

Vorwort

Die Bedeutung des Internationalen Verfassungsrechts nimmt mit der Europäisierung und Globalisierung stetig zu. Die Notwendigkeit, sich mit den hinter nationalen und internationalen Verfassungen stehenden Konzepten stärker denn bisher auseinander zu setzen, zeigt sich deutlich am Stocken des europäischen Konstitutionalisierungsprozesses ebenso wie an den Institutionendebatten der Vereinten Nationen.

Sowohl die noch jungen Verfassungen in (Süd-)Osteuropa oder in Südafrika aus den 1990er-Jahren als auch die neue Verfassungen in Afghanistan weisen auf die immanente Notwendigkeit einer grundlegenden Vertiefung dieser Entwicklungen hin. Eine solche soll und kann aber nicht fokussiert auf einzelne Staaten erfolgen, sondern ausschließlich in einem internationalen Kontext.

Internationales Verfassungsrecht als Wissenschaftsdisziplin ist notwendigerweise interdisziplinär an der Schnittstelle zwischen Verfassungsrecht, Völkerrecht, Europarecht und Verfassungstheorie angesiedelt. Die Vermittlung im universitären Bereich setzt bei den zukünftigen JuristInnen an. Diesen sollen die Ausrichtungen der Verfassungen im Kontext der Zeit bewusst gemacht werden. Insofern ist das didaktische Ziel eines Workshops zum Internationalen Verfassungsrecht vor allem auf kritisches Hinterfragen ausgerichtet, das durch das diskursive Erarbeiten des Wissens angeregt werden soll. Um zukünftige Entwicklungen zu erfassen, ist die institutionalisierte Auseinandersetzung in Form eines Workshops ideal geeignet. Dieser soll in den kommenden Jahren zu der notwendigen Etablierung des Internationalen Verfassungsrechts in Österreich beitragen.

Der First Vienna Workshop on International Constitutional Law hat einer breiten Auseinandersetzung mit den Grundfragen des Themas einen wissenschaftlichen Rahmen geboten. Er ermöglichte sowohl Diskussionen unter als auch das Kennenlernen zwischen in diesem Bereich tätigen österreichischen WissenschaftlerInnen, PraktikerInnen und StudentInnen. Er gab damit gleichzeitig den Startschuss für ausführliche und regelmäßige Auseinandersetzungen mit diesem international zunehmend an Bedeutung gewinnenden Rechtsgebiet.

Der First Vienna Workshop on International Constitutional Law hat am 20. und 21. Mai 2005 stattgefunden. Es wurden – der Ziel-

setzung entsprechend – an diesen beiden Tagen die Grundlagen des Internationalen Verfassungsrechts den StudentInnen (Diplomstudium bzw Doktoratsstudium) anhand konkreter und aktueller Beispiele vermittelt. Die Art der Wissensvermittlung erfolgte dabei nicht im traditionellen Vortragsstil. Stattdessen gaben kurze Impulsreferate einen ersten Einblick in das Thema. In der Folge wurden ausgewählte wie neu auftretende Fragen in offener Diskussion erörtert. Als Vorbereitung dazu haben die TeilnehmerInnen etwa einen Monat vor der Veranstaltung "reading materials" mit Hintergrundinformationen erhalten. Aus diesen Impulsreferaten ist die nun vorliegende Zusammenstellung in Form eines Tagungsbandes entstanden, der gleichsam die Ergebnisse der Veranstaltung in gebündelter Form dokumentieren und dem interessierten LeserInnenkreis zugänglich machen soll.

Von der Idee zur Realisierung ist es oftmals ein weiter Weg. Eine solche Veranstaltung Workshops zu organisieren ist ohne wertvolle Hilfe von vielerlei Seite keinesfalls zu bewerkstelligen.

Unser besonderer Dank gilt zunächst unseren Professoren und Förderern, an der Universität Wien und an der Wirtschaftsuniversität Wien: o. Univ.-Prof. Dr. *Bernd-Christian Funk*, Univ.-Prof. Dr. *Michael Holoubek* und o. Univ.-Prof. Dr. *Theo Öhlinger*. Sie haben uns – jeder auf seine eigene Weise – zum durchaus aufwändigen Projekt ermutigt und uns in jeder Hinsicht – nicht nur, aber auch durch die Gewährung von entsprechenden Freiräumen, ohne die selbstständiges Arbeiten im universitären Bereich ohnedies nicht möglich ist – unterstützt. Prof. *Öhlinger* hat darüber hinaus mit seinem Einleitungsvortrag gleichsam die wissenschaftliche Patronanz über die Veranstaltung übernommen, wofür wir ihm in besonderer Weise herzlich danken wollen!

Zum Gelingen des Workshops hat in ganz zentraler Weise das Engagement auch aller anderen Vortragenden beigetragen. Es ist gewiss ein Hang zur Abenteuerlust erforderlich, sich prompt und ohne viele Überredungskünste zur Mitwirkung an einem Erstversuch bereit zu erklären. Und dafür sagen wir unseren Vortragenden Mag. *Jürgen Busch LL.M.*, Dr. *Bedanna Bapuly*, Dr. *Iris Eisenberger*, M.Sc., ao. Univ.-Prof. Dr. *Anna Gamper*, Dr. *Niraj Nathwani*, Dr. *Franz Reimer* und Dr. *Michael Schoiswohl*, LL.M. ein ganz herzliches und tief empfundenes Dankeschön! Nichtsdestoweniger lebt ein Workshop auch vom Interesse und Elan der Studierenden: diese, 38 an der Zahl, haben in ganz hervorra-

gender Weise an beiden Tagen für wertvolle und spannende Diskussionen gesorgt. Auch dafür: Danke!

Die Ausrichtung auch einer Veranstaltung in kleinerem Rahmen bedarf in diesen Zeiten der kräftigen Unterstützung von Sponsoren. Die stattliche Anzahl an öffentlichen und privaten Stellen, die ihr Interesse an der Veranstaltung auch durch eine finanzielle Unterstützung demonstriert haben und die auf der nebenstehenden Seite vollständig wiedergegeben ist, hat uns außerordentlich ermutigt. Allen Sponsoren sagen wir an dieser Stelle daher aufrichtigen Dank! In ganz besonderer Weise gilt dies für den WUV/Facultas-Verlag, der uns den Tagungsband ermöglicht hat, und im Besonderen Mag. *Christian Kaier*, der uns auch sonst in vielfacher Hinsicht unterstützt hat.

Last but not least sei an dieser Stelle *Susanne Karner* ganz herzlich gedankt. Ohne ihr Engagement, das weit über die Layoutierung und die Bearbeitung dieses Tagungsbandes hinausging, wäre dieses Buchprojekt nicht umsetzbar gewesen.

Wien, im August 2005

Harald Eberhard – Konrad Lachmayer – Gerhard Thallinger

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	5
<i>Theo Öhlinger</i>	
Vom Sinn und Nutzen der Verfassungsvergleichung	11
<i>Michael Schoiswohl</i>	
Wo Theorie zur Praxis wird: Internationales (Verfassungs-)Recht und das Entstehen einer Verfassung für das Nachkriegs-Afghanistan	21
<i>Franz Reimer</i>	
Wer ist das Volk? Demokratiedefizite im Wahlrecht	49
<i>Anna Gamper</i>	
Demokratische Legitimation und gewaltenteilende Funktion Zweiter Kammern in der "gemischten" Verfassung	63
<i>Jürgen Busch</i>	
Existiert Europa? Antworten der Verfassungstheorie	87
<i>Bedanna Bapuly</i>	
Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union	109
<i>Iris Eisenberger</i>	
Multikulturalismus – eine Antithese zum Liberalismus?	135
<i>Niraj Nathwani</i>	
Headscarves and human rights	149
<i>Harald Eberhard/Konrad Lachmayer/Gerhard Thallinger</i>	
Über Inhalt und Methode des Internationalen Verfassungsrechts als Wissenschaftsdisziplin	175
AutorInnenverzeichnis	193
Linkliste	195

Theo Öhlinger

Vom Sinn und Nutzen der Verfassungsvergleichung

I.

Ich möchte mit einem persönlichen Erlebnis beginnen: Als ich im Herbst 1967 dem Verfassungsdienst des Bundeskanzleramts zugeteilt wurde, war es eine meiner ersten Aufgaben, jene B-VG-Novelle vorzubereiten, mit der die Zulässigkeit der Todesstrafe vorbehaltlos und endgültig aus dem österreichischen Bundesverfassungsrecht eliminiert werden sollte.¹ Der Akt, den ich damals übernahm, enthielt eine über das Außenministerium eingeleitete Rundfrage an österreichische Botschaften über die (verfassungs-)rechtliche Situation in anderen Staaten. Das war anscheinend damals eine durchaus übliche Methode einer praxisbezogenen Verfassungsvergleichung. Eben erst von der Universität kommend war mir allerdings die kurz zuvor erschienene 1. Auflage der Taschenbuchausgabe (west-)europäischer Verfassungen des Beck-Verlages vertraut, und mit Hilfe des Stichwortverzeichnisses war es für mich ein Leichtes, in kürzester Zeit das Ergebnis jener Umfrage vorwegzunehmen.

Ich bin einige Jahre später als Direktor der Verwaltungsakademie mit einer ähnlichen Umfrage konfrontiert worden, bei der es um den "öffentlichen Dienst" ging. Dabei kam es allerdings zu einer heillosen Verwirrung, weil dieser Begriff an manchen Botschaften mit *service public* verwechselt, an anderen als Komplementärbegriff zum "Zivildienst" verstanden wurde. Es ist kaum vorstellbar, dass sich ein typischer Fehler der Verfassungsvergleichung drastischer illustrieren lässt. Aber es ist dies ein Fehler, der in subtilerer Form immer wieder passiert.²

Diese Beispiele zeigen nicht nur, dass eine gediegene *theoretische Vorbildung* einer etwas *handgestrickten Praxis* um einiges überlegen ist. Sie zeigen auch, dass Verfassungsvergleichung ih-

.....

1 B-VG-Novelle BGBl 1968/73: Änderung des Art 85 B-VG.

2 Dazu auch *Sommermann*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, DÖV 1999, 1017 (1021 ff).

re Tücken hat. Sie werfen aber vor allem ein Schlaglicht auf den Stand der Verfassungsvergleichung im Österreich der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts.

Es mag richtig sein, dass die Verfassungsvergleichung in der österreichischen Verfassungsrechtslehre eine lange Tradition hat, wie Kollege *Wieser* kürzlich geschrieben hat,³ und *Wieser* selbst hat dies mit einer eindrucksvollen Bibliographie für die *letzten 70 Jahre* der Monarchie belegt.⁴ Freilich war auch das bereits eine Epoche des Niedergangs der Rechtsvergleichung, und zwar nicht nur im alten Österreich, sondern allgemein in Europa.⁵ Die Entwicklung des Nationalstaates und die damit zusammenhängende Positivierung des Rechts führten im 19. Jahrhundert konsequenterweise zu einer Konzentration der Rechtswissenschaft auf das jeweils staatliche Recht.⁶ Obwohl das damals noch junge Verfassungsrecht in seiner Entfaltung in erhöhtem Maß auf Erfahrungen anderer Staaten angewiesen war, lag andererseits der nationalstaatlich-positivistische Ansatz auf diesem Rechtsgebiet ganz besonders nahe, drückt sich doch in einer staatlichen Verfassung die spezifische Eigenheit, Selbständigkeit und Souveränität eines Staates stärker als in jedem anderen Rechtsbereich aus.⁷ Verfassungsrecht ist nationalstaatliches Recht par excellence.

In der Epoche der Republik, in der in Bezug auf die österreichische Verfassungsrechtslehre der Positivismus bekanntlich seinen Höhepunkt erreichte, spielte jedenfalls die Verfassungsvergleichung keine große Rolle (mehr). Gewiss gab es in den Verfassungsdiskussionen 1918-1920 den Blick über die Grenzen in die unmittelbaren Nachbarstaaten Deutschland und die Schweiz, deren Verfassungen – gewissermaßen als miteinander konkurrierende Vorbilder – die Entstehung der Bundesverfassung beein-

.....

3 *Wieser*, Vom Wesen und Wert der Verfassungsrechtsvergleichung, Juridikum 2004, 117.

4 *Wieser/Kante*, Vergleichendes Verfassungs- und Verwaltungsrecht in Österreich von 1848 bis 1918 – Eine Bibliographie, ZÖR 2002, 251.

5 So *Rudolf Jhering*, Der Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd I⁴ (1878) 15; siehe auch *Trantas*, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts (1998) 15 f.

6 Zur Entwicklung der Verfassungsvergleichung im deutschsprachigen Raum im 19. Jahrhundert siehe *Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, JZ 1997, 1021 (1021 f).

7 Zur amerikanischen Schule des *expressivism*, die dies in der Gegenwart besonders betont, siehe *Sommermann*, DÖV 1999, 1022.

flussten.⁸ Und es gab natürlich die den Zerfall der Monarchie überdauernden Verbindungen zwischen Verfassungsjuristen in Österreich und den anderen Nachfolgestaaten der Monarchie, wie beispielsweise den Kontakt zwischen der Wiener und der Brünner Schule, der sich jedoch mehr auf rechtstheoretische als auf verfassungsvergleichende Fragestellungen erstreckte.

Verfassungsvergleichung hat unter dem B-VG jedenfalls lange Zeit nur eine marginale Rolle gespielt. Es ist – um nur ein Beispiel zu nennen – auffallend, dass im Zusammenhang mit dem Ausbau der Verfassungsgerichtsbarkeit 1929 die Erfahrungen mit der richterlichen Gesetzesprüfung durch den Supreme Court der USA, die damals europaweit diskutiert wurden, anscheinend überhaupt nicht zur Kenntnis genommen wurden.⁹ Für die Neuregelung der Position des Bundespräsidenten in dieser Novelle war zwar die Weimarer Verfassung das Vorbild. Eine solche enge und überdies damals mit dem Anschlussgedanken belastete Orientierung an der Verfassung eines einzigen Nachbarstaates ist aber von einer methodisch anspruchsvollen Verfassungsvergleichung weit entfernt.

Auch nach 1945 hat sich daran zunächst wenig geändert. Bei der B-VG-Novelle 1964 über die Staatsverträge, die an sich sehr sorgfältig und unter Einbeziehung fast aller führenden Vertreter der damaligen österreichischen Verfassungsrechtswissenschaft vorbereitet wurde, hat, soweit man dies den Materialien entnehmen kann, Verfassungsvergleichung praktisch keine Rolle gespielt – und dies bei einem Thema, dessen internationale Dimension eklatant ist.

II.

Im letzten Jahrzehnt hat sich daran allerdings einiges zum Besseren gewendet. So sind in den letzten Jahren eine Reihe von Habilitationsschriften erschienen, in denen die Verfassungsvergleichung einen mehr als nur dekorativen Stellenwert hat.¹⁰

Es ist gewiss kein Zufall, dass dieser Aufschwung der wissenschaftlichen Verfassungsvergleichung mit dem EU-Beitritt koinzi-

.....
⁸ Siehe dazu *Stourzh*, Wandlungen des Österreichbewußtseins im 20. Jahrhundert und das Modell der Schweiz, in: *Koja/Stourzh* (Hrsg), *Schweiz-Österreich* (1986) 11.

⁹ Dazu *Öhlinger*, *The Genesis of the Austrian Model of Constitutional Review of Legislation*, *Ratio Juris* 2003, 206 (209).

¹⁰ Siehe den Überblick bei *Wieser/Kante*, *ZÖR* 2002, 252 f.

dierte. Denn in der EU hat Rechtsvergleichung im Allgemeinen und Verfassungsvergleichung im Besonderen einen neuen Stellenwert gewonnen.

Die EU ist bekanntlich eine supranationale Staatengemeinschaft, in der den Mitgliedstaaten eine bis in die kleinsten Details hineinreichende Rechtsordnung mit dem Anspruch auf unmittelbare Geltung und Vorrang übergestülpt wird. Diese Rechtsordnung entsteht teils im Zusammenwirken der Mitgliedstaaten im COREPER und im Rat, teils aber auch durch die richterliche Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze, die – wie das am Beispiel der *Grundrechte* des Gemeinschaftsrechts besonders deutlich wird – aus einer *gemeinsamen Verfassungsüberlieferung der Mitgliedstaaten* heraus entwickelt werden.¹¹ Die gemeinsame Verfassungstradition der Mitgliedstaaten wird so zu einer *Rechtsquelle des Gemeinschaftsrechts* – eine Rechtsquelle, die methodisch nur durch Verfassungsvergleichung erschlossen werden kann. Und wenn heute auf dem Sektor der Grundrechte die EMRK als Ausdruck dieser gemeinsamen Verfassungstradition herangezogen wird, so verschiebt sich der rechtsvergleichende Aspekt nur ein wenig, weil der Gehalt der EMRK selbst vielfach nur durch Verfassungsvergleichung erschließbar ist.¹²

Diese Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze aus den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten ist nur die intensivste methodische Anwendung von Verfassungsvergleichung in der EU. Rechts- und im Besonderen auch Verfassungsvergleichung ist auch eine Voraussetzung der *Rechtsetzung* durch die EU-Organe, sei es des – sich aus den Vertretern der Mitgliedstaaten zusammensetzenden – Rates, sei es auch der Kommission.¹³ Denn das Gemeinschaftsrecht muss ja im Regelfall von den Organen der Mitgliedstaaten implementiert werden und daher mit deren Rechtsordnungen einigermaßen harmonisieren. Jener Standard, der hier vom Gemeinschaftsrecht vorausgesetzt werden kann, ist aber rechtsvergleichend zu ermitteln. Rechts- und Verfassungsvergleichung ist aber auch eine Voraussetzung für das Funktionieren

11 Grundlegend EuGH, *Internationale Handelsgesellschaft*, Slg 1970, 1125, Rz 3 f. Als "Textrezeption der EuGH-Judikatur" (*Häberle*, *Der europäische Jurist*, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Bd 50 [2002] 123 [127]) siehe Art 6 Abs 2 EUV.

12 Siehe dazu *Wildhaber*, *The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights*, FS Röss (2005) 1101 ff.

13 Zur Rechtsvergleichung im Dienste der europäischen Rechtsvereinheitlichung siehe schon *Starck*, JZ 1997, 1025 f.

jener intensiven unmittelbaren rechtlichen Kooperation der Mitgliedstaaten untereinander – gewissermaßen unterhalb der Ebene der Union –, die für die EU ebenfalls charakteristisch ist. Denn eine solche Kooperation setzt ein Mindestmaß an Kenntnis und Verständnis der Eigenheiten der Rechtsordnungen der Kooperationspartner voraus. Freilich basiert diese Kenntnis im Alltag mehr auf der persönlichen Erfahrung der Beteiligten als auf methodisch anspruchsvollen rechtsvergleichenden Studien. Solche Studien können aber die Praxis unterstützen sowie verbessern und sind in einem Mindestmaß Voraussetzung für ein Gelingen der Praxis.

Verfassungsvergleichung hat somit in der EU einen ganz neuen Stellenwert gewonnen. Der Konstitutionalisierung der EG – und, das sei hier nur am Rande angemerkt: auch der Konstitutionalisierung des Völkerrechts – korrespondiert eine Internationalisierung des Verfassungsrechts.¹⁴ Der methodische Aspekt dieser Internationalisierung ist die Verfassungsvergleichung.

III.

Man sollte aber deshalb nicht auf die Bedeutung der Verfassungsvergleichung vergessen, die diese außerhalb der EU, wenngleich vielfach verkannt, schon immer hatte und immer noch hat.

Verfassungsvergleichung ist zum einen ein mehr als nur nützliches Instrument einer *nationalen Verfassungspolitik*.¹⁵ Das dürfte kaum jemand ernsthaft in Frage stellen. Und dennoch wird, wie die eingangs geschilderten Beispiele zeigen, Verfassungsvergleichung auf diesem Gebiet oft sehr unzulänglich oder überhaupt nicht eingesetzt. Es ist wiederum nicht zufällig, dass man sich in Österreich erst bei der verfassungsrechtlichen Verankerung der EU-Mitgliedschaft um einen breiteren und vertieften Verfassungsvergleich bemüht hat,¹⁶ was freilich nicht von einer sehr spezifisch österreichischen und als solche nicht unproblematischen Lösung – dem BeitrittsBVG BGBl 1994/744 – abgehalten

14 Dazu *Bryde*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, *Der Staat* 2003, 61.

15 Vgl auch *Adamovich*, Rechtsvergleichung im Verfassungsrecht, FS Öhlinger (2004) 200.

16 Siehe *Holzinger*, Die bevorstehende Öffnung Österreichs in den Europäischen Wirtschaftsraum und die Europäischen Gemeinschaften – Rechtsetzung unter besonderer Bedachtnahme auf den demokratischen und den rechtsstaatlichen Aspekt, *Verh 12. ÖJT Bd I/1* (1993) 152 ff.

hat.¹⁷ Aber auch das wird erst in einer Verfassungsvergleichung wirklich deutlich.

In den Ausschüssen des Österreich-Konvents habe ich den einen oder anderen Kollegen mit der – nunmehr 5. Auflage der – Beck-Ausgabe der Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten in der Hand angetroffen. Darüber hinaus hat es in diesem Konvent auch einzelne verfassungsvergleichende Studien gegeben, freilich nur in sehr bescheidener Anzahl.¹⁸ Die Möglichkeiten der Verfassungsvergleichung sind im Österreich-Konvent gewiss nicht ausgeschöpft worden. Doch lag dies auch am Zeitdruck, unter dem der Konvent stand. Verfassungsvergleichung ist eine *zeitaufwändige Methode*. Gerade deshalb wäre es wichtig, Verfassungsvergleichung stärker in der Universität zu verankern, weil nur die Wissenschaft über jenen Zeithorizont verfügt und jenen langen Atem hat, den verfassungsvergleichende Studien vielfach erfordern. Verfassungsvergleichung ist *Grundlagenforschung*, deren unmittelbare praktisch verwendbare Ergebnisse nicht immer sofort auf der Hand liegen.

Auf der anderen Seite ist Verfassungsvergleichung a priori eine *internationale* Wissenschaft, und insofern steht ein reiches Material an ausländischen Forschungen zur Verfügung, das zu erschließen aber auch erst gelernt werden muss, ganz abgesehen von den sprachlichen Barrieren. So gibt es etwa ein ungeheures Material an rechtsvergleichenden Studien in italienischer oder spanischer und damit in nicht ganz so leicht zugänglichen Sprachen. Auch in der Verfassungsvergleichung ist *Englisch* heute die Sprache der Wissenschaft, und die Organisatoren haben das erkannt und akzeptiert, wie der englische Titel dieser Tagung zeigt.

IV.

Das interessanteste und wohl schwierigste Problem einer Methodik der Verfassungsvergleichung liegt in der Frage, inwieweit Verfassungsvergleich ein *legitimes Instrument zur Auslegung nationaler Verfassungsrechtstexte* sein kann. Ist sie eine sinnvolle oder vielleicht sogar eine gebotene "fünfte Auslegungsmethode"

.....
 17 Dazu Öhlinger, Ein Verfassungsstaat an der Schwelle zur Europäischen Union, FS Everling (1995) 1017 (1026 f); Griller, Verfassungsfragen der österreichischen EU-Mitgliedschaft, ZfRV 1995, 89 (90 ff).

18 Beachtlich Wiederin, Über Inkorporationsgebote und andere Strategien zur Sicherung der Einheit der Verfassung, ZÖR 2004, 175.

neben den klassischen vier Canones von *Savigny*, wie dies *Peter Häberle* unermüdlich postuliert?¹⁹

Ich möchte mich dieser Frage mit einem konkreten Beispiel nähern. Denn die Grenzen und Möglichkeiten der Verfassungsvergleichung als *Methode der Verfassungstextinterpretation* lassen sich nur an Beispielen aufzeigen. Auf der abstrakten Ebene kommt man schwer über so allgemeine und als solche weder verifizierbare noch falsifizierbare Feststellungen hinaus, wie die, dass Verfassungsvergleichung interessant und sinnvoll ist, aber vielleicht auch gefährlich, "insofern sie dazu führt, in die eigene Rechtsordnung Vorstellungen zu projizieren, die sich vom positivrechtlichen Standpunkt nicht begründen lassen".²⁰

Gemäß Art 50 Abs 1 B-VG bedürfen gesetzändernde Staatsverträge bekanntlich der Genehmigung des Nationalrats. Eine aus dem Wortlaut heraus nicht eindeutig zu klärende Frage ist es, ob dies auch für die Kündigung eines solchen Vertrags oder für österreichische Vorbehalte zu einem solchen Vertrag gilt? In Österreich ist es herrschende Auffassung, dass auch Kündigungen, Vorbehalte und ähnliche einseitige, aber auf einen Vertrag bezogene Erklärungen der parlamentarischen Genehmigung bedürfen, und es wird dies heute auch regelmäßig so praktiziert.²¹ Eine Rechtsvergleichung ergibt, dass diese österreichische Lösung ziemlich einmalig und insofern fragwürdig ist.

Dehnt man allerdings den Vergleich über die engere Fragestellung der parlamentarischen Genehmigungsbedürftigkeit von Kündigungen oder Vorbehalten zu völkerrechtlichen Verträgen auf die Position des völkerrechtlichen Vertrages in der jeweiligen staatlichen Rechtsordnung insgesamt aus, so zeigt sich, dass das B-VG 1920 – weniger in seinem Wortlaut als vor dem Hintergrund eines bestimmten theoretischen Verfassungsverständ-

.....
¹⁹ Grundlegend *Häberle*, Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat. Zugleich zur Rechtsvergleichung als "fünfter" Auslegungsmethode, JZ 1989, 913 (916 ff); *derselbe*, Europäische Verfassungslehre³ (2005) 250 ff; *derselbe*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit auf der heutigen Entwicklungsstufe des Verfassungsstaates, EuGRZ 2004, 117 (121 f). Dazu eingehend auch *Maurer*, Das föderative Verfassungsorgan im europäischen Vergleich, FS Häberle (2004) 551 (551 f); kritisch *Starck*, JZ 1997, 1024.

²⁰ So eine durchaus kritisch gemeinte Bemerkung von *Adamovich*, FS Öhlinger, 200, zu einer in der österreichischen Verfassungsrechtswissenschaft verbreiteten Position.

²¹ Siehe *Öhlinger*, Art 50 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (3. Lfg 2000) Rz 14.

nisses²² – die Mitwirkung des Parlaments am Zustandekommen völkerrechtlicher Verträge als Mitwirkung an der Erzeugung einer dem Gesetz gleichwertigen Rechtsquelle und damit als Gesetzgebung im Sinne des Art 18 B-VG versteht. Die systematische Stellung des Art 50 B-VG im Abschnitt "Mitwirkung des Nationalrates und des Bundesrates an der Vollziehung" beruht allerdings noch auf der traditionellen Auffassung, dass der Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen Teil der so genannten "auswärtigen Gewalt" ist und als solche eine Prerogative der Regierung bildet, an der das Parlament nur ausnahmsweise mitbeteiligt wird. Aus dieser Position betrachtet reicht die Mitwirkung des Parlaments nicht über den strikten Wortlaut – "Abschluss" – hinaus. Die meisten europäischen Verfassungen werden so interpretiert und kommen daher zu dem Schluss, dass Kündigungen oder Vorbehalte nicht dem parlamentarischen Genehmigungsrecht unterliegen. Dem österreichischen Verfassungsrecht liegt jedoch eine andere Konzeption der Position des völkerrechtlichen Vertrages in der Gesamtrechtsordnung zugrunde, innerhalb der es konsequent ist, auch Kündigungen und Vorbehalte dem parlamentarischen Genehmigungsrecht zu unterwerfen. Die Überschrift von Art 50 B-VG ist demgegenüber eine historische Reminiszenz.

Spricht dieses Beispiel nun für oder nicht eher gegen die Verfassungsvergleichung als "fünfte Auslegungsmethode"? Ich meine, es spricht ganz eindeutig dafür, zeigt aber zugleich die Grenzen und die Gefährdungen dieser Methode auf. Erst in der Konfrontation mit anderen Verfassungen wird das veränderte Paradigma deutlich, das in Bezug auf völkerrechtliche Verträge der österreichischen Bundesverfassung zugrunde liegt. Erst aus diesem Paradigma heraus lässt sich aber eine sinnvolle Antwort auf die Frage nach der parlamentarischen Genehmigungspflicht von Kündigungen, Vorbehalten und anderen einseitigen Rechtsgeschäften des Völkerrechts geben. Die Praxis hat hier eher intuitiv und mit entsprechender Unsicherheit agiert und erst eine eingehendere Rechtsvergleichung²³ konnte dies aufzeigen.

Man könnte diese Leistungsfähigkeit der Verfassungsvergleichung als Interpretationsmethode auch noch mit anderen Beispielen belegen. Hier nur ein kurzer Hinweis: Der österreichische Verfassungsgerichtshof gehört nicht zu jenen Verfassungsgerich-

.....
22 *Öhlinger*, Art 50 B-VG, Rz 6, 8.

23 Vgl *Öhlinger*, *Der völkerrechtliche Vertrag im staatlichen Recht* (1973) 366 ff.

ten, die sich systematisch und explizit auf verfassungsvergleichende Argumente stützen. Verfassungsvergleichung als "fünfte Auslegungsmethode" würde die Mehrheit seiner Mitglieder wahrscheinlich kategorisch von sich weisen. Dennoch gibt es sie auch im VfGH. Eines der folgenreichsten Produkte seiner neueren Judikatur ist bekanntlich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Auch wenn man in den *leading cases* dieser Rechtsprechung²⁴ jede verfassungsvergleichende Bezugnahme vermisst, so ist doch evident, dass es sich dabei – wie schon bei der vorangehenden Wesensgehaltsjudikatur²⁵ – um eine Anlehnung an deutsches Verfassungsrecht bzw deutsche Verfassungsrechtsprechung handelt. Wie im Beispiel der Staatsverträge hat auch hier erst die Rechtswissenschaft die verfassungsvergleichende Komponente dieser Rechtsprechung aufgedeckt und damit zugleich auch – und darauf kommt es an – ihre Legitimität sowohl begründen als auch deren Grenzen aufzeigen können.²⁶

V.

Verfassungsvergleichung ist somit ein sinnvolles Instrument auch der Interpretation des staatlichen Verfassungsrechts. Es ist aber ein Instrument, das nicht einfach zu handhaben ist, sondern das methodisch hohe Ansprüche stellt.

Rechtsvergleichung und damit auch Verfassungsvergleichung *relativiert* den Text des Rechts. Wiederum ein knappes Beispiel: Eine Bestimmung wie jene des Art 65 Abs 1 B-VG ("Der Bundespräsident vertritt die Republik nach außen") findet sich in vielen anderen Staatsverfassungen. Sie wird jedoch fast überall anders verstanden als in Österreich, nämlich als symbolische Repräsentation der Einheit und Identität des Staates, nicht als echte Vertretungsmacht, aus der etwa – wie in Österreich – abgeleitet wird, dass jede Verhandlungsvollmacht und Unterzeichnungsvollmacht vom Bundespräsidenten auszustellen ist.²⁷ Die Bestimmung wird in anderen Ländern gewissermaßen nicht so wörtlich genommen wie in Österreich. Die Verfassungsvergleichung zeigt, dass man den Text des Art 65 B-VG auch anders verstehen könnte.

.....
24 VfSlg 10.179/1984, 11.483/1987.

25 VfSlg 3118/1956.

26 Vgl *Stelzer*, Das Wesensgehaltsargument und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (1991) 47 ff, 207 ff.

27 Siehe dazu *Raschauer*, Art 65 B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (1. Lfg 1999) Rz 32 ff.

Die Verfassungsvergleichung erweitert damit den Argumentationsspielraum der Interpretation des Verfassungstextes. Das muss eine Position beunruhigen, die in der Eindeutigkeit des (Verfassungs-)Rechtstextes einen hohen Wert sieht. Aber was ist das für eine Eindeutigkeit, die auf einer Reduktion möglicher Sinnermittlungen, auf dem Ausschluss theoretisch denkbarer Argumentationsvarianten und damit letztlich auf Denkverboten beruht? Den Wortlaut nicht in Frage zu stellen, weil damit die Eindeutigkeit des Rechts vermindert werde, beruht in Wahrheit auf einer in den Wortlaut hineinprojizierten Klarheit, die die Sprache des Rechts tatsächlich nicht zu leisten vermag. Die Verfassungsvergleichung zerstört diese bequeme, aber letztlich nicht haltbare Position.

Verfassungsvergleichung ist insofern nicht bequem. Sie stellt praktische Denktabus in Frage und ist methodisch ungemein anspruchsvoll. Auf sie zu verzichten ist aber eine Haltung, die dem immanenten Anspruch auf Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz widerspricht.

Rechtsvergleichung bedeutet mithin ein Wagnis. Ich freue mich, dass Sie sich auf dieses Wagnis einlassen wollen, und wünsche Ihnen von ganzem Herzen vollen Erfolg.

Abstract

International Constitutional Law has a long tradition in Austria. However, comparative constitutional law played no important role under the Federal Constitution of 1920. Only during the last decade, the research in this area was intensified which should be seen in connection with the process of integration in the European Union. International Constitutional Law is a helpful instrument of constitutional policy. The crucial point is whether it can be used when interpreting provisions of a national constitution.

*Michael Schoiswohl**

Wo Theorie zur Praxis wird: Internationales (Verfassungs-)Recht und das Entstehen einer Verfassung für das Nachkriegs-Afghanistan

I. Einleitung

In vielerlei Hinsicht erweist sich Afghanistan als Versuchsobjekt der internationalen Gemeinschaft, in sog "failed States" als Katalysator für den Aufbau demokratischer Strukturen zu fungieren. Die Bestrebungen der jüngsten Zeit, einstige "Schurkenstaaten" zu "demokratisieren", basieren auf zwei grundsätzlich verschiedenen Entwicklungen, deren Ausmaß für die Zukunft des Völkerrechts erst allmählich in ihrer Gesamtheit begreifbar wird: Erstens, das Ende des über Jahrzehnte den Sicherheitsrat der Vereinten Nationen blockierenden Ost-West Konfliktes; und zweitens, die Globalisierung des Terrorismus sowie des damit einhergehenden globalen "Krieges gegen den Terrorismus". Die beiden Entwicklungen sind insofern miteinander verbunden, als sich der kalte Krieg zwischen Ost und West nun in einen (offenen) Konflikt zwischen den Verfechtern westlicher Werte und jenen, die sich für eine streng-islamische Staats- oder gar Weltordnung einsetzen, gewandelt hat.

Vor diesem Hintergrund versucht nun die internationale Gemeinschaft, vor allem im Anschluss an die Terrorangriffe vom 11. September 2001, korrigierend auf staatliche Strukturen in Ländern einzuwirken, deren undemokratische Herrschaftsformen – wie rechtfertigend argumentiert wird – eine Bedrohung für den Weltfrieden darstellen (können).¹ Unter dem Deckmantel der Men-

.....
* Die folgenden Ansichten sind die des Autors in seiner persönlichen Eigenschaft und entsprechen nicht notwendigerweise jenen der Vereinten Nationen.

1 In den letzten Jahren haben die Vereinten Nationen verstärkt die Rolle einer Übergangsverwaltung wahrgenommen, zB Ost-Timor und Kosovo. Vgl *Chesterman, Transitional Administration, State-Building and the United Nations*, in: *Chesterman et al. (Hrsg), Making States Work – State Failure and*

.....

schenrechte und moralischer Legitimität wird hierbei eine alte völkerrechtliche Grundregel zu Grabe getragen, nach der die innerstaatliche Herrschaftsform für das internationale Recht grundsätzlich unerheblich war, wobei diese Regel bereits mit dem Aufstieg der Menschenrechte als Verbindungsglied zwischen dem Einzelnen und zwischenstaatlichen Verpflichtungen dem Tode geweiht schien. Mit dieser Aushöhlung der einst gänzlich umschlossenen Souveränität eines Staates geht eine verstärkte Einflussnahme selbst auf jene innerstaatlichen Vorgänge einher, die dem Wesen des Souveränitätsgedankens nicht näher sein könnten.

Es geht hierbei um den Vorgang der Verfassungsgebung, der nun vermehrt als formaler Ausgangspunkt zur Errichtung einer Demokratie in vormals undemokratischen Staaten gesehen und als solcher von der internationalen Gemeinschaft, sei es aufgrund der Ausübung unmittelbarer Herrschaftsgewalt oder im Rahmen der politischen wie auch humanitären Entwicklungshilfe, bewusst mitgesteuert wird. Unter der Annahme, dass eine demokratische Verfassung den Grundstein für eine funktionierende Demokratie darstellt, tritt die internationale Gemeinschaft in ein Spannungsfeld, das von einander diametral entgegen gesetzten Prämissen bedingt wird: der Notwendigkeit einer innerstaatlich angenommenen und somit effektiven Verfassung als Grundbaustein für politische Stabilität auf der einen Seite und den externen Vorgaben bzw Forderungen der Völkergemeinschaft hinsichtlich der Durchsetzung von allgemeinen Menschenrechtsstandards auf der anderen. Hinzu kommt noch der häufige Mangel eines zur Friedenserhaltung hinreichenden innerstaatlichen Friedenskonsenses, der dementsprechend nur scheinbar und kurzzeitig mittels internationaler (Militär-)Präsenz überbrückt werden kann. Der Vorgang zur Verfassungsgebung im Anschluss an einen Bürgerkrieg wird als Anknüpfungspunkt gesehen, um im Zuge des sich darauf basierenden politischen Dialoges, gebündelt mit Mitwirkungsmöglichkeiten einzelner Volksgruppen bzw deren Repräsentanten, eine feste Grundlage für den Bau demokratischer Staatsstrukturen,

.....

the Crisis of Governance (2005) 339, (340 ff). Siehe auch Report of the Panel on United Nations Peace Operations, UN Doc A/55/305 – S/2000/809 (21. August 2000), [Brahimi Report] 13 ff; *Matheson*, United Nations Governance of Postconflict Societies, 95 AJIL (2001) 76. Für einen Überblick über die Geschichte des "Peace-Keepings" siehe *Simma* (Hrsg), The Charter of the United Nations – A Commentary² I (2002) 664 ff.

vor allem der Abhaltung von Wahlen, zu schaffen.² Um dem Spannungsverhältnis entkommen zu können, wird ein riskanter Balanceakt zwischen dem ursprünglichem Wachsen einer Verfassungsordnung innerhalb der kulturellen sowie sozialen Vorgaben und der Notwendigkeit, in kürzester Zeit (Verfassungs-)Rechtssicherheit unter Zuhilfenahme von generalisierten Komponenten erprobter Verfassungsmodelle zu schaffen, vorgenommen. Dieser Balanceakt, wie anhand des Beispiels Afghanistans zu zeigen sein wird, birgt die Gefahr, dass politischen Erfordernissen zu Lasten rechtlicher Systemtauglichkeit Vorrang eingeräumt wird und zu wenig auf die langfristige Umsetzbarkeit der in der Verfassung eingebetteten politischen Kompromisse, sondern eher auf nicht in letzter Konsequenz durchdachte Formallösungen abgestellt wird.

In Hinblick auf die Verfassungsvergleichung bietet Afghanistan einen fruchtbaren Nährboden, um seinen Nutzen und seine Grenzen im Rahmen von Nachkriegs-Verfassungsprozessen mit ausgeprägten internationalen Bezügen aufzuzeigen. Gerade das verstärkte Engagement der internationalen Gemeinschaft, vor allem ihre tragende Rolle bei der Planung und Umsetzung des Prozesses, sowie der inhaltlichen Kontrolle, konnte der Verfassungsvergleichung ein breites Betätigungsfeld eröffnen, das jedoch im Ergebnis den innerstaatlichen Bedürfnissen weichen musste und sich nur oberflächlich in dem Inhalt der Verfassung niedergeschlagen hat. Die Rolle der Vereinten Nationen war hierbei wesentlich von den Erfahrungen in Ost-Timor und Kosovo geprägt, vor allem von dem Versuch, die Nachhaltigkeit dadurch zu gewährleisten, dass eine unmittelbare Steuerung der Reformprozesse vermieden und verstärkt auf eine tragende Rolle des staatlichen Souveräns gesetzt wurde, der sich im Übrigen erst durch diese international unterstützten Staatswerdungsbestrebungen zu legitimieren bzw etablieren hatte. Die von dem Sonderbeauftragten des VN-Generalsekretärs gewählte Zauberformel lautete der "Light-Foot Approach", nach der den Vereinten Nationen eine lediglich 'beratende' Funktion zukommen sollte.³ Dieser nicht un-

.....
2 *Hart*, Democratic Constitution Making, 107 USIP-Special Report (2003), abrufbar unter www.usip.org; *Yash Ghai*, A Journey Around Constitutions – Reflecting on Contemporary Constitutions (2005) 1 (20 f) (unveröffentlichtes Manuskript).

3 Es ist bezeichnend, dass der Sicherheitsrat die sog "United Nations Assistance Mission in Afghanistan" (UNAMA) gegründet hat; vgl UN-SC Res 1401 (28. März 2002), The Situation in Afghanistan and its Implications for In-

umstrittene Ansatz⁴ gründet sich auf dem Gedanken, dass eine sich letztendlich selbst entbehrlich machende 'Partnerschaft' zwischen den Vereinten Nationen und der afghanischen Übergangsregierung, unter Berücksichtigung der staatlichen Souveränität, zur Stärkung und schließlich Eigenständigkeit der im Aufbau befindlichen staatlichen Strukturen führen würde.⁵

Im Folgenden sollen nun die internationalen Aspekte der Schaffung einer Rechtsgrundlage für die Errichtung staatlicher (demokratischer) Formalstrukturen in Afghanistan, vor allem des Verfassungsprozesses und deren Einwirkungen auf den Inhalt der letztendlich 2004 angenommenen Verfassung unter besonderem Augenmerk auf die Rolle der Verfassungsvergleichung dargestellt werden. Hierzu gilt es nicht nur den Inhalt der Verfassung im Überblick zu beschreiben, sondern anhand eines ausgewählten Beispiels, nämlich der Beziehung der Verfassung Afghanistans zum Völkerrecht, die Komplexität des erwähnten Spannungsverhältnisses zwischen den Vorgaben des internationalen Rechts und den innerstaatlichen Gegebenheiten zu verdeutlichen. Dabei wird zu zeigen sein, dass die Verfassung nur scheinbar den Forderungen der internationalen Gemeinschaft in der Form von völkerrechtlichen (mensenrechtlichen) Vorgaben gerecht wird, indem sie zwar die völkerrechtliche Verbindlichkeit menschenrechtlicher Verpflichtungen zur Kenntnis nimmt, jedoch im Endeffekt der innerstaatlichen Rechtstradition den Vorrang einräumt.

.....
international Peace and Security – Report of the Secretary-General, UN Doc A/56/875 – S/2002/278 (18 March 2002) 16 f.

- 4 Der 'light foot' Ansatz und seiner Annahme des 'national ownership' wird häufig kritisiert; vgl zB *Chesterman*, *Transitional Administration* (FN 1) 344 f.
- 5 In den Worten des VN-Generalsekretärs ist "es Hauptaufgabe von UNAMA, Unterstützung für die Umsetzung der in dem Bonner Abkommen vorgesehenen Prozesse zu leisten, einschließlich der Stabilisierung der aufkommenden Strukturen der Übergangsverwaltung, unter gleichzeitiger Anerkennung der Tatsache, dass die Hauptverantwortung der Umsetzung des Abkommens letztendlich bei den Afghanen selbst läge; UNAMA soll darauf abzielen, die afghanische Kapazitäten zu stärken (auf Regierungsebene als auch auf der Ebene außerhalb staatlicher Strukturen), und dabei auf einer möglichst geringen internationalen Präsenz unter Zuhilfenahme gebündelter Unterstützungsleistungen, soweit möglich, abstellen und damit eine gemäßigte Auslandsprägung zurücklassen", 2002 Report of the Secretary-General (FN 3) 16.

II. Das Bonner Abkommen als Grundlage des Demokratisierungsverfahrens in Afghanistan

Der weltweite Krieg gegen den Terrorismus, der in Afghanistan seinen Ausgangspunkt nahm, hatte kaum begonnen, als die von den Vereinten Nationen initiierten Bonner Gespräche im Dezember 2001 zu der Unterzeichnung des sog Bonner Abkommens führten, das Afghanistans Fahrplan für den Übergang zur Demokratie formulieren sollte.⁶ Während das Abkommen selbst an einer mangelnden Legitimität aufgrund der unzureichenden Einbindung aller Parteien zum Konflikt in Afghanistan krankte,⁷ sieht das Bonner Abkommen spezifische Verfahren zur Errichtung demokratischer Staatsinstitutionen in einem Land vor, das über Jahrzehnte die verheerenden Folgen von Bürgerkrieg und Besatzung zu erdulden hatte. Das Bonner Abkommen selbst verweist auf den Widerspruch zwischen seiner undemokratischen Grundlage und dem darauf fußenden Demokratisierungsprozess, wenn es in seiner Präambel von der "Notwendigkeit, eine breite Repräsentation aller Teile der afghanischen Bevölkerung in den Übergangsregelungen sicherzustellen, einschließlich jener Gruppierungen, die bei den VN-Gesprächen zu Afghanistan [in Bonn] nicht hinreichend vertreten waren" spricht. Darüber hinaus gesteht die Präambel zu, dass "diese Übergangsregelungen als erster Schritt in Richtung Errichtung einer weitgefächerten (broad-based), der Gleichberechtigung zwischen Mann und Frau zuträglichen, multi-ethnischen und vollkommen repräsentativen Regierung und dahingehend zu verstehen sind, dass diese nicht über einen festgesetzten Zeitpunkt hinaus bestehen bleiben sollen."⁸ Im Kern sieht somit das Bonner Abkommen vor, dass unter der Obhut und Führung der internationalen Gemeinschaft eine nicht-repräsentative Übergangsverwaltung dem Demokratisierungsprozess folgen würde, der auf der Selbstaufgabe von interimistisch gewährter Regierungsgewalt zu Gunsten neuer demokratischer Institutionen beruht. Ein solcher Ansatz birgt erhebliche Risiken. Wenn man allerdings sowohl die internationale (militärische) Aufmerk-

6 Agreement on Provisional Arrangements in Afghanistan Pending the Re-Establishment of Permanent Government Institutions, signed on 5 December 2001, Anhang zu dem Schreiben des VN Generalsekretärs an den Vorsitzenden des Sicherheitsrates vom 5. Dezember 2001, UN Doc S/2001/1154.

7 Rubin, *Crafting A Constitution For Afghanistan*, 15/3 *Journal of Democracy* (2004) 5 (7).

8 Bonn Agreement (FN 6) Preamble paras. 6 und 7.

.....

samkeit, die Afghanistan nur wenige Wochen vor den Bonner Gesprächen zuteil wurde, als auch den Willen der internationalen Gemeinschaft, ein langfristiges Demokratisierungsverfahren in die Wege zu leiten, berücksichtigt, so bestand ein großes Maß an militärischem als auch finanziellem Druck, einen Vorgang zu initiieren, wenn nicht zu diktieren, der zu einer Ersetzung der Übergangsverwaltung durch eine dem afghanischen Volk verantwortliche Regierungsgewalt führen soll. Das Bonner Abkommen nimmt dementsprechend umfassend Bezug auf die Bedeutung der Vereinten Nationen "als der international anerkannten unparteiischen Institution", der eine "besonders wichtige Rolle [...] in der Zeit vor der Errichtung permanenter Einrichtungen in Afghanistan" zukommen würde.⁹ Es muss jedoch betont werden, dass das Ausmaß, in dem die Vereinten Nationen unmittelbare Verantwortung für den Staatsbildungsprozess übernehmen sollte, bewusst auf den sog "light foot" Ansatz reduziert wurde.¹⁰

Aufbauend auf den Erfahrungen aus Kosovo und Ost-Timor,¹¹ konzentriert sich dieser Ansatz hauptsächlich darauf, den nationalen Behörden, dh der Übergangsverwaltung und Übergangsregierung, bei der Umsetzung des Bonner Abkommens Unterstützung zu leisten,¹² wobei Letztere zumindest theoretisch politische Kontrolle und Verantwortung innehaben sollten. Ein solches Modell der Partnerschaft zwischen einer erst jüngst eingesetzten Übergangsverwaltung und den Vereinten Nationen zur Verwirklichung eines Staatsbildungsprozesses gemäß den Vorgaben eines nur kurz nach einer militärischen Intervention definierten "Fahrplanes" zeugt von einer Evolution in der Friedensbildung durch die Vereinten Nationen.¹³

Die Bausteine des Demokratisierungsprozesses sind deutlich im Bonner Abkommen dargestellt. Es sieht die Errichtung einer

.....

9 Bonn Agreement (FN 6), Preamble para 9.

10 Report of the Secretary-General (FN 3) 16; siehe auch FN 5.

11 Brahimi Report (FN 1) 3 ff.

12 Es muss jedoch darauf hingewiesen werden, dass die Teilnehmer in den Bonner Gesprächen im Annex III des Abkommens die Vereinten Nationen beauftragten, die Wählerregistrierung sowie eine Volkszählung unmittelbar durchzuführen, siehe Bonner Abkommen (FN 6) Annex III paras 3 und 4.

13 *Maruhn*, Konfliktfolgenbewältigung in Afghanistan zwischen Utopie und Pragmatismus – Die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen der Übergangsverwaltung, 40 AVR (2002) 480 (507 ff); *Chesterman*, Transitional Administration (FN 1) 341 f.

Übergangsverwaltung vor, die aus der interimistischen Verwaltung, einer unabhängigen Sonderkommission für die Abhaltung einer "Emergency Loya Jirga",¹⁴ einem Obersten Gerichtshof Afghanistans, sowie aller Gerichte, die von der Übergangsverwaltung zu errichten wären, bestehen sollte.¹⁵ Die Emergency Loya Jirga sollte dann, gemäß der Bestimmungen des Bonner Abkommens, über die Errichtung einer Übergangsregierung entscheiden, einschließlich einer weitgefächerten (broad-based) interimistischen Verwaltung, die Afghanistan bis zur Einsetzung einer repräsentativen, durch freie und gerechte Wahlen eingerichteten Regierung, führen sollte.¹⁶ Um nun das notwendige rechtliche Gerüst für den zukünftigen Staat Afghanistan im Allgemeinen und für die Abhaltung von Präsidentschafts- sowie Parlamentswahlen im Speziellen zu legen, sieht das Bonner Abkommen ein Verfahren vor, nach dem eine neue Verfassung für Afghanistan ausgearbeitet und angenommen werden sollte. Dabei stellt es wiederum auf die Institution der *Loya Jirga* ab, um das Staatswiederverfahren auf die Eigentümlichkeiten Afghanistans zu stützen und damit dem Demokratisierungsprozess durch ein hohes Maß an Partizipation größere (Volks-)Legitimität zuzuführen: Mit der Unterstützung der Vereinten Nationen galt es, eine Verfassungskommission zu errichten, die die Abhaltung der Verfassungs-Loya Jirga innerhalb von achtzehn Monaten nach der Einsetzung der Übergangsverwaltung vorzubereiten hatte, um die neue Verfassung für Afghanistan anzunehmen.¹⁷

III. Der Verfassungsprozess in Afghanistan

Unter der Schirmherrschaft der Übergangsregierung, die im Juni 2002 durch die Emergency Loya Jirga eingesetzt worden

.....

14 Eine Loya Jirga stellt den traditionellen Konsultationsmechanismus in der afghanischen Gesellschaft dar. Loya Jirgas bestehen grundsätzlich aus führenden und anerkannten Persönlichkeiten der Gesellschaft, die hohes politisches Ansehen genießen. Es ist ihr seit jeher eine bedeutsame Rolle in der politischen Entwicklung Afghanistan zugekommen, sei es in der Annahme von (früheren) Verfassungen, sei es in der Regelung von wichtigen Staatsangelegenheiten. Vgl. *Rubin*, *Crafting A Constitution* (FN 7) 7 ff; *Wardak*, *Building A Post-War Justice System In Afghanistan*, 1 *Crime, Law & Social Change* (2004) 1 (8 ff).

15 Bonn Agreement (FN 6) Abschnitt I, Art 1, para 2.

16 Bonn Agreement (FN 6) Abschnitt I, Art 1, para 4.

17 Bonn Agreement (FN 6) Abschnitt I, Art 6.

war, und unter der Führung von *Hamid Karzai* als dem Präsidenten des "Transitional Islamic State of Afghanistan",¹⁸ begannen die Vorbereitungen zur Ausarbeitung einer neuen Verfassung, und zwar gemäß dem Bonner Abkommen mit der Errichtung, dh Ernennung, der Constitutional Drafting Commission im Oktober 2002.¹⁹ Die neun Mitglieder der Drafting Commission, unterstützt durch ein Sekretariat und die Vereinten Nationen, sollten an sich keinen umfassenden Verfassungsentwurf ausarbeiten, sondern lediglich dem Präsidenten der Übergangsregierung Empfehlungen übermitteln. Sie hat einen ersten Text auf der Grundlage der Verfassung aus 1964 entworfen,²⁰ welcher das Bonner Abkommen als Übergangsverfassung mit Ausnahme jener Bestimmungen, die mit dem Abkommen selbst nicht vereinbart werden konnten und sich auf die Monarchie bezogen, vorsah.²¹ Die inhaltlichen und formalen Empfehlungen wurden dem Präsidenten im März 2003 vorgelegt, womit der Weg für die Errichtung der Constitutional Review Commission im April 2003 frei wurde. Die 35 Mitglieder der Review Commission wurden nach regionalen und ethnischen Gesichtspunkten, unter Berücksichtigung der politischen, verfassungsrechtlichen, ökonomischen, sozialen und religiösen Voraussetzungen, ausgewählt, um der Kommission größtmögliche (Volks-)Legitimität zuteil werden zu lassen. Um nun einen öffentlichen Verfassungsdialog innerhalb der verschiedenen Bevölkerungsgruppierungen zu ermöglichen, wurde ein Konsultationsverfahren im Mai 2003 gestartet.²² Insgesamt wurden mehr als 460.000 Fragebögen vom Sekretariat der Kommission verteilt, wobei davon 80.000 ausgefüllte Bögen zuzüglich unzähliger Eingaben als auch Empfehlungen von Bürgern Afghanistans gesammelt wurden.²³ Zusätzlich nahmen die Mitglieder der Kommission an mehr als 500 Konsultationsversammlungen in allen 32 Provinzen sowie Flüchtlingslagern in Iran und Pakistan teil. Die

.....
18 Zu der Emergency Loya Jirga siehe *Rubin*, *Crafting a Constitution* (FN 7) 5, 9 ff.

19 Die Constitutional Drafting Commission wurde durch König *Zahir Shah* in seiner Eigenschaft als "Vater der Nation" einberufen.

20 *Rubin*, *Crafting a Constitution* (FN 7) 5, 10.

21 Bonn Agreement (FN 6) Abschnitt II, Art 1.

22 *Roashan*, *Afghan Constitution Building Exercise – Taking the Case to the People* (2003). Dieses Dokument ist unter <http://www.cic.nyu.edu/pdf/TakingtheCasetothePeople.pdf> erhältlich.

23 *UNDP*, *Support to the Constitution-making Process in Afghanistan* (2002 – 2004), Final Report (2005) 15.

ausgefüllten Fragebögen, gemeinsam mit den in den Versammlungen dokumentierten Ansichten, wurden von dem Sekretariat qualitativ (und nicht quantitativ) ausgewertet und schriftlich zusammengefasst, auf dessen Grundlage die Mitglieder der Kommission den Verfassungsentwurf ausarbeiten konnten. Der Präsident veröffentlichte den Entwurf schließlich am 3. November 2003.

Im Vorfeld der Verfassungs-Loya Jirga, gemäß des Verfahrens vorgesehen im Dekret des Präsidenten *Hamid Karzai*,²⁴ wurden in den 32 Provinzen Afghanistans jene Volksvertreter registriert, die bereits die Delegierten für die Emergency Loya Jirga gewählt und die unter sich nun 344 der insgesamt 502 Delegierten für den Verfassungskonvent im Dezember 2003 zu wählen hatten. Die Wahlen für die 106 vorgesehenen Vertreter der sog "Special Category Groups", ie Flüchtlinge in Pakistan und Iran, sog "internal displaced persons", Kuchis (Nomaden), Hindus und Sikhs, fand bereits im Zuge des Novembers statt. Zur Vorbereitung auf den Verfassungskonvent organisierte das Sekretariat der Kommission zusammen mit den Vereinten Nationen (UNAMA und UNDP) allgemeine Orientierungsveranstaltungen, um die gestaffelt in Kabul anreisenden Delegierten mit den vorgesehenen Verfahren sowie dem Inhalt des Verfassungsentwurfs vertraut zu machen. Dabei wurde unter der Führung des Ministeriums für Frauenangelegenheiten besonderes Augenmerk auf die weiblichen Vertreter gelegt, um deren Rolle in dem Verfassungskonvent zu stärken.

Der Verfassungskonvent wurde schließlich, entsprechend der Vorgaben des Bonner Abkommens und innerhalb des dafür vorgesehenen Zeitrahmens, am 14. Dezember 2003 vom Präsidenten zusammen mit dem "Vater der Nation", König *Zahir Shah*, eröffnet. Nach zähen Verhandlungen und langwierigen Stillständen wurde die neue Verfassung Afghanistans am 3. Januar 2004 einstimmig angenommen und 23 Tage später vom Präsidenten proklamiert.

IV. Die Verfassung aus 2004 in Ethnisch-Religiösen Spannungsfeldern

Wie jede Verfassung kann man das afghanische Grundgesetz vom 3 Januar 2004 nicht ohne Berücksichtigung der sozio-po-

.....

²⁴ Dekret des Präsidenten des Islamischen Übergangsstaaes von Afghanistan über die Abhaltung der Verfassungs- Loya Jirga, vom 15. Juli 2003.

litischen Geschichte bzw. des Hintergrunds Afghanistans verstehen.²⁵ Hierbei ist wohl am bedeutsamsten, dass sich die Bevölkerung Afghanistans aus verschiedenen ethnischen Gruppierungen zusammensetzt, die den geo-politischen (geschichtlichen) Einfluss der Anrainerstaaten – Iran, Pakistan, China und die ehemaligen Sowjetrepubliken Tadschikistan und Usbekistan – widerspiegeln. Die afghanische Gesellschaft ist dementsprechend multi-ethnisch, wobei die sog. Paschtunen die Mehrheit neben den Tadschiken, Usbeken, Hazaras, Turkmenen, Baluchen, und Nuristanis – um lediglich die bedeutsamsten unter den heute in Afghanistan bestehenden Gruppierungen zu nennen – für sich in Anspruch nehmen.²⁶ Während das Ausmaß, in dem die ethnische Fragmentierung und Herrschaft in Afghanistans Bestreben, Frieden und Stabilität zu erlangen, eine Rolle spielt, umstritten ist,²⁷ wurde der Diskurs zur Neu-Konstituierung des Staates jedenfalls von ethnischen Gesichtspunkten geprägt. Darüber hinaus gab es auch noch schwerwiegende Auffassungsunterschiede hinsichtlich der Frage nach der Rolle des Islam im zukünftigen Staat. Obgleich der Islam als Staatsreligion unbestritten blieb, bestanden Meinungsverschiedenheiten zwischen jenen, die sich für eine Säkularisierung der Staatsangelegenheiten aussprachen, und jenen, die am Primat des Islams vor dem gesetzten Recht festhielten, wobei dem traditionell konservativen Obersten Gerichtshof die Rolle des Verfassungshüters zukommen sollte. Die teilweise ethnisch-geprägten Spannungen, die folglich innerhalb des Verfassungskonvents aufkamen, eskalierten im Zusammenhang mit der Behandlung der folgenden Schlüsselthemen: Parlamentarismus vs. Präsidialsystem, offiziell anerkannte Sprachen, Säkularisierung vs. Traditionalismus (Rolle des Islams) sowie Zentralismus vs. Dezentralisierung. Es ist nur schwer ermittelbar, inwiefern sich der dabei der Einfluss der internationalen Gemeinschaft tatsächlich ausgewirkt hat, aber es besteht Grund zur Annahme, dass das breite internationale Engagement, zusammen mit der

.....
25 Hinsichtlich der Geschichte und Zusammensetzung der afghanischen Gesellschaft, siehe e.g. *Magnus/Naby*, Afghanistan – Mullah, Marx and Mujahid (2002); *Johnson et al*, Afghanistan's Political and Constitutional Development (2003) 4 ff; *Malikyar/Rubin*, Center-periphery Relations in the Afghan State: Current Practices, Future Prospects (CIC-NYU 2002) 4 ff, abrufbar unter <http://www.cic.nyu.edu/pdf/CPReport0107031.pdf>.

