

IMPRESSUM

Herausgabe & Vertrieb:	Zentrum für Europäische Rechtspolitik Fachbereich Rechtswissenschaft Universität Bremen Universitätsallee, GW 1 28359 Bremen www.zerp.eu
Schutzgebühr:	€ 8,- (zzgl. Versandkosten)
Nachdruck:	Nur mit Genehmigung des Herausgebers
ISSN:	0947 — 5729
ISSN (Internet):	1868 — 3797

Bremen, im Februar 2010

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	7
II.	Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts.....	9
	1. Nationale Integrationsverantwortung	9
	2. Europäischer Bundesstaat?.....	10
	3. Methodischer Etatismus	10
III.	Transnationale Verfassungspolitik	12
	1. Transnationale Demokratisierung	15
	2. Transnationale soziale Rechte	17
	3. Soziale als demokratische Rechte	19
	4. Transnationales Verfassungsrecht.....	22
IV.	Fazit.....	25

I. Einleitung

Es ist unübersehbar, dass die Stimmung in Bezug auf die Europäische Union schlecht ist. Europa hat ein Imageproblem: Ein breiter werdendes gesellschaftliches Bündnis sieht Europa als Hort des Neoliberalismus, des Militarismus, des Bürokratismus. Und in der Tat: Im Namen Europas zieht die Bundeswehr in den Krieg, bekämpft in der Operation Atalanta die Piraterie am Horn von Afrika und transformiert sich in eine Interventionsarmee; im Namen Europas baut die Grenzschutzagentur Frontex an einer Festung, die zwar im Innern für Privilegierte Freizügigkeit aber nach außen Abschottung praktiziert; und im Namen Europas insistiert der Europäische Gerichtshof (EuGH) auf dem Anwendungsvorrang eines supranationalen Rechts, das soziale Grundrechte zunehmend untergräbt. Der *effet utile* europäischen Rechts ist längst auch ein *effet neoliberal*.¹

Im sozialen Bereich hat insbesondere die Herabsenkung von Sozialstandards zur Diskreditierung der europäischen Idee beigetragen.² Der EuGH hat in seinen Urteilen Laval, Rüffert, Viking und Kommission ./. Luxemburg die sozialen Grundrechte unter einen weitgehenden Vorbehalt der Abwägung mit den Freiheiten der Binnenmarktordnung gestellt.

In der bundesrepublikanischen Öffentlichkeit ist Kritik an der Entwicklung der Europäischen Union aus einer *unitas oppositorum* politischer und gesellschaftlicher Akteure vorgetragen worden. Eine zunehmend breite nationale Koalition meint, dass die gesellschaftlichen Realitäten in Europa dadurch sozialer, pazifistischer und demokratischer werden, dass man den europäischen Prozess nicht gestaltet, sondern sich ihm entgegenstellt. Die überparteiliche Koalition der staatsmonopolistischen Europakritiker reicht von Peter Gauweilers CSU bis zu Diether Dehms LINKE, vom Max Planck Institut eines Fritz Scharpf bis zum ordoliberalen think tank der Freiburger Schule Roman Herzogs und Lüder Gerken (CeP). Für diese nationale Résistancebewegung gibt es gegen die Verselbstständigungstendenzen europäischer Staatsapparate vor allem ein Rezept: Europäische Politikzusammenhänge sind durch eine Ree-

1 Schmid, Vom *effet utile* zum *effet neoliberal*, in: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (Hg.), Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa, 2009, 33 ff.

2 Zur Kritik Buckel/Oberndorfer, Die lange Inkubationszeit des Wettbewerbs der Rechtsordnungen. Eine Genealogie der Rechtsfälle Viking/Laval/Rüffert/Luxemburg aus der Perspektive einer materialistischen Europarechtstheorie, in: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (Hg.), Fn. 1, 277 ff.; Rödl, Transnationale Lohnkonkurrenz: ein neuer Eckpfeiler der „sozialen“ Union?, in: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (Hg.), Fn. 1, 145 ff.

tablierung nationalstaatlicher Politik zu ersetzen.

Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Juni 2009 hat sich diese Koalition zu Etappensiegern ausgerufen: Das Gericht hat in seinem Lissabon-Urteil³ ein nationales Machtwort gesprochen, gekleidet in ein „Ja, aber“ zum Lissabonvertrag. Schon in diesem „Aber“ kommt zum Ausdruck, dass dadurch zwar eine breite Debatte um die Zukunft der Abgrenzung europäischer und nationaler Kompetenzen, von Kompetenz-Kompetenzen und Letztentscheidungszuständigkeiten evoziert worden ist.⁴ Doch hat das Urteil bislang leider nicht wirklich dazu beigetragen, dass die Suche nach den Möglichkeiten einer sozialen und demokratischen Rechtspolitik für Europa intensiviert würde. Nur ein überschaubarer Kreis von Politökonomien, Teilen der Gewerkschaften und der politischen Theorie stellt die Frage, ob denn nicht auch ein sozialeres und demokratischeres Europa möglich wäre, in aller Dringlichkeit.⁵

Es ist diese Frage, die ich im Folgenden behandeln möchte. Damit folge ich dem Leitthema der Forschung des Zentrums für europäische Rechtspolitik (ZERP), das Hans Koschnick schon 1979 auf dem Gustav-Radbruch-Forum für Rechtspolitik, Rechtswissenschaft und Rechtspraxis in Bremen benannt hatte, als er forderte, dass die soziale Frage in den Blick rücken müsse. Wer Impulse geben wolle für eine Europäische Rechtspolitik, der werde – so Hans Koschnick damals –

„viel Ballast konservativer juristischer Esoterik abwerfen müssen, der wird sich eben nicht begnügen können mit Versuchen, verschiedene nationale Rechtsordnungen auf europäischer Ebene zu harmonisieren. Der kleinste gemeinsame juristische Nenner wird nur in den seltensten Fällen eine Antwort sein können auf die sozialen Herausforderungen dieses Europas“.⁶

Diesem Leitmotiv folgend will ich zunächst kurz die entscheidenden Gesichts-

3 BVerfG, 2 BvE 2/08 vom 30.6.2009 (Lissabon), NJW 2009, 2267 ff.

4 Zur Rezeption der Entscheidung siehe statt aller Weiler, Editorial. The ‘Lisbon Urteil’ and the Fast Food Culture, EJIL 20 (2009), 504; S. Cassese, Trattato di Lisbona: La Germania frena, in: Giornale di diritto amministrativo 2009, 1003; Editorial Comments, CMLRev. 46 (2009), 1023; siehe auch das Schwerpunktheft des German Law Journal 10 (2009) Nr. 8; ferner die Beiträge in Fischer-Lescano/Joerges/Wonka (Hg.), The German Constitutional Court’s Lisbon Ruling: Legal and Political Science Perspectives, ZERP-DP 1/2010 (abrufbar unter <<http://www.zerp.eu>>).

5 Siehe beispielsweise: Maus, Die Errichtung Europas auf den Trümmern der Demokratie, in: „Blätter“, 6/2005, 679 ff., 7/2005, 829 ff., und 8/2005, 965 ff.; ferner die Beiträge in Höpner/Schäfer (Hg.), Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, 2008; Urban, Zeit für eine politische Neuorientierung: Die Gewerkschaften und die Hoffnung auf ein soziales Europa, Internationale Politik und Gesellschaft 2009, 11 ff.

6 Koschnick, Recht und Politik 1979, 70/73.

punkte des Lissabon-Urteils im Hinblick auf die „soziale Frage“ rekonstruieren (hierzu II.). In einem zweiten Schritt werde ich dann für die Gleichursprünglichkeit sozialer und demokratischer Rechte eintreten. Hierbei will ich anschließen an das aktuelle Dachprogramm des Zerp,⁷ das wir im vergangenen Jahr zur „transnationalen Verfassungspolitik“ entwickelt haben (III.).

II. Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts

Die Richter_innen des BVerfG suchen mit dem Lissabon-Urteil auf einer formellen Ebene den Auswirkungen der verstärkten politischen Integration und Supranationalisierung innerhalb der EU durch nationale Kontrollmechanismen zu begegnen. Das Hauptziel des BVerfG ist es, sicherzustellen,⁸ dass die europäische Integration nicht zur Aushöhlung des demokratischen Herrschaftssystems in Deutschland führt.

