

Renaissance der historischen Auslegungsmethode im europäischen Verfassungsrecht?

Überlegungen zur Tragweite der historischen Auslegungsmethode infolge des jüngsten EU- Reformprozesses

Mattias Wendel^{*}

I. Einleitung

Mit der Unterzeichnung des Vertrages von Lissabon am 13. Dezember 2007¹ erlebte der verfahrenere, ja zuweilen dramatische Reformprozess des europäischen Vertragswerks einen hoffnungsvollen Wendepunkt. Dass diese Einschätzung die ihr gegenwärtig anhaftende Vorläufigkeit überdauert, ist jedoch alles andere als gewiss. Die Ratifikation sollte zwar planmäßig bereits Anfang 2009, also noch vor den Wahlen zum Europäischen Parlament, abgeschlossen werden.² Indes rückt der negative Ausgang des – verfassungsrechtlich gebotenen – Volksentscheids in Irland vom 12. Juni 2008 ein abermaliges Scheitern des Reformprojekts in greifbare Nähe.³ Zwar halten Kommission und Vertreter zahlreicher Mitgliedstaaten an der

^{*} Maîtr. en droit (Paris I), mattias.wendel@rewi.hu-berlin.de, wissenschaftlicher Mitarbeiter am Walter Hallstein-Institut für Europäisches Verfassungsrecht (WHI) der Humboldt-Universität zu Berlin und derzeit Gastforscher am Institute of European and Comparative Law (IECL) der University of Oxford. Dieser Beitrag basiert auf dem anlässlich der WHI-Konferenz zum Thema "Europäisches Verfassungsrecht nach dem Reformvertrag" am 26. Oktober 2007 in Berlin gehaltenen Vortrag. Er ist auf dem Stand von März 2008 und wurde im Rahmen der redaktionellen Schlussbearbeitung an die jüngsten politischen Ereignisse, namentlich den negativen Ausgang des irischen Referendums, angepasst. Für wertvolle Anregungen und Hinweise danke ich Prof. Dr. Franz C. Mayer, LL.M., Ralf M. Kanitz, LL.M., Beate Braams, LL.M. und Michaela Hailbrunner.

¹ ABl. EU Nr. C 306 v. 17.12.2007. Der EU-Vertrag in der Fassung des Vertrags von Lissabon wird im Folgenden mit "EUV (Liss)", der in "Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union" umbenannte EG-Vertrag mit "AEUV (Liss)" abgekürzt.

² Vgl. Rn. 11 der Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 21./22. Juni in Brüssel, Ratsdok. 11177/07.

³ Ein Überblick über die unterschiedlichen Verfahrensbedingungen der mitgliedstaatlichen Verfassungen im Hinblick auf die Ratifikation findet sich bei Pernice, in: Dreier (Hrsg.), GG Bd. II, 2. Aufl. 2006, Art. 23, Rn. 10. Zur besonderen verfassungsrechtlichen Lage in Irland vgl. eingehend Hogan, Ireland and the European Union: Constitutional Law and Practice, in: Kellermann/de Zwaan/Czuczai (Hrsg.), EU-Enlargement – The Constitutional Impact at EU and National Level (2001), 89 ff. sowie im Hinblick auf die Ratifikation des Verfassungsvertrages ders., Ratification of the European Constitution – Implications for Ireland, in: Albi/Ziller (Hrsg.), The European Constitution and National Constitutions. Ratification and Beyond (2007), 137 ff.

Fortsetzung des Ratifikationsprozesses fest.⁴ Chancen und Modalitäten einer Lösung des Dilemmas unter Beibehaltung der Vertragssubstanz sind derzeit jedoch unklar, von der Wahrscheinlichkeit einer Wiederholung des Referendums wie im Jahr 2002 anlässlich des Vertrages von Nizza ganz zu schweigen.⁵ Auch in Deutschland ist die Ratifikation angesichts des laufenden Verfahrens vor dem Bundesverfassungsgericht nicht abschließend gesichert.

Die rechtliche Analyse des jüngsten Reformprozesses gründet also, einmal mehr, auf der Hypothese des künftigen Inkrafttretens des betreffenden Vertrages und läuft Gefahr, insoweit eine Art antizipierte Rechtsgeschichte zu betreiben. Allerdings ist das Lissabonner Vertragswerk Ausdruck grundlegender verfassungsrechtlicher Fragestellungen und Reformbestrebungen. Diese Triebfeder bestünde gerade im Falle des abermaligen Scheiterns der Ratifikation fort. Der Vertrag in seiner konkreten Gestalt ist damit unabhängig von seinem tatsächlichen Inkrafttreten jedenfalls zentraler Referenzpunkt für die Analyse der Möglichkeiten bzw. Modelle einer Umsetzung der Reformagenda und damit gleichsam für (potenzielle) Entwicklungstendenzen des europäischen Verfassungsrechts. Vor allem der inhaltliche Abgleich mit dem Vertrag über eine Verfassung für Europa⁶ ist hierbei von gesteigertem Interesse. Führt man sich die treibenden verfassungsrechtlichen Kernfragen des Reformprozesses vor Augen und schenkt man darüber hinaus der Aussage einiger Verhandlungsteilnehmer aus Regierungskreisen Glauben, es handle sich mit Blick auf das institutionelle Gefüge auf absehbare Zeit um die letzte Ver-

⁴ Vgl. die Stellungnahme des Kommissionspräsidenten Barroso vom 13. Juni 2008, abrufbar unter <http://ec.europa.eu/commission_barroso/president/pdf/statement_20080613.pdf> (letzter Aufruf 18. Juni 2008) sowie FAZ vom 14.06.2008, 1 f. und SZ vom 14./15.06.2008, 1 f., 4. Das britische Oberhaus erteilte seine Zustimmung am 18. Juni 2008 und machte somit den Weg für die Ratifikation Großbritanniens frei.

⁵ Zu möglichen Lösungswegen der Ratifikationskrise des Verfassungsvertrages siehe de Witte, *The Process of Ratification of the Constitutional Treaty and the Crisis Options: A Legal Perspective*, EUI Working Paper LAW No. 2004/16; Thym, *Weiche Konstitutionalisierung – Optionen der Umsetzung einzelner Reformschritte des Verfassungsvertrages ohne Vertragsänderung*, *Integration* 2005, 307 ff.; Mayer, *Wege aus der Verfassungskrise – Zur Zukunft des Vertrags über eine Verfassung für Europa*, *JZ* 2007, 593 ff.

⁶ ABl. EU Nr. C 310 v. 16.12.2004, im Folgenden abgekürzt mit VVE. Aus der Fülle der Literatur vgl. die Beiträge in der Erstaussgabe der *European Constitutional Law Review* (2005) sowie Pernice/Zemánek (Hrsg.), *A Constitution for Europe: The IGC, the Ratification Process and Beyond* (2005); Pernice/Maduro (Hrsg.), *A Constitution for the European Union: First Comments on the 2003-Draft of the European Convention* (2003); Burgogue-Larsen/Levade/Picod (Hrsg.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bd. 1 (2007), Bd. 2 (2005); Amato/Bribosia/de Witte (Hrsg.), *Genèse et destinée de la Constitution européenne. Commentaire du Traité établissant une Constitution pour l'Europe à la lumière des travaux préparatoires et perspectives d'avenir* (2007); Callies/Ruffert (Hrsg.), *Verfassung der Europäischen Union – Kommentar der Grundlagenbestimmungen* (2006); Hummer/Obwexer (Hrsg.), *Der Vertrag über eine Verfassung für Europa* (2007); Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), *Europäischer Verfassungsvertrag* (2007); Beaud/Lechevalier/Pernice/Strudel (Hrsg.), *L'Europe en voie de constitution. Pour un bilan critique des travaux de la Convention* (2004). Siehe zu den unterschiedlichen Verfassungsentwürfen auch die Online-Dokumentation des *European Constitutional Law Network* (ECLN) <www.ecln.net>, letzter Aufruf 19. März 2008.

tragsrevision großen Ausmaßes, so stellt sich die Frage nach dem Gehalt des neuen Vertragswerks mit Nachdruck.

Ein erster analytischer Zugriff liegt naturgemäß in der Untersuchung der inhaltlich-materiellen Substanz des Reformvertrags. So lässt sich – ggf. interdisziplinär kontextualisiert – fragen nach der Umsetzung der institutionellen Reformagenda, nach Status und Schutzzumfang der Grundrechtecharta oder nach der rechtlichen Ausgestaltung einzelner Politikbereiche.⁷

Auf einer zweiten Ebene können darüber hinaus die möglichen methodischen Implikationen des Reformprozesses in den Blick genommen werden. In der Regel kommt diesen weitaus weniger Aufmerksamkeit zu. Minder aufschlussreich ist ihre Untersuchung jedoch keineswegs, betrifft die Frage nach den Methoden doch in grundlegender Weise den Weg zum Verständnis des in Rede stehenden Textes, eine Einsicht, die für die textbasierte – nicht selten leider textfixierte – Rechtswissenschaft relevant sein müsste. Im Hinblick auf die methodische Dimension sind dabei wiederum zwei Perspektiven zu unterscheiden. Zum einen kann die Methodenfrage, gewissermaßen selbstreflexiv, in Bezug auf die Wissenschaft und die für sie entwickelten bzw. zu entwickelnden Kriterien rationalisierter Erkenntniserlangung formuliert werden.⁸ Zum anderen ist eine methodengerichtete Untersuchung aus Perspektive der praktischen Rechtsanwendung möglich, wobei die kategoriale Trennung beider Zugriffe gegenseitige Verschränkungen im Einzelfall nicht ausschließt.⁹

Der folgende Beitrag nimmt mögliche Auswirkungen des Reformprozesses auf die Methodik der Vertragsauslegung in den Blick und beschränkt sich insoweit auf einen spezifischen Teilbereich des methodischen Gesamtspektrums,¹⁰ dem gesteigerte Relevanz für die Rechtspraxis zukommt.¹¹ Dabei geht es weniger um Aus-

⁷ Vgl. dazu die Analysen von Pernice (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon: Reform der EU ohne Verfassung?* (2008), sowie von Mayer, *Die Rückkehr der europäischen Verfassung? Ein Leitfaden zum Vertrag von Lissabon*, *ZaöRV* 67 (2007), 1141 ff.