26 *Magnus/Naby*, Afghanistan (FN 25) 11 ff.

27 UNDP, Afghanistan National Human Development Report 2004: Security with a Human Face – Challenges and Responsibilities (2005) 100 ff.

landesweiten und internationalen medialen Aufmerksamkeit bzw Auseinandersetzung, vor allem während des Verfassungskonvents selbst, den Ausgang in der Form von verschiedenen Kompromissformeln, die sich im angenommenen Text der Verfassung finden lassen, erheblich beeinflusst, wenn nicht sogar bestimmt hat. Dabei spielten vor allem nicht nur die Vereinten Nationen, die mit der afghanischen Übergangsverwaltung im Hinblick auf die Gestaltung des Verfassungsgebungsvorganges eng zusammenarbeiteten und diesen unmittelbar beobachteten, eine tragende Rolle, sondern auch bilaterale Initiativen der Vereinigten Staaten und der Europäischen Union (vertreten durch einen Sonderbotschafter). Zusätzlich wurden international anerkannte (Verfassungs-)Experten hinzugezogen und auf nationale sowie internationale NGOs bzw "Think-Tanks" zurückgegriffen, die der Verfassungskommission als auch den Abgeordneten beim Verfassungskonvent selbst Unterstützung leisteten. Abgesehen von der politischen Involvierung und Kontrollfunktion durch die internationalen Medien wurde versucht, unter Zuhilfenahme der internationalen Verfassungsvergleichung (mit besonderem Augenmerk auf die Verfassungen des islamischen Raumes), sowohl der Verfassungskommission als auch dem Verfassungskonvent inhaltliche Modelle zur Lösung der fundamentalen politischen und verfassungsrechtlichen Fragen anzubieten.²⁸

V. Die Afghanische Verfassung und das Völkerrecht – Eine ambivalente Relation

Im Gegensatz zu den internationalen Bemühungen, sicher zu stellen, dass demokratische Strukturen hinreichend in der neuen afghanischen Verfassung vorgesehen und im Einklang mit den politischen sowie religiösen Eigentümlichkeiten einer traditionell eher konservativen Islamischen Nation gebracht würden, haben rechtstechnische Erwägungen zur Verfassung nur sekundär Beachtung gefunden. Tatsächlich finden sich im Text der neuen Verfassung eine Vielzahl an ungelösten verfassungsrechtlichen Fragen und dementsprechend weite Auslegungsspielräume, die wohl auf den Kompromiss-Charakter vieler grundlegender Bestimmun-

.....
²⁸ Vgl *CIC (NYU)*, Afghanistan: Towards a New Constitution (2003) 2; *Johnson*, Constitutional Development (FN 25); *ActionAid*, What Poor Afghans Think – The New Afghanistan Constitution: A Need for Consultation and Participation (2003).

gen zurückzuführen sind. Bereits der Verfassungsentwurf, der hauptsächlich auf dem Text der Verfassung aus 1964 fußte, litt aufgrund der den Verfassungsdiskurs überschattenden politischen Grundsatzfragen an unzureichenden rechtlichen Erwägungen. Das Hauptaugenmerk galt außerdem primär der Erfüllung der in dem Bonner Abkommen vorgesehenen zeitlichen Vorgaben und weniger der Ausarbeitung eines rechtlich in sich selbst völlig schlüssigen Grundgesetzes. Schon die Zusammensetzung der Verfassungskommissionen war nicht von verfassungsrechtlichen Erfordernissen geprägt, sondern von der Notwendigkeit, ein ausgeglichenes Forum für die Ausarbeitung der rechtlichen Grundstruktur des zukünftigen afghanischen Staates zu schaffen. Möglicherweise als eine Folgewirkung des sog "light foot"-Ansatzes und aufgrund des darauf beruhenden Schwerpunktes auf nationale Eigenverantwortlichkeit wurde die von der internationalen Gemeinschaft in verschiedenen Formen angebotene technische Expertise lediglich als unterstützende Beratung verstanden. Auch war jene technische Expertise der internationalen Gemeinschaft nicht auf Detailfragen hinsichtlich der Formulierung einer Verfassung gerichtet, sondern konzentrierte sich vorwiegend auf die Ausarbeitung von konzeptionellen Modellen, ie groben Bausteinen, unter Zuhilfenahme der Verfassungsvergleichung. Hinzu kam noch, dass den Vereinten Nationen kaum verfassungsrechtliche Expertise in Kabul zur Verfügung stand und man dementsprechend vorwiegend auf internationale Konsulenten sowie in Auftrag gegebene (verfassungsvergleichende) Studien vertraute. Die wenigen Versuche, verfassungstechnische Bedenken aufzuzeigen, fanden entweder geringe Beachtung oder stießen auf geringes Verständnis. Es ist bezeichnend, dass obwohl das Dekret des Präsidenten zur Abhaltung der Verfassungs-Loya Jirga eine Bestimmung vorsah, nach der die Delegierten zur Loya Jirga hinreichende Kenntnis verfassungsrechtlicher Grundsätze aufweisen sollten,²⁹ die meisten Delegierten, einschließlich der mit viel Gestaltungsspielraum versehenen Vorsitzenden der 10 Arbeitsgruppen, nicht unbedingt – um es vorsichtig zu formulieren – für ihr verfassungsrechtliches Know-How bekannt sind. Wohl auf Grund jener Komplexität, die mit Staatsbildungsvorgängen in Nachkriegssituationen verbunden ist (vor allem dem Mangel an zureichendem technischem Wissen vor Ort), führten all diese Faktoren zu einer Unterbewertung verfassungstechnischer Gesichts-

.....
29 Artikel 3, lit. b, Loya Jirga Dekret (FN 24).

punkte. Damit verbunden ist die Gefahr, dass verfassungstechnische Unzulänglichkeiten letztendlich die Umsetzung der Verfassung als rechtliche Grundordnung eines Staates massiv beeinträchtigen können.

Eine jener technischen Unzulänglichkeiten der Verfassung aus 2004, die das Potential für ein beachtliches Maß an durch den Obersten Gerichtshof zu bereinigender Rechtsunsicherheit in sich tragen, betrifft das Verhältnis zwischen dem afghanischen Rechtssystem und dem Völkerrecht. Auf den ersten Blick ein hauptsächlich akademischer Themenbereich, beinhaltet der Mangel an verfassungsrechtlicher Klarheit das Potential, sich negativ auf Afghanistans Bindungserklärung an völkerrechtliche Verpflichtungen, sei es auf Völkervertrags- oder Gewohnheitsrecht beruhend, auszuwirken. Vor allem könnte es zu einer Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes als auch der Gerichte führen, die Afghanistans (internationalen) Menschenrechtsverpflichtungen zuwiderlaufen. Wie in gebotener Ausführlichkeit zu behandeln sein wird, verschärft sich das rechtstheoretische Problem in Anbetracht der doppelten Funktion des Obersten Gerichtshofes als Verfassungsgericht und gleichzeitig letzter Instanz in streitigen Verfahren. Bevor jedoch näher auf die in der Verfassung vorgesehene Konzeption hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem afghanischen Landesrecht und dem Völkerrecht, vor allem der Frage, inwieweit das Völkerrecht Teil des afghanischen Rechts ist, eingegangen werden kann, scheint ein cursorischer Überblick über die diesbezüglichen Grundsätze des Völkerrechts und der entsprechenden Praxis angemessen.

1. Ein Blick in Richtung Theorie: Völkerrecht und Landesrecht

Die dogmatische Auseinandersetzung mit der Frage des Verhältnisses zwischen dem Völkerrecht und Landesrecht ist annähernd so alt wie das Völkerrecht selbst.³⁰ Doch mangels konsistenter und verallgemeinerbarer Staatenpraxis hat die Völkerrechtstheorie erhebliche Schwierigkeiten, ein in sich geschlossenes Verständnis hinsichtlich des rechtlichen Wertes völkerrechtlicher Normen innerhalb des nationalen Rechts zu entwickeln. Im

.....
³⁰ Für einen Überblick der zu dieser Frage verfügbaren Literatur siehe *Henckaerts, Self-Executing Treaties and the Impact of International Law on National Legal Systems: A Research Guide*, 26 *International Journal of Legal Information* (1998) 56.

Gegenteil, zwei sich entgegengesetzende Rechtspositionen sind seit nun ca 100 Jahren bemüht, die Staatenpraxis ausschließlich zur Stützung ihrer theoretischen Annahmen heranzuziehen. Im Völkerrechtsjargon werden die beiden Ansätze mit der Unterscheidung Dualismus und Monismus umschrieben.³¹ Die Lehre des Monismus basiert auf dem Einheitsgedanken des Rechts und versteht dementsprechend das Völkerrecht sowie das Landesrecht als Teil ein und derselben Rechtsordnung (entweder mit dem Primat des Ersteren oder Letzteren).³² Die Lehre des Dualismus geht demgegenüber von der Verschiedenheit des Völkerrechts von dem Landesrecht und dementsprechend davon aus, dass beide Normenordnungen in ihrem Wesen nach voneinander getrennt zu betrachten und zu behandeln sind.³³ Abhängig von der Wahl des theoretischen Ansatzes, findet das Völkerrecht entweder durch den Inkorporationsmechanismus der *Transformation* (Dualismus) oder der *Adoption* (Monismus) Eingang in die nationale Rechtsordnung.³⁴ Während im Falle der Adoption der völkerrechtliche

.....
 31 *Starke*, Monism and Dualism in the Theory of International Law, 17 BYIL (1936) 66 ff; *Wright*, International Law in Its Relation to Constitutional Law, 17 AJIL (1923) 234 ff; *Lauterpacht* (Hrsg), International Law⁸, Vol I (1955) 35 ff; *Seidl-Hohenveldern*, Transformation or Adoption of International Law into Municipal Law 12 ICLQ (1963) 88; *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), Österreichisches Handbuch des Völkerrechts⁴, Vol I, (2004) 114; *Heiskanen*, The Relation of International and Municipal Law, 1 FYIL (1990) 154; *Ludwikowski*, Supreme Law or Basic Law? The Decline of the Concept of Constitutional Supremacy, 9 CardozoJICL (2001) 253 (254 ff).

32 *Kelsen* (*Tucker* Hrsg), Principles of International Law² (1966) 553; *Kelsen*, Die Einheit von Völkerrecht und staatlichem Recht, 19 ZaöRV (1958) 234.

33 *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht (1899) 111 f; *Anzilotti*, Court de droit international, Vol 1 (1929) 51 f.

34 Es muss darauf hingewiesen werden, dass doktrinäre Auffassungsunterschiede hinsichtlich der Terminologie in Bezug auf die Inkorporationsmechanismen bestehen. Der Ausdruck "Inkorporation" wird gelegentlich von Vertretern der monistischen Schule – vor allem aus dem anglo-amerikanischen Raum – benutzt, um den Gedanken der Rechtseinheit zwischen dem Völkerrecht und dem Landesrecht gerecht zu werden. Vgl *Brownlie*, Principles of Public International Law⁵ (2003) 41; *Mitchell*, Genocide, Human Rights Implementation and the Relationship between International and Domestic Law: *Nulyarimma v Thomson*, 24 MelbULRev (2000) 15 (19). Die in diesem Beitrag verwendete Terminologie entspricht der Wiener Schule, die den Ausdruck Inkorporation als Überbegriff für die verschiedenen Mechanismen versteht, durch welche das Völkerrecht Teil der nationalen Rechtsordnung wird (oder ist). Demzufolge kann das Völkerrecht entweder durch Transformation (dualistischer Ansatz) oder Adoption (mo-

Normencharakter bestehen bleibt, wird dem Völkerrecht im Falle der Transformation erst durch nationale Normierung indirekt Geltung verschafft.³⁵ In jüngerer Zeit ist die Lehre aufgrund der offensichtlichen Unfähigkeit beider Schulen, die Staatenpraxis und die verschiedenen Ansätze staatlicher Gerichte abschließend zu beschreiben, um eine Loslösung der Diskussion aus den dogmatischen Schranken der beiden Schulen bemüht.³⁶ Das Augenmerk hat sich daher von dem Unterfangen, doktrinaire "Wahrheiten" aus abstrakten rechtstheoretischen Überlegungen basierend auf groben Vereinfachungen zu etablieren, auf eine Analyse der tatsächlichen Praxis unter Heranziehung pragmatischer Gesichtspunkte gerichtet.³⁷

Während die Unterscheidung zwischen Monismus und Dualismus hauptsächlich akademischen Wert hat sowie in Anbetracht der aufkommenden pragmatischen Betrachtung der Völkerrechtsquellen nun wohl überaltet erscheinen muss, so verdeutlicht sie doch die Notwendigkeit einer bewussten Auseinandersetzung mit der Frage, inwieweit das Völkerrecht Teil des innerstaatlichen Rechtssystems sein soll. Eine solche Festlegung muss nicht notwendigerweise durch die Verfassung eines Staates vorgenommen, sondern kann auch systematisch durch Gesetzgebung sowie Rechtsprechung entwickelt werden. Den staatlichen Gerichten die Auflösung dieser Frage zu überlassen, gibt der Rechtsprechung jedoch eine bedeutsame Rolle, wobei diese nicht unbedingt in der Lage sein muss, beide Dimensionen – nämlich die innerstaatliche sowie völkerrechtliche – ausreichend zu berücksichtigen.³⁸ Als allgemeine Regel steht es Staaten frei, in welcher Form sie die Mechanismen zur Erfüllung ihrer Völkerrechtsverbindlichkeiten im innerstaatlichen Regime vorsehen wollen, ohne an die Wahl eines spezifischen Mechanismus unmittelbar gebunden zu sein.³⁹ Staaten sind jedoch völkerrechtlich ver-

.....
nistischer Ansatz) inkorporiert werden. Vgl *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Handbuch (FN 31) 114 f.

35 Vgl *Neuhold/Hummer/Schreuer*, Handbuch (FN 31) 114 f.

36 *Brownlie*, Principles (FN 34) 33; *Panhuys*, Relations and Interactions between International and National Scenes of Law, 112 RdC (1964-II) 5; *Rousseau*, Droit International Public, Vol I (1970) 37 f.

37 Für eine paradoxerweise theoretische Abhandlung des pragmatischen Ansatzes und dessen Kritik siehe *Heiskanen* (FN 31) 165 ff.

38 Vgl *Vereshchetin*, New Constitutions and the Old Problem of the Relationship between International Law and National Law, 7 EJIL (1996) 27 (35).

39 *Panhuys*, Scenes of Law (FN 36) 78.

pflichtet, ihre Völkerrechtsverbindlichkeiten gutgläubig zu erfüllen, und können sich nicht auf innerstaatliches Recht als Rechtfertigung der Nichterfüllung berufen.⁴⁰ Außerdem unterstehen Staaten einer allgemeinen Verpflichtung, ihr nationales Recht in Übereinstimmung mit völkerrechtlichen Verpflichtungen zu bringen.⁴¹ Die Unterlassung der Umsetzung dieser Verpflichtungen löst spezifische Sanktionsfolgen nach dem Regime der Staatenverantwortlichkeit aus.⁴²

Ein oberflächlicher Blick in mehr als 40 Verfassungen, die das Verhältnis zwischen dem Völkerrecht und dem Landesrecht zumindest nominell behandeln, ergibt,⁴³ dass sich mehr als ein Drittel dieser Verfassungen für einen Vorrang des Völkerrechts entscheiden, und zwar mit oder ohne einer spezifischen Regelung hinsichtlich seiner unmittelbaren Anwendbarkeit.⁴⁴ Die Mehrheit

40 Art 27, Wiener Vertragsrechtskonvention, 1151 UNTS 331 und 8 ILM 679 (1969); Art 3, Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, adopted by the International Law Commission (ILC) in its 53rd Session, annexed to UNGA-Res. 56/83 (28 Jan 2002), 56 UN-GAOR, Supplement No 10 (A/56/10) [Staatenverantwortlichkeit] 59 (2001). Für einen Überblick der Rechtsprechung internationaler Gerichte und Tribunale zu diesen Grundsätzen siehe Commentaries on the Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, Report of the International Law Commission on the Work of its Fifty-third Session, 56 UN-GAOR, Supplement No. 10 (A/56/10) [ILC Kommentar], 74 ff (2001). Vgl *Brownlie*, Principles (FN 36) 34.

41 PCIJ, Exchange of Greek and Turkish Populations, Advisory Opinion 1925 PCIJ-Rep 20 (Ser B, No 10), and 1930 PCIJ-Rep 17 (Ser B, No 17); *Fitmaurice*, The General Principles of International Law 92 RdC (1957-II) 89; *Brownlie*, Principles (FN 36) 35.

42 Art 1, Staatenverantwortlichkeit (FN 40); ILC Kommentar, supra fn 40, 63 f.

43 Sammlungen von nationalen Verfassungen sind im Internet abrufbar, unter <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl>; <http://www.washlaw.edu/forint/alpha/c/constitutionallaw.htm>; <http://www.chanrobles.com/worldconstitutions.htm>; <http://www.constitution.org/cons/natlcons.htm>; <http://confinder.richmond.edu>.

44 Art 132, Verfassung von Algerien (1996); Art 31, Verfassung von Argentinien (1998); Art 6, Verfassung von Armenien (1999); Art 8, Verfassung von Belarus (1994); Art 176, Verfassung von Kongo (1992); Art 169, Verfassung von Zypern (1960); Art 123, Verfassung von Estland (1992); Art 28, Verfassung von Griechenland (1975); Art 3, Verfassung von Hawaii (1995); Art 9, Verfassung von Äthiopien (1994); Art 55, Verfassung von Frankreich (1992); Art 80, Verfassung von Mauritius (1991); Art 15, Verfassung von Russland (1993); Art 32, Verfassung von Tunesien (1959); Art VI, Verfassung von Vereinigten Staaten von Amerika (1789). Vgl eben-

der Verfassungen beinhaltet eine allgemeine Inkorporationsklausel (Adoption), nach der das Völkerrecht – wobei entweder nur die allgemeinen Rechtsgrundsätze sowie das Völkergewohnheitsrecht oder nur das Völkervertragsrecht oder auch beides gemeint sein können – einen Teil des Landesrechts darstellt.⁴⁵ Nur eine Hand voll Verfassungen sehen allgemeine Erklärungen vor, in denen zum Ausdruck gebracht wird, dass der Staat sich an seine völkerrechtlichen Verpflichtungen gebunden erachtet, ohne näher auf das Verhältnis zwischen dem Völkerrecht und dem Landesrecht einzugehen.⁴⁶ Es zeigt sich also, dass die Verfassungen einer Vielzahl von modernen Staaten Bestimmungen zur Inkorporation des Völkerrechts in das Landesrecht vorsehen. Vor allem die Verfassungspraxis der jüngsten Zeit ist von einer solchen "Internationalisierung" gekennzeichnet,⁴⁷ wie sich anhand jener Verfassungen zeigen lässt, die im Anschluss an das Ende des Kalten Krieges ausgearbeitet worden sind.⁴⁸ Diese Verfassungen deuten auf eine Tendenz zur rechtlichen Anerkennung des

.....
falls die Beispiele der Verfassungen von Armenien, Bulgarien, Kasachstan, Tadschikistan, Turkmenistan und Usbekistan besprochen in *Vereshchetin*, *New Constitutions* (FN 38) 29 ff.

45 Art 9 (in Verbindung mit Art 16, 50, 65 und 66), Verfassung von Österreich (1920, idGF), Art 148, Verfassung von Aserbaidschan (1995); Art 37, Verfassung von Bahrain (1973); Para 3, Verfassung von Bosnien und Herzegowina (1995); Art 5, Verfassung von Bulgarien (1991); Art 5, Verfassung von Kroatien (1998); Art 10 und 52, Verfassung von der Tschechischen Republik (1992); Art 3, Verfassung von Estonien (1992); Art 25, Verfassung von der Bundesrepublik Deutschland (1949/2000); Art 28, Verfassung von Griechenland (1975); Art 70, Verfassung von Kuwait (1962); Art 7 und 138, Verfassung von Litauen (1992); Art 118, Verfassung von Mazedonien (1991); Art 10, Verfassung von der Mongolei (1992); Art 144, Verfassung von Namibia (1990); Art 93, Verfassung von den Niederlanden (1983); Art 80, Verfassung von Oman (1996); Art 141, Verfassung von Paraguay (1992); Art 8, 87 und 91, Verfassung von Polen (1997); Art 8, Verfassung von Portugal (1976); Art 11, Verfassung von Rumänien (1991); Art 15, Verfassung von Russland (1993); Art 8, Verfassung von Slowenien (1991); Art 231, 232 und 233, Verfassung von Süd Afrika (1996); Art 6, Verfassung von Süd Korea (1948); Art 96, Verfassung von Spanien (1978); Art 16, Verfassung von Jugoslawien (Serbien und Montenegro, 1992). Siehe auch die Beispiele der Verfassungen von Kirgistan und Ungarn besprochen in *Vereshchetin*, *New Constitutions* (FN 38) 29 ff.

46 Art 5, Verfassung von Albanien (1998); Art 15, Verfassung von Angola (1992); Art 10, Verfassung von Italien (1947); Art 10, Verfassung von der Mongolei (1992).

47 *Vereshchetin*, *New Constitutions* (FN 38) 31.

48 Vgl *Ludwikowski*, *Supreme Law or Basic Law* (FN 31) 287 ff.

völkerrechtlichen Primats über das Landesrecht hin.⁴⁹ Die Vorzüge einer solchen Praxis sind offensichtlich. Erstens bringt sie positiv-rechtliche Klarheit über das Verhältnis zwischen dem Völkerrecht und dem Landesrecht und trägt somit zur Einheitlichkeit des staatlichen Rechtssystems bei. Darüber hinaus bietet sie einen klaren Mechanismus, durch welchen der Staat seine völkerrechtlichen Verbindlichkeiten umsetzen und damit jene Rechtsunsicherheit vermeiden kann, die zur Missachtung völkerrechtlicher Verpflichtungen führen kann. Außerdem stellt sie nationalen Gerichten Richtlinien hinsichtlich der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen zur Verfügung und kann somit eine widersprüchliche Rechtsprechung vermeiden. Diese Nutzen verursachen geringe "Kosten" in Anbetracht der Tatsache, dass die ausdrückliche (gesetzte) Vorherbestimmung des Verhältnisses zwischen dem Völkerrecht und dem Landesrecht durch die Verfassung nicht die Begründung zusätzlicher völkerrechtlicher Verpflichtungen mit sich bringt, sondern lediglich die innerstaatlichen Auswirkungen bereits bestehender Verpflichtungen innerhalb des nationalen Rechtssystems definiert. Der Staat bleibt schließlich an das Völkerrecht und seine Verpflichtungen gebunden, unabhängig davon, ob die Verfassung eine entsprechende Bestimmung enthält oder nicht.

2. Die Verfassung von Afghanistan und das Völkerrecht

Die Verfassung von Afghanistan 2004 enthält mehrere Verweise auf das Völkerrecht im Allgemeinen und internationale Menschenrechtsverpflichtungen im Speziellen. Diese Verweise, vor allem jene, die sich auf Afghanistans Bindung an die Menschenrechte beziehen, müssen im Zusammenhang mit den Bemühungen zur Errichtung eines demokratischen Staates als voll anerkanntes Mitglied der internationalen Gemeinschaft verstanden werden. Die Präambel der Verfassung aus 2004 spricht dementsprechend davon, dass die Verfassung unter anderem "in Übereinstimmung mit der Charta der Vereinten Nationen als auch der Allgemeinen Menschenrechtserklärung" angenommen wird, um "eine auf dem Volkswillen sowie der Demokratie basierende Staatsordnung" als auch eine Zivilgesellschaft zu schaffen, "die von jeglicher Unterdrückung, Grausamkeit, Diskriminierung und

.....
⁴⁹ *Vereshchetin*, *New Constitutions* (FN 38) 29 ff; *Ludwikowski*, *Supreme Law or Basic Law* (FN 31) 287 ff.

Gewalt frei" und auf dem Gedanken der "Rechtsstaatlichkeit, sozialer Gerechtigkeit, dem Schutz der Integrität und der Menschenrechte sowie der Verwirklichung der Grundfreiheiten und Grundrechte gegründet" ist.⁵⁰ Die Verfassung enthält in ihrem 2. Abschnitt einen viel versprechenden Menschenrechtskatalog. Inwieweit internationale Menschenrechtsstandards sowie das Völkerrecht im Allgemeinen in das nationale Rechtssystem inkorporiert werden, setzt einen Blick über die in der Verfassung niedergeschriebenen Versprechungen bzw eine systematische Interpretation ihrer 162 Artikel voraus.

Artikel 7 der Verfassung bildet den Ausgangspunkt einer diesbezüglichen systematischen Analyse, die in Verbindung mit Artikel 121 und Artikel 3 stattzufinden hat. Oberflächlich gesehen, versucht Artikel 7 das Verhältnis zwischen dem Völkerrecht, vor allem seiner menschenrechtlichen Aspekte, und der innerstaatlichen Rechtsordnung zu regeln, indem er Folgendes vorschreibt:

"Der Staat ist verpflichtet, die Charta der Vereinten Nationen, zwischenstaatliche Abkommen als auch multilaterale Abkommen, denen Afghanistan beigetreten ist, sowie die Allgemeine Menschenrechtserklärung zu beachten"⁵¹

Beachtenswerterweise war diese Bestimmung bereits im Verfassungsentwurf aus 2003 enthalten und wurde durch die Verfassungs-Loya Jirga unverändert angenommen.⁵² Abgesehen von den terminologischen Unzulänglichkeiten, welche teilweise auf der mangelhaften Übersetzbarkeit des Textes von Dari und Paschtu ins Deutsche (bzw ins Englische) herrühren,⁵³ hat der Inhalt des Artikel 7, Paragraph 1, in Hinblick auf eine Regelung der Auswirkungen des Völkerrechts auf das innerstaatliche Rechtssystem Afghanistans nur geringen normativen Wert. Ähnlich zu den Absichtserklärungen, die sich in den Verfassungen von Albanien,

50 Präambel, Paras 5, 7 and 9, Die Verfassung der Islamischen Republik von Afghanistan, angenommen am 3. Januar 2004, abrufbar unter <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl> (inoffizielle Übersetzung des Autors).

51 Art 7, para 1 2004 Verfassung (inoffizielle Übersetzung des Autors).

52 Während der erste Paragraph unverändert blieb, wurde die Bestimmung in Paragraph 2 durch das sog CLJ Reconciliation Committee um eine Verpflichtung des Staates erweitert, die "Produktion und Konsumierung von Rauschmitteln" zu verhindern. Ein Vorschlag, den "Terrorismus" – auf den im Absatz 2 ebenso Bezug genommen wird – zu definieren, scheiterte mangels zureichender Unterstützung.

53 So kann man zB auf die unglückliche Wortwahl zu den völkerrechtlichen Verträgen hinweisen ("international treaties to which Afghanistan has joined" gegenüber den "inter-state agreements").

Angola, Italien oder der Mongolei finden lassen,⁵⁴ bekräftigt sie lediglich (deklaratorisch) die Bindungswirkung jener völkerrechtlichen Verträge, welche Afghanistan abgeschlossen hat bzw welchen es beigetreten ist, wobei die Charta der Vereinten Nationen ausdrücklich erwähnt wird.⁵⁵ Die auf der Grundlage von völkerrechtlichen Verträgen erwachsenden Verpflichtungen bestehen jedoch unabhängig davon, ob die Verfassung einen diesbezüglichen Bindungswillen zum Ausdruck bringt oder nicht. Die Bindungswirkung beruht alleine auf der Unterzeichnung bzw der Ratifikation der völkerrechtlichen Instrumente. Überspitzt formuliert, hat Artikel 7 keinen anderen Nutzen, als dass er ein Lippenbekenntnis zur Einhaltung der völkerrechtlichen (Vertrags-)Verpflichtungen artikuliert.

Die Oberflächlichkeit dieses verfassungsrechtlich normierten Lippenbekenntnisses zum Völkerrecht wird bei einer Lesung des Artikels 7 in Verbindung mit den Artikel 121 und Artikel 3 deutlich. Artikel 121, der im Kern den Obersten Gerichtshof Afghanistans mit einer verfassungsrechtlichen Kontrollfunktion betraut, lautet:

"Auf Ersuchen der Regierung oder der Gerichte hat der Oberste Gerichtshof Gesetze, Gesetzeserlässe, *völkerrechtliche Verträge als auch internationale Pakte* auf ihre Verfassungsmäßigkeit und ihre rechtsgemäße Auslegung zu prüfen."⁵⁶

Ungeachtet der terminologischen Unschärfen enthüllt Artikel 121 den wahren verfassungsrechtlichen Ansatz zum Völkerrecht. Vor allem normiert er den Vorrang des innerstaatlichen Rechts, indem er die Verfassung über das Völkerrecht hebt und damit einem radikal monistischen Ansatz mit dem Primat des Landesrechts gleichkommt.⁵⁷ Der Oberste Gerichtshof ist nicht nur be-

54 Vgl supra FN 46.

55 Es ist beachtenswert, dass der Artikel 7 dem Artikel 16 der 1980er-Verfassung in diesem Punkt ähnelt: "The Democratic Republic of Afghanistan will respect and observe the United Nations charter and the generally accepted principles of international law and supports the United Nation's activities in strengthening peace and developing international cooperation." Der Text der Verfassung von Afghanistan 1980 findet sich in The Constitutions of Afghanistan (1923 – 1996).

56 Art 121, 2004 Verfassung (FN 50).

57 Dieser monistische Ansatz, der sich in der Verfassung aus 2004 finden lässt, entspricht durchaus der Annahme, dass das Islamische 'Völkerrecht' naturgemäß monistisch und nicht dualistisch veranlagt ist, womit der Anerkennung des Völkerrechts als Recht größeres (juristisches) Ge-

fugt, sondern *de jure* verpflichtet, über die Verfassungsmäßigkeit von völkerrechtlichen Verträgen, die sich nicht mit der Verfassungsrechtsordnung in Einklang bringen lassen, abzusprechen. Während ein Erkenntnis des Obersten Gerichtshofes in Fällen von Widersprüchen zwischen der Verfassung und auf völkerrechtlichen Verträgen beruhenden Verbindlichkeiten Letztere nicht aufzuheben vermag, birgt die Bestimmung das Potential, die Fähigkeit der Regierung und des Gesetzgebers, völkerrechtliche Verpflichtungen auf sich zu nehmen bzw diese umzusetzen, erheblich einzuschränken, soweit sich diese nach Ansicht des Obersten Gerichtshofes nicht mit der Verfassung in Einklang bringen lassen. Dabei besteht die Gefahr, dass der Oberste Gerichtshof den Bindungswillen an wichtige völkerrechtliche Verpflichtungen, wie zB an die Menschenrechte, schrittweise aushöhlt. Die verfassungsrechtliche Grundlage der Kontrollfunktion des Obersten Gerichtshofes steht schließlich über jeglicher einfachgesetzlicher Umsetzung völkerrechtlicher Verpflichtungen und macht damit die Vorgangsweise Afghanistans innerhalb der völkerrechtlichen Normenordnung von der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes abhängig. Diesbezüglich ist der Oberste Gerichtshof lediglich an die Voraussetzung gebunden, dass Anträge auf Prüfung der Verfassungsmäßigkeit entweder von Rechtsprechungsorganen oder der Regierung eingebracht werden müssen.

Wenn man sich nun die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in der Vergangenheit vor Augen hält, so ist es wahrscheinlich, dass er sich – zumindest in seiner gegenwärtigen Zusammensetzung – für berechtigt erachtet, die verfassungsmäßige Kontrollfunktion auch eigenständig (*motu proprio*) auszuüben. Während man als positive Anmerkung darauf hinweisen kann, dass der Wortlaut von Artikel 121 in Verbindung mit Artikel 7 eine Auslegung zugunsten der Inkorporation des Völkerrechts in das innerstaatliche Rechtssystem Afghanistans innerhalb der Grenzen der Verfassungsmäßigkeit ermöglicht, muss gerade diese Grenze der Verfassungsmäßigkeit vor dem Hintergrund möglicher Konflikte zwischen einer konservativen Auslegung des Islamischen Rechts (*Shari'a*) und den Grundsätzen der Menschenrechte näher untersucht werden. Mit anderen Worten: um ermitteln zu können, inwieweit Artikel 121 das Potential in sich trägt, völkerrechtliche (Menschenrechts-)Verpflichtungen hintanstellen

.....
wicht zukommt. Vgl *Hassan*, The Sources of Islamic Law, 76 ASIL Proceedings (1982) 65 (71).

zu lassen, ist es zunächst notwendig, die Verfassung hinsichtlich des Ausmaßes zu untersuchen, in dem Grundsätze des Islamischen Rechts (*Shari'a*) als Teil der (verfassungsrechtlichen) Normenordnung zu verstehen sind.

Der Islam stellt seit jeher einen wichtigen Bestandteil der Afghanischen Rechtsordnung dar, wobei die Frage, in welchem Ausmaß die Staatsreligion in der Verfassungsordnung berücksichtigt werden sollte, im Zentrum der Verfassungsdebatte stand. Die Kompromissformel von Artikel 3 versucht Bestrebungen nach einer engen Verbindung zwischen dem Afghanischen Rechtssystem und der Religion des Islam mit jenen nach einem progressiven rechtspositivistischen Ansatz zu vereinen:

"Kein Gesetz (Recht) darf den Grundsätzen und Bestimmungen der heiligen Religion des Islam in Afghanistan zuwiderlaufen."⁵⁸

Wenn man den Artikel 121 nun in Verbindung mit dieser Bestimmung liest, so ist der Oberste Gerichtshof ermächtigt, Gesetzgebung sowie völkerrechtliche Verpflichtungen als verfassungswidrig aufzuheben, dh innerhalb der innerstaatlichen Rechtsordnung für unanwendbar zu erklären, wenn diese den Grundsätzen und Bestimmungen des Islam zuwiderlaufen. Der Wortlaut, vor allem der Verweis auf "Grundsätze und Bestimmungen des Islam" anstelle von Islamischen Recht (*Shari'a*),⁵⁹ ist auffallend. Insbesondere gibt es dem Obersten Gerichtshof einen weiten Auslegungsspielraum.⁶⁰ Letztendlich, wann immer völkerrechtliche Normen im Widerspruch zu Grundsätzen des Islam gesehen werden, kann der Oberste Gerichtshof diese für verfassungswidrig

.....
58 Art 3, 2004 Verfassung (FN 50).

59 Einführend sei bemerkt, dass das Islamische Recht (*Shari'a*) die folgenden Rechtsquellen anerkennt: den Qur'an als die oberste, die Grundsätze für die Schaffung von Rechtsregeln vorgebende Rechtsquelle; die Überlieferungen des Propheten (*Sunnah* und *Hadith*); die islamische Rechtsprechung (*Figh*); die einstimmige Überzeugung der Rechtsgelehrten (*Ijma'*) und die Analogie (*Al-Qeyas*); darüber hinaus haben die verschiedenen Rechtsschulen (*Madahib*) zu der Rechtsbildung beigetragen; siehe dazu inter alia *Hassan, Sources* (FN 57) 65 ff; *Khadduri, Islam and the Modern Law of Nations*, 50 *AJIL* (1956) 358 (359); *Westbrook, Islamic International Law and Public International Law: Separate Expressions of World Order*, 33 *VJIL* (1993) 819 (823 ff).

60 Das Weglassen eines ausdrücklichen Verweises auf das Islamische Recht (*Shari'a*) kann entweder dahin gehend verstanden werden, dass nur die Grundsätze des Islams berücksichtigt werden sollen, oder dass das Islamische Recht als ein Teil der Bestimmungen des Islam mitumfasst sein soll.

erklären. Dieser Ansatz spiegelt das Verständnis muslimischer Rechtsgelehrter wider, dass es keine andere Rechtsquelle, sei es innerstaatlich oder völkerrechtlich, geben kann als den Willen Gottes.⁶¹ Das Verhältnis sowie die Vereinbarkeit des Islamischen Rechts (*Shari'a*) mit dem internationalen (menschenrechtlichen) Normensystem ist Gegenstand fortwährenden akademischen Diskurses.⁶² Im Gegensatz zu westlichen Vorurteilen, dass bestimmte Aspekte des Islamischen Rechts sich nur schwerlich mit internationalen Menschenrechtsstandards vereinbaren lassen, vertreten Islamische Rechtsgelehrte die Ansicht, dass "Menschenrechte dem Kern des Islams entsprechen"⁶³ und dass die internationalen Menschenrechtsstandards mit den Lehren des Islams übereinstimmen.⁶⁴ Letzterer Gedanke scheint auch von der Verfassung Afghanistans aus 2004 aufgegriffen zu werden, wenn man sich den ausführlichen Katalog von den in Abschnitt II der Verfassung vorgesehenen Grundrechten vor Augen hält. Gleichzeitig sieht die Verfassung vor, dass der Staat jene Bräuche der Bevölkerung zu beenden hat, die gegen die Prinzipien der heiligen Re-

61 *Salimi*, Introduction to Irano-Islamic Views on Human Rights, in: *Salimi* (Hrsg), *Islamic Views on Human Rights* (2001) I (Iv ff); *Khadduri*, *Islam and Law of Nations* (FN 59) 358 f.

62 Vgl *Badr*, *A Survey of Islamic International Law*, 76 ASIL Proceedings (1982) 55 (56 ff); *Hassan*, *The Sources of Islamic Law*, *ibid.* 65 ff; *Khadduri*, *Islam and Law of Nations* (FN 59) 358; *Mahmassani*, *The Principles of International Law in the Light of Islamic Doctrine*, 117 HR (1996) 205; *Malekian*, *The Concept of Islamic International Law: A Comparative Study* (1994); *Isam Kamel Salem*, *Islam und Völkerrecht. Das Völkerrecht in der islamischen Weltanschauung* (1984); *Weeramantry*, *Islamic Jurisprudence: An International Perspective* (1988); *Westbrook*, *Islamic International Law and Public International Law: Separate Expressions of World Order*, 33 VJIL (1993) 819.

63 Vgl *Lutfiyan*, *Human Rights in Practice: The Violation of the Muslims' Rights Throughout the World and the Position of the United Nations in towards this Issue*, in: *Salimi* (Hrsg), *Islamic Views* (FN 61) 345, 350; *Salimi*, *Introduction to Irano-Islamic Views on Human Rights*, in: *Salimi* (Hrsg), *Islamic Views* (FN 61) I, IV ff; *Nawabi*, *Women's Rights in the New Constitution of Afghanistan*, abrufbar unter http://www.cic.nyu.edu/pdf/E22_Womens%20RightsFullVersionNawabi.pdf.

64 Vgl Preamble Abs 4, Kairo Erklärung der Menschenrechte im Islam, unterzeichnet von der Organisation der Islamischen Konferenz am 5 August 1990, abgedruckt in *Center for the Study of Human Rights / Columbia University, Twenty-Five Human Rights Documents* 190 (1990); *Kirmani*, *Survey of the Similarities and Differences of Human Rights in Islam and the West*, in: *Salimi* (Hrsg), *Islamic Views* (FN 61) 97 ff.

ligion des Islams verstoßen.⁶⁵ Damit werden jene landesweit geübten Praktiken außerhalb der staatlichen (positiven) Rechtsordnung, die sich zwar auf den Islam berufen, aber nur schwerlich mit den Grundprinzipien des Islams vereinbaren lassen, als verfassungswidrig erkannt. Jede andere Auslegung, als dass die in dem Grundrechtskatalog enthaltenen Menschenrechte mit den Grundsätzen und Bestimmungen des Islams vereinbar wären, würde zu einem unlöslichen Widerspruch zwischen dem Artikel 3 und den Bestimmungen des Kapitels II führen. Schließlich wäre der im Artikel 7 der Verfassung enthaltene Verweis auf internationale Menschenrechtsinstrumente, wie zB die Allgemeine Menschenrechtserklärung, im klaren Widerspruch zu Artikel 3, sollten die in diesen Instrumenten vorgesehenen Bestimmungen nicht mit dem Islamischen Recht vereinbaren sein. Es folgt, dass die Verfassung aus 2004 theoretisch eine harmonisierende Auslegung zwischen möglichen konfliktträchtigen Bestimmungen des Islamischen Rechts und internationalen Menschenrechtsstandards voraussetzt. In der Praxis ist es in Anbetracht der Rechtstradition Afghanistans, vor allem der verbreiteten Auslegung von islamischen Grundsätzen zu Lasten allgemein anerkannter Menschenrechtsgrundsätze, nicht auszuschließen, dass Rechtsprechungsorgane die Bestimmung des Artikel 3 als Rechtfertigung für den Rückgriff auf Islamische Grundsätze verstehen, ohne sich dabei an formal-rechtliche Schranken gebunden zu erachten. Insbesondere könnte sich der Oberste Gerichtshof berufen fühlen, jene menschenrechtlichen Bestimmungen, die Islamische Staaten dazu veranlasst haben, Vorbehalte zu den entsprechenden völkerrechtlichen Verträgen einzulegen, als verfassungswidrig zu erkennen.⁶⁶

.....
65 Art 54, 2004 Verfassung (FN 50).

66 Vgl die Vorbehalte zu der Konvention zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, 18. Dezember 1979, 1249 UNTS 13 (1979). So hat das Königreich von Bahrain Vorbehalte zu inter alia Art 2 und Art 16 eingelegt, demgemäß die Bestimmungen nur insoweit zur Anwendung kommen, als diese "nicht mit den Bestimmungen der Islamischen Shari'a unvereinbar sind"; ähnlich die Vorbehalte von Ägypten, Libanon, Libyen, Malaysia, Marokko, Syrien und den Vereinigten Arabischen Emiraten. Hinsichtlich der Vereinbarkeit (und somit Gültigkeit) dieser Vorbehalte mit dem Sinn und Zweck des Vertrages sowie der Einsprüche siehe *Steiner/ Alston*, *International Human Rights in Context – Law, Politics, Morals*² (2000) 439 ff. Dagegen siehe auch *Musaffa*, *International Rules for Women's Rights: A Challenge of Values*, in: Salimi (Hrsg), *Islamic Views* (FN 61) 199 ff.

3. Resümee

Die erst jüngst angenommene Verfassung Afghanistans bringt trotz der umfassenden Rolle der internationalen Gemeinschaft in der Gestaltung des Demokratisierungsprozesses kaum Klarheit und Rechtssicherheit hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Völkerrecht und interner Rechtsordnung. Dieser Frage wurde schließlich in Anbetracht der schwerwiegenden politischen Grundsatzentscheidungen wenig Augenmerk geschenkt. Darüber hinaus gab es nur geringes technisches Verständnis für die Lösung von verfassungsrechtlichen Details. Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Verfassung zwar in ihrem Artikel 7 eine Bindungserklärung an völkerrechtliche (Vertrags-)Verpflichtungen vorsieht, jedoch die entscheidende Frage der Stellung des Völkerrechts innerhalb des afghanischen Rechtssystems offen lässt. Während die afghanische Verfassung diesbezüglich anderen Verfassungen gleicht, erweist sich der Mangel an einer spezifischen Inkorporationsregelung in Anbetracht der umfassenden Involvierung der internationalen Gemeinschaft in Afghanistan als verpasste Gelegenheit, rechtstechnische Fragen im Sinne der Rechtssicherheit vorwegnehmend zu lösen.

VI. Schlussbemerkungen: Rolle und Wert der Verfassungsvergleichung in der Ausarbeitung von Nachkriegs-Verfassungen

Zum Schluss scheint es angebracht, aus den Erfahrungen des Verfassungsprozesses in Afghanistan Schlüsse für zukünftige international unterstützte Verfahren zur Demokratisierung zu gewinnen. So gilt zunächst festzuhalten, dass das Verfahren zur Schaffung einer neuen verfassungsrechtlichen Grundlage eines Staates im Nachkriegsszenario, angefangen von dem Mangel an technischer Expertise bis hin zu dem Spannungsfeld zwischen der Notwendigkeit, nationalen Gegebenheiten sowie internationalen Erfordernissen gerecht zu werden, beachtliche Hindernisse zu überwinden hat. Der Erfolg solcher Verfahren und deren verfassungsrechtlich normierter Ergebnisse hängt vorwiegend von dem Verständnis der politischen, kulturellen sowie rechtlichen Voraussetzungen ab, wobei der Zusammensetzung der jeweiligen Verfassungskommission sowie dem Einfühlungsvermögen der Vertreter der internationalen Gemeinschaft große Bedeutung zukommt.

Während die Entwicklung einer Verfassungsrechtskultur jedenfalls ein langwieriger Prozess sein kann, der eine breite Akzeptanz in der Bevölkerung voraussetzt, sehen sich Übergangsverwaltungen in Nachkriegsländern oft gezwungen, rasch die rechtlichen Fundamente für die Bildung demokratischer Staatsstrukturen zu schaffen. Die engen zeitlichen Vorgaben vermögen dementsprechend die (technischen) Detailfragen einer Verfassung zu überschatten und vorwiegend auf eine Lösung der in der Verfassung zu normierenden Staatsgrundsätze zu drängen. Oftmals gilt es einen Kompromiss zwischen der Ausarbeitung ausgefeilter Verfassungsbestimmungen einerseits und der raschen Lösung friedensbedrohlicher politischer Divergenzen andererseits zu finden. Verfassungen im Anschluss an politische Konflikte können schließlich als Ausdruck eines neu formalisierten Grundsteins für den politischen Aufbau eine besondere "Befriedungsfunktion" wahrnehmen. Auch kann sich eine – mit Hilfe der internationalen Gemeinschaft bis ins kleinste Detail ausgearbeitete – Verfassung in der Praxis als völlig nutzlos erweisen, vor allem dann, wenn der Verfassungstext an dem Verständnis der nationalen Rechtsanwender bzw an der Annahme durch die Bevölkerung als seiner Legitimitätsgrundlage vorbeigeht.

Vor diesem Hintergrund sind die Möglichkeiten einer sinnvollen Einflussnahme durch die internationale Gemeinschaft in Verfassungsprozesse beschränkt. Jeglicher Versuch der Transplantation von erprobten Verfassungen als Rahmen für neu zu entwerfende Verfassungen ist – im selben Ausmaß, in dem es undenkbar wäre, die afghanische Verfassung auf europäische Staaten umzulegen – aufgrund der historisch, politisch, kulturell, religiös sowie rechtlich bedingten Eigentümlichkeiten des "Empfängerlandes" zum Scheitern verurteilt. Es gilt einmal mehr das Gebot der Relativität des Rechts zu beachten, dh der Einsicht, dass das Recht nicht von seinem Fundament losgelöst betrachtet und somit nicht aus seinem ihm eigentümlichen Kontext – sei es historisch, politisch, kulturell oder religiös – herausgehoben werden kann. Der Verfassungsvergleichung kann somit in der Entstehung von neuen Verfassungen, vor allem in einem Nachkriegsszenario, keine tragende Rolle zukommen. Sie kann jedoch mittels der Veranschaulichung von allgemein-gültigen Grundsätzen Lösungen in Form von "Bausteinen" anbieten und den Verfassungsgebern Modelle zur Überwindung politischer Auffassungsunterschiede zur Verfügung stellen. Das "verfassungsrechtliche Rad" muss schließlich nicht durch jeden Verfassungsprozess neu

erfunden werden, auch wenn sich die verfassungsrechtlichen Räder anschließend in verschiedene Richtungen bewegen sollten.

Abstract

Afghanistan has served as a "test" case for the ability of the international community to promote the establishment of democratic structures in a post-conflict State. It also offers an important precedent to discuss the value and impact of international constitutional law in practice. To this end, the paper firstly provides an account of the constitution-making process within the larger framework of the State-building efforts. Focusing on the interaction between national State-building and international normative benchmarks, it is evaluated to which extent the recently adopted Constitution itself links to the international legal framework as an indicator for the international community's impact on a process, which lays at the heart of national sovereignty. While paying lip service to international (human rights) law, the Constitution however does not address the relationship between international legal obligations and municipal law. It is argued, that the omission to adopt a specific mechanism as to the incorporation of international law into the internal legal system may entail the potential to reverse those progressive provisions in the Constitution that were seen as a success of the international community's involvement.

Based on the "lessons learned" in relation to the international assistance provided to the drafters of the Constitution, the author concludes that Constitution-making in the context of post-conflict States is torn between the need for a time-consuming evolutionary approach that warrants popular acceptance and technical perfection on the one hand, and the necessity for a swift erection of a legal foundation on which a democratic State can be built on the other hand. In the case of Afghanistan, emphasis was given to the pacifying function of the Constitution, thus the need for an expedited process to remedy the legal vacuum in the aftermath of conflict while paying less attention to its technicalities, such as the relationship between international and national law. In such a context, the relatively new discipline of international constitutional law can assume a limited but constructive role in offering comparative perspectives and suggest technical solutions based thereon.

Franz Reimer

Wer ist das Volk?

Demokratiedefizite im Wahlrecht

I. Relevanz der Frage

"Das Bekannte überhaupt ist darum, weil es *bekannt* ist, nicht erkannt. Es ist die gewöhnlichste Selbsttäuschung wie Täuschung anderer, beim Erkennen etwas als bekannt vorauszusetzen, und es sich ebenso gefallen zu lassen; mit allem Hin- und Herreden kommt solches Wissen, ohne zu wissen, wie ihm geschieht, nicht von der Stelle."¹

Wie so viele andere Grundbegriffe setzen wir oft auch den Begriff des "Volkes" als bekannt voraus, ganz so, als sei er die unproblematische Resultante der Vorschriften des nationalen Staatsangehörigkeitsrechts. Ich möchte daher versuchen, diesen Begriff gewissermaßen anzustechen. Mir geht es dabei – um eine Unterscheidung des Heidelberger Verfassungstheoretikers *Friedrich Müller*² aufzugreifen – nicht um das "ikonische Volk", sondern um den Vergleich von "Zurechnungsvolk" und "Aktivvolk", also von Zurechnungsinstanz und Gesamtheit der Wahlberechtigten. Ich möchte nicht die großen Erzählungen erneuern (beispielsweise Stellung nehmen zum Verhältnis von Volk und Bevölkerung als der Gesamtheit von territorial zusammenlebenden Staatsangehörigen und -nichtangehörigen³), sondern anhand zweier technisch erscheinender, konkreter Wahlausschlussgründe diesseits der Staatsangehörigkeit unsere bisherige Vorstellung vom Aktivvolk hinterfragen (unten II.).

Aber hat das Volk in der postnationalen Konstellation überhaupt noch Bedeutung? Sind wir nicht längst bei anderen Legitimationsstrukturen oder zumindest Legitimationsforderungen angelangt:

.....

¹ *Hegel*, Phänomenologie des Geistes (1807), Vorrede.

² *Müller*, Wer ist das Volk? Die Grundfrage der Demokratie – Elemente einer Verfassungstheorie VI (1997) 23 ff.

³ Zum Wahlrecht von Ausländern aus der dt Rspr etwa BVerfGE 83, 37; 83, 60. Krit *Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, StWissStPr 1994, 305 ff; *Wallrabenstein*, Das Verfassungsrecht der Staatsangehörigkeit (1999) 90 ff.

- *input*-Legitimation durch die Bevölkerung (in bewusster Abkehr von einem enger verstandenen Volk): "Quod omnes tangit, debet ab omnibus approbari";
- *input*-Legitimation durch Entscheidungsbetroffene ("Partizipation");
- *input*-Legitimation durch Beteiligung von Sachverständigen, Interessengruppen, NGOs;
- *output*-Legitimation (also Legitimation nicht durch Verfahren, sondern durch Ergebnisse, etwa Wohlstand, Sicherheit oä⁴ – wer auch immer über sie befindet)?

Die Frage beantwortet sich durch einen nüchternen Blick auf das geltende Recht. Das europäische Verfassungsrecht setzt kein europäisches Volk voraus (man beachte die technizistische Formulierung in Art 17 I 1 S 1 EG: "Es wird eine Unionsbürgerschaft eingeführt"⁵), hofft aber auf jene gesellschaftlichen Gruppen, die dazu beitragen, "ein europäisches Bewusstsein herauszubilden und den politischen Willen der Bürger der Union zum Ausdruck zu bringen" (so Art 191 I EG über die Parteien). Insofern ist der europarechtliche Demokratiebegriff (vgl etwa den 3. u 6. Erwägungsgrund der Präambel zum EU, Art 6 I EU) ganz offenbar abgekoppelt von einem "Demos" – Volk – im strengen Sinne. Andererseits knüpft das Gemeinschaftsrecht nicht nur an die Staatsangehörigkeit der Mitgliedstaaten an (zB Art 17 I 2 EG), sondern auch an "die Völker Europas" (zB Art 1 II EU, ähnlich Art 189 f EG). Die Vertragsparteien der EMRK verpflichtet Art 3 1. Zusatzprotokoll, freie und geheime Wahlen unter Bedingungen abzuhalten, welche "die freie Äußerung der Meinung des Volkes [...] gewährleisten". Und zahlreiche Staaten selbst greifen für verfassungsgebende Gewalt und Wahlrecht auf ein Konzept von "Volk" (etwa in Art 1, 26 B-VG, Art 20, 38 GG) zurück – was auch immer sich im Einzelnen hinter der in mehrfacher Weise dynamischen Verweisung verbirgt.

Volk in diesem Sinne ist "die (politisch sich zusammenfindende und abgrenzende) Gruppe von Menschen, die sich ihrer selbst als politische Größe bewußt ist und als solche handelnd in die Geschichte eintritt."⁶

.....
 4 Sehr krit mit Blick auf die Europäische Union *Weiler*, Ein christliches Europa. Erkundungsgänge (2004) 141 ff (143: "Degeneration der Politik").

5 Demnächst umfassend zur Unionsangehörigkeit: *Schönberger*, Unionsbürger, im Erscheinen.

6 *Böckenförde*, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes – Ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, in: ders, Staat, Verfassung, Demokratie (1991) 90 (96). – Zu Entwicklungen und Facetten der Volksbegriffe vgl die Beiträge

Dabei kann der Volksbegriff unterschiedliche Funktionen haben, etwa

- als Legitimationsbegriff; er dient dann auch oder vor allem als Gegenbegriff zu anderen Legitimationsinstanzen: zB Gott im Gottesgnadentum; Partei oder Klasse in marxistischen Systemen; Bevölkerung in einem postnationalen Staat; Gemeinwohl (Lebensstandard, Sicherheit oä) in einer *output*-orientierten Legitimationsordnung; Globalwohl bei Zugrundelegung einer globalethischen Herrschaftsrechtfertigung; Tiere in einer nivellierenden Schöpfungsethik;
- als Berechtigungs-begriff: Legitimation spendet das Volk – als verfassunggebende Gewalt, Wahlbürgerschaft oä –, weil und sofern ihm Rechte und Freiheiten zukommen;
- als Belastungs- und Verpflichtungs-begriff. Kehrseite von Berechtigung und Legitimationsspendung ist die Inpflichtnahme. Sie bezieht sich auf bestimmte personale Dienste, möglicherweise aber auch auf eine besondere Intensität von Rechtsgehorsam.⁷

In allen diesen Fällen bewirkt der Volksbegriff einerseits eine Ausgrenzung der Nichtzugehörigen,⁸ andererseits eine Egalisierung der Zugehörigen (Volk als Gesamtheit von Gleichen). Dies ist gerade sein Sinn. Nur stellt sich jeweils neu die Frage, an welche Merkmale Exklusion und Inklusion anknüpfen und wie weit sie gehen sollen. Wer ist das "Wir", das das Volk ist? Wer ist es nicht? Wie weit und aus welchen Gründen kann das Aktivvolk hinter das Zurechnungsvolk zurücktreten? Wo stoßen solche Differenzierungen an ihre Grenzen?

II. Wer ist das Volk? Wer ist es nicht?

Wer also ist das Volk, von dem nach Aussage unseres geltenden Verfassungsrechts das Recht (Art 1 S 2 B-VG) bzw alle Staatsgewalt ausgeht (Art 20 II 1 GG)? Ich möchte zwei Gruppen von

.....
 von *Koselleck, Gschnitzer, Werner und Schönemann*, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg), *Geschichtliche Grundbegriffe VII* (1978) 141 ff sv Volk, Nation.

7 Zum (vorgeblichen) Nexus von Wahlrecht und Rechtsgehorsam: *McLachlin C.J.* (für die Mehrheitsmeinung), in: (Kanadischer) Supreme Court, *Sauvé v the Attorney General of Canada* (No 2), 31. 10. 2002, zit in EGMR, *Hirst*, 30.4.2004, 74025/01, Rz 26.

8 Zur "Oben-unten-Relation" und zur "Innen-außen-Relation" vgl den Überblick bei *Koselleck*, Volk, Nation (Fn 6) 145 f.

Staatsangehörigen herausgreifen, von denen Recht und Staatsgewalt offenbar *nicht* ausgehen.

1. Strafrechtlich Verurteilte

Strafrechtlich Verurteilte verlieren in einigen Staaten – wie Österreich (vgl § 22 Nationalrats-Wahlordnung), Großbritannien (Section 3 Representation of the People Act 1983), Luxemburg (vgl Art 6 Loi électorale) und für bestimmte Delikte auch Frankreich (Article L7 Code électorale) – automatisch auf Zeit das Wahlrecht; in anderen Ländern (wie Deutschland, vgl § 13 BWahlG iVm § 45 V StGB) – kann der Richter dem Verurteilten das Wahlrecht aberkennen.

Als Gründe für solche Wahlausschlussregelungen ließen sich anführen:

- die partielle Isolation des Verurteilten, dh sein Ausschluss aus zahlreichen gesellschaftlichen Zusammenhängen, der ihm – typischerweise ja in Haft – die freie Information und einen ausreichenden Austausch verbietet und damit eine angemessene Meinungsbildung erschwert;
- die Straffunktion des Wahlrechtsentzugs (iS einer Vergeltung und/oder Abschreckung);
- die Förderung von Bürgertreue und Verantwortung;
- die symbolische Funktion, eine Art (vorübergehender) Ausstoßung aus der Gruppe der Aktivbürger;
- das Anliegen, jemanden nicht an der Willensbildung im Staat zu beteiligen, der sich selbst über dessen elementare Regeln hinwegsetzt;
- die Möglichkeit, den Wahlausschluss als vorab konsentiertere Sanktionierung eines Bruchs des Gesellschaftsvertrags bzw als freiwilligen Rückzug aus dem Bürgerstatus zu deuten.

Gegen einen solchen Wahlausschlussgrund könnten sprechen:⁹

- die unbedingte oder jedenfalls nicht ausdrücklich eingeschränkte Gewährleistung des Wahlrechts in den meisten Verfassungen,
- die Würde einer jeden Person, unabhängig von ihren Taten,
- die häufig unspezifische Verbindung zwischen der Straftat und dieser Sanktion,
- die Hemmung einer Resozialisierung durch den Ausschluss von der Wahl,

.....
 9 Diese Argumente folgen überwiegend den Ausführungen von *McLachlin* C.J. (Fn 7).

- seine je nach Haft- bzw Wahlausschlussdauer und Wahlterminen willkürliche Wirkung.

Ein gemeineuropäischer Prüfungsmaßstab für die skizzierten Wahlausschlussregelungen ist Art 3 1. Zusatzprotokoll EMRK.¹⁰ Er wird in der Tat seit längerem mobilisiert.¹¹ In jüngerer Zeit hatte die Vierte Kammer des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte anhand dieses Maßstabs im Fall eines englischen Strafgefangenen (*Hirst v United Kingdom No 2*) durch Urteil vom 30. März 2004 die britische Regelung überprüft.¹² Nach Section 3 Representation of the People Act 1983 ist – von wenigen Ausnahmen abgesehen – jeder Verurteilte während der Zeit seiner Haft von allen Parlaments- und Kommunalwahlen ausgeschlossen.¹³ Dies schien dem EGMR unter dem Gesichtspunkt des "legitimate aim" zweifelhaft, jedenfalls unter dem Aspekt der "proportionality" konventionswidrig.¹⁴

Die Entscheidung überrascht nicht,¹⁵ überzeugt angesichts des stets betonten "wide margin of appreciation" der Vertragsstaaten¹⁶ aber auch nicht.¹⁷ Gerade wenn der Wahlrechtsausschluss

.....
 10 Zu ihm insb *Grabenwarter*, EMRK² (2005) § 23 Rz 89 ff; *Cremona*, The right to free elections in the European Convention on Human Rights, in: Mahoney (Hrsg), Protection des droits de l'homme. GS Ryssdal (2000) 309 ff; *Kaiser*, Le droit à des élections libres ... L'application timide d'une disposition ambitieuse, in: Patrick de Fontbressin ua (Hrsg), Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. FS Lambert (2000) 435 ff.