1. Nationale Integrationsverantwortung

In diesem Sinne hat das Gericht den deutschen Organen eine neuartige „Integrationsverantwortung“ mit dezidierten Vorgaben für die Verfahren der Übertragung von Hoheitsrechten und die europarelevanten Entscheidungsprozeduren auferlegt.⁹

Sich selbst weist das Gericht bei der Ausgestaltung der Integrationsverantwortung eine zentrale Rolle zu. Es will zukünftig nicht nur das deutsche Verfassungsrecht, sondern auch die europarechtlichen Grenzen der dynamischen Vertragsentwicklung, des Vertragsvollzuges und der Auslegung durch europäische Organe selbstständig durch eine „ultra vires-Kontrolle“¹⁰ überwachen. Ferner soll Art. 79 III GG den Verbleib politischer Gestaltungsmöglichkeiten im nationalen Raum gebieten. Im Rahmen eines neuartigen verfassungsgerichtlichen Verfahrens der „Identitätskontrolle“ soll zukünftig die Wahrung der nationalen Verfassungsidentität gerichtlich überprüfbar sein.¹¹

7 Abrufbar über (19.01.2010) <<http://www.zerp.eu>>.

8 Zu nationalen Sicherungen im Wege des Rechtsungehorsams siehe auch Scharpf, Der einzige Weg ist, dem EuGH nicht zu folgen, in: Magazin Mitbestimmung, Ausgabe 7/8 2008, 16 ff.

9 BVerfG, Fn. 3, Rdn. 245, 409, 413.

10 BVerfG, Fn. 3, Rdn. 240; ferner 411 (dynamische Vertragsentwicklung), 413 (Vertragsvollzug), 238 (erweiterte Auslegung).

11 BVerfG, Fn. 3, Rdn. 228; kritisch Nettessheim, Ein Individualrecht auf Staatlichkeit?, NJW 2009, 2867.

Dies hat zum Ziel, Kernfunktionen der Staatlichkeit im nationalen Raum zu bewahren. Im Hinblick auf Art. 79 III GG ist dies eine reichlich gewagte Interpretation. Telos dieser „Ewigkeitsgarantie“ ist es, einen Rückfall in faschistische Barbarei und Gleichschaltung zu verhindern. Das Bundesverfassungsgericht deutet dies um zu einem per Verfassungsbeschwerde einklagbaren subjektiven Recht auf Nationalstaatlichkeit, das gegen einen zu weitgehenden europäischen Prozess eingewendet werden könne.

Ultra vires- und Identitätskontrollen im Europaverfassungsrecht¹² manifestieren hierbei vor allem den verfassungsgerichtlichen Willen zur Selbstkontinuirung: Der letztentscheidende „Hüter der Verfassung“ soll auch zukünftig in Karlsruhe – und nicht in Luxemburg oder gar Straßburg – residieren.

2. *Europäischer Bundesstaat?*

Hinsichtlich der Perspektive einer strukturellen Weiterentwicklung der EU insistiert das BVerfG vor allem darauf, dass ein Beitritt zu einem europäischen Bundesstaat nicht durch ein inkrementelles Anwachsen europäischer Befugnisse, die zur Kompetenz-Kompetenz führen, realisiert werden dürfe.¹³ Der jeweilige Mitgliedstaat als „verfasster politischer Primärraum ihrer jeweiligen Gemeinwesen“¹⁴ stelle den zentralen Legitimationsraum dar.¹⁵

Das Grundgesetz ermächtige die für Deutschland handelnden Organe nicht, durch einen Eintritt in einen europäischen Bundesstaat das Selbstbestimmungsrecht des Deutschen Volkes in Gestalt der völkerrechtlichen Souveränität Deutschlands aufzugeben. Dieser Schritt sei zwar grundsätzlich möglich, aber „wegen der mit ihm verbundenen unwiderruflichen Souveränitätsübertragung auf ein neues Legitimationssubjekt allein dem unmittelbar erklärten Willen des Deutschen Volkes vorbehalten“.¹⁶

3. *Methodischer Etatismus*

Wenn auch in diesen Passagen deutlich wird, wie tief die Kluft zwischen europaskeptischen und europafreundlichen Verfassungsrichterinnen und –richtern ist und wie schwer die Konsensfindung bei der Entscheidung ausgefallen sein

12 Zum Begriff: Franzius, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, 2010, 20.

13 BVerfG, Fn. 3, Rdn. 238.

14 BVerfG, Fn. 3, Rdn. 301 – der Topos des „Primärraums“ wird auch in Rdn. 360 bemüht.

15 BVerfG, Fn. 3, Rdn. 272.

16 BVerfG, Fn. 3, Rdn. 228.

mag, so sind sich die Richter_innen doch einig darin, dass die Grenzen der europäischen Integration ausschließlich im Rahmen eines staatszentrierten Demokratieverständnisses einzuziehen sind. Das Urteil ist dadurch geprägt, dass sich für das BVerfG nur zwei Wege bieten, um dem Demokratieprinzip gerecht zu werden: Entweder durch die Gestaltung der Primärräume der Staatlichkeit oder durch einen europäischen Bundesstaat.¹⁷

Im Hinblick auf die erste Variante ist aber sowohl ein demokratietheoretischer wie auch ein realpolitischer Irrtum anzunehmen, dass nationale Parlamente im Prozess europäischer Governance mit all seinen transnationalen Implikationen die Primärlast demokratischer Legitimation tragen könnten.

In dieser Grundkonzeption „liegt die Tendenz zur Abgrenzung sowohl zu der Sphäre der souveränen Staatlichkeit der anderen Mitgliedsstaaten wie auch zur Gemeinschaftssphäre der EU.“¹⁸ Wenn eine solche Form des Umgangs mit dem Integrationsprozess Schule macht und nunmehr auch andere europäische Verfassungsgerichte sich zum Hüter des Europäischen Prozesses aufschwingen, kann dies eine Kaskade nationaler Opt-Outs zur Folge haben. Selbst Fritz Scharpf, der nach der Laval-Entscheidung des EuGH noch zum nationalen Rechtsungehorsam aufgerufen hatte,¹⁹ schreckt daher – zu Recht – vor den Zentrifugalkräften nationaler Staatlichkeit zurück. Er kritisiert das BVerfG nunmehr dafür als „fundamental fehlgehend“, dass es den Kantischen Imperativ nicht beachtet habe: Wenn die Entscheidung des BVerfG sich als allgemeine Regel etabliere, wäre der europäische Prozess durch den Vorrang etatistisch organisierter Primärräume massiv gefährdet.²⁰

Insgesamt weist das Urteil in seinem Verharren in der Dichotomie Staatenbund/Bundesstaat und in der einseitigen Fokussierung auf nationale Staatswil-

17 Kritisch zu dieser Dichotomie bereits Schönberger, Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund–Bundesstaat-Schemas, in: AöR 129 (2004), 81 ff.

18 Preuß, Das Politische im Europarecht, in Franzius/Mayer/Neyer (Hg.), Strukturfragen der Europäischen Union, 2010, i.E.; siehe auch ders., Europa als politische Gemeinschaft, in Schuppert/Pernice (Hg.), Europawissenschaft, Baden-Baden 2005, 513 ff. Eine andere Form der Konzeption der antagonistischen Konstellation: Fligstein, Euro-clash: The EU, European Identity and the Future of Europe, 2008.

19 Scharpf, Fn. 8; ähnlich auch Schmidt, The Lisbon Judgment, Germany's Sozialstaat, the ECJ's Labour Law Jurisprudence and the Reconceptualisation of European Law as a new Type of Conflicts Law, in: Fischer-Lescano/Joerges/Wonka, Fn. 4, 41 ff.

20 Scharpf, The Double Asymmetry of European Integration – Or: Why the EU Cannot Be a Social Market Economy, Cologne: MPIfG Working Paper 09 /12, 33; siehe nunmehr auch Bogdandy, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum, NJW 2010, 1 ff.

lensbildungsprozesse²¹ keine Wege aus der sozialen Krise Europas. Vom etatistischen Mantra des Gerichts ist lediglich der Gedanke umfasst, dass die Bemühungsverantwortung für die Realisierung sozialer Rechte vornehmlich eine Staatspflicht sei.²² Das Lissabon- Urteil stellt in dieser sozialpolitischen Askesse keinen Sieg des nationalen Wohlfahrtsstaates gegen ein neoliberales Europa dar. Das BVerfG versucht nicht einmal im Ansatz den Entscheidungen Laval, Viking, Ruffert etc. durch die Entwicklung eines integrationsfesten Gehalts substantieller sozialer Rechte entgegenzutreten.²³ Diejenigen Passagen aus den Antragschriften, die sich auf das „soziale Defizit“ der Europäischen Integration richteten, haben beim BVerfG keine Resonanz gefunden.²⁴

III. Transnationale Verfassungspolitik

Angesichts der formaldemokratischen Herangehensweise des Gerichts und dem Bestreben, Kernfunktionen nationaler Wohlfahrtsstaatlichkeit vor der Europäisierung zu bewahren, droht leider der Blick für die Virulenz der sozialen Frage in der transnationalen Konstellation²⁵ verloren zu gehen.