⁸ Hierzu Pernice, *Europarechtswissenschaft oder Staatsrechtslehre? Eigenarten und Eigenständigkeiten der Europarechtslehre*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft. Die Verwaltung*, Beiheft 7 (2007), 225 (238 ff.). Eine spezifische, „integrierte“ Methodik des europäischen Verfassungsrechts skizziert Dann, *Überlegungen zu einer Methodik des europäischen Verfassungsrechts*, in: Y. Becker u.a. (Hrsg.), *Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa*, 161 ff. Eine rechtsvergleichend konzipierte Analyse der Wissenschaft vom Verfassungsrecht basierend auf Länderberichten aus elf EU-Mitgliedstaaten und der Schweiz findet sich bei v. Bogdandy, *Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, in: ders./Huber (Hrsg.), *Ius Publicum Europaeum*, Bd. II (2007), § 39 Vergleich.

⁹ Vgl. insoweit Möllers, *Methoden*, in: Hofmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I § 3, 121 (139 ff.), der zudem explizit zwischen normativem und deskriptivem Methodenverständnis trennt.

¹⁰ Vgl. dazu Dann (Anm. 8), 171 ff., der in Bezug auf das europäische Verfassungsrecht drei Arten methodischen Zugriffs – Auslegung, Vergleichung und Systembildung – unterscheidet, jedoch gleichermaßen die primär heuristische Funktion dieser Differenzierung betont.

¹¹ Dieser Ansatzpunkt ist dem spezifischen Erkenntnisinteresse des Beitrags geschuldet und bringt in keinsten Weise eine wertende Grundhaltung für bzw. gegen eine der beiden analytischen Perspektiven zum Ausdruck. Insbesondere ist im Einklang mit Pernice (Anm. 8) 238 ff. und Dann (Anm. 8), 161 ff. die besondere Notwendigkeit einer vertieften wissenschaftstheoretischen Durchdringung

legungsprinzipien im Sinne leitender Argumentationstopoi¹² als vielmehr um Interpretationsgrundsätze im hermeneutischen Sinne.¹³

Kritisch hinterfragt werden soll die Möglichkeit eines Bedeutungszuwachses der historischen Auslegungsmethode in Folge des jüngsten Reformprozesses. Vor dem Hintergrund, dass der historischen Auslegungsmethode klassischerweise eine eher marginale Rolle zugesprochen wird (dazu II), mag diese Überlegung zunächst überraschen. Anders als bei früheren Vertragsänderungen ist der in den vergangenen Jahren eingeschlagene Reformweg aber durch eine grundsätzlich gesteigerte Transparenz des Verfahrensablaufs, insbesondere während der beiden Konvente, gekennzeichnet. Die Arbeiten und Debatten des Grundrechtekonvents,¹⁴ des Verfassungskonvents¹⁵ sowie auch der Regierungskonferenzen 2003/2004¹⁶ und 2007¹⁷ wurden ausführlich dokumentiert und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht. Eine vermehrte Einbeziehung dieser Dokumente in die künftige Auslegung ist zu erwarten und kann in Bezug auf den – nicht ratifizierten – Verfassungsvertrag bereits in der Wissenschaft nachgewiesen werden.¹⁸

Als künftiger Anknüpfungspunkt der Interpretation drängt sich in diesem Zusammenhang das detaillierte Mandat für die Regierungskonferenz 2007 geradezu auf. Die Frage nach seiner Eignung und Tragweite für die Auslegung des neuen Vertragswerks erscheint in besonderem Maße interessant, handelt es sich bei dem Mandat doch um die zentrale textliche Ausgangsbasis der Regierungskonferenz 2007 (dazu III).

Zudem hatte bereits der Verfassungsvertrag die Frage der Einbindung bestimmter Dokumente in den Auslegungsprozess aufgeworfen. Art. II-112 Abs. 7 VVE (jetzt Art. 52 Abs. 7 GRC) sah vor, dass die Erläuterungen zur Charta der Grundrechte¹⁹ bei der Auslegung “von den Gerichten der Union und der Mitgliedstaaten gebührend zu berücksichtigen” seien. Dieser methodenrelevante Normtext²⁰ wurde in der Folge wiederholt – und in unterschiedlicher Gewichtung – der histori-

der Wissenschaft vom europäischen Verfassungsrecht zu unterstreichen. Kritisch auch v. Bogdandy, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht – Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union, *Der Staat* 2001, 3 ff.

¹² Beispielhaft hierfür wäre etwa der Argumentationstopos der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) des Gemeinschaftsrechts.

¹³ Dann (Anm. 8), 172 ff. unterscheidet insoweit zwischen Prinzipien und Regeln der Auslegung.

¹⁴ <http://www.europarl.eu.int/charter/default_de.htm>, letzter Aufruf 19. Februar 2008.

¹⁵ <<http://european-convention.eu.int/bienvenue.asp?lang=DE>>, letzter Aufruf 19. Februar 2008.

¹⁶ <http://europa.eu.int/scadplus/cig2004/negotiations1_de.htm>, letzter Aufruf 19. Februar 2008.

¹⁷ <http://consilium.europa.eu/cms3_fo/showPage.asp?id=1297&lang=de>, letzter Aufruf 19. Februar 2008.

¹⁸ Ein prominentes Beispiel liefert das umfangreiche Werk von Amato/Bribosia/de Witte (Anm. 6).

¹⁹ Im Folgenden abgekürzt mit GRC.

²⁰ Zum Begriff allgemein Groh, Methodenrelevante Normtexte im Gemeinschaftsrecht, in: Müller/Burr (Hrsg.), *Rechtssprache Europas* (2004), 263 ff.

schen Auslegungsmethode zugerechnet.²¹ Der in seinem Wortlaut ähnliche und im Zuge der Regierungskonferenz 2007 neu eingefügte Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV (Liss), wirft die äußerst kontrovers beurteilte Frage der Bedeutung der Erläuterungen als historisches Auslegungsinstrument nunmehr erneut auf (dazu IV).

Eine Sichtung aller verfügbaren Begleitdokumente des Reformprozesses unter dem Gesichtspunkt ihrer Eignung und Tragweite als historische Auslegungsmittel ist im Rahmen dieser Untersuchung freilich schon aus Platzgründen nicht zu leisten und bleibt ggf. künftigen Forschungsarbeiten vorbehalten. Gleichwohl kommt beiden im Folgenden untersuchten Texten eine besonders wichtige Stellung unter den Begleitdokumenten des Reformprozesses zu. Die exemplarische Vorgehensweise lässt somit, wenn auch in begrenztem Umfang, Schlussfolgerungen auf einen möglichen Bedeutungszuwachs der historischen Auslegung infolge des Reformprozesses zu. Gleichmaßen sind jedoch künftige Grenzen der historischen Auslegungsmethode im europäischen Verfassungsrecht aufzuzeigen (dazu V).

II. Bisherige Bedeutung der historischen Auslegungsmethode für das Primärrecht

Im Hinblick auf die bisherige Stellung der historischen Auslegungsmethode im Bereich des Primärrechts ist vor allem die Rechtspraxis des EuGH aufschlussreich.²² Zu den vom Gerichtshof herangezogenen Auslegungsmethoden wurden dabei in den vergangenen Jahren zahlreiche Einzelstudien vorgelegt, auf die für Detailfragen weiterführend verwiesen werden kann.²³ Begrifflich wird dem hermeneutischen Vorgehen des Gerichtshofs darin zumeist ein – gemessen an der klassi-

²¹ Wendel, Die Auslegung der Verfassung für Europa – Interpretationsgrundsätze und die Bedeutung der Erläuterungen des Konventspräsidiums nach Art. II-112 Abs. 7 VVE, WHI-Paper 4/2005, <<http://www.whi-berlin.de/documents/whi-paper0405.pdf>>; Kingreen, in: Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 112, Rn. 43; Ladenburger, Fundamental Rights and Citizenship of the Union, in: Amato/Bribosia/de Witte (Anm. 6), 311 (347 ff.); ders., in: Tettinger/Stern (Hrsg.), Kölner Gemeinschaftskommentar zur Europäischen Grundrechte-Charta (2006), Art. 52, Rn. 126 ff.

²² Zur Stellung der subjektiv-historischen Auslegungsmethode im Gemeinschaftsrecht generell vgl. jüngst Lindner, Die subjektiv-historische Auslegung des Gemeinschaftsrechts. Der "Wille des Gesetzgebers" in der Judikatur des EuGH, EuR 2007, 689 ff.

²³ Vgl. Anweiler, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (1997); Grundmann, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts durch den Europäischen Gerichtshof (1997); Müller/Christensen, Juristische Methodik II – Europarecht (2004); Buck, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (1998); Dederichs, Die Methodik des EuGH – Häufigkeit und Bedeutung methodischer Argumente in den Begründungen des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (2004); Schübel-Pfister, Sprache und Gemeinschaftsrecht – Die Auslegung der mehrsprachig verbindlichen Rechtstexte durch den Europäischen Gerichtshof (2004); Potacs, Auslegung im öffentlichen Recht, Eine vergleichende Untersuchung der Auslegungspraxis des Europäischen Gerichtshofs und der österreichischen Gerichte des öffentlichen Rechts (1994). Kritisch Hillgruber, Grenzen der Rechtsfortbildung durch den EuGH – Hat Europarecht Methode?, in: v. Danwitz u.a. (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Staatlichkeit? (1993), 31 ff.

schen Methodenlehre in Deutschland²⁴ – vergleichsweise weites Verständnis von “Auslegung” unterlegt, das auch Elemente der Rechtsfortbildung umfasst und sich insoweit stärker an die französische Methodenlehre anlehnt.²⁵

Mit Blick auf die Typisierung der vom Gerichtshof angewandten Auslegungsregeln treten grundsätzliche Besonderheiten hervor. Die in der Literatur diskutierten Ansätze können hierbei auf drei Grundpositionen zurückgeführt werden.²⁶ Die erste ordnet die vom Gerichtshof herangezogenen Interpretationsgrundsätze den völkerrechtlichen Auslegungsregeln zu, wobei der methodische Rückgriff auf die in Art. 31 ff. WVK kodifizierten Auslegungsregeln des Völkergewohnheitsrechts auf den völkerrechtlichen Ursprung der Gemeinschaft gestützt wird.²⁷ Vor dem Hintergrund der Autonomie und besonderen Struktur des Gemeinschaftsrechts wird jedoch betont, dass die dem Völkerrecht entlehnten Grundsätze entsprechend zu modifizieren seien.²⁸ Das zweite Erklärungsmodell findet seinen Ausgangspunkt in den im Rahmen der nationalen Rechtssysteme entwickelten Interpretationsgrundsätzen.²⁹ Allerdings werden auch hier die aus dem innerstaatlichen Rahmen stammenden Methoden nicht etwa ungefiltert auf die europäische Ebene übertragen, sondern den Eigenheiten des Europarechts angepasst. Die dritte Strömung schließlich tritt in Betonung der Eigenständigkeit der europäischen Rechtsordnung für einen spezifisch europäischen Methodenkanon ein, wobei wiederum vermittelnd festgestellt wird, dass dieser an die überlieferten – völkerrechtlichen bzw. innerstaatlichen – Auslegungsarten anknüpfe.³⁰ Die drei Ansätze gelangen angesichts ihrer jeweiligen Relativierungen trotz der dogmatisch unterschiedlichen Ausgangspunkte damit zu keinen wesentlichen Divergenzen. Statt der Anerken-

²⁴ Vgl. etwa Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, 143.