11 Vgl bereits den Fall 2728/66 v 6.10.1967, in dem die Menschenrechtskommission die Beschwerde eines deutschen Häftlings als offensichtlich unbegründet zurückwies.

12 EGMR, *Hirst*, 30.4.2004, 74.025/01, insb Rz 48 ff.

13 "(1) A convicted person during the time that he is detained in a penal institution in pursuance of his sentence [...] is legally incapable of voting at any parliamentary or local election." Die Ausnahmen nach Abs 2 betreffen das Delikt des contempt of court und die Schuldnerhaft.

14 AA insoweit *Pabel*, Wahlrecht auch für Strafgefangene?, ÖJZ 2005, 550 (553), die darauf abstellt, dass der britische Gesetzgeber in den Augen des EGMR die notwendige Abwägung nicht getroffen habe (Rz 51 der Entscheidung). Dieser Passus soll sich indes möglicherweise nur mit dem Einwand des "wide margin of appreciation" befassen und ihn neutralisieren. Die Konventionswidrigkeit klingt bereits zuvor an (Rz 49).

15 Vgl etwa EGMR, *Matthews*, 24.833/94, Rz 64 f: Antastung des Wesensgehalts des Wahlrechts, wenn einem Individuum – hier freilich ohne sein Zutun – jede Möglichkeit versagt wird, seine Meinung in der Wahl zum Ausdruck zu bringen. Anders die krit Beurteilung der bisherigen Konventionspraxis als zu zurückhaltend durch *Kaiser*, Le droit à des élections libres (Fn 10) 435 (insb 464 f).

16 Rz 36 der Entscheidung *Hirst* (Fn 12).

als Sanktion vor der Tat feststeht, ist nicht einzusehen, warum die Mitgliedstaaten das Verhalten des Täters nicht so lesen dürfen, als lasse er sich mit der Tat auf die Sanktion ein. Denn seine inkriminierte Handlung hat durchaus den Erklärungswert, dass er zwischen den vom Staat gesetzten Alternativen – Unterlassen des Delikts und Behalten des Wahlrechts oder aber Begehen des Delikts und Verlust des Wahlrechts – entscheidet. Die staatliche Setzung dieser Alternativen erscheint legitim, weil die Vertragsstaaten den Bürgern das Wahlrecht (auch in anderer Hinsicht) nicht hinterherzutragen haben; eine bedingte Gewährung des Wahlrechts ist solange nicht anstößig, wie die Bedingung zumutbar ist. Und das wird man von der Einhaltung der Rechtsordnung – jedenfalls der strafrechtlichen Ge- und Verbote – sagen müssen. Die Undifferenziertheit – anders formuliert: die Einheitlichkeit und Typisiertheit – der Anknüpfung an eine strafrechtliche Verurteilung kann daran nichts ändern. Wo, wenn nicht hier, muss dem Vertragsstaat der vielbeschworene Gestaltungsspielraum zukommen? Daher verstößt der bedingte Wahlrechtsausschluss mE nicht gegen Art 3 1. ZP EMRK. Der EGMR scheint sich seiner Sache selbst nicht ganz gewiss gewesen zu sein, wenn er seine Zuflucht zum Argument der Unverhältnismäßigkeit genommen hat.¹⁸

Der Fall ist auf Antrag der britischen Regierung am 27. April 2005 in einer Großen Kammer verhandelt worden. Für den Fall, dass die Große Kammer das Urteil bestätigt,¹⁹ wird sich das Wahlrechtsausschlussrecht in einigen europäischen Ländern, darunter Österreich, verändern.²⁰

2. Minderjährige

Im Gegensatz zur eben skizzierten Situation schließen alle europäischen Staaten Minderjährige vom Wahlrecht aus. Meist

17 AA *Pabel*, Wahlrecht (Fn 14) 552.

18 Rz 48 ff der Entscheidung *Hirst* (Fn 12). – Zur Verhältnismäßigkeit als "a central concept in matters of human rights" dagegen *Cremona*, The right to free elections (Fn 10) 317.

19 Dafür mag sprechen, dass sich im gemeineuropäischen Verfassungsrecht möglicherweise ein Differenzierungsgebot für den Wahlrechtsentzug abzeichnet. Vgl *Pabel*, Wahlrecht (Fn 14) 552 f; aus der Rechtsetzung etwa RL 93/109/EG des Rates vom 6.12.1993 über die Einzelheiten der Ausübung des aktiven und passiven Wahlrechts bei den Wahlen zum EP für Unionsbürger mit Wohnsitz in einem Mitgliedstaat, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, die in Art 7 auf eine zivil- oder strafrechtliche "Einzelfallentscheidung" abstellt.

20 So für Österreich *Pabel*, Wahlrecht (Fn 14) 554.

liegt die Altersgrenze bei 18 Jahren.²¹ Dieser Ausschluss ist in jüngerer Zeit mit zwei Stoßrichtungen auf Widerspruch gestoßen: Einerseits ist die Absenkung des Wahlalters gefordert worden, andererseits die Einführung eines Eltern- bzw Familienwahlrechts. Letzteres – in Deutschland erst seit einigen Jahren in der Politik- sowie der Rechtswissenschaft und 2004/2005 dann auch im Bundestag diskutiert²² – ist in Österreich nichts Neues, sondern bereits nach dem Zweiten Weltkrieg durchdacht worden.²³

In der Tat ist es nicht selbstverständlich (bzw nur durch Tradition nachvollziehbar), dass rund 20 % des Zurechnungsvolkes von vornherein vom Wahlrecht ausgeschlossen sind.²⁴ Ich möchte den Blick auf ein Modell lenken, in dem die Eltern das Wahlrecht stellvertretend und treuhänderisch für ihre Kinder ausüben. Wenn ein solches Modell verfassungsrechtliche und verfassungspolitische Verwirklichungschancen haben soll, dürfte jene Form am naheliegendsten sein, in der die Sorgeberechtigten halbe Stimmen für jedes ihrer minderjährigen Kinder erhalten oder abwechselnd das Wahlrecht ihrer minderjährigen Kinder für diese ausüben.²⁵

21 Vgl zB Art 26 I 1 B-VG, Art 136 S 1 Schweizerische BV, Art 38 II HS 1 GG, Art 52 Nr 3 Verf Großherzogtum Luxemburg, section 1 (1) (d) Representation of the People Act 1983 (UK).

22 Zuletzt am 2.6.2005: Ablehnung eines interfraktionellen Antrags auf Prüfung eines "Wahlrechts von Geburt an" (BT-Drs 15/1544), vgl Plenarprot 15/178 sowie BT-Drs 15/4788; zu den Vorstellungen des Kreisauer Kreises *Merk*, Die dritte Generation. Generationenvertrag und Demokratie, Mythos und Begriff (2002) 163 mwN.

23 Vgl den Hinweis auf Hofrat *Schimetzek* bei *Wingen*, Familienwahlrecht – Grundrecht für Kinder, Neue Ordnung 53 (1999) 118. – Zur Diskussion im Ö-Konvent (krit) *Strejcek*, Das "Kinderwahlrecht", die Wahlgleichheit und die Aufgaben des "Österreich-Konvents", *juridikum* 2003, 195.

24 *Merk*, Die dritte Generation (Fn 23) 169, spricht von der "Fiktion der Identität von Organvolk und Staatsvolk", die eine "oligarche politische Herrschaftsstruktur" habe entstehen lassen.

25 Näher zu letzterem Modell und zur Umsetzbarkeit unter dem Bonner Grundgesetz: *Reimer*, Nachhaltigkeit durch Wahlrecht? Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen eines "Wahlrechts von Geburt an", *ZParl* 2004, 322 ff, dort weitere Nachweise zur deutschen Lit. Nachzutragen wären aus der aktuellen Diskussion (überwiegend krit): *Schreiber*, Wahlrecht von Geburt an – Ende der Diskussion?, *DVBl* 2004, 1341 ff; *Holste*, Wahlrecht von Geburt an: Demokratie auf Abwegen?, *DÖV* 2005, 110 ff; *Wernsmann*, Das demokratische Prinzip und der demographische Wandel. Brauchen wir ein Familienwahlrecht?, *Der Staat* 44 (2005) 43 ff. – Befürwortend *Oebbbecke*, Das Wahlrecht von Geburt an, *JZ* 2004, 987 ff; sowie aus der Sicht der Konstitutionenökonomik bereits *Vanberg/Buchanan*, Organization

a) Verfassungsrechtliche Beurteilung

Der Einwand liegt nahe, dass eine solche stellvertretend-treuhänderische Wahlrechtsausübung mit fundamentalen Wahlgrundsätzen, insbesondere mit der Gleichheit und der Höchstpersönlichkeit der Wahl, unvereinbar ist. Ich habe versucht, dies für das bundesdeutsche Verfassungsrecht ein wenig aufzuhellen. Ist eine dahin gehende Verfassungsänderung (dh eine Änderung des Art 38 GG) zulässig? Maßstab ist insoweit²⁶ die Ewigkeitsklausel, Art 79 III GG, und durch ihn die in Art 20 GG niedergelegten Grundsätze, also insbesondere der Grundsatz der Demokratie. Zementiert ist damit nicht das Demokratieprinzip in grundsätzlicher Ausprägung, sondern ein Kernbereich des Demokratiegedankens. Als eines der Kriterien hierfür hat der deutsche Verfassungsrechtler *Horst Dreier* die Rechtslage in anderen freiheitlichen Verfassungsstaaten vorgeschlagen²⁷ – ein prägnantes Beispiel für die innerstaatlich gebotene Anwendung von Internationalem Verfassungsrecht. Mit dieser Sonde sollen zwei mögliche Kerngehalte des Demokratieprinzips, die Höchstpersönlichkeit und die Gleichheit der Wahl, betrachtet werden.

Gehört – erstens – die *Höchstpersönlichkeit* des Wahlrechts zum änderungsfesten Kern des Grundsatzes der Demokratie? Es fällt auf, dass Großbritannien, Frankreich und die Schweiz (und vermutlich zahlreiche weitere Staaten) durchaus eine Stellvertretung im Wahlrecht kennen.²⁸ Diese Stellvertretungen sind zugegebenermaßen – soweit ersichtlich – stets rechtsgeschäftliche, al-

.....
Theory and Fiscal Economics: Society, State, and Public Debt, *Journal of Law, Economics, and Organization* 2 (1986) 215 (226).

26 Daneben treten selbstverständlich weitere Gewährleistungen, insbesondere (wiederum) Art 3 1. ZP EMRK; zur Garantie der Gleichheit der Wahl durch diese Norm: EGMR, *Mathieu-Mohin*, 2.3.1987, 9/1985/95/143.

27 *Dreier*, GG II, Art 79 III Rn 15 aE.

28 Vgl für das UK die sections 3, 6 des Schedule 4 im Representation of the People Act 2000 (krit insoweit offenbar der Bericht der britischen Electoral Commission zu den Parlamentswahlen 2001: The Electoral Commission, General Election 2001 – Official results, hier nach: http://www.electoralcommission.org.uk/files/dms/GE_6768-6205__E__N__S__W__.pdf, 74: Prüfung, ob Briefwahl insoweit genügt und Stellvertreterwahl künftig ersetzen kann); für Frankreich Art L71-73 Code électoral; für die Schweiz Art 5 VI Bundesgesetz über die politischen Rechte iVm Art 53 Wahlgesetz Schaffhausen, Art 18 Gesetz über die politischen Rechte Appenzell A-Rh, Art 6 III Verordnung des Grossen Rates betreffend die politischen Rechte Appenzell I-Rh, Art 13 I 2 Abstimmungsgesetz Glarus, Art 28 Gesetz über die Wahlen und Abstimmungen Zug, Art 10 Gesetz über das Stimm- und Wahlrecht Thurgau uam.

so auf den Willen des Vertretenen zurückgehende; im Falle des derivativen Elternwahlrechts würde es sich um eine gesetzliche Stellvertretung handeln. Auch wäre die Zahl der Stellvertretungsfälle sicherlich wesentlich höher.²⁹

Schließen diese Befunde ein Abweichen vom demokratietheoretischen Normalfall – höchstpersönliche Ausübung des Wahlrechts – und damit eine gesetzliche Übertragung der Ausübung des Stimmrechts der minderjährigen Kinder auf die Eltern aus? Ich neige der entgegengesetzten Antwort zu, erstens weil die Höchstpersönlichkeit die Freiheit der Wahl sichern soll, diese im Fall der gesetzlichen Stellvertretung aber nicht angetastet wird, und zweitens, weil die Höchstpersönlichkeit nicht zugunsten wahlrechtsfremder Rechtsgüter, sondern zugunsten eines anderen, unzweifelhaft ebenfalls wichtigen Wahlrechtsgrundsatzes, nämlich der Allgemeinheit der Wahl, eingeschränkt würde. Dem könnte man wiederum entgegenhalten, dass es eine nichtpersönliche Wahl gar nicht verdiene, ausgeweitet, also allgemein(er) zu werden. Nur die persönliche Wahl sei eigentlich Wahl im Sinne des Wahlverfassungsrechts. Die Regelungen in der Schweiz, im Vereinigten Königreich und in Frankreich legen indes das Gegenteil nahe. Gehört es wirklich zum "Wesen" der Wahl, dass sie persönlich ausgeübt wird?³⁰ Offenbar hängt die Antwort davon ab, wie man Wahlakt und Wähler (grundsätzlicher) sieht: Wenn die Wahlentscheidung lediglich der Ausdruck von Interessen darstellt, bereitet eine stellvertretende Ausübung wenig Schwierigkeiten. Wenn sie ein aus der Privatsphäre kommender Ausdruck persönlicher Überzeugungen ist, lassen sie sich in einer individualistisch ge-

.....
29 Im Vereinigten Königreich haben 0,2 % aller Wähler bei den Europawahlen 2004 – ggü 0,4 % bei den Wahlen 1999 – durch Stellvertreter gewählt (The Electoral Commission, European Parliamentary elections 2004, 126, 164 f).

30 Hier ist aufschlussreich, dass die (Höchst-)Persönlichkeit der Wahl zum Teil verfassungsrechtlich angeordnet (etwa in Art 26 I B-VG, hierzu bspw *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁵ [2003] Rz 379), zum Teil nicht erwähnt wird, so etwa in Art 3 Frz Verf v 4.10.1958; Art 38 I 1 GG; Art 3 1. ZP EMRK, der nach *Kaiser*, Le droit à des élections libres (Fn 10) 435 (461 f), trotzdem auch das persönliche Wahlrecht garantiert; ferner bspw Art 1 III Akt zur Einführung allgemeiner unmittelbarer Wahlen der Mitglieder des Europäischen Parlaments, ABl 1976 L 278, 1, konsolidierte Fassung in CONSLEG 1976X1008 – 23/09/2002. Dieser gemischte Befund spricht dafür, dass das Wahlrecht begrifflich nicht an die Höchstpersönlichkeit zu binden ist; ob sich der Sinn der Wahl bei nichtpersönlicher Ausübung erfüllt, lässt sich mE nur differenzierend beantworten.

prägten Gesellschaft nicht oder (strikten Missbrauchsschutz vorausgesetzt) allenfalls rechtsgeschäftlich übertragen. Diese Fragen rühren an Bekanntes, das darum, weil es *bekannt*, nicht erkannt ist, an Tiefenschichten im Selbstverständnis unserer politischen Einheiten.

Prüfungsmaßstab für eine Verfassungsänderung ist zweitens der Grundsatz der *Gleichheit* der Wahl. Es scheint offensichtlich, dass den Eltern durch die Befugnis, das Stimmrecht ihrer Kinder auszuüben, faktisch mehr Stimmen zuwachsen. Als Zensuswahlrecht wäre dies zweifellos ein Verstoß gegen den änderungsfesten Grundsatz der Demokratie (Art 79 III iVm Art 20 I, II GG). Ich möchte dem folgende Überlegung entgegenstellen: Eine Ungleichheit läge vor, wenn jeder Elternteil für seine Wahlentscheidung zwei Stimmen hätte. Wie aber, wenn jeder Sorgeberechtigte zwei getrennte Wahlentscheidungen träge und für jede nur eine Stimme hätte? In diesem Fall könnte ich keine Ungleichheit erkennen. Eine Distanzierung von eigenen Kriterien und Interessen und eine Entscheidung nach fremden Kriterien und Interessen (insbesondere innerhalb eines Näheverhältnisses wie dem zwischen Eltern und Kindern) scheint mir im Bereich des Möglichen und Zumutbaren zu liegen. Es stellt sich lediglich die Frage, ob eine derart getrennte – oder besser: gestufte Entscheidung – wahrscheinlich ist. Würde also, wenn das Wahlrecht prozedurale Hilfen in Form von Hinweisen, abgestufter Stimmabgabe oä vorsehe, eine überwiegende Mehrheit der Erziehungsberechtigten die eigene und die treuhänderische Stimmabgabe unterscheiden? Ich will das nicht ausschließen;³¹ auch sonst mutet die Rechtsordnung Stellvertretern die Unterscheidung eigener und fremder Interessen zu. Dass im Fall der Stimmabgabe keinerlei Kontrolle möglich ist, spricht nicht für einen Missbrauch der Treuhand durch eine Mehrheit von Treuhändern. Hinzuweisen ist ausdrücklich darauf, dass eine im Ergebnis gleiche Wahlentscheidung von Elternstimme und Kindesstimme nicht gegen eine separate, dh prozedural abgestufte Entscheidungsfindung spricht, wie sie die Wahlrechtsgleichheit erfordert.

b) Verfassungspolitische Beurteilung

Strikt zu unterscheiden von der verfassungsrechtlichen Klärung ist die verfassungspolitische Würdigung. Meines Erachtens

.....

31 Auch wenn mir das den Vorwurf der Naivität einträgt, vgl *Schreiber*, Wahlrecht (Fn 25) 1347: "blauäugig".

sprechen gute Gründe für wie gegen die Einführung eines derivativen Elternwahlrechts. Zunächst einige Gesichtspunkte *zugunsten* des Modells:

- Die wahlrechtliche Exklusion eines Fünftels der Staatsangehörigen ist (verfassungspolitisch) rechtfertigungsbedürftig. Wegen der fast vollständigen Allgemeinheit der Wahl stellt die Treuhändlung dabei eine Annäherung an das demokratische Ideal dar. Anders gesagt: Ein Auseinanderfallen von Wahlrechtshaberschaft und Wahlausübungsberechtigung durch gesetzliche Vertretung ist besser, als wenn die Wahlrechte gar nicht ausgeübt würden, die Stimmen gewissermaßen "verfielen".
- Darf das Wahlrecht Eltern überhaupt – wie es dies derzeit tut – zumuten, entweder die Kindesinteressen zu übergehen oder sie und ihre eigenen, die genuinen Elterninteressen, in der Wahlentscheidung zu verschmelzen? Führt der Zwang zur Berücksichtigung fremder Interessen nicht zu einer Entwertung des eigenen Stimmrechts, also zu einer wahlrechtlichen Benachteiligung Erziehungsberechtigter?
- Gibt es einen besseren Nachhaltigkeitsschutz in der Politik als das Wahlrecht? *Ortega y Gasset* wird der Satz zugeschrieben: "Das Heil der Demokratien, von welchem Typus und Rang sie immer sein mögen, hängt von einer geringfügigen technischen Einzelheit ab: vom Wahlrecht. Alles andere ist sekundär."³²

Gegen ein Familienwahlrecht sprechen

- seine enorme Unpraktikabilität. Auch die einfachsten und klarsten Regelungen werden eine erhebliche Rechtsunsicherheit, wenn nicht gar eine Prozessflut auslösen.
- die Aussicht einer Politisierung des Sorgerechts und der familiengerichtlichen Verfahren.
- der Gedanke, dass Demokratie stets Selbstbestimmung meint: keineswegs nur Selbstbestimmung des δῆμος (demos), sondern auch des Einzelnen,³³
- die Überlegung, dass möglicherweise wieder einmal institutionelle Änderungen zur Gewissensentlastung dienen würden:

.....
 32 Y Gasset, *Der Aufstand der Massen* (1956) 117, hier zit n *Wassermann*, *Wollen wir eine andere Republik? Kinderwahlrecht contra Verfassungsrecht*, www.humboldt-forum-recht.de/5-2004/Drucktext.html (17.5.2005).

33 So bspw *Holste*, *Wahlrecht* (Fn 25) 112: "Die Erstreckung des Wahlrechts auf eine Personengruppe, die weder in der Lage ist, selbst an der zur Willensbildung notwendigen politischen Kommunikation teilzuhaben, noch zur Willensentschließung und -betätigung fähig ist, widerspräche dem Sinn der Wahl als Akt demokratischer Selbstbestimmung."

Kein Regelarrangement entbindet von der Last, auf eine verantwortungsvolle (also auch nachhaltige) Politik hinzuwirken.

III. Ein doppelter Ausblick

1. Wahlrecht

Die bisherigen Skizzen galten zwei Wahlausschlussgründen. Im Wahlrecht haben wir innerhalb der Gruppe der "Zugehörigen" (Staatsangehörigen) Unzugehörige gefunden, und mit dem Vertretungs- und Treuhandmodell einen möglichen Mechanismus, Ausgeschlossene wieder einzuschließen. Will man den Faden fortspinnen, ließe sich fragen, ob dieses Verfahren nicht auch für andere Gruppen Ausgeschlossener – wie Entmündigte, umfassende Betreute (Besachwalterte) etc – mobilisiert werden könnte.³⁴

Neben dieser *normativen* Exklusion und ihren Grenzen wäre aber auch und vielleicht gar vordringlich zu sprechen über

- die faktische Exklusion, die durch Komplexität der Politik und damit Verlust der Fähigkeit zur rationalen Auseinandersetzung eingetreten sein mag;
- über den Verlust des Glaubens an eine rationale Auseinandersetzung im parlamentarischen Staat,³⁵
- über die Verringerung der Bereitschaft zur rationalen Auseinandersetzung in einer sich entschriftlichenden Gesellschaft,³⁶ und den Verlust der Bereitschaft zur Wahl, wie er sich in den sinkenden Wahlbeteiligungen auf europäischer Ebene und vielfach auch auf mitgliedstaatlicher Ebene widerspiegelt.

Insofern sind die angestellten Überlegungen zur Allgemeinheit der Wahl zu relativieren: Sie entlasten nicht von der Frage nach neuen Modellen der Steuerung, Legitimation und Kontrolle politischen Handelns. Neben einem wahlrechtlichen "höher, schneller,

.....
 34 Dafür *Oebbecke*, Das Wahlrecht von Geburt an (Fn 25) 987 (991).

35 *Schmitt*, Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus (1923); gegen ihn *Thoma*, Zur Ideologie des Parlamentarismus und der Diktatur, in: ASSP 53 (1925) 212 ff, auch in: Kluxen (Hrsg), Parlamentarismus (1969) 54 ff; dazu auch *Hofmann*, Legitimität gegen Legalität (1964) 94 ff; *Kaufmann*, Recht ohne Regel? (1988) 153 ff; *Kriele*, Einführung in die Staatslehre⁵ (1994) 246 ff; *Schüle*, Die Parlamentarismuskritik bei Carl Schmitt und Jürgen Habermas. Grundlagen, Grundzüge und Strukturen (1998) 132 ff; *Becker*, Die Parlamentarismuskritik bei Carl Schmitt und Jürgen Habermas² (2003) 44 ff, 60 ff.

36 Vgl *Kepplinger/Maurer*, Abschied vom rationalen Wähler. Warum Wahlen im Fernsehen entschieden werden (2005).

weiter" müssten wir auch die Grundfragen neu stellen: erfahrungs-, aber auch alternativenbewusst.

2. Internationales Verfassungsrecht

Welche Rolle kann dabei die Lehre vom Internationalen Verfassungsrecht spielen – als Disziplin, die sich mit ausländischen Verfassungsrechtsordnungen, mit dem Korpus von Unions- und Konventionsrecht und ihren Wechselwirkungen befasst? Als mögliche Einsatzfelder lassen sich rekapitulieren:

1. Internationales Verfassungsrecht kann als heuristisches Material eine produktive Verunsicherung bewirken: es kann die Illusion der Erkanntheit des Bekannten erschüttern und damit den Weg zur Erkenntnis bahnen;
2. es bildet eine Auslegungshilfe für supranationales und nationales Verfassungsrecht, hat beispielsweise – wie angedeutet – erkenntnisleitende Funktion bei der Frage nach der Zulässigkeit von Verfassungsänderungen (zB iRv Art 79 III GG);
3. es bietet einen Fundus an rechts- und verfassungspolitischen Problemlösungen. Vielleicht können wahlrechtliche Untersuchungen unter dem Firmament des Internationalen Verfassungsrechts die Grundlage für eine künftige einheitliche Regelung der Wahlen zum Europaparlament sein, wie sie Art 190 IV EG fordert.

All dies bleibt hier unausgeführt. Mit den vorstehenden Ausführungen konnte ich jedenfalls anschaulich zeigen, wie man Internationales Verfassungsrecht wohl *nicht* betreiben sollte: gestützt auf ausgewählte Rechtsordnungen, deren Auswahl eher aus einer an den engen eigenen Sprachkenntnissen orientierten Selektion rührt als aus einem profunden Überblick über zahlreiche Rechtsordnungen; gestützt lediglich auf Normen – nicht auch auf Literatur, Rechtsprechung und Rechtswirklichkeit ausländischer Rechtsordnungen und ihren kulturellen Humus;³⁷ gestützt lediglich auf eigene Überlegungen – nicht auch auf den lebendigen

.....
 37 Vgl das dreischrittige "Mehr-Ebenen-Modell der Rechtsvergleichung": Vergleich von Rechtssätzen, sodann der Gründe für sie – "Rechtsinstitute einer mittleren Abstraktionshöhe" – und schließlich der dahinterstehenden Verfassungstraditionen: *Wahl*, Die zweite Phase des Öffentlichen Rechts in Deutschland. Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts, in: *Der Staat* 38 (1999) 495 (508 ff). Ein vierter Schritt – Kulturvergleichung – wird bei Überschreiten des atlantisch-europäischen Raums erforderlich: *Wahl*, aaO, 512 Fn 59.

Austausch, der davor bewahrt, am Ende doch wieder im Vertrauen und Bekannten zu landen. Das ideale Forum für einen solchen Austausch haben nun unsere Gastgeber geschaffen – dafür ist ihnen, den Veranstaltern der 1. Wiener Tagung zum Internationalen Verfassungsrecht, herzlich zu danken!

Abstract

The essay examines the concept of "people/Volk" in the field of electoral law. Rather than re-discussing the question of migrants' suffrage, it turns to two less ideological, though emblematic problems: the exclusion from the right to vote of convicted persons and of minors. In numerous countries, prisoners – or certain groups amongst them – are legally incapable to vote. A recent decision of the ECHR (Fourth Section, *Hirst v UK No 2*) has held the respective British provision (section 3 Representation of the People Act 1983) to be a breach of the right to vote as granted by Art 3 of Protocol No 1 of the European Convention on Human Rights. If the Grand Chamber confirms this decision, the electoral law in a number of countries has to be modified. The essay argues that the exclusion of detainees should not be considered a violation of the Convention. – A second obstacle to universal suffrage, the exclusion of minors, has been under attack in Austria and Germany recently. On the other hand, a family vote as a means of inclusion is highly controversial. The article maintains that parents as proxies of their children could differentiate between their personal vote and the proxy vote. Electoral information as well as voting mechanisms would encourage separated decision-making processes, thus leaving the principle "one man, one vote" untouched. In legal challenges such as universal suffrage, International Constitutional Law proves to be of extraordinary heuristic value.

Anna Gamper

Demokratische Legitimation und gewaltenteilende Funktion Zweiter Kammern in der "gemischten" Verfassung

I. Entstehung, Begriff und Prototypen Zweiter Kammern

1. Die "gemischte" Verfassung als Grundlage Zweiter Kammern

"Dem demokratischen Gedanken entspricht, daß das Organ der Gesetzgebung nur aus einer einzigen Kammer besteht." Hans Kelsen, der dies 1925 konstatiert,¹ hält ein Zweikammersystem überhaupt nur in der konstitutionellen Monarchie für sinnvoll, während es in der demokratischen Republik darauf hinauslaufe, dass das *"demokratische Prinzip, das in der Organisation der einen Kammer zum Ausdruck kommt, in höchst inkonsequenter Weise bei der Zusammensetzung der anderen Kammer abgeschwächt wird."*²

Anders sah dies bereits James Madison in Nr 51 der *"Federalist Papers"*³ von 1788: *"In republican government, the legislative authority necessarily predominates. The remedy for this inconveniency is to divide the legislature into different branches; and to render them, by different modes of election and different principles of action, as little connected with each other as the nature of their common functions and their common dependence on the society will admit."*

Zweite Kammern erweisen sich daher als ein für den verfassungsrechtlichen Institutionenvergleich besonders reizvoller Untersuchungsgegenstand.⁴ Sie bewegen sich im Spannungsfeld der

.....
1 Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925 – Nachdruck 1993) 352.

2 Auch Kelsen zufolge entspricht allerdings die Beteiligung der Länder an der zentralen Gesetzgebung der *"Idee des Bundesstaates"* (vgl Kelsen, Staatslehre 352; derselbe/Froehlich/Merkl, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920 [1922] 100).

3 Vgl in deutscher Übersetzung Ermacora (Hrsg), Der Föderalist (1958) 297.

4 Rechtsvergleichend Karpen (Hrsg), Role and Function of the Second Chamber (1999); Merten (Hrsg), Der Bundesrat in Deutschland und Österreich (2001); Schambeck, Zur Bedeutung des parlamentarischen Zweikammersystem-

"gemischten" Verfassung,⁵ von Demokratie und Parlamentarismus, Monarchie und Aristokratie, Föderalismus und Gewaltenteilung. Die Vielfalt der Formen, die sich in der historischen und aktuellen Verfassungsrechtsvergleichung auffinden lassen, ist bemerkenswert und wirft zahlreiche grundlegende Fragen der Staats- und Verfassungslehre auf: Welche Prototypen bikameraler Systeme existieren weltweit, welcher Rechtstradition sind sie zuzuordnen und welche sind ihre staats- und verfassungstheoretischen Legitimationsgründe? Die Untersuchung dieser Fragestellungen hat gerade in jenen Zeiten besonderen Erkenntniswert, in denen nicht nur in zahlreichen europäischen Staaten Reformbestrebungen zu beobachten sind, die in zentralem Zusammenhang zur Erneuerung oder gar Abschaffung der Zweiten Kammer stehen.⁶

2. Begriffsbildung und Typologie

Von Zweikammernsystem (bikameralem System) spricht man, wenn sich ein Parlament aus zwei Teilorganen (Kammern, Häusern)⁷ zusammensetzt. Dabei muss es sich nicht grundsätzlich um das nationale (zentrale) Parlament handeln. In Bundes- und jenen Regionalstaaten, in denen die Regionen über eigene Par-

.....
 systems – eine rechtsvergleichende Analyse des "Bikameralismus", JRP 2003, 87 ff; aus dem politikwissenschaftlichen Bereich insbesondere *Patterson/Mughan* (Hrsg), *Senates: Bicameralism in the Contemporary World* (1999); *Riescher/Ruß/Haas*, *Zweite Kammern* (2000); *Riescher*, *Do Second Chambers matter? Fragen und Ergebnisse zum internationalen Vergleich bikameraler Systeme*, in: *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen* (Hrsg), *Jahrbuch des Föderalismus 2001* (2001) 87 ff; *Baldwin/Shell*, *Second Chambers* (2001).

5 Die Entwicklung der Lehre von der "gemischten" Verfassung geht bereits auf antike Quellen (*Herodot*, *Platon*, *Aristoteles*, *Polybios*, *Cicero*) sowie *Montesquieu*, *De L'Esprit des Lois*, 2. Buch (1748) zurück. Vgl dazu auch *Schambeck*, JRP 2003, 87.

6 Vgl zu den Reformentwicklungen noch unten III. Abgeschafft wurde die Zweite Kammer bereits in Neuseeland (1950), Dänemark (1953), Schweden (1970) und Peru (1993).

7 So etwa bestand der österreichische Reichsrat aus dem Abgeordneten- und dem Herrenhaus. Heute noch setzt sich das *Westminster*-Parlament in Großbritannien aus dem *House of Commons* und dem *House of Lords* zusammen. Vgl auch das *House of Representatives* in den USA sowie die offiziellen englischen Übersetzungen der Verfassungen zahlreicher anderer Staaten, in denen zum Teil beide Kammern, zum Teil nur eine der beiden Kammern als *House* ("*House of Peoples*", "*House of Nations*", "*House of Councillors*" etc) bezeichnet werden. In der Literatur werden die parlamentarischen Teilorgane hingegen eher als Kammern bezeichnet.

lamente verfügen,⁸ können auch die subnationalen Parlamente bikamerale Systeme darstellen. Der Begriff des Bikameralismus wird aber zuweilen über den klassischen Fall des parlamentarischen Zweikammernsystems hinaus verwendet und umfasst danach auch den "*multilevel bicameralism*", der sich auf supranationaler Ebene in der Organstruktur der EG⁹ oder des Europarats¹⁰ oder auf subnationaler Ebene etwa im System der italienischen gemeinsamen Konferenzen¹¹ wieder findet.

Im demokratischen Verfassungsstaat handelt es sich bei der Ersten Kammer um die Volkskammer, deren Abgeordnete durch das (nationale bzw Bundes-)Volk gewählt werden.¹² Der Zweiten Kammer hingegen liegt keine einheitliche Konzeption zugrunde, was zu einer organisatorischen und funktionalen Modellvielfalt führt. Der weltweit am meisten vorherrschende Typus der Zweiten Kammer ist zweifellos derjenige der "föderalen Kammer", dh der Vertretung der Gliedeinheiten auf Ebene der Bundesgesetzgebung. Etwa ein Drittel der Verfassungen der Welt sehen ein bikamerales System vor,¹³ wofür zumeist die Verfassungsentscheidung zugunsten eines bundesstaatlichen Systems verantwortlich ist. Viele großflächige Staaten, wie Russland, die USA, Kanada, Australien, Mexiko, Brasilien, Argentinien, Südafrika oder Nigeria, sind Bundesstaaten und verfügen daher über bikamerale Systeme. Aber auch andere Funktionen, wie die Vertretung ständischer¹⁴ Interessen, die Vertretung als zweite Volkskammer¹⁵ zum Zwecke

8 Vgl dazu jüngst *Gamper*, Die Regionen mit Gesetzgebungshoheit (2004).

9 Vgl dazu unten III.

10 So besteht der *Congress of Local and Regional Authorities of the Council of Europe* aus der *Chamber of Regions* und der *Chamber of Local Authorities*.

11 Vgl die *Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano*, die *Conferenza Stato-città e autonomie locali* und die beide Konferenzen vereinigende *Conferenza Unificata Stato-Regioni, Città e Autonomie Locali*.

12 Anders Art 54 der Niederländischen Verfassung, der die Volkskammer ausdrücklich als "*Tweede Kamer*" bezeichnet, wohingegen die von den Provinzräten bestellte Kammer die "*Eerste Kamer*" darstellt.

13 Vgl *Tsebelis/Money*, Bicameralism (1997) 1; *Haas*, Sein oder nicht sein: Bikameralismus und die Funktion Zweiter Kammern, in: Riescher/Ruß/Haas (Hrsg), *Zweite Kammern* (2000) 2 (vgl auch die tabellenförmige Zusammenstellung, *ibidem*, 403 ff); *Schambeck*, JRP 2003, 88.

14 Vgl, insbesondere vor In-Kraft-Treten des *House of Lords Act 1999*, das *House of Lords* in Großbritannien, den *Seanad Éireann* in Irland oder den *Državni svet* in Slowenien.

15 Vgl etwa die Zweiten Kammern in den Einheitsstaaten Tschechien, Polen, Rumänien oder Japan. Hinzutreten kann eine nach Wahlkreisen stärker ter-

stärkerer innerparlamentarischer Gewaltenteilung und Kontrolle oder beratende¹⁶ Tätigkeiten, können durch Zweite Kammern wahrgenommen werden.

Vielfach wird die Zweite Kammer auch als "Senat"¹⁷ bezeichnet. Dieser in der römischen Antike wurzelnde Begriff dient typischerweise als Bezeichnung für jene Zweiten Kammern, die auf historischer Tradition beruhen bzw über elitäre Organisationsmerkmale verfügen.¹⁸ Durch den US-amerikanischen Senat¹⁹ erfuhr der Begriff eine zweite Prägung als klassisches Modell gliedstaatlicher Vertretung in einem Bundesstaat.

Zweite Kammern werden von Verfassungen aller Rechtskreise der Welt vorgesehen. Im Sinne eines kleinsten gemeinsamen Nenners²⁰ sind darunter der romanische,²¹ germanische,²² anglo-

.....
ritorial gegliederte Zusammensetzung, wie etwa des französischen Senats, dessen Wahlmännnergremium sich vor allem aus den Kommunen rekrutiert. Kritisch zur "Wiederholung" der ersten durch die zweite Volkskammer *Marcic*, Die Stellung der Zweiten Kammer in den modernen Bundesstaaten, JBl 1960, 139 (141).

- 16 So etwa – neben anderen Funktionen – der belgische Senat gem Art 143 § 2 der belgischen Verfassung; trotz der Bezeichnung des japanischen Oberhauses als "*sangiin*" ("Haus der Berater") sehen dessen Funktionen eine Begutachtung von Gesetzesvorhaben nur im Rahmen des gewöhnlichen Beschlussfassungsverfahrens vor. Gem Art II Sec 2 der US-Verfassung hat der Präsident "[power], by and with the Advice and Consent of the Senate, to make Treaties", doch hat sich auf dieser Basis keine förmliche Beratungsfunktion des Senats etabliert; *Riescher/Ruß*, Zur Funktion von Zweiten Kammern in modernen Demokratien, in: *Riescher/Ruß/Haas* (Hrsg), *Zweite Kammern* (2000) 382 ff (386) zählen zu den Zweiten Kammern, die "Mitberatungsfunktionen" wahrnehmen, auch den französischen und kanadischen Senat.
- 17 Neben dem US-amerikanischen und kanadischen Senat tragen diese Bezeichnung insbesondere die Zweiten Kammern der föderalen und regionalen Systeme des romanischen Rechtskreises (in Europa und Lateinamerika).
- 18 Vgl nur *Schambeck*, JRP 2003, 87. Mit der Mitgliedschaft im Senat verbunden ist oft auch das Erfordernis eines im Vergleich zur Ersten Kammer erhöhten Alters der Abgeordneten. Vgl auch die Bezeichnung bestimmter Zweiter Kammern als "Oberhaus", "Herrenhaus" oder – nach wie vor – die gängige französische Bezeichnung Zweiter Kammern als "*chambres hautes*".
- 19 Vgl dazu unten II.6.
- 20 Vgl zur Problematik der Rechtskreisbildung für den Verfassungsvergleich *Gamper*, *Regionen* 10 f.
- 21 ZB die Senate Italiens, Spaniens, Argentinien, Mexikos, Brasiliens.
- 22 ZB der Bundesrat in Deutschland oder Österreich, aber auch der schweizerische Ständerat. Zum Einfluss des deutschen Bundesratsmodells auf das südafrikanische *National Council of Provinces* vgl *Steytler*, *Südafrika – Eine föderale Verfassungsordnung im Werden?*, in: *Europäisches Zentrum für*

amerikanische,²³ asiatische²⁴ und islamische²⁵ Rechtskreis zu verstehen. Schon diese Unabhängigkeit von der jeweiligen Rechts-tradition lässt die Zweite Kammer nicht als "Erfindung" des neuzeitlichen demokratischen Verfassungsstaates erscheinen. Im Gegenteil: Zweite Kammern gelten vielfach als geradezu archaisches Relikt vorverfassungsstaatlicher Epochen, in denen ständischen (insbesondere aristokratischen) Interessen besonders Rechnung getragen werden musste.²⁶ Erst mit der Entwicklung des modernen Bundesstaates in den USA wandelte sich dieser historisch geprägte Typus der Zweiten Kammer von der ständischen Interessenvertretung im Sinne der demokratisch-aristokratischen "Mischverfassung" hin zur territorialen Interessenvertretung. Auch wenn dieser neuere Typus der Zweiten Kammer der mittlerweile vorherrschende ist, existiert der ältere Typus zum Teil noch in selbständiger Form, zum Teil in Form bestimmter elitärer "Versatzelemente" (zB Ehrenmitgliedschaften auf Grund Geburt, öffentlicher Ämter oder besonderer Leistungen, bestimmte Ehrenrechte der Zweiten Kammer, Wahl oder Vertretung des Staatsoberhauptes).

Zweite Kammern werden häufig als teurer Anachronismus kritisiert. Verfügt die Zweite Kammer über gewichtige Funktionen und macht sie davon in einer die Beschlussfassungen der Ersten Kammer behindernden Weise Gebrauch, führt dies immer wieder zum Vorwurf, die Gesetzgebung zu sehr mit Blockadepolitik zu behindern.²⁷ Verfügt sie über nur unbedeutende Funktionen oder zeigt sie politische Schwäche, gibt dies hingegen oft Anlass zur Forderung nach Abschaffung der ineffizienten Zweiten Kammer.²⁸

.....
Föderalismus-Forschung Tübingen (Hrsg), Jahrbuch des Föderalismus 2000 (2000) 387 (393).

23 ZB das *House of Lords* in Großbritannien, die Senate der USA, Kanadas und Australiens.

24 ZB *Rajya Sabha* in Indien oder *sangiin* in Japan.

25 ZB die Zweite Kammer Pakistans, aber auch verschiedener islamischer Staaten Afrikas.

26 Aus dieser Tradition stammt die Vorstellung von der Zweiten Kammer als konservativem Verfassungselement (vgl *Schambeck*, JRP 2003, 88). Zu den historischen Ursprüngen vgl auch *Marcic*, JBI 1960, 141.

27 Vgl etwa nur jüngst in Bezug auf den deutschen Bundesrat *Grube*, Unverzichtbares Korrektiv oder ineffektive Reformbremse? Wahrnehmungen föderaler Strukturen und Institutionen in Deutschland, in: Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen (Hrsg), Jahrbuch des Föderalismus 2004 (2004) 163 (172 ff).

28 Vgl als typisches Beispiel den österreichischen Bundesrat (aus der reichen Literatur zum Thema zuletzt etwa *Bußjäger/Weiss* [Hrsg], Die Zukunft der Mitwirkung der Länder an der Bundesgesetzgebung [2004]).

Insbesondere stellt sich die – schon eingangs aufgeworfene – Frage, welche Legitimation Zweite Kammern im demokratischen Verfassungsstaat noch haben können, wenn die Erste Kammer eine demokratisch gewählte Volksvertretung ist, zu der jede nicht vom Volk gewählte Zweite Kammer²⁹ zwangsläufig in ein beschränkendes Spannungsverhältnis treten muss.

Dem Bundesstaat ist allerdings die Verdoppelung des Legitimationserfordernisses (Vertretung des Bundesvolkes, Vertretung der Landesvölker) inhärent.³⁰ In anderen Fällen Zweiter Kammern erscheint die Legitimation aber zweifelhaft, vor allem wenn der Zweiten Kammer Funktionen zukommen, die zur nachhaltigen Obstruktion³¹ und Verhinderung der Durchsetzung des Willens der Ersten Kammer ausgeübt werden können. Dagegen wird für die Existenz einer Zweiten Kammer immer wieder ins Treffen geführt, dass im Beschlussfassungsverfahren der Zweiten Kammer verfassungswidrigen oder rechtspolitisch bedenklich erscheinenden Beschlussfassungen der Ersten Kammer begegnet und eine legitime Verfeinerung vorgenommen werden könne.³²

Organisatorisch kann zwischen Zweiten Kammern danach unterschieden werden, aus welchen und wie vielen Mitgliedern sie sich zusammensetzen, wie diese Mitglieder entsendet werden und welche organisatorischen Zusammenhänge dabei zwischen diesen und anderen staatlichen Organen bestehen. In funktionaler Hinsicht kann grundlegend danach differenziert werden, welche Art von Gewaltenteilung (horizontal oder, im Bundesstaat, vertikal) die Zweite Kammer nach ihren Funktionen gewährleisten soll; im Detail kann untersucht werden, ob sich die Funktionen der Zweiten Kammern auf Teilhabe an der gesetzgebenden, verwaltenden

.....

29 Dieses Problem tritt daher grundsätzlich nicht bei jenen Staaten auf, in denen die Zweite Kammer ebenfalls auf Volkswahl beruht (siehe mit Beispielen bereits oben FN 15).

30 Dass für die Qualifikation des deutschen Bundesrats als "Zweite Kammer" (siehe dazu unten FN 35) das "auf das Bundesvolk bezogene Legitimationsniveau" maßgeblich sei (so Huber/Fröhlich, Die Kompetenz des Vermittlungsausschusses und ihre Grenzen, DÖV 2005, 322 ff [328 bei FN 57]), scheint vom Ansatz her verfehlt, da Demokratie im Bundesstaat sowohl im Bundesvolk als auch in den Landesvölkern begründet ist.

31 Das weltweit wohl berühmteste Beispiel für Obstruktion stellt "filibuster" im US-Senat dar, dem nur nach den nicht leicht zu erfüllenden Mehrheitsanforderungen der "cloture rule" begegnet werden kann.

32 Zur Tradition der Zweiten Kammer als "chambre de réflexion" vgl etwa Riescher, Chambers 94.

und/oder richterlichen Gewalt³³ erstrecken und um welche Art von Teilhaberecht (suspensives oder absolutes Vetorecht, Kontrollrecht, Vorschlagsrecht etc) es sich handelt.

Von "vollkommenem" Bikameralismus spricht man dann, wenn die Zweite Kammer ihren Funktionen nach mit denen der Ersten Kammer parallelisiert ist.³⁴ Unter "unvollkommenem" Bikameralismus ist hingegen ein System zu verstehen, das die Zweite Kammer mit im Vergleich zur Ersten Kammer nur eingeschränkten,³⁵ jedenfalls anders gearteten Befugnissen ausstattet. Vorherrschender ist der zweitgenannte Typus, was im demokratischen Verfassungsstaat letztlich damit zu rechtfertigen ist, dass die volksgewählte Erste Kammer im Regelfall demokratisch legitimierter erscheint und daher mit umfassenderen Zuständigkeiten ausgestattet ist. Ausschließliche Zuständigkeiten der Zweiten Kammer beschränken sich zumeist auf wenige Fälle, regelmäßig etwa die Erlassung der eigenen Geschäftsordnung.³⁶ Bemerkenswerterweise wird der "unvollkommene" Bikameralismus immer wieder als einem föderalen System angemessener angesehen als der "vollkommene" Bikameralismus.³⁷ Dabei wird argumentiert,

.....
33 Als zweite *parlamentarische* Kammer ist ein Anteil an der legislativen Gewalt typischerweise immer gegeben; zusätzlich kann die Zweite Kammer aber auch Funktionen aus dem Bereich der Vollziehung wahrnehmen.

34 So etwa, jedenfalls in Bezug auf die Gesetzgebung, die Zweiten Kammern in den USA, der Schweiz und Italien. Einen auf den "vollkommenen" Bikameralismus eingeschränkten Begriff vertritt *Marcic*, JBl 1960, 140, wonach Kennzeichen der Zweiten Kammer die Gleichheit mit der Ersten Kammer in Bezug auf Rang und Funktionen sei.

35 Häufig haben Zweite Kammern keinen oder nur eingeschränkten Anteil an der (Bundes-)Budgetgesetzgebung (so zB in Indien, Großbritannien, USA, Deutschland und Österreich). Dass von einer "Zweiten Kammer" nur gesprochen werden soll, wenn es sich um ein "vollkommen" bikamerales System mit gleichberechtigten Mitwirkungsbefugnissen handelt, und der deutsche Bundesrat daher keine Zweite Kammer sei, wie das deutsche Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 37, 363 [380]; vgl etwa auch *Schmitt*, Der Bundesrat – keine Zweite Kammer?, BayVBl 1974, 685 ff; *Wyduckel*, Der Bundesrat als Zweite Kammer, DÖV 1989, 181 ff) feststellte, ist an sich ein reines Terminologieproblem; in diesem Beitrag werden unter Zweikammernsystemen gemäß dem neutralen Wortlaut dieses Begriffs sowohl "vollkommen" als auch "unvollkommen" bikamerale Systeme verstanden.

36 Vgl nur beispielhaft Art 37 Abs 2 B-VG oder Art I Sec 5 der US-Verfassung. In den USA übt der Senat einige ausschließliche Zuständigkeiten in Zusammenhang mit der Ratifikation internationaler Verträge und der Bestellung gewisser Vollzugsorgane aus.

37 Ganz typisch etwa die Reformdiskussion zum italienischen Senat (vgl die Modifikationen im Entwurf DDL S. 2544-B; bezeichnend auch *Seisselberg*,

dass die Zweite Kammer die spezifischen Interessen der Glied-einheiten vertreten und darüber hinaus keine allgemeinen, die Zuständigkeiten der Ersten Kammer bloß widerspiegelnden Funktionen ausüben solle.

Eine Typologie der Zweiten Kammern kann nach verschiedenen Methoden vorgenommen werden. Nach dem Grundsatz der Funktionalität der Rechtsvergleichung³⁸ soll im Folgenden eine typologische Untersuchung der Zweiten Kammern in föderalen Systemen (mit vertikaler Gewaltenteilung) als der vorherrschenden Variante des Bikameralismus vorgenommen werden.³⁹

II. Organisation und Funktion von Zweiten Kammern in föderalen Systemen

1. Direkte oder indirekte Beteiligungsform

Die Beteiligung der Gliedeinheiten (Länder, Regionen, Provinzen etc) an der Gesetzgebung des Bundes wird übereinstimmend als existentielles Kriterium jedes Bundesstaates angesehen.⁴⁰ Als Beteiligungsform wird dabei regelmäßig ein Vertretungsorgan der Gliedeinheiten auf Bundesebene und damit eine indirekte Beteiligungsform gewählt. Eine direkte Beteiligung an der Bundesgesetzgebung durch die Gliedeinheiten selbst, dh deren Parlamente oder Regierungen, stellt daher den Ausnahmefall dar:⁴¹ Einerseits ist ein direktes Beteiligungsmodell wesentlich schwerfälliger und damit unzweckmäßiger. Andererseits entspricht die Zweite Kammer als Bundesorgan besser dem Konzept des Verbundföderalismus, in dem Bund und Gliedeinheiten sich nicht als strikt getrenntes *"dual system"* gegenüberstehen, sondern durch Organe miteinander verknüpft sind, die, von den Gliedeinheiten entsandt, in die Organisation des Bundes eingebettet sind und Funktionen aus dem Wirkungsbereich des Bundes ausüben.

.....
Der italienische Senat: Machtvoller Zwillingsbruder der Abgeordneten-kammer, in: Riescher/Ruß/Haas [Hrsg], Zweite Kammern [2000] 202).

38 Vgl etwa *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung³ (1996) 31 ff.

39 Auch stark regionalisierte Systeme (zB Italien, Spanien) verfügen zumeist über Zweite Kammern; gerade diese aber erweisen sich als Stolperstein auf dem Weg zur Bundesstaatlichkeit.

40 Zur Notwendigkeit der Vertretung der Gliedeinheiten auf Bundesebene vgl bereits oben FN 2; *Weber*, Kriterien des Bundesstaates (1980) 87; *Gamper*, "Arithmetische" und "geometrische" Gleichheit im Bundesstaat, in: FS Pernthaler (2005) 143 (149 f); für Österreich vgl VfSlg 2455/1952.

41 Vgl zB in Österreich Art 14b Abs 4, Art 102 Abs 1, Art 129a Abs 2 B-VG.

2. Zusammensetzung

Ein wesentliches Unterscheidungsmerkmal bei der Zusammensetzung Zweiter Kammern ist das der "arithmetischen" oder "geometrischen" Vertretung der Gliedeinheiten.⁴² Während die Gliedeinheiten im ersten Fall durch jeweils einen oder eine gleiche Anzahl von Vertretern repräsentiert werden, ist die Zahl der Abgeordneten pro Gliedeinheit im zweiten Fall unterschiedlich.

In der 1788 erschienenen Nr 62 der *"Federalist Papers"*⁴³ wird die "arithmetisch" gleiche Vertretung der Gliedstaaten von James Madison in nüchterner Pragmatik als erforderlich angesehen: *"If indeed it be right, that among a people thoroughly incorporated into one nation, every district ought to have a proportional share in the government, and that among independent and sovereign States, bound together by a simple league, the parties, however unequal in size, ought to have an equal share in the common councils, it does not appear to be without some reason that in a compound republic, partaking both of the national and federal character, the government ought to be founded on a mixture of the principles of proportional and equal representation. ... In this spirit it may be remarked, that the equal vote allowed to each State is at once a constitutional recognition of the portion of sovereignty remaining in the individual States, and an instrument for preserving that residuary sovereignty."*⁴⁴ So far the equality ought to be no less acceptable to the large than to the small States; since they are not less solicitous to guard, by every possible expedient, against an improper consolidation of the States into one simple republic." Als zusätzlicher Vorteil wird die mit der "arithmetischen" Vertretung verbundene Erschwerung der Mehrheitsfindung angesehen, die eine natürliche Kontrolle überbordender Gesetzgebung bewirken würde. Umgekehrt sei eine Blockadepolitik kleinerer Staaten deshalb nicht zu erwarten, da sich die größeren Staaten auf Grund ihrer finanziellen Überlegenheit langfristig durchsetzen würden.

.....
42 Vgl näher Gamper, FS Pernthaler, 153 ff.

43 In deutscher Übersetzung Ermacora (Hrsg), Föderalist 347 f. Zur Zusammensetzung des Senats auch de Tocqueville, Über die Demokratie in Amerika, 1. Teil (Nachdruck 1959) 133 ff.

44 Die Vorstellung souveräner Gliedstaaten liegt der "arithmetischen" Vertretung und überhaupt dem Bundesstaatsmodell der USA zugrunde, ist in der Bundesstaatstheorie auf Grund ihrer Nähe zum Konföderalismus aber alles andere als unumstritten (vgl nur Pernthaler, Allgemeine Staatslehre² [1996] 294 ff; Gamper, Regionen 47 ff).

Für die "geometrische" Entsendung sprechen hingegen insbesondere demokratiepolitische Gründe, weil Gliedereinheiten mit höherer Bevölkerungszahl stärker vertreten werden als jene mit niedrigerer.⁴⁵ Dadurch verwischt sich allerdings der Unterschied zwischen Erster und Zweiter Kammer, sofern bevölkerungsreichere Regionen schon bei der Wahl der Abgeordneten der Ersten Kammer mehr Mandate zugewiesen bekommen. Einem bundesstaatlichen Parlament ist außerdem das Erfordernis doppelter Legitimität – als Vertretung des Bundesvolkes und als Vertretung der Gliedereinheiten – immanent, was eine demokratiepolitische Begründung der "geometrischen" Entsendung von vornherein nur bedingt zulässt.

Allerdings ist die Gleichbehandlung der Gliedereinheiten nicht ausschließlich eine Frage der Zahl der entsendeten Abgeordneten, sondern wird auch durch die Beschlussfassungserfordernisse determiniert. Hier zeigt sich, dass auch bei "geometrischer" Entsendungsform "Arithmetisierungen" auf Grund doppelter Mehrheitsbildung möglich sind.⁴⁶ Weltweit lassen sich in den Bundesstaaten beide Modelle wieder finden.⁴⁷

3. Entsendungsmodell

Große Unterschiede zeigen sich im Vergleich zwischen föderalen Kammern, was die Frage der Entsendung der Abgeordneten anbelangt. Während etwa die US-amerikanischen Senatoren gem Art I Sec 3 der Verfassung von 1787 zunächst durch das Parlament jeder Gliedereinheit gewählt wurden, sieht das Amendment XVII von 1913 die Wahl der (jeweils 2) Senatoren durch die Gliedvölker in den einzelnen Staaten vor. Die Direktwahl der Abgeord-

.....
45 Die Flächengröße des Territoriums, historische oder sozio-ökonomische Kriterien können einer "geometrischen" Vertretung hingegen keine demokratische Legitimation verschaffen. Manche Bundesverfassungen sehen bestimmte Minimalvertretungsbefugnisse jeder Gliedereinheit vor (so zB Art 51 Abs 2 GG; Art 34 Abs 2 B-VG), was die Proportionalvertretung zur Bevölkerungszahl abschwächt. Im Falle von "Mikrogliedereinheiten" wie etwa dem Aostatal in Italien oder der deutschsprachigen Gemeinschaft Belgiens wird zumindest eine symbolische Vertretung garantiert (vgl Art 53 Abs 3 der italienischen Verfassung; Art 67 § 1 Z 5 der belgischen Verfassung).

46 Vgl dazu mit Beispielen *Gamper*, FS Pernthaler, 158 ff.

47 Eine "arithmetische" Zusammensetzung findet sich etwa in den USA, Argentinien, Brasilien, Südafrika sowie der Russischen Föderation; eine "geometrische" Zusammensetzung etwa in Österreich, Deutschland, Belgien, Indien und Äthiopien. Mischmodelle existieren zB in Mexiko, Pakistan, Australien, Kanada, Malaysia, Nigeria und der Schweiz.

neten durch das Volk der Gliedeinheit findet sich auch in vielen anderen Bundesverfassungen wieder: Zu nennen sind etwa Argentinien,⁴⁸ Australien,⁴⁹ Bolivien,⁵⁰ Brasilien⁵¹ oder Mexiko⁵². Ebenso aber existieren Modelle, in denen die Abgeordneten durch die Parlamente der Gliedeinheiten gewählt⁵³ oder von den Regierungen der Gliedeinheiten bestellt⁵⁴ werden, wobei die Wählbarkeit an die Mitgliedschaft im jeweiligen Parlament oder der Regierung anknüpfen kann. Einen Sonderfall stellt die kanadische Verfassung⁵⁵ dar, die dem Generalgouverneur das Recht zur Ernennung von Senatoren einräumt, wobei aber dem Premierminister ein Vorschlagsrecht zukommt. Ein Zeichen besonders weitgehender Dezentralisation ist es, wenn eine Bundesverfassung es den Gliedeinheiten selbst überlässt, das Entsendungsmodell zu bestimmen.⁵⁶ Schließlich existieren in verschiedenen Bundesstaaten Mischmodelle,⁵⁷ die vorsehen, dass ein Teil der Abgeordneten der föderalen Kammer direkt von der Bevölkerung, ein anderer durch das Parlament oder die Regierung der Gliedeinheit gewählt oder "kooptiert" wird, worunter man die Wahl von Abgeordneten der föderalen Kammer durch Abgeordnete derselben Kammer versteht, die ihrerseits direkt durch das Volk oder durch Parlament bzw Regierung der Gliedeinheit gewählt wurden.

Die Modelle der Direktwahl durch die Bevölkerung bzw der Wahl durch das Parlament verleihen der föderalen Kammer ein

.....
48 Art 54 der argentinischen Verfassung.

49 Art 7 der australischen Verfassung.

50 Art 63 der bolivianischen Verfassung.

51 Art 46 der brasilianischen Verfassung.

52 Art 56 der mexikanischen Verfassung.

53 Vgl zB Art 35 Abs 1 B-VG; Art 61 Abs 3 der äthiopischen Verfassung; Art 80 Abs 4 der indischen Verfassung; Anhang 7 der malaysischen Verfassung; Art 69 der namibischen Verfassung; Art 59 der pakistanischen Verfassung; Art 61 der südafrikanischen Verfassung.

54 Vgl zB Art 51 GG.

55 Art 24 des *Constitution Act* 1867.

56 So etwa Art 150 Abs 3 Schweizerische BV.

57 Vgl zB Art 67 der belgischen Verfassung. Art 95 Abs 2 der russischen Verfassung sieht jeweils einen Vertreter des Parlaments und der Regierung jeder Gliedeinheit vor. Art 69 der spanischen Verfassung unterscheidet beim Entsendungsmodell nach der Art der entsendenden Gliedeinheiten. Art 45 der chilenischen Verfassung normiert eine gewisse Zahl politischer Spitzenfunktionäre als zusätzliche Senatoren, was über das in vielen Staaten übliche Modell gewisser "Ehrensensatoren" (Mitglieder regierender Häuser, ehemalige politische Funktionäre, verdiente Personen des öffentlichen Lebens etc) hinausgeht.

besonderes demokratisches Gewicht, da im ersten Fall die Abgeordneten der föderalen Kammer wie die der (ersten) nationalen Kammer direkt durch das (in diesem Falle Glied-)Volk gewählt werden und im zweiten Fall immerhin die Abgeordneten des Parlaments der Gliedeinheit volksgewählt sind. In letzterem Fall verknüpft sich auch in besonderer Weise die Legislativfunktion der föderalen Kammer im Rahmen der Bundesgesetzgebung mit der Legislativfunktion des Parlaments der Gliedeinheit. Letztlich sind es also die Völker der Gliedeinheiten, die den Bundesstaat demokratisch (mit)legitimieren. Das Modell der Bestellung durch die Regierungen der Gliedeinheiten und das Kooptionsmodell verdünnen hingegen die demokratische Legitimation der föderalen Kammer.

Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch die Frage der Weisungsbindung der Abgeordneten der föderalen Kammer.⁵⁸ Wenn die (nicht direkt volksgewählten) Abgeordneten an Weisungen der sie entsendenden Organe gebunden sind, verstärkt dies die Rückkoppelung an das volksgewählte Parlament oder selbst die parlamentsgewählte Regierung der entsendenden Gliedeinheit und damit auch die demokratische Legitimation der föderalen Kammer.

4. Funktionale Ausstattung

a) Allgemeines

Die Funktionen föderaler Kammern können sehr unterschiedlich sein. Entsprechend ihrer Funktion als Vertretung der Gliedeinheiten auf Ebene der Gesetzgebung des Bundes und ihrer organisatorischen Zuordnung zur gesetzgebenden Gewalt des Bundes, sind es primär Aufgaben im Rahmen der Bundesgesetzgebung, die durch föderale Kammern wahrgenommen werden. Ebenso aber, wie auch die Erste Kammer Anteil an der vollziehenden Gewalt haben kann, ist dies auch bei föderalen Kammern möglich. Je unspezifischer in diesem letzteren Fall aber die Aufgaben der föderalen Kammer geartet und je mehr sie denen der Ersten Kammer angeglichen sind, desto eher nähert sich dieses System dem "vollkommenen" Bikameralismus an. Der in Bezug auf die Organisation der beiden Kammern "vollkommene" Bikameralismus lässt allerdings die Unterschiede zwischen Erster und Zweiter Kammer verschwimmen. Im Falle des funktional "vollkomme-

.....

⁵⁸ Vgl. *Pernthaler/Rath-Kathrein*, Bindung von Mitgliedern des Bundesrates an Aufträge der sie entsendenden Landtage, in: FS Rill (1995) 197.

nen" Bikameralismus wird die spezifische Aufgabe der Interessenvertretung der Gliedereinheiten in den Hintergrund gedrängt. Dagegen sucht das jedem föderalen System immanente Element der Partizipation der Gliedereinheiten auf Ebene des Bundes ja dem Bundesstaat letztlich darin Legitimität zu verleihen, dass den Gliedereinheiten eine allgemeine Einflussnahme auf die Rechtsetzung des Bundes eingeräumt wird, derer sie sonst in Abhängigkeit ausgesetzt wären. Diese Teilnahme nun auf jene Fälle zu beschränken, die direkt das Verhältnis zwischen Bund und Gliedereinheiten betreffen, wäre daher eine Reduktion auf den zweiten wichtigen Legitimationsfaktor föderaler Kammern, nämlich der spezifischen Partizipation der Gliedereinheiten an Entscheidungen des Bundes, die ihre eigene Stellung verändern.

b) Teilhabe an der Gesetzgebung des Bundes

Die Teilhabe an der Bundesgesetzgebung ist die primäre Aufgabe der föderalen Zweiten Kammer des Bundesparlaments. Im System des funktional "vollkommenen" Bikameralismus durchläuft jedes Gesetz, unbeschadet seines Ranges oder Regelungsinhalts, beide Kammern in gleicher Weise. Üblicher sind allerdings "unvollkommen" bikamerale Systeme, in denen gewisse Arten von Gesetzen der Beschlussfassung der Ersten Kammer und allenfalls gewisse Arten von Gesetzen der Beschlussfassung der Zweiten Kammer vorbehalten sind und nur hinsichtlich der übrigen Gesetzgebung ein beide Kammern durchlaufendes Verfahren vorgesehen ist.

Innerhalb dieses grundsätzlich zwei Kammern durchlaufenden Verfahrens kann wiederum unterschieden werden: Zunächst dahin gehend, welche Kammer Gesetzesvorschläge einbringen darf und in welcher Kammer diese einzubringen sind. Wenn ein Gesetzgebungsverfahren – was regelmäßig der Fall ist – in der Ersten Kammer beginnt und nach erfolgreicher Beschlussfassung in dieser sodann die Zweite Kammer durchläuft, kann danach unterschieden werden, welche Auswirkungen eine Verweigerung der Zustimmung der föderalen Kammer hat. Die Bundesverfassungen statten die föderalen Kammern zum Teil mit absoluten, zum Teil mit suspensiven Vetorechten aus, die im letzteren Fall mitunter durchaus komplizierte Bestätigungsverfahren auslösen; in vielen Fällen kann ein suspensives Veto der föderalen Kammer durch einen – allenfalls mit erhöhtem Quorum bzw Mehrheit zu treffenden – Beharrungsbeschluss der Ersten Kammer überwun-

den werden. Je weniger eine Zweite Kammer über absolute Vetorechte verfügt, desto weniger ist sie in der Lage, die Interessen der sie entsendenden Gliedseinheiten zu vertreten. Dieser Schwäche kann einerseits begegnet werden, indem den Gliedseinheiten in bestimmten Fällen direkte Zustimmungsrechte garantiert sind oder indem sie durch andere, insbesondere nicht (verfassungs)-rechtsförmlich vorgesehene Koordinationsgremien⁵⁹ politisch Druck auszuüben vermögen, der einer förmlichen Versagung der Zustimmung der föderalen Kammer gleichkommt; andererseits kann diese Schwäche, wie im Fall des österreichischen Bundesrates,⁶⁰ noch dadurch intensiviert werden, dass die föderale Kammer von ihren ohnehin begrenzten Rechten aus politischen Gründen nicht Gebrauch macht. Je schwächer freilich die föderale Kammer funktional ausgestattet ist, desto weniger kann sie der innerparlamentarischen Gewaltenteilung gerecht werden; die demokratische Vertretung des Bundesvolkes (in Form der Ersten Kammer) nimmt dann eine im Vergleich zur (möglicherweise nur verdünnt) demokratischen Vertretung der Gliedvölker überlegene Position ein.

c) Teilhabe an der Verwaltung des Bundes

Föderale Kammern können auch bestimmte Funktionen im Rahmen der Verwaltung des Bundes wahrnehmen. Dazu zählen insbesondere parlamentarische (rechtliche, politische und finanzielle) Kontrollrechte über die Verwaltung, die wiederum vollkommen parallel zu denjenigen der Ersten Kammer oder aber in nur eingeschränkter Weise wahrgenommen werden können. Immer wieder wirken föderale Kammern auch an bestimmten Verwaltungsakten mit, bei denen ein Einvernehmen mit dem Parlament hergestellt werden muss. Bei diesen Verwaltungsakten handelt es sich allerdings zumeist nicht um herkömmliche Verwaltungsakte, sondern um bestimmte Akte in Zusammenhang mit obersten Verwaltungs- bzw Regierungsgeschäften und -organen, wie

.....

59 So etwa die österreichische Landeshauptmännerkonferenz, die als "Macht im Schatten" bezeichnet wurde (so *Weber*, *Macht im Schatten?* [Landeshauptmänner-, Landesamtsdirektoren- und andere Landesreferentenkonferenzen], ÖZP 1992, 405; *Bußjäger*, *Föderalismus durch Macht im Schatten? – Österreich und die Landeshauptmännerkonferenz*, in: *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen* [Hrsg], *Jahrbuch des Föderalismus 2003* [2003] 79; vgl. weiters *Rosner*, *Koordinationsinstrumente der österreichischen Länder* [2000] sowie *Meirer*, *Die Verbindungsstelle der Bundesländer oder Die gewerkschaftliche Organisation der Länder* [2003]).

60 Vgl. *Schambeck* (Hrsg), *Bundesstaat und Bundesrat in Österreich* (1997).

zB Bestellungs- und Absetzungsverfahren hinsichtlich bestimmter oberster Organe (etwa des Staatsoberhauptes)⁶¹ etc. Solche Mitwirkungsrechte können auch einen spezifischen Bezug zum Bundesstaat haben, wie etwa das Beispiel des Art 100 Abs 1 B-VG zeigt: Demnach kann jeder Landtag auf Antrag der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates vom Bundespräsidenten, allerdings nur einmal aus dem gleichen Anlass, aufgelöst werden. Voraussetzung ist allerdings, dass die Zustimmung des Bundesrates bei Anwesenheit der Hälfte der Mitglieder und mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen beschlossen wird, wobei die Vertreter des Landes, dessen Landtag aufgelöst werden soll, nicht teilnehmen dürfen.⁶²

Besondere Schwierigkeiten erweist die Zuordnung der Mitwirkung föderaler Kammern in internationalen Angelegenheiten,⁶³ etwa im Rahmen der Ratifizierung von Staatsverträgen. Berührt der Staatsvertrag Angelegenheiten der Gesetzgebung – gerade solche, die in die Kompetenz der Gliedstaaten fallen – oder überhaupt höher qualifizierte Formen der Gesetzgebung, insbesondere mit Auswirkungen auf die Position der Gliedstaaten, wären entsprechende Mitwirkungsrechte der föderalen Kammer funktional eher als Teilhabe an der Gesetzgebung denn als Teilhabe an der Verwaltung zu qualifizieren. Den Teilhaberechten an der Gesetzgebung parallelisierte Rechte können Zweiten Kammern in EU-Mitgliedstaaten auch im Vorfeld der Willensbildung der Europäischen Union zukommen.⁶⁴

d) Teilhabe an der Gerichtsbarkeit

Zweite Kammern üben im Regelfall nicht selbst Gerichtsbarkeit aus; eine traditionelle Ausnahme stellte neben der *impeachment*-Gerichtsbarkeit des US-Senats⁶⁵ bisher das *House of Lords* dar,

61 Vgl klassisch das *impeachment*-Verfahren in den USA, wo der Ersten Kammer die Rolle des Anklägers, der Zweiten Kammer die Rolle des Gerichts zukommt.

62 Vgl zu dieser bisher nicht zur Anwendung gelangten Bestimmung *Bußjäger*, Die Zustimmungsrechte des Bundesrates (2001) 70 f.

63 Vgl auch in diese Richtung auch *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁹ (2000) 226.

64 Vgl etwa Art 23e Abs 6 B-VG und dazu *Öhlinger*, Art 23e B-VG, in: Korinek/Holoubek (Hrsg), Österreichisches Bundesverfassungsrecht (2002) Rz 17. Der deutsche Bundesrat schuf sogar eine eigene Europakammer gem Art 53 Abs 3a GG.

65 Vgl Art I Sec 3 der US-Verfassung.

das in seiner Funktion als Höchstgericht allerdings nunmehr von einem eigenen *Supreme Court* abgelöst wird.⁶⁶

Üblicher sind zum einen Anfechtungsrechte der Zweiten Kammern vor dem Verfassungsgericht⁶⁷ und zum anderen die Mitwirkung der Zweiten Kammern am Verfahren der (insbesondere höchstrichterlichen) Richterbestellung⁶⁸.

Schließlich üben manche Zweite Kammern schiedsrichterliche Tätigkeiten aus, etwa indem sie zur Konfliktlösung zwischen dem Bund und den Gliedseinheiten oder den Gliedseinheiten untereinander berufen sind.⁶⁹

e) *Sonstige Funktionen*

Art II Sec 2 der US-Verfassung unterscheidet etwa zwischen "*advice*" und "*consent*" des Senats, was diesem auch eine Beratungsrolle zuweist. Weitere Funktionen werden von föderalen Kammern etwa in Zusammenhang mit EU-Angelegenheiten oder in gemeinsamen Ausschüssen zusammen mit der Ersten Kammer ausgeübt, in die beide Kammern bestimmte Vertreter entsenden;⁷⁰ möglich ist aber auch eine aus dem Plenum beider Kammern zusammengesetzte parlamentarische Versammlung.⁷¹

5. Zweite Kammern auf regionaler Ebene

In föderalen Systemen kann es zur Verdoppelung des bikameralen Systems kommen, wenn auch auf Ebene der Gliedseinheiten ein bikamerales System zwingend durch die Bundesverfas-

66 Vgl den *Constitutional Reform Act* 2005.

67 Vgl etwa Art 140 Abs 1 B-VG; Art 93 Abs 1 Z 2a GG.

68 Vgl nur Art II Sec 2 der US-Verfassung; Art 147 Abs 2 B-VG; Art 94 Abs 1 GG; ohne Zusammenhang zum Föderalismus etwa auch das in Art 56 Abs 1 der französischen Verfassung verankerte Recht des Präsidenten des französischen Senats, drei Mitglieder des *Conseil Constitutionnel* zu bestimmen.

69 Vgl etwa Art 143 § 2 der belgischen Verfassung.

70 Vgl etwa den Gemeinsamen Ausschuss von Bundesrat und Bundestag gem Art 53a GG oder den Vermittlungsausschuss gem Art 77 GG. In Österreich vgl § 9 F-VG, wonach der so genannte "26er-Ausschuss" über die Aufrechterhaltung eines Einspruchs der Bundesregierung gegen Landesabgabengesetzesbeschlüsse entscheidet.

71 Diese parlamentarische Versammlung kann entweder mit spezifischen Funktionen betraut sein (vgl etwa die Bundesversammlung gem Art 38 B-VG) oder als Überbegriff des Gesamtparlaments dienen (vgl etwa die Bundesversammlung in der Schweiz oder den Kongress in den USA).

sung vorgesehen oder die Verfassung der jeweiligen Gliedeinheit dazu ermächtigt ist, ein solches vorzusehen. Letzterer Fall kann als besonders weitgehende Form von Verfassungsautonomie verstanden werden, da den Gliedeinheiten selbst die Entscheidung für ein uni- oder bikamerales System überlassen bleibt.⁷² Eine Zweite Kammer auf regionaler Ebene kann etwa der Vertretung von ständischen oder lokalen Interessen dienen. Solange allerdings die subregionale, insbesondere lokale, Ebene nicht als integrierende *pars constituens* des Bundesstaates oder auch nur einer Gliedeinheit eines Bundesstaates angesehen wird,⁷³ entfaltet eine der subregionalen Interessenvertretung dienende Zweite Kammer auf regionaler Ebene keine quasi-föderale Funktion. Dies wird insbesondere am Beispiel der USA sichtbar, wo die Senatoren auf Bundesebene, entsprechend der Vorstellung von der absoluten Gleichheit der Gliedstaaten, nach "arithmetischem" Modus entsendet werden; unbeschadet seiner Größe oder Bevölkerungszahl, entsendet also jeder Gliedstaat die gleiche Zahl von (2) Senatoren. Auf Ebene der Gliedeinheiten⁷⁴ hingegen wurden auf Grund der Rechtsprechung des *Supreme Court*,⁷⁵ wonach die Gleichwertigkeit der Wählerstimmen höher zu bewerten sei als eine diesbezügliche Verfassungsautonomie der Gliedeinheiten, die Wahldistrikte für die Wahl der Regionalsenatoren so eingeteilt, dass sie in etwa die gleiche Zahl von Stimmbürgern aufweisen; sie folgen also nicht mehr zwangsläufig den Grenzen subregionaler Gebietskörperschaften (*counties*), die ja ganz unterschiedliche Einwohnerzahlen aufweisen.

72 Vgl zB Art IV Sec 4 der US-Verfassung ("*The United States shall guarantee to every state in this Union a Republican form of government.*"), in dessen Rahmen (*government* als weiter Begriff eines parlamentarischen Regierungssystems) auch bikamerale Parlamente in den Gliedstaaten zulässig sind. Vgl dagegen Art 95 B-VG, dem die Verpflichtung zur unikameralen Form der Landtage zu entnehmen ist.

73 Vgl zu diesem Problem jüngst *Weber*, Zwei- oder dreigliedriger Bundesstaat? Bemerkungen zur Stellung der Gemeinden in einer möglichen künftigen Bundesverfassung, in: FS Pernthaler (2005) 413.

74 Mit der Ausnahme von Nebraska verfügen alle US-Bundesstaaten über ein bikamerales Parlament, was auf historische Zweikammernsysteme in 11 der 13 ursprünglichen Staaten, ja bis auf die kolonialen Erfahrungen mit dem Bikameralismus Großbritanniens zurückgehen dürfte; vgl dazu auch *Leckrone*, *The United States Senate* (im Druck). Zum Zweikammernsystem des nordirischen Regionalparlaments unter dem (aufgehobenen) *Government of Ireland Act 1920* vgl *Bogdanor*, *Devolution in the United Kingdom*² (2001) 70.

75 Vgl grundlegend *Supreme Court, Reynolds v Sims* (1964).

Der bayerische Senat, der als Vertretung der sozialen, wirtschaftlichen, kulturellen und gemeindlichen Körperschaften des Landes beratend bei der Gesetzgebung des bayerischen Landtages mitwirkte, ist seit einigen Jahren abgeschafft.⁷⁶ Allerdings stellt sich bei rein beratenden Tätigkeiten Zweiter Kammern generell die Frage, ob es sich beim jeweiligen Gesamtparlament tatsächlich um ein funktional bikamerales System handelt. Trotz organisatorischer Einbettung der Zweiten Kammer in die parlamentarische Gesamtorganisation ähnelt die Zweite Kammer dann nämlich eher der "bloß" mitwirkungsberechtigten (parlamentsfremden) Einrichtung, der Anhörungs- und Beratungsrechte zukommen. Als bikameral erweisen sich daher nur jene Systeme, die nicht nur zwei organisatorisch im Gesamtparlament verknüpfte Teilorgane aufweisen, sondern diese auch funktional wenigstens mit einem Mindestmaß an rechtsverbindlichen Entscheidungsbefugnissen ausstatten.

6. Der US-Senat als Prototyp der föderalen Kammer?

Im internationalen Vergleich zeigt sich, dass die föderalen Kammern der verschiedenen Bundesstaaten sowohl in ihrer Organisation als auch in ihrer funktionalen Ausstattung stark voneinander abweichen. Als kleinster gemeinsamer Nenner erweist sich organisatorisch eine Art der Entsendung, die ihre demokratische Legitimation letztlich von den Völkern der einzelnen Gliedereinheiten, nicht aber vom gesamten Bundesvolk bezieht; in vielen Fällen handelt es sich dabei freilich um eine ausgesprochen "verdünnte" demokratische Legitimation, die sich nur noch über mehrere Stufen vom Volk der Gliedeinheit ableiten lässt.

Funktional nehmen föderale Kammern regelmäßig Mitwirkungsfunktionen an allen staatlichen Gewalten wahr, wobei der Mitwirkung an der Gesetzgebung ein eindeutiges Schwergewicht zukommt. Seltener stellen föderale Kammern "vollkommene" Abbil-

.....
76 Die Artikel 34 bis 42 der Bayerischen Verfassung betreffend den Senat wurden auf Grund des Volksentscheides vom 8. 2. 1998 (dazu etwa kritisch *Isensee*, Verfassungsreferendum mit einfacher Mehrheit – Der Volksentscheid zur Abschaffung des Bayerischen Senats als Paradigma [1999]; *Dreier*, Landesverfassungsänderung durch quorenlosen Volksentscheid aus der Sicht des Grundgesetzes, BayVBl 1999, 513) durch das Gesetz zur Abschaffung des Bayerischen Senats vom 20. 2. 1998 (GVBl. S. 42), in Kraft getreten am 1. 1. 2000, aufgehoben; vgl auch *Zippelius*, Der einstige Beitrag des Bayerischen Senats zur Kultivierung demokratischer Entscheidungen, BayVBl 2000, 193.

der der Ersten Kammer dar; wesentlich häufiger hingegen ist das Verhältnis zwischen beiden Kammern asymmetrisch gestaltet, wobei im Regelfall die Erste Kammer über weitergehende Funktionen als die Zweite Kammer verfügt.

Unumstritten ist der US-amerikanische Senat der historische – sehr pragmatisch entstandene – Prototyp der föderalen Kammer. Auf einem "arithmetischen" Entsendungsmodell beruhend, seit 1913 direkt durch die Völker der einzelnen Gliedstaaten gewählt, setzt sich der Senat aus 100 Mitgliedern zusammen, die für längere Perioden als das Repräsentantenhaus (nämlich 6 Jahre) gewählt werden⁷⁷ und auch eine höhere Altersgrenze (mindestens 30 Jahre) ebenso wie erhöhte Staatsbürgerschafts- und Einwohnerschaftsanforderungen (mindestens 9-jährige Staatsbürgerschaft sowie Einwohnerschaft im betreffenden Bundesstaat) erfüllen müssen.

Aus funktionaler Perspektive stellt der US-Kongress grundsätzlich ein "vollkommen" bikamerales System dar, da alle (auch Verfassungs)Gesetze beide Häuser passieren müssen und beide Häuser auch dieselben parlamentarischen Kontrollrechte gegenüber der Vollziehung ausüben.⁷⁸ Verweigert eines der beiden Häuser die Zustimmung zu einem Gesetzesvorschlag des anderen, treten die Häuser relativ formlos in gemeinsamen Sitzungen zur Kompromissfindung zusammen.

Der US-amerikanische Senat ist damit nicht nur der historische Prototyp der föderalen Kammer, sondern stellt auch eine rechtlich "starke" Vertretung der Gliedstaaten dar. Die Abweichungen föderaler Kammern zahlreicher anderer Bundesstaaten, nicht zuletzt des österreichischen Bundesrates, sind im Vergleich dazu als massiv zu bezeichnen. Selbst die relativ "starken" föderalen Kammern Deutschlands und der Schweiz unterscheiden sich vom US-Senat zum Teil erheblich und können dennoch gewissermaßen selbst als Prototypen bezeichnet werden, repräsentieren sie doch "klassische" Bundesstaaten, die auf einer weiter in die Vergan-

.....
77 Der Senat erneuert sich, wie viele Zweite Kammern, in Partialrevision; beruhend auf der nach der ersten Senatswahl 1789 getroffenen Einteilung der Senatoren in drei sich nach verschiedenen langen Amtsperioden unterscheidende Gruppen, finden alle zwei Jahre Senatswahlen (mit Vorwahlen) statt, wo jeweils nur ein Drittel der Sitze gewählt wird.

78 Hinsichtlich des Rechts der Gesetzesinitiative ist es dem Senat nur im Falle von Steuergesetzen verwehrt, initiativ zu werden (vgl Art I Sec 7 der US-Verfassung); dessen ungeachtet behält er sein Zustimmungsrecht zu einer solchen Gesetzesvorlage. Umgekehrt stehen dem Senat gewisse ausschließliche Zuständigkeiten zu (vgl dazu bereits oben FN 36).

genheit zurückreichenden bundesstaatlichen Entwicklung⁷⁹ und Stabilität sowie einer kompetenzstarken regionalen Ebene aufbauen. Während der deutsche Bundesrat mit seiner Stimmgewichtung⁸⁰ einem "geometrischen" Modell entspricht, verwirklicht der schweizerische Ständerat in Bezug auf die Mehrheit der Kantone das US-amerikanische Modell der "arithmetischen" Vertretung, räumt allerdings 6 Kantonen nur jeweils 1 (statt, wie sonst, 2) Abgeordnete ein. Die deutschen Bundesratsabgeordneten werden – und das ist eine weltweit selten anzutreffende Variante des Exekutivföderalismus⁸¹ – von den Landesregierungen aus ihrem Kreise bestellt, während es die schweizerische Bundesverfassung in besonderer Ankerkennung der Kantonsautonomie überhaupt dem Kantonsrecht überlässt, das Entsendungsmodell zu bestimmen;⁸² alle Kantone sehen die Volkswahl der Ständeratsabgeordneten vor.

In funktionaler Hinsicht, die hier nur auf die wichtigste Zuständigkeit föderaler Kammern, nämlich die Mitwirkung an der Gesetzgebung des Bundes, beschränkt werden soll, erweist sich der deutsche Bundesrat, durch den die Länder bei der Gesetzgebung und Verwaltung des Bundes und in Angelegenheiten der Europäischen Union gem Art 50 GG mitwirken und dem gem Art 76 Abs 1 GG auch das Recht zur Gesetzesinitiative zusteht, als dem US-Senat insofern unterlegen, als ihm nur in manchen Angelegenheiten, die einen besonderen Länderbezug haben, ein absolutes Vetorecht zusteht; immerhin steht dem Bundesrat auch im Fall bloßer "Einspruchsgesetze" das Antragsrecht zu einem Vermittlungsverfahren zu.⁸³ Der schweizerische Ständerat wiederum stellt, wie ja grundsätzlich auch der US-amerikanische Senat, eine der Ersten Kammer funktional "vollkommen" gleichgestellte Zweite Kammer dar.⁸⁴

Ohne hier auf organisatorische und funktionale Einzelheiten dieser föderalen Kammern eingehen zu können, zeigt sich bereits

.....

79 Allerdings ging etwa der Schweizerischen Bundesverfassung 1999 eine Totalrevision voraus; die deutsche Bundesstaatskommission scheiterte hingegen am 17. 11. 2004.

80 Art 51 Abs 2 GG.

81 Vgl dazu *Dann*, *Parlamente im Exekutivföderalismus* (2004).

82 Art 150 Abs 3 Schweizerische BV.

83 Vgl zum Vermittlungsausschuss gem Art 77 GG zuletzt *Huber/Fröhlich*, *DÖV* 2005, 322 ff (mwN).

84 Vgl *Zimmerli*, *Bundesversammlung*, in: *Thürer/Aubert/Müller* (Hrsg), *Verfassungsrecht der Schweiz* (2001) 1027.

deutlich, dass US-Senat und schweizerischer Ständerat in ihrer grundsätzlichen Struktur weit mehr korrelieren als etwa mit dem deutschen Bundesrat.⁸⁵ Noch viel weiter vom US-Senat entfernt ist der österreichische Bundesrat, der – trotz signifikanter rechtlicher und politischer Schwächen – dem deutschen Bundesrat sowohl funktional ("unvollkommener" Bikameralismus) als auch organisatorisch mehr entspricht, da die Zusammensetzung "geometrischer" Natur und die demokratische Legitimation insofern abgeleitet ist, als die Abgeordneten nicht direkt durch das Landesvolk gewählt werden.

III. Schlussbetrachtung: Zweite Kammern als Verfallserscheinung oder Reformträger? Legitimationsdefizite und Entstehung neuer Prototypen

Zweite Kammern leiden zunehmend an Legitimationsproblemen staatstheoretischer (undemokratische Beschränkung der volksgewählten Ersten Kammer), politischer (Unzulänglichkeiten in der Befugniswahrnehmung) und ökonomischer Natur (Effizienzdefizite und Kostenfrage). Im demokratischen Einheitsstaat zeigen sich diese Probleme in besonderer Schärfe: Eine ständische Vertretung von Eliten im Sinne der "gemischten" Verfassung stellt, sofern diese die volksgewählte Erste Kammer nicht nur beratend unterstützen, sondern auch gewichtig beschränken kann, ein gravierendes Demokratieproblem dar. Im Falle volksgewählter Zweiter Kammern hingegen treten vielfach Effizienzmängel bei der innerparlamentarischen Gewaltenteilung und Kontrolle auf, die eine Abschaffung der Zweiten Kammer schon aus Kostengründen nahelegen scheinen.

Im Bundesstaat kann allerdings von einer Repräsentation der Gliedeinheiten auf Ebene der Bundesgesetzgebung (indirektes Partizipationsmodell) nicht abgegangen werden, will man diese nicht durch ein höchst impraktikables direktes Partizipationsmodell ersetzen.

Der US-Senat stellt den historischen Prototyp einer föderalen Kammer dar, deren organisatorische und funktionale Gestaltung

.....
⁸⁵ So auch überhaupt für das deutsche Bundesstaatsmodell *Dippel*, Die Konstitutionalisierung des Bundesstaats in Deutschland 1849 – 1949 und die Rolle des amerikanischen Modells, Der Staat 1999, 221 (239).

nur zum Teil von anderen föderalen Kammern übernommen wurde. Obwohl von den "Verfassungsvätern" nicht als theoretisches Modell erdacht,⁸⁶ dürfte ihm doch Vorbildcharakter auch für andere föderale Kammern zukommen: Die demokratische Rückkopplung der Senatoren an die Völker der Gliedstaaten und die "vollkommene" innerparlamentarische Gewaltenteilung zwischen ihm und dem Repräsentantenhaus lassen ihn als Ideal einer föderalen Kammer im demokratischen Bundesstaat erscheinen.

Wenig Beachtung findet dieses Modell allerdings bei den aktuellen Reformbestrebungen europäischer Zweikammersysteme: Die Transformation des *House of Lords* führte – trotz des Dezentralisierungsprozesses in Großbritannien – bisher nicht zur Umwandlung in eine Kammer der Regionen.⁸⁷ In Italien wird in Zusammenhang mit der anstehenden Senatsreform eben die Beseitigung des "vollkommenen" Bikameralismus angestrebt.⁸⁸ In Österreich diskutierte der Verfassungskonvent erfolglos verschiedene Reformmöglichkeiten des Bundesrates, die bis zu seiner Beseitigung reichten.⁸⁹ In Deutschland scheiterte die Bundesstaatsreformkommission am 17. 12. 2004 – wenn auch in erster Linie an der umstrittenen Reform der Kompetenzverteilung.⁹⁰ Auch in Belgien und Spanien steht die Reformbedürftigkeit der Zweiten Kammern seit geraumer Zeit außer Zweifel.⁹¹

86 Vgl. *Madison* in der 1788 erschienenen Nr. 62 der "*Federalist Papers*" (in deutscher Übersetzung bei *Ermacora* [Hrsg.], *Föderalist* 347 f): "*But it is superfluous to try, by the standard of theory, a part of the Constitution which is allowed on all hands to be the result, not of theory, but 'of a spirit of amity' and that mutual deference and concession which the peculiarity of our political situation rendered indispensable.*"

87 Zu den Änderungen des *House of Lords Act* 1999 vgl. *Russell*, *Reforming the House of Lords* (2000). Vorschläge hinsichtlich einer Etablierung des *House of Lords* als Regionenkammer (vgl. zB *Royal Commission on the Reform of the House of Lords* [Hrsg.], *A House for the Future*, Cm 4534 [2000]) wurde bisher nicht Rechnung getragen.

88 Vgl. DDL S 2544-B.

89 Vgl. den Endbericht des Österreich-Konvents vom 31. 1. 2005 (1/ENDB-K, abrufbar unter www.konvent.gv.at).

90 Vgl. dazu *Brink*, *Unreformierter Föderalismus*, ZRP 2005, 60; *Schneider*, *Politikentflechtung in Deutschland. Rückkehr zu einem Trennsystem zwischen Bund und Ländern?*, in: FS *Pernthaler* (2005) 369.

91 Für Spanien etwa *Barrios*, *Spanien – Politische Dezentralisierung als flexibles Verhandlungssystem*, in: *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen* (Hrsg.), *Jahrbuch des Föderalismus* 2000 (2000) 308 (313 f); für Belgien etwa *Lambertz*, *Die Verfassung Belgiens und ihre Institutionen*, NWVBI 2003, 329 (332).

So wäre es möglicherweise der Ebene der Europäischen Union vorbehalten, maßgebliche Impulse für den Bikameralismus zu setzen: Einerseits durch neue Funktionen, die von den Zweiten Kammern auf mitgliedstaatlicher Ebene im Falle des In-Kraft-Tretens des Protokolls über die Rolle der nationalen Parlamente in der Europäischen Union sowie des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit⁹² wahrgenommen würden. Andererseits innerhalb der Organstruktur der Europäischen Union selbst: Die vom – in seinem In-Kraft-Treten momentan allerdings gefährdeten – europäischen Verfassungsvertrag vorgesehene doppelte Mehrheitsbildung im Rat, die auf Staaten *und* Unionsvolk abstellt,⁹³ trägt in sich bereits den Wesenszug einer – freilich durch die Staatenvertreter mediatisierten – Doppelvertretung.⁹⁴ Ob sich auf dem Boden einer europäischen "Mischverfassung"⁹⁵ ein neuartiger Prototyp des Bikameralismus entwickeln wird, bleibt derzeit freilich offen.

Abstract: The Democratic Legitimation and Separation of Powers of Second Chambers in "Mixed" Constitutions

Due to the classic concept of the "mixed constitution", second chambers relate to a variety of constitutional principles, such as aristocracy and monarchy, democracy and parliamentarism, the separation of powers and federalism. Being a worldwide phenomenon, it seems to be particularly interesting to explore their organisational and functional aspects and thus to contribute to an emerging theory of international constitutional law. Although second chambers exist in unitary states as well, their most emi-

92 Vgl die Protokolle zum Vertrag über eine Verfassung für Europa, ABl 2004 C 310.

93 Vgl Art I-25 des Vertrags über eine Verfassung für Europa. Dazu etwa *Müller-Graff*, Strukturmerkmale des neuen Verfassungsvertrages für Europa im Entwicklungsgang des Primärrechts, *integration* 2004, 186 (197 f); *Wessels*, Die institutionelle Architektur der EU nach der Europäischen Verfassung: Höhere Entscheidungsdynamik – neue Koalitionen?, *integration* 2004, 161 (165 ff); *Hänsch*, Jenseits der Artikel – europäische Grundentscheidungen der EU-Verfassung, *integration* 2004, 320.

94 Dass der Ministerrat keine Zweite Kammer des Europäischen Parlaments darstellen wird, wie *Hänsch*, *integration* 2004, 324 darlegt, hängt mit dieser inneren Struktur der doppelten Mehrheit nicht zusammen.

95 Fundamental hierzu *Häberle*, Europäische Verfassungslehre³ (2005).

ment role is played in federal states, namely that of representing the constituent units at the level of federal legislation.

The US-Senate is the historic prototype of the "federal chamber". Elected by the peoples of the constituent units, that are equally represented irrespective of their number of inhabitants, the Senate exercises nearly the same functions as the House of Representatives ("perfect bicameralism"). Other federal chambers, however, differ largely regarding their mode of election and state representation as well as regarding functions which, in comparison to those of the first chamber, are usually minor in number and importance.

Lack of democratic legitimacy, political inefficiency and high costs increasingly challenge second chambers and render reform necessary. It is not surprising, therefore, that the reform of the second chamber is on the political agenda of many EU member states. Whether a new prototype of bicameralism might develop under a new European "mixed constitution" remains doubtful.

Jürgen Busch

Existiert Europa? – Antworten der Verfassungstheorie

I. Zugänge

1. Abgrenzungen

Vorweg bedarf es der Präzisierung, was denn mit der – zugebenermaßen plakativ formulierten – Fragestellung des Titels im Hinblick auf die folgende Erörterung näher hin gemeint ist. Ich beginne im Ausschlussverfahren: Es geht nicht um einen ontologischen, die Grundbedingungen des "Seins" Europas auslotenden und somit genuin philosophischen Zugang. Es geht vielmehr in einem erkenntnistheoretischen Sinn um die Frage: "In welchen Formen", oder banaler ausgedrückt, "als was existiert Europa"? Das erlaubt zunächst mehrere Zugänge. Je nachdem, von welcher (wissenschaftlichen) Warte aus wir Europa betrachten – geographisch, historisch, rechtlich, usw –, ergeben sich durch unterschiedliche Herangehensweisen unterschiedliche "Europabilder". Ihnen ist dieser erste Teil meiner Betrachtungen gewidmet. Die Abschnitte des zweiten Teils grenzen dann die Fragestellung auf mögliche rechtliche, verfassungstheoretische Dimensionen und Zugänge ein. Wir werfen gleichsam einen synthetischen Blick durch die Brille der (internationalen) Verfassungstheorie auf "Europas rechtliche Form".

Die so eröffnete Perspektive führt natürlich zwangsläufig zu blinden Flecken; in unserem Fall zu einer aus anderen Blickwinkeln unzulässigen Reduktion Europas auf die Europäische Union. Allein sie hat durch ihre supranationale, auch die Bürgerinnen und Bürger als Rechtssubjekte einbeziehende und den einzelstaatlichen Rechtssystemen vorgehende Rechtsordnung¹ einen rechtli-

.....

1 Hier hat der Europäische Gerichtshof früh die Rolle eines wichtigen "Integrationsmotors" übernommen. Vgl. EuGH Rs 26/62 (*van Gend & Loos*) Slg 1963, 1 und EuGH Rs 6/64 (*Costa/ENEL*) Slg 1964, 1251. Demnach stellt die EWG, jetzt EU, eine Rechtsordnung neuen Typs dar, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten sind, sondern auch die einzelnen Menschen, die unter ihr leben (*van Gend & Loos*); ihrem aus einer autonomen Rechtsquelle fließendem Recht kommt im Konfliktfall mit entgegenstehendem nationalen Recht Anwendungsvorrang zu (*Costa/ENEL*). Aus der Fülle

chen – durchaus auch "verfassungsrechtlichen" – Integrationsgrad erreicht, der einen verfassungstheoretischen Zugang zu Europa in dessen (relativer) Gesamtheit zweckmäßig erscheinen lässt.²

2. Europa faktisch-geographisch und historisch-ideell

Schon der naheliegendste, da auf den ersten Blick vermeintlich unproblematischste, Ansatz für mögliche "Existenz-" oder "Erscheinungsformen" Europas – der Versuch, Europa geographisch zu definieren – stößt bei näherer Betrachtung bereits auf einige Schwierigkeiten. Vor allem dann, wenn der Versuch unternommen wird, die geographischen Fakten mit sich historisch wandelnden ideellen Vorstellungen von Europa in Einklang zu bringen.³ Nicht selten haben Letztere dabei vorgeblich "natürliche", geographische Grenzziehungen nachhaltig beeinflusst; aus Gründen, die gerne auf die Geographie zurückgeführt werden, aber politisch, aus der Politik zu Grunde liegenden Ideen und Überzeugungen, gar Ideologien, motiviert sind. Allein die Tatsache, dass Europa streng geographisch genommen gar kein eigenständiger Kontinent ist, sondern ein Subkontinent der eurasischen Kontinentalplatte, macht die relative Willkür gewählter "natürlicher" Grenzen Europas augenfällig.

Kaum Probleme macht die nördliche und westliche Ab- und Eingrenzung: Hier umschließt der Atlantik und seine Fortsetzung als Nördliches Eismeer Island, die Britischen Inseln und Skandi-

.....
 der Literatur dazu prägnant *Mancini*, *The Making of a Constitution for Europe*, in: ders (Hrsg), *Democracy and Constitutionalism in the European Union. Collected Essays* (2000) 1 (4 ff). Durch Art I-6 Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE) ist dieser hinkünftig auch positivrechtlich normiert.

2 Zum Europarecht im weiteren Sinn zählen auch die Rechtsordnungen der klassischen völkerrechtlichen europäischen Organisationen wie Europarat, OSZE oder WEU. Wie etwa die EMRK als Teil der den Mitgliedstaaten der EU gemeinsamen Verfassungstraditionen (vgl Art 6 EUV) kann Europarecht auch außerhalb des EU-Rechts integraler Bestandteil des europäischen Konstitutionalisierungsprozesses sein. Innerstaatliches Verfassungsrecht, EU-Recht und Völkerrecht (so nicht ohnehin in die innerstaatlichen Rechtsordnungen inkorporiert) stehen in vielfältigen Anwendungszusammenhängen. Vgl zum Begriff des "Anwendungszusammenhangs" im Verhältnis von nationalem und EU-Recht *Schmitt Glaeser*, *Souveränität und Vorrang*, in: Bogdandy (Hrsg), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge* (2003) 205 (224 ff).

3 Aufschlussreich *Le Goff*, *Die Geschichte Europas* (1997). Wie alle Kontinente sei Europa "ein Kind der Geografie und der Geschichte" (ebd, 12).

navien ebenso wie die (West-)Küsten Frankreichs, Spaniens und Portugals. Weit schwieriger verhält es sich mit dem Mittelmeer als "natürlicher" Südgrenze eines geographischen Europas: Von der griechisch-römischen Antike her bis zum Anbruch der Neuzeit wäre es denkunmöglich, die nordafrikanische Mittelmeerküste von "Europa" im ideellen Sinn zu trennen.⁴ Ebenso verhält es sich mit dem östlichen Mittelmeerraum: Aus dem Vorderen Orient stammen bekanntlich bedeutende kulturelle Grundlagen der abendländischen Zivilisation (man denke nur an die Entwicklung der Schrift oder die drei großen monotheistischen Weltreligionen, die allesamt konstitutiv für die "europäische Zivilisation" werden sollten). Dass überdies die heutige Südgrenze des geographischen Europas über die Neuzeit bis zur Gegenwart wie selbstverständlich quer durch den Mittelmeerraum verläuft, ja als eine solche Grenze überhaupt sinnvoll und nicht ganz und gar willkürlich begriffen werden kann, ist rein dem Umstand der arabischen Expansion entlang der südlichen Mittelmeerküste im Verlauf des Mittelalters "zu verdanken". Erst dadurch konnte von einer historisch-kulturell einigermaßen (aber niemals vollständig) separat verlaufenden Entwicklung nördlich und südlich des Mittelmeeres gesprochen werden.⁵

Ganz und gar willkürlich müssen Europas geographische östliche und südöstliche Grenzmarkierungen erscheinen, vor allem das Ural-Gebirge, das ein europäisches und ein asiatisches Russ-

.....
4 Zur Verdeutlichung: Karthago als eine *der* großen "europäischen" Wirtschaftsmächte und Gegenspieler Roms (damit im Zusammenhang stehend die punischen Kriege); nur etwas später wird das gesamte Nordafrika in Form von Provinzen in das Imperium Romanum eingegliedert und stellt deren Kaiser (*Septimius Severus*); ja selbst in der Neuzeit sind Teile Nordafrikas Bestandteil europäischer Reiche und Staaten (wozu ich, da aus der europäischen Geschichte nicht wegzudenken, auch das Osmanische Reich zähle).

5 Eine separate Entwicklung mit "Bruchlinien", die gerade im 20. Jh auch recht bizarre Formen annehmen konnten aber leider durchaus ernst gemeint waren. So träumten etwa die faschistischen Regime Frankreichs und Italiens gemeinsam mit Nazi-Deutschland zu Beginn der 1940er Jahre vom "L'Arbre du Grand Espace Atlantropéen" oder "d'Euroafrique". – Bildlich vorgestellt als eine vom nördl Narvik bis zum südafrik Kap reichende Palme. Der Stamm zieht sich durch Afrika und entfaltet im Mittelmeer hinauf nach Europa die kräftigen grünen Blätter, die sich aus den Ressourcen des afrik Stammes speisen. In der Tat "Le cauchemar européen", der europäische Albtraum, wie der franz Autor sein entsprechendes Kapitel über europ Hegemonialmachtphantasien übertitelt. Vgl *Bossuat*, *Les fondateurs de l'Europe* (1994) 69 ff, graphische Darstellung auf 85.

land voneinander scheidet.⁶ *Michail Ryklin* zufolge lässt sich die ideelle Ausgrenzung des Zarenreichs aus Europa auf das Jahr genau mit 1843 datieren. Da erschien nämlich der europaweit Furore machende zweibändige Bestseller "La Russie en 1839" des französischen *Marquis de Custine*. Mit Sätzen wie: Hinter "der Weichsel beginnt Sibirien"⁷; oder: "Auf den ersten Blick bemerkt man in Petersburg eine Kalmückenhorde, die um einen Haufen antiker Tempel lagert, eine griechische Stadt, die für Tataren als Theaterdekoration improvisiert wurde"⁸ verunglimpft er öffentlichkeitswirksam Russland als unzivilisiert und somit nicht zum (offensichtlich kulturell definierten) Europa seiner Vorstellungswelt gehörig. Angesichts der Breitenwirkung und des nachhaltigen Einflusses auf das Russlandbild des übrigen Europa kann man hier getrost von einem "Frühfall" der gegenwärtig vielbeschworenen "europäischen Öffentlichkeit" sprechen. – In diesem Fall eher zum langfristigen Nachteil Europas und mit ihm Russlands, das sich gerade in den Jahrzehnten zuvor durch allerlei kulturelle, obrigkeitlich-reformerische und politische Anstrengungen⁹ darum bemüht hatte, nicht nur teilweise geographisch,¹⁰ sondern ganzheitlich ideell zu Europa zu gehören.¹¹ Die Folgen davon begleiten uns bis heute in den Diskussionen um einen möglichen zukünfti-

6 "'L'Europe de l'Atlantique à l'Oural' n'est qu'un trompe-l'œil historique. Des portes de Westphalie jusqu'à Vladivostok dans l'immense plaine eurasiatique, l'Oural n'est pas une frontière 'naturelle' et les villes de Sibérie sont plus 'européennes' que Nijni-Novgorod ou Kiev" leitet der französische Soziologe *Mendras* sein: *L'Europe des Européens. Sociologie de l'Europe occidentale* (1997) 9, ein.

7 Zitiert bei *Ryklin*, *Hinter den Spiegeln. Zur Geschichte der Grenze zwischen Rußland und Europa, Transit – Europäische Revue* 16 (1999) 158 (159).

8 Zitiert bei *Ryklin* (FN 7) 160.

9 Beispielhaft: die Reformen der aufgeklärten Zarin *Katharina II.*; die maßgebliche Rolle Russlands auf dem Wiener Kongress, die auf Betreiben des Zaren *Alexander I.* in die Gründung des durchaus auch religiös motivierten Schutz- und Trutzbundes der "Heiligen Allianz" mündete.

10 Die Grenze zwischen Europa und Asien wurde von der neuzeitlichen Geographie hauptsächlich mit dem Don angegeben. So noch 1734 im Artikel "Europa" in *Zedlers Universallexikon* (Bd 8, Sp 2194 f); zuvor schon bei *Sebastian Münster* in seiner "Mappa Europae" von 1536 und *Sigismund von Herberstein* in seinen "Rerum moscoviticarum commentarii" (deutsch 1567). Vgl *Schmale*, *Geschichte Europas* (2000) 51 ff.

11 Zuvor wurde der Ural unter Zar *Peter dem Großen* von Russland selbst als innerrussische Grenze zwischen Europa und Asien festgelegt, um zu gewährleisten, dass politische und kulturelle Zentren des nach Asien ausgreifenden russischen Imperiums auch geographisch in Europa liegen. Vgl *Schmale* (FN 10) 55.

gen EU-Beitritt Russlands oder vorgelagerter ehemaliger sowjetischer Teilrepubliken. Auch die Gemengelage aus geographischen und kulturellen Argumenten gegen einen solchen Beitritt hat sich kaum geändert.

Wir sehen anhand dieser Beispiele:¹² Schon "natürliche" Definitionsversuche Europas auf Grund seiner geographischen Bedingungen stoßen auf so manche Schwierigkeit. Welche Gründe auch immer und teils bewusst in den Vordergrund geschoben werden: Die Frage nach der Zugehörigkeit zu Europa hängt nicht von "natürlichen" Grenzen geographischer, auch kultureller oder gar zivilisatorischer Art ab; sondern vom historischen, politischen, sozialen oder auch ökonomischen Standpunkt der Betrachtenden. Diese Standpunkte stehen auch bei jeder einzelnen politischen Entscheidung zu laufenden Entwicklungen des europäischen Integrationsprozesses im Rahmen der EU zur Disposition. Europas politische Grenzen (und damit auch die politischen Grenzen der EU) sind Verhandlungssache; Europa ist – pointiert formuliert – "un continent par convention"¹³.

Solche vorrechtliche Bedingungen und Grundlagen – hier zunächst in ihrer geographischen und historischen Dimension – sind von einiger Relevanz für die Frage, was als "Europa" politisch "verfasst", somit (verfassungs)rechtlich determiniert werden kann. So stellt beispielsweise auch ein Doyen des Europarechts, *Walter van Gerven*, seinem aktuellen Werk zur Gegenwart und Zukunft der EU und seiner Rechtsordnung¹⁴ im ersten Kapitel einen pointierten Aufriss weichenstellender Ereignisse in der Geschichte Europas voran, in dem er auf eben solche historisch-ideelle Bruchlinien eingeht.¹⁵ Es sollen die historisch-kulturellen Bedingungen der gegenwärtigen Entwicklung der Europäischen Integration aufgezeigt und mögliche Anknüpfungspunkte für ein ausreichend legitimiertes demokratisches Gemeinwesen EU (auch)

.....
12 Sie ließen sich noch weiter fortführen: Erst jüngst haben die portugiesisch geprägten Kapverden vor der Westküste Afrikas laut über ein geplantes Ansuchen um EU-Beitritt nachgedacht. Marokko (König *Hassan* sprach in diesem Zusammenhang von seinem Land als europäischem Vorposten in Afrika) ist zuletzt 1987 mit seinem Beitrittsansuchen zur damaligen EG gescheitert.

13 So die französischen Geographen *Barrot/Elissalde/Roques*, *Europe – Europe. Espaces en recomposition* (1995) 9.

14 *W. van Gerven*, *The European Union. A Polity of States and Peoples* (2005).

15 *W. van Gerven* (FN 14) 45 ff.

in einer historischen Identität Europas festgemacht werden.¹⁶ Das Idealbild, als das sich eine Gesellschaft vorstellt, schöpft auch immer aus den Identifikationsangeboten der Geschichte. Mit anderen Worten: Gesellschaften konstituieren sich ideell auch immer als historisch bedingt.¹⁷

3. Europa als Wertegemeinschaft

All das bringt uns an die Nahtstelle zu einer weiteren wichtigen Dimension möglicher "Existenzformen" Europas. Mehr noch als seine geographischen und historischen Formen ist die Frage nach der Definition Europas als einer aus der europäischen Kultur¹⁸ gespeisten Wertegemeinschaft umstritten. Wir können davon ausgehen, dass im Zuge der europäischen Geschichte – einer Geschichte des internen wie externen kulturellen, sozialen und ökonomischen Austauschs und der Wechselbeziehungen der "handelnden Personen" und involvierten Regionen – über Jahrhunderte, ja Jahrtausende hinweg so etwas wie ein europäischer Kulturraum entstanden ist; ein historisch bedingter Kulturraum mit mehreren "Zentren" und durchaus diffusen Peripherien, bei denen eine eindeutige Zuordnung als zu Europa und seiner Kultur gehörig oft schwer fällt.¹⁹ Europäische Kultur war und ist eben ein offener, immer stets aufs Neue zu definierender Raum.²⁰ Die sich mit dem Begriff einer gewachsenen "europäischen Kultur" verbindenden Werte und Wertvorstellungen lassen sich nicht so ohne weiteres in einem abschließenden Katalog²¹ fixieren, der dann die Grundlage (auch rechtlich verfasster) europäischer Einheit bil-

16 In dieselbe Kerbe schlägt auch *Philip Allott*, wenn er europäische Verfassungstraditionen in historischer Perspektive miteinander vergleicht und ihre Bedeutung für den (gesamt)europäischen Konstitutionalisierungsprozess aufzeigt. Vgl. *Allott*, *The Crisis of European Constitutionalism: Reflections on the Revolution in Europe*, CMLR 34 (1997) 439 (439 ff, zentral 468 ff).

17 Vgl. *Allott* (FN 16) 470 ff.

18 Hier insbes aus kulturell – regional und graduell natürlich unterschiedlich – tief in und mit Europa verwurzelten Traditionen wie die drei großen monotheistischen Weltreligionen (mit historischen Vorteilen der christlichen Konfessionen) oder das Wirken der Aufklärung mit seiner Begründung von obersten Werten allein aus der menschlichen Vernunft.

19 Wie etwa der oben bereits diskutierte südliche und nahöstliche Mittelmeerraum.

20 So *Biedenkopf/Geremek/Michalski/Rocard*, *Was hält Europa zusammen?*, *Transit – Europäische Revue* 28 (2004) 82 (88).

21 Etwa die – heftig umstrittene – Präambel des gerade zur Diskussion stehenden Verfassungsvertrages der EU oder dessen Grundrechtscharta.

det. Für Europa ist seine ethnische, nationale, regionale und soziale Vielfalt und Vielgestaltigkeit konstitutiv.

Ein europäischer Kulturraum, eine europäische Wertegemeinschaft als akzeptabler gemeinsamer Kontext einer politisch-rechtlich verfassten und als solche wahrgenommenen europäischen Gesellschaft kann daher nur als ein nicht eindeutig bestimm- und begrenzbarer Raum "der Vielfalt unterschiedlicher, miteinander verschlungener und häufig auch einander widersprechender Traditionen, Vorstellungen und Aspirationen"²² erfasst werden. Er ist nicht nur als Faktum, sondern als (politische) Aufgabe und Prozess zu verstehen.

Fragen nach einem möglichen EU-Beitritt Russlands oder – in der Realität schon viel weiter gediehen – der Türkei und ähnlich gelagerte Fälle lassen sich daher in der politischen Realität nicht leicht mit kulturellen Argumenten beantworten. Politische Entscheidungen in der Frage, wer noch zum Europa der EU (der Anspruch, dass dies in eins fällt, ist mit der letzten Erweiterungsrunde gewachsen²³) gehören wird können und wer nicht, laufen letztlich auf Entscheidungen über die Bedeutung kultureller Differenz für die Politik hinaus.²⁴ Auch wenn sie aus naheliegenden politischen Gründen "am liebsten im Gewand der unwillkürlichen Folgen kultureller Gegebenheiten für die Politik"²⁵ auftreten, wie *Thomas Meyer* formuliert hat. Die unumgänglichen, von Fall zu Fall zu treffenden politischen Entscheidungen, wer der Rechtsgemeinschaft²⁶ der EU beitreten kann und wer nicht, kann bestmöglich auch nur auf der Grundlage der bestehenden Rechtsord-

22 *Biedenkopf* ua (FN 20) 87.

23 Vgl dazu jüngst *Puntscher Riekmann*, Die Konstitutionalisierung der Europäischen Union: Ein evolutionärer Aufbruch, EIF Working Paper Series 11 (2005) [<http://www.eif.oeaw.ac.at/downloads/workingpapers/wp11.pdf> (18. 7. 2005)] 2 f.

24 So *Meyer*, Die Identität Europas (2004) 47 f.

25 *Meyer* (FN 24) 47 f.

26 Die Charakterisierung der EU als eine "Rechtsgemeinschaft" geht auf einen ihrer Architekten, den ersten Kommissionspräsidenten der EWG, *Walter Hallstein*, zurück. Vgl *Hallstein*, Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse (1969). Dazu weiterführend *Pernice*, Begründung und Konsolidierung der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, in: *Zuleeg* (Hrsg), Der Beitrag Walter Hallsteins zur Zukunft Europas. Referate zu Ehren von Walter Hallstein (2003) 56; *Zuleeg*, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, 545; *Sompek*, Europa als Rechtsgemeinschaft. Oder: Walter Hallstein ernst genommen, in: *Mokre/Weiss/Bauböck* (Hrsg), Europas Identitäten. Mythen, Konflikte, Konstruktionen (2003) 207 (209 f und 216 f).

nung²⁷ und der darin ohnehin enthaltenen Werte-basierten Voraussetzungen (Rechtsstaatlichkeit, Demokratie, Grundrechte, daneben ökonomische Faktoren, um nur die wichtigsten zu nennen) entschieden werden.

In Anlehnung an die zunächst nur für die möglichen geographischen und historischen Grenzen Europas formulierte These können wir diese nun auf der Grundlage der weiteren Überlegungen weiter fassen: Europas politische und ebenso seine kulturellen Grenzen sind Verhandlungssache. Auch das, was Europa an einer gemeinsamen Wertebasis, an gemeinsamen Kulturmerkmalen in verschiedensten nationalen und regionalen Gewandungen auszeichnet, ist steter Disposition ausgesetzt. Die kulturelle Charakteristik Europas in seiner Gesamtheit ist durch ständigen Austausch mit neu ankommenden oder sich stärker durchsetzenden bzw verbreitenden kulturellen Parametern und Praktiken konfrontiert. Diese Prozesse sind teils regulierbar²⁸, sehr oft aber unaufhaltsam und unvermeidlich – sodass statt einem gestaltenden politischen Agieren oft nur politische Reaktion bleibt. Insofern bedarf die These vielleicht einer Präzisierung: "Europas kulturelle Grenzen stehen intern wie extern zur Disposition". Es ist daher kein ein für allemal kulturell definiertes Europa als "natürlicher" Ort eines politisch verfassten "Europas der Werte" denkbar.

4. Europa als politisches Programm

Daran knüpft sich unweigerlich die Frage nach möglichen politischen Programmen für Europa, denen der offene Kulturraum Europa als Handlungskontext dient. Oder: "Als was soll Europa verfasst werden?" – Welche politischen Konzepte zur Gestalt und Finalität²⁹ Europas stehen zur Debatte? Worauf soll ihnen zufolge der Integrationsprozess der EU hinauslaufen? Die Bandbreite an unterschiedlichsten Zielvorstellungen lässt sich in etwa wie folgt typologisieren:³⁰

27 Etwa in Form des *acquis communautaire*, des Gesamtbestandes des EU-Rechts, den es für Neumitglieder zu übernehmen gilt.

28 Auch durch die Rechtsordnung: Stichwort Immigrationspolitik und daraus folgende rechtliche Ausgestaltung.

29 In Anlehnung an *Haltern*, Gestalt und Finalität, in: Bogdandy (FN 2) 803. Aktuell *Pernice*, Zur Finalität Europas, WHI Paper 6 (2005) [http://www.rewi.hu-berlin/WHI/deutsch/papers/whipapers2005/Finalitaet_fin.pdf (19. 7. 2005)].

30 Nach *Böckenförde*, Die Bedingungen der Europäischen Solidarität, Transit – Europäische Revue 26 (2004) 16 (17 f).

Manche sehen Europa als Friedensordnung³¹, deren politischer Integrationsgrad soweit gehen soll, wie es notwendig ist, um dauerhaft und vollständig die Überwindung nationaler Gegensätze bis hin zum rassistischen Vernichtungskrieg zu gewährleisten. Für andere soll die Finalität in einer liberalen Marktordnung liegen, die sich darin genügt, den freien Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes mit genügend Offenheit zum Weltmarkt als Quelle des Wohlstands sicher zu stellen. Im Zentrum der politischen Programmatik kann weiters die Verwirklichung eines europäischen Wirtschafts- und Sozialraums mit ausgeglichenen faktischen Lebensverhältnissen stehen, die durch eine interne Entwicklungs- und Umverteilungspolitik herbeigeführt werden und mit der relativen Abgrenzung dieses Raumes nach außen einhergehen. Wieder andere ökonomisch orientierte Ansätze gehen im Gegensatz dazu von einem Europa als leistungsfähigem Konkurrenten auf dem globalen Weltmarkt aus, der sich im Wettbewerb um die technologische und ökonomische Führung³² behaupten kann und dazu schwerpunktmäßig eine gezielte Industriepolitik und die Bündelung der Kräfte nach außen verfolgt.³³ Schließlich und keineswegs abschließend müssen hier noch die Konzepte angeführt werden, die Europa hinkünftig als politische Großmacht auf der Grundlage seiner vereinten Wirtschaftskraft sehen, die mit politischem Gestaltungswillen auf der Weltbühne auftritt und diesen dort auch durchsetzen kann. Dazu mag es notwendig erscheinen, den Integrationsgrad einer bundesstaatsähnlichen politischen Föderation anzustreben³⁴ (etwa nach dem Vorbild der USA³⁵).

.....
31 ZB *Biedenkopf* ua (FN 20) 83.

32 Stichwort Lissabon-Strategie der EU.

33 Beispielhaft kommen die traditionell heterogenen politischen Auffassungen selbst innerhalb einer einzigen solchen Zielsetzung/Programmatik sehr schön im Kommentar von *Mara* und *Senn* zum "Industrieartikel" des EGV zum Ausdruck. Siehe *Mara/Senn*, Art 157 EGV, in: H. Mayer (Hrsg), Kommentar zu EU- und EG-Vertrag, Rz 1 ff (verschiedene länderspezifische Traditionen) und Rz 9 (die europäische Industrie auf dem Weltmarkt).

34 In diese Stoßrichtung zielt etwa der vielbeachtete und -diskutierte Beitrag von *Joschka Fischer*: "Vom Staatenverbund zur Föderation: Gedanken über die Finalität der Europäischen Integration" (Rede vom 12. Mai 2000 an der Humboldt Universität Berlin). Wiedergegeben und diskutiert in *Joerges/Mény/Weiler* (Hrsg), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer* (2000).