Längst hat Europa begonnen, maßgeblich auch die sozialen Rechte und damit zusammenhängende Fragen der Umverteilung auf mitgliedstaatlicher Ebene zu regulieren, wobei man zwei Dimensionen unterscheiden kann, nämlich die auf die Grundfreiheiten gestützten Ansprüche auf grenzüberschreitende Inanspruchnahme vor allem von Gesundheitsleistungen und die aus Unionsbürgerschaft, Diskriminierungsverbot und Freizügigkeitsrecht abgeleiteten Ansprüche auf soziale Unterstützungsleistungen in anderen Mitgliedstaaten.²⁶

21 Hierzu kritisch Brunkhorst, Der Mythos des existenziellen Staates: Das Europäische Kontinuum nationaler und gemeinschaftlicher Gewalten, *Leviathan* 36 (2008), 490 ff.

22 I.d.S. schon Lenze, Das soziale Wirken der Bundesrepublik bei der Entwicklung der Europäischen Union gem. Art. 23 Abs. 1 GG, in: *Europa und seine Verfassung*. FS Manfred Zuleeg, 2005, 240 ff.

23 Ausf. Fischer-Lescano, Bundesverfassungsgericht: Zurück zum Nationalstaat, *Blätter* 2009, 15 ff.

24 BVerfG, Fn. 3, Rdn. 394 ff.; kritisch daher Fisahn, Bundesverfassungsgericht friert die europäische Demokratie national ein!, in: *KJ* 2009, 220 ff.

25 Zum Konzept der „transnationalen Konstellation“ und der Abgrenzung zur „postnationalen Konstellation“ prägnant Renner, *Zwingendes transnationales Recht. Zur Struktur der globalen Wirtschaftsverfassung*, Diss. Bremen, 3. Kap., 2010, i.E.

26 Kingreen, Die Europäisierung sozialer Rechte, in: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (Hg.), Fn. 1, 129 ff.; Martinsen, The Europeanization of Welfare – The Domestic Impact of Intra-European Social Security, *Journal of Common Market Studies* 43 (2005), 1027 ff.; Genschel, Why no mutual recognition of VAT? Regulation, taxation and the integration of the EU's internal market for goods, *Journal of European Public Policy*

Neben der Europäisierung sozialer Rechte ist auch eine Internationalisierung zu beobachten. Längst sprechen Soziologen von einer sich herausbildenden „globalen Sozialstaatlichkeit“,²⁷ Juristen von der sozialen Dimension der Internationalen Gemeinschaft²⁸ und längst haben soziale Bewegungen das Thema „globaler sozialer Rechte“ auf die politische Agenda gesetzt.²⁹ Soziale Gerechtigkeit und Solidarität sind in der transnationalen Konstellation nicht mehr durch den Hinweis auf ein nationales Gestaltungsprimat zu beantworten, sondern erfordern gesellschaftliche Antworten jenseits des Nationalstaates.³⁰

Die soziale Frage in der transnationalen Konstellation besteht darin, wie der Zusammenhang von Vergesellschaftung, Demokratisierung und sozialer Responsivität für global agierende Sozialsysteme neu konzipiert werden kann. Am Prominentesten macht gegenwärtig die globale Wirtschafts- und Finanzkrise auf diesen notwendigen Perspektivwechsel aufmerksam. Das Primärraumkonzept, das Sozialstaatlichkeit primär als soziale Nationalstaatlichkeit versteht, lässt gerade hier Problembewusstsein vermissen. Es ist genau eine solche Ideologie, auf die das Diktum Ulrich Becks zutrifft, dass eine Konzeption

„die sich normativ an der Wiederbelebung des nationalen Wohlfahrtsstaates festbeißt, (...) antiquiert und provinziell zu werden [droht]. Heute gilt: Wie wird eine ökologische und soziale Zivilisierung des Kapitalismus jenseits der alten Nationalstaaten und diesseits des Weltstaats möglich?“³¹

Emanzipatorische Rechtspolitik wäre falsch beraten, wenn sie sich der transnationalen Konstellation verweigerte. Wenn sie beispielsweise nicht zur Kenntnis nimmt, dass für die Sozialisierung des Weltwirtschaftssystems transnationale Lösungen erarbeitet werden müssen.³² Oder wenn sie nicht einbezieht, dass national-souveräne Entscheidungen transnationale Folgen haben, dass Menschenrechte, Flüchtlingsrechte, Umweltrechte im nationalen Kontext allein nicht hinreichend bearbeitet werden können.³³

14 (2007), 743 ff.

27 Leisering, Gibt es einen Weltwohlfahrtsstaat?, in: Albert/Stichweh (Hg.): Weltstaat und Weltstaatlichkeit. Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung, 2007, 187 ff.

28 Kotzur, Soziales Völkerrecht für eine solidarische Völkergemeinschaft?, in: JZ 2008, 265 ff.

29 Seibert, Globale soziale Rechte, KJ 3/2008, 333 ff.

30 Brunkhorst, Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft, 2002.

31 Beck, Abschied von der Provinz Europa, FR v. 21.12.2009.

32 Eberl, Soziale Demokratie in Europa zwischen Konstitutionalismus und Etatismus, in: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (Hg.), Fn. 1, 245 ff.

33 Siehe ausf. Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2007.

Für die Überwindung der globalen Krise sozialer Demokratie wird es hierbei kaum hinreichend sein, wenn die konzeptionellen Überlegungen dabei stehen bleiben, liberal-kosmopolitische Vorstellungen des globalen Regierens durch einige umwelt- und sozialregulative Standards zu flankieren.³⁴

Stattdessen ist zur Revitalisierung sozialer Demokratie in der transnationalen Konstellation an eine Verfassungstradition anzuknüpfen, die insbesondere durch Hermann Heller und Wolfgang Abendroth vorgedacht wurde.³⁵ Dem Gedanken der Gleichursprünglichkeit sozialer und demokratischer Rechte auch jenseits des Staates zum Durchbruch zu verhelfen, stellte dann die Gestaltungsaufgabe transnationaler Verfassungspolitik dar: Ohne die Sicherung der Möglichkeiten zur individuellen Selbstkonstituierung taugen auch demokratische Partizipationsregeln nicht. Ohne die Etablierung demokratischer Verfahren ist die Ausgestaltung einer Gesellschaftsordnung, die eine gerechte Existenz- und Subsistenzsicherung etabliert, unmöglich.³⁶

Da sich allerdings, wie Jürgen Habermas zu Recht betont, „eine funktional ausdifferenzierte Gesellschaft holistischen Gesellschaftskonzepten entzieht“,³⁷ sind für die fragmentierten und funktional differenzierten Gesellschaftsmuster in der transnationalen Konstellation jeweils eigene Mechanismen der Gewährleistung sozialer und demokratischer Rechte, die diejenigen auf nationalstaatlicher Ebene komplementieren (und nicht vollständig ersetzen), zu entwickeln.³⁸

Das bedeutet insbesondere, dass die herkömmlichen Alternativen europäischer Mehrebenenpolitik – also national, supranational und international – um eine neuartige Form zu ergänzen sind: Nicht die Gestaltungshoheit im nationalen Primärraum, auch nicht die umfassende Suprematie des mit universellem Anwendungsvorrang versehenen Rechts des europäischen Superstaates und schon gar nicht das Völkerrecht als Koordinationsvölkerrecht „inter nationes“, sondern das „Recht der Transnationalität“ wird zum rechtspolitischen Gestal-

34 So wie bei Held, *Soziale Demokratie im globalen Zeitalter*, 2007.

35 Heller, *Rechtsstaat oder Diktatur?*, Tübingen 1930, 9 f. und 26; Abendroth, *Zum Begriff des demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland*, in: Alfred Herrmann (Hg.), *Aus Geschichte und Politik*, Festschrift für Ludwig Bergstraesser, Düsseldorf 1954, S. 279 ff.

36 Bieling, *Europäische Integration und die Krise der „sozialen Demokratie“*, in: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (Hg.), *Fn. 1*, 229 ff. (243).

37 Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, 1990, 27; siehe auch ders., *Faktizität und Geltung*, 1992, 556 ff.

38 Siehe schon Abendroth, *Europäische Integration und demokratische Legitimation, Außenpolitik. Zf. für internationale Fragen* 3 (10:1952), 623 ff. (632); hierzu: Eberl/Fischer-Lescano, *Der Kampf um ein demokratisches und soziales Recht. Zum 100. Geburtstag von Wolfgang Abendroth*, in: *Blätter* 5/2006, 577 ff.

tungsparadigma der transnationalen Konstellation. Die Auswirkungen eines solchen Paradigmenwechsels möchte ich im Folgenden skizzieren und dabei erstens (1) die Realisierungsformen demokratischer Rechte, zweitens (2) den Schutz sozialer Rechte, drittens (3) die Ausgestaltung sozialer als demokratischer Rechte und (4) die Konzeption transnationalen Verfassungsrechts in den Blick nehmen.