²⁵ Constantinesco, Das Recht der EG – Bd. 1, 807; Kutscher, Thesen zu den Methoden der Auslegung des Gemeinschaftsrechts aus der Sicht eines Richters, in: Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Hrsg.), Begegnung von Justiz und Hochschule, 27.-28. September 1976, I-12; Anweiler (Anm. 23), 37.

²⁶ Umfassende Darstellung etwa bei Buck (Anm. 23), 130 ff.

²⁷ Bernhardt, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht, in: FS Bindschedler, 229 (233 ff.); Bleckmann, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1982, 1177 ff.; Ress, Die Bedeutung der nachfolgenden Praxis für die Vertragsinterpretation nach der Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK), in: Bieber/Ress (Hrsg.), Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts – Die Auslegung des Europäischen Gemeinschaftsrechts im Lichte nachfolgender Praxis der Mitgliedstaaten und der EG-Organen, 1987, 49 (51f.).

²⁸ So Bleckmann (Anm. 27), 1177 (1181). Bernhardt, (Anm. 27), 229 (233) spricht von einer “Zusammenschau von Völkerrecht, Gemeinschaftsrecht und staatlichem Recht”. Ress (Anm. 27), 49 (53) spricht von der “Flexibilität des Konzepts völkerrechtlicher Vertragsauslegung”.

²⁹ Kutscher (Anm. 25), I-6 f.; Mertens de Vilmaris, Réflexions sur les méthodes d’interprétation de la Cour de Justice des Communautés européennes, CDE 22 (1986), 5 (8); Pernice/Mayer, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union (20. EGL 2003), Art. 220 EGV, Rn. 42.

³⁰ Oppermann, Europarecht, Rn. 681. Nicolaysen, Der Gerichtshof – Funktion und Bewahrung der Judikative, EuR 1972, 375 (381) hält insoweit vergleichende Betrachtungen des Interpretieren über nationalrechtliche Lösungen für zulässig. Nach Constantinesco (Anm. 25), 819 ergibt sich, dass die erforderliche spezifische Auslegungstechnik eher einem internen als einem internationalen Gericht eigen ist.

nung eines allgemeingültigen Methodenkanons wird den Besonderheiten der europäischen Rechtsordnung vielmehr durch einzelfallbezogene Modifizierung und Gewichtung der bekannten Interpretationsgrundsätze und gegebenenfalls durch Hinzufügung neuer Elemente Rechnung getragen. Die Nichtfestlegung auf eine starre Zuordnung ist somit gleichsam Ausdruck der Komplexität der Auslegungsmaterie.³¹

Nach überwiegender Auffassung in der Literatur kommt hingegen der subjektiv-historischen Auslegung, sprich der Erforschung des Willens der Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, in der bisherigen Praxis des EuGH eine eher untergeordnete Bedeutung zu.³² Hinsichtlich des Primärrechts³³ wird der Hauptgrund bislang vor allem in dem Umstand gesehen, dass die *travaux préparatoires* früher nicht veröffentlicht wurden.³⁴ Ihre Verwertung ist zudem selbst in den Fällen für zweifelhaft erachtet worden, in denen sie dem Gerichtshof auf Umwegen bekannt wurden.³⁵

Vereinzelte Vorschläge zielten deshalb darauf ab, die amtlichen Begründungen der nationalen Regierungen bzw. die parlamentarischen Beschlussanträge und Debatten im Rahmen des Ratifikationsprozesses heranzuziehen.³⁶ Zwar greift der EuGH in einem frühen Urteil auf derartiges Material zurück, allerdings ist es ihm aufgrund der innenpolitisch differierenden Rahmenbedingungen verständlicherweise nicht möglich, darin eine übereinstimmende Auffassung der Mitgliedstaaten festzustellen.³⁷

³¹ Buck (Anm. 23), 141.

³² Vgl. Anweiler (Anm. 23), 252, 262; Dederichs, Die Methodik des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften, EuR 2004, 345 (358 f.); Buck (Anm. 23), 141; Constantinesco (Anm. 25), 820; Kutscher (Anm. 25), I-23; Oppermann (Anm. 30), Rn. 687; Pernice/Mayer (Anm. 29), Art. 220 EGV, Rn. 53; Rideau, Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, 182; Schübel-Pfister (Anm. 23), 130; Zuleeg, Die Auslegung des europäischen Gemeinschaftsrechts, EuR 1969, 97 (107); a.A. Ophüls, Über die Auslegung der Europäischen Gemeinschaftsverträge, in: FS Müller-Armack (1961), 279 (285 ff.) sowie nunmehr Lindner (Anm. 22), 689 (699 ff.).

³³ Zu den methodischen Unterschieden zwischen der Auslegung des Primär- und Sekundärrechts vgl. in Bezug auf die historische Auslegung z.B. Anweiler (Anm. 23), 247 ff. und Grundmann (Anm. 23), 257 ff. Kritisch gegenüber einer derartigen Differenzierung Lindner (Anm. 22), 689 (697).

³⁴ Bzgl. der Gründungsverträge wurde das Material nach Ablauf der dreißigjährigen Sperrzeit mittlerweile wissenschaftlich gesichtet und zusammengestellt, vgl. Schulze/Hoeren (Hrsg.) Dokumente zum Europäischen Recht, 3 Bd. (1999 u. 2000). Lindner (Anm. 22), 689 (696 f.) weist allerdings zu Recht darauf hin, dass aus dem faktischen Umstand mangelnder Zugänglichkeit nicht zwingend auf die normative Frage der Bedeutung der subjektiv-historischen Auslegungsmethode geschlossen werden kann.

³⁵ Dazu Kutscher, Über den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1981, 392 (393).

³⁶ So Huber, Recht der europäischen Integration, § 10, Rn. 10, der beispielhaft BT-Drucks., BR-Drucks. und sogar Urteile des BVerfG nennt.

³⁷ EuGH, Urteil vom 16.12.1960 – Rs. 6/60 – *Humblet*, Slg. 1960, 1163 (1194). Dazu Anweiler (Anm. 23), 252.

Daneben wurde versucht, an die den Schlussakten beigefügten gemeinsamen Erklärungen der Regierungsvertreter im Rahmen der Regierungskonferenzen³⁸ anzuknüpfen, die zwar keinen Bestandteil der Verträge selbst darstellen, jedoch u.U. als Ausdruck des historischen Willens bei der Auslegung Berücksichtigung finden können.³⁹ Letztlich spielt aber auch ein solcher Rückgriff in der bisherigen Rechtsprechung zum Primärrecht⁴⁰ keine gewichtige Rolle.⁴¹ Auch Beispiele für den textlichen Abgleich der auszulegenden Vorschrift mit ihrer Vorläufervorm im Sinne einer "historischen Konkretisierung"⁴² sind in der Rechtsprechung vergleichsweise rar.⁴³

Die bislang untergeordnete Stellung der historischen Auslegungsmethode in der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist jedoch nicht nur quantitativ erfassbar. Sie berührt in qualitativer Hinsicht zugleich eine strukturelle Grundfrage des europäischen Verfassungsrechts. Diesem kommt bekanntlich weniger eine statische Ordnungs-, als vielmehr eine dynamische Integrationsfunktion zu.⁴⁴ Die spezifische Entwicklungsoffenheit findet methodisch zugleich ihren Antrieb bzw. ihre Spiegelung in dynamisch evolutiven Interpretationsmethoden.⁴⁵ Der systematisch-teleologischen Auslegung kommt im Instrumentarium des EuGH daher folgerichtig bislang die Schlüsselrolle zu.⁴⁶ Eine zentrale Funktion verfassungsrechtlicher

³⁸ Ausführlich dazu Herdegen, Auslegende Erklärungen von Gemeinschaftsorganen und Mitgliedstaaten zu EG-Rechtsakten, ZHR 1991, 52 (57 ff.).

³⁹ So in Bezug auf Art. 31 II WVK Boß, in: Lenz/Borchardt, EUV/EGV, 4. Aufl. 2006, Art. 311 EGV, Rn. 5; Kokott, in: Streinz, EGV/EUV, 2003, Art. 311 EGV, Rn. 7; Schmalenbach, in: Callies/Ruffert, EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 311 EGV, Rn. 3; a.A. Geiger, EUV/EGV, 4. Aufl. 2004, Art. 311 EGV, Rn. 4., der den Erklärungen bindende Wirkung für die Auslegung zuschreibt.

⁴⁰ Anders beim Sekundärrecht, zu dessen Auslegung der EuGH häufiger auf die historische Auslegung zurückgreift, vgl. Anweiler (Anm. 23), 252 ff. und Grundmann (Anm. 23), 257 ff.

⁴¹ Herdegen (Anm. 38), 52 (59). Einen Ausnahmefall bildet das Urteil *Kaur*, in dem der EuGH sogar eine einseitige Erklärung als Auslegungsmaßstab herangezogen hat: EuGH, Urteil vom 20.02.2001 – Rs. C-192/99 – *Kaur*, Slg. 2001, I-1252 (1266 f.).

⁴² In Abgrenzung zur "genetischen Konkretisierung" vgl. Müller/Christensen (Anm. 23), 57 sowie dies., Juristische Methodik I – Grundlagen, Öffentliches Recht, 9. Aufl. 2004, 336.