35 An entsprechenden Vergleichen herrscht kein Mangel. Siehe beispielhaft *Zuleeg*, *What Holds a Nation Together? Cohesion and Democracy in the*

Diese hier nur kurz umrissenen Zielvorstellungen von der Finalität Europas (der EU) überlappen und ergänzen sich mitunter, sind aber auch oft nicht in Einklang miteinander zu bringen. Mit Kompromissvorschlägen wie einem "Europa der verschiedenen Geschwindigkeiten" wird ein Ausweg aus der zu unterschiedlichen Interessenlage der EU-Mitgliedstaaten gesucht. Rechtsdogmatisch findet dies seit langem Ausdruck in Art 43 ff EUV³⁶ und es ist absehbar, dass einige EU-Länder früher oder später von diesem Instrumentarium Gebrauch machen werden, um so wie bereits im Fall der Währungsunion andere ("vorerst") zurück zu lassen.

II. Europa verfassen

1. Die ideelle, politische und rechtliche Ebene des europäischen Konstitutionalisierungsprozesses

Versuchen wir vor diesem Hintergrund nun, die Relevanz des Gesagten für die verfassungstheoretische Dimension der Fragestellung zu verdichten. *Philip Allott* hat aufgezeigt, inwiefern und auf welche Art sich die ideelle, politische und rechtliche Ebene der europäischen Verfassungsdebatte zusammenführen lassen, ja be-
dingen. Passend zur These, Europa, seine Kultur und damit seine Gesellschaft – will man deren Vielfalt und historischen Wandlungen gerecht werden – sei als offener Prozess zu verstehen, fasst *Allott* auch die Konstitutionalisierung einer Gesellschaft als einen Prozess im Zeitablauf und der Veränderung auf. Ein solcher Konstitutionalisierungsprozess laufe auf drei Ebenen – gleichsam dreidimensional – ab. Auf der Ebene der Ideen, auf der faktischen Ereignisebene und der Ebene des Rechts.³⁷

Geht eine Gesellschaft daran, sich zu verfassen, haben wir es demnach mit der Schaffung von drei "Verfassungen" zu tun: einer ideellen Verfassung auf der Ebene der Theorien, Werte, Absichten, Zielsetzungen und Ideale; einer realen Verfassung auf der Ebene der alltäglich ausgeübten faktischen sozialen Macht³⁸; und schließlich einer Verfassung im Rechtssinn, durch die – abs-

.....
United States of America and in the European Union, *American Journal of Comparative Law* 45 (1997) 505 (521 ff); *van Gerven* (FN 14) 121 ff, 137 ff, 171 ff, 217 ff, 247 ff, 309 ff.

36 Zuletzt umfassend durch den Vertrag von Nizza umgestaltet. *De lege ferenda* auch in Art I-44 VVE.

37 Vgl *Allott* (FN 16) 468.

38 Was dem Begriff der "Verfassungswirklichkeit" nahe kommt.

trakt gesehen – die Ergebnisse der Interaktion zwischen ideeller und faktischer Ebene normiert und in die spezifischen Formen des Rechts transformiert werden.³⁹ Auf den Punkt gebracht: "A society imagines what it might be, struggles to decide what it shall be, and becomes what it has chosen to become."⁴⁰

Demnach geht es im Zuge des europäischen Konstitutionalisierungsprozesses zunächst darum, eine neue Idee der Einheit der (Staats-)Nationen Europas zu finden. Diese liege in der dialektischen Verbindung zweier großer Strömungen des europäischen Bewusstseins – im (gemeinsamen) "Geist" der Verfassungen⁴¹ der einzelnen europäischen Nationen und in der transzendentalen Einheit der europäischen Gesellschaft in ihrer Gesamtheit.⁴² Auf der letztlich entscheidenden Ebene der die partikularen Gesellschaften Europas und somit auch ihre Gesamtheit bildenden einzelnen Menschen bedeutet das: Will sich die EU über einen gemeinsamen Markt hinaus und in welcher Form auch immer (Staatenbund, Bundesstaat, bundesstaatsähnlich, "Staatenverbund"⁴³, "Commonwealth"⁴⁴, etc) als ein umfassender sozialer Handlungsspielraum und Bezugsrahmen für die Bürgerinnen und Bürger Europas weiterentwickeln, wird sie nicht umhin kommen, ein politisches und letztlich rechtliches Aussehen anzunehmen, das sich mit den Ideen, Interessen, Überzeugungen und Prinzipien (möglichst vieler) der betroffenen Menschen deckt.⁴⁵

.....
39 Dh eine Gesellschaft gibt sich im Zuge ihres Konstitutionalisierungsprozesses auf der Grundlage ihrer ideellen Voraussetzungen und als Ergebnis eines (institutionalisierten) politischen Diskussionsprozesses eine Verfassung.

40 Vgl *Allott* (FN 16) 468. Die Einleitung zu einer thematischen Buchreihe "On the making of Europe" eines belgischen Verlages spricht sinngemäß vom "imaginative making" und "creative shaping of Europe"; vgl den Vorspann zu *Cerutti/Rudolph* (Hrsg), *A Soul For Europe*. Vol 1, A Reader (2001) IV.

41 Die ihnen zu Grunde liegenden "Traditionen, Vorstellungen und Aspirationen" im Sinne der oben (bei FN 22) angestellten Überlegungen zu einer europäischen Kultur und durch sie vermittelte Werte.

42 Vgl *Allot* (FN 16) 469.

43 So BVerfGE 89, 155, damit *Kirchhof*, *Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), *HStR VII*, § 183 Rn 38, 50 ff, folgend. Aktuell *ders*, *Die rechtliche Struktur der Europäischen Union als Staatenverbund*, in *Bogdandy* (FN 2) 893 (904 ff).

44 So die Charakterisierung der EU durch *MacCormick*, *Questioning Sovereignty. Law, State, and Nation in the European Commonwealth* (2001) insbes 137 ff.

45 So auch die Grundaussage von *Weiler*, *Ein christliches Europa. Erkundungsgänge* (2004).

"Whatever its relationship to existing national identities, European identity is about the Union's institutions becoming rooted in the 'soul' of the citizens."⁴⁶

Wie man diesen Ansprüchen an den europäischen Konstitutionalisierungsprozess nun im Zuge der konkreten rechtlichen Ausgestaltung der Idee von und des politischen Diskurses über Europa wohl am Besten gerecht wird, darüber scheiden sich die verfassungstheoretischen Geister. Der Funke entzündet sich vor allem an der Frage, ob auf europäischer Ebene die notwendigen Voraussetzungen für ein hinreichend legitimiertes – demokratischen und rechtsstaatlichen Prinzipien verpflichtetes – politisches Gemeinwesen bestehen bzw geschaffen werden können.

2. Rechtsstaatlichkeit und Demokratie jenseits vom Staat?

a) Traditionell staatsrechtliche Thesen ...

Die Diskussion kreist im Wesentlichen um zwei "Eckpfeiler" des modernen Verfassungsdenkens: "das zu Verfassende" (die zu verfassende politische Entität) und "das Verfassende" bzw "das sich Verfassende" (der *pouvoir constituant*, die verfassungsgebende Gewalt). Bleibt man innerhalb der klassischen staatsrechtlichen Konzepte, so verbinden sich die beiden Elemente im Begriff der Staatsnation: Die relativ homogene und einheitliche Nation als *pouvoir constituant* gibt sich eine Verfassung, verfasst sich als und zum Staat. Legt man dieses Denkmuster auf den europäischen Konstitutionalisierungsprozess um, stellt sich zwangsläufig die Frage nach einer europäischen Nation und nach der Staatlichkeit Europas (präziser: der EU).

Diese "Herangehensweise" an den europäischen Konstitutionalisierungsprozess kommt paradigmatisch im "Maastricht-Urteil"⁴⁷ des deutschen Bundesverfassungsgerichts vom 12. Oktober 1993 anlässlich der Errichtung der EU und der Ratifikation des EUV in Deutschland zum Ausdruck. In diesem hatte das Höchstgericht über Verfassungsbeschwerden gegen das deutsche Zustimmungsgesetz⁴⁸ zum Vertrag zur Gründung der EU (Vertrag über die Europäische Union vom 7. 2. 1992⁴⁹, "Maastrichter

46 *Cerutti/Rudolph* (FN 40) IX.

47 BVerfGE 89, 155 (Maastricht); vgl auch oben FN 43.

48 Gesetz vom 28. 12. 1992 zum Vertrag vom 7. 2. 1992 über die Europäische Union, dBGBI II 1992, 1251.

49 ABI C 325 vom 24. 12. 2002 (EUV idF des Vertrags von Nizza).

Unionsvertrag") und gegen damit einhergehende Änderungen des deutschen Grundgesetzes⁵⁰ zu entscheiden. Das deutsche Bundesverfassungsgericht kam zu dem Schluss, dass der Unionsvertrag weder einen Bundesstaat noch einen Staatenbund begründe, sondern einen "Staatenverbund zur Verwirklichung einer immer engeren Union der – staatlich organisierten – Völker Europas, keinen sich auf ein europäisches Staatsvolk stützenden Staat." Den Kompetenzen der EU – ihrer Hoheitsgewalt – seien damit vom demokratischen Prinzip Grenzen gesetzt: "Jedes der Staatsvölker ist Ausgangspunkt für eine auf es selbst bezogene Staatsgewalt. Die Staaten bedürfen hinreichend bedeutsamer eigener Aufgabenfelder, auf denen sich das jeweilige Staatsvolk in einem von ihm legitimierten und gesteuerten Prozeß politischer Willensbildung entfalten und artikulieren kann, um so dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet (...), rechtlich Ausdruck zu geben."⁵¹

All das lässt sich prägnant in die vielzitierte Formel "no demos, no democracy" (ohne Staatsvolk keine hinreichend legitimierte Demokratie) bringen. Demokratie beruht demnach notwendig auf einem Staatsvolk, das definitionsgemäß staatlich verfasst sein muss. Da die EU kein auf einem solchen Staatsvolk beruhender Staat ist (und nach mancher Meinung auch nie sein wird können⁵²), kann sie auch keine aus sich selbst legitimierte Demokratie sein. Letztlich scheitert die staatlich verfasste "Demokratie EU" also am Staatsvolk.⁵³ Die Bandbreite der Begründungen, warum die EU kein solches Staatsvolk im klassischen staatsrechtlichen Sinn besitzt (besitzen kann), reicht freilich von essentialistisch motivierten Ansätzen bei der Homogenität des "Volkes"⁵⁴ bis zu weitaus flexibleren "Demos"-Konzepten, denen zufolge sich

.....
50 Gesetz zur Änderung des Grundgesetzes vom 21. 12. 1992, dBGBI I 1992, 2086.

51 BVerfGE 89, 155 (Maastricht), Abschnitt C. I. (auch für die zuvor apostrophierte Kernpassage des Urteils).

52 ZB *Haltern* (FN 29) 820 ff.

53 Während die Union im Zuge einer Analyse der klassischen Elemente rechtlicher Staatsqualität durchaus in die Nähe von Staatlichkeit gebracht werden kann. Siehe nur *van Gerven* (FN 14) 36 ff.

54 Also ein im Wesentlichen in einer historischen "Schicksalsgemeinschaft" verbundenes, kulturell und sprachlich homogenes Staatsvolk im Sinne der Kulturnation, wie es etwa der entsprechenden Konzeption der einflussreichen Staatsrechtslehre *Carl Schmitts* zu Grunde liegt. Vgl *Schmitt, Verfassungslehre*⁹ (2003) 238 ff.

das Staatsvolk durchaus auf eine funktionierende *Kommunikationsgemeinschaft* als Grundlage aktiver Partizipation an der Demokratie reduzieren lässt.

Eine im zweiten Sinn sehr differenzierte, dennoch innerhalb der Grenzen der "No-Demos-Formel" bleibende Sichtweise hat *Grimm* geboten. Wie in der deutschen Staats- oder Europarechtslehre etwa auch von *Kielmansegg*⁵⁵ oder *Kirchhof*⁵⁶ (und im "Maastricht-Urteil") vertreten, gebe es den für einen demokratischen europäischen Staat notwendigen Demos nicht, der einem solchen vorausgehen könne ("erst Volk, dann Staat; erst *demos*, dann *kratos*", wie es *Müller* formuliert⁵⁷). Für *Grimm* muss aber das "Staatsvolk" nicht die Form der (kulturell oder historisch homogenen) Nation annehmen. Es reicht aus, wenn eine funktionierende demokratische Willensbildung entsprechend legitimierte Institutionen stützt. Diese Voraussetzung sei auf europäischer Ebene nicht gegeben (mangels einer gesamteuropäischen Kommunikationsgemeinschaft). Denn dazu bedarf es der allgemeinen Anerkennung demokratischer Spielregeln – wie die Akzeptanz von Mehrheitsentscheidungen und der gewaltfreien Konfliktaustragung. Sichergestellt sein müsse auch ein notwendiges Maß an Solidarität im Fall der vielfältigen Ressourcenentscheidungen eines Staates im Zuge der Umverteilung.⁵⁸ Ohne europäische Zivilgesellschaft mit kollektiver europäischer Identität, die sich darüber verständigt, sei dies nicht zu leisten. Die Voraussetzungen dafür – eine gemeinsam organisierte Meinungs- und Willensbildung auf der Grundlage gemeinsam gesprochener Sprachen, einer gemeinsam verstandenen Geschichte und gemeinsamer kultureller Erfahrungen – bilden sich nur in sehr langen Prozessen und sind nicht absehbar. Die Errichtung einer in sich selbst ruhenden euro-

55 Vgl. *Kielmansegg*, Integration und Demokratie (mit Nachwort zur 2. Aufl), in: Jachtenfuchs/Kohler-Koch (Hrsg), Europäische Integration² (1996) 49.

56 Vgl. oben FN 43; an anderer Stelle auch *Kirchhof*, Europäische Einigung und der Verfassungsstaat der Bundesrepublik Deutschland, in: Isensee (Hrsg), Europa als politische Idee und als rechtliche Form (1993) 63; sowie *Kirchhof*, Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, in: Hommelhoff/Kirchhof (Hrsg), Der Staatenverbund der Europäischen Union (1994) 1.

57 *Müller*, Mut zur Staatlichkeit. Volk, Demokratie und Staatlichkeit in der Verfassungsdebatte, in: Beckmann/Dieringer/Hufeld (Hrsg), Eine Verfassung für Europa (2004) 73 (79).

58 Das führt schon innerhalb etablierter Nationalstaaten zu erheblichen Spannungen, so etwa angesichts des italienischen Nord-Süd-Gefälles.

päischen Demokratie birgt daher die große Gefahr in sich, nicht mit den sie legitimierenden Grundlagen Schritt zu halten. Auf die nationalstaatlich vermittelte Legitimation kann daher nicht so schnell verzichtet werden.⁵⁹

Es gibt auf dieser staatsrechtlichen Betrachtungsebene neben dem Maastricht-Urteil des deutschen BVerfG⁶⁰ und der ihm zu Grunde liegenden (anhaltenden) Diskussion natürlich auch noch andere Stimmen. So argumentierte der 1999 verstorbene italienische Europarechtsprofessor und EuGH-Richter *Mancini* für ein staatlich verfasstes Europa in mehr oder weniger föderalstaatlicher Form, gerade weil auf nationaler Ebene viele Krisenerscheinungen der Demokratie nicht mehr bewältigbar wären.⁶¹

b) ... vs alternative Antithesen

Demgegenüber stehen Ansätze, denen zufolge die Debatte um die Existenz oder die Entwicklungsmöglichkeiten eines europäischen "Demos" – somit "Staatsvolkes" – als Voraussetzung für eine staatsrechtlich verfasste europäische Demokratie müßig erscheinen.⁶²

Sowohl *Grimm* als auch *Mancini* haben jeweils prominenten Einspruch gegen ihre Sichtweisen europäischer Staatlichkeit im Sinne traditioneller Konzepte erfahren. *Habermas* hat ua in Auseinandersetzung mit *Grimm*⁶³ zu bedenken gegeben, dass auf der Grundlage eines kommunikationstheoretischen Verständnisses – wie es in gewisser Weise auch *Grimms* Betrachtungen zu Grunde liegen würde – Demokratie nicht länger auf einer vorpolitisch gedachten kollektiven Identität eines (Staats-)Volkes beruhen kann – somit auf einem unabhängigen kulturellen Substrat,

.....

59 Vgl *Grimm*, Does Europe Need a Constitution?, ELJ 1 (1995) 282 (292 ff); *ders*, Ohne Volk keine Verfassung, Die Zeit vom 18. 3. 1999, 4. Vgl auch die Diskussion mit *Habermas*, Remarks on Dieter Grimm's 'Does Europe Need a Constitution?', ELJ 1 (1995) 303.

60 Auffallend ist vor dessen Hintergrund die Stärkung der Rolle der nationalen Parlamente und generell der Versuch im neuen Vertrag über eine Verfassung für Europa (VVE), dem "demokratischen Defizit" der EU beizukommen.

61 Vgl *Mancini*, Europe: The Case for Statehood, ELJ 4 (1998) 29 (39 ff). Ausführlich dazu auch seine in FN 1 zitierte Aufsatzsammlung.

62 Vgl *Haltern* (FN 29) und *Somek* (FN 26), die sich beide durch die realistische Betrachtung der EU-Bürger als Marktbürger und Konsumenten, nicht als Glieder einer möglichen europäischen Nation, vergleichen lassen.

63 Siehe oben in FN 59.

das allein in der Erfüllung der funktionalen Bedingungen demokratischer Willensbildung zum Ausdruck kommt. Das ethisch-politische Selbstverständnis der Bürger einer demokratischen Gemeinschaft dürfe nicht als ein historisch-kulturelles "A Priori" betrachtet werden, das demokratische Willensbildung ermöglicht. Vielmehr sei dieses Selbstverständnis zu sehen als "the flowing contents of a circulatory process that is generated through the legal institutionalisation of citizen's communication."⁶⁴ So hätten sich schließlich auch die nationalen Identitäten in der europäischen Neuzeit geformt. Den politischen Willen vorausgesetzt, gäbe es a priori keinen Grund, warum Europa nicht auch im Stande wäre, den politisch notwendigen kommunikativen Kontext zu kreieren, sobald es konstitutionell dazu bereit ist.⁶⁵ Von klassischen staatsrechtlichen Voraussetzungen wie dem auf einer kollektiven Identität beruhenden Staatsvolk, die selbst innerhalb der Nationalstaaten so nicht (mehr) bestehen, muss man sich demnach bei der Beschreibung des europäischen Konstitutionalisierungsprozesses verabschieden.

Wie *Weiler* ua in seiner direkten Replik auf *Mancinis* zitiertes "Europa als Fall für Staatlichkeit"⁶⁶ deutlich gemacht hat, ist sein Zugang zur "Verfassung Europas" überhaupt einer, dem zufolge der unverwechselbare Wert des europäischen Konstitutionalisierungsprozesses fernab jeder Staatlichkeit und von deren identitätsmäßigen Voraussetzungen gerade im Anerkennen von (Mehrheits-)Entscheidungen liegt, die außerhalb einer homogenen Gesellschafts- oder Staatsvolkmasse liegen. *Elazar* folgend betrachtet *Weiler* die EU bereits in ihrem *status quo* als Föderation (was zutreffend nicht mit seiner speziellen Manifestationsform des Föderalstaates verwechselt werden dürfe).⁶⁷ Deren einzigartiges Verfassungsgefüge repräsentiere bei allem Verbesserungsbedarf

.....
 64 *Habermas* (FN 59) 306.

65 Vgl *Habermas* (FN 59) 307. Siehe für den Beitrag *Habermas'* zur rechtlichen Integration Europas auch schon *ders*, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats (1992) 632 (643 ff). Weiters *ders*, Warum braucht Europa eine Verfassung? Vortrag im Rahmen der 8. "Hamburg Lecture" am 26. 6. 2001 [http://www.zeit.de/2001/27/Politik/200127_verfassung_lang.html (8. 12. 2004)].

66 Vgl *Weiler*, Europe: The Case Against the Case for Statehood, ELJ 4 (1998) 43.

67 Vgl *Weiler*, European Democracy and the Principle of Constitutional Tolerance: The Soul of Europe, in: Cerutti/Rudolph (FN 40) 33 (42).

bereits Europas einzigartigsten politischen Vorzug und reflektiere auch seinen innersten Wert.

Moderne liberale Verfassungen, wie sie den europäischen Staaten zu Grunde liegen, haben die Aufgabe, 1. die Machtbefugnisse der Regierung gegenüber den Bürgern einzuschränken; 2. Grundrechte zum Ausdruck zu bringen und zu gewährleisten; und 3. reflektieren sie etwas von der Idee kollektiver Identität einer politischen Gemeinschaft, die besser als ein Ausdruck gemeinsamer Wertvorstellungen als die mehr organischen Definitionen von kollektiver Identität zu verstehen sei.⁶⁸ Damit gehe aber auch eine weniger hehre Kehrseite modernen Verfassungsverständnisses einher, die immer dann zum Vorschein komme, wenn die Verfassungsgemeinschaft von ihren Subjekten einen "Verfassungsnationalismus" einfordere (etwa die Verteidigung von ihr zu Grunde liegenden Werten oder Identitäten).

Hier kommt auf europäischer Ebene sein Konzept der *constitutional tolerance* ins Spiel: Die gegenwärtige europäische Verfassungsarchitektur repräsentiere eine zivilisierende, alternative Strategie im Umgang mit dem *Anderen*, dem *Fremden* in Europa. Während die europäischen Nationalstaaten zwar offen sind für Immigration, für die Aufnahme und die Duldung von Fremden, so verbindet sich damit doch der Anspruch, zu einem gewissen Grad die Wertvorstellungen der Mehrheit der Gesellschaft anzunehmen (wie sie in den Verfassungsordnungen enthalten sind und von diesen reflektiert werden). Mit politischen Gesellschaften auf der Basis einer kollektiven Identität ist also immer ein gewisses Maß an Intoleranz verbunden.⁶⁹ Die europäische Verfassungsordnung in ihrer derzeitigen Form basiere hingegen auf einer alternativen Form des Umgangs mit dem Fremden, dem Nicht-Eigenen. Indem Unterschiede und einzigartige Merkmale der verschiedenen Gruppen – wie Ethnien, Nationen, regionale oder soziale Gemeinschaften – und auch der einzelnen Personen mit ihren unterschiedlichsten und vielfältigen Zugehörigkeiten anerkannt, respektiert und aufrecht erhalten würden,

.....
68 Vgl. *Weiler* (FN 67) 48 ff. Ähnlich *Walker*, *Constitutionalising Enlargement*, *Enlarging Constitutionalism*, *ELJ* 9 (2003) 365 (369 f).

69 Bei *Bogdandy*, *Europäische und nationale Identität: Integration durch Verfassungsrecht?*, *VVDStRL* 62 (2003) 156 (178 ff), begegnet uns diese Kehrseite von in Verfassungen eingeschlossenen Identitätskonzepten im Begriff der "Identitätszumutung", die das Individuum im Kern seiner Autonomie und Würde betreffen würde.

könne auch die Identität des Fremden, in ihrer Andersartigkeit, aufrecht erhalten und gleichzeitig Teil des Selbst werden.

Auf der Ebene der Verfassung Europas bedeutet das: "No matter how close the Union, it is to remain a union among distinct peoples, distinct political identities, distinct political communities."⁷⁰ In der Ablehnung der Fusion der Nationalstaaten zu einem von einer europäischen Nation getragenen europäischen Staatswesen liege einerseits die Erhaltung der reichhaltigen kulturellen und auch anders gelagerter Diversität der verschiedenen europäischen Völker und deren politische Selbstbestimmung als einem zutiefst europäischem Charakteristikum. Die *constitutional tolerance* äußert sich überdies darin, dass die Bürgerinnen und Bürger die europäische Verfassungsordnung nicht deshalb akzeptierten, weil sie ihre Legitimität aus einem föderalen Volk, einem europäischen Demos beziehen würde. Diese Akzeptanz sei vielmehr der Ausdruck der Toleranz in Form eines freiwilligen autonomen, bei jeder Gelegenheit zu wiederholenden Unterwerfungsaktes unter Normen, mithin unter die vereinigte normativrechtliche Ausdrucksform anderer Willen, anderer politischer Identitäten und anderer politischer Gemeinschaften.⁷¹

Weiler argumentiert also für ein demokratisches Europa, föderal verbunden und getragen durch das Prinzip der *constitutional tolerance*, aber gegen einen europäischen (Super-)Staat und gegen eine homogene Nation Europa, wie sie konzeptuell staatsrechtlichen Denkmustern zu Grunde liegen. Nicht nur ein undemokratisches, auch ein staatliches und ein national vereintes Europa würden *Weiler* zufolge dieses Grundprinzip des europäischen Konstitutionalismus verletzen.⁷²

3. Versuch einer Synthese

Recht im öffentlichen Raum ordnet seit jeher das Politische. Die Verfassungsgeschichte lehrt, dass das Politische keineswegs

70 *Weiler* (FN 67) 52.

71 Vgl *Weiler* (FN 67) 53.

72 Zu *Weilers* These vgl auch ausführlich *ders*, *The Constitution of Europe. "Do the new clothes have an emperor?" and Other Essays on European Integration* (1999); *ders*, *In defence of the status quo: Europe's constitutional Sonderweg*, in: *ders/Wind* (Hrsg), *European Constitutionalism Beyond the State* (2003) 7 (15 ff). Das Argument *Weilers* gut zusammenfassend siehe auch *Konrath*, *Das Staunen der Völker. Eine Besprechung von Joseph Weiler, Ein christliches Europa. Erkundungsgänge*, *Juridikum* 2005, 15.

zwangsläufig mit dem Staat in eins fallen muss. Ganz im Gegenteil handelt es sich dabei lediglich um das nationalstaatliche Paradigma, das andere Paradigmen abgelöst hat. Der europäische Konstitutionalisierungsprozess markiert einen langwierigen Prozess des Paradigmenwechsels. Wir beobachten die Loslösung des Verfassungsbegriffs vom Staat. Damit ist nicht gesagt, dass dieser mittel- oder auch langfristig verschwindet. Er scheint aber sehr wohl sein Monopol als Ort der Verfasstheit des Politischen zu verlieren. Neue Orte der sozialen, politischen und rechtlichen Zuordnungen (zB die EU) müssen umgekehrt nicht zwingend in traditionellen staatlichen Dimensionen gedacht und beschrieben werden.

Fragen nach Grundlagen und Bedingungen (national)staatlicher Verfasstheit einerseits und nach jenen des europäischen Konstitutionalisierungsprozesses andererseits sind nicht strikt voneinander zu trennen. Es geht vielmehr um mögliche Formen der Inklusion und der Relation. In ein konkretes Beispiel übersetzt: Stellt man sich etwa die Frage nach den Bedingungen von Rechtsstaatlichkeit und Demokratie, schließen sich nationalstaatlich-staatsrechtliche und supranational-europarechtliche Denkmuster auf Grund des Entwicklungsstandes mehr ein als einander aus. Die These "Staat" und die Antithese eines politisch integrierten und rechtlich verfassten Europas ringen gerade um ihre Synthese – und damit die sie beschreibenden (Rechts-)Theorien.⁷³

Dieser Prozess kann zu sozialer, politischer und durchaus auch (rechts)wissenschaftlicher Verunsicherung führen. Die Ablehnung der "Verfassung für Europa" durch "Teilmengen" der europäischen Bürgerinnen und Bürger im Zuge des Ratifizierungsprozesses in zwei Gründerstaaten der EU, in Frankreich⁷⁴ und den Niederlanden⁷⁵, steht in diesem Zusammenhang beispielhaft für das Dilemma (in Form dieses angesprochenen Ringens) des europäischen Konstitutionalisierungsprozesses. Dieses Dilemma besteht hier im Kern in der mangelnden Identifikation der betroffenen Menschen mit dem, was ihnen ihre politischen Repräsentanten als "Verfassung für Europa" vorgesetzt haben.

.....

73 Ein viel beachtetes Beispiel dafür ist *Ost, De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit* (2002).

74 Volksabstimmung am 29. Mai 2005; 54,8% dagegen.

75 Volksabstimmung am 1. Juni 2005; 61,6% dagegen.

Möglicherweise ist eine Hauptursache in einer Art "Etikettenschwindel" zu sehen. Die so benannte "Verfassung für Europa", da ist sich die Fachwelt einig⁷⁶, bedeutet inhaltlich einen Integrationsfortschritt (Grundrechtscharta; Ausdehnung des ordentlichen Entscheidungsverfahrens auf weitere politische Sachbereiche, Entscheidungskompetenz des EuGH in Materien der zweiten und dritten Säule; usw). Allerdings steht dieser Fortschritt voll und ganz in der Tradition der bisherigen Fortentwicklung der Integration durch stark intergouvernemental dominierte Vertragsänderungsverfahren. Dass dieses Verfahren durch das Konventsmodell eine neue Qualität und Dimension erreicht hat⁷⁷, ändert nichts an seiner fehlenden Bürgernähe. Die "Verfassung für Europa" und ihre Entstehungsgeschichte sind nicht dazu geeignet, jenen "Verfassungsmoment"⁷⁸ herbeizuführen, in dem die ideale, faktische und rechtliche Verfassungsebene im Sinne *Allotts* zur Deckung gebracht werden. Nur dann hat sich nämlich eine Gesellschaft als solche konstituiert und begriffen.

Zwar wurde im Vorfeld der Annahme des Verfassungstextes durch den Europäischen Rat⁷⁹ heftig um einen Kompromiss gerungen, auf welche Werte und historische Traditionen sich der Text berufen soll (explizit in der Präambel, implizit in den einzelnen Bestimmungen des Verfassungsvertrages), um diese Aufgabe zu erfüllen. Aber nicht überall und schon gar nicht zwangsläufig muss dort, wo "Verfassung" drauf steht, auch "Verfassung" im Sinn des stimmigen Gleichgewichts von ideeller, praktischer und juristischer Ebene enthalten sein. Hier liegen meinen Refle-

.....
 76 Siehe nur *Lenaerts/Gerard*, *The Structure of the Union According to the Constitution for Europe: The Emperor is Getting Dressed*, ELRev 29 (2004) 289; *Puntscher Riekman* (FN 23); *de Witte* (Hrsg), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty for Europe* (2003).

77 Zum Europäischen Konvent aktuell *Mantl/Puntscher Riekman/Schweitzer* (Hrsg), *Der Konvent zur Zukunft der Europäischen Union* (2005).

78 Zu diesem im Zusammenhang des europäischen Konstitutionalisierungsprozesses *Haltern* (FN 29); *Preuß*, *Europäische Einigung und die integrative Kraft von Verfassungen*, in: *Gebhardt/Schmalz-Bruns* (Hrsg), *Demokratie, Verfassung und Nation. Die politische Integration moderner Gesellschaften* (1994) 271 (280 ff); *Walker*, *Europe's Constitutional Momentum and the Search for Polity Legitimacy*, in: *Weiler/Eisgruber* (Hrsg), *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper 5 (2004) [<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/04/040501-01.html>] (26. 7. 2005)].

79 Europäischer Rat vom 17./18. Juni 2004 in Brüssel; feierlich unterzeichnet wurde der VVE dann am 29. Oktober 2004 in Rom.

xionen zufolge auch die tieferen Gründe des – ich will nicht sagen Scheiterns, aber doch – Stockens des europäischen Konstitutionalisierungsprozesses.

III. Ausblick

Als eine Art Resümee auf die Frage "existiert Europa" kann nach einem Blick durch die Brille der Verfassungstheorie vielleicht folgende Antwort gegeben werden: Westeuropa ist mit den Pariser und Römer Verträgen in den 1950er Jahren in einen Konstitutionalisierungsprozess eingetreten, der im Ganzen betrachtet ständig Integrationsfortschritte hervorgebracht und auch immer mehr Teile und Regionen dessen, was gemeinhin als Europa in seiner Gesamtheit betrachtet wird, miteingeschlossen hat. Europa besitzt seit Jahrzehnten eine sich stetig fortbildende Verfassungsordnung. Sie hat aber nicht die Qualität einer "Verfassung" in dem engeren Sinn angenommen, eine rechtlich-normative Rahmenordnung jener durch sie konstituierten politischen Solidargesellschaft zu sein, auf die sie ständig die Legitimierung ihrer Existenz und ihrer Geltung zurückführen können muss.

Europas rechtliche Gestalt ist von den Etappenergebnissen der politischen Debatte über seine Zukunft abhängig und bietet daher seinen Bürgerinnen und Bürgern zurzeit keinen schrankenlosen sozialen Handlungsspielraum im Inneren und erlaubt auch kein geschlossenes und damit bestimmendes politisches Handeln nach außen. Der Prozess und sein vorläufiger Ausgang bleiben offen, da die Bedingungen eines europäischen "Verfassungsmomentums", in dem der Wille der Menschen zum Ausdruck kommt, derzeit entweder nicht – oder nicht ausreichend – gegeben sind. Dass ihre Herbeiführung und/oder Vervollständigung möglich erscheint, lässt sich – wie gezeigt – durchaus vertreten. Ob sie auch anzustreben ist, führt von der deskriptiven Ebene der wissenschaftlichen Analyse weg und hin zu präskriptiven Fragen der zwischen Idee und Recht vermittelnden Rechtspolitik. Fragen, die auf einem anderen Blatt stehen ...

Abstract

Europe exists and can be described in different forms and shapes. Even within the epistemology of a single discipline such as law, legal and constitutional theory, different concepts give

rise to contradicting and incommensurate views and explanations on Europe's constitutional appearance. This article, in a first main part, looks at non-legal prerequisites and frameworks of the European constitutional process such as its geographical limits, cultural and political history as well as related political programs in order to prepare the ground for a legal analysis by means of constitutional theory. Subsequently, contradicting theories looking at the constitutional process at European level are discussed. Whereas some of them remain within the classical concepts of the theory of the state like "constituting power" and the sources of sovereignty, others deem those to be inadequate for fully grasping the ongoing European integration process. This comparison of concepts and methods includes the famous "Maastricht-decision" by the German Constitutional Court as well as alternative views by *Allott*, *Habermas* or *Weiler*. In a final synthesis the argument is made that such as Europe's geographical or cultural limits as well as its history and the concurring political programs about its future developments, also its legal shape and its constitutional outcome are a matter of an ongoing negotiation process. – The European constitutional process is thus an open one in a time of shifting paradigms. Whether its outcome will be a federal state or a different new kind of federation more adequate to European heterogeneity ultimately depends on the development of a European consciousness of the Europeans and their will. Law and constitution can only articulate this will on a third stage.

Bedanna Bapuly

Die Verfassungsgerichtsbarkeit in den Mitgliedstaaten der Europäischen Union

I. Einleitung

Es gibt zwei Grundtypen der Verfassungsgerichtsbarkeit: Ist ein oberstes Gericht mit universeller Zuständigkeit ausgestattet und entscheidet es auch über Verfassungsfragen, liegt ein Verfassungsgericht im funktionalen Sinne vor. Als Prototyp gilt der Supreme Court of the United States of America.¹ Das zweite Modell, die Einrichtung eines eigenen Gerichtshofes, in dessen Verfahren Verfassungsfragen das Prozessthema bilden, ist eng mit dem Namen *Hans Kelsens* verbunden und wurde erstmals in der österreichischen Bundesverfassung von 1920² verwirklicht.³ Nach dem Zweiten Weltkrieg fand dieses Modell Eingang in zahlreiche Ver-

-
- 1 In *Marbury vs Madison* (1803) stellte der US Supreme Court, der sich dabei auf Hamilton bezog, seine Kompetenz zur endgültigen und verbindlichen Interpretation der Verfassung fest. Allerdings ist in den USA jeder Richter unter bestimmten Voraussetzungen ermächtigt, ein Gesetz für verfassungswidrig zu erklären. Siehe dazu *Hamilton, The Federalist Papers, Essay Number 78* nach: Hutchins, *Great Book of the Western Worlds*, Bd 43 (1952) 29; *Stourzh, Alexander Hamilton and the Idea of Republican Government* (1970).
 - 2 Bereits seit der Verfassung aus dem Jahre 1867 bestand in Österreich eine "Verfassungsgerichtsbarkeit": Zu den Aufgaben des Reichsgerichts gehörten die Entscheidung über Kompetenzstreitigkeiten, Vermögensansprüche gegen und zwischen Gebietskörperschaften sowie Individualbeschwerden wegen der Verletzung politischer Rechte. Um die wesentliche Funktion der Gesetzesprüfung wurde erst die Verfassung von 1920 ergänzt. Ferner war seit 1867 (bis 1919) ein Staatsgerichtshof eingerichtet, der zur Entscheidung über Ministeranklagen befand. 1919 wurden dem deutsch-österreichischen Verfassungsgerichtshof die Aufgaben beider Gerichtshöfe sowie eine sehr eingeschränkte Gesetzesprüfungskompetenz übertragen.
 - 3 Kurz davor wurde in der Tschechoslowakei nach den Vorarbeiten von *Kelsens* Freund *Weyr* (Brünn) ein Verfassungsgericht eingerichtet, das aber nicht in Aktion trat (siehe dazu *Lachmund, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei 1920 – 1939* (2005) in: <http://www.collegium-carolinum.de/vera/boht2005/2005-04-Lachmund.pdf>. Der Staatsgerichtshof gilt als Krönung der Verfassung des Fürstentums Lichtenstein 1921 (www.stgh.li).

fassungen europäischer Länder.⁴ Nach dem Zusammenbruch der Diktaturen in den 1970er Jahren richteten Spanien, Portugal und Griechenland Verfassungsgerichte ein, nach dem Zusammenbruch des kommunistischen Regimes erfolgte schließlich die Einrichtung von Verfassungsgerichten in Zentral- und Osteuropa.

Das "europäische Modell" setzt sich nach *Stone Sweet*⁵ aus vier Komponenten zusammen: Erstens verfügen Verfassungsrichter über das Monopol der Verfassungsgerichtsbarkeit. Zweitens beantworten sie ausschließlich verfassungsrechtliche Fragen. Drittens nehmen Verfassungsgerichte einen eigenen Platz ein, der sich formell außerhalb der Gerichtsbarkeit und der Legislative befindet. Viertens sind einige Verfassungsgerichte zur abstrakten Normenkontrolle ermächtigt.

Das "europäische Modell" wird in den folgenden Ausführungen unter die Lupe genommen. Die *trias politica*⁶ soll als Ausgangspunkt für einen Vergleich der dieses Modell konstituierenden Elemente dienen. Die europäischen Verfassungsgerichte ordnen sich auf einer abstrakten Skala zwischen zwei Polen ein. Diese beiden Pole stellen auf der einen Seite die Offenheit des Systems für weit reichende Kompetenzen des Verfassungsgerichtes dar und andererseits ein System, das durch die Abwesenheit solcher Kompetenzen gekennzeichnet ist. Diese abstrakte Skala soll den Vergleich der untersuchten Verfassungsgerichte ermöglichen. Die Wahl dieser Methode kann keinen erschöpfenden Vergleich, aber doch einen Einblick über den Facettenreichtum der Verfassungsgerichtsbarkeit in der EU bieten, um das eigene Modell im Spiegel anderer Rechtsordnungen in seinen Vor- und Nachteilen besser zu verstehen.

Ziel dieses Beitrages ist es, eine Verortung der Verfassungsgerichte im Verfassungsgefüge vorzunehmen, einen schematischen Überblick über Struktur, Funktion und Bedeutung der Verfassungsgerichte in ausgewählten europäischen Ländern zu erstellen (II) und schließlich den Einfluss der Judikatur des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg und des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in Luxemburg auf die

.....
4 *Adamovich*, Der Verfassungsgerichtshof der Republik Österreich: Geschichte – Gegenwart – Visionen, JRP 1997, 1.

5 *Stone Sweet*, *Governing with Judges, Constitutional Politics in Europe* (2000) 33 f.

6 Die Abgrenzung der Verfassungsgerichte zu Legislative und Judikative soll unabhängig davon, ob das klassische "Gewaltenteilungsmodell" überhaupt noch zeitgemäß ist, als Referenzpunkt dienen.

innerstaatlichen Verfassungsgerichte anhand einzelner Beispiele zu dokumentieren (III). Abschließend folgt eine kurze Zusammenfassung (IV).

II. Verfassungsgerichte in den EU-Mitgliedstaaten

Die Verfassungen⁷ der EU-Mitgliedstaaten sind eng verbunden mit der jeweiligen Landesgeschichte und der historisch gewachsenen nationalen politischen Kultur.⁸ Entstanden sind sie im Zusammenwirken politischer und sozialer Kräfte, um rechtsstaatliche Demokratien zu etablieren, diese zu stabilisieren, Kompetenzen im Staat zu verteilen und die Grundrechte der Bürger zu sichern. Die Verfassungstexte vieler europäischer Länder⁹ wurden nach dem Ende diktatorischer Regime ausgearbeitet und zwar mit

.....
7 Die notwendige Voraussetzung für jede Verfassungsgerichtsbarkeit sind die rechtliche Existenz einer Verfassung als normative Grundordnung des Staates und die normative Überordnung dieser Verfassung gegenüber anderen Rechtsnormen, die sich aus der höheren, ermächtigenden Verfassung im Sinne des Merkl'schen Stufenbaus ableiten. Dazu *siehe Korinek*, Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Gefüge der Staatsfunktionen (1981) 11 mwN. Für das Auffinden von Verfassungstexten empfiehlt sich der Constitution Finder: <http://confinder.richmond.edu/>.

8 Die "britische Verfassung" ist über Jahrhunderte gewachsen, die ältesten Bestandteile gehen auf die Magna Charta (1215), Petition of Rights (1627), Habeas Corpus (1679), Bill of Rights (1689) zurück und wurde durch zahlreiche Parliament Acts (Human Rights Act, House of Lords Act, Scotland Act, Government of Wales Act, ...) ergänzt und abgeändert. Die Verfassung des Großherzogtums Luxemburg geht auf das Jahr 1868 zurück und wurde seit 1919 mehrmals geändert. Auch die Verfassungen Dänemarks (1953), Schwedens (1975) und der Niederlande (1983) spiegeln ältere Verfassungstexte wider.

9 Die Verfassung von Italien (1948), das Bonner Grundgesetz (1949), die Verfassungen Griechenlands (1975), Portugals (1976) und Spaniens (1978); nach Zusammenbruch des kommunistischen Regimes: Ungarn (1989), Slowenien (1991), Estland, Litauen, die Slowakische Republik, (1992), Polen ("Kleine" Verfassung 1992, nun gilt die Verfassung aus dem Jahre 1997), Lettland und die Tschechische Republik (1993). Die Kronkolonie des britischen Empire, Malta (1961/74), gab sich nach der Unabhängigkeit von Großbritannien ihre Verfassung. In Zypern gelten noch die 1959/1960 von den ehemaligen Besatzungsmächten Großbritannien, Griechenland und Türkei geschlossenen zwischenstaatlichen Verträge, die eine institutionelle Gleichstellung der beiden Volksgruppen bei der Teilhabe am Staat sichern sollte. Seit der Besetzung Nordzyperns 1974 bleiben die der türkischen Volksgruppe vorbehaltenen Stellen vakant.

dem Ziel, die solide Grundlage für die Organisation des Rechtsstaates zu bilden, und wurden mit verstärkter Bestandsgarantie¹⁰ ausgestattet. Die meisten Verfassungsurkunden beinhalten einen eigenen Grundrechtskatalog. Grundrechte müssen vor einer Aushöhlung und gegen eine Abänderung geschützt und von Gesetzgeber und Exekutive geachtet werden. Die Hüter der Verfassung sind (funktionale oder institutionalisierte) Verfassungsgerichte, welche die Einhaltung der Verfassung überwachen und auf diesem Wege das Parlament zum Schutz der verfassungsrechtlich gewährleisteten (Grund-)Rechte bei der Gesetzgebung anhalten.

1. Verfassungsgerichte im Gefüge der Staatsfunktionen

Unter Verfassungsgerichtsbarkeit versteht man im Allgemeinen eine institutionell auf die Erhaltung und Durchsetzung der Verfassung gerichtete Rechtsprechung. Im engeren Sinn versteht man darunter die Befugnis eines Gerichtes, (auch) Gesetze auf ihre Verfassungsmäßigkeit zu überprüfen.¹¹ Ein institutionalisiertes Verfassungsgericht soll die allzu große Machtkonzentration in einem Organ verhindern und die Rechtmäßigkeit der Funktionen der verschiedenen Staatsorgane garantieren. Es stellt keinen Widerspruch zum "Gewaltentrennungsprinzip"¹² dar, sondern es hat Garant für die in der Verfassung statuierte Machtaufteilung zu sein.¹³ Die Verfassungsgerichtsbarkeit im Vergleich¹⁴ ist nur verständlich, wenn man sie im Kontext der Aufteilung der Macht im jeweiligen Staat darstellt und in Kenntnis der Grundzüge des respektiven Rechtssystems wahrnimmt.¹⁵ Die Analyse des positiven Rechts

.....
10 Verfassungsänderungen sind demnach nur mit qualifizierten Mehrheiten durchführbar; einige Verfassungsbestimmungen entziehen sich überhaupt der Abänderung (Art 79 Bonner GG; Art 110 der Verfassung von GR).

11 *Öhlinger*, Verfassungsrecht⁵ (2003) Rz 984.

12 Dazu siehe: *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht (1985) 137 ff.

13 *Noll*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Gewaltenteilung, ÖJZ 1992, 148 ff. Dazu siehe auch: *Pernice*, Verfassungsvergleich und Verfassungsgebung – der Beitrag der Rechtswissenschaft zum Entstehungsvorgang der europäischen Verfassung(en), in: Häberle (Hrsg), Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien (1999) 39 ff.

14 Dazu siehe: *Noll*, Internationale Verfassungsgerichtsbarkeit (1992) 8 ff.

15 "One must always apply a certain caveat as to the conclusions of comparative law, going to the 'receivability' from one legal system to another, of the particular experience of any one country, based as it must be upon

zeigt, dass die Kompetenzen der Verfassungsgerichte variieren und es somit durchaus unterschiedliche Formen des verfassungsgerichtlichen Rechtsschutzes gibt. Gegenstand, Maßstab und Verfahren der Kontrolle sind den einzelnen Kompetenztypen und Verfahrensarten gemäß verschieden. Dementsprechend muss im Rahmen dieses Beitrages eine Auswahl getroffen werden. In der Folge werden zwei Kernkompetenzen, die Verfassungsgerichten typischerweise zukommen, einer näheren Betrachtung unterzogen: a) die Normenkontrolle und b) die Verfassungsbeschwerde.

a) Verfassungsgerichtsbarkeit und Legislative

Den Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Kontrolle bilden ua Gesetze, die auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung geprüft werden. Stellt das Verfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder einer Gesetzesbestimmung fest, so ist dieses entweder nicht anzuwenden¹⁶ oder aufzuheben¹⁷.

Im Zusammenhang mit der Normenkontrolle ergeben sich zahlreiche Fragen, die in der hier gebotenen Kürze der Ausführungen nur als Anregung für weitere Diskussionen dienen mögen: Darf der Gesetzgeber ein einfaches Gesetz, das vom Verfassungsgericht infolge seiner Inkompatibilität mit der Verfassung aufgehoben wurde, in den Verfassungsrang erheben? Haben (bestimmte) verfassungsgerichtliche Entscheidungen (unabänderliche) Gesetzeskraft?¹⁸ Wie ist das Spannungsverhältnis, das sich aus der

.....
its own particular societal facts – the background, ethnic-cultural, political, social, and economic conditions – which inevitably condition and limit the positive law and its development in action. Without a substantial identity in such underlying societal facts, the attempt to transfer from one society to another of the special legal institutions and processes and also substantive rules developed is likely to prove a purely mechanical exercise in legal eclecticism, without too much lasting quality. And yet the same political, social, and economic problems do tend to recur in very many different societies at the same level of industrial development and to be presented to tribunals for final arbitrament, legal or political-legal." *Mc Whinney* zitiert in: *Noll*, Internationale Verfassungsgerichtsbarkeit (1992) 10.

16 So zB nach der Nichtigkeitslehre, wie sie der US Supreme Court vertritt. Das Gesetz wird lediglich deklaratorisch für nichtig erklärt (ex tunc).

17 Nach der Vernichtbarkeitslehre wird das Gesetz konstitutiv vom Verfassungsgericht (ex nunc) aufgehoben, wobei auch die Fortgeltung der Norm für einen bestimmten Zeitraum festgelegt werden kann. Dies geschieht zB in Deutschland, Österreich, Staaten Mittel- und Osteuropas und des Baltikums.

18 Vgl § 31 Abs 2 BVerfGG.

Tatsache ergibt, dass ein demokratisch nicht legitimierte Verfassungsgericht Gesetze, die vom demokratischen Souverän erlassen wurden, aus dem Rechtsbestand entfernt zu beurteilen?¹⁹ Wo liegt die Grenze²⁰ der Verfassungsgerichtsbarkeit?²¹

In ihrer Funktion als Normenkontrolleure agieren Verfassungsgerichte durchaus als negative, zuweilen sogar positive Gesetzgeber.²² Die verfassungsgerichtliche Prüfungs- und Aufhebungs-kompetenz stellt gerade durch diese Befugnis das Kernstück der Gewaltenbalancierung und Machtkontrolle dar.²³ Häufig sind die inhaltlichen Vorgaben der verfassungsgerichtlichen Entscheidungen so konkret und präzise, dass der Legislative kaum Gestaltungsmöglichkeit, sondern bloß die Option einer formellen Verabschiedung des Gesetzes bleibt, womit die Verfassungsgerichtsbarkeit materiell zum Ersatzgesetzgeber wird.²⁴ In dieser Funktion sollten sich Verfassungsgerichte allerdings in Zurückhaltung üben, da diese justizförmig ausgeübte Macht in weit geringerem Maße kontrolliert ist als andere Formen der staatlichen Machtausübung.²⁵

aa) Normenkontrolle

Die Frage der Normenkontrolle stellte sich bereits 1610 vor einem Gericht des Vereinigten Königreichs. In der Urteilsbegründung des Falles *Bonham* hielt Sir Edward Coke fest, dass ein parlamentarischer Akt, der gegen das Common Law oder die Ver-

19 Siehe *Shapiro/Stone Sweet*, *On Law, Politics & Judicialization* (2002) 162 ff.

20 Zu den Grenzen der Normenkontrolle siehe *Koopmans*, *Courts and Political Institutions* (2003) 98 ff.

21 Zur (erstmaligen) Aufhebung einer Verfassungsbestimmung wegen Baugesetzwidrigkeit durch den österreichischen VfGH (VfSlg 16.327/20019) siehe: *Hiesel*, *Von der Verfassungskultur zur verfassungswidrigen Verfassungsgesetzgebung? Reflexionen aus Anlass des § 126a BVergG 1997*, *AnwBl* 2001, 306.

22 Siehe dazu auch *Marcic*, *Verfassung und Verfassungsgericht* (1963) 204 ff.

23 So *Chryssogonos* zitiert in Noll, *Der Verfassungsgerichtshof als Gesetzgeber*, aaO, Fn 32: "Der funktionelle Zweck der Gewaltenteilung wird also merkwürdigerweise dadurch am effektivsten erreicht, dass sie organisatorisch durchbrochen wird."

24 Siehe dazu *Llorente*, *Constitutional Jurisdictions as Law-Making in: Pizzorusso*, *Law in the Making – A Comparative Survey* (1988) 156 ff.

25 Siehe dazu die rechtsvergleichende Untersuchung von *Von Brünneck*, *Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien* (1992) 166 ff.

nunft verstößt, widersprüchlich oder undurchführbar ist, am Common Law geprüft und für nichtig erklärt wird.²⁶ Zwar setzte sich diese Auffassung im Vereinigten Königreich mit der Begründung der Souveränität des Parlaments lange nicht durch, doch stellte 1803 der amerikanische Supreme Court seine Verwerfungskompetenz für verfassungswidrige Gesetze fest.²⁷ Die amerikanische Auffassung, wonach Grundrechte als Teil der Verfassung einen höheren Rang als andere Parlamentsakte einnehmen und demnach auch den Gesetzgeber binden, fand auch Eingang in die kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen. Grundsätzlich stellt dabei ein eigenes Verfassungsgericht²⁸ (**konzentrierte** Normenkontrolle) die Übereinstimmung von Gesetzen, Verordnungen, Staatsverträgen mit jeweils höherrangigem Recht fest. Dies geschieht in der Regel auf Antrag oder von Amts wegen, wenn eine Rechtsache anhängig ist und das Verfassungsgericht selbst Bedenken hat, was die Übereinstimmung der Norm mit einer höherrangigen Norm betrifft (**konkrete** Normenkontrolle)²⁹. Viele EU-Mitgliedstaaten kennen auch die **abstrakte** Normenkontrolle, bei der das Erfordernis der Präjudizialität nicht gegeben ist.³⁰ Von **inzidenter** Normenkontrolle spricht man, wenn die Rechtmäßigkeit einer Norm nur mittelbar als Voraussetzung für die Entscheidung in einem Verfahren über eine andere Rechtsfrage überprüft wird. Bei der **präventiven** Normenkontrolle werden Gesetzesentwürfe vor ihrem gültigen Zustandekommen einer Verfassungsmäßig-

26 Zitiert in: *Heller*, Die Entwicklung der Grundrechte in England und im Vereinigten Königreich – Historisches und Aktuelles, JBI 2002, 288.

27 Dem ist hinzuzufügen, dass jedes US-amerikanische Gericht in einem anhängigen Verfahren die Einhaltung der Verfassung gegenüber dem Gesetzgeber durchzusetzen hat. Man spricht von diffuser Normenkontrolle, weil kein eigenes Verfassungsgericht eingerichtet ist.

28 A, D, B, F, GR, I, E, LX, PL, P, H, CZ, SK, SI, LET, LIT, MT, CYP (auf Zypern ist ein solches Gericht zwar von der Verfassung vorgesehen, doch in Wirklichkeit wurden keine Mitglieder [ein griechischer, ein türkischer und ein neutraler Richter wären von der Verfassung in Art 133 vorgesehen] berufen, so dass dieses Gericht nie errichtet wurde. Unter Berufung auf das principle of necessity übertrug ein Gesetz die verfassungsgerichtlichen Kompetenzen auf den Supreme Court. Besetzungsprobleme gab es auch auf Malta). Kein eigenes Verfassungsgericht gibt es in: UK, DK, S, FIN, IRL, NL und EST.

29 Die konkrete Normenkontrolle gibt es ua in A, B, D, E, I, P und in eingeschränktem Maß in GR.

30 ZB: A, B, D, E, P, PL, CZ, SK, SI, H, LET, LIT, E (in EST nach erneuter Befassung des Parlaments).

keitsprüfung unterzogen, um zu verhindern, dass verfassungswidrige Normen entstehen.³¹

b) Verfassungsgerichtsbarkeit und der Einzelne

Verfassungsurkunden und internationale Verträge räumen in der Regel dem (Staats-)Bürger wesentliche Grundrechte ein. Diese Rechte basieren auf der Idee der unveräußerlichen Menschenrechte und sollen Bürger vor Eingriffen durch den Staat schützen. Grundrechte dürfen ausschließlich durch den Gesetzgeber eingeschränkt, aber nicht aufgehoben werden. Den Schutz dieser Rechte gewähren Verfassungsgerichte, an die sich der Einzelne wenden kann, wenn er durch einen Hoheitsakt in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten verletzt wurde.

aa) Individualantrag auf Normenkontrolle

Zu den antragsberechtigten Organen und Personen auf Normenkontrolle gehören mitunter auch Einzelpersonen, die durch die Verfassungs-/Gesetzeswidrigkeit einer für sie unmittelbar wirksamen Norm in ihren Rechten verletzt wurden. In Österreich beruht dieses Rechtsinstitut auf dem Grundsatz der Subsidiarität³² und kommt keiner "actio popularis"³³ gleich.

bb) Verfassungsbeschwerde

Eine Verfassungsbeschwerde beim Verfassungsgericht kann in der Regel, nach Erschöpfung des Rechtsweges, geltend machen, wer durch einen Verwaltungsakt in seinen Grundrechten verletzt ist.³⁴ In einigen EU-Mitgliedstaaten ist auch die Verfassungsbeschwerde gegen letztinstanzliche Urteile zulässig.³⁵

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die prozessualen Möglichkeiten für den einzelnen Bürger durch die über-

31 Dies gilt insbesondere in F (Conseil Constitutionnel) aber auch in P, IRL, FIN und PL. E hat die präventive Normenkontrolle 1985 abgeschafft.

32 *Adamovich/Funk*, Österreichisches Verfassungsrecht, 343 ff.

33 Eine actio popularis ist demgegenüber in Ungarn vorgesehen: *Brunner/Sólyom*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn (1995) 30.

34 Zur Problematik der Verfassungsbeschwerde, die in Ungarn von jedermann erhoben werden kann, der behauptet, durch die Anwendung einer verfassungswidrigen Norm in seinen verfassungsmäßigen Grundrechten verletzt worden zu sein, siehe *Brunner/Sólyom*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn (1995) 34 ff. In E recurso de amparo.

35 ZB in D, E, P, H, nicht aber in A.

all zu beobachtende extensive Handhabung der Richtervorlage und der verschiedenen Formen der Verfassungsbeschwerde ein hohes Niveau aufweisen. Dies gilt für Staaten mit diffuser Verfassungskontrolle und sogar noch mehr für die Länder mit konzentrierter Verfassungskontrolle.³⁶

2. Verfassungsgerichte ausgewählter Mitgliedstaaten der EU

Will man einzelne Verfassungsgerichte im Rechtsgefüge verorten, lohnt es, einige prägende Merkmale, die Verfassungsgerichte charakterisieren, zu identifizieren. Die hier getroffene Auswahl kann nur eine fragmentarische bleiben. Zunächst soll die Frage der institutionellen Selbstständigkeit geklärt werden, sodann ob das Verfassungsgericht sich innerhalb oder außerhalb der Gerichtsbarkeit einordnen lässt und wie seine Normenkontrollkompetenzen aussehen.

a) Vereinigtes Königreich

"British lawyers say that Parliament is an absolute sovereign because that seems ... the best interpretation of British legal history, practice and tradition. But legal history and practice can change with great speed"³⁷ And so it has – partly at least!³⁸

Das Amt des Lord Chancellor, der zugleich die Position des Justizministers von England und Wales sowie des zweithöchsten Kabinettspostens einnahm und die Rolle des obersten Richters vereinte, stellte fürwahr eine kuriose "Gewaltenmischung" dar. 2003 setzte mit der Transformierung des Lord Chancellor's Department in das Department of Constitutional Affairs³⁹ eine tief greifende Verfassungsreform ein, die im Constitutional Reform Act 2005, der am 24.3.2005 königliche Zustimmung fand,⁴⁰ kulminierte. Das Amt des Lord Chancellor ist nunmehr auf folgende Aufgaben reduziert: Er bleibt Justizminister für England und Wales, ist Mitglied der zu bildenden Judicial Appointment Commission und wird weiter über die Wahrung der Rechtsstaatlichkeit wachen. Ferner

.....
³⁶ Von Brünneck, Verfassungsgerichtsbarkeit 41.

³⁷ Dworkin, A Bill of Rights for Britain (1990) 27, allerdings im Zusammenhang mit der "Allmacht" des Parlaments.

³⁸ Dazu ausführlicher im nächsten Kapitel.

³⁹ Siehe <http://www.dca.gov.uk>.

⁴⁰ Siehe <http://www.hms.gov.uk/acts/acts2005/2005004.htm>.

sieht der Constitutional Reform Act die Einrichtung eines Supreme Court vor, dessen Zuständigkeit die Klärung der zuvor vom House of Lords behandelten Rechtsfrage umfasst. Die Ausgliederung der Law Lords beendet deren Einfluss auf die Legislative.

Unverändert bleibt: "What the statute itself enacts cannot be unlawful, because (it) is the highest form of law that is known in this country. It is the law which prevails over every form of law, and it is not for the court to say that a parliamentary enactment ... is illegal".⁴¹ Weiterhin gilt demnach die Regel, dass kein eigenes Gericht die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen überprüfen wird.⁴² Die Gerichte überprüfen nachrangige Legislativakte⁴³ und erklären diese für ungültig, wenn sie als ultra vires zu qualifizieren sind.⁴⁴

Ein Constitution Committee im House of Lords nimmt eine ex ante-Prüfung der verfassungsrechtlichen Implikationen von Gesetzesvorhaben vor.

b) Deutschland

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG)⁴⁵ in Karlsruhe ist Teil der rechtsprechenden Gewalt und besitzt das Rechtsprechungsmonopol über die ihm in der Verfassung zuerkannten Kompetenzen.⁴⁶ Es agiert als höchstes Rechtsprechungsorgan, wenngleich es nicht als Instanzgericht tätig ist.⁴⁷

Als Hüter der Verfassung wacht es über die Einhaltung des Grundgesetzes. Jeder, der sich durch die öffentliche Gewalt in seinen Grundrechten verletzt erachtet, kann eine Verfassungsbeschwerde erheben.⁴⁸ Diese Beschwerde kann sich gegen Maß-

41 *De Smith/Brazier*, Constitutional and Administrative Law (1994) 77 mwN.