1. Transnationale Demokratisierung

Es ist im Hinblick auf die Transnationalisierung demokratischer Partizipation³⁹ von besonderer Bedeutung, die gesellschaftlichen Partizipationsmöglichkeiten im europäischen Prozess zu intensivieren. Europa darf kein Elitenprozess für eine transeuropäische Wirtschaftsaristokratie sein,⁴⁰ auch kein Europa des Politikadels. Die Finalität Europas liegt nicht im europäischen Superstaat, sondern in der Stärkung der europäischen Gesellschaft.

Will man statt dem Europa der Apparate ein Europa der Menschen, wird es in demokratiethoretischer Hinsicht darum gehen, jenseits von Europäischem Bundesstaat und einem Zurück zum Nationalstaat neuartige Formen der strukturellen Kopplung von „Diskussion und Dezsion“ zu finden und politische und wirtschaftliche Akteure und Organisationen gleichermaßen demokratisch einzuhegen.⁴¹

Ein bloßer Parlamentspatriotismus in den Mitgliedstaaten wird hier keine zufrieden stellenden Lösungen bringen, da transnationale Demokratie und Partizipation in Wirtschaft und Gesellschaft allzu leicht aus dem Blickfeld geraten.⁴² Auch auf einer weiteren Ebene greift ein auf das politische System beschränkter Parlamentspatriotismus zu kurz, da er stets Gefahr läuft, neue Exklusionen zwischen Bürger_innen und Nicht-Bürger_innen zu errichten. Denn demokratische Hoffnungsträger können jedenfalls nicht ausschließlich die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger sein. Das würde auf falschen holistischen Grundannahmen

39 Vgl. Hurrelmann, Demokratie in der Europäischen Integration: Eine Bestandsaufnahme, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 32/2008, 3 ff.; Leinen/Kreutz, Herausforderung partizipative europäische Demokratie, in: *Integration* 31(2008), 241 ff.

40 Haller, Die europäische Integration als Elitenprozess. Das Ende eines Traumes?, 2009.

41 Brunkhorst, Fn. 21, 497; siehe auch Franzius, Europäische Öffentlichkeit als Gegenstand der Europawissenschaften, in: Franzius/Preuß (Hg.), *Europäische Öffentlichkeit*, 2004, 1 ff.; Möller, After the Lisbon ruling: Where is Social Democracy? in: Fischer-Lescano/Joerges/Wonka, Fn. 4, 83 ff.

42 Demirovic, Demokratie in der Wirtschaft, 2007; aus systemtheoretischer Perspektive: Fischer-Lescano, Kritische Systemtheorie Frankfurter Schule, in: Calliess u.a. (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz*, 2009, 49 ff.

eines europäischen Volkes beruhen, die sich in der Realität nicht bewähren und nur neuerliche Exklusionslinien schaffen.⁴³

Will man die demokratische Rückbindung transnationaler Governance-verhältnisse erreichen, wird man statt dessen – Jürgen Habermas hat dies treffend beschrieben – in erster Linie die polyzentrischen transnationalen Öffentlichkeiten in ihren Partizipationsrechten zu stärken haben:⁴⁴

„Die Lösung ist nicht der Aufbau einer supranationalen Öffentlichkeit, sondern die Transnationalisierung der bestehenden nationalen Öffentlichkeiten. Diese können sich ohne tiefgreifende Änderungen der bestehenden Infrastruktur füreinander öffnen. (...) Die Grenzen der nationalen Öffentlichkeit würden dadurch gleichzeitig zu Portalen wechselseitiger Übersetzungen. Die bestehende Qualitätspresse könnte ihre ökonomisch bedrohte Existenz unter anderem dadurch retten, dass sie auf diesem transnationalen Weg eine Pfadfinderrolle für die fällige Kapazitätserweiterung der nationalen Öffentlichkeiten übernimmt.“⁴⁵

Ein solcher Strukturwandel der Öffentlichkeit in der transnationalen Konstellation hat Auswirkungen auf die Formen der Realisierung demokratischer Rechte.

Neben der Optimierung des Zusammenwirkens nationaler und europäischer Parlamente wird es maßgeblich darauf ankommen, transnationale Beteiligungs-, Informations- und (aus juridischer Perspektive) Klagerechte zu stärken. Prozedurale Anknüpfungspunkte lassen sich beispielsweise in der Aarhus-Konvention aus dem Bereich des Umweltrechts finden. Sie regelt „den Zugang zu Information, die Öffentlichkeitsbeteiligung an Entscheidungsverfahren und den Zugang zu Gerichten“ für zivilgesellschaftliche Akteure und ermöglicht in innovativer Form die Partizipation transnationaler Öffentlichkeiten.⁴⁶

Ferner bietet der Lissabon-Vertrag selbst neue rechtspolitische Spielräume,

43 Indem bspw. Drittstaatsangehörige von der Partizipation ausgeschlossen werden, siehe zur Diskussion: Sieveking, Introduction of political participation rights for non-EU-national immigrants in Germany, ZERP-Arbeitspapier 10/2009; Atıkcın, Citizenship or Denizenship: The Treatment of Third Country Nationals in the European Union, SEI Working Paper Nr. 85, 2006.

44 Nickel, Participatory Governance and European Administrative Law: New Legal Benchmarks for the New European Public Order, in: Joerges/Rödl (Hg.), Law and Democracy in the Post-National Union, 2008, 41 ff.

45 Habermas, Hat die Demokratie noch eine epistemische Dimension? Empirische Forschung und normative Theorie, in: ders., Ach, Europa. Kleine politische Schriften XI, 2008, 138 ff. (191); siehe ferner Peters, Segmentierte Europäisierung. Trends und Muster der Transnationalisierung von Öffentlichkeiten in Europa, in: ders., Der Sinn von Öffentlichkeit, Frankfurt 2007, 298 ff.

46 Ausf. Fischer-Lescano, Transnationales Verwaltungsrecht, JZ 2008, 373 ff.

insbesondere durch die mit dem Reformvertrag eingeführte Möglichkeit der europäischen Bürgerinitiative nach Art. 11 IV EUV.⁴⁷ Das Verfahren ist bislang wenig mehr als die Etablierung der Möglichkeit, einen Gesetzgebungsvorschlag zu initiieren. Es ist aber ein Anfang, bei dem um eine möglichst effektive Ausgestaltung zu ringen sein wird.⁴⁸ Die Bürgerinitiative ließe sich schließlich ggf. ausweiten zu einem vollwertigen Bürgergesetzgebungsverfahren.⁴⁹ Dadurch wäre es möglich, in politischen Auseinandersetzungen prägende Konfliktlinien der europäischen Gesellschaft herauszuarbeiten und damit auch praktische Anreize für politische Mobilisierung und Meinungsbildung jenseits des Nationalstaats zu schaffen.

2. *Transnationale soziale Rechte*

Auch hinsichtlich der sozialen Rechte böte eine Umstellung des rechtspolitischen Gestaltungsprogramms auf Transnationalität eine emanzipatorische Chance⁵⁰.

Die ökonomischen Prozesse wurden auf europäischer Ebene bislang weitgehend von den sozialen Umwelten abgekoppelt.⁵¹ Zu beobachten ist ein Schulterchluss der Erben Ernst Forsthoffs mit der zweiten Generation von Ordoliberalen. Anders als die Erstgeneration, die die Ordnungen des Sozialen und der Wirtschaft noch als interdependent dachte,⁵² hat die Zweitgeneration unter Führung von Ernst-Joachim Mestmäcker diese Interdependenzannahme „sozialer Marktwirtschaft“ aufgegeben und marginalisiert, wie auch der Forsthoff-Schüler Ipsen, die soziale Frage im „europäischen Wirtschaftszweckverband“⁵³. Die „europäische Wirtschaftsverfassung“⁵⁴ wird in der Folge nicht als

47 Zur Ausarbeitung: Europäische Kommission, Grünbuch zur Europäischen Bürgerinitiative, 11.11.2009, KOM (2009) 622 endgültig.

48 Siehe die Vorschläge bei Maurer/Vogel, Die Europäische Bürgerinitiative. Chancen, Grenzen und Umsetzungsempfehlungen, SWP-Studie, Oktober 2009.