⁴³ Vgl. aus der jüngeren Rechtsprechung etwa EuGH, Urteil vom 22.06.1999 – Rs. C-412/97 – *ED*, Slg. 1999, I-3845 (3881), in dem der EuGH ausführt, um die Bedeutung des damaligen Art. 73 b EGV festzustellen, müsse dieser mit dem vormaligen Art. 106 EWG-Vertrag, später Art. 73 h Abs. 1 EG-Vertrag, verglichen werden, den er ersetze. Vgl. auch Dederichs (Anm. 32), 345 (358).

⁴⁴ Vgl. Bleckmann, Die Rolle der richterlichen Rechtsschöpfung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, in: GS Constantinesco, 61 (65 f.).

⁴⁵ Treffend hebt Lindner (Anm. 22), 689 (694 u. 699 ff.) insoweit das Spannungsfeld zwischen dynamischer und "konservierend-kontinuitätssichernder" Auslegung hervor. Allerdings löst er dieses nicht grundsätzlich zugunsten der teleologisch-systematischen Auslegung auf, sondern geht von einer Einzelfallbetrachtung aus, für die er die "ständige Bedeutung" der subjektiv-historischen Auslegung als "Gegenpol" betont.

⁴⁶ Vgl. unter vielen nur Constantinesco (Anm. 25), 820 und Schübel-Pfister (Anm. 23), 130 m.w.N. Die fundamentale Rolle dieser Auslegungsmethode zeigt sich in einer Vielzahl grundlegender Urteile. So legt der EuGH im Urteil *Van Gend & Loos* von 1963, insbesondere unter Rückgriff auf Ziel und Systematik des damaligen EWG-Vertrages das Fundament seiner umfangreichen Rechtsprechung zur unmittelbaren Wirkung primärrechtlicher Normen, EuGH, Urteil vom 05.02.1963 – Rs. 26/62 – *Van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1 (23 ff.). Im Hinblick auf die Tragweite zwischen teleologi-

Dimension erfüllt zudem die rechtsvergleichende Auslegung, allen voran im Bereich der Entwicklung allgemeiner Rechtsgrundsätze.⁴⁷

Trotz dieser grundsätzlichen Einwände scheint in jüngerer Zeit jedenfalls in der Wissenschaft tendenziell verstärkt auf die Entstehungsgeschichte des Verfassungsvertrages bzw. der Grundrechtecharta rekurriert zu werden.⁴⁸ Dies greift die zentrale Fragestellung wieder auf, ob der jüngere Reformprozess eine Bedeutungsaufwertung der historischen Auslegungsmittel nach sich zieht⁴⁹ und, falls ja, wo die Grenzen einer solchen Entwicklung zu ziehen sind.

III. Das detaillierte Mandat als Anknüpfungspunkt für die künftige Auslegung

Erster Kristallisationspunkt dieser Überlegungen ist das detaillierte Mandat für die Regierungskonferenz 2007. Erarbeitet wurde es während der deutschen Ratspräsidentschaft und fasst als Anhang zu den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 21. und 22. Juni 2007 in Brüssel den unter größten Anstrengungen in sprichwörtlich letzter Minute erreichten Kompromiss der Staats- und Regierungschefs zusammen.⁵⁰ Es bildet laut eigener Aussage “die ausschließliche Grundlage und den ausschließlichen Rahmen für die Arbeit der Regierungskonferenz” nach Art. 48 EU, die auf förmlichen Vorschlag der Bundesregierung hin einberufen wurde.⁵¹

In Rn. 11 der Schlussfolgerungen wird die grundlegende Bedeutung des Mandats für die Arbeit und letztlich den Erfolg der Regierungskonferenz 2007 deutlich. Dort heißt es:

scher und systematischer Auslegung differenzierend D e d e r i c h s (Anm. 32), 345 (354 ff.), die auf der Basis empirischer Forschung der systematischen Auslegung sogar eine insgesamt “nachgeordnete Bedeutung” beimisst (a.a.O., 358).

⁴⁷ Vgl. K u t s c h e r (Anm. 25), I-23; P e r n i c e, Grundrechtsgehalte im europäischen Gemeinschaftsrecht: ein Beitrag zum gemeinschaftsimmanenten Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof (1979), 209 ff.; P e r n i c e / M a y e r (Anm. 29), Art. 220 EGV, Rn. 53; S o m m e r m a n n, Funktionen und Methoden der Grundrechtsvergleichung, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa, Bd. I (2004), 631 (655 f.). W e t t e r, Die Grundrechtecharta des Europäischen Gerichtshofes: die Konkretisierung der gemeinschaftlichen Grundrechte durch die Rechtsprechung des EuGH zu allgemeinen Rechtsgrundsätzen (1998) 41 ff.

⁴⁸ Vgl. A m a t o / B r i b o s i a / d e W i t t e (Anm. 6). In Bezug auf die Charta der Grundrechte ist in der Kommentarliteratur zudem ein beständiger Rekurs auf die Materialien des Konvents zu beobachten, vgl. etwa die Kommentierungen in: Meyer (Hrsg.), GRC, 2. Aufl. 2006; in: Tettinger/Stern (Anm. 21.) sowie in: Burgorgue-Larsen/Levade/Picod (Anm. 6).

⁴⁹ Mit Blick auf den Verfassungsvertrag weist D a n n (Anm. 8), 173 in eine ähnliche Richtung.

⁵⁰ Ratsdok. 11218/07 (sprachlich überarbeitete Version). Die ursprüngliche und mit Übersetzungsfehlern insbesondere in der deutschen Sprachfassung versehene Version ist als Anhang zu den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 21./22. Juni 2007 in Brüssel zum Ende der deutschen Ratspräsidentschaft enthalten, Dok. 11177/07. Vgl. zu Inhalt und Aussage des Mandats eingehend M a y e r (Anm. 7), 1141 (1147).

⁵¹ Dieser Vorschlag ist als Anlage zum Ratsdokument 11222/07 enthalten.

“Die Regierungskonferenz wird ihre Arbeit gemäß dem in Anlage I dieser Schlussfolgerungen enthaltenen Mandat durchführen. Der Europäische Rat ersucht den künftigen Vorsitz, gemäß dem Mandat einen Vertragsentwurf zu erstellen und diesen Entwurf der Regierungskonferenz gleich zu Beginn ihrer Arbeiten zu unterbreiten. (...)”

Zwar war es unter deutscher Ratspräsidentschaft aufgrund der politischen Rahmenbedingungen nicht gelungen, bereits eine Einigung über einen konkreten Vertragsentwurf zu erreichen,⁵² allerdings waren Inhalt und Struktur des neuen Vertragswerks präzise – z.T. bereits dem Wortlaut nach⁵³ – im Mandat vorgegeben. Eine präzedenzlose Besonderheit ist darin zu sehen, dass die Positionen bereits zeitlich vor Eröffnung der eigentlichen Regierungskonferenz in einer derartigen Genauigkeit festgelegt waren.

Das Dokument gibt somit unmittelbar Rückschluss auf den Willen der verhandelnden Staats- und Regierungschefs – und damit der späteren Vertragsparteien. Interessant ist im Hinblick auf die Verhandlungsführung dabei gerade auch ein Vergleich mit dem ursprünglichen Mandatsentwurf der deutschen Ratspräsidentschaft.⁵⁴ Daneben ermöglicht das Mandat einen komprimierten und vergleichsweise übersichtlichen Zugriff auf die wesentlichen Änderungen und Neuerungen.

Eine für die Auslegung des künftigen Vertragswerks besonders interessante Passage regelt den Umgang mit dem inhaltlichen “Erbe” des Verfassungsvertrages und findet sich in Rn. 4:

“Was die inhaltlichen Änderungen an den bestehenden Verträgen anbelangt, so werden die auf die RK 2004 zurückgehenden Neuerungen so, wie es in diesem Mandat angegeben ist, in den EUV und den Vertrag über die Arbeitsweise der Union eingearbeitet. Änderungen an diesen Neuerungen, die sich aufgrund der in den vergangenen sechs Monaten mit den Mitgliedstaaten geführten Konsultationen ergeben, sind nachstehend eindeutig angegeben.”

Speziell für die Änderungen des derzeitigen EG-Vertrages findet sich eine entsprechende Passage in den Rdnrn. 18 und 19.

Dem Mandat liegt folglich ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugrunde: Grundsätzlich werden die Neuerungen der Regierungskonferenz 2003/2004, also des Verfassungsvertrages, übernommen, es sei denn in der enumerativen Auflistung wird ausdrücklich davon abgewichen. Das Dokument ist damit eine Art Scharnier

⁵² Gleichwohl kann in Übereinstimmung mit den Aussagen Beteiligter davon ausgegangen werden, dass ein solcher Entwurf bereits während der Verhandlungen unter deutscher Ratspräsidentschaft in der “Schublade” lag.

⁵³ Vgl. dazu Anlage 1 (Änderung des EUV) sowie Anlage 2 (Änderung des EGV) zum Mandat. Zweck der Anlagen ist es nach eigener Aussage, die genaue Abfassung, soweit erforderlich, zu verdeutlichen und ggf. (bei Anlage 2) anzugeben, an welcher Stelle bestimmte Bestimmungen aufgenommen werden.

⁵⁴ Dok. SN 3116/2/07 REV 2. Dazu Mayer (Anm. 7), 1141 (1148), der zu Recht methodisch darauf hinweist, dass ein solcher Abgleich zwar u.U. deutlich macht, um welche Fragen bis zum Schluss intensiv gerungen wurde, dass sich damit aber nicht erkennen lässt, was an zusätzlichen Änderungsvorschlägen letztlich nicht durchsetzungsfähig war. Zudem werden auf diese Weise diejenigen Neuerungen gegenüber dem Verfassungsvertrag nicht zu Tage gefördert, über die bereits im Vorfeld des Europäischen Rates im Juni Konsens bestand.

zwischen Verfassungs- und Reformvertrag und eignet sich im Nachhinein in besonderem Maße für den Abgleich beider Texte.⁵⁵ Methodisch übersetzt erlaubt es also nicht nur die Nachzeichnung des (Kompromiss-)Willens der Vertragsparteien, sondern bildet gleichsam einen Ausgangspunkt für die historische Konkretisierung, soweit es die normtextliche Entwicklung einer bestimmten Vorschrift spiegelt. Erste wissenschaftliche Analysen zum Vertrag von Lissabon greifen dementsprechend bereits in vertieftem Ausmaß auf das detaillierte Mandat zurück.⁵⁶

Irritierend ist letzteres hingegen in anderer Hinsicht. In Rn. 3 wird nämlich festgehalten, dass “EUV und der Vertrag über die Arbeitsweise der Union (...) keinen Verfassungscharakter haben” werden.⁵⁷ Mit dieser Verneinung scheint hier zunächst eine für die Qualifikation der rechtlichen Natur des Vertrages von Lissabon grundlegende und insoweit für die künftige Auslegung des Vertrages zentrale Aussage getroffen worden zu sein.