42 Für so genannte Devolutionsangelegenheiten gilt Sec 41 des Constitutional Reform Act.

43 ZB statutory rules, regulations, by-laws.

44 Zur Vertiefung siehe *Baer*, Gerichtliche Normenkontrolle im Vereinigten Königreich (2005).

45 Alle deutschen Bundesländer, mit Ausnahme Schleswig-Holsteins haben eine eigene Landesverfassungsgerichtsbarkeit. Siehe dazu auch *Fromont*, La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, Cahier du Conseil Constitutionnel no 15 ; <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc15/all1.htm>.

46 § 1 Abs 1 Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG), Art 92 iVm Art 97 GG. Dazu gehören neben der Normenkontrolle und Individualbeschwerden auch Kompetenzstreitigkeiten und die Wahlgerichtsbarkeit.

47 § 31 Abs 1 BVerfGG. Vgl: Art 137 B-VG.

48 Art 93 Nr 4a GG iVm §§ 13 Nr 8a, 90 ff BVerfGG.

nahmen der Exekutive, der Judikative oder der Legislative richten. Der einzelne Bürger kann demnach gegen eine verfassungswidrige Norm nach Erschöpfung des Instanzenzuges über eine Verfassungsbeschwerde vorgehen (Rechtssatzbeschwerde). Damit kann der Einzelne zB aus dem Grundrecht auf die verfassungsmäßige Ordnung gemäß Art 2 Abs 1 GG geltend machen, ein Gesetz verstoße gegen formelle (zB Verstoß gegen die Gesetzgebungskompetenz) oder materielle Verfassungsbestimmungen (zB Verstoß gegen das Rückwirkungsverbot oder Verstoß einer Rechtsverordnung gegen Art 80 GG).

Das Verwerfungsmonopol für Normen liegt beim BVerfG. Die Rechtsprechung des BVerfG hat insbesondere dann politische Wirkung, wenn es Gesetze im (abstrakten oder konkreten)⁴⁹ Normenkontrollverfahren für verfassungswidrig erklärt. Dabei bestimmt das BVerfG über den verfassungsrechtlichen Rahmen des politischen Entscheidungsspielraums.⁵⁰

Ein Gericht leitet ein konkretes Normenkontrollverfahren gemäß Art 100 GG ein, wenn es zur Auffassung gelangt, dass ein Gesetz bzw eine Gesetzesbestimmung verfassungswidrig oder nichtig ist, und diese Verfassungswidrigkeit im Anlassfall entscheidungserheblich ist. Den Vorlagebeschluss muss es ausführlich begründen (§ 80 BVerfGG).

Ein Drittel der Mitglieder des Bundestages, die Bundes- oder eine Landesregierung können eine abstrakte Normenkontrolle beantragen (Art 93 Abs 1 Nr 2 GG iVm § 13 Nr 6 BVerfGG). Das BVerfG überprüft dabei, losgelöst von einem Anlassfall, ob eine gültige Norm (Gesetz oder Rechtsverordnung) gegen die Verfassung bzw Grundrechte⁵¹ oder Landesrecht gegen Bundesrecht verstößt.

c) Frankreich

Die Institution des Conseil Constitutionnel wurde erst mit der Verfassung der V. Republik 1958 eingeführt, die eine Schwächung der Legislative mit sich brachte. Die Idee einer juristischen Kon-

49 Will ein Gericht ein Gesetz nicht anwenden, weil es dieses für verfassungswidrig hält, muss es zuvor die Entscheidung des BVerfG im Wege der konkreten Normenkontrolle einholen. Ferner können die Bundes- oder eine Landesregierung oder ein Drittel der Bundestagsabgeordneten die Verfassungsmäßigkeit einer Norm abstrakt, dh ohne Anlassfall, überprüfen lassen.

50 Siehe dazu auch *Koopmans*, Courts and Political Institutions (2003) 67 ff.

51 Dabei kommt es nicht auf eine individuelle Betroffenheit an!

trolle der Verfassungsmäßigkeit der Parlamentsgesetze wurde lange unter dem Hinweis auf die absolute Souveränität des Parlamentes – als Ausdruck des "allgemeinen Willens" gemäß Art 6 der Allgemeinen Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789 – abgelehnt. Das VII. Kapitel der Verfassung ist dem Conseil Constitutionnel gewidmet, der sich von anderen Verfassungsgerichten in vielen Punkten unterscheidet. Nach ihrer ursprünglichen Konzeption vertraut die Verfassung dem Conseil Constitutionnel die Kontrolle der Gesetze nicht als grundlegende Kompetenz an. Anfangs schien sich seine Hauptaufgabe in erster Linie auf die Prüfung der Trennung zwischen Gesetz (domaine législatif) und Rechtsverordnung (domaine réglementaire) sowie die Kontrolle von Wahlen und Volksabstimmungen (Art 58 – 69 der Verfassung) zu erstrecken. Zu Beginn der V. Republik war es nur dem Staatspräsidenten, dem Premierminister sowie den Präsidenten von Abgeordnetenhaus und Senat möglich, ein "normales" Gesetz (lois ordinaires) vor dessen Inkrafttreten auf seine Verfassungsmäßigkeit prüfen zu lassen. Die juristische Entwicklung, um den Respekt der Legislative vor den Grundrechten zu garantieren, vollzog sich in zwei Schritten.

In seiner grundlegenden Entscheidung Nr 71-44 vom 16.7. 1971⁵² hat der Conseil Constitutionnel den Verfassungsrang der Verfassungspräambel, die sich auf die Präambel der IV. Republik (1946) und die Allgemeine Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte (1789) beruft, festgestellt. Eine weitere Stärkung des Conseil Constitutionnel erfolgte durch eine Verfassungsänderung im Jahr 1974, wonach überdies 60 Abgeordneten bzw 60 Senatoren die Möglichkeit haben, beim Conseil Constitutionnel die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes geltend zu machen. Durch diese Novelle stieg die Zahl der Anrufungen beim Conseil, denn die Opposition erkannte darin ein Mittel, Argumente zur Anfechtung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen zu entwickeln. Der Conseil Constitutionnel hat dadurch insgesamt an Bedeutung gewonnen.⁵³ Ursprünglich als Schiedsrichter mit der Aufgabe betraut, den Bereich der parlamentarischen Gesetzgebung zu kontrollie-

52 Siehe <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1971/7144dc.htm>.

53 Dies begann, als Präsident Mitterand und "le parti socialiste" Anfang der 1980er Jahre an die Macht kamen. Die Gaullisten machten von der Möglichkeit der ex ante-Normenkontrolle regen Gebrauch. So wurde der Conseil zu einem Richter über politische Entscheidungen. Diese Strategie wurde nach dem Machtwechsel von den Sozialisten fortgesetzt.

ren, hat sich der Conseil im Laufe der Jahre zu einem Richter über die Konformität der Gesetze mit der Verfassung und den fundamentalen Verfassungsgrundsätzen gewandelt.⁵⁴

Bei der Normenkontrolle handelt es sich um eine a priori-Prüfung der Normen. Es soll dadurch ex ante verhindert werden, dass eine verfassungswidrige Norm je in Kraft tritt.⁵⁵ Verfassungsausführende Gesetze (lois organiques)⁵⁶, internationale Verträge und Abkommen⁵⁷ und die Geschäftsordnungen der beiden Parlamentskammern müssen vor ihrer Verkündung dem Conseil vorgelegt werden (Art 61). Zur Vorlage von "normalen" Gesetzen sind die in Art 61 Abs 2 genannten Personen antragsberechtigt.⁵⁸ Dieser Antrag muss nicht begründet werden, in der Regel ist ihm aber ein Gutachten beigelegt. Der Conseil ist bei der Prüfung nicht auf gerügte Bestimmungen eines Gesetzes beschränkt, sondern ermächtigt, auch die übrigen Bestimmungen des Gesetzes zu überprüfen.⁵⁹ Er befindet binnen Monatsfrist über ihre Verfassungsmäßigkeit. Für das kontradiktorische Normenkontrollverfahren gibt es keine weiteren Verfahrensvorschriften, es entspricht aber den allgemeinen Grundsätzen des Prozessrechts vor Verwaltungsgerichten:⁶⁰ Ein Berichterstatter wird vom Präsidenten des Conseil ernannt, dieser bereitet den Fall mit Unterstützung des Generalsekretärs vor. Die Regierung gibt ihre Position bekannt, die den Klägern zur Stellungnahme zugesandt wird. Diese Dokumente sind im Journal Officiel veröffentlicht. Die Beratungen und Beschlussfassung der Mitglieder⁶¹ des neunköpfigen Conseil finden allerdings unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Im Ergebnis verkündet dann der Conseil die Verfassungsmäßigkeit des Gesetzes oder er erklärt dieses oder Teile desselben für nicht verfassungsgemäß. Der Conseil kann auch eine neutralisierende In-

54 Siehe <http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/allemand/missions.htm>.

55 Siehe auch Conseil d'État in Belgien, wo es aber auch eine Normenkontrolle ex post durch die Cour d'Arbitrage (Art 142 Z 3 der Verfassung) gibt.

56 Dazu gehören zB Wahlgesetze gemäß Art 25 der Verfassung.

57 Art 54 der Verfassung.

58 Dazu gehören der Präsident der Republik, der Premierminister, der Präsident der Nationalversammlung, der Präsident des Senats und 60 Abgeordnete oder Senatoren.

59 Die im Wege eines Referendums verabschiedeten Gesetze (lois référendaires) können keiner Überprüfung durch den Conseil unterzogen werden.

60 Siehe <http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/allemand/competen.htm>.

61 Je drei Mitglieder nominieren der Staatspräsident sowie die Präsidenten der beiden Abgeordneten- und Senatskammern. Es handelt sich somit um kein gerichtsförmiges Organ.

terpretation einer Bestimmung vornehmen und Vorgaben dazu machen, wie sie verfassungskonform auszulegen ist. Seine eigene Auffassung substituiert jene des Parlaments nur in jenen Fällen, da Letzteres seine Kompetenzen überschreitet oder Letzterem ein grober Beurteilungsfehler unterläuft.⁶² Die Entscheidungspraxis des Conseil⁶³ in Bezug auf Rechte, die den Einzelnen unmittelbar betreffen, lässt insofern eine institutionelle Neubalancierung erkennen, als Individualrechte eher unter die Legislativ- als unter die Exekutivkompetenz fallen.⁶⁴

d) Niederlande

Charakteristisch für den Verfassungstext der Niederlande ist, dass er viele Bereiche, die traditionell in Verfassungen niedergeschrieben sind, nicht abdeckt.⁶⁵ Demnach fehlen insbesondere Bestimmungen, die Kompetenzabgrenzungen vornehmen, beispielsweise das Verhältnis zwischen Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit regeln. Dies verleiht der Verfassung Offenheit und Flexibilität für Interpretationen.

Art 120 der Verfassung statuiert, dass Richter nicht die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Verträgen beurteilen. Von der Überprüfung ausgenommen ist laut Rechtsprechung auch das Legislativverfahren, denn auch dabei müssten Verfassungsbestimmungen ausgelegt werden.⁶⁶ Der Hoge Raad sprach sich auch deutlich gegen die Prüfung der Übereinstimmung von parlamentarischen Gesetzesakten mit ungeschriebenen Rechtsgrundsätzen aus.⁶⁷ Eine Abschwächung erfährt diese Regelung durch Art 94 der Verfassung, wonach geltende gesetzliche Vorschriften nicht angewandt werden, wenn diese Anwendung mit allgemein verbindlichen Bestimmungen von Verträgen und Beschlüssen völkerrechtlicher Organisationen nicht vereinbar ist. Dieses Gebot gilt vor allem für die Nichtanwendung von Parlamentsgesetzen, die Grundrechte beschränken.⁶⁸

.....

62 So die Entscheidung Nr 81-132 vom 16.1.1982 (Loi de nationalisation).

63 Siehe <http://www.conseil-constitutionnel.fr/general/decision.htm>.

64 *Koopmans, Courts*, 75 f.

65 *Van Bijsterveld*, *The Constitution in the Legal Order of the Netherlands in: Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law* (1998) 348.

66 Hoge Raad 27.1.1961, NJ 1961, 248 (Van den Bergh-arrest).

67 Hoge Raad 14.4.1989, NJ 1989, 469 (Harmonisatiewet-arrest).

68 Dazu siehe unten III.

Jene Legislativakte, die nicht "Parlamentsgesetze" oder Regierungsakte sind, können von den Gerichten geprüft werden, was in der Realität auch der Fall ist. Bereits 1879 sprach der Hoge Raad die Verfassungswidrigkeit eines Königlichen Erlasses⁶⁹ mit der Begründung aus, dass Königliche Erlässe eine Rechtsgrundlage in einem Parlamentsgesetz oder unmittelbar in der Verfassung benötigen.⁷⁰ Bemühungen, ein Gesetzesprüfungsverfahren einzuführen, blieben bislang ohne Erfolg.

Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzesentwürfen erfolgt ex ante von der Abteilung für konstitutionelle und legislative Angelegenheiten im Justizministerium sowie vom Staatsrat (Art 73); ferner debattieren die beiden Parlamentskammern und Regierungsberatungsstellen über Verfassungsfragen⁷¹. Ob diese außerhalb der Gerichtsbarkeit stehende "unselbständige preview", wie sie eigentlich im Gesetzesentstehungsverfahren in den EU-Mitgliedsländern üblich ist, eine ex-post "review" durch eine unabhängige Institution zu ersetzen vermag, kann an dieser Stelle nicht weiter erörtert werden.

e) Irland

Die Verfassung von Irland kennt kein eigenes Verfassungsgericht, doch sehen Art 34 Abs 3 iVm Art 34 Abs 4 Z 5 und 6 der Verfassung Zuständigkeiten von High Court und Supreme Court für die inzidente Prüfung verfassungsrechtlicher Fragen vor. Im Rahmen anhängiger Verfahren entscheiden der High Court und als Rechtsmittelinstanz der Supreme Court über die Verfassungsmäßigkeit und damit Gültigkeit von Parlamentsgesetzen. Anderen Gerichten ist diese Befugnis untersagt (Art 34 Abs 3). Die inzidente Normenkontrolle ist nur dann zulässig, wenn der Antragsteller geltend macht, durch das angefochtene Gesetz in seinen verfassungsmäßigen Rechten verletzt zu sein.⁷²

Art 26 der irischen Verfassung berechtigt den Präsidenten nach Rücksprache mit dem Council of State, jede Gesetzesvorlage an den Supreme Court zu verweisen, damit dieser über die Verfas-

69 Dieser entspricht einer allgemeinen Verwaltungsverordnung.

70 Hoge Raad 13.1.1879, W. 4330 (Meerenberg-arrest). Siehe auch Art 89 Abs 2 der Verfassung.

71 *Van Bijsterveld*, The Constitution in the Legal Order of the Netherlands, in: Netherlands Reports to the Fifteenth International Congress of Comparative Law (1998) 356.

72 *Doolan*, Constitutional Law and Constitutional Rights in Ireland (1994) 126.

sungskonformität der Gesetzesvorlage ex ante entscheidet (abstrakte präventive Normenkontrolle). Stellt der Supreme Court die Verfassungsmäßigkeit fest, so darf die Verfassungskonformität in einem späteren Verfahren nicht mehr in Frage gestellt werden.⁷³ Die Unterzeichnung der Gesetzesvorlage durch den Präsidenten erfolgt erst nach Verkündung der Entscheidung des Supreme Court. Die Entscheidung des Supreme Court ist für den Präsidenten bindend.⁷⁴

III. Der Einfluss der europäischen auf die innerstaatlichen Verfassungsgerichte

Betrachtet man die verfassungsgerichtliche Praxis horizontal in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten, so lässt sich einerseits feststellen, dass Verfassungsgerichte durchaus den Blick über die Landesgrenzen tätigen⁷⁵ und sich mit der verfassungsrechtlichen Judikatur anderer Staaten vertraut machen, sich von dieser inspirieren lassen und diese fallweise auch in eigenen Entscheidungen zitieren.⁷⁶ Darüber hinaus ist die Verfassungsjudikatur wesentlich durch das Kooperationsverhältnis mit den Europäischen Gerichtshöfen geprägt. Im folgenden Abschnitt wird die Europäisierung⁷⁷ der Verfassungsrechtsprechung durch Europarecht im engeren und weiteren Sinne betrachtet.⁷⁸

.....

⁷³ *Kelly/Hogan/Whyte*, *The Irish Constitution* (1994) 216 mwN.

⁷⁴ Art 26 Abs 1 Z 3.

⁷⁵ In diesem Zusammenhang sei auf die Konferenz der europäischen Verfassungsgerichte verwiesen, die in regelmäßigen Abständen Kongresse veranstaltet, um die Information über die Arbeitsweise und Verfassungsrechtsprechung der Mitgliedergerichte, verbunden mit einem Gedankenaustausch über institutionelle, strukturelle und materielle Fragen aus den Bereichen der Staats- und Verfassungsgerichtsbarkeit zu fördern. Die Konferenz bemüht sich um die Förderung der Unabhängigkeit von Verfassungsgerichten als essentiellen Bestandteil zur Wahrung und Förderung von Demokratie und Rechtsstaat, bei besonderer Berücksichtigung des Schutzes der Menschenrechte, und unterstützt die Kontaktpflege unter den Europäischen Verfassungsgerichten und vergleichbaren Institutionen (§ 3 Statut der Konferenz, siehe dazu <http://www.confcoconsteu.org>).

⁷⁶ ZB *Kelly/Hogan/Whyte*, *The Irish Constitution*, 430 f; viele Verfassungsgerichte, die nach dem österreichischen Modell eingerichtet wurden, orientieren sich an der deutschen (zB Spanien, Estland, Lettland, Litauen) und österreichischen (mittel- und osteuropäische Länder) Judikatur.

⁷⁷ Aufschlussreich ist die Differenzierung durch *Bauer*, *Europäisierung des Verfassungsrechts*, JBI 2000, 750, der folgende Dimensionen unterscheidet: "Europäisches Verfassungsrecht im Werden", "Gemeineuropäisches

1. Der Einfluss der Rechtsprechung des EGMR

Alle 25 EU-Mitgliedstaaten haben die EMRK ratifiziert.⁷⁹ Der EGMR wacht über deren Einhaltung. Sowohl Mitgliedstaaten als auch Individuen, die sich in ihren Konventionsrechten verletzt erachten, können nach Erschöpfung des nationalen Instanzenzuges eine Beschwerde beim EGMR einlegen, dessen Urteil völkerrechtlich für den Mitgliedstaat, gegen den sich das EGMR-Urteil richtet, verbindlich ist.

Die EMRK beeinflusste nachhaltig die Rechtssysteme aller Vertragsstaaten⁸⁰ und führte zu einer weitgehenden Harmonisierung der Menschenrechtsstandards.⁸¹ Dies soll im Folgenden am Beispiel des Vereinigten Königreichs, weil es – oft zu Unrecht – als wenig integrationswillig gilt, und der Niederlande dargestellt werden.

a) Vereinigtes Königreich⁸²

Das Vereinigte Königreich war der erste Staat, der die EMRK ratifizierte.⁸³ Dennoch akzeptierte die Regierung ursprünglich weder die Individualrechtsbeschwerde noch gelang für beinahe ein halbes Jahrhundert die Umsetzung der Konvention in innerstaatliches Recht und folglich deren Durchsetzbarkeit durch die nationalen Gerichte. Im Jahre 1965 rang sich die Regierung Wilson

.....
Verfassungsrecht", das die Rechtsvergleichung im Prozess der Rechtsgewinnung aufwertet und nationale Verfassungen, Elemente des EG-Rechts und der EMRK in den Blick nimmt und schließlich die "wechselseitige Beeinflussung von nationalem Verfassungsrecht und Gemeinschaftsrecht".

78 Häberle, Europäische Verfassungslehre in Einzelstudien (1999) 77 versteht unter Europarecht im engeren Sinne das Recht der EU bzw der EG und unter Europarecht im weiteren Sinne das Recht des Europarates mit den Judikaten des EGMR und bezeichnet Letzteres als Wachstumsstufe des europäischen Verfassungsstaates selbst.

79 Die Ratifikation der EMRK und die Anerkennung des darin vorgesehenen Schutzmechanismus sind politisch eine *conditio sine qua non* für die Zugehörigkeit zu Europa.

80 BVerfG 14.10.2004, BVR 1481/04 verpflichtet zur Berücksichtigung der EGMR-Rechtsprechung. In Österreich genießt die EMRK Verfassungsrang. Die baltischen Staaten erachten die Rechtsprechung des EGMR als wichtige Inspirationsquelle bei der Grundrechtsauslegung und Verfassungsrechtsfortbildung (Schmitz, Die Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit in den baltischen Staaten in ZSE 4/2003, 576).

81 *Benoît-Rohmer/Klebes*, The Council of Europe Law. Towards a pan-European Legal Area (2005).

82 Die Ausführungen zu diesem Unterkapitel stützen sich auf *Lester*, Using European Law in the United Kingdom, in: Themis (2004) 11 ff.

83 Die Ratifikation erfolgte 1951. Erst 1953 trat die EMRK in Kraft.

durch, die Individualbeschwerde zuzulassen und die Gerichtsbarkeit des EGMR anzuerkennen. Zu diesem Zeitpunkt war die Tragweite dieser Entscheidung niemandem bewusst. Dieser Moment war der Beginn jener Ära, in der die Souveränität geteilt und die innerstaatliche Rechtsordnung nachhaltig beeinflusst wird.

Aus der Not an innerstaatlichen Rechtsmitteln gegen Menschenrechtsverstöße und aus dem Mangel des Vorhandenseins eines Grundrechtskatalogs im Verfassungsrang machten Anwälte eine Tugend, indem sie ihren Klienten unter Berufung auf die EMRK erfolgreich zu ihrem Recht verhalfen. Diese Fälle rüttelten sowohl die Exekutive und Judikative als auch die Legislative aus ihren überkommenen Rechtsansichten und verhalfen internationalen Menschenrechtsstandards dadurch zum Durchbruch, dass sie diese zum integralen Bestandteil ihres Rechtssystems machten. Diese Entwicklung wurde durch das In-Kraft-Treten des Human Rights Act im Jahre 2000 gekrönt. Diesem Rechtsakt kommt Verfassungsrang zu. Er hat bereits und wird in Zukunft das britische Rechtssystem in hohem Maß beeinflussen.

b) Niederlande

Die Niederlande haben im Zuge ihres EG-Beitritts eine Verfassungsänderung eingeführt, die jenen Bestimmungen des Völkerrechts⁸⁴, die den Einzelnen unmittelbar berechtigen,⁸⁵ Vorrang vor innerstaatlichem Recht einräumen. Mit dieser Frage setzten sich die holländischen Gerichte zunächst im Zusammenhang mit der EMRK auseinander und entwickelten im Laufe der Jahre eine reichhaltige Judikatur, die im Grunde das Konzept des EuGH zur unmittelbaren Wirkung des Gemeinschaftsrechts⁸⁶ für die Bestimmungen der EMRK übernahm.⁸⁷

In den ersten Jahren übten sich die Gerichte bei der Interpretation der Konventionsrechte noch in Zurückhaltung, aber bereits seit Ende der 1960er Jahre beobachtete man mehr Offenheit der Gerichte: Gerichte beziehen sich eher auf Konventionsbestimmungen als auf entsprechende Verfassungsbestimmungen, und

84 Es gab also keine Reduzierung des Vorranges auf EG Recht!

85 Es wurde unterschieden zwischen jenen Regelungen, die an Legislative und Exekutive gerichtet sind, und jenen, die unmittelbar von den Gerichten angewandt werden können, was Letztere selbst zu beurteilen haben (Hoge Raad 13.4.1960, NJ 1960, 436).

86 Beginnend mit EuGH Rs 26/62, *Van Gend en Loos*, Slg 1963, 5.

87 *Koopmans*, Courts and Political Institutions, 79.

die Entscheidungen des EGMR führten dazu, dass die Anwaltschaft zusehends holländische Regelungen als konventionswidrig kritisierte. Diese Entwicklung ging soweit, dass unmittelbar anwendbare Konventionsbestimmungen zur Verwerfung nationalen Rechts durch die Gerichte führten.⁸⁸ Der Hoge Raad begann, innerstaatliche Bestimmungen im Lichte der Konvention zu interpretieren.⁸⁹

Trotz dieser Entwicklungen blieb es bei der Grundregel, dass Gerichte nicht die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen prüfen. Auf der Grundlage von Völker- und Gemeinschaftsrecht setzen Gerichte aber einen effektiven Grundrechtsschutz durch. Dabei wenden sie Techniken an, die jenen von Verfassungsgerichten bei der Normenkontrolle entsprechen.⁹⁰

2. Der Einfluss der Rechtsprechung des EuGH

Der Beitritt zur Europäischen Gemeinschaft bedeutet fundamentale Veränderungen für die innerstaatliche Rechtsordnung einschließlich der Verfassung. Die Öffnung der nationalen Rechtsordnungen für supranationale Konzepte und Grundsätze vollzog sich graduell. Einige Mitgliedstaaten gestatten die Öffnung ihrer Rechtsordnung nur soweit, als die Verfassung oder deren Grundprinzipien vom Anwendungsvorrang des wesentlich vom EuGH fortentwickelten EG-Rechts unberührt bleiben.⁹¹ Andere Mitgliedstaaten räumen EG-Recht unbeschränkten Vorrang ein.⁹² Zweifelsohne beeinflusst aber nicht nur die Judikatur des EuGH die innerstaatlichen Gerichte einschließlich jener, die über Verfassungsfragen judizieren, sondern auch umgekehrt inspirierten nationale Verfassungsgrundsätze die Judikatur des EuGH.⁹³

Hier kann nur eine exemplarische Aufzählung der wichtigsten Faktoren erfolgen, die das Zusammenspiel mitgliedstaatlicher Verfassungsgerichte mit den Gerichtshöfen der EU prägen: vor-

88 Hoge Raad 10.5.1996, NJ 1996, 578, aus Anlass der Entscheidung EGMR 27.3.1996, *Goodwin*, 22, EHRR 123 zitiert in *Koopmans*, Courts and Political Institutions, 81.

89 *Koopmans*, Courts and Political institutions, 81 ff.

90 *Koopmans*, Courts and Political Institutions, 84; *ders*, La convention européenne des droits de l'homme et le juge néerlandais, RIDC 1999, 21.

91 Siehe Maastricht Urteil BVerfGE 89, 155.

92 ZB Irland, die Niederlande, Österreich (zumindest nach Auffassung eines Teils der Lehre). Siehe: *Pernice*, Europäisches und Nationales Verfassungsrecht, WHI-Paper 13/01 (2004) 27.

93 *Bauer*, Europäisierung des Verfassungsrechts, JBI 2000, 750.

rangige Anwendung des EG-Rechts, das dem Individuum unmittelbar Rechte verleiht; Verwerfungspflicht in Bezug auf gemeinschaftsrechtswidriges innerstaatliches Recht, Loyalitätsgebot nach Art 10 EG; Auslegungsmonopol des EuGH für Fragen des Gemeinschaftsrechts; die Pflicht zur Kooperation im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens.

Anhand einiger Beispiele aus der Praxis wird im folgenden Abschnitt auf dieses besondere Verhältnis zwischen Verfassungsgerichten ausgewählter Mitgliedstaaten und dem EuGH eingegangen.⁹⁴

a) Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf die deutsche Verfassungsgerichtsbarkeit

Das GG unterscheidet zwischen Grundrechten, die "jedermann" berechtigen, und solchen, die "Deutschen" vorbehalten sind (zB Freizügigkeit gem Art 11 GG, Freiheit der Berufswahl gem Art 12 GG). Letztere kollidieren⁹⁵ in erster Linie mit dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot und den Grundfreiheiten der Unionsbürger. Im Wege der europarechtskonformen Auslegung wurde die Gleichstellung von Unionsbürgern bewirkt und diesen gegenüber Drittstaatsangehörigen ein qualifizierter Grundrechtsschutz gewährt. Verfassungspolitisch wäre jedoch das Einfügen einer Unionsbürgerklausel wünschenswert.⁹⁶

Das Grundgesetz ist offen⁹⁷ für die Europäisierung des Verfassungsrechts, solange ein Grundrechtsschutz gewährleistet ist, der nach Inhalt und Wirksamkeit dem des Grundgesetzes im Wesentlichen gleichkommt.⁹⁸ Der BVerfG nimmt seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für die Tätigkeit deutscher Gerichte und Behörden dient, nicht wahr und misst dieses nicht mehr am Maßstab des GG. Umsetzungsakte können grundsätzlich nur dann Prüfungsmaßstab beim BVerfG sein, soweit bei der Umsetzung ein Ermessen eingeräumt wurde, weil bei Ausübung

94 Eine Übersicht dazu findet sich im Jahresbericht des EuGH 2004: <http://curia.eu.int/de/instit/presentationfr/index.htm>.

95 Bei Kollisionen von Primärrecht mit dem GG sind Prüfungsgegenstand vor dem BVerfG nur die Maßnahmen der deutschen öffentlichen Gewalt.

96 *Bauer*, Europäisierung des Verfassungsrechts, JBI 2000, 750.

97 Die Integrationsgrenze findet sich in der Ewigkeitsgarantie des Art 79 Abs 3 GG: siehe auch BVerfGE 89, 155 (Maastricht).

98 BVerfGE 73, 339 (Solange II).

dieses Ermessens in vollem Umfang die Bindung an das Verfassungsrecht, insbesondere die Grundrechte, gilt (Grundsatz der doppelten Bindung).

b) Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf die österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit

Der VfGH geht ebenfalls von einer doppelten Bindung aus, nämlich der Bindung an das Gemeinschaftsrecht und jener an das Verfassungsrecht. Die Bindung an das EG-Recht ist in erster Linie von den Behörden und Gerichten selbst zu beurteilen und wird im Zweifel vom EuGH geklärt. Der VfGH hat von dieser Möglichkeit, ein Vorabentscheidungsverfahren einzuleiten, bislang drei Mal Gebrauch gemacht.

Im ersten Vorlageverfahren stellte der EuGH⁹⁹ die unmittelbare Anwendbarkeit einer assoziationsrechtlichen Bestimmung fest, worauf der VfGH eine Wahlanfechtung zuließ, weil einem Drittstaatsangehörigen das passive Wahlrecht gemeinschaftswidrig versagt worden war. Im zweiten Vorlageverfahren begehrte der VfGH¹⁰⁰ eine Klarstellung über den gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Beihilfe.¹⁰¹ Im dritten Fall hatte der VfGH¹⁰² zwei Verfassungsnormen (Offenlegungspflicht versus Datenschutz) gegeneinander abzuwägen, wobei der Datenschutz auch durch vorrangiges EG-Recht abgesichert ist. Der Gehalt der gemeinschaftsrechtlichen Datenschutzregelungen war für den VfGH nicht zweifelsfrei. Der EuGH¹⁰³ gründete seine Ausführungen im Wesentlichen auf Art 8 EMRK, der als Element des Gemeinschaftsrechts Vorrang vor nationalem Verfassungsrecht (Offenlegungspflicht) genießt.

In einem konkreten Normenkontrollverfahren kann sich die Frage stellen, ob das Gesetz, dessen Verfassungswidrigkeit zu prüfen ist, nicht etwa wegen des Anwendungsvorranges von Gemeinschaftsrecht unanwendbar ist.¹⁰⁴

.....
99 EuGH Rs C-171/01, *Grüne GewerkschafterInnen*, Slg 2003, I-4301.

100 VfSlg 15.450/1999. EuGH Rs C-143/99, *Adria – Wien Pipeline*, Slg 2001, I-8365.

101 Folgeentscheidung VfGH 6.12.2001, B 2594/97-28.

102 VfSlg 16.050/2000.

103 EuGH Rs C-465/00, *ORF*, Slg 2003, I-4989.

104 Siehe auch *Thienel*, Anwendungsvorrang und Präjudizialität im amtsweiligen Normprüfungsverfahren vor dem VfGH, ZfV 2001, 777.

c) Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf die Gerichtsbarkeit in England

Anfangs waren englische Gerichte noch ganz der parliamentary supremacy und Zurückhaltung bei der im Ermessen befindlichen judicial review verschrieben. Doch da EG-Recht dem Bürger Rechte verleiht, haben sie auch das Recht zur Prüfung der innerstaatlichen legislativen und exekutiven Akte. Diese Akte müssen daher von den Gerichten im Lichte ihrer Ziele – unter Abwägung des sozialen und ökonomischen Kontexts – geprüft werden. Dies ähnelt der Aufgabe eines Verfassungsgerichts oder jener der Europäischen Gerichtshöfe.¹⁰⁵

Die Entscheidung des House of Lords in der Rechtssache *Factortame*¹⁰⁶ machte erst die Implikationen des Anwendungsvorrangs für das britische Verfassungsrecht klar. In einer weiteren Grundsatzentscheidung hat das House of Lords¹⁰⁷ entsprechend der Judikatur des EuGH indirekt Frauen diskriminierende Gesetzesbestimmungen für unzulässig erklärt. Bei der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips hatten die Law Lords Werturteile zu fällen und Abwägungen¹⁰⁸ wie die Europäischen Gerichte vorzunehmen: Zweckorientiert und nicht nur das wörtliche Interpretieren von Gesetzen waren gefragt, sondern es waren Entscheidungen über schwierige und kontroverse Themen zu treffen. Beides stellte eine Neuheit im Rechtsfindungsprozess dar, der man sich erfolgreich stellte.¹⁰⁹ Dieser Prozess gab britischen Richtern eine gänzlich neue Stellung im Verfassungsgefüge: Die Judikative wurde gleichwertiger und bei-, nicht mehr untergeordneter Zweig innerhalb der britischen Verfassung.¹¹⁰

-
- 105 *Lester*, Using European Law in the United Kingdom, Themis 2004, 25.
- 106 Nach den Vorgaben des EuGH Rs C-221/89, *Factortame*, Slg 1991, I-3905.
- 107 *R v Secretary of State for Employment, Ex parte Equal Opportunity Commission* (1995) 1 AC (HL).
- 108 Dabei haben sie zudem den Gesetzentstehungsprozess oder die Stellungnahmen der Regierung zu studieren, soziale und ökonomische Auswirkungen abzuschätzen und Vergleichbarkeiten in anderen Mitgliedstaaten zu suchen.
- 109 *Chalmers*, Judicial Understanding of the Authority of EC Law in the United Kingdom, in: Bapuly/Puntscher Riekman/Slominski (Hrsg), *Europäisierung durch Recht: Zwischen Anspruch und Wirklichkeit* (2005) im Erscheinen.
- 110 *Lester*, Using European Law in the United Kingdom, Themis 2004, 26.

d) Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf die ungarische Verfassungsgerichtsbarkeit

Die Kompetenzen des ungarischen Verfassungsgerichts sind im internationalen Vergleich außergewöhnlich groß.¹¹¹ Am ungarischen Verfassungsgericht sind bereits zwei Rechtssachen anhängig, bei denen die Verfassungsmäßigkeit ungarischer Rechtsvorschriften am Maßstab des Gemeinschaftsrechts zu messen sind. In einem Fall wurde ob eines Übersetzungsfehlers eine Richtlinie über Gesellschaftsrecht falsch umgesetzt: Anstatt zu liberalisieren wurde die entsprechende gesetzliche Bestimmung noch rigider als zuvor. Nun haben sich durch die Regelung betroffene Gesellschafter an den Verfassungsgerichtshof gewandt, damit dieser die Verfassungswidrigkeit und Nichtigkeit der Richtlinie widersprechenden Regelungen deklariere. Maßstab der inhaltlichen Prüfung des Verfassungsgerichts ist die Verfassung.¹¹² Mangels einer expliziten Vorrangklausel in der Verfassung wäre allenfalls denkbar, dass das Verfassungsgericht in der gemeinschaftsrechtswidrigen Umsetzung eine verfassungswidrige Säumnis des Gesetzgebers feststellt, das Gesetz aufhebt und dem Gesetzgeber aufträgt, ein richtlinienkonformes Gesetz zu erlassen.¹¹³ Im zweiten anhängigen Verfahren geht es um die Novelle des Notenbankgesetzes, das die Nominierung des Entscheidungsgremiums der Bank regelt und dabei dem Ministerpräsidenten ein Nominierungsrecht einräumt. Der Antragsteller beruft sich auf die in Art 108 EG vorgesehene Unabhängigkeit der Notenbanken und regt ein Vorabentscheidungsverfahren an. Hier wird das Verfassungsgericht die missverständliche Formulierung von Art 2 der Beitrittsklausel interpretieren und möglicherweise eine verfassungsrechtliche Neufassung zu provozieren versuchen.¹¹⁴

.....

111 Dazu gehören die Normenkontrolle als *actio popularis*, die vorbeugende, nachträgliche und völkerrechtliche Normenkontrolle, die Auslegung von Verfassungsbestimmungen und die Feststellung der Verfassungswidrigkeit der gesetzgeberischen Untätigkeit (*Petsche*, Die Verfassung Ungarns im Lichte des EU-Beitritts, *ecolex* 1995, 687). Zur Vertiefung empfohlen: *Brunner/Sólyom*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn (1995).

112 *Brunner/Sólyom*, Verfassungsgerichtsbarkeit in Ungarn (1995) 69.

113 *Vörös*, Einige Probleme der Anwendung des EG-Rechts in Ungarn anlässlich des EU-Symposiums "National Judges as Judges of EC Law", Wien 21.-23.4.2005 (noch unveröffentlicht).

114 *Vörös*, Einige Probleme der Anwendung des EG-Rechts in Ungarn anlässlich des EU-Symposiums "National Judges as Judges of EC Law", Wien 21.-23.4.2005 (noch unveröffentlicht).

**e) Gemeinschaftsrechtliche Einflüsse
auf die polnische Verfassungsgerichtsbarkeit**

Bereits vor dem EU-Beitritt bezog sich das polnische Verfassungsgericht auf EG-Recht.¹¹⁵ Jüngst entschied das polnische Verfassungsgericht¹¹⁶ in einem abstrakten Normenkontrollverfahren über den polnischen Beitrittsvertrag.¹¹⁷ Darin wird das Verhältnis zwischen der polnischen Verfassung und dem Beitrittsvertrag sowie den Gründungsverträgen umfassend behandelt.¹¹⁸

IV. Conclusio

Ziel des Workshop on International Constitutional Law ist es, den Verfassungsvergleich aus seinem Schattendasein zu holen. Die Absicht der Autorin bestand darin, einige lokale Spots auf die EU-Mitgliedsländer zu richten und – gleichsam einem Kameraschwenk – Entwicklungen durch die Europäische Integration auf zwei Ebenen einzufangen: 1. die Ebene, auf der sich der Einfluss der EMRK auf innerstaatliches Verfassungsrecht zeigt und 2. die Ebene auf der sich Einfluss des EG Rechts manifestiert. Die Bilder vermitteln den Eindruck, dass der Wortlaut der Verfassung oft von der juristischen und institutionellen Praxis abweicht. Auf ganz originäre Art entstehen Beziehungen zwischen Verfassungs- und Völker- sowie Europarecht. Richter finden sich in einer neuen, dynamischen Rolle, die ihnen Flexibilität abverlangt und Möglichkeiten bei der Fortentwicklung des Rechts eröffnet.

Die nationale Verfassungsrechtsprechung ist europäisch, indem "Europaartikeln" interpretiert werden, die Rechtsvergleichung als Interpretationsmethode herangezogen wird und die innerstaatlichen Grundrechtskataloge EMRK-konform interpretiert werden. Verfassungsgerichte auf der nationalen, internationalen und übernationalen europäischen Ebene befruchten einander gegenseitig und halten den europäischen Motor in Schwung.

Diese Entwicklungen bringen unzählige spannende Forschungsfragen hervor. Im Wege des Verfassungsvergleichs lassen sich Inspirationen gewinnen, die beim Entstehen einer europäischen

.....
115 ZB 21.4.2004 K 33/03.

116 Urteil vom 11.5.2005, K 18/04.

117 Zur Verfassungsmäßigkeit des Beitrittsverfahrens äußerte sich der polnische Verfassungsgerichtshof im Urteil 27.5.2003, K 11/03.

118 Siehe http://www.trybunal.gov.pl/eng/summaries/wstep_gb.htm.

.....

Verfassungsdogmatik wertvoll und dem Funktionieren eines europäischen Rechtsraumes förderlich sein können.

Abstract

The author focuses on Constitutional Courts in selected EU Member States and looks at the developments brought about by European integration on two stages: the European Court of Human Rights and the European Court of Justice. The results show that the wording and text of Constitutions are substantially influenced by legal and institutional practice. The actors at court define the links between the Constitution, international and supranational law. This means that judges find themselves in a new dynamic role which demands flexibility but at the same time gives them the potential to be creative and to further develop the law. Hence, national and European Constitutional Courts inspire each other and keep the wheel going. Comparing their practices contributes to an emerging European Constitutional analysis and to fostering the European legal area.

Iris Eisenberger

Multikulturalismus – Eine Antithese zum Liberalismus?

I. "Glaube nicht an die Demokratie"

Diese im Rahmen eines Exklusivinterviews getätigte Aussage eines Wiener Imams war am 21. Juli 2005 auf der Titelseite der österreichischen Tageszeitung *Die Presse* zu lesen.¹ Ausgelöst durch die folgenschweren Bombenanschläge auf das Londoner Nahverkehrssystem am 7. und 21. Juli 2005, bei denen mehr als 55 Menschen ums Leben kamen, versuchte *Die Presse* offenbar auf potenzielle Gefahren in Österreich aufmerksam zu machen.

Die Verdeutlichung eines terroristischen Gefahrenpotenzials erscheint auch in Österreich politisch wie gesellschaftlich notwendig und sinnvoll. Dennoch wäre von einer Tageszeitung dieses Formats zu erwarten, dass der Stimme der friedvollen Mehrheit der Muslime in Österreich ebenso viel Platz eingeräumt wird.² Beiträge wie jener vom 21. Juli 2005 führen dazu, dass ein ohnehin latent vorhandenes Misstrauen gegenüber der muslimischen Bevölkerungsgruppe in Österreich verstärkt wird. Man braucht sich dazu nur die nicht für ihre sorgfältige und umsichtige Diktion bekannten Internet-Foren oder den Zeitungsboulevard anzusehen.³

Auch die subtileren Kommentatoren ließen nicht lange auf sich warten. *Fleischhacker* etwa schrieb, viele schockierte Linke und Grüne müssten nunmehr feststellen, "dass die 'Multikulti-Illusion', aus der sie über Jahre und Jahrzehnte ihr gehobenes moralisches Selbstverständnis bezogen haben, dabei ist, sich in Luft aufzulösen".⁴ *Fleischhacker* unterstellt "den Linken und Grünen" damit ein Sympathisieren mit einer Art "Wurschtigkeitsliberalismus", einem Neoliberalismus, bei dem die verschiedenen

.....
1 Wiener Imam: "Glaube nicht an die Demokratie", *Die Presse* v 21.07.2005.

2 Diesen wurde Tags darauf im Blattinneren Platz zur Darstellung ihrer Ansichten gewährt.

3 Dazu titelt etwa die Wochenzeitschrift NEWS "Wiener Islam-Fundi in NEWS: 'Jeder gläubige Moslem will ein Märtyrer werden'", NEWS 29/05.

4 Leitartikel von *Fleischhacker*, Der liberale Staat muss Stärke zeigen, *Die Presse* v 23.7.2005.

Gruppierungen am freien Markt der Kulturen erfolglos miteinander konkurrieren. Er unterstellt ihnen auch zu glauben, alles sei perfekt, so wie es ist. Davon kann jedoch keine Rede sein. Eine Integrationspolitik, die von oben herab und ohne Aussicht auf Durchlässigkeit betrieben wird, ist von Anfang an zum Scheitern verurteilt.

Ist man, wie so mancher "rechte Ideologe"⁵, der Ansicht, dass "[u]nter der hübschen Oberfläche des Multikulturellen ... sich eine Reihe von Parallelgesellschaften entwickelt, denen es nicht um eine friedlichere, buntere Welt geht, sondern um die rücksichtslose Umsetzung ihrer religiösen und gesellschaftlichen Vorstellungen, die mit den unseren ungefähr so viel gemeinsam haben wie der Koran mit dem deutschen Grundgesetz",⁶ dann müsste man hinter den Titel dieses Beitrages kein Fragezeichen, sondern tatsächlich ein Rufzeichen setzen und den Multikulturalismus als Antithese zum Liberalismus definieren. Multikulturalismus ist aber sowohl praktisch als auch theoretisch Teil des politischen Liberalismus. Dieser wiederum unterscheidet sich von einem ethischen Liberalismus dadurch, dass er von keiner bestimmten Konzeption des individuellen guten Lebens ausgeht, auch von keiner Konzeption, nach der individuelle Autonomie das höchste aller Güter ist.

II. Sag' wovon du sprichst

Wenn wir uns die Frage stellen, inwieweit Multikulturalismus mit Liberalismus vereinbar ist, müssen wir uns daher auch fragen, von welchem Multikulturalismus wir überhaupt sprechen.

Mit *Holzleithner*⁷ ist unter Multikulturalismus jene Theoriefamilie zu verstehen, die zu ergründen versucht, "wie in heutiger Zeit (um dies so unspezifisch zu sagen) mit tiefgehenden kulturellen Unterschieden zwischen Individuen und Gruppen umzugehen sei, ohne diese einfach zu 'privatisieren', also aus der Öffentlichkeit zu verbannen". Damit stellen sich multikulturalistische Theoriekonzepte mitunter in Widerspruch zu stärker individualistisch geprägten liberalen Theorien.⁸

.....
5 So *Fleischhacker* in seinem Leitartikel, Der liberale Staat muss Stärke zeigen, Die Presse v 23.7.2005.

6 Leitartikel von *Fleischhacker*, Der liberale Staat muss Stärke zeigen, Die Presse v 23.7.2005.

7 *Holzleithner*, Toleranz unter Marktbedingungen. Multikulturalismus in einer neoliberalen Welt, *juridikum* 2004, 152.

8 Statt vieler *Barry*, Culture & Equality (2001).

Als Vertreter und Mitbegründer eines liberalen Multikulturalismus ist *Kymlicka*⁹ zu beachten.¹⁰ Ihm zufolge bedeutet liberaler Multikulturalismus, dass über die Anerkennung der Kulturen und Sprachen, der in einem Staat vertretenen Nationen sowie der Selbstverwaltung hinaus (sog "liberaler Nationalismus") die Anerkennung, Förderung und Unterstützung von kulturellen Gruppierungen, die sich sowohl ethnisch als auch religiös definieren können, geboten ist. Demgegenüber gewährt der klassische, individualistisch geprägte Liberalismus kulturellen Gruppen grundsätzlich bloß das Recht auf Toleranz und Nicht-Diskriminierung.

Die Gretchenfrage der Vereinbarkeit von Multikulturalismus und Liberalismus ist demnach die nach der Gewährung kultureller Gruppenrechte¹¹ im Gegensatz zur bloßen Einräumung individueller Bürgerrechte. Der Forderung nach kulturellen Gruppenrechten liegt keine rein idealistische Vorstellung zugrunde. Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist die Annahme, dass die Verankerung in einer kulturellen Gruppe essentiell für die Identitätsbildung der Einzelperson ist. Deshalb muss es auch Vorkehrungen geben, die dem Individuum den Erhalt seiner kulturellen Eigenheiten gewähren. Nach Auffassung der meisten politischen Philosophen kann nur die Kultur dem Mensch die Möglichkeit geben, ein sinnvolles Leben zu leben und auch sinnvolle Entscheidungen zu treffen.¹²

III. Von Kreuzen, Kopftüchern, Kippas, Turbanen und der Mär staatlicher Neutralität

Die meisten liberalen Theoretiker sind, wie bereits erwähnt, der Auffassung, dass die kulturellen Interessen des Individuums durch die Einräumung von Menschen- und Bürgerrechten angemessen gewährleistet würden und keine weiteren Maßnah-

9 Siehe etwa *Kymlicka*, *Multicultural Citizenship* (1995); *ders*, *Politics in the Vernacular. Nationalism, Multiculturalism, and Citizenship* (2001); *ders*, *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*² (2002).

10 Zur Multikulturalismusdebatte siehe ua auch *Raz*, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics* (1994).

11 Zu Gruppenrechten von Minderheiten siehe *Pogge*, *Gruppenrechte von Minderheiten*, in: Kauffmann (Hrsg), *Integration oder Toleranz? Minderheiten als philosophisches Problem* (2001) 188-195. Zur Frage kollektiver Rechte siehe auch *Marko*, *Autonomie und Integration. Rechtsinstitute des Nationalitätenrechts im funktionalen Vergleich* (1995) insb 199 ff.

12 Siehe dazu etwa *mWN Kymlicka*, *Multicultural Citizenship* (1995) insb 107 ff.

men zum Schutz kultureller Minderheiten gesetzt werden müssen.¹³ Ihr Argument ist, dass die universalen Menschenrechte die notwendige Beachtung kultureller Differenzen bereits ausreichend gewährleisten. Das mag für viele kulturell motivierte Konfliktfälle seine Gültigkeit haben. Man denke nur an die in jüngster Zeit in den Blickpunkt politischer und rechtlicher Aufmerksamkeit geratenen religiösen Symbole.¹⁴ Der "Klassiker" unter ihnen ist die religiös motivierte Bedeckung muslimischer Frauen. Die rechtliche Situation in Europa ist sehr unterschiedlich. Während in Großbritannien muslimische Frauen mit einem Tschador im Polizeidienst arbeiten können, ist es muslimischen Mädchen in Frankreich nicht einmal gestattet, mit einem Kopftuch in die Schule zu gehen.¹⁵

Aber nicht nur das Kopftuch stand in den letzten Jahren im Zentrum multikulturalistischer Debatten. Erwähnt sei in diesem Zusammenhang etwa die in Großbritannien geführte Diskussion um den religiös motivierten Turban der Sikhs¹⁶ im England der 1970er Jahre. Infolge der Einführung der Helmpflicht wollten Sikhs weder auf das Motorradfahren noch auf das Tragen ihres Turbans verzichten und forderten eine kulturelle Ausnahme. Diese gesellschaftspolitisch heikle Situation konnte folgendermaßen gelöst werden. Man ließ Tests durchführen, inwieweit der Turban einen dem Helm gleichwertigen Schutz bieten könne. Das (bemerkenswerte) Ergebnis: Er gewährleistet tatsächlich einen vergleichbaren Schutz. Dies wurde zum Anlass genommen, dem Wunsch der Sikhs nachzukommen und die Turban tragenden Sikhs von der allgemeinen Helmpflicht zu befreien. Das britische Parlament ersparte sich mit dieser Entscheidung eine zweifelsohne unangenehme Debatte.¹⁷

.....
13 Anstelle vieler *Barry, Culture & Equality* (2001) insb 112 ff.

14 Zu einer Judikaturanalyse dieser Frage siehe den Beitrag von *Nathwani, Headscarves and human rights*, S 149 in diesem Band.

15 Zur Rechtsprechung in Europa siehe ausführlich *Nathwani, Headscarves and human rights*, S 149.

16 Das Tragen eines Turbans zählt zu den fünf religiösen Pflichten eines männlichen Sikhs. Vgl dazu etwa *Stukenberg, Die Sikhs. Religion Geschichte, Politik* (1995).

17 Siehe dazu *Parekh, Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory* (2000) 243 ff.

In diesem Zusammenhang sei auch auf einen Fall in Österreich hingewiesen.¹⁸ Ein Sikh bewarb sich um einen Job bei den Wiener Verkehrsbetrieben. Seine Einstellung wurde ua abgelehnt, weil das Tragen eines Turbans mit den Kleidungs Vorschriften der Wiener Verkehrsbetriebe nicht in Einklang zu bringen sei. Hätte man den Sinn und Zweck des Tragens einer Dienstkappe genauer hinterfragt, wäre es ein leichtes gewesen, auch diesen kulturellen Konflikt zu lösen. Man hätte zum Ergebnis gelangen müssen, dass das Tragen einer Dienstkappe im Rahmen einer Tätigkeit bei den Wiener Verkehrsbetrieben nur den Zweck der Erkennbarkeit des Bediensteten verfolgen kann. Eine solche Erkennbarkeit wäre aber auch beim Tragen eines Turbans, allenfalls durch Anbringen eines Logos der Wiener Verkehrsbetriebe am Turban, zu erzielen gewesen. Das Nichteinstellen des Sikhs mit der Begründung, er dürfe seinen Turban nicht tragen, stellt wohl einen nicht gerechtfertigten Eingriff in Art 9 EMRK (Religionsfreiheit), aber auch in Art 8 EMRK (Recht auf ein Privatleben), dar. Die mögliche Geltendmachung dieser Verletzung ist eine andere Frage, die an dieser Stelle nicht erörtert werden kann. Praktisch hat sich diese Frage mittlerweile erledigt. Die Wiener Verkehrsbetriebe haben ihre Kleidungs Vorschriften geändert und das Tragen einer Kappe ist nicht mehr vorgesehen.

Aber nicht alle kulturellen Konflikte lassen sich so einfach lösen. Der individualistische Liberalismus vertritt die Ansicht, dass für alle Bürger Gleichheit besteht, solange der Staat einen neutralen Standpunkt einnimmt. Diese Vorstellung geht von der Annahme aus, dass der Staat tatsächlich neutral sein kann.¹⁹ Der Staat und seine Institutionen werden jedoch in der Regel die Riten, Bräuche, Symbole und Dresscodes der Mehrheitsgruppe repräsentieren. Man denke nur an die Staatssprache, staatliche Symbole oder aber auch die Feiertagsruhe. Man wird in unserem Kulturkreis mit dem Tragen eines Kreuzes viel eher vertraut sein als mit dem Tragen eines religiös motivierten Kopftuches, eines Turbans oder einer Kippa.

.....
¹⁸ Siehe dazu ein mit der Wiener Integrationsstadträtin *Wehsely* geführtes derStandard.at-Interview v 6. Dezember 2004.

¹⁹ Siehe dazu etwa *Kymlicka*, *Multicultural Citizenship* (1995) insbes 114 ff, *Shachar*, *Multicultural Jurisdiction. Cultural Differences and Women's Rights* (2001) insbes 22 f mwN. Im Zusammenhang mit der christlich-abendländischen Wertewelt siehe *Baer/Wrase*, *Staatliche Neutralität und Toleranz in der "christlich-abendländischen Wertewelt"*, DÖV 2005, 243-252.

Nachdem die staatliche Neutralität keine faktische Gleichheit garantieren kann, ist den Multikulturalisten diesbezüglich zu folgen und zu fragen, inwieweit eine gerechte Theorie darauf achten muss, dass kulturellen Gruppen auch kollektive Rechte eingeräumt werden. Diese Frage betrifft nicht nur traditionelle Einwanderungsländer wie etwa Kanada, die Vereinigten Staaten oder Australien, sondern aufgrund der fortschreitenden Globalisierung und der weltweiten Flüchtlings- und Migrationsströme mittlerweile auch Europa.

IV. Der kulturelle Marktplatz: ein Ort der Nachteile und Ungerechtigkeiten und der Bedarf nach kulturellen Gruppenrechten?

Ausgangspunkt der Forderung nach kulturbasierten Gruppenrechten ist die These, dass der Zugang zu einer gesellschaftlichen Kultur essentiell für die individuelle Freiheit und die Bildung einer Identität ist.²⁰ Wenn nun aber ein nicht unbeachtlicher Teil liberaler Theoretiker der Auffassung ist, dass das Bedürfnis nach kultureller Mitgliedschaft ausreichend durch individuelle Rechte gewährleistet ist und jegliche Art weiterführender Rechte unnötig sei,²¹ lässt sich dies in dieser allgemeinen Form freilich nicht aufrechterhalten. Eine solche These ist ganz einfach zu abstrakt. Eine ähnlich unhaltbare Aussage wäre zu behaupten bestimmte Frauenrechte, wie etwa quotierte Vorrangregeln und sonstige Maßnahmen zur Frauenförderung, wären nicht vereinbar mit einer individualistisch-liberalen Verfassung. Solche Rechte sind schlicht ein Standard westlicher Rechtsordnungen.²²

Verfechter liberal-individualistischer Theorien sind jedoch der Auffassung, dass das Recht sich zusammenschließen für die Befriedigung kultureller Bedürfnisse ausreichend sei.²³ Jeder Ver-

20 Siehe dazu etwa *Kymlicka, Justice and Minority Rights* (1995) 107.

21 Siehe dazu die in *Kymlicka, Justice and Minority Rights* (1995) 107 referierten Ansichten.

22 Siehe dazu etwa *Holzleithner, Recht Macht Geschlecht. Legal Gender Studies. Eine Einführung* (2002). Anderer Ansicht offenbar *Thienel, Das Berufungsverfahren nach dem UOG 1993* (1996) insbes 52 ff, der hinter den "Erwägungen zur Herbeiführung kollektiver Parität ... ein totalitäres Denken" ortet, "das an die Stelle individueller Selbstverwirklichung ein heteronom vorgegebenes Rollenbild des einzelnen in der Gesellschaft setzt".

23 Siehe dazu etwa *Kukathas, Cultural Toleration*, in: Shapiro/Kymlicka, *Ethnicity and Group Rights* (1997) 69.

ein, so auch der kulturelle, könne um seine Mitglieder werben. Wer dann noch zusätzlich die Auffassung vertritt, dass der Staat verpflichtet sei, kulturelle Gruppen, die ihre Mitglieder nicht halten können, im Sinne eines "Artenschutzes" zu unterstützen, der überschreite eigentlich die Grenzen des individualistischen Paradigmas.

Diese Sichtweise ist aber nicht zwingend. Spezifische Gruppenrechte²⁴ wie territoriale Autonomie, eigene Landrechte, Veto-Rechte, garantierte Repräsentation in politischen Körperschaften oder Sprachenrechte können auch innerhalb des individualistischen Paradigmas legitimiert werden. Ihre Begründung kann darin gesehen werden, dass Mitglieder von Minderheiten nur auf Grundlage solcher Rechte die gleichen Möglichkeiten zum Leben und zur persönlichen Entfaltung innerhalb ihrer eigenen Kultur haben.²⁵

Bei der Gewährung kollektiver Gruppenrechte muss auf die Bedeutung kultureller Identität auf der einen Seite und die Bedeutung staatsbürgerlicher Gleichheit auf der anderen Seite Rücksicht genommen werden. Nicht alle Interessen können in einer Welt der entgegen gesetzten Interessen und einer Ressourcenknappheit befriedigt werden. Die Wahrung kultureller Rechte der einen Gruppe kann zur Verletzung der berechtigten Interessen von Mitgliedern anderer Gruppen führen. Hier die Grenze zu ziehen, ist letztlich Aufgabe des demokratischen Prozesses.

V. Gemeinschaftseigentum, Polygamie, Genitalverstümmelung, Gewalt gegen Frauen: Welche illiberale Praktiken verträgt der Liberalismus?

Eine der größten Herausforderungen multikulturalistischer Theorien und Gesellschaften ist die Frage nach der Zulässigkeit illiberaler Praktiken. Deren Bandbreite reicht vom Verbot des Privateigentums, über die Möglichkeit polygamer Ehen, der weiblichen Genitalverstümmelung und Gewalt gegen Frauen bis hin zu Ehrenmorden. Wie weit kann und darf der liberale Verfassungs-

.....
²⁴ Für eine übersichtliche Darstellung von Gruppenrechten siehe *Levy, Classifying Cultural Rights*, in: *Levy, The Multiculturalism of Fear* (2000) 125-160.

²⁵ *Kymlicka, Justice and Minority Rights*, 109.

staat solche Praktiken akzeptieren? Welche Kriterien sind bei der Frage nach der Toleranz von illiberalen Praktiken anzuwenden und welche Voraussetzungen müssen gegeben sein? Als Gradmesser bei der Beantwortung dieser Fragen werden das Verbot der Verletzung fundamentaler Rechte einzelner Individuen²⁶ und die tatsächliche Möglichkeit aus einer kulturellen Gruppe auszusteigen²⁷ genannt.