49 Hurrelmann, Fn. 39.

50 Zum europäischen Recht als transnationales Recht Ladeur, European Law as Transnational Law. Europe has to be Conceived as an Heterarchical Network and not as a Superstate!, GLJ 10 (2009), 1357 ff.

51 Christian Joerges hat immer wieder und zu Recht die Genealogie dieser Trennung und ihr verfassungstheoretisches Fundament nachgezeichnet, siehe nur Joerges, Integration durch supranationales Kollisionsrecht, in: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (Hg.), Fn. 1, 373 ff. (375 ff.).

52 Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1951), 1959, 124 ff.

53 Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 197 ff.

54 Mestmäcker, Zur Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union (1994), in: ders., Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union, 2003, 507 ff.

Garant sozialer Responsivität, sondern primär als Wächter eines „Systems unverfälschten Wettbewerbs“ konzipiert.⁵⁵

Die Reflexionsstopps dieser Allianz nicht akzeptierend, wird es darum zu tun sein, durch eine „nachholende Sozialisierung“ in die europäischen Marktprozesse den nötigen „Tropfen sozialistischen Öls“ – wie Otto von Gierke es formulierte – einzubringen.⁵⁶ In einem transnationalen Modell liegt der Fokus nicht auf der Etablierung einer europäischen Superstaatlichkeit im sozialen Bereich.⁵⁷ Vielmehr gilt es, die Pluralität europäischer Sozialstaatssysteme zu organisieren, unterschiedliche Ordnungsmuster füreinander offenzuhalten und ein Kollisionsrecht für eine europäische Sozialunion⁵⁸ zu entwickeln, das für die Besonderheiten der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen hinreichend Raum lässt.⁵⁹ Als Mechanismen für einen solchen rechtspolitischen Ansatz kommen u.a. abgestufte Integrationsintensitäten⁶⁰ und eine Fortschreibung sozialer Mindeststandards in Betracht. Insbesondere mittels verbesserter „Korridormodelle“⁶¹ könnten die „varieties of welfarism“ innerhalb der Europäischen Union⁶² im Rahmen eines sozialen Stabilitätspakts koordiniert werden, der verbindliche Vorgaben zur Ausgestaltung sozialer Leistungen und finan-

55 Zur Kritik umfassend Joerges, Macht Europa seiner Wirtschaftsverfassung den Prozess?, in: Brüggemeier (Hg.), *Liber Amicorum Eike Schmidt*, 2005, 187 ff. (201 ff.).

56 von Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts* (1889), 1943, 10.

57 So aber generell Morgan, *The Idea of a European Superstate: Public Justification and European Integration*, 2007; ferner Azoulai, *The Court of Justice and the Social Market Economy: The Emergence of an ideal and the conditions for its realization*, *CML Rev.* 45 (2008), 1335 ff.; skeptisch hingegen Leibfried/Obinger, *Nationale Sozialstaaten in der Europäischen Union: Zukünfte eines sozialen Europa*, in: Höpner/Schäfer (Hg.), Fn. 5, 335 ff.; Höpner, *Disappointment, some Satisfaction, and a Little Bit of Hope: On the Social Content of the Lisbon Ruling*, in: Fischer-Lescano/Joerges/Wonka, Fn. 4, 21 ff.

58 Siehe schon Ringler, *Die europäische Sozialunion*, 1997 und Graser, *Auf dem Weg zur Sozialunion – Wie „sozial“ ist das europäische Sozialrecht?*, in: *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht* 14 (2000), 336 ff.

59 Joerges, *Sozialstaatlichkeit in Europe? A Conflict-of-Laws Approach to the Law of the EU and the Proceduralisation of Constitutionalisation*, *German Law Journal* 10 (2009), 336 ff.

60 Habermas, *Europapolitik in der Sackgasse. Plädoyer für eine Politik der abgestuften Integration*, in: ders., *Ach, Europa. Kleine politische Schriften XI*, 2008, 96 ff.

61 Zum Korridormodell, über dessen „Höchstgrenzen“ zu diskutieren wäre: Busch, *Das Korridormodell: ein Konzept zur Weiterentwicklung der EU-Sozialpolitik*, *IPG* 2/1998, 147 ff.

62 Zum diversifizierten europäischen Sozialmodell: Blanke/Hoffmann, *Auf dem Weg zu einem Europäischen Sozialmodell*, *KJ* 2006, 134 ff.; Eichenhofer, *Geschichte des Sozialstaates in Europa. Von der „sozialen Frage“ bis zur Globalisierung*, 2007, 155 ff.; Alber, *Das 'europäische Sozialmodell' und die USA*, *Leviathan* 34 (2006), 208 ff.

zieller Aufwendungen gemessen am wirtschaftlichen Entwicklungsniveau der Mitgliedsstaaten macht.⁶³ Rechtspolitisch korrespondiert dieser Ansatz mit einem kollisionsrechtlichen Modell,⁶⁴ das unterschiedliche Ordnungen miteinander in Verbindung setzt.

Statt der Suprematie einer marktliberalen Auslegung der europäischen Grundfreiheiten, wie sie der EuGH vorgenommen hat, geht es transnationaler Verfassungspolitik darum, soziale Rechte als gleichrangige Normordnungen zu berücksichtigen, um der Prekarisierung,⁶⁵ der transnationalen Klassenbildung⁶⁶ und dem Meta-Code der Exklusion⁶⁷ entgegen zu arbeiten.⁶⁸

3. *Soziale als demokratische Rechte*

Demokratische und soziale Rechte sind aber nicht nur jeweils für sich genommen effektuierungsbedürftig. Soziale Rechte und demokratische Rechte sind auch unmittelbar aufeinander bezogen. Soziale Rechte, um es zu pointieren, sind demokratische Rechte – und umgekehrt.

Der EuGH akzentuiert die demokratische Funktion sozialer Rechte und die sozialgestaltende Funktion demokratischer Rechte bislang jedoch nicht hinreichend. Das Gericht hat in einer Reihe von Entscheidungen die Inanspruchnahme von Streik- und Versammlungsrechten einer Inhaltskontrolle unterworfen. In der Schmidberger-Entscheidung bestätigt der EuGH vorangegangene Urteile, in denen er Demonstrationen für nicht gerechtfertigte Eingriffe in die Grundfreiheiten hält, wenn diese Demonstrationen sich gegen die europäische Wirtschaftsordnung richten.⁶⁹ Auch in Laval und Viking hat der EuGH in in-

63 Hacker, Ein sozialer Stabilitätspakt für Europa, FES-Diskussionspapier 2009.

64 Joerges, The Lisbon Judgment, Germany's Sozialstaat, the ECJ's Labour Law Jurisprudence and the Reconceptualisation of European Law as a new Type of Conflicts Law, in: Fischer-Lescano/Joerges/Wonka, Fn. 4, 27 ff.

65 Dörre, Armut, Abstieg, Unsicherheit: Die soziale Frage am Beginn des 21. Jahrhunderts, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, 11. August 2008, 3 ff.

66 Fligstein, Fn. 18.

67 Luhmann, Inklusion und Exklusion, in: ders.: Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch, 1995, 237 ff.

68 Und dabei die Frage nach einem sozialen Europa nicht länger primär über eine weiche Koordinierung der Beschäftigungspolitik zu beantworten, zur Europäischen Beschäftigungsstrategie: Möller, Gouvernementales Wahrheitsregime oder dezentrales Netzwerk-Regieren. Die europäische Beschäftigungsstrategie als Machtökonomie, Leviathan 2009, 575 ff.