Bei näherem Hinsehen ist diese These jedoch brüchig. Rn. 3 des Mandats selbst verdeutlicht nicht, was mit “Verfassungscharakter” substantiell gemeint sein könnte und nennt als Konsequenz seines Fehlens den (formellen) Verzicht auf die Verwendung des Verfassungsbegriffs sowie dem Staat entlehnter symbolischer Elemente.⁵⁸ Zudem besteht das aufzugebende “Verfassungskonzept” in der Terminologie des Mandats offenbar darin, “alle bestehenden Verträge aufzuheben und durch einen einheitlichen Text mit der Bezeichnung ‘Verfassung’ zu ersetzen”.⁵⁹ Der Zugang ist also in erster Linie förmlicher Natur, konkrete Aussagen über inhaltliche Auswirkungen des Abschieds vom Verfassungskonzept fehlen. Dementsprechend wird von “inhaltlichen Änderungen” erst im Anschluss ab Rn. 4 gesprochen. Auch die Behandlung der Vorrangfrage im Mandat weist in diese Richtung. Zwar wird auf eine explizite Klausel nunmehr verzichtet, eine Änderung der bestehenden Rechtslage ist jedoch gerade nicht intendiert.⁶⁰

⁵⁵ Dabei darf allerdings nicht übersehen werden, dass einige Kernpunkte der Verhandlungen, etwa die Frage des Entscheidungsmodus im Rat (Stichwort *Ioannina*-Kompromiss), trotz der Rigidität des Mandats bis zuletzt in der Regierungskonferenz diskutiert wurden und das Mandat hierüber insoweit keine Aussage trifft.

⁵⁶ Vgl. die Analyse von Mayer (Anm. 7), 1141 ff.

⁵⁷ Hervorh. d. Verf.

⁵⁸ Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die EU vgl. v. Bogdandy, Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union – Vom Nutzen der Gestaltidee supranationaler Föderalismus anhand des Demokratieprinzips, in: FS Badura (2004), 1033 ff. Wenn man, anders als hier vertreten, der Frage der Symbolik und der Verfassungsbegrifflichkeit eine tiefgreifendere Bedeutung beimäße – so etwa Haltérn, Europarecht und das Politische (2005) – müsste man dem Verzicht auf den Verfassungscharakter wohl substantielles Gewicht beimessen.

⁵⁹ Rn. 1 des Mandats.

⁶⁰ Zwar wurde der im Verfassungsvertrag vorgesehene Artikel I-6 über den Vorrang des Unionsrechts nach der Konzeption des Mandats im Vertrag von Lissabon nicht wieder aufgegriffen, jedoch wurde der Schlussakte der RK folgende Erklärung 17 beigefügt: Die Konferenz weist darauf hin, dass die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben. Darüber hinaus hat die Konferenz beschlossen, dass das Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates zum Vor-

Damit ist dem Dokument selbst keine substantielle Aussage über die rechtliche Natur der Verträge zu entnehmen, die als historischer Wille identifiziert werden und in den Auslegungsprozess einfließen könnte. Vor dem Hintergrund, dass aus überwiegender Sicht der Europarechtswissenschaft bereits das derzeit geltende Vertragswerk die wesentlichen Funktionen einer Verfassung erfüllt und insoweit Verfassungscharakter besitzt,⁶¹ wäre ein anderes Ergebnis jedenfalls in rechtlich-analytischer Hinsicht auch schwer vorstell- oder vermittelbar.

Dennoch lässt die Formulierung in ihrer Diktion eine gewollte Rätselhaftigkeit zurück. Ein wenig erinnert sie an die surrealistischen Bilder von René Magritte, die das präzise gemalte Abbild eines bestimmten Gegenstandes, etwa einer Pfeife oder eines Apfels, mit dem geschriebenen Hinweis konterkarieren, es handle sich in Wirklichkeit nicht um das, was man zu sehen meine: *“Ceci n’est pas une pipe.”* (Dies ist keine Pfeife.)⁶² Magritte zielte mit seinem Hinweis auf die *“trahison des images”*, den Verrat der Bilder, ab. Diese seien in ihrer Substanz gerade nicht mit dem gleichzusetzen, was sie abbildeten, evozierten aber dennoch eine gegenteilige Vorstellung.⁶³ *“Ceci n’est pas une constitution.”* Diesen (Warn-)Hinweis Magritte’scher Prägung hält uns das Mandat ostentativ vor Augen, während wir – jedenfalls mit der Brille der Europarechtswissenschaft – auf die künftige Verfassung der EU in der Fassung des Vertrages von Lissabon blicken.⁶⁴

Und hier endet gleichsam die Parallele. Denn anders als bei Magritte wird nicht eine durch das Bild hervorgerufene Irreführung oder Sinnestäuschung aufgedeckt, sondern im Gegenteil durch den angefügten Kommentar erst provoziert. Verschleierung statt Aufklärung. Auch wenn der in den Blick genommene Text al-

rang in der Fassung des Dokuments 11197/07 (JUR 260) dieser Schlussakte beigefügt wird: Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates vom 22. Juni 2007: “Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Vorrang des EG-Rechts einer der Grundpfeiler des Gemeinschaftsrechts. Dem Gerichtshof zufolge ergibt sich dieser Grundsatz aus der Besonderheit der Europäischen Gemeinschaft. Zum Zeitpunkt des ersten Urteils im Rahmen dieser ständigen Rechtsprechung (Rechtssache 6/64, *Costa gegen ENEL*, 15. Juli 1964) war dieser Vorrang im Vertrag nicht erwähnt. Dies ist auch heute noch der Fall. Die Tatsache, dass der Grundsatz dieses Vorrangs nicht in den künftigen Vertrag aufgenommen wird, ändert nichts an seiner Existenz und an der bestehenden Rechtsprechung des Gerichtshofs.”

⁶¹ Vgl. Pernice, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, VVDStRL 60 (2001), 148 ff.; Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge 1999; Mayer, *Europäische Verfassungsgerichtsbarkeit. Gerichtliche Letztentscheidung im europäischen Mehrebenensystem*, in: v. Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, 229 ff.; Peters, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin 2001, 37 ff. u. 93 ff. Der EuGH spricht seit dem Urteil vom 23.04.1986 – Rs. 294/83 – *Les Verts*, Slg. 1986, 1339 (1365) von einer “Verfassungsurkunde”. Ablehnend dagegen Grimm, *Braucht Europa eine Verfassung?*, JZ 1995, 581 ff.; Kirchhoff, *Der deutsche Staat im Prozess der europäischen Integration*, in: HStR VII, § 183, Rn. 34 ff. Zur Problematik eingehend Pernice, *Theorie und Praxis des europäischen Verfassungsverbundes*, in: Callies (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Verfassungs- und Staatenverbund* (2007), i.E.

⁶² Magritte, *“La trahison des images: Ceci n’est pas une pipe”* (1929) sowie *“Ceci n’est pas une pomme”* (1964).

⁶³ Zur Interpretation vgl. eingehend Foucault, *Ceci n’est pas une pipe*, Fata Morgana (1973).

⁶⁴ Vgl. dazu das Tagungsthema des European Constitutional Law Network (ECLN) für die Tagung in Sofia vom 17. bis 19. April 2008: *“Ceci n’est pas une constitution – Constitutionalisation without a Constitution?”*.

le wesentlichen Funktionen einer Verfassung erfüllt und den substanziellen Gehalt des Verfassungsvertrages in nahezu allen Bereichen übernimmt, wird ihm der Verfassungscharakter abgesprochen.

Ruft man sich den politischen Kontext vor Augen, dessen Ausdruck der Verzicht auf den Verfassungscharakter im Mandat darstellt, so ist diese Herangehensweise freilich alles andere als überraschend. Dass in politischen Kreisen kalkuliert wurde, die politisch riskanten (Zweit-)Referenden mit der Rechtfertigung umgehen zu können, es gehe nunmehr nicht mehr um die Ratifikation einer "Verfassung", ist offenkundig. Es kann zudem mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit davon ausgegangen werden, dass diese Strategie im Ergebnis letztlich sogar durchschlagender ist als der Weg über die offene und für politische Instrumentalisierungen jeglicher Couleur anfälligere Volksbefragung. Indes ist sie mit der Idee eines transparenten "Europas der Bürger" nicht in Einklang zu bringen.

Die Eignung des detaillierten Mandats für die Vertragsauslegung ist somit eine ambivalente. Einerseits als systematische Brücke zwischen Verfassungs- und Reformvertrag für die Interpretation des neuen Textes zweifellos von Nutzen, enthält das Mandat andererseits als Ausdruck politischen Kompromisses – und gleichsam als Instrument zur Inkraftsetzung der Kerngehalte des Verfassungsvertrages – Elemente politischer Camouflage, die seiner Eignung als (er)klärendes Auslegungsmittel entgegenstehen.

IV. Die Bedeutung der Erläuterungen zur Grundrechtecharta als Auslegungsmittel

Daneben rückt der Reformvertrag eine Methodenfrage in neues Licht, die sich im Grundsatz bereits während des Europäischen Konvents, spätestens aber im Zuge der Regierungskonferenz 2003/2004 und der Redigierung des Verfassungsvertrages stellte: Die Frage nach Zulässigkeit, Eignung und ggf. Tragweite der Erläuterungen zur Charta der Grundrechte als historisches Auslegungsinstrument.