Betrachtet man etwa das Verbot von Privateigentum innerhalb einer kulturellen Gruppe, so ist leicht festzustellen, dass dies den Vorstellungen eines liberalen Verfassungsstaates widerspricht. Ob aus liberaler Sicht ein solches Verbot auch abzulehnen ist, ist eine nicht mehr so leicht zu beantwortende Frage. Ohne jedes private Eigentum leben etwa die in Kanada ansässigen Hutterer²⁸. Solange die Mitglieder in der Gemeinschaft bleiben, gefährdet das wohl nicht den liberalen Rechtsstaat. Probleme treten erst auf, wenn einzelne Mitglieder aus der Gemeinschaft ausscheiden wollen. Der vom kanadischen Supreme Court entschiedene Fall *Hofer vs Hofer* widmet sich genau diesem Problem. Zwei Mitglieder der Hutterer wollten die Gemeinschaft verlassen. Von ihrem Gemeinschaftseigentum blieb ihnen nichts – theoretisch nicht einmal die am Leib befindlichen Kleidungsstücke. Gegen diese Entscheidung ihrer Gemeinde wandten sie sich schließlich an den kanadischen Supreme Court, der jedoch der Gemeinde der Hutterer Recht gab.²⁹

Es ist zu bezweifeln, ob diese Entscheidung mit den oben festgelegten Parametern, nämlich jederzeit aus einer Gruppe aussteigen zu können, zu vereinbaren ist. In diesem Sinne auch Richter *Pigeon* in einer dissenting opinion. Er ist der Auffassung, dass die Kosten für Mitglieder der Hutterer zu hoch sind und ein Ausstieg aus der Gemeinschaft de facto unter diesen Voraussetzungen nicht möglich ist. Ein Ausweg aus dieser Situation wäre das Einspringen des kanadischen Staates durch adäquate finanzielle Un-

.....
26 Siehe dazu *Kymlicka*, *Multicultural Citizenship* (1995) insb 152 ff.

27 Siehe dazu *Parekh*, *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory* (2000) beispielsweise 96 f.

28 Es gibt heute rund 460 Hutterer-Kolonien, mit etwa 60-140 Mitgliedern pro Kolonie. Es handelt sich um eine täuferische Kirche, die in Gütergemeinschaft vorwiegend in Kanada und vereinzelt auch in Amerika lebt. Siehe dazu <http://de.wikipedia.org/wiki/Hutterer>, besucht am 3. August 2005.

29 Siehe dazu *Kymlicka*, *Multicultural Citizenship* (1995) 161.

terstützung. Dem könnte man freilich entgegenhalten, dass dies auf eine Subventionierung der Hutterergemeinschaft durch die Allgemeinheit hinausliefe.

Viele Probleme im Kontext ergeben sich auch mit Blick auf die Situation von Frauen. Das hat dazu geführt, dass einzelne feministische Theoretikerinnen, wie etwa *Okin*³⁰ in ihrem Beitrag "Is Multiculturalism Bad for Women?" den Multikulturalismus vehement ablehnen.³¹ *Okin* vertritt die Auffassung, multikulturelle Modelle würden durch die Forderung kultureller Gruppenrechte in Kauf nehmen, dass die Schwächsten einer Gruppe, das sind in der Regel Frauen und Kinder, benachteiligt werden.

Ein Beispiel ist das hauptsächlich aus muslimischen Gesellschaften nach Europa importierte Phänomen polygamer Ehen. Besondere Brisanz erlangte dieses Konfliktfeld in Frankreich. Ursprünglich verfolgte Frankreich die Politik der Anerkennung polygamer Ehen von Einwanderern. Aufgrund massiven Lobbyings verschiedener Frauenorganisationen änderte Frankreich im Jahr 1993 seine diesbezügliche Politik.³² Die *loi Pasqua* setzte neue Maßstäbe hinsichtlich polygamer Ehen. Zum einen wurde Einwanderern fortan nur noch eine Immigration mit einer Ehefrau erlaubt. Zum anderen verloren alle polygam lebenden Ehepaare ihre Aufenthalts- und Arbeitsgenehmigungen, es sei denn, sie ließen sich scheiden und trennten offiziell ihre Haushalte. Ob damit dieses vielschichtige Problem gelöst worden ist, sei dahingestellt. Einfache Antworten gibt es aber auch auf diese Fragen nicht.

Ein wohl noch schwerwiegenderes Problem stellt die in weiten Teilen Afrikas und auch Asiens praktizierte weibliche Beschneidung bzw Genitalverstümmelung dar.³³ Auch diese wurde in westliche Demokratien importiert. *Fauziya Kasinga*, ein 19 Jahre altes Mädchen aus Togo war Mitglied des Tchamba-Kunsuntu Tribes. Junge Frauen dieses Tribes werden in der Regel mit 15 Jahren einer Genitalverstümmelung unterzogen. Aufgrund ihres innerhalb des Stammes einflussreichen Vaters wurde sie jedoch nicht beschnitten. Nach dem Tod ihres Vaters wuchs der Druck ihrer

.....
30 *Okin*, Is Multiculturalism Bad for Women? (1999) 7

31 Ganz allgemein siehe dazu etwa *Shachar*, Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights (2001).

32 Siehe dazu *Starr/Brilmayer*, Family Separation as a Violation of International Law, 21 Berkeley Journal of International Law (2003) 213.

33 Zu diesem Thema siehe *Nussbaum*, Sex and Social Justice (1999) 118 ff; *Tamir*, Hands off Clitoridectomy. What our revulsion reveals about ourselves, Boston Review 1996.

Tante und ihres künftigen Ehemannes, eine Genitalverstümmelung durchzuführen. Die junge Frau suchte nach ihrer Flucht über Ghana und Deutschland in Amerika um Asyl an. Aufgrund der besonders schwerwiegenden Art der in Togo in Aussicht stehenden Genitalverstümmelung wurde der Asylwerberin von der amerikanische Einwanderungsbehörde tatsächlich Asyl gewährt.³⁴ Problematisch an dieser an sich begrüßenswerten Entscheidung ist deren Begründung. Bleibt doch die Frage offen, ob aufgrund dieser Entscheidung Frauen mit anderen leichteren, aber ebenso allein aus medizinischen Gründen verwerflichen Verstümmelungen Asyl verwehrt werden wird.³⁵

Ein weiteres Beispiel in der Liste umstrittener illiberaler Praktiken stellt Gewalt gegen Frauen und das Argument von "Kultur" als Verteidigungsstrategie dar. In diesem Zusammenhang sei auf einen bei Gericht entschiedenen Fall in Minnesota verwiesen.³⁶ Ein Mitglied der Hmong-Gemeinschaft, einer aus Laos stammenden Gruppe, entführte und vergewaltigte eine junge Frau. Interviews des zuständigen Richters innerhalb der Hmongkultur ergaben, dass es in dieser üblich ist, Frauen, die man heiraten will, zu vergewaltigen. Aufgrund dieser Feststellungen entschied sich der Richter dazu, den jungen Mann weder wegen Entführung noch wegen Vergewaltigung zu verfolgen.

Schließlich sei an dieser Stelle an den in den Niederlanden verübten Mord am Filmemacher *Theo Van Gogh* erinnert: *Van Gogh* verfilmte das islamkritische Drehbuch der niederländischen Politikerin *Hirsi Ali*. Der Film zeigt zwei Frauen, auf deren nackter Haut unter einem durchsichtigen Tschador Verse des Korans zu lesen sind, die nach Auffassung der Drehbuchautorin für die Rechtfertigung von Gewalt gegen Frauen herangezogen werden. Radikale Islamisten haben nach bekannt werden des Filmes

.....
 34 Siehe dazu ausführlich *Malone*, *Beyond Bosnia And In Re Kasinga: A Feminist Perspective On Recent Developments In Protecting Women From Sexual Violence*, 14 *Boston University International Law Journal* (1997) 319.

35 In Österreich ist die "Verstümmelung oder sonstige Verletzung der Genitalien, die geeignet ist, eine nachhaltige Beeinträchtigung des sexuellen Empfindens herbeizuführen" strafbar gem § 90 Abs 3 StGB. Nach ständiger Judikatur des Unabhängigen Bundesasylsenats stellt eine bevorstehende Genitalverstümmelung auch einen anerkannten Asylgrund dar. Siehe dazu etwa UBAS Bescheid 221.009/2/III/12/02 v 2.4.2003 bzw UBAS Bescheid 227.372/0-V/14/02 v 5.6.2002.

36 Siehe dazu *Coleman*, *Individualizing Justice Through Multiculturalism: The Liberals' Dilemma*, *Columbia Law Review* (1996) 1093 (1102 ff).

Morddrohungen gegen die Drehbuchautorin und den Filmemacher ausgesprochen. Am 2. November 2004 wurde *Van Gogh* auf offener Straße von einem radikalen Islamisten regelrecht hingegrillt. Auf seiner Brust befand sich eine Nachricht an *Hirsi Ali*, die nach Auffassung des Täters am besten von einer Frau hingegrillt werden sollte. In Folge des Mordes wurde der Film von allen Filmfestivals und von allen Fernsehsendern abgesetzt – ein durchaus bemerkenswerter Umstand, wenn man die Kultur der Meinungsfreiheit in den Niederlanden in Betracht zieht. (Der Attentäter wurde am 26. Juli 2005 zu lebenslanger Haft verurteilt.)

Den traurigen Höhepunkt im Kontext illiberaler Praktiken stellen zweifelsohne jene Selbstmordattentate, wie die eingangs erwähnten in London verübten, dar. Eine Verbindung zum Multikulturalismus wurde vielfach deshalb hergestellt, weil die Attentäter aus der Mitte der Gesellschaft stammten. Das führte wohl auch zum Schluss mancher Kommentatoren, dass der Multikulturalismus gescheitert sei und multikulturalistische Gesellschaften ihre eigene Zerstörung produzierten.

VI. Multikulturalismus oder Sicherheit

Man darf nicht der Versuchung erliegen, Einzelfälle heranzuziehen, um ganze Bevölkerungsgruppen und ihre Praktiken abzuqualifizieren. Bei aller Notwendigkeit, Menschenrechtsverletzungen innerhalb und außerhalb kultureller Minderheiten und antidemokratischem Radikalismus entschieden entgegen zu treten, schüren Beiträge, wie das eingangs erwähnte Interview auf der Titelseite der *Presse* die Angst unter der Bevölkerung. In Folge dessen wird für – vermeintlich – mehr Sicherheit die Aufgabe bürgerlicher Freiheitsrechte bereitwillig in Kauf genommen³⁷. War im Jahr 1997 im Vorfeld der Einführung der Rasterfahndung und des Lauschangriffs³⁸ noch breiter Widerstand in der Bevölkerung

.....
37 Zur Entwicklungstendenz vom Rechtsstaat hin zum Sicherheitsstaat siehe etwa *Callies*, Gewährleistung von Freiheit und Sicherheit im Lichte unterschiedlicher Staats- und Verfassungsverständnisse, DVBl 2003, 1096; *Denninger*, Freiheit durch Sicherheit? Anmerkungen zum Terrorismusbekämpfungsgesetz, Aus Politik und Zeitgeschichte B 10-11/2002, 22; *Haffke*, Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat, KJ 2005, 17; *Szczekalla*, Freiheit im Europäischen Verfassungsverbund – Allgemeine Rechtsgrundsätze zwischen Instrumentalisierung und Auflösung? DVBl 2005, 286.

38 *Funk*, Sicherheitspolizeiliche Maßnahmen zur Bekämpfung organisierter Kriminalität. Bestandsaufnahme und rechtspolitische Beurteilung der gel-

und den Medien erkennbar,³⁹ so ist heute kaum noch Gegenwehr zu sehen oder zu hören, wenn das Innenministerium eine Ausweitung der Videoüberwachung an öffentlichen Plätzen plant⁴⁰ oder die Organe des öffentlichen Sicherheitsdienstes ermächtigt werden, Menschen, bei denen aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie strafbare Handlungen setzen könnten, aus bestimmten Schutzzonen weg zu weisen.⁴¹

Angesichts der medialen "Dauerbedrohung" durch Selbstmordattentäter ist den Österreichern offenbar beinahe jede Einschränkung bürgerlicher Rechte willkommen.⁴² Stimmen wie die *Robert Menasses*, der im Rahmen seiner Gegenrede anlässlich der Eröffnung der Salzburger Festspiele meinte, er würde sich mehr vor dieser "neuen Sicherheit" als vor Bombenanschlägen fürchten, bleiben in der Minderheit.⁴³

.....

tenden Rechtslage unter Berücksichtigung jüngster Reformvorhaben, JRP 1996, 26; *Miklau/Pilnacek*, Optische und akustische Überwachungsmaßnahmen zur Bekämpfung schwerer und organisierter Kriminalität ("Lauschangriff"). Paradigmenwechsel im Verfahrensrecht? JRP 1997, 286.

39 Siehe dazu beispielhaft einen Beitrag in *Die Presse* v 7. Juli 1997, der von "einem der schwerwiegendsten Grundrechtseingriffe, die in den letzten Jahrzehnten vorgenommen wurden" spricht und davon, dass das Eilzugtempo störe, "das man bei Lausch und Raster an den Tag legte". Der Kommentar schließt mit folgender Warnung: "Wenn die Sicherheitsbehörden aber weniger an rechtsstaatlichen Garantien als an neuen Eingriffen in Grundrechte gelegen ist, liegen jene vielleicht gar nicht so falsch, die polizeistaatliche Methoden befürchten. Nun wird das Spielzeug überreicht. Vor der Erfüllung der nächsten Wünsche wäre ein Gesinnungswandel angebracht."

40 Siehe dazu etwa *Der Standard* v 25. Juli 2005, Innenministerium erwägt Ausweitung der Videoüberwachung an Plätzen mit hoher Kriminalitätsrate.

41 Vgl § 36a SPG, BGBl 1991/566 idF BGBl I 2004/151.

42 Die spärlichen Reaktionen der Öffentlichkeit auf die unzähligen Menschenrechtsverletzungen auf Guantanamo Bay oder die beinahe ausbleibende Empörung über die Tötung eines unschuldigen des Terrors verdächtigen Brasilianers durch die britischen Sicherheitsorgane im Umfeld der Londoner Terroranschläge müssen als weitere Gefährdung des demokratischen Rechtsstaates betrachtet werden.

43 Freilich ist auch dieser Aussage eine gewisse Polemik inhärent. Letztlich muss sich auch der liberale Verfassungsstaat der Frage stellen, wie er mit dem Terror umzugehen hat bzw diesen verhindern kann. *Menasse* ist aber insoweit Recht zu geben, als die Rechte und Befugnisse, die dem Staat jetzt bereitwillig zur Verfügung gestellt werden, in einem demokratischen Verfassungsstaat vielen noch akzeptabel erscheinen. Was aber, wenn diese Befugnisse plötzlich einem totalitären Regime in die Hand gegeben werden? Dann würden sich wohl auch diejenigen fürchten, die sich jetzt in Sicherheit wähnen.

Multikulturalismus ist nicht schlechthin eine Antithese zum Liberalismus. Bis zu einem gewissen Grad lässt sich eine multikulturalistische Verfassung auch liberal-individualistisch begründen. In der Tat ist der liberale Verfassungsstaat gefordert, einen liberalen Multikulturalismus in unser individual-liberal geprägtes Verständnis zu integrieren. Die Alternative ist nicht Multikulturalismus oder Sicherheit, sondern echter Multikulturalismus oder Pseudosicherheit.

Abstract

Multiculturalism is not to be seen in conflict with Liberalism. Liberal theory can include Multiculturalism. Liberal neutrality by the state alone is not enough to protect cultural minorities, since the state and its institutions will always be biased and represent the language, customs or certain dress-codes of the majority group. To some extent cultural group rights are necessary to give members of minority cultures equal opportunities. Illiberal practices per se are not in conflict with the liberal doctrine. As long as members of minority groups have the option to exit, fundamental rights of individuals are not threatened and the focus is put on individual autonomy illiberal practices are not in conflict with liberal democracies. Last but not least terrorism is not to be misused in order to stand up against multiculturalism and to increase security measures while at the same time diminish fundamental rights.

*Niraj Nathwani**

Headscarves and human rights

This article will first present two cases at the European Court of Human Rights (ECtHR) dealing with the issue of headscarves. Secondly, a general discussion and commentary on the issue of headscarves from a human rights perspective will be elaborated.

I. Headscarves and the European Court of Human Rights (ECtHR)

1. Dahlab v Switzerland

In the case *Dahlab v Switzerland*¹ the ECtHR declared the application as inadmissible. Ms. *Dahlab*, a primary teacher in the canton of Geneva, had converted to Islam and started to wear the headscarf in 1991. In May 1995 the schools inspector for the Vernier district informed the Canton of Geneva Directorate General for Primary Education that the applicant regularly wore an Islamic headscarf at school; the inspector added that she had never had any comments from parents on the subject. In 1996, the Directorate General prohibited the applicant from wearing a headscarf in the performance of her professional duties on the grounds that such practice contravened section 6 of the Public Education Act and constituted "an obvious means of identification imposed by a teacher on her pupils, especially in a public, secular education system". The decision was confirmed by the Swiss Federal Court in a judgment of 12 November 1997.

The Court accepted that the wearing of an Islamic headscarf is covered by the freedom of religion enshrined in Art 9 of the European Convention on Human Rights (ECHR).

The Court considered that the measure pursued aims that were legitimate for the purposes of Article 9/2 ECHR, namely the protection of the rights and freedoms of others, public safety and public order.² The main arguments were as follows:

.....

* PhD (European University Institute). This article expresses the personal views of the author, not of the EUMC.

1 Decision of the ECtHR in the case *Dahlab v Switzerland*, application number 42393/98, 15/02/20001.

2 *Ibid*, p 12.

The Islamic headscarf is a powerful external symbol and it cannot be denied outright that it may have a proselytizing effect on very young children aged between four and eight. The Islamic headscarf appears to be imposed on women by a precept which is laid down in the Koran which is hard to square with the principle of gender equality. The wearing of an Islamic headscarf is difficult to reconcile with the message of tolerance, respect for others and, above all, equality and non-discrimination that all teachers in a democratic society must convey to their pupils.

The Court accordingly considered that the Geneva authorities did not exceed their margin of appreciation. The application was declared inadmissible.

2. Leyla Sahin v Turkey

In the case *Leyla Sahin v Turkey*³, the ECtHR dealt with the headscarf issue in a Turkish context. The applicant alleged that a ban on wearing the Islamic headscarf in higher-education institutions in Turkey violated her rights and freedoms under Articles 8, 9, 10 and 14 ECHR, and Article 2 of Protocol No 1. The application was declared admissible.

The facts of the case were as follows: The applicant spent four years studying medicine at the University of Bursa. She wore the Islamic headscarf during this time. On 26 August 1997, the applicant enrolled in the faculty of Medicine at the University of Istanbul. She continued wearing the Islamic headscarf until February 1998. On 23 February 1998 the Vice-Chancellor of Istanbul University issued a circular regulating students' admission to the university campus. It said that students who wear the Islamic headscarf and students with beards must not be admitted to lectures, courses or tutorials and threatened disciplinary measures if students with headscarves refused to leave the university premises. In accordance with the aforementioned circular, the applicant was denied access to a written examination, enrollment in a course and admission to a lecture because she was wearing the Islamic headscarf. On 16 September 1999, the applicant had enrolled at Vienna University, where she pursued and finished her university education.⁴

.....
³ Judgment of the ECtHR in *Leyla Sahin v Turkey*, Application number 44774/98, 29/06/2004.

⁴ *Ibid*, para 11-16.

The Court qualified the wearing of a headscarf as a manifestation of a religion.⁵ The court finds that the impugned measure primarily pursued the legitimate aims of protecting the rights and freedoms of others and of protecting public order.⁶

The Court points out that the interference was based, in particular, on two principles – secularism and equality.⁷ The Court considers that when examining the question of the Islamic headscarf in the Turkish context, there must be borne in mind the impact which wearing such a symbol, which is presented or perceived as a compulsory religious duty, may have on those who choose not to wear it. The issues at stake include the protection of the "rights and freedoms of others" and the "maintenance of public order" in a country in which the majority of the population, while professing a strong attachment to the rights of women and a secular way of life, adhere to the Islamic faith. Imposing limitations on freedom in this sphere may, therefore, be regarded as meeting a pressing social need by seeking to achieve those two legitimate aims, especially since this religious symbol has taken on political significance in Turkey in recent years.⁸

The Court states also that it does not lose sight of the fact that there are extremist political movements in Turkey which seek to impose on society as a whole their religious symbols and conception of a society founded on religious precepts. According to the Court, the regulations have to be viewed in that context and constitute a measure intended to preserve pluralism in the university.⁹

Having regard to this background, it is the principle of secularism, which is the paramount consideration underlying the ban on the wearing of religious insignia in universities. It is understandable in such a context where the values of pluralism, respect for the rights of others and, in particular, equality before the law of men and women, are being taught and applied in practice, that the relevant authorities would consider that it ran counter to the furtherance of such values to accept the wearing of religious insignia, including as in the present case, that women

.....
5 Ibid, para 71.

6 Ibid, para 84.

7 Ibid, para 104.

8 Ibid, para 108.

9 Ibid, para 109.

students cover their heads with a headscarf while on university premises.¹⁰

Finally, the Court concludes that having regard in particular to the margin of appreciation left to the contracting states, there has been no breach of the European Convention of Human Rights.¹¹

II. Commentary

Generally, the headscarf debate involves many different layers of argumentation which need to be distinguished. The most important question in this regard is: who should be protected by the headscarf ban in educational facilities? Is it the state to be protected, especially the neutrality of the state? Or are the spectators and observers of headscarves to be protected? Or are the women who are potentially subject to the practice of wearing headscarves to be protected? Or are the women who actually wear headscarves to be protected? The answer to all these questions will influence the outcome of the legal analysis as will be demonstrated.

1. Headscarves, state neutrality and *laïcité*

In the discussions in Europe, which concern mainly the wearing of headscarves by teachers and pupils in schools and by students in universities, the idea of state neutrality is of primary importance. Yet, the connection between the concept of state neutrality and the headscarf debate is not evident.

Neutrality of the state needs to be understood as the counterpart to the freedom of thought, conscience and religion of citizens.¹² Guaranteeing freedom of thought, conscience and religion assumes state neutrality.¹³ Respect for different beliefs and con-

10 Ibid, para 110.

11 Ibid, para 114 – 117.

12 The German Constitutional Court deduced the duty of state neutrality from the freedom of religion guaranteed in the German Constitution. See decision of the German Constitutional Court in the case "Kirchenbausteuer", 14 December 1965, BVerfGE 19, 206, p 216.

13 "Nevertheless, the Court considers, like the Commission, that facts demonstrating a failure by the authorities to remain neutral in the exercise of their powers in this domain must lead to the conclusion that the State interfered with the believers' freedom to manifest their religion within the meaning of Article 9 of the Convention." Judgement of the ECtHR, *Hasan and Chaush v Bulgaria*, 26 October 2000, appl no 30985/96, at para 78.

victions is a basic obligation for a state, which must accept that individuals may freely adopt convictions and, in some cases, change their minds subsequently and which must take care to avoid any interference with the exercise of the freedom of religion.¹⁴ The State can only credibly guarantee the religious freedom of citizens and their non-discrimination for reasons of religion, if the state does not identify with any religion and is neutral in religious matters. This neutrality needs to be distinguished from atheism. If a state promotes atheism, the state is not acting neutral; the state is trying to impose its preferred philosophical or religious world view. This could violate the freedom of religion of religious believers. Neutrality means that the state refrains from steering the religious views of the citizens by suggesting religious views, including atheism.¹⁵ For state schools, this means that all religious indoctrination is not permitted.¹⁶

The problem is that it is not clear that state neutrality actually requires a ban of religious symbols from state schools. The Constitutional Court of Germany explains that state neutrality in public schools could mean two things. First, neutrality in schools could mean inclusive neutrality which implies that all religious symbols are permitted in schools, but it is ensured that pluralism is a lived reality to educate pupils to be tolerant. Second, neutrality in schools could mean a strict neutrality which attempts to separate public education and religion in order to avoid conflicts.¹⁷ According to the Constitutional Court of Germany it is for the legislator to decide this question.

If neutrality could mean both, inclusive neutrality (which is compatible with freedom of religion of teachers or pupils) and strict neutrality (which would limit the freedom of religion of teachers or pupils), it is not clear in which sense neutrality requires a ban

.....
14 *Jean-François Renucci*, Article 9 of the European Convention on Human Rights, Human Rights File No 20, Council of Europe Publishing 2005, p 22.

15 Commission de reflexion sur l'application du principe de laïcité dans la republique, Rapport au President de la Republique, remis le 11 décembre 2003, Ref: 9782110055507, ISBN 2-11-005550-2, <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/034000725/0000.pdf>, p 13-14.

16 Judgement of the ECtHR, *Kjeldsen, Busk Madsen and Pedersen v Denmark*, 5 November 1976, appl. nos. 5095/71, 5920/72, 5926/72, para 53.

17 Judgement of the German Constitutional Court in the case "Ludin", BVerfG, 2 BvR 1436/02 from 3 June 2003, <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924-2bvr143602.htm>, para 64-65.

of religious symbols from schools which is "necessary in a democratic society".

These two options are not equivalent from the point of view of the freedom of religion protected by Art 9 of the ECHR. From the point of view of religious freedom, the concept of inclusive neutrality in schools is to be preferred because it is less limiting. Under the principle of proportionality applicable to the ECHR as interpreted in the case law of the ECtHR it is mandatory to choose an option which is respectful of a human right rather than an option which limits the human right in question if the options are equivalent otherwise.

Another problem in this respect concerns attribution. State neutrality concerns primarily a certain behavior which is attributable to the state. This idea relates in the first line to public policy, including education policy, school program and school building. It is more problematic when applied to the behavior of the teacher or other state agent. Everybody enjoys freedom of religion and this freedom includes of course teachers and other state agents. This line of thought underlines the argument of the German Constitutional Court, which affirmed that the religious dress of a teacher cannot be attributed to the state if the state did not order or require this dress.¹⁸ This ruling of the German Constitutional Court is to be contrasted with another ruling of the Constitutional Court of Germany, when it said that crosses should be removed from schools in Bavaria, because these Christian crosses were put in school buildings as a state policy.¹⁹

However, the neutrality of the state can be seen not simply as a matter of attribution, but also of appearances. The point is that appearances could be said to amount to attempts of indoctrination. The state could insist that even the slightest impression that it is not neutral towards religions should be avoided. In this context, the headscarves of teachers can be a problem in the same sense as public statements of civil servants may be a problem.²⁰

.....
18 BVerfG, Ludin case, para 54.

19 BVerfG, "Kruzifixentscheidung", 1 BvR 1087/91 from 16 May 1995.

20 The case law on the possibility of limiting human rights of civil servants is quite vague and subject to historical evolution. In the case of Application No 8010/77 versus the UK, the European Human Rights Commission had found that the United Kingdom had acted legally in prohibiting a teacher of a non-religious school to use and demonstrate cult objects in lessons. In the case of Engel v Holland, 1976 the Court justified the state ban on

.....

In this respect, the crucial perspective is not the motivation of the teacher, but the impression on pupils and parents. This argument might be plausible in relation to teachers, but it remains difficult to envisage how this argument could be used against the headscarves of pupils. It is difficult to understand how the behavior of pupils could even theoretically be attributed to the state and put doubt on the neutrality of the state.

It is not clear why even the appearance of state neutrality in public education necessitates a ban of the headscarf of teachers. Indoctrination can be and needs to be distinguished from the simple wearing of religious symbols. Another possibility to protect the appearance of state neutrality could be a public statement to be placed in all schools explaining state neutrality in public education as a policy goal, but explaining that teachers are permitted to exercise their freedom of religion with strict necessary limits (no missionary activity, no religious statements as part of teaching activity), which permits the freedom to wear their religious symbols. According to the principle of proportionality with regard to interferences with human rights, the possibilities which promise to achieve legitimate goals with as little interference with the freedom of religion as possible need to be explored first.

The report on laïcité in France states that the principle of laïcité goes beyond simple neutrality and demands also limits on the citizens. The citizen is guaranteed freedom of thought and this freedom is protected by laïcité, but in exchange the citizen must

.....

the publication and dissemination by soldiers of materials criticising senior officers because "public order in certain social groups plays a significant role". These decisions contrast with more recent case law of the ECtHR. In the case *Gubi v Austria* (1994) the ECtHR found a violation of Art 10 in the refusal to permit the distribution to military conscripts of a publication critical of the administration of the military and noted that the publication at issue did not recommend any course of action that would threaten military discipline and did not overstep "the bounds of what is permissible in the context of a mere discussion of ideas, which must be tolerated in the army of a democratic State just as it must be in the society that such an army serves". The Court decided in the case *Vogt v Germany* (1995) that the dismissal of a language teacher from her position on the grounds of her membership in the German Communist Party constituted a violation of Article 10. It is questionable if the mere risk that a statement could be misunderstood as being discriminatory against women is sufficient to limit the possibility of making such statements for civil servants.

respect the public sphere which all must be able to share.²¹ Thus, this implies a certain automatic limitation of the freedom of religion in the public sphere. However, Art 9 ECHR covers explicitly also the public manifestation of religion in "worship, teaching, practice and observance".

In Turkey and France, laïcité is not just understood as neutrality of the state in religious matters, but as an active and often quite aggressive policy of the state to highlight and make visible the supremacy of state law over religious beliefs. This need to highlight the supremacy of state law was historically mostly justified as a prerequisite of modernization which implies a break with the past. Thus, a limitation of religious practices does not need to be reasonable; on the contrary, an arbitrary limitation of religious practices can serve this policy goal of highlighting the supremacy of state law over religious practice even better.

French history provides ample illustration of this point: the campaign of de-Christianization of the Jacobin club during the French revolution was devised primarily because the Christian church was suspected of supporting the monarchy.²² The consideration that modernization means westernization underlines the policy of *Kemal Atatürk* to discourage headscarves and turbans in Turkey and to promote Western attire.²³ Other historical precedents for this kind of policy would be the policy of Tsar *Peter the Great of Russia* to force the Russian nobility to cut their long beards and to adopt Western clothing.²⁴ It is difficult to envisage how unreasonable and highly symbolic measures of this kind could be justified in the present situation under Article 9/2 of the ECHR as "necessary in a democratic society" for one of the listed

.....
 21 Commission de reflexion sur laïcité, Rapport au President, remis le 11 décembre 2003, p 16.

22 Especially because in some provinces of France (for example in Vendée) armed resistance to the forces of the Revolution was motivated by a mixture of loyalty to the monarchy and to the Catholic Church. See *Revolt in the Vendée*: Wikipedia accessed online on 31 May 2005, http://en.wikipedia.org/wiki/Revolt_in_the_Vend%E9e.

23 *Atatürk* was motivated most of all by his experience of technological and military inferiority of the Ottoman forces during the First World War. See *Atatürk*, Mustafa Kemal: Britannica Concise Encyclopedia. 2005. accessed online on 31 May 2005 <http://www.britannica.com/ebc/article?tocId=9356031>.

24 See *Peter I of Russia*: Wikipedia assessed online on 31 May 2005, http://en.wikipedia.org/wiki/Peter_the_Great.

legitimate reasons. A mature society in which the priority of state law is settled and well accepted does not need such unreasonable demonstrations of power to demonstrate the priority of secular law.

The European Court of Human Rights seems to consider that measures which are taken in the interest of *laïcité* are also legitimate for the purposes of Article 9/2 ECHR, namely the protection of the rights and freedoms of others, public safety and public order. However, it is questionable if this is always the case, especially concerning the peculiar understanding of French and Turkish *laïcité*. It is debatable if such limitations of the freedom of religion in the public sphere are really necessary for democratic societies. Other societies are perfectly democratic without such peculiar limitations. Whereas the case law of the European Court of Human Rights has confirmed the duty of state neutrality in matters of freedom of thought, conscience and religion²⁵, the European Court of Human Rights does not pay sufficient attention to the differences between the justified requirement of state neutrality and the concept of *laïcité* which goes well beyond this neutrality and limits automatically the freedom of religion of citizens to a certain degree.

In France, the history of the headscarf debate puts doubt on the position that headscarves are incompatible with the traditional concept of *laïcité* in French constitutional theory and it is necessary to ban headscarves from public schools to protect *laïcité*. The Conseil d'Etat in the decision "Kherouaa" in 1992²⁶ decided that headscarves are – in principle – compatible with the principle of *laïcité* in schools. The open question is: in what sense has the situation in France changed since 1992 that the ban of ostentatious religious symbols now is necessary to protect the principle of *laïcité*? If the situation did not change completely, why has the understanding of *laïcité* changed? What political goals are pursued by this change in the understanding of the requirements of *laïcité* which dates back to no longer than 1994²⁷ when the French minister *François Bayrou* decided to disregard the interpretation given by the Conseil d'Etat in 1992? The

.....
25 Judgment of the ECtHR, *Manoussakis and Others v Greece*, 26 September 1996, appl No 18748/91, para 47.

26 Decision du Conseil d'Etat No 130394 du 2 novembre 1992.

27 *Bhikhu Parekh*, *Rethinking Multiculturalism*, Palgrave, New York 2000, p 250.

French discourse demonstrates that the concept of *laïcité* in France is unfortunately vague and can be understood in different ways, even by judges and ministers. This history of the discourse in France puts doubt on the position that the headscarf ban in France is "necessary in a democratic society" to protect *laïcité*.

2. Headscarves and negative freedom of religion

Art 9/2 ECHR does refer to "protection of rights and freedoms of others". In this regard, the negative freedom of religion of others is of paramount importance. The question is: is the wearing of headscarves an act of manifestation of religion at the core of Article 9 ECHR or an act of exerting pressure on others which could be limited by reference to Article 9/2 ECHR? How does the wearing of headscarves affect others?

Two leading cases of the ECtHR deal with the negative freedom of religion: the cases of *Kokkinadis v Greece* and the case *Larissis v Greece*.

In the case *Kokkinadis v Greece*²⁸, the European Court of Human Rights deals with the case of a Jehovah's witness who called at the home of a lady and engaged in a discussion with her. For this he was arrested and prosecuted for proselytism. The Court then observes that freedom of religion "includes in principle the right to try to convince one's neighbor, for example through teaching, failing which, moreover, freedom to change one's religion or belief, enshrined in Article 9, would be likely to remain a dead letter."²⁹ The Court distinguished between bearing witness to a religion which is the core protected by article 9 of the ECHR and improper proselytism, which may be prohibited as not compatible with respect for the freedom of thought, conscience and religion of others. According to the Court, "the former corresponds to true evangelism, which a report drawn up in 1956 under the auspices of the World Council of Churches describes as an essential mission and a responsibility of every Christian and every Church. The latter represents a corruption or deformation of it. It may, according to the same report, take the form of activities offering material or social advantages with a view to gaining new members for a Church or exerting improper pressure on people

.....
 28 Judgment of the ECtHR in the case *Kokkinadis v Greece*, application no (14307/88), 19 April 1993, case 3/1992/348/421.

29 *Ibid*, para 32.

in distress or in need; it may even entail the use of violence or brainwashing; more generally, it is not compatible with respect for the freedom of thought, conscience and religion of others."³⁰ The Court effectively distinguished between proper proselytism which is protected and improper proselytism which may be prohibited.

The interpretation of the court given to Article 9 of the European Human Rights Convention in *Kokkinadis v Greece* is difficult to reconcile with the French position that all ostentatious symbols in schools constitute automatically improper proselytism and can be legally banned from schools. The point is that even ostentatious symbols can constitute true manifestations of religion without "exerting improper pressure".

In the case *Larissis v Greece*³¹ the ECtHR dealt with the case of three officers of the Greek airforce who were all followers of the Pentecostal Church, a Protestant Christian denomination which adheres to the principle that it is the duty of all believers to engage in evangelism. These officers engaged in theological discussions with airmen serving under their command urging them to join their faith. The Court observes that "the hierarchical structures which are a feature of life in the armed forces may color every aspect of the relations between military personnel, making it difficult for a subordinate to rebuff the approaches of an individual of superior rank or to withdraw from a conversation initiated by him. Thus, what would in the civilian world be seen as an innocuous exchange of ideas which the recipient is free to accept or reject, may, within the confines of military life, be viewed as a form of harassment or the application of undue pressure in abuse of power. It must be emphasized that not every discussion about religion or other sensitive matters between individuals of unequal rank will fall within this category. Nonetheless, where the circumstances so require, States may be justified in taking special measures to protect the rights and freedoms of subordinate members of the armed forces."³² The case also concerned civilians outside the military. Concerning these civilians, the Court confirmed its ruling in *Kokkinakis v Greece* and stated

.....
30 Ibid, para 48.

31 Judgment of the ECtHR in the case *Larissis and others v Greece*, application nos. (23371/94, 26377/94 and 26378/94), 30 January 1998, case 140/1996/759/958-960.

32 Ibid, para 51.

that this did not constitute improper proselytism and is protected by Art 9 ECHR.

The case law of the ECtHR shows its concern with the level of autonomy of recipients of religious messages. The negative freedom of religion is especially violated most of all by coercion and force, but it is questionable if the simple manifestation of somebody's freedom of religion can violate the negative freedom of religion of others. The headscarf debate in Europe is characterized by a very broad interpretation of negative freedom of religion. The negative freedom of religion is plausibly threatened only under conditions which amount to improper pressure or brainwashing as the European Court of Justice observed in the case *Kokkinadis v Greece*.³³ In schools, of course, matters are more complicated. Mostly, pupils are obliged to be in school and they cannot choose who they share their classroom with. Another factor is the youth of pupils, which means that young pupils are more easily influenced. Also, teachers do have a model role for pupils and exercise considerable power of them and their future. Thus, there are reasons to give a higher level of protection to pupils than to other members of society following the reasoning of the ECtHR in the case *Larissis v Greece*.³⁴ Following this reasoning, even simple attempts to convert pupils in a school context by teachers will be objectionable because pupils might find it difficult to resist such conversion attempts in the hierarchical context of a school.

The general question is: What are the possibilities of pupils to resist the religious message of a headscarf? The wearing of a headscarf is quite different from an actual conversion effort by involving somebody in a religious discussion. In general, it is easier to ignore somebody's dress than somebody's efforts of starting a discussion. Another aspect is the suggestive force of the symbol. As the German Constitutional Court observed in a case concerning the legality of Christian crosses in schools in Bavaria, the Christian cross is a highly suggestive religious symbol.³⁵ It is a symbol with highly positive connotations and these positive connotations are reinforced by the religious climate in Bavaria. A headscarf in France has a quite different symbolic "standing". The majority of the Christian population of France is

.....
33 ECtHR, *Kokkinadis v Greece*, 1993.

34 ECtHR, *Larissis v Greece*, 1998.

35 BVerfG, "Kruzifixentscheidung", 1995, section C/II/c.

likely to associate a negative connotation with headscarves. It follows that the headscarf as a religious symbol is much reduced in its suggestive power and in its power to attract and convert individuals of a different faith. Amongst Muslim symbols, the Koran has a much higher suggestive power than the headscarf. The most important group for which the headscarf might have a positive connotation is the group of adherents of Islam. There might be a difference of the symbolic force of a headscarf in a predominantly Muslim country like Turkey and in a predominantly Christian country like France.

A difference needs to be made also between schools in which a pupil faces only one teacher and schools in which a pupil faces a multitude of teachers in different subjects. It is unlikely that a teacher who wears a headscarf would unduly influence pupils who face also other teachers without headscarves.

Another differentiation needs to be made between majority religion and minority religion. Pupils have some awareness of the religious climate in a society. A display of a majority religion can have more severe consequences on the negative freedom of religion of pupils than a display of a minority religion. Another factor is the shared religion between teacher and pupil. Pupils who do not share the religion with the teacher are less likely to feel pressure of conformism by a display of the religion by a teacher than by a display of a religion which the pupils share with the teacher. In the case of shared religion between teacher and pupil there is a greater danger of pressure of conformism. It is unlikely that the display of a religious symbol by a pupil can amount to a comparable situation of psychological pressure on other pupils because they do not have a similar position of authority to teachers.

Also, the fact if there is a plurality of religious symbols in schools is relevant. In a school, which has also Christian and Jewish symbols, the wearing of a headscarf will exercise less psychological pressure on pupils than in a school which only contains Islamic symbols. The plurality of symbols reduces their symbolic force.

On the other hand, it is not obvious that a teacher who simply wears a religious symbol, without actually preaching a religion or engaging in missionary activity in school, violates the negative religious freedom of pupils. Not every influence is a threat to the freedom of religion. A theoretical reflection which could be useful in this context could be the harm principle as developed

by *John Stuart Mill* in his famous essay "On liberty".³⁶ According to *Mill*, liberty may be limited only if others are harmed. He contrasted such harmful behavior with self-regarding or self-harming behavior, behavior which only harmed oneself. Concerning such self-harming behavior, others could be offended, but *Mill* argued that being offended is something different from being harmed. In *Mill's* eyes harm could be established objectively; offence, by contrast, depends on the personal beliefs and attitudes of the person offended. In this perspective, the objections of Christian teachers and pupils against headscarves worn by Muslim teachers and pupils are to be understood more as offence than as harm. However, this distinction is not easy and there exist exceptions in existing legislation: legislation which prohibits racist propaganda³⁷ or holocaust denial, for example. Also concepts of psychological and other immaterial harm accepted in many legal systems blur the distinction. Nevertheless, the European Court of Human Rights has continuously upheld the principle that, for example the freedom of expression guaranteed under Article 10 of the ECHR, protects not only "the information or ideas that are favorably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also those that offend, shock or disturb; such are the demands of that pluralism, tolerance and broad-mindedness without which there is no democratic society."³⁸ The point is that the objections against headscarves by other pupils, teachers and parents, who are not Muslim by faith and thus are not subject to the religious duty to wear headscarves, are mostly based on offence, shock and disturbance. Given the standards enunciated by the European Court of Human Rights based on the harm principle enunciated by *John Stuart Mill*, this would not be sufficient to warrant a limitation.

.....
 36 *John Stuart Mill*, *On Liberty* (1859), Penguin Classics 1985, p76.

37 The US Supreme Court decided in the landmark case of *R.A.V v City of St. Paul, Minnesota*, (90-7675) 505 U.S. 377 (1992), that a prohibition of racist symbols is unconstitutional because it violated the freedom of expression protected under the US Constitution. The main argument delivered by Justice Scalia was that prohibitions of speech need to be content-neutral and that the emotive impact of speech is not sufficient to justify a limitation. This is an idea which can be traced back to *John Stuart Mill*.

38 Judgments of the ECtHR in: *Handyside v the United Kingdom*, 1976; *Sunday Times v the United Kingdom*, 1979; *Lingens v Austria*, 1986; *Oberschlick v Austria*, 1991; *Jersild v Denmark*, 1994; *Dichand and Others v Austria*, 2002.

On the other hand, a limitation of headscarves might be justified by reference to objective reasons which are independent of personal beliefs and attitudes of spectators. Thus, for example, a burka which completely covers the body of a pupil might not be acceptable because teaching necessitates communication which includes for example eye contact. Also, it is necessary for educational institutions to check the identity of pupils which would not be possible with a burka. However, these arguments are not valid for other kinds of headscarves which do permit adequate communication and identification.

All in all, the concern that the wearing of headscarves by teachers is problematic with regard to the negative freedom of pupils, has some argumentative plausibility concerning very young pupils who face only one teacher, especially if the pupil shares the religion of the teacher. Another limitation is plausible in case the process of teaching is objectively obstructed by special kinds of headscarves like the burka.

Much depends also on the religious climate in a society. A society which is dominated by one religion, in which non-believers or members of religious minorities face severe disadvantages or violence, the freedom of religion of religious minorities and of non-believers is likely to be violated. In such a society, the headscarf as a visible identification of religious affiliation can acquire compulsory nature and a ban of headscarves could be justified as a measure to protect religious freedom and privacy of those who do not wish to wear headscarves. The ECtHR in the Leyla Sahin case seems to hint at this logic without demonstrating and explaining which disadvantages or violence women who do not wear headscarves would face in Turkey, if headscarves would be generally permitted.

3. Headscarves and discrimination

The issue of discrimination with regard to headscarves has two aspects: firstly, in how far is the wearing of headscarves a religious practice of a discriminatory nature (gender discrimination)? Secondly, in how far is the ban of wearing headscarves discriminatory (religious discrimination)?

a) Gender discrimination

The first question implies a human rights assessment of a religious practice. Most courts accepted the wearing of headscarves

as a religious practice falling under the freedom of religion. The question is: Is the religious practice in itself a case of gender discrimination because it only applies to women and not to men? Many commentators see in the practice of wearing of headscarves something that is part of a traditional patriarchal society which obliges its female members to hide their hair (and sometimes faces) behind a headscarf to reduce their attraction to men. This arguably amounts to structural discrimination which is designed to keep women under control of the men in their families.

The problem in this argumentation is that the argument is valid if women are forced to wear headscarves, but loses its power when women themselves freely choose to wear headscarves. As a legal concept, discrimination refers to treatment of others, not treatment of oneself. It is not possible to discriminate against oneself. Thus, the argument about headscarves as discrimination is in the final analysis about liberty. Following the famous essay of *Isaiah Berlin* about two concepts of liberty³⁹, liberty has an external and an internal aspect. Externally, liberty refers to the availability of options. Negative liberty refers to this external aspect and concerns the availability of options which are not blocked by external factors (sanctions, threats, force, coercion, costs etc). Positive liberty refers to the internal aspect of liberty and to the capacity, the predisposition to actually make genuine choices. Genuine choices require a certain kind of independence; a free person must ask herself "what do I really want or really believe" and be able to reject second hand answers. Positive liberty can be limited by customs, social pressures, and religion.

As *Isaiah Berlin* argued, negative liberty can be guaranteed by society, but positive liberty cannot be guaranteed. Some people are independent-minded by nature; others are born conformists. All that politics and law can do is to provide more favorable conditions for those who want to choose their own path in life to do so. A government that wants to promote positive liberty, the freedom to choose, could do so by encouraging social diversity – by exposing people to new ways of living, new forms of culture, and so on.

The headscarf debate is marred by a confusion of these two distinct kinds of liberty. Of course the state should guarantee the negative liberty of girls and women by for example creating a

.....

³⁹ *Isaiah Berlin*, *Four Essays on Liberty*, Oxford University Press, Oxford 1969, pp 118-173.

helpline for them to report pressures on them to wear headscarves even though they do not want to do so and to alert authorities and courts to be sensitive in this regard. Other possible measures could be the provision of houses where girls and women could stay if they need to leave their families or independent legal residence status for migrant women to reduce dependence on their families. Another possibility would be more control by youth protection authorities and courts to the effect that parents do not abuse their right to educate their children to enforce the wearing of headscarves. However, a general ban of headscarves from schools might protect those girls who do not want to wear headscarves, but will be harsh on those girls who consider it important for their cultural and religious identity and as a symbol of respect for their tradition. Thus, such a general ban cannot be justified by reference to its protection element for young girls. It is an excessive measure which is not proportionate because it limits also those girls who genuinely want to wear headscarves.

But the state cannot ban headscarves and hereby hope to ensure that women exercise their positive autonomy by emancipating themselves from their religious traditions. As *Isaiah Berlin* observed, positive autonomy cannot be ensured. In fact, the banning of headscarves from schools is a counterproductive measure in this respect, because it is likely to further reduce the prestige of a social group which is already suffering from a negative public image. Members of this social group are likely to withdraw even more from general society and to rely even more on their own group. The traditions of this group, including religious expectations, are likely to play an even greater role for its members. Thus, a ban of headscarves is likely to reduce positive autonomy, not increase it. Rather, the positive autonomy of women of a certain ethnic background should be encouraged by publicly valuing their ethnic identity, by highlighting the plurality of lifestyles compatible with this ethnic identity and by inviting them to cross cultural borders. This could be done by promoting multicultural social events and cultural activities within schools which display the variety of cultural practices within a given cultural tradition (for example, the history of women living without headscarves in Muslim societies).

A prohibition irrespective of the intentions or wishes of the individuals concerned actually wearing headscarves amounts to a paternalistic measure. In a political and legal system committed

to liberalism, every paternalistic measure requires special explanation. For example, in the case of female gender mutilation, a prohibition irrespective of the wishes of the victim will be justified because of the long term consequences. The consideration that large costs are caused for the social and health services of a country by drug abuse will justify the prohibition of drug abuse irrespective of the wishes of drug users. Similar justifications are difficult to detect in the headscarf debate: It is possible to simply stop wearing headscarves without any long term consequences and no large costs are triggered for society by the wearing of headscarves.

It is doubtful if a religious practice could be limited for paternalistic reasons. The point is that a state which limits a religious practice for paternalistic reasons would not anymore be neutral. Neutrality precludes paternalism as it precludes indoctrination. As the ECtHR announced in the case *Manoussakis and Others v Greece*, "the right to freedom of religion as guaranteed under the Convention excludes any discretion on the part of the State to determine whether religious beliefs or the means used to express such beliefs are legitimate."⁴⁰

b) Headscarves and discriminatory statements

The wearing of headscarves has also a symbolic significance. Western feminists claim that headscarves are symbols of female submission.⁴¹

Does every woman who wears a headscarf thereby make a discriminatory statement? The motives of women wearing headscarves are diverse. It is difficult to establish one common message of every woman who wears a headscarf. A headscarf could mean: loyalty to tradition, belief in the chastity of women, symbol of religious identity, respect for wishes of parents and families, signal of not being sexually available, expression of cultural identity, refusal to westernize.⁴²

.....
40 ECtHR, *Manoussakis and Others v Greece*, 29 August 1996, reference no 59/1995/565/651, para 47.

41 This was the position of Elisabeth Badinter, a French intellectual and feminist. See Norma Moruzzi, *A Problem with Headscarves: Contemporary Complexities and Social Identity*, *Political Theory* 22, 1994.

42 Cf BVerfG, 2 BvR 1436/02 from 3 June 2003, <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924-2bvr143602.htm>, para 52.

At its hearth, the conflict about headscarves is a cultural conflict about how they should be understood, what their value is and what they signify. From the point of view of some Muslim women, it is Western society which violates the dignity of women by the emphasis on physical appearance⁴³ and the depiction of women in advertising and in the media. This is an instance of the need of what *Bhikhu Parekh* has called an intercultural dialogue.⁴⁴ The problem is that cultural practices should be understood from "within" before passing judgment on them because it is unlikely to make much sense to the concerned people, let alone have any impact on them, unless it resonates with their moral self-understanding.⁴⁵ Anthropologists speak of participant observation as the appropriate method of understanding in this context.⁴⁶ If European courts assess the symbolic content of a religious practice, they should at least try to establish and take into account the views of the purported victims. From all courts, only the German Constitutional Court has done this and concluded that the wearing of headscarves cannot be understood simply as symbol of female submission.⁴⁷ This approach needs to be contrasted with the statement of the European Court of Human Rights, which qualifies headscarves as symbols which cannot be easily squared with the principle of gender equality, without bothering with trying to understand the motives of the individuals involved in this cultural practice.⁴⁸

The interpretation of a cultural practice for the purpose of legal assessment should give priority to the views of the people actually or potentially involved in the cultural practice rather than to the views of bystanders and observers because they might

.....
43 See *Yaseming Karakasoglu-Aydin*: "Kopftuch-Studentinnen" türkischer Herkunft an deutschen Universitäten. Impliziter Islamismusvorwurf und Diskriminierungserfahrungen, in: Bielefeldt, Heiner/Heitmeyer, Wilhelm (Hrsg): *Politisierte Religion. Ursachen und Erscheinungsformen des modernen Fundamentalismus*, Frankfurt am Main 1998, S. 450-473.

44 *Bhikhu Parekh*, *Rethinking Multiculturalism*, Palgrave, New York 2000, p 270.

45 *Ibid*, p 173.

46 *John Monaghan* and *Peter Just*, *Social and Cultural Anthropology*, Oxford University Press, Oxford 2000.

47 BVerfG, 2 BvR 1436/02 from 3 June 2003, <http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20030924-2bvr143602.htm>, p 13.

48 Judgment of the ECHR in *Leyla Sahin v Turkey*, Application number 44774/98, 29/06/2004, para 52.

simply misunderstand the practice and might be subject to xenophobic stereotypes.

The relevant target group of the cultural practice of wearing headscarves are Muslim women and girls. As interviews show, the women who actually wear headscarves have very different views from those who criticize headscarves. *Yasemin Karakasoglu-Aydin* has held six interviews with female students at faculties of arts and letters at German universities in the age group between 21 and 25 years.⁴⁹ She documents that the women who wear headscarves want to express mostly their identity and deny that they feel forced to do it against their will. On the contrary, they complain about discrimination by German society which in their eyes demands complete assimilation also in their visible appearance and which associates headscarves with a lack of modernity. In their view, headscarves just function as a trigger of general xenophobia. Often, it is this experience of discrimination which heightens the symbolic significance of headscarves as symbols of heroic resistance to discrimination of Western society and as a missionary statement in favor of multiculturalism.⁵⁰ These views contrast strongly with the views of those women and girls who report that they are victims of verbal, psychological and physical pressure to wear headscarves by their families and communities and for whom headscarves are primarily symbols of female submission in Islamic society.⁵¹ The difficulty is to decide which interpretation of the cultural practice of wearing headscarves should inform legislation and legal interpretation. A proportionate legal measure would need to take account of both possible views of headscarves and distinguish between women who want to wear headscarves and those who refuse to do so.

The prohibition of discrimination needs to be distinguished from the prohibition of discriminatory statements. Thus, it is conceivable that a discrimination is prohibited, but discriminatory statements are not covered by this prohibition. This distinction is mostly not made in the headscarf debate.

.....
 49 *Yasemin Karakasoglu-Aydin*: "Kopftuch-Studentinnen" türkischer Herkunft an deutschen Universitäten. Impliziter Islamismusvorwurf und Diskriminierungserfahrungen, in: Bielefeldt, Heiner/Heitmeyer, Wilhelm (Hrsg): *Politisierte Religion. Ursachen und Erscheinungsformen des modernen Fundamentalismus*, Frankfurt am Main 1998, p 460

50 *Ibid*, p 464.

51 Commission de reflexion sur laïcité, Rapport au President, 11 december 2003, section 3.3.2.1., p 46.

In international anti-discrimination law, racial discrimination is special in this context. Art 4 of the International Convention on the Elimination of Racial Discrimination (CERD) obliges State parties to the Convention to declare as offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred and incitement to racial discrimination. Because of its presumed conflict with the freedom of expression, many states including the US and the UK have made reservations to Art 4 CERD when ratifying the convention. A similar provision is missing in the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women. Thus, even international law does not prohibit discriminatory statements in the field of gender discrimination.

As a matter of principle, freedom of expression extends to any expression notwithstanding its content.⁵² Limits to the freedom of expression need to be viewpoint-neutral. This thought is best characterized by the statement commonly attributed to Voltaire: "I disapprove of what you say, but I will defend to the death your right to say it."⁵³ In the same spirit, *John Stuart Mill* stated that "if all mankind minus one were of one opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind."⁵⁴ This principle is also the reason, why the US Supreme Court did not accept the prohibition of racist symbols.⁵⁵ The only exception to this principle in the form of a content-based restriction to the freedom of expression applied by the European Commission of Human Rights and of the ECtHR dealt with the dissemination of ideas promoting racism and the Nazi ideology, and incitement to hatred and racial discrimination.⁵⁶ This exception has mainly historical reasons and is based in international law (Art 4 CERD).⁵⁷

This legal differentiation can be observed in many national legal systems which implement the various international instruments. At this moment in time, discriminatory statements in the field of gender discrimination are mostly not prohibited at international and national level. De lege ferenda, it could be discussed

52 *Monica Macovei*, A guide to Article 10, p 7.

53 *S.G. Tallentyre*, *The Life of Voltaire*, University Press of the Pacific 2004, originally published 1906.

54 *John Stuart Mill*, *On Liberty* (1859), Penguin Classics, 1985, p 76.

55 See supra fn 37.

56 *Monica Macovei*, A guide to Article 10, p 7.

57 *Kühnen v the Federal Republic of Germany*, 1988; *D.I. v Germany*, 1996; *Jersild v Denmark*, 1994; *Lehideux and Isorni v France*, 1998.

if gender discrimination law needs to be complemented by a prohibition of discriminatory statements. It is arguable that prohibition of discrimination needs to be complemented with a prohibition of discriminatory statements in all areas of anti-discrimination law, but it is doubtful if this should be accomplished first with regard to the practice of a minority religion. As a matter of fact, most religions have a history of gender discrimination and a prohibition to make discriminatory statements even on a symbolic level should be implemented for all religions equally. The fact that the pope or other priests in Catholic Christianity need to be men as a rule could also be seen as a powerful symbol of the inferiority of women. It is also not clear how such a prerogative of States to prohibit religious practices based on their symbolism would fit with the duty of neutrality of states on matters of religion.⁵⁸

Harassment on the grounds of gender is prohibited by EU legislation.⁵⁹ It is defined as unwanted conduct related to the sex of a person with the purpose or effect of violating the dignity of a person and of creating an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment. Again, harassment is only possible for behavior affecting another person, not for behavior which predominantly affects the person acting herself. Given the different possibilities of interpretation, it is not clear that a headscarf would violate the dignity of another person or create an intimidating, hostile, degrading, humiliating or offensive environment. If a headscarf is perceived as hostile, it is not because of any objective aspect of the headscarf (after all headscarves are not unknown in Western civilization and are worn for instance during some Christian ceremonies like weddings), but because of some subjective views of the observer about the significance of headscarves. These views might reasonably differ between individuals.

c) Religious discrimination

Finally, the banning of headscarves from schools could also be analyzed within the framework of religious anti-discrimination legislation. Europe is currently in a process of developing anti-discrimination legislation. This process was initiated by two major directives of the EU in this field: Directive 2000/43/EC con-

58 See supra fn 40 .

59 Art 2/(c) of EU Directive 2004/113/EC, OJ L 373/2004, p 40.

cerning racial discrimination and Directive 2000/78/EC concerning other grounds of discrimination including religion. The question is: Is the banning of headscarves for pupils and teachers in schools compatible with EU anti-discrimination legislation?

One of the innovations introduced in European legal systems is the concept of indirect discrimination. Indirect discrimination is defined as an apparently neutral provision, criterion or practice which would put persons having one of the features accepted as grounds of discrimination (e.g. religion) at a particular disadvantage compared with other persons unless that provision, criterion or practice is objectively justified by a legitimate aim and the means of achieving that aim are appropriate and necessary.⁶⁰ Thus even a measure which is justified by reference to secularism might be indirectly discriminatory.

The concept of indirect discrimination is inspired by cases in the UK and in Canada. In 1983, the House of Lords ruled in the case *Mandla v Dowell Lee*⁶¹ that a sikh boy who was refused admission to a school based on the Christian faith because he insisted on wearing the turban was discriminated against because the "no turban" rule was not justifiable without reference to the ethnic origins of the affected person. The headmaster had attempted to justify the "no turban" rule by pointing out that he sought to run a Christian school and that he objected to the turban on the ground that it was an outward manifestation of a non-Christian faith. The court qualified this justification as unacceptable because the justification in the final analysis related to the ethnic origins of the person affected and was thus discriminatory in itself. This reasoning could equally be applied to justifications offered in the headscarf debate in Europe. One common argument is that permitting the headscarf in schools leads to conflicts between pupils, teachers and parents. The ban of headscarves is justified because conflicts can be prevented. However, this reasoning is faulty because if all concerned parties would behave tolerant and in a non-discriminatory manner conflicts are unlikely to arise. Conflicts most likely arise because women with headscarves are discriminated against and thus the justification is discriminatory in itself. The avoidance of conflicts needs to be implemented by enforcing tolerance not by discriminating.

60 Art 2/2/b of Directive 2000/78/EC of 27 November 2000, OJ L 303/2000.

61 House of Lords, 24 March 1983, [1983] 2 AC 548.

Other precedents of the argument claiming indirect discrimination in relation to dress are the exemption made to the uniform requirement of the Canadian Royal Mounted Police to permit a Sikh to wear the turban while on service⁶² and an exemption from regulations to wear motor-cycle crash helmets for Sikhs wearing turbans in the UK.⁶³ In labour law, there are cases in both Germany and in France, which confirm that dismissals because an employee insists on wearing the headscarf are unlawful.⁶⁴

As *Will Kymlicka* points out, the traditional view of defining equality as "color blind" rests on the illusion that it is possible to completely separate state and ethnicity. But the ideal of complete separation is a myth. Government decisions on languages, internal boundaries, public holidays, and state symbols unavoidably involve recognizing, accommodating and supporting the needs and identities of particular ethnic and national groups.