69 EuGH, C-112/00, Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge gegen Republik Österreich, Urteil vom 12.6.2003: Als Abwägungsposten werden durch den EuGH zwei Faktoren angeführt, die die unionale Kommunikationsfreiheit nachdrück-

akzeptabler Weise den Zweck von Streikmaßnahmen kontrolliert und die konkreten Aktionen deshalb für ungerechtfertigt gehalten, weil sie durch ihr Ziel – namentlich die in den Streikmaßnahmen geforderte Überschreitung der Sozialstandards der Entsenderichtlinie – einen unverhältnismäßigen Eingriff in die Grundfreiheiten dargestellt hätten.⁷⁰

Diese Rechtsprechung verkennt die Bedeutung sozialer Grundrechte für eine demokratische Ordnung.⁷¹ Streikrecht⁷² und Demonstrationsfreiheit haben die Aufgabe, sicherzustellen, dass die Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung jederzeit zur Disposition der Gesellschaft steht. Der Kampf um die soziale Ordnung dieses Europas hat viele Terrains: Kommission, Europäischer Rat, die Agenturen, die Massenorganisationen und schließlich die Sicherung der demokratischen Beteiligung aller an der Steuerung der wirtschaftlichen Prozesse, „bei ständigem Ringen gegen alle gesellschaftlichen Gruppen, die Ausbeutungs- und Machtprivilegien verteidigen wollen – das sind die Kampffelder.“⁷³

Es steht kaum zu erwarten, dass der EuGH nunmehr nach Inkrafttreten der Grundrechtecharta, die in Folge des Lissabon- Vertrages nach Art. 6 EUV rechtsverbindlich geworden ist, einen anderen Zugang zu diesen Kampfzonen

lich unter Dauervorbehalt stellen: (1) Das Gericht recurriert auf den „Zweck“ des Verhaltens, indem es in der Brennerpassentscheidung als Abgrenzung von der Entscheidung im Fall Kommission./ Frankreich anführt, dass „die Demonstranten in der Rechtssache Kommission/Frankreich eindeutig den Zweck verfolgt [haben], den Verkehr mit bestimmten Erzeugnissen aus anderen Mitgliedstaaten als der Französischen Republik zu unterbinden“ (Rdn. 94). Weiterhin (2) anerkennt der EuGH, dass die Ausübung von Meinungs- und Versammlungsfreiheit Einschränkungen unterworfen werden kann, „sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den mit den Beschränkungen verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die geschützten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet“ (80). Siehe zuvor EuGH, Rs. C-265/95, Kommission gegen Frankreich, 9.12.1997, Slg. 1997, I-6959; zur Kritik siehe auch Agerbeek, Freedom of expression and free movement in the Brenner corridor: the Schmidberger case, *European Law Review* 29 (2004), 255 ff.

70 Kritisch daher zu Recht Kocher, Stoppt den EuGH? Zum Ort der Politik in einer europäischen Arbeitsverfassung, in: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (Hg.), Fn. 1, 161 ff.

71 Ausf. Argumentation bei Fischer-Lescano/Möller, Europäische Grundrechte und die Konstitutionalisierung sozialer Rechte in Europa, in: Fischer-Lescano/Rödl/Schmid (Hg.), Fn. 1, 353 ff.

72 Abendroth, Streik und Verfassungsrecht in der modernen Demokratie (154), in: ders.: Arbeiterklasse, Staat und Verfassung. Materialien zur Verfassungsgeschichte und Verfassungstheorie der Bundesrepublik, 1975, 45 ff.; siehe auch: Ridder, Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 1960, 3 ff.

73 Abendroth, Demokratie als Institution und Aufgabe, *GS* 2, 2008, 407 ff. (415).

als in den genannten Entscheidungen wählen wird. Denn schon vor ihrem formellen Inkrafttreten hat der EuGH die Charta als Rechtserkenntnisquelle genutzt. Dass die Charta soziale Rechte in der Tat benennt, wird darum nicht bedeuten, dass der EuGH in Konfliktlagen von sozialen Rechten und Grundfreiheiten nunmehr plötzlich hinreichend akzentuieren würde, dass Demonstrationsrechte, Streikrechte und die in den Entscheidungen Rüffert und Luxemburg als nicht hinreichend universell gebrandmarkten Tarifverträge konstituierende Bestandteile gesellschaftlicher Demokratie darstellen.⁷⁴

Eine neue Dynamik könnte diese Diskussion um die gesellschaftlichen und nicht-parlamentarischen Formen der Wirtschaftsdemokratie allerdings erhalten, wenn man auf eine Stärkung der Europäischen Sozialcharta dringen würde. Die Sozialcharta fristet aktuell ein Schattendasein.⁷⁵ Während im Rahmen des UN-Sozialpaktes mittlerweile ein Zusatzprotokoll über die Einführung eines Individualbeschwerdeverfahrens vorgesehen ist – und die Bundesrepublik ihre Ratifikationsbereitschaft angezeigt hat –,⁷⁶ ist das Zusatzprotokoll zur Europäischen Sozialcharta, das ein Verfahren der Kollektivbeschwerde einführt, kaum ratifiziert, auch nicht durch die Bundesrepublik.⁷⁷ Lange Zeit galten die Rechte der Sozialcharta als nicht-einklagbar. Ein solcher Umgang mit sozialen Rechten entspringt konservativer Ideologie. Maßgeblich Ernst Forsthoff hatte in der Debatte mit Wolfgang Abendroth „soziale Rechte“ als „polemische Rechte“ bezeichnet, aus denen keinerlei Rechtswirkung erwachsen könnte.⁷⁸

Hingegen haben am emanzipatorischen Ideal ausgerichtete Juristen schon stets die Bedeutung sozialer als demokratischer Rechte betont.⁷⁹ Heute gilt die

74 Vgl. den an dieser Stelle ansetzenden EGB-Vorschlag für ein soziales Fortschrittsprotokoll, abrufbar unter (28.12.2009) <www.etuc.org/IMG/pdf_social_progress_protocol_DE.pdf>.

75 Vgl. zum aktuellen Stand für das deutsche Recht Kohte/Doll, Neues aus Erfurt zur Bedeutung der Europäischen Sozialcharta im Arbeitskampfrecht, ZESAR 2003, 393 ff.; generell Birk, Soziale Sicherheit und Europäische Sozialcharta, in: Boecken (Hg.), Sozialrecht und Sozialpolitik in Deutschland und Europa, 2002, 27 ff.; zur aktuellen Kampagne in der Schweiz für die Ratifizierung der Sozialcharta siehe (28.12.2009) <<http://www.sozialcharta.ch>>.

76 Siehe Entwurf für ein Zusatzprotokoll zur Einführung des Individualbeschwerdeverfahrens im Rahmen des UN-Sozialpaktes (UN GA Res. A/RES/63/117 vom 10. Dezember 2008).

77 Zusatzprotokoll zur Europäischen Sozialcharta über Kollektivbeschwerden SEV-Nr. 158.

78 Forsthoff, Verfassungsprobleme des Sozialstaats (1954), in: ders., Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968, 145 ff. (155).

79 Siehe Bieback, Europäischer Sozialstaat und soziale Grundrechte, in: Albrecht/Goldtschmidt/ Stuby (Hg.), Die Welt zwischen Recht und Gewalt, 2003, 91 ff.; Ma-

Auffassung als gefestigt, die soziale Rechte – und damit auch die in der Europäischen Sozialcharta geregelten Rechte – für durchaus justitiabel hält.⁸⁰ Eine Politik der Stärkung transnationaler sozialer Rechte sollte dann auch eine verfahrensförmige Stärkung der Europäischen Sozialcharta ins Visier nehmen. Es spricht nichts dagegen, parallel zur EMRK eine gerichtsförmige Ausgestaltung der Sozialcharta anzustreben, in der Individual- und Kollektivbeschwerden ermöglicht werden. Wenn die Europäische Union der EMRK beitreten kann, indem das 14. Zusatzprotokoll zur EMRK diesen Beitritt, den Art. 6 II EUV fordert, ermöglicht,⁸¹ dann kann und sollte die Europäische Union auch der Europäischen Sozialcharta beitreten und zu einer der maßgeblichen Kräfte ihrer Stärkung werden.

Eine gerichtsförmige Instanz im Rahmen der Europäischen Sozialcharta, die Individual- und Kollektivbeschwerden in Bezug auf die Verletzung von Rechten der Sozialcharta entgegennehmen kann, wäre als Komplementärinstitution eine Ergänzung im Netzwerk europäischer Gerichte, die maßgeblich zur Stärkung sozialer Rechte beitragen würde.⁸²

4. *Transnationales Verfassungsrecht*

Eine solche netzwerkförmige Verknüpfung europäischer Gerichtsforen hat auch Auswirkungen auf Begriff und Verständnis des Verfassungsrechts. Transnationalität bedeutet hier vor allem, dass Einheit durch Differenz und dass Homogenität durch Pluralität zu ersetzen sein wird.⁸³

In der Diskussion über das europäische Verfassungsrecht herrschen bislang Einheitsansätze vor. Die „Integration durch Recht“-Lehre⁸⁴ setzt im Zuge des

rauhn, Social rights beyond the traditional welfare state : international instruments and the concept of individual entitlements, in: Benvenuti (Hg.), The welfare state, globalization, and international law, 2004, 275 ff.

80 Siehe zuletzt BVerfG, 1 BvL 1/09 vom 9.2.2010 („Hartz IV“); ferner die Nachweise bei Schneider, Die Justiziabilität wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Menschenrechte, 2004; Wimalasena, Die Durchsetzung sozialer Menschenrechte. Rechtsfortbildung am Beispiel des Internationalen Sozialpakts von 1966, KJ 2008, 2 ff.

81 Huber, Der Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2008.

82 Zum Netzwerkgedanken und gerichtlichen Beobachtungsbeziehungen: Oeter, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 66 (2006), 361 ff.