Vorab sei bereits darauf hingewiesen, dass eine Zuordnung zur historischen Auslegung⁶⁵ vor dem Hintergrund nicht unproblematisch ist, dass die Erläuterungen selbst keine klassischen *travaux préparatoires* darstellen. Die Klassifizierung rechtfertigt sich aber im Hinblick darauf, dass die Erläuterungen, die im Kontext der Entstehung und politischen Durchsetzbarkeit der Charta stehen, nach derzeiti-

⁶⁵ So Wendel (Anm. 21), 18; Kingreen (Anm. 21), Art. 112, Rn. 43 spricht – unabhängig von der Anwendbarkeit der Referenznormen – von "genetischer Auslegung". Gelegentlich erfolgt sogar eine Zuordnung zu Art. 32 der Wiener Vertragsrechtskonvention, vgl. Bourgoque-Larsen (Anm. 99), Rn. 39; Ladenburger, in: Tettinger/Stern (Anm. 21), Art. 52, Rn. 126, der jedoch darauf hinweist, dass bei Ablehnung der unmittelbaren Übertragbarkeit der Auslegungsregeln der WVK angesichts der bislang geringen Bedeutung der historischen Auslegung im Gemeinschaftsrecht den Erläuterungen sogar noch geringere Bedeutung beigemessen werden müsste.

gem Stand künftig keiner weiteren Aktualisierung mehr zugeführt werden⁶⁶ und zu einem nicht unwesentlichen Anteil aus der Dokumentation von Herkunft und Erkenntnisquellen der jeweiligen Grundrechte bestehen.⁶⁷

Anders als im Verfassungsvertrag ist die Charta nun nicht mehr integraler Bestandteil des Vertragswerks, sondern erlangt Rechtsverbindlichkeit durch den Querverweis in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV (Liss), der sie mit den Verträgen "rechtlich gleichrangig" stellt. Sie ist am 12. Dezember 2007 neu proklamiert worden⁶⁸ und entspricht in Übereinstimmung mit der Vorgabe des Mandats⁶⁹ bis auf redaktionelle Anpassungen der im Rahmen der Regierungskonferenz 2003/2004 vereinbarten Version, welche sich von der ursprünglichen⁷⁰ substantiell vor allem in Bezug auf die Querschnittsklauseln, also Art. 51 ff. GRC, unterscheidet.

Aufhänger für die erneute Frage nach Art und Ausmaß der Berücksichtigung der Erläuterungen im Auslegungsprozess ist, wie einleitend bereits angedeutet, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV (Liss). Diese Vorschrift war bereits ihrem Wortlaut nach im Mandat vorgezeichnet⁷¹ und lautet wie folgt:

"Die in der Charta niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze werden gemäß den allgemeinen Bestimmungen des Titels VII der Charta, der ihre Auslegung und Anwendung regelt, und unter gebührender Berücksichtigung der in der Charta angeführten Erläuterungen, in denen die Quellen dieser Bestimmungen angegeben sind, ausgelegt."

Neben dieser jetzt unmittelbar im EUV verankerten Auslegungsregel, wird die gebührende Berücksichtigung der Erläuterungen aber weiterhin in Art. 52 Abs. 7 der Charta (ehemals Art. II-112 Abs. 7 VVE) sowie in Satz 2 ihrer fünften Präambelerwägung festgehalten. Das Verständnis für diese gleich dreifach verankerte Referenz erschließt sich dabei nur vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Erläuterungen sowie der Referenznormen selbst (dazu 1.)⁷² Darauf aufbauend kann nach deren Bedeutung für die Methodik der Vertragsauslegung gefragt werden (dazu 2.).

⁶⁶ Zudem würde sich die politisch brisante und unter dem Gesichtspunkt der Legitimation problematische Frage stellen, wer eine solche Ergänzung überhaupt vornehmen dürfte.

⁶⁷ Zu Einzelheiten siehe sogleich.

⁶⁸ ABl. EU Nr. C 303 v. 14.12.2007. Dort sind auch die Erläuterungen abgedruckt.

⁶⁹ Rn. 9 des Mandats sowie Rn. 5, Anm. 21 in Anlage I des Mandats.

⁷⁰ ABl. EU Nr. C 364 v. 18.12.2000.

⁷¹ Rn. 5 in Anlage I des Mandats. Statt "Die in der Charta niedergelegten Rechte, Freiheiten und Grundsätze" sprach das Mandat von den "in der Charta enthaltenen Rechte(n)".

⁷² Hier wird die Nützlichkeit des Rückgriffs auf das Entstehungsmaterial – und damit der historischen Auslegungsmethode – unmittelbar deutlich. Im Hinblick auf die Vorgehensweise so auch B o r o w s k y, in: Meyer (Anm. 48), Art. 52, Rn. 47 f.; L a d e n b u r g e r, Fundamental Rights (Anm. 21), 348 f.; d e r s., in: Tettinger/Stern (Anm. 21), Art. 52, Rn. 113 ff.

1. Genese der Erläuterungen und der Referenznormen

Die Erläuterungen wurden ursprünglich “unter der Leitung”⁷³ des Präsidiums des Charta-Konvents im Jahre 2000 erstellt, wobei die Letztfassung⁷⁴ erst nach Abschluss der Arbeiten im Konvent fertig gestellt und den Konventsmitgliedern nurmehr zur Kenntnis gebracht wurde. Daher können sie nicht, allenfalls mittelbar, als Aussage des Konvents selbst angesehen werden.⁷⁵ Sie sind in erster Linie als ein Zugeständnis des Präsidiums gegenüber dem britischen Konventsvertreter Lord Goldsmith zu werten, der sich mit seinem Vorschlag einer “Charta in zwei Teilen” – mit einem verbindlichen erläuternden Teil als “fotografische” Abbildung der geltenden Rechtslage – nicht hatte durchsetzen können.⁷⁶ Maxime der englischen Verhandlungsposition war dabei stets, dass die Charta keinerlei Änderungen an der zum Zeitpunkt der Entstehung der Charta geltenden Rechtslage bewirken sollte.

In diesem Zusammenhang wird deutlich, warum der Dokumentation von Herkunft und Erkenntnisquellen der jeweiligen Rechte ein nicht unwesentlicher Anteil an den Erläuterungen zukommt. Angeführt werden neben Quellen des Primär- und Sekundärrechts sowie Urteilen des EuGH vor allem Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention. Zu betonen ist allerdings, dass die Erläuterungen – mit Ausnahme der Ausführungen zu Art. 51 ff. GRC – zumeist recht knapp gehalten sind. Auf spezifische Einzelfragen in künftigen Streitigkeiten werden sie oftmals keine Antwort enthalten. Einen beträchtlichen Teil des Gesamtumfangs nimmt darüber hinaus die bloße Wiedergabe korrespondierender EMRK-Rechte in Anspruch, ohne dass insoweit ein systematisierender oder gar wertender “Kommentar” erfolgen würde. Die darüber hinaus in den Erläuterungen anzutreffenden Aussagen sind in ihrer Gesamtheit recht heterogen, sodass im Hinblick auf ihre inhaltliche Aussagekraft genau nach Einzelfall differenziert werden muss.⁷⁷

Im Rahmen des Europäischen Konvents befasste sich die Arbeitsgruppe II unter der Leitung von A. Vitorino mit der Einbindung der Grundrechtecharta in das Verfassungsgefüge,⁷⁸ wobei zugleich die Erläuterungen der neuen Struktur des ent-

⁷³ Beteiligte weisen darauf hin, dass der Text in der Endphase des Charta-Konvents faktisch vom Generalsekretariat zusammen mit Kommissionsbeamten erstellt und seitens des Präsidiums letztlich nur gebilligt wurde, vgl. L a d e n b u r g e r, in: Tettinger/Stern (Anm. 21), Art. 52, Rn. 115.

⁷⁴ Dok. CHARTE 4473/00 CONVENT 49.

⁷⁵ Vgl. B a r r i g a, Die Entstehung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (2003), 65.

⁷⁶ Vgl. dazu eingehend L a d e n b u r g e r, in: Tettinger/Stern (Anm. 21), Art. 52, Rn. 113. Dass viele Delegierte allerdings gegen die Rechtsverbindlichkeit der Erläuterungen eintraten, zeigt deutlich das Protokoll der 17. Sitzung vom 25./26. September 2000, Dok. SN 4236/1/00, abgedruckt bei B e r n s d o r f f / B o r o w s k y, Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union – Handreichungen und Sitzungsprotokolle, 2002, 377 ff.

⁷⁷ Vgl. zu Einzelbeispielen W e n d e l (Anm. 21), 20 f.

⁷⁸ Vgl. dazu <http://european-convention.eu.int/doc_register.asp?lang=DE&Content=WGII>, letzter Aufruf 19. Februar 2008.

stehenden Verfassungsentwurfes sowie den geplanten textlichen Änderungen der Charta angepasst werden sollten.⁷⁹ Durch eine textliche Gegenüberstellung⁸⁰ lässt sich festhalten, dass die zahlenmäßig überwiegenden Änderungen formale Anpassungen und Aktualisierungen darstellten, inhaltliche Modifikationen von Gewicht jedoch bei Art. II-81 VVE (jetzt Art. 21 GRC) und im Bereich der Querschnittsklauseln vorgenommen wurden. Insbesondere wurden Erläuterungen zu den damals neu eingefügten Absätzen 4 bis 6 des Art. II-112 VVE (jetzt Art. 52 GRC) verfasst⁸¹ und die bestehenden Erläuterungen zu Art. II-111 VVE (jetzt Art. 51 GRC) und Art. II-112 Abs. 1 bis 3 (jetzt Art. 52 Abs. 1 bis 3 GRC) erweitert. Hervorzuheben ist, dass auch die Endfassung der Erläuterungen nicht vom Konvent selbst verabschiedet, sondern lediglich vom Präsidium gebilligt wurde.⁸² Nach weiteren redaktionellen Anpassungen im Zuge der Regierungskonferenz 2003/2004 wurden die Erläuterungen dann im Rahmen der Schlussakte in Erklärung 12 aufgenommen.⁸³

Anlässlich der Proklamation der Charta der Grundrechte am 12. Dezember 2007 erfolgte nach geringfügigen redaktionellen Anpassungen ihre (zweite) Veröffentlichung im Amtsblatt.⁸⁴ Wie bereits zuvor wird in den Erläuterungen selbst einleitend festgehalten, sie hätten als solche “keinen rechtlichen Status”, stellten jedoch eine “nützliche Interpretationshilfe” dar, die dazu diene, die Bestimmungen der Charta zu verdeutlichen.⁸⁵

Konnte sich die britische Seite zwar im Hinblick auf einen rechtsverbindlichen Status der Erläuterungen nicht durchsetzen, so gelang es ihr im Gegenzug, die textliche Fixierung der “gebührenden Berücksichtigung” der Erläuterungen bei der Auslegung zu erreichen. Erster Etappensieg war dabei die Aufnahme einer Verweisung auf die Erläuterungen in der fünften Präambelerwägung der Charta im Ver-

⁷⁹ Vgl. Turpin, L' 'intégration de la Charte des droits fondamentaux dans la Constitution européenne – Projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe, RTDE 2003, 615 (632).