The issue of government uniforms and dress codes for teachers and pupils is part of this general issue. It is important to recognize how the existing rules about government uniforms and acceptable dress have been adopted to suit the majority popula-

62 The campaign began in 1987 and succeeded in 1990, when Canadian solicitor general *Pierre Cadieux* adopted a new policy to allow the Sikh officer of the Royal Canadian Mounted Police *Baltej Singh Dhillon* the right to wear the turban while on service. See *Laurent Gayer*, *The Globalisation of Identity politics – the Sikh experience*, May 2002, <http://www.ceris-sciences-po.org/archive/mai02/artlg.pdf>.

63 Motor-Cycle Crash Helmets (Religious Exemption) Act 1976. It is noteworthy that in the case *X. v United Kingdom*, the European Commission for Human Rights decided that a requirement to wear motor-cycle crash helmets for Sikhs did not violate Art 9 of the European Human Rights Convention because it is reasonably and objectively justified: *X v United Kingdom*, Appl No 7992/77, decision 12 July 1978. In a similar case, the Human Rights Committee of the UN decided that legislation in Canada requiring workers to wear safety helmets is compatible with freedom of religion guaranteed by the International Covenant on Civil and Political Rights and does not constitute discrimination against Sikhs because it is reasonable and directed towards objective purposes: Human Rights Committee, case *Singh Bhinder v Canada*, Communication No 208/1986, CCPR/C/37/D/208/1986.

64 In Germany, the case concerned a woman working in a perfume shop who was dismissed because she insisted on wearing a headscarf; see *Bundesarbeitsgericht*, 10/10/2002, 2 AZR 472/01. In France, the labour court decided that the dismissal of an employee for wearing a headscarf without any valid justification constitutes discrimination; see *Conseil des prud'hommes, Tahri contre Téléperformance France*, 17/12/2002 (the employee was working for a call center).

tion. For example, existing dress codes do not prohibit the wearing of wedding rings or Christian crosses, which are important religious symbols for many Christians. And it is virtually inconceivable that designers of government dress-codes would have ever considered designing a uniform that prevented people from wearing wedding rings or Christian crosses, unless this was strictly necessary for the job. Having implicitly adopted dress-codes that meet Christian needs, one can hardly object to exemptions for members of other religions on the ground that they violate state neutrality. The argument used in France that the symbols of one religion (Christianity) are discreet, whereas the symbols of another religion (Islam) are ostentatious, is nothing else than an open application of this indirectly discriminatory approach, which fails to convince in the final analysis.

III. Conclusions

The practice of wearing headscarves for religious reasons is covered by Article 9 ECHR guaranteeing the freedom of religion. Every measure against this practice should be proportionate to qualify as "necessary" in a democratic society.

For teachers limitations to wear the headscarves while teaching might be justifiable by reference to the rights of pupils, especially if the pupils are very young and are faced only by one teacher and share the religion of the teacher. In such a situation the wearing of headscarves might come close to a situation which creates pressures of conformism and constitutes indoctrination and thus violates the negative religious freedom of pupils. However, this effect could be effectively countered by displaying a variety of religious symbols in schools and by communicating an official policy of religious pluralism at schools.

Otherwise, measures against the practice of wearing headscarves should be targeted to assist women who are pressurized to wear headscarves against their will. Measures should leave room for those women who would like to engage in this religious practice. Thus, a general ban of this practice from schools and universities will be difficult to justify in a stable democratic society, because it would not be proportionate, but excessive and paternalistic.

The selective ban of certain types of headscarves from schools may be justifiable because they objectively (irrespective of the views and feelings of concerned people) disturb the identification

of pupils and non-verbal communication. If the functioning of schools is affected, a ban of certain headscarves may be objectively justifiable.

Zusammenfassung

Der EGMR hat vor allem in zwei Entscheidungen die Kopftuchproblematik behandelt: In *Dahlab gegen Schweiz* war der EGMR mit der Beschwerde einer Volksschullehrerin in Genf konfrontiert, welche sich gegen ein von der Schulbehörde ausgesprochenes Verbot, ein islamisches Kopftuch während des Unterrichts zu tragen, richtete. Der EGMR hat diese Beschwerde als offensichtlich unbegründet zurückgewiesen, weil das Kopftuch ein starkes religiöses Symbol ist, welches mit dem Gebot der Geschlechtergleichbehandlung schwer zu vereinbaren ist, und ein Einfluss auf junge Kinder nicht ausgeschlossen werden kann.

Im Urteil des EGMR im Fall *Leyla Sahin gegen Türkei* geht es um die Beschwerde einer Studentin der Medizin in der Türkei, die sich gegen ein Verbot der Universität Istanbul Kopftücher zu tragen richtet. Der EGMR hat die Beschwerde abgewiesen und urteilte, dass das universitäre Verbot im Interesse von Säkularismus und Geschlechtergleichbehandlung notwendig war.

In der Folge werden diese zwei Entscheidungen, unter Berücksichtigung von einschlägigen Entscheidungen in Deutschland, Frankreich und England kommentiert und diskutiert. Die Schlussfolgerung lautet, dass ein Kopftuchverbot nicht generell, aber nur unter Beachtung von Proportionalitätsgrenzen zulässig ist. Maßnahmen gegen Kopftücher sollten darauf abzielen, die Autonomie von islamischen Frauen zu stärken, wobei jedoch der nötige Freiraum für diejenigen Frauen, die das Tragen eines Kopftuches wünschen, zu respektieren ist. Im Bereich der Schule kann das Tragen eines Kopftuches von Lehrerinnen beschränkt werden, wenn ein Konformitätsdruck auf Schülerinnen zu befürchten ist. Ein allfällig zu befürchtender Konformitätsdruck auf Schülerinnen durch das Kopftuch einer Lehrerin könnte jedoch durch eine offen religiös pluralistische Schulgestaltung abgemildert werden. Objektiv (unabhängig von den Meinungen und Werturteilen von Beteiligten) können gewisse Arten von Kopftüchern in Schulen beschränkt werden, wenn die Funktionsfähigkeit von Schulen beeinträchtigt wird, weil zum Beispiel die Identifikation von Schülerinnen nicht mehr möglich ist.

Harald Eberhard/Konrad Lachmayer/Gerhard Thallinger

Über Inhalt und Methode des Internationalen Verfassungsrechts als Wissenschaftsdisziplin

*"Denn die Zukunft gehört
weder dem Völkerrecht,
noch dem Staatsrecht allein,
sondern ihrer Kombination,
und beiden zusammen
in ihrer Komplementarität."¹*

I. Workshop als Verbindung von Wissenschaft und Lehre

Einen Workshop aus "International Constitutional Law"² außerhalb des eigentlichen Lehrveranstaltungsprogramms der Universität auf freiwilliger Basis StudentInnen anzubieten, birgt ein gewisses Risiko in sich. Das Gelingen der Veranstaltung durch rege und insbesondere aktive Teilnahme bestätigt uns als Organisatoren sowohl in der gewählten Form der Veranstaltung als auch in Bezug auf den angebotenen Inhalt. Es sei daher im Folgenden auf beide Aspekte näher eingegangen

International Constitutional Law stellt eine wissenschaftliche Disziplin dar, die ein globales Betätigungsfeld aufweist. Die Vermittlung dieses Wissens an die Studierenden der Rechtswissenschaften ist aber üblicherweise gering. Zwar werden in unterschiedlichen anderen Disziplinen Aspekte des International Constitutional Law angesprochen, eine zusammenhängende Auseinandersetzung findet dabei aber nur selten statt.³

-
- 1 *Wahl, Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung* (2003) 91.
 - 2 Vgl das gleichnamige Internet-Projekt von *Axel Tschentscher*, das Grundlagen für die Verfassungsvergleichung schaffen möchte: <http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/>. Vgl auch das *International Journal of Constitutional Law (I.CON)*, das seit 2004 in der Oxford University Press vierteljährlich erscheint.
 - 3 Als Ausnahmen dazu seien für die Rechtswissenschaftlichen Fakultäten der Universität Wien bzw Graz auf Lehrveranstaltungen wie die Vorlesung von *Theo Öhlinger* bzw den Kurs von *Armin Stolz* und *Bernd Wieser* zur Verfassungsvergleichung hingewiesen. Vgl dazu *Öhlinger, Vergleichendes Verfassungsrecht* (1998).

Die Idee der Ausrichtung eines Workshops war es, die Thematik des International Constitutional Law nicht nur wissenschaftlichen Fachtagungen vorzubehalten, sondern auch als Lehrinhalt für Studierende zur Verfügung zu stellen. Die Umsetzung der Veranstaltung in Form eines Workshops bedeutet, dass die Fragestellungen nicht nur durch Vorträge vermittelt werden, sondern dass der gemeinsame Diskurs zwischen WissenschaftlerInnen und StudentInnen im Vordergrund steht. Wissen soll nicht als bestehende Lehrmeinung übermittelt werden, sondern – als nicht abgeschlossener Prozess verstanden – durch darauf bezogene Kommunikation weiterentwickelt werden.⁴ Die Heranführung von Studierenden – über gefestigte Lehrmeinungen hinaus – zu aktuellen Fragen wissenschaftlichen Diskurses erscheint notwendig.⁵ Für eine derartige Verbindung von Wissenschaft und Lehre eignet sich die Form eines Workshops in besonderer Weise.⁶

Neben diesen formalen Aspekten des Workshops sollen an dieser Stelle einige grundsätzliche Bemerkungen zu jenen Themenkomplexen gemacht werden, die das International Constitutional Law⁷ inhaltlich ganz entscheidend prägen.

II. Zum Abgesang des Staates oder der bleibenden Relevanz desselben

Bei der Auseinandersetzung mit International Constitutional Law bzw Internationalem Verfassungsrecht⁸ drängt sich von vorn-

4 *Funk*, Die Wirklichkeitsannahmen der Rechtswissenschaft, in: Brix/Magerl (Hrsg), *Weltbilder in den Wissenschaften* (2005) 81 (93 f).

5 Vgl *Somek*, *Interne Vermachtung*, in: *Somek/Forgó*, *Nachpositivistisches Rechtsdenken* (1996) 163 f.

6 Zugleich ermöglicht dieser eher einen internationalisierten Diskurs losgelöst von einer positivierten nationalen Rechtsordnung – dies ganz im Sinne der Forderung von *Juliane Kokott*: "Die weitergehende Europäisierung und Internationalisierung des Staates muss mit anderen Worten unweigerlich zu einer Europäisierung und Internationalisierung der Staatsrechtslehre führen, das sollte auch Folgen für das Pflichtfachprogramm an den Universitäten haben." *Kokott*, *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*, *VVDStRL* 63 (2004) 35. Vgl auch *Wieser*, *Vom Wesen und Wert der Verfassungsvergleichung*, *juridikum* 2004, 117 (118 f).

7 Grundlegende Beiträge dazu: *Haltern*, *Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende*, *AöR* 128 (2003) 511; *Uerpman*, *Internationales Verfassungsrecht*, *JZ* 2001, 565.

8 Der Versuch einer Übersetzung. Dabei stellen sich typischerweise zahlreiche begriffliche Fragen, die endlos zu diskutieren müßig erscheint. Varia-

.....

herein die Frage auf, ob nicht mit bestehenden Wissenschaftsdisziplinen wie Allgemeiner Staatslehre oder Verfassungslehre das Auslangen gefunden werden kann. Aus unserer Sicht können gute Gründe gefunden werden, um eine terminologische Adaptierung vorzunehmen: Sinn und Zweck der vorgenommenen Variierung ist die Änderung des Bezugspunktes, das Einnehmen einer anderen Perspektive. Es handelt sich dabei aus unserer Sicht um einen Paradigmenwechsel, mit dem aber nicht die bestehenden Betrachtungsweisen als irrelevant bezeichnet werden sollen.

Der Staat als zentraler Bezugspunkt im Rahmen der Wissenschaft des Öffentlichen Rechts bleibt aus unserer Sicht weiter bestehen.⁹ Es soll daher nicht in einen Abgesang des Staates eingestimmt werden, in dem ein Untergang der Staatlichkeit erkannt wird;¹⁰ die sog Auflösung nach oben (Supra- und Internationalisierung), die oftmals aber gerade Rufe nach einem starken Staat provoziert,¹¹ und nach unten (Privatisierung), die die Schnittstelle zwischen Staat und Gesellschaft im Blickpunkt hat, kann ebenso als ein Prozess verstärkter Verknüpfung des Staates in einem Mehrebenensystem gedeutet werden,¹² durch das die Rolle des Staates nicht verloren geht, sondern sich "bloß" kontextualisiert.¹³

.....

tionen wie International Constitutional Law Theory, Internationales Verfassungsrecht und -theorie usw sind dabei denkbar. Entscheidend erscheint aber eher ein einheitliches materielles Verständnis denn eine – a priori zum Scheitern verurteilte – exakte Begriffsdefinition.

9 Vgl etwa *Wahl*, Verfassungsstaat, 67: "Der nationale Staat ist weder abgeschafft noch marginalisiert worden."

10 Zur Relativierung der Staatlichkeit vgl etwa schon *Isensee*, Nachwort: Europa – die politische Erfindung eines Erdteils, in: *Isensee* (Hrsg), *Europa als politische Idee und als rechtliche Form* (1993) 103 (134). *Hasso Hofmann* spricht in diesem Zusammenhang gar von Entkonstitutionalisierung. Vgl *Hofmann*, Vom Wesen der Verfassung, *Jahrbuch Öffentliches Recht* 51 (2003) 1 (15 ff). Aus einem weiteren Verfassungsverständnis findet allerdings keine Entkonstitutionalisierung, sondern ein erweiterter Konstitutionalisierungsprozess statt.

11 Vgl dazu die Ausführungen im Ausschussbericht des Ausschusses 6 im Österreich-Konvent, Ergänzender Bericht, Anlage 4, 19 (www.konvent.gv.at).

12 Zur Rolle des National- und Verfassungsstaates im Drei-Ebenen-System siehe *Wahl*, Internationalisierung des Staates, in: *FS Hollerbach* (2002) 217 ff.

13 Wie *Fleiner/Fleiner* in der Neuauflage ihrer Allgemeinen Staatslehre unter Beweis stellen, ist es möglich, unter Beibehaltung des Bezugspunktes Staat die sich verändernde Staatlichkeit zu integrieren. Vgl *Fleiner/Fleiner*, *Allgemeine Staatslehre*³ (2004). Siehe auch *Vesting*, *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisie-*

Schon vor längerer Zeit hat etwa *Häberle* auf die Rolle des "kooperativen Verfassungsstaates" hingewiesen, der "von vorneherein in das Geflecht von transnationalen Rechtsprinzipien eingebunden" ist.¹⁴ Diese Kooperationsfunktion wird vor allem durch die Grundordnungen und damit die Verfassungen operationalisiert.

Die Allgemeine Staatslehre knüpft begriffsevident an dem "Konstrukt" des Staates an.¹⁵ Dabei werden zumeist die damit verbundenen – im 19. Jhdt (von *Jellinek*) entwickelten – Bezüge des Staatsvolkes, des Staatsgebietes und der Staatsgewalt bemüht.¹⁶ Genau diesem Blickwinkel wollen wir uns aber nicht zuwenden, sondern unter anderen Paradigmen eine wissenschaftliche Analyse versuchen. Auch eine auf die Reine Rechtslehre fokussierte Betrachtung, die den Staat auf das Recht beschränkt,¹⁷ kann das angestrebte Wirklichkeitsbild nicht abgrenzen.¹⁸ Der positivistische Begriff des Rechts beinhaltet nicht die Auseinandersetzung mit den wissenschaftlichen Theorien, die versuchen, Verfassung, Staat und Recht zu erklären. Insoweit würde dieser enge Ansatz dem angestrebten Ziel einer umfassenderen Auseinandersetzung nicht gerecht werden. Diese Auseinandersetzung ist nicht Selbstzweck oder Wert an sich, sondern eine Methode zur Offenlegung dieser Kontextualisierung, die der Staatsbegriff allein nicht leisten kann.

Die bisherigen Bezugspunkte – vor allem der Allgemeinen Staatslehre – erweisen sich für den angestrebten Bezug als unzureichend. Es stellt sich daher allerdings die Frage, worin denn die wesentlichen Elemente bestehen, zu denen ein Bezug aufgebaut werden soll, um die sich ereignenden Prozesse abzubilden.¹⁹

.....
 rung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2004) 68: "Staatsrechtslehre und ihr Substrat, der Staat, verschwinden nicht. Aber in Zukunft ist Staatsrechtslehre nicht länger das Zentrum, sondern ein Teilgebiet des Öffentlichen Rechts (*Public Law*), ein Knoten in den neuartigen Netzwerken einer prinzipiell weltweiten Rechtskommunikation".

14 *Häberle*, *Gemeineuropäisches Verfassungsrecht*, EuGRZ 1991, 261 (262).

15 *Halter*, *AöR* 2003, 526, spricht vom "Mythos" des Staates.

16 Vgl *Jellinek*, *Allgemeine Staatslehre*³ (1913) Nachdruck (1966) 394-434.

17 Vgl *Kelsen*, *Allgemeine Staatslehre* (1925) 16 f: der Staat als Ordnung (kann) nur die Rechtsordnung oder der Ausdruck ihrer Einheit sein.

18 Wenngleich es nicht an beachtlichen Versuchen fehlt, Konstrukte der Reinen Rechtslehre, wie etwa das Stufenbautheorem, auch für internationale Zusammenhänge fruchtbar zu machen: vgl dazu *Handstanger*, *Die Bedeutung der Reinen Rechtslehre für die Rechtspraxis*, *ÖJZ* 2004, 621 (624 f).

19 Diesbezüglich sei etwa auf *Voßkuhle* hingewiesen, der als "gemeinsamen Gegenstand aller Staatslehren" nicht einen "bestimmten Staatsbegriff" ver-

III. Verfassung als Bezugspunkt?

Als Vorschlag eines Paradigmenwechsels soll der Fokus vom Staat hin zu Verfassungen gewandt werden.²⁰ Kann somit aber die Verfassung als Bezug dienen oder stellt diese die Integration der Staatlichkeit über die "Hintertür" wieder her?²¹

In Zusammenhang mit der Diskussion über die Europäische Verfassung ist zu beobachten, dass nationalstaatliche Verfassungsvorstellungen und -kategorien verwendet werden, um die Europäische Union zu beschreiben und dabei konstatiert wird, dass – aus unterschiedlichen Gründen – die Europäische Union diese (Verfassungs-)bedingungen nicht erfüllt.²² Es hat mehrerer Jahrzehnte bedurft, um die Wissenschaft über das Europarecht aus den völkerrechtlichen Vorstellungen zu lösen, als "sui generis" zu erkennen und eine eigene Disziplin zu entwickeln.²³ Neuere Ansätze²⁴ sehen dabei gerade in der Rechtsvergleichung einen der Motoren der Bildung des neuen europäischen *Ius Commune*. Verfassungsrechtswissenschaft, in einem nationalstaatlichen Sinne verstanden, kann die Europäische Union und ihren Konstitutionalisierungsprozess nicht adäquat nachvollziehen.²⁵ Es bedarf daher

.....
steht, sondern "die Beschäftigung mit der Gesellschaft als Ganzes in ihrer Verfasstheit als rechtlich-politisches Gebilde oder mit einem spezifischen Ausschnitt dieser Gesellschaft, der durch die Verfassung mit Herrschaftsgewalt versehen ist, eben die Staatsorganisation als 'Institution' der Gesellschaft". Vgl *Voßkuhle*, Die Renaissance der "Allgemeinen Staatslehre" im Zeitalter der Europäisierung und Internationalisierung, *JuS* 2004, 2 (3). Siehe *Pernthaler*, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre² (1996) 123.

20 "Von der Staats- zur Verfassungslehre": vgl etwa *Hofmann*, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung?, *JZ* 1999, 1065 (1067).

21 Oder kann Verfassung überhaupt ohne Staat konzipiert werden? Vgl dazu *Bercovici*, Die dirigierende Verfassung und die Krise der Verfassungslehre am Beispiel Brasiliens, *VRÜ* 2004, 286 (329).

22 Siehe dazu *Häberle*, Europäische Verfassungslehre³ (2005) 198 f mwN. Vgl auch *Krisch*, Die Vielheit der Europäischen Verfassung, in: Becker ua (Hrsg), Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa (2005) 61.

23 Diese Entwicklung ist vor allem ein Verdienst der Judikatur des EuGH, beginnend mit dem leading case *Costa/ENEL*, Rs 6/64, Slg 1964, 1251. Zu dieser Entwicklung, die mit der Ausbildung eines europäischen Verfassungsbegriffes einherging, vgl etwa *Öhlinger*, Braucht Europa eine Verfassung?, *JRP* 2002, 37 (37 f).

24 So etwa *Trantas*, Die Anwendung der Rechtsvergleichung bei der Untersuchung des öffentlichen Rechts (1998) 14.

25 Ausführlich zu einem breiteren Verfassungsverständnis vgl *Pfersmann*, The new revision of the old constitution, *International Journal of Constitutional Law* 3 (2005) 383 (383 ff) .

– obwohl das Wort Verfassung durch den Nationalstaat geprägt wurde²⁶ – eines breiteren Verfassungsverständnisses.²⁷

In diesem Sinne soll Verfassung als Bezugspunkt einer Disziplin "Internationales Verfassungsrecht" weiter verstanden werden. Verfassung²⁸ ist aus dem staatlichen Verständnis des 19. Jhdts zu lösen und im Rahmen eines Mehrebenen-Netzwerkes²⁹ auch als Instrument auf unterschiedlichen Ebenen zu verstehen. "Verfasst sein" bedeutet einen Grundkonsens festzulegen bzw. – soweit kein gesellschaftlich entstandener Grundkonsens besteht – eine grundlegende Wertordnung als verfasste Einheit zusammenzuhalten und grundlegend zu determinieren.³⁰ Damit sind Verfassungen auf der Ebene des Völkerrechts³¹ – etwa bei internationalen Organisationen³² – ebenso wie Verfassungen supra-

.....
 26 Unter Verfassung wird soweit eine Staatsverfassung verstanden und der Staat als Verfassungsstaat mit dieser (Staatsverfassung) untrennbar verknüpft. Vgl dazu näher *Pernthaler*, Die Herrschaft der Richter im Recht ohne Staat, JBl 2000, 691 (695 f).

27 Für eine Relativierung des Verfassungsbegriffs, der das Phänomen Verfassung nicht notwendig auf die Herrschaftsorganisation des Nationalstaates beschränkt, statt vieler *Möllers*, Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: von Bogdandy (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht (2003) 18 ff.

28 Vgl etwa v. *Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: v. Bogdandy (Hrsg), Europäisches Verfassungsrecht (2003) 149 (203).

29 *Castells*, End of Millenium² (2000) 361 ff. Zur Kritik am Denken in rein staatlichen Kategorien siehe auch *Walker*, The Idea of Constitutional Pluralism, *Modern Law Review* 65 No 3 (2002) 317 (320 ff, insb 324): "Instead, ... post-national constitutionalism or legal post-nationalism more generally ... should be seen as a species of normative order which is to be found in processes or relations or networks or in forms of private, hybrid or pluri-political ordering which are not institutionally-nested and polity-centred in the same way as the traditional state constitutional order."

30 Die Fragen des Vorrangs der Verfassung sollen in diesem Zusammenhang nicht näher betrachtet werden. Vgl aber *Wahl*, Verfassungsstaat, 121 ff.

31 Vgl *Uerpman*, JZ 2001, 565 ff. Zur Konstitutionalisierung im Völkerrecht vgl *Wahl*, Verfassungsstaat, 57; *Frowein*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 39 (2000), 427 (440 ff); *Tomuschat*, International Law as the Constitution of Mankind, in: *United Nations (Hrsg), International Law in the Eve of the Twenty-first Century* (1997) 37 ff.

32 Siehe etwa *Fassbender*, The United Nations Charter As Constitution of The International Community, *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1998) 529 (568 ff).

nationalen Organisationen³³ oder eben auch Verfassungen auf nationalstaatlicher, auf bundesstaatlicher Ebene – etwa im Rahmen einer Verfassungsautonomie der Gliedstaaten oder von deren Beteiligung an der jeweiligen Bundesgesetzgebung³⁴ – angesprochen. Die im Mehrebenensystem unterhalb bestehenden "Verfassungen" auf verwaltungsrechtlicher Ebene – man denke an Gemeinden (lokale Ebene) – sollen zwar nicht ausgeblendet werden, aber nicht im Vordergrund stehen.³⁵

Ein hier propagiertes weites Verständnis des Verfassungsbegriffs³⁶ ist aber auch der Kritik hinsichtlich der Frage ausgesetzt, worin überhaupt noch der Zusammenhang unterschiedlicher Konstruktionen auf internationaler, europäischer und innerstaatlicher Ebene bestehen solle.³⁷ *Vesting* definiert – in Abgrenzung zu einer von ihm als Konstitutionalismus bezeichneten Suchbewegung – Verfassung wie folgt: "Verfassung im spezifisch modernen Sinn, d.h. als geschriebene und gedruckte Verfassung, meint die Verpflichtung einer einheitlich organisierten Staatsmacht auf einen einzigen Rechtstext, auf *ein* schriftliches Dokument".³⁸ Dem ist entgegenzuhalten, dass die Verknüpfung der unterschiedlich erfassten Verfassungen durch den Zusammenhang im Netzwerk begründet wird und dass erst mit dieser Verknüpfung der Anspruch verbunden ist, eine grundlegende Ordnung (Systematisierung) zu schaffen. Dieser zugegebene lose Zusammenhang bedeutet eine Relativierung des Verfassungsdenkens, steht aber keinem kohärenten nationalstaatlichen Verfassungsbegriff gegenüber. Ein illustrativer Anwendungsfall ist der europäische Verfas-

.....
33 Vgl *Paulus*, From Territoriality to Functionality. Towards a Legal Methodology of Globalization. CPOGG Workshop at Schloss Amerang (November 2004) – abrufbar unter <http://cpogg.org/amerang.html>.

34 Vgl *Anna Gamper*, in diesem Band, S 63.

35 Gerade der formell-rechtliche Verfassungsbegriff in Österreich, der sich auf die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens und die Bezeichnung als Verfassungsrecht reduziert (Art 44 Abs 1 B-VG), steht gewissermaßen diametral zu diesem essentiellen Grundordnungsgedanken.

36 Noch weitergehend vgl etwa *Teubner*, Societal Constitutionalism: Alternatives to State-Centred Constitutional-Theory?, in: Joerges/Sand/Teubner (Hrsg), *Transnational Governance and Constitutionalism* (2004) 7 ff.

37 Gleichzeitig mit der Zurückweisung einer etatistischen Verengung des Verfassungsbegriffs mahnt *Möllers*, *Verfassungsgebende Gewalt*, 21 ff, auch ein, dass der Verfassungsbegriff nicht beliebig erweiterbar sei.

38 *Vesting*, *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*, *VVDStRL* 63 (2004) 62 ff.

sungsverbund (*Pernice*), bestehend aus der Verfassung der EU/EG und den nationalen Verfassungen der Mitgliedstaaten.³⁹ Das eine schriftliche Dokument, von dem *Vesting* spricht, spiegelt tendenziell – in Anbetracht des Inkorporationsgebotes (Art 79 Abs 1 Bonner GG) – deutsches Verfassungsdenken wider, wird aber bereits bei Betrachtung der österreichischen oder anderer nationalstaatlicher Verfassungen relativiert.⁴⁰

Es ist aber auch *Hofmann* nicht zuzustimmen, der die Herauslösung des Verfassungsbegriffs aus dem "modernen Kontext der Konstituierung von Nationalstaatlichkeit" als "Reduzierung auf vorrevolutionäre Inhalte" qualifiziert.⁴¹ Es ist damit kein (befürchteter) Rückschritt in prä-konstitutionalisierte Zeiten des 18. und 19. Jhdts verbunden, sondern eine Öffnung des Verfassungsbegriffes in den internationalen Kontext.⁴² Ein postnationaler Verfassungsbegriff könnte diese – zugegebenermaßen schwierige – Systemleistung aber vielleicht bewerkstelligen.⁴³

IV. Die Einbeziehung des Völkerrechts oder die Sicht von außen

Durch die soeben beschriebene Öffnung des Verfassungsdenkens für europäische und internationale Formen des Verfassungsrechts wird die Berücksichtigung des Völkerrechts bereits verwirklicht.⁴⁴ Die Berücksichtigung des Völkerrechts besteht aber

.....
39 *Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001) 148 (163 ff).

40 Überdies sind derartige Entwicklungstendenzen einer vollen Verrechtlichung von Verfassungen nicht zwingend anstrebenswert und bergen Risiken in sich, wie etwa die potentielle (Verfassungs)Richterherrschaft über die Verfassung: vgl etwa *Bullinger*, Fragen der Auslegung einer Verfassung, JZ 2004, 209 (211).

41 Vgl *Hofmann*, JZ 1999, 1074.

42 Dabei sind die mit der Internationalisierung verbundenen Problemstellungen ernst zu nehmen. Vgl etwa *Weiler/Motoc*, Taking Democracy Seriously: The Normative Challenges to the International Legal System, in: Griller (Hrsg), International Economic Governance and Non-Economic Concerns (2003) 47.

43 Siehe dazu *Pernice*, VVDStRL 60 (2001) 155: "Der 'postnationale Verfassungsbegriff' läßt Staat und Nation im klassischen Sinne hinter sich, sowie die Globalisierung neue Instrumente der Steuerung fordert, Politik also über den nationalen Rahmen hinausgeht."

44 *Kokott*, VVDStRL 63 (2004) 35: "Staatsrechtslehre ohne Völkerrecht ist unvollständig, da Völker- und Europarecht den Rahmen für die insoweit

nicht nur in einer separaten Auseinandersetzung mit völkerrechtlichen Fragestellungen, sondern vor allem in den Schnittstellen zwischen Völkerrecht und nationalem Recht.⁴⁵ Dies kann sich – wie *Niraj Nathwani* nachweist⁴⁶ – auf die Berücksichtigung der Rsp internationaler Menschenrechtsgerichtshöfe beziehen oder am von *Michael Schoiswohl* vorgebrachten Beispiel der internationalen Vorgaben im Konstitutionalisierungsprozess in Afghanistan⁴⁷ exemplifizieren.

Der Einfluss des Völkerrechts auf das nationale Recht einerseits,⁴⁸ etwa durch Internationale Organisationen und Internationale Gerichte, und der Einfluss des nationalen Rechts auf das Völkerrecht andererseits, zB durch die Schaffung neuer Bereiche internationaler Zusammenarbeit, sowie das Entstehen neuer supranationaler Bereiche an der Schnittstelle beider Regelungssysteme zeigen deutlich die Notwendigkeit, diese quantitativ wie qualitativ stets an Bedeutung gewinnenden, vielschichtigen Rechtsbereiche wissenschaftlich aufzuarbeiten.⁴⁹

Dabei ist nicht nur die verfassungsrechtliche Sicht "von innen nach außen" zu integrieren, sondern auch die völkerrechtliche Sicht "von außen nach innen" zu berücksichtigen.⁵⁰ Wie im Eingangszitat hervorgehoben, ist die Komplementarität von Völkerrecht und Verfassungsrecht als wechselseitiger Zusammenhang

.....
nicht mehr ursprünglichen Verfassungsordnungen geben."; anschaulich zum Einfluss des Völkerrechts auf Verfassungsprozesse *Thürer*, Vom paradigmatischen Einfluss des Völkerrechts auf das Staatsrecht, in: FS *Pernthaler* (2005) 385 ff.

45 Wie bereits *Zemanek* 1964 nachgewiesen hat, besteht ein Zusammenhang zwischen der Rechtsvergleichung und dem Völkerrecht. Vgl *Zemanek*, Was kann die Vergleichung staatlichen öffentlichen Rechts für das Recht der internationalen Organisationen leisten, *ZaöRV* 24 (1964) 453. So auch *Starck*, Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, *JZ* 1997, 1021 (1025).

46 *Niraj Nathwani*, in diesem Band, S 149.

47 *Michael Schoiswohl*, in diesem Band, S 21.

48 Dabei sei auch auf die rechtsvereinheitlichende Wirkung von Völkerrecht hingewiesen: vgl *Husa*, Rechtsvergleichung auf neuen Wegen?, *ZfRV* 2005, 52 (57).

49 Vgl etwa *Jablöner*, Stufung und "Entstufung" des Rechts, *ZÖR* 60 (2005) 163 (166 ff); *H. Mayer*, Reine Rechtslehre und Gemeinschaftsrecht, in: *Walter/Jablöner/Zeleny* (Hrsg), *Hans Kelsen und das Völkerrecht* (2004) 121.

50 Vgl *Neuhold/Hummer/Schreuer* (Hrsg), *Österreichisches Handbuch des Völkerrechts* Bd 14 (2004) Rz 568, Rz 1220, Rz 1557.

zu begreifen, der sich zunehmend intensiviert. Die Aufgabe von Internationalem Verfassungsrecht ist es daher insbesondere, diese Entwicklung und die damit verbundenen Fragestellungen abzubilden.⁵¹ Internationales Verfassungsrecht ist somit weder lediglich Vergleichendes Verfassungsrecht noch (auch bereits) klassisches Völkerrecht,⁵² sondern erweitert die Allgemeine Staatslehre und das Vergleichende Verfassungsrecht um die beschriebenen Wechselwirkungen nationaler Verfassungen zum Völkerrecht.

Die Facetten dieser Wechselwirkungen sind vielschichtig und nehmen – gerade im Zeitalter der Globalisierung⁵³ – stetig zu: Herausragende Bedeutung kommt ihnen im Menschenrechtsschutz zu, wo regionale und internationale Menschenrechtsinstrumente⁵⁴ mit nationalen Grundrechtsordnungen und Wertvorstellungen gleichermaßen konfligieren wie sie sich wechselseitig inspirieren können.^{55, 56}

Ein Phänomen des ausklingenden 20. Jhdts, das wesentlich zur Formung bzw. Ausgestaltung eines Internationalen Verfassungsrechts im hier vertretenen Sinne beiträgt und schon beigetragen hat, stellen vom Völkerrecht auf verschiedenste Weise beeinflusste Verfassungsprozesse dar.⁵⁷ *Michael Schoiswohl* hat im

.....

51 Vgl *Uerpmann*, JZ 2001, 565.

52 Public International Law.

53 Vgl *v Bogdandy*, Globalization and Europe: How to Square Democracy, Globalization and International Law, EJIL 2004, 885 (890 ff).

54 Vgl *Nowak*, Einführung in das internationale Menschenrechtssystem (2002) 48; *Steiner/Alston*, International Human Rights in Context (1996) 117 ff.

55 Siehe die Beiträge von *Iris Eisenberger*, in diesem Band, S 135 und *Niraj Nathwani*, in diesem Band, S 149.

56 Zur Bindungswirkung von Gerichten der Vertragsstaaten an Urteile des EGMR vgl den *Görgülü*-Beschluss v 14. 10. 2004, BVerfG 2 BvR 1481/04 und EGMR, Urteil vom 26. 2. 2004, *Görgülü gegen Deutschland*, Nr 74969/01 (berichtigt am 24. 5. 2005); siehe dazu *Cremer*, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, EuGRZ 2004, 741; *Meyer-Ladewig/Petzold*, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR, NJW 2005, 15; *Lenz*, "An die Gewährleistungen der Konvention gebunden". Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts in der Rechtssache *Görgülü*, in: FS Zuleeg (2005) 234; grundsätzlich zum Rang und der Einwirkung der EMRK auf das Recht der Vertragsstaaten siehe *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention² (2005) 15 ff.

57 *Thürer*, Einfluss des Völkerrechts, 389 ff, unterscheidet dabei vier unterschiedliche Kategorien von Verfassungsprozessen: Völkerrechtlich "induzierte" (zB Südafrika), völkerrechtlich "begleitete" (zB Afghanistan), völkerrechtlich "gesteuerte" (zB Ost-Timor) sowie völkerrechtlich "installierte" (zB Kosovo). Siehe auch *Arato*, Forms of Constitution Making and Theories of Democracy, Cardozo Law Review 1995, 191 ff.

Rahmen des Workshops am Beispiel Afghanistans diese Entwicklung und zahlreiche damit verbundene Fragestellungen des Internationalen Verfassungsrechts aufgezeigt.⁵⁸

V. Verfassungsvergleichung – International Constitutional Law oder dessen Methode?

Die herkömmliche Sichtweise vom Internationalen Verfassungsrecht stellt die Verfassungsvergleichung in den Vordergrund. Das klassische Verständnis von International Constitutional Law begreift dieses als Vergleichendes Verfassungsrecht.⁵⁹ Primärer Ansatzpunkt ist ein nationalstaatliches Verfassungsverständnis. Ziel ist es, die Ausgestaltung der Verfassungen zu vergleichen, um daraus wechselseitigen Nutzen etwa im Bereich der Gesetzgebung oder der Verfassungsrechtsprechung zu gewinnen.⁶⁰ Hier soll – wie bereits dargestellt – ein weiteres Verständnis von Internationalem Verfassungsrecht vorgeschlagen werden, dass neben den Schnittstellen einzelner Verfassungen auf nationalstaatlicher Ebene auch die Schnittstelle zu internationalen Regelungsregimen miterfasst. Dabei soll allerdings die Verfassungsvergleichung nicht als schlechthin überkommen qualifiziert werden, sondern kann als integraler Bestandteil von International Constitutional Law identifiziert werden.

Als Arbeitsweise des Internationalen Verfassungsrecht sei – nach Vorschlag *Uerpmanns* – eine induktive Methode zu wählen.⁶¹ Auch wenn Induktion bei einer Wechselwirkung von Völkerrecht und (nationalem) Verfassungsrecht nur "eine Seite der Medaille" darstellt, zeigt diese den Stellenwert der Verfassungsvergleichung auf. Unter Induktion versteht man "vom besonderen Einzelfall auf das Allgemeine, Gesetzmäßige zu schließen".⁶² Dabei werden also unterschiedliche Einzelfälle zu einem Gesamten zusammengefasst. Um aber die Gemeinsamkeiten einzelner Verfassungen und aus diesen gemeinsame Prinzipien zu erkennen, sind diese

.....
58 Zu etwaigen Aufgaben für die Forschung siehe auch *Thürer*, Einfluss des Völkerrechts, 400 ff.

59 Vgl *Wieser*, *juridikum* 2004, 117; *Theo Öhlinger*, in diesem Band, S 11. Vgl auch das grundlegende Casebook von *Dorsen/Rosenfeld/Sajó/Baer*, *Comparative Constitutionalism* (2003) 1 ff.

60 Vgl *Holoubek*, *Grundrechtliche Gewährleistungspflichten* (1997) 11 ff; *Wiederin*, *Bundesrecht und Landesrecht* (1995) 2.

61 *Uerpmann*, *JZ* 2001, 572.

62 Vgl *Duden*, *Fremdwörterbuch*⁷ (2001) 433

miteinander zu vergleichen. Verfassungsvergleichung stellt auch bei einem weiten Verfassungsverständnis, wie vorhin skizziert, einen notwendigen Bestandteil dar.

Rechtsvergleichung als Methode ist mittlerweile auch im Öffentlichen Recht etabliert.⁶³ Es hat zwar – wie *Wieser* nachweist⁶⁴ – bereits im 19. Jhd. öffentlich-rechtliche Rechtsvergleichung gegeben, doch in den letzten Jahrzehnten musste sich die Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht ihren Status erst wieder erarbeiten. Wie *Häberle* regelmäßig in Erinnerung ruft, kann Verfassungsvergleichung als "fünfte Auslegungsmethode" im öffentlichen Recht zum klassischen Auslegungskanon von *Friedrich Carl von Savigny* hinzutreten.⁶⁵ Dabei sind allerdings, worauf *Öhlinger* hinweist,⁶⁶ die Chancen und Gefahren der Rechtsvergleichung zu bedenken.⁶⁷ Jedenfalls ist Rechtsvergleichung eine anspruchsvolle Methode, die für die Wissenschaft eine besondere Herausforderung darstellt. Gerade die unterschiedlichen Begrifflichkeiten, vor allem aber der Umstand eines oftmals weitgehend ungeschriebenen internationalen Verfassungsrechts verlangen ein hohes Maß an Problembewusstsein.⁶⁸

Verfassungsvergleichung ist daher die zentrale Methode des Internationalen Verfassungsrechts.⁶⁹ Dabei ist aber über den An-

63 Vgl. bereits *Bernhardt*, Eigenheiten und Ziele der Rechtsvergleichung im öffentlichen Recht, *ZaöRV* 24 (1964) 431.

64 *Wieser*, Vergleichendes Verfassungs- und Verwaltungsrecht in Österreich von 1848 bis 1918 – Eine Bibliographie, *ZÖR* 2002, 251. Vgl. zur historischen Situation in Deutschland *Starck*, *JZ* 1997, 1022; *Sommermann*, Die Bedeutung der Rechtsvergleichung für die Fortentwicklung des Staats- und Verwaltungsrechts in Europa, *DÖV* 1999, 1017 (1018).

65 Vgl. bereits *Häberle*, Grundrechtsauslegung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat, *JZ* 1989, 913 (917). Zuletzt *Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 250 ff.

66 *Theo Öhlinger*, in diesem Band, S. 11.

67 Dem in diesem Zusammenhang häufig ins Treffen geführten Argument, dass es fremden Verfassungsrechtsordnungen an der demokratischen Legitimation fehlt, ist dabei entgegenzuhalten, dass Verfassungsvergleichung niemals ein dem Text der eigenen Verfassung widersprechendes Ergebnis rechtfertigen kann, sondern bloß ergänzend als Auslegungshilfe heranzuziehen ist.

68 Dazu etwa *Trantas*, Anwendung, 77 ff. Vgl. dazu etwa *Kammerhofer*, Uncertainty in The Formal Sources of International Law: Customary International Law and some of its Problems, *European Journal of International Law* 15 (2004) 523.

69 Eindeutig etwa *Rosenfeld*, Tribute: Constitutional Migration and the Bounds of Comparative Analysis, *New York University Annual Survey of American*

satz der funktionellen Rechtsvergleichung hinauszugehen,⁷⁰ da das Verfassungsrecht als rechtliche Grundlage besonderen Bedingungen unterliegt. Verfassungen sind in besonderer Weise von ihrem Kontext abhängig, der sich in geschichtlichen, sozialen, kulturellen und religiösen Aspekten verdeutlicht.⁷¹ Es sind daher für die Verfassungsvergleichung die Bezugspunkte durch Erweiterung des Kontextes zu vermehren.⁷² Damit wird letztlich auch eine interdisziplinäre Auffassung der Verfassung befürwortet.⁷³

Wie bereits erwähnt, soll aber Internationales Verfassungsrecht nicht bloß auf Verfassungsvergleichung beschränkt sein. Die einzelnen Verfassungen im Vergleich stellen die horizontale Schnittstelle des International Constitutional Law dar, die Einbeziehung von Völkerrecht und supranationalem Verfassungsrecht (sowie des bundesstaatlichen Landesverfassungsrechts) die vertikale Schnittstelle. Beide Perspektiven sind untrennbar miteinander verbunden. Letztlich ist ein Verständnis von Verfassungsrecht an den Schnittstellen des Mehrebenensystems aber auch nicht von den dahinter stehenden Verfassungskonzepten und -methoden zu trennen, die sich in den konkreten Verfassungen verwirklichen. Die Einbeziehung methodischer und theoretischer Grundlagen ist

.....
Law 58 (2001) 67 (83): "In any event, whatever one's position, comparative analysis is still indispensable. Its ultimate reach and meaning may vary, however, depending on one's position on the relative importance of convergences and divergences."; ähnlich – wengleich pauschaler formuliert – *Tushnet*, *The Possibilities of Comparative Constitutional Law*, *Yale Law Journal* 108 (1999) 1225 (1309): "We can learn from comparative constitutional experience, ... just in the way we learn from anything else. Thinking about that experience can be part of the ordinary liberal education of thoughtful lawyers."

70 Vgl *Zweigert/Kötz*, *Einführung in die Rechtsvergleichung*³ (1996) 33, *Marko*, *Autonomie und Integration* (1995) 25 ff (34).

71 So sieht etwa *Gilberto Bercovici* die Zukunft der Verfassungslehre im Erkennen der in der "Verfassungsstruktur anwesenden politischen und sozialen Beziehungen". Vgl dazu *Bercovici*, *Die dirigierende Verfassung und die Krise der Verfassungslehre am Beispiel Brasiliens*, *VRÜ* 2004, 286 (329). Siehe dazu auch *Iris Eisenberger*, in diesem Band, S 135.

72 *Rainer Wahl*, *Verfassungsstaat*, 98 ff schlägt ein Vier-Ebenen-Modell als Konzept der Verfassungsvergleichung vor: 1. Ebene: Die Texte und ihre Auslegung; 2. Ebene: Der Systemzusammenhang der jeweiligen Verfassung; 3. Ebene: Das Staats- und Verfassungsverständnis; 4. Ebene: Rechtsvergleichung als Kulturvergleichung.

73 Aufgrund der Relation von Kultur und Recht lässt sich auch in der Rechtsvergleichung kulturfremdes Recht erkennen. Vgl *Henry*, *Kulturfremdes Recht erkennen* (2004).

daher für ein umfassenderes Verständnis internationalen Verfassungsrechts unabdingbar.

VI. International Constitutional Law zwischen Theorie und Praxis

Gerade in Zeiten einer immer stärker werdenden Praxisorientierung kommen Wissenschaftsdisziplinen mit starker theoretischer Ausrichtung unter einen latenten Rechtfertigungsdruck. Im Hinblick auf das vergleichende Verfassungsrecht ist aber ein derartiger Überhang theoretischer Fragestellungen nicht gegeben. Rechtsvergleichung stellt auch einen eminent wichtigen Faktor bei der Rechtsanwendung dar. So weist etwa *Trantas*⁷⁴ zu Recht darauf hin, dass der zuvor angesprochene Aufschwung der Rechtsvergleichung im Öffentlichen Recht in den letzten Jahren nicht zuletzt aus der wieder erkannten Bedeutung für die Rechtsanwendung resultiert. Nicht nur das Verständnis der eigenen Rechtsordnung schärft sich durch einen Blick "von außen",⁷⁵ in weiten Bereichen der Rechtspraxis ist eine isolierte Anwendung nationalen Rechts schlicht nicht mehr existent.⁷⁶ Dies betrifft vor allem die signifikante Verschränkung der Rechtsordnung der Europäischen Union mit den nationalen Rechtsordnungen,⁷⁷ die vor allem auf primärrechtlicher und damit verfassungsrechtlicher Ebene im europäischen Verfassungsverbund⁷⁸ realisiert wird.⁷⁹

Ein Verständnis des nationalen Grundrechtsschutzes ohne eine Konvergenz mit dem europäischen bzw internationalen Grund-

.....

74 *Trantas*, Anwendung, 13.

75 Siehe anstatt vieler *Wieser*, *juridikum* 2004, 117 f.

76 Dazu etwa *Öhlinger*, Die Transformation der Verfassung, *JBl* 2002, 2 (4 f).

77 *Raschauer*, Ultra-vires-Akte der Europäischen Union, *ÖJZ* 2000, 241 ff.

78 Siehe *Pernice*, *VVDStRL* 60 (2001) 164 f: "Mehrfach hat (das BVerfG) auf die funktionale Verschränkung bzw. normative Verklammerung europäischen und nationalen Rechts hingewiesen. ... (I)ch verstehe die Entwicklung des Primärrechts als Verfassungsprozeß ..., trotz der völkerrechtlichen Form ..., und das entstehende europäische Verfassungsrecht bildet zusammen mit dem nationalen Verfassungsrecht materiellrechtlich eine Einheit ...".

79 *F. Mayer*, Wer soll Hüter der europäischen Verfassung sein?, *Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht Paper* 20/04 (2004), <http://www.whi-berlin.de/hueter.htm>.

rechtsschutzverbund⁸⁰ bleibt einseitig und rudimentär; es wird vor allem der praxisrelevanten Verflechtung dieser Verfassungsordnungen nicht gerecht. Eben weil etwa der europäische Grundrechtsstandard den gemeinsamen Nenner der Verfassungsordnungen ("Verfassungstraditionen") der Mitgliedstaaten darstellt⁸¹ und auch das europäische Verfassungsrecht diesen gemeinsamen Nenner abbildet,⁸² verlangt ein Operieren auf dieser Ebene ein Verständnis, das nur aufgrund einer Verfassungsvergleichung aller beteiligten Rechtsordnungen⁸³ – insbesondere aufgrund einer integrierten Sicht der unterschiedlichen Zugänge der Verfassungsgerichtsbarkeit im Kontext der Staatsgewalten⁸⁴ – entwickelt werden kann. Wortinterpretation ohne ein systematisches Verständnis, das in diesem Fall eben nur rechtsvergleichend entstehen kann, bleibt dann, wie vor allem *Öhlinger* nachgewiesen hat,⁸⁵ ohne jeden Gehalt und muss zwangsläufig ihre Grenzen konzedieren.⁸⁶

Das vergleichende Verfassungsrecht hat damit gesamthaft gesehen den didaktischen Wert, die Praxisrelevanz seines Gegenstandes mit einer fundierten theoretischen Vorprägung zu verbinden.

.....

80 Siehe bereits oben unter IV. und vgl dazu auch *Öhlinger*, Perspektiven des Grundrechtsschutzes in Europa: Das Zusammenspiel von EGMR, EuGH und VfGH im Lichte des Verfassungsentwurfs der Europäischen Union, in: Karl (Hrsg), Internationale Gerichtshöfe und nationale Rechtsordnung (2005) 123 (133 ff). Siehe weiters *Köngeter*, Völkerrechtliche und innerstaatliche Probleme eines Beitritts der Europäischen Union zur EMRK, in: Becker ua (Hrsg), Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa (2005) 230.

81 *Öhlinger/Potacs*, Gemeinschaftsrecht und staatliches Recht² (2001) 6 f.

82 Weitergehend sehen *Karl Korinek* und *Michael Holoubek* eine eigenständige Ausprägung des Grundrechtsschutzes auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene. Nichtsdestotrotz weisen sie auf die bestehenden Wechselbeziehungen hin. Vgl *Korinek/Holoubek*, Auf dem Weg zu einem europäischen Grundrechtsstandard, abgedruckt in: *Korinek*, Grundrechte und Verfassungsgerichtsbarkeit (2000) 71 (79).

83 Als aktuelles Beispiel einer solchen Verfassungsvergleichung mit dem Fokus auf den mitgliedstaatlichen Verfassungen *Prakke/Kortmann* (Hrsg), Constitutional Law of 15 EU Member States (2004).

84 Siehe dazu *Bedanna Bapuly*, in diesem Band, S 109. Vgl auch *Schäffer*, Verfassungsgericht und Gesetzgebung, in: FS Koja (1998) 101 (107 ff); zum differenzierenden Rollenbild der Verfassungsgerichtsbarkeit vor allem bei Verfassungsübergängen *Ackerman*, The Rise of World Constitutionalism, Virginia Law Review 83 (1997) 771 (778 ff).

85 *Theo Öhlinger*, in diesem Band, S 11.

86 *Somek*, Rationalität und Diskriminierung (2001) 65 ff.

VII. Verfassungstheorie – zwischen Recht und Politik?

Verfassungstheorie als Reflexion der Metaebene zur Verfassung ist unserer Auffassung nach integraler Bestandteil eines Verfassungsdiskurses.⁸⁷ Es sind bei der Betrachtung der Schnittstellen und Kollisionen von Verfassungen⁸⁸ auch die dahinter stehenden Konflikte unterschiedlicher Verfassungskonzepte und Verfassungs-ideen zu beleuchten.⁸⁹ Internationales Verfassungsrecht kann auf verfassungstheoretische Grundlagen nicht verzichten.⁹⁰ Die Abstrahierung von konkretem positiven Recht schafft Einsichten in verfassungstheoretische Ideen, deren Modellierung und Umsetzung Teil des International Constitutional Law ist.

Damit steht – je nach Rechtsverständnis – das Internationale Verfassungsrecht auch an der Schnittstelle zwischen Recht und Rechtspolitik.⁹¹ Diese Dualität erscheint aber Verfassungen und auch der damit verbundenen Wissenschaft immanent. Verfas-

87 *Voßkuhle* sieht die "Notwendigkeit einer Neubelebung der 'Staatslehre' als eines übergreifenden interdisziplinären Reflexionsrahmens": vgl *Voßkuhle*, JuS 2004, 4. "Was gefragt ist, lässt sich als reflexive Rechtsvergleichung bezeichnen. Im Vordergrund steht der Prozess des dialogischen, selbstkritischen Lernens, also des Lernens voneinander, das Erkennen erst ermöglicht. ... Jedenfalls gehören Einschätzungsfähigkeit, Wertungstransparenz, Verhaltensflexibilität und Selbstreflexion zu den Fähigkeiten, die Verfassungsvergleiche prägen." – so etwa *Baer*, Verfassungsvergleiche und reflexive Methode: Interkulturelle und intersubjektive Kompetenz, ZaöRV 64 (2004) 735 (756).

88 Diese Betrachtung verlangt die Anerkennung eines Pluralismus der Verfassungen, der mit einem "self-conscious discourse" einhergeht: vgl dazu *Walker*, The Idea of Constitutional Pluralism, Modern Law Review 65 No 3 (2002) 317 (339 ff).

89 Dabei stellt sich etwa die Frage nach dem Anspruch der Universalität von Menschenrechten und der Besonderheiten in einzelnen Kulturen. Vgl *Fleiner*, Comparative Constitutional and Administrative Law, Tulane Law Review 75 No 4 (2001) 929 (936 f).

90 Vgl *Funk*, Rechtswissenschaft als Erkenntnis und kommunikatives Handeln, dargestellt anhand von Entwicklungen in der Staatsrechtslehre, JRP 2000, 65 (67). So mahnt etwa *Haltern*, AöR 2003, 556, ein: "Globaler Konstitutionalismus ist nach wie vor durch tiefe Ambivalenzen gekennzeichnet. Hievordarf man beim Studium des 'internationalen Verfassungsrechts' nicht die Augen verschließen. ... Im Hintergrund lauert nicht nur die politische Imagination des Nationalstaates, sondern auch die Gefahr mangelnder sozialer Legitimität."

91 Vgl *Funk*, Abbildungs- und Steuerungsleistungen der Rechtswissenschaft, in: FS Adamovich (2002) 111 (120).

sungsrecht ist politisches⁹² – und damit evolutiv-wandelbares⁹³ – Recht, dies auch und gerade im Lichte eines Verfassungsverständnisses, das den Grundordnungscharakter im Hinblick auf die politische Ordnung akzentuiert. Die bestehenden Wechselwirkungen lassen eine "exakte" Trennung nicht zu. Durch das Bewusstwerden der theoretischen Grundlagen auf der Metaebene ist aber ein offenerer und verantwortungsvollerer Diskurs möglich.⁹⁴ Die indirekten Auswirkungen der verfassungstheoretischen und verfassungsrechtlichen Auseinandersetzung auf Verfassungen im Mehrebenensystem sind dabei als potentieller Effekt in die wissenschaftliche Reflexion zu integrieren.

VIII. Einsichten und Ausblicke

Internationales Verfassungsrecht wird in diesem Zusammenhang als eigene Wissenschaftsdisziplin vorgeschlagen. Dabei wird von einem weiten Verfassungsverständnis in einem vernetzten Mehrebenensystem ausgegangen, in dem Verfassungen auf unterschiedlichen Ebenen auftreten. Die damit verbundenen horizontalen und vertikalen Schnittstellen zwischen internationalen, europäischen und nationalen Verfassungen sollen dabei der Analyse unterzogen werden. Primärer Ansatzpunkt ist die Verfassungsvergleichung sowie die Beobachtung der Schnittstellen, etwa im Zusammenhang mit gegenseitigen Beeinflussungen oder bestehenden Konflikten. Internationales Verfassungsrecht kann sich aber seinen theoretischen Grundlagen, die auf einer Metaebene bestehen, nicht entziehen. Insoweit sind verfassungstheoretische Diskurse – unabhängig von der konkreten verfassungsrechtlichen Ausgestaltung – ebenso geboten, um das konkrete

.....
92 *Walker*, *The Idea of Constitutional Pluralism*, *Modern Law Review* 65 No 3 (2002) 317 (343): "Just as there can be no constitutional discourse in the absence of a referent polity or political process – achieved or aspired to, so there can be no polity or other constitutional process in the absence of a referent constitutional discourse."

93 Siehe dazu etwa *Öhlinger*, *Verfassungskern und verfassungsrechtliche Grundordnung*, in: *FS Pernthaler* (2005) 273 (286 ff).

94 "Schon die rein theoretischen Zielen dienende Rechtsvergleichung, wie sie z.B. der Allgemeinen Staatslehre oder der Rechtsphilosophie zugrunde liegt, bei der es allein um wissenschaftliche Ordnung und Erkenntnis geht, braucht Kategorien, die nicht frei von Wertungen sind. (...) So unverzichtbar hiernach Wertungen bei der Rechtsvergleichung für Zwecke der Praxis sind, so wichtig ist es, sich über den Wertungsrahmen Rechenschaft zu geben." – vgl. *Starck*, *JZ* 1997, 1029.

Verfassungsrecht im Kontext bestehender Verfassungsideen bzw -verständnisse begreifen zu können.

Abstract

International Constitutional Law (ICL) – seen in its interdisciplinary dimension – combines both the scientific topics of International Law and of National Constitutional Law. Therefore, it constitutes an interface dealing not only – deriving from the traditional concept of the 19th century doctrine – with elements of statehood, but also with "constitutions" beyond their national dimension. Nevertheless, the state is not, in fact, a concept of the past, but becomes part of a globalizing multilevel network. However, the didactical value of ICL consists of its theoretical basement and its practical dimension with regard to the application of law. International Constitutional law implies the results of comparative constitutionalism and, in this way, reflects the dialogue between the various constitutional cultures.

AutorInnenverzeichnis

Dr. Bedanna Bapuly

Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Europäische Integrationsforschung, Österreichische Akademie der Wissenschaften, Wien

Mag. Jürgen Busch LL.M.

Österreichischer Austauschdienst (ÖAD) – Büro für Europäische Bildungskoooperation (BEB) SOKRATES Büro, Wien

Dr. Harald Eberhard

Assistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht (Prof. Öhlinger), Universität Wien

Dr. Iris Eisenberger M.Sc.

Universitätsassistentin am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht (Prof. Funk), Universität Wien

ao. Univ.-Prof. Dr. Anna Gamper

Universitätsprofessorin am Institut für Öffentliches Recht, Finanzrecht und Politikwissenschaft, Universität Innsbruck

Dr. Konrad Lachmayer

Assistent am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht (Prof. Funk), Universität Wien

Dr. Niraj Nathwani

Legal Affairs Officer des European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia (EUMC), Wien

o. Univ.-Prof. Dr. Theo Öhlinger

Universitätsprofessor am Institut für Staats- und Verwaltungsrecht, Universität Wien

Dr. Franz Reimer

Wissenschaftlicher Assistent am Institut für Staatswissenschaften und Rechtsphilosophie, Universität Freiburg i.B.

.....

Dr. Michael Schoiswohl LL.M.

Legal Officer, United Nations Assistance Mission in Afghanistan
(UNAMA), Kabul

Mag. Gerhard Thallinger

Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Österreichisches
und Europäisches Öffentliches Recht (Prof. Holoubek), Wirtschafts-
universität Wien

Linkliste

Weiterführende Links zum Internationalen Verfassungsrecht

Academy of European Law, Trier

<http://www.era.int/>

Center for Comparative Constitutional Studies, Melbourne

<http://www.law.unimelb.edu.au/cccs/>

European Society of International Law

<http://www.esil-sedi.org/>

European University Institute, Florenz

<http://www.iue.it/>

Forschungskreis Vereinte Nationen, Potsdam

<http://www.forschungskreis-vereinte-nationen.de/>

Forum of Federations

<http://www.forumfed.org/>

Institute of Federalism, Fribourg

<http://www.federalism.ch/>

International Association of Constitutional Law

<http://www.iacl-aidc.org/>

International Constitutional Law Project, Bern

<http://www.oefre.unibe.ch/law/icl/>

Max-Planck Institut für ausländisches
öffentliches Recht und Völkerrecht, Heidelberg

<http://www.mpiv-hd.mpg.de/>

Raoul Wallenberg Institute of Human Rights
and Humanitarian Law, Lund

<http://www.rwi.lu.se/>

Societas Iuris Publici Europaei

<http://www.tu-dresden.de/jfsipe/>

Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht, Berlin

<http://www.whi-berlin.de/>