83 Ausf. das Argument in Fischer-Lescano/Renner, Europäisches Verwaltungsrecht und Völkerrecht, in: Terhechte (Hg.), Europäisches Verwaltungsrecht, 2010, i.E.

84 Siehe Koriath, Europäische und nationale Identität. Integration durch Verfassungs-

europäischen Unitarisierungsprozesses auf die Herausbildung einheitlicher Rechtskategorien. Für die Vertreter des „Europa als Politikgemeinschaft“ ist Verfassung notwendig an politische Herrschaft einer einheitlichen Gemeinschaft gebunden.⁸⁵ Auch der Verfassungsbegriff der Vertreter des „Europa als Wertegemeinschaft“ kommt im Singular daher und artikuliert unter Bezug auf das Stichwort „Homogenität“, dass

„ohne eine gemeinsame Wertebasis (Stichwort: Homogenität) ... das Integrationsprojekt gar nicht realisierbar gewesen (wäre). (...) Diese Werte [wurden] mit dem Fortschreiten der Integration ... immer deutlicher hervorgehoben und Schritt für Schritt explizit in den Verträgen verankert.“⁸⁶

Blickt man nun aber allein schon auf die Gleichzeitigkeit verschiedener Konstitutionalisierungsprozesse im europäischen Raum, erweist sich die Rede von Homogenität und politisch-rechtlicher Einheit in der „europäischen Mehrebenenordnung“ rasch als euphemistisch.

Die europäischen Ordnungsmuster folgen nicht dem Kelsen/Merkl'schen Stufenbau des Rechts. Europa ist nicht der einheitliche Anstaltsstaat, den es durch politisches Verfassungsrecht zu begründen und einzuhegen gilt.

Transnationale Konstitutionalisierungsprozesse sind in einer ganzen Reihe sich gegenseitig in Bezug nehmender polit-regulatorischer Ordnungsmuster zu beobachten. Die Stichworte sind: Konstitutionalisierung der EMRK als Konstitutionalisierung der Internationalen Organisation „Europarat“,⁸⁷ Konstitutionalisierung des Unionsrechts,⁸⁸ Konstitutionalisierung der Vereinten Nationen,⁸⁹ Konstitutionalisierung der WTO⁹⁰ etc. Diese Ordnungsmuster, die alle Geltungsanspruch im europäischen Rechtsraum erheben, können nicht – wie die

recht?, VVDStRL 62 (2003), 117 ff.; Bogdandy, „Europäische und nationale Identität. Integration durch Verfassungsrecht?“, VVDStRL 62 (2003), 156 ff. und die Aussprache 194 ff.; ferner: Grimm, Integration durch Verfassung. Absichten und Aussichten im europäischen Konstitutionalisierungsprozess, Leviathan 32 (2004), 1861-1588.

85 Exemplarisch Haltern, „Recht als Tabu? Was Juristen nicht wissen wollen sollten“, in: Otto Depenheuer (Hg.), Recht und Tabu, Opladen, 2003, 141 ff.

86 Calliess, „Europa als Wertegemeinschaft – Integration und Identität durch europäisches Verfassungsrecht?“, Juristenzeitung 59 (2004), 1033 ff. (1038).

87 Walter, Die EMRK als Konstitutionalisierungsprozeß, ZaöRV 1999, 961 ff.

88 Möller, Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung. Begriffe der Verfassung in Europa, in: Bogdandy/Bast (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2009, 227 ff.

89 Paulus, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland: Zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts, ZaöRV 67 (2007), 695 ff.

90 Krajewski, Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law, Journal of World Trade 35 (2001), 167 ff.

Rede von politregulatorischen „Mehrebenenmodellen“ häufig insinuiert – in ein hierarchisches Modell überführt werden. Schon in politisch-rechtlicher Hinsicht wird man als Unitarist enttäuscht: Statt eines einheitlich verfassten Superstaates supranationaler Ordnung finden konkurrierende Konstitutionalisierungsprozesse statt.

Für die Auflösung der Kollisionen zwischen den Normverständnissen der Ordnungsmuster der Nationalstaaten, der EU, der EMRK und der Vereinten Nationen sind darum Formen des „judiziellen Dialogs“⁹¹ im – wie Andreas Vosskuhle im Nachgang zum Lissabon- Urteil betont hat – „Lernverbund“⁹² europäischer Gerichte notwendig.

Die Fragmentierung des Völker- und Europarechts führt zu neuartigen Interlegalitäten. EGMR und EuGH müssen nicht nur mit den nationalen Gerichten interagieren, sondern auch untereinander Bezugnahmen und Abstimmungen entwickeln – die Bosphorus-Entscheidung, in der der EGMR die Möglichkeiten der Kontrolle von europäischem Sekundärrecht benennt und sich zum EuGH in Beziehung setzt,⁹³ ist hier ein Anfang. Das Netzwerk europäischer Gerichte wird hier kaum als universelle Gerichtshierarchie konstruiert werden können. Auch die Denkmuster monistischer und dualistischer Provenienz sind zur normhierarchischen Ordnung des Miteinanders unterschiedlicher Regimes und konstitutionell verfasster polit-regulatorischer Ordnungsmuster nicht länger geeignet. Sie sind – so hat Armin von Bogdandy jüngst formuliert – „die intellektuellen Zombies einer vergangenen Epoche“.⁹⁴ Verfassungen konstituieren kein rechtliches Universum mehr, sondern sind selbst Elemente in einem normativen pluriversum.⁹⁵

Die Polyzentrierung des Verfassungsrechts wird noch einmal dadurch ge-

91 Rosas, *The European Court of Justice in Context: Forms and Patterns of Judicial Dialogue*, *European Journal of Legal Studies* Dez. 2007, <<http://www.ejls.eu>>.

92 Vosskuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, *TransState Working Papers* 106 (2009), 22. der damit einen Begriff von Merli, *Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, *VVDStRL* 66 (2007), 418 ff., aufnimmt.

93 EGMR 30.6.2005 – 45036/98 (Bosphorus) = *NJW* 2006, 197 = *EuGRZ* 2007, 662; hierzu Heer-Reißmann, *Straßburg oder Luxemburg? - Der EGMR zum Grundrechtsschutz bei Verordnungen der EG in der Rechtssache Bosphorus*, *NJW* 2006, 192 ff.

94 Bogdandy, *Pluralism, direct effect, and the ultimate say: On the relationship between international and domestic constitutional law*, *I•CON* 6 (2008), 397-413, 401.

95 Bogdandy, a.a.O., 401; siehe auch Fischer-Lescano, *Monismus, Dualismus? – Pluralismus. Selbstbestimmung des Weltrechts bei Hans Kelsen und Niklas Luhmann*, in: Brunkhorst/Voigt (Hg.), *Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen*, 2007, 203 ff.

steigert, dass die Konstitutionalisierung nicht bei den polit-regulatorischen Regimes haltmacht. Transnationale Verfassungspolitik muss der Tatsache Rechnung tragen, dass sich die Positivierung von konstitutionellen Normen, die bisher hauptsächlich im politischen System stattfand, auf der globalen und europäischen Ebene auf unterschiedliche gesellschaftliche Sektoren ausdehnt. Diese erzeugen parallel zu politischen Verfassungsnormen zivilgesellschaftliche Verfassungsnormen. Wenn sich nicht-staatliche Akteure in den weiten Welten der *lex mercatoria*, *lex construcionis* etc. des Rechts zur Absicherung ihrer ökonomischen Logiken bedienen, dann werden sie auch die Konsequenzen des Rechtsbegriffs zu akzeptieren haben und sich den grund- und menschenrechtlichen Responsivitätspflichten unterwerfen müssen. Der Rechtsbegriff ist ohne diese Pflichten nicht zu haben, oder anders: Man muss, um die Verhältnisse der *lex mercatoria* zum tanzen zu bringen, dem Vertragsrecht die Rechtsmelodie vorspielen.⁹⁶

Es macht dann auch in rechtlicher Hinsicht keinen Unterschied mehr, ob die Gefährdungen von Autonomieräumen durch politische Akteure oder transnationale Unternehmen zu verantworten sind: Die Dezentrierung des Verfassungsbegriffs bietet die Chance, neuartige Formen der unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater zu entwickeln, ohne den Umweg über eine staatliche Schutzpflichten- oder gar Drittwirkungsdoktrin gehen zu müssen: Von Unternehmen wie Blackwater, Monsanto und global agierenden Sweatshops gehen Grundrechtsgefährdungen aus, die denjenigen, die durch Nationalstaaten evoziert werden, in nichts nachstehen.⁹⁷

Die verfassungsrechtliche Einhegung dieser Phänomene jenseits des Nationalstaates setzt indes voraus, dass man sich von einem holistischen und unitaristischen Verfassungsbegriff löst, um die Sicht auf die realen Möglichkeiten der „Konstitutionalisierung in der transnationalen Konstellation“ freizusetzen.