⁸⁰ Für einen synoptischen Vergleich der Erläuterungen des Grundrechte-Konvents (Dok. CHARTE 4473/00) mit der Fassung nach Abschluss der Regierungskonferenz 2003/2004 (CIG 87/04 ADD 2 REV 1 = ABL. EU Nr. C 310/424 v. 16.12.2004) vgl. Wendel (Anm. 21) in Anhang II.

⁸¹ Hingewiesen sei hierbei vor allem auf die rechtstechnische Unterscheidung zwischen “Rechten” und “Grundsätzen”, deren Tragweite Art. 52 Abs. 5 GRC zu präzisieren sucht und die insbesondere im Bereich der “wirtschaftlichen und sozialen Rechte” relevant ist. Kritiker meinten “die sozialen und gewerkschaftlichen Grundrechte auf EU-Ebene” würden dadurch “noch weiter ausgehöhlt und de facto ihrer Wirksamkeit beraubt” (So die “Deutsche Friedensgesellschaft - Vereinigte KriegsdienstgegnerInnen (DFG-VK)” in der Begründung des Aufrufs zu einem europaweiten Aktionstag gegen die Unterzeichnung der Verfassung).

⁸² Ladenburger, in: Tettinger/Stern (Anm. 21), Art. 52, Rn. 117.

⁸³ ABL. EU Nr. C 310/424 v. 16.12.2004.

⁸⁴ ABL. EU Nr. C 303/17 v. 14.12.2007.

⁸⁵ Ursprünglich hieß die deutsche Formulierung, die Erläuterungen hätten “keine Rechtswirkung” (Dok. CHARTE 4473/00 CONVENT 49). Die Änderung hin zur Wendung, sie hätten “als solche keinen rechtlichen Status” im Zuge der Aktualisierungen während des Europäischen Konvents ist jedoch als bloßer Abgleich zu den anderen Sprachfassungen zu sehen. Vgl. auch Ladenburger, in: Tettinger/Stern (Anm. 21), Art. 52, Rn. 125.

fassungsentwurf des Europäischen Konvents.⁸⁶ Diese ist in leicht abgewandelter Form bis heute an gleicher Stelle erhalten geblieben.⁸⁷ Nachdem die Forderungen der britischen Delegation, mittlerweile unterstützt von der niederländischen, damit immer noch nicht erfüllt zu sein schienen, ging die Auseinandersetzung während der Regierungskonferenz 2003/2004 zunächst unter italienischer,⁸⁸ dann unter irischer Ratspräsidentschaft⁸⁹ weiter. Ergebnis war die Einfügung eines neuen Abs. 7 in Art. II-112 VVE, dessen Wortlaut nunmehr in Art. 52 Abs. 7 GRC übernommen wurde.⁹⁰ Wie oben bereits dargelegt, kam während der deutschen Ratspräsidentschaft mit Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV (Liss) die dritte Referenznorm hinzu. Anders als Art. 52 Abs. 7 GRC hebt sie nicht darauf ab, die Erläuterungen seien “als Anleitung für die Auslegung” der Charta verfasst worden, sondern charakterisiert sie als Text “in denen die Quellen dieser Bestimmungen angegeben sind”.⁹¹ Dies entspricht wie gesehen eher dem tatsächlichen Charakter der Erläuterungen, wenngleich sich nicht alle in ihnen enthaltenen Ausführungen als (Erkenntnis)quellen kategorisieren lassen.

⁸⁶ Der Vorschlag der Aufnahme der fünften Präambelerwägung in den Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents wurde erst am 12. Juni 2003, also gewissermaßen in letzter Sekunde, vom Präsidium des Europäischen Konvents eingebracht (vgl. Dok. 811/03) und trotz anfänglich scharfen Protests seitens der Delegierten (vgl. Dok. 814/03) letztlich angenommen. Insoweit wird im Unterschied zum Charta-Konvent zuweilen eine vergleichsweise gesteigerte Legitimation der Erläuterungen angenommen, vgl. etwa Turpin (Anm. 79), 615 (632).

⁸⁷ Neben der Abänderung der Umschreibung, die Erläuterungen seien “in eigener Verantwortung des Präsidiums” formuliert worden, wurde während der RK 2003/2004 insbesondere ein Hinweis auf die Aktualisierung während des Europäischen Konvents hinzugefügt: “In diesem Zusammenhang erfolgt die Auslegung der Charta durch die Gerichte der Union und der Mitgliedstaaten unter gebührender Berücksichtigung der Erläuterungen, die unter der Leitung des Präsidiums des Konvents zur Ausarbeitung der Charta formuliert und unter der Verantwortung des Präsidiums des Europäischen Konvents aktualisiert wurden.” (Hervorhebungen durch den Verf.).

⁸⁸ Im Verlauf der Regierungskonferenz unter italienischer Ratspräsidentschaft (dazu <http://europa.eu.int/scadplus/cig2004/negotiations1_de.htm>) forderten die britische und die niederländische Delegation eine “verbindlicher formulierte und klarere Bezugnahme oder ein(en) zuverlässiger(en) Rechtsstatus in Bezug auf die Erläuterungen und Veröffentlichungen derselben” (vgl. Dok. CIG 37/03, 4). Der Vorschlag des Ratspräsidiums erstreckte sich in den folgenden Verhandlungen auf eine Abänderung der vom Konvent vorgeschlagenen Präambelbestimmung, die deutlich auf die Aktualisierung hinweisen sollte, sowie auf die Aufnahme der Erläuterungen in die Erklärung zur Schlussakte (Dok. CIG 52/03, 3).

⁸⁹ Unter der irischen Ratspräsidentschaft wurde der bestehende Vorschlag zunächst übernommen (Dok. CIG 73/04, 12), gegen Ende der Verhandlungen wurden jedoch drei neue Vorschläge unterbreitet: Der erste modifizierte die Präambelerwägung geringfügig und behielt die Aufnahme der Erläuterungen in eine der Schlussakte beigefügten Erklärung bei. Die zweite und dritte Alternative beinhalteten erstmals einen zusätzlich hinzuzufügenden Art. 52 Abs. 7 GRC (Dok. CIG 80/04, 20 f.). Vgl. dazu auch: <http://europa.eu.int/scadplus/cig2004/negotiations2_de.htm>.

⁹⁰ “Die Erläuterungen, die als Anleitung für die Auslegung dieser Charta verfasst wurden, sind von den Gerichten der Union und der Mitgliedstaaten gebührend zu berücksichtigen.” (ab Dok. 82/04, 16).

⁹¹ Engl. Sprachfassung: “*that set out the sources of those provisions*”; franz. Sprachfassung: “*qui indiquent les sources de ces dispositions*”.

War die zusätzliche Einfügung von Art. II-112 Abs. 7 VVE im Hinblick auf die Problematik der Bindungswirkung der Präambelbestimmung noch rechtstechnisch begründbar,⁹² so ist die mit dem neuen Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV (Liss) einhergehende Verdreifachung wohl in erster Linie mit dem symbolischen Stellenwert der Norm unmittelbar im EUV zu erklären.⁹³ Der Entstehungsprozess macht deutlich, dass die Bestimmungen letztlich Ausdruck eines langwierig gewachsenen politischen Kompromisses sind, der zwischen der britischen Forderung rechtsverbindlicher Erläuterungen einerseits und der diesbezüglich ablehnenden Haltung der großen Mehrheit andererseits gelagert ist.⁹⁴

2. Bedeutung für die Methodik der Vertragsauslegung

Die rechtliche Einordnung der Referenznormen und ihres Einflusses auf die Stellung der Erläuterungen differiert zuweilen erheblich, wobei sich die Stellungnahmen bislang zumeist auf die fünfte Präambelerwägung oder den bisherigen Art. II-112 Abs. 7 VVE beziehen. So ist zu lesen von einer als "Weichmacher eingefügten Interpretationsvorgabe", deren Wortlaut bereits die "Negationsschneise" weise.⁹⁵ Auch methodische Zweifel an ihrer Eignung als Auslegungsmittel werden erhoben.⁹⁶ Andere meinen, die Erläuterungen erlangten aufgrund der Präambelerwägung "offiziösen Charakter"⁹⁷ bzw. den "hybriden Status amtlicher Auslegungshinweise".⁹⁸ Sie seien imstande, den Spielraum des Richters bei der Auslegung "erheblich zu begrenzen".⁹⁹ Teilweise wird den Erläuterungen über den Verweis sogar "die Funktion einer verbindlichen Auslegungshilfe" beigemessen,¹⁰⁰ zuweilen auch ein "authentischer" Charakter nachgesagt.¹⁰¹ Wiederum andere relativieren die Bedeutung der Erläuterungen zwar prinzipiell, sehen die Frage ihrer künftigen

⁹² Vgl. insoweit auch Turpin (Anm. 79), 615 (132).

⁹³ Gleichmaßen kann wohl auch die Dopplung in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 EUV (Liss) erklärt werden.

⁹⁴ Dass Großbritannien nun gerade ein *opt-out* für die Grundrechtecharta erwirkt hat, mag insbesondere diejenigen verbittern, die den textlichen Kompromiss in der Charta trotz gegenteiliger Auffassung bis zuletzt mitgetragen haben. Zu dieser Problematik Mayer (Anm. 7), 1141 (1157 ff.).

⁹⁵ Epping, Die Verfassung Europas?, JZ 2003, 821 (826).

⁹⁶ Kingreen (Anm. 21), Art. 112, Rn. 43.

⁹⁷ Schmitz, Die Grundrechtecharta als Teil der Verfassung der Europäischen Union, EuR 2004, 691 (692).

⁹⁸ Mayer, Verfassungsstruktur und Verfassungskohärenz – Merkmale europäischen Verfassungsrechts?, Integration 2003, 398 (400).

⁹⁹ Bourgoigne-Larsen, in: dies./Levade/Picod (Hrsg.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, Bd. 2 (2005), Art. II-112, Rn. 40.

¹⁰⁰ Streinz, in: Streinz, EGV/EUV, Präambel GR-Charta, Rn. 18.

¹⁰¹ So offenbar Jacqué, De la Convention à la Conférence intergouvernementale, RTDE 2005, 227 (236).

Brauchbarkeit im Auslegungsprozess vor allem aber an den jeweiligen Inhalt der betreffenden Erläuterung geknüpft.¹⁰²

Eine Besonderheit bilden die Referenznormen allein schon deshalb, weil sie als unmittelbar auf den Auslegungsvorgang bezogene Normen auf die “rechtliche Rückbindung juristischer Methodik”¹⁰³ abzielen, insoweit also, wie bereits einleitend angerissen, “methodenrelevante Normtexte”¹⁰⁴ darstellen.

Gegen die Möglichkeit einer derartigen Konstruktion wird zuweilen angebracht, dass die Methode somit durch eine Normbehauptung begrenzt würde, umgekehrt aber gerade dazu dienen müsse, Normbehauptungen im Hinblick auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.¹⁰⁵ Die Methode sei folglich nicht durch rechtliche Maßstäbe begrenzt, weil diese vielmehr den Gegenstand der Methodik bildeten. Zwar trifft es zu, dass eine methodenbezogene Norm wie etwa Art. 6 Abs. 1 UAbs. 3 EUV (Liss) in Bezug auf die Dogmatik eine metasprachliche Aussage enthält, die den Verstehensprozess leiten soll; jedoch ist ihr eigener Inhalt wiederum Teil der “Objektsprache”, und seine Gewinnung steht unter den Anforderungen, die von der Metasprache definiert werden.¹⁰⁶ Insoweit kann die Norm zwar nicht das Verständnis ihrer selbst normativ beeinflussen, im Hinblick auf andere Normen ist dies jedoch jedenfalls im Grundsatz denkbar. In Bezug auf die Referenznormen kann dabei festgestellt werden, dass ihre metasprachliche Aussage – die gebührende Berücksichtigung der Erläuterungen im hermeneutischen Prozess – sich jedenfalls nicht auf das Verständnis ihrer selbst bezieht, schon weil die Erläuterungen die betreffenden Normen – insbesondere Art. 52 Abs. 7 GRC und die Präambelerwägung – selbst nicht kommentieren. Die Referenznormen beziehen sich folglich nur auf die Auslegung anderer Bestimmungen, nicht aber auf ihre eigenen.

Was zunächst ihren Wortlaut betrifft, so besticht die blumige Mehrdeutigkeit der Wendung “gebührende Berücksichtigung” (“*shall be given due regard*” bzw. “*sont dûment prises en considération*”). Schärfere Formulierungen wären hierbei durchaus denkbar, etwa die einer “maßgeblichen” oder gar “ausschließlichen” Berücksichtigung. Auch hätte man die Erläuterungen als “verbindliche Leitlinien” titulieren können. Ein Gericht, das die Erläuterungen in seiner Urteilsfindung “gebührend berücksichtigt”, kann sich mit treffenden Argumenten auch gegen die darin verankerte Aussage wenden. Der Wortlaut lässt somit reichlich Spielraum für

¹⁰² Ladenburger, in: Tettinger/Stern (Anm. 21), Art. 52, Rn. 130 ff. Ähnlich auch Borowsky (Anm. 72), Art. 52, Rn. 47 b, der davon ausgeht, dass “der Begründungsaufwand gesteigert” werde, “je klarer und eindeutiger sich die ‘Erläuterungen’ zu einer spezifischen Frage erweisen”. Folz, in: Vedder/Heintschel von Heinegg, Europäischer Verfassungsvertrag, Art. 52, Rn. 15 spricht davon, der “Wert der Erläuterungen für die Rechtserkenntnis” sei “begrenzt”.

¹⁰³ Müller/Christensen (Anm. 23), 182.

¹⁰⁴ Zum Begriff Groh (Anm. 20), 263 ff.

¹⁰⁵ Harenburg, Die Rechtsdogmatik zwischen Wissenschaft und Praxis (1986), 267.

¹⁰⁶ Müller/Christensen (Anm. 23), 183.

die Einbeziehung anderer Interpretationsmittel und ein von den Erläuterungen abweichendes Ergebnis.¹⁰⁷

Die Bedeutung der Erläuterungen als historisches Auslegungsmittel wird dadurch begrenzt, dass sie, wie bereits dargelegt, nicht den originären Willen des Vertragsgebers dokumentieren, sondern lediglich den Konventspräsidien – und auch diesen nur bedingt – zugerechnet werden können.¹⁰⁸ Demgegenüber kommt ihnen eine gesteigerte Bedeutung zu, soweit sie (Erkenntnis-)Ursprung und Herkunft der einzelnen Grundrechte nachzeichnen. Freilich ist diese Feststellung in den Kontext zu rücken, dass der historischen Auslegungsmethode im Verhältnis zu anderen Auslegungsgrundsätzen bislang eine grundsätzlich untergeordnete Rolle zukam. Die Verweise auf die Erläuterungen könnten jedoch als ausdrücklich normierte Abweichung hiervon verstanden werden. Die bislang zögerliche Anwendung der historischen Auslegung in der Rechtsprechung des EuGH spricht ja gerade für die Notwendigkeit, eine solche explizit normieren zu müssen. Dem folgend käme den Erläuterungen gegenüber den anderen Interpretationsmitteln in Bezug auf die Charta eine herausgehobene Stellung zu.

Indes führte eine strikte Orientierung der Interpretation am Maßstab der Erläuterungen zu einem systematischen Widerspruch innerhalb der Charta. Ohne die begleitende Aktualisierung der Erläuterungen wäre deren Auslegung – und damit einhergehend die Rechtsprechung des EuGH – gezwungenermaßen auf dem derzeitigen Stand der Erläuterungen eingefroren. Zwar kommt dies der geschilderten britischen Verhandlungsposition einer “fotografischen Abbildung” der zum Zeitpunkt der Verhandlungen geltenden Rechtslage recht nahe. Ein solcher Ansatz aber ist mit den Regelungen von Art. 52 Abs. 2, 3 und 4 GRC unvereinbar.

Diese Normen stellen den interpretatorischen Gleichklang der Charta mit den entsprechenden Bestimmungen aus den Verträgen (Abs. 2), der EMRK (Abs. 3) sowie den allgemeinen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten (Abs. 4) her, soweit das in Rede stehende Charta-Recht auf eine oder mehrere dieser (Erkenntnis)Quellen rückführbar ist. Damit geht notwendig einher, dass die Auslegung sich am aktuellen Stand dieser Quellen orientiert. Beispielsweise muss ein in der Charta verbürgtes Grundrecht, das die “gleiche Bedeutung und Tragweite” wie ein bestimmtes EMRK-Recht hat, unter fortlaufender Orientierung am Maßstab der Rechtsprechung des EGMR zu diesem Recht ausgelegt werden. Darum wird in Bezug auf Art. 52 Abs. 3 GRC auch treffend von einer “dynamischen Verwei-

¹⁰⁷ So auch B o r o w s k y (Anm. 72), Art. 52, Rn. 47 b. Während der Verhandlungen unter irischer Ratspräsidentschaft stand im Hinblick auf Art. II-112 Abs. 7 VVE als Alternative eine bloße Sollvorschrift zur Auswahl (vgl. Dok. CIG 80/04, 21). Allerdings kann auch die Wahl des Imperativs die in der Formulierung der “gebührenden Berücksichtigung” liegende Mehrdeutigkeit nicht auflösen. Diese verbleibt insoweit Ausdruck eines bewusst in Kauf genommenen Formelkompromisses.

¹⁰⁸ Im Rahmen der RK 2003/2004 unterschied sich die Lage dahingehend, dass die Erläuterungen durch die “Erklärung 12” im Rahmen der Schlussakte ausdrücklich zur Kenntnis genommen wurden. Zwar können derartige gemeinsame Erklärungen als Ausdruck des historischen Willens der Vertragsparteien bei der Auslegung Berücksichtigung finden (vgl. dazu H e r d e g e n [Anm. 38], 52 [57]). Jedoch machte sich die RK hier die Erläuterungen nicht zu eigen, sondern nahm lediglich davon Kenntnis. Vgl. L a d e n b u r g e r, in: Tettinger/Stern (Anm. 21), Art. 52, Rn. 126.

sungsklausel”¹⁰⁹ gesprochen. Die Charta kann aber nicht einerseits eine dynamische Ausrichtung an der aktuellen Rechtslage vorschreiben, um andererseits unter Bezugnahme auf die Erläuterungen den dort aufgeführten Rechtsprechungsstand zum Zeitpunkt des Verhandlungsabschlusses als Auslegungsmaßstab vorzugeben.¹¹⁰ Der Verweis auf die Erläuterungen ist damit nur eingeschränkt in den Rahmenbedingungen dynamischer Rechtsfortbildung möglich.

Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass Interpretation als Vorgang zwar normativ beeinflussbar, aber nicht abschließend vorgebar ist. Hinzukommen muss stets ein Element schöpferischer Eigenleistung und Kreativität.¹¹¹ Gerade die in einer Auslegungsregel enthaltene normative Vorgabe umfasst dieses über das rein Rezeptive hinausgehende Produktive als wichtigen Bestandteil der Rechtsfindung – besser: Rechtsschöpfung – nicht.¹¹² Allenfalls vermag sie dem Auslegenden eine Rechtfertigung abzuverlangen, wenn er sich für eine andere Deutungsvariante entscheidet. Anders gesagt macht sie auf einen im Auslegungsprozess zu berücksichtigenden Faktor, einen Umstand, ein Argument aufmerksam. Sie bezweckt insofern seine Einbeziehung in den hermeneutischen Vorgang der Auslegung und des Verstehens, kann aber das Verstehen und damit die Entscheidung für eine der möglichen Auslegungsvarianten selbst nicht abschließend und ausschließlich vorgeben.

Dennoch ist auf die Erläuterungen bereits mehrfach seitens der Rechtspraxis rekurriert worden. So berief sich beispielsweise Generalanwältin Stixt-Hackl in ihren Schlussanträgen zum Fall *Omega* auf die in den Erläuterungen enthaltenen Ausführungen zu Art. 51 GRC, aus denen hervorgehe, “dass der Anwendungsbereich des gemeinschaftsrechtlichen Grundrechtsschutzes entsprechend der erwähnten Rechtsprechung des Gerichtshofes festgelegt” sei.¹¹³ Den Erläuterungen zu den Querschnittsbestimmungen, welche während der Verhandlungen im Konvent nicht zuletzt als Mittel der Konsensfindung dienten,¹¹⁴