IV. Fazit

Die soziale und demokratische Konstitutionalisierung der Gesellschaft verwirklicht sich nicht exklusiv in den Stellvertreter-Institutionen der europäischen Politik, sondern sie entsteht in den Auseinandersetzungen um die soziale Responsivität sozialer Systeme in fragmentierten Prozessen. Wenn man das Konzept der

⁹⁶ Fischer-Lescano, Kritische Systemtheorie Frankfurter Schule, in: Calliess u.a. (Hg.), *Soziologische Jurisprudenz*, 2009, 49 ff.

⁹⁷ Teubner, Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch ‚private‘ transnationale Akteure“, in: *Der Staat* 45 (2006), 161 ff.

Verfassung einmal von seiner historischen Verknüpfung mit Gedanken der hierarchischen Staatsstruktur löst und es auf einer abstrakteren Ebene definiert, wird es möglich, den Konstitutionalismus für gegenwartsbezogene Phänomene fruchtbar zu machen, insbesondere für die Koexistenz nicht-hierarchischer, zunehmend transnationaler Regimes rechtlicher Regulation und Jurisdiktion.⁹⁸

Eine Ergänzung nationaler, supranationaler und internationaler Gestaltungsmuster im Rahmen einer transnationalen Verfassungspolitik führt dazu, dass sich die Fragen demokratischer Partizipation, sozialer Responsivität und eines emanzipatorischen Verfassungsrechts neu und anders stellen. Das Ziel aber – das habe ich versucht zu plausibilisieren – liegt auch in der transnationalen Konstellation in der „Vergesellschaftung“ sozialer Systeme, d.h. darin, sicherzustellen, dass die Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung sozial verantwortlich ausgestaltet ist und jederzeit zur Disposition des demokratischen Prozesses steht.

Gelänge dies, dann könnte der europäische Prozess auch über die gesellschaftliche Basis verfügen, die benötigt wird, um das europäische Projekt zu revitalisieren. Das ist eine dringliche Aufgabe. Denn zu Europa gibt es keine Alternative; aber ein alternatives – und das heißt auch: ein soziales und radikal-demokratisches – Europa ist möglich.

98 I.d.S. auch U.K. Preuss, *Disconnecting Constitutions from Statehood: Is Global Constitutionalism a Viable Concept?*, in: Loughlin/Dobner (Hrg.), *The Twilight of Constitutional Law*: 2010, i.E.

Lieferbare ZERP-Diskussionspapiere

(in Papierform = P bzw. als elektronische Kopie = E*)

*siehe unsere Homepage: www.zerp.eu (Publikationen)

- DP 1/10 *Andreas Fischer-Lescano / Christian Joerges / Arndt Wonka (Hrsg.)*, The German Constitutional Court's Lisbon Ruling: Legal and Political-Science Perspectives, Januar 2010 (P/E)
- DP 3/09 *Andreas Fischer-Lescano/Lena Kreck*, Piraterie und Menschenrechte, Rechtsfragen der Bekämpfung der Piraterie im Rahmen der europäischen Operation Atalanta, Juni 2009 (P/E)
- DP 2/09 *Poul F. Kjaer*, Three-dimensional Conflict of Laws in Europe, März 2009 (P/E)
- DP 1/09 *Florian Rödl*, Europäische Arbeitsverfassung, Februar 2009, (P/E)
- DP 8/08 *Sjef van Erp*, Security interests: A secure start for the development of European property law, November 2008 (P/E)
- DP 7/08 *Sergio Nasarre Aznar*, Eurohypoec & Eurotrust. Two instruments for a true European mortgage market after the EC White Paper 2007 on the Integration of EU Mortgage Credit Markets, September 2008 (P/E)
- DP 6/08 *Tobias Pinkel*, Das Buch VI des Entwurfs eines Gemeinsamen Referenzrahmens (DCFR): Nichtvertragliche Schuldverhältnisse aus Schädigung Dritter. Eine kritische Analyse des Modellgesetzes eines europäischen Deliktsrechts, August 2008 (P/E)
- DP 5/08 *Julia Cassebohm*, Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention – Voraussetzungen, Wege und Folgen, Juli 2008 (P/E)
- DP 4/08 *Claudio Franzius*, Der Vertrag von Lissabon am Verfassungstag: Erweiterung oder Ersatz der Grundrechte?, Juli 2008 (P/E)
- DP 3/08 *Konrad Schober*, Vom Verfassungsvertrag zum Reformvertrag. Das Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Union zur Polizeilichen und Justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen, Juni 2008 (P/E)
- DP 2/08 *Christian Joerges/Florian Rödl*, Von der Entformalisierung europäischer Politik und dem Formalismus europäischer Rechtsprechung im Umgang mit dem „sozialen Defizit“ des Integrationsprojekts, Ein Beitrag aus Anlass der Urteile des EuGH in den Rechtssachen Viking und Laval, März 2008 (E)
- DP 1/08 *Aurelia Colombi Ciacchi*, Internationales Privatrecht, *ordre public européen* und Europäische Grundrechte, Februar 2009 (P/E)
- DP 1/07 *Christian Joerges*, Integration durch Entrechtlichung? Ein Zwischenruf, August 2007 (P/E)
- DP 7/06 *Norbert Reich*, A Common Frame of Reference (CFR) – Ghost or host for integration?, Oktober 2006 (E)
- DP 6/06 *Maria Paola Ferretti*, Participation, Democratic Deficit and Good Regulation. A Case Study of Participatory Strategies in the European Regulation of GMO Products, September 2006 (P/E)

- DP 5/06 *Ralf Michaels*, EU Law as Private International Law? Re-conceptualising the Country-of-Origin Principle as Vested Rights Theory, August 2006 (P/E)
- DP 4/06 *Christoph U. Schmid*, The ECJ as a Constitutional and a Private Law Court. A Methodological Comparison, Juni 2006 (P/E)
- DP 3/06 *Klaus Sieveking*, ECJ Rulings on Health Care Services and Their Effects on the Freedom of Cross-Border Patient Mobility in the EU, April 2006 (P/E)
- DP 2/06 *Mel Kenny*, Constructing a European Civil Code: *Quis custodiet ipsos custodiet?*, Februar 2006 (P)
- DP 1/06 *Christian Joerges*, Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, Januar 2006 (P/E)
- DP 4/05 *Nuno Ferreira*, Revisiting Euthanasia: A Comparative Analysis of a Right to Die in Dignity, November 2005 (P/E)
- DP 3/05 *Joanna Krzeminska*, Free Speech Meets Free Movement – How Fundamental really is ‘Fundamental’? The Impact of Fundamental Rights on Internal Market Law, August 2005 (E)
- DP 2/05 *Aydan Bashlinskaya*, Der rechtliche Gehalt der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik der Europäischen Union (GESVP) und ihre Vereinbarkeit mit dem deutschen Grundgesetz, Mai 2005 (E)
- DP 1/05 *Eric A. Engle*, Alien Torts in Europe? Human Rights and Tort in European Law, Februar 2005 (E)
- DP 1/04 *Josef Falke*, Normung und Dienstleistungen. Anforderungen und Handlungsspielräume nach dem Allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), Februar 2004 (E)
- DP 2/03 *Carl Otto Lenz*, Das deutsch-französische Verhältnis und sein Einfluss auf die Europäische Union, Dezember 2003 (E)
- DP 1/03 *Christine Godt*, Streit um den Biopatentschutz: Stoffschutz, Patente auf Leben und Ordre Public. Nationaler Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung der Europäischen Biopatentrichtlinie, Dezember 2003 (E)
- DP 4/02 *Michael W. Schröter*, Lebensmittelrechtliche Vorsorge als Rechtsprinzip – nationale, europäische und welthandelsrechtliche Aspekte, Dezember 2002 (E)
- DP 3/02 *Ailine Wolff-Pfisterer*, Sprache als Freizügigkeitshindernis in der EU - Sprachliche Anforderungen an ausländische EG-Bürger im Rahmen der Anerkennung von Befähigungsnachweisen für den Berufszugang und die Berufsausübung, Oktober 2002 (E)
- DP 2/02 *Nikola Lafrenz*, Die Pflegeversicherung als Teil der Krankenversicherung im Sozialrecht der Europäischen Union – Die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, Oktober 2002 (E)
- DP 1/02 *Anita Boeker*, The Establishment Provisions of the Europe Agreements: Implementation and Mobilisation in Germany and the Netherlands, April 2002 (P/E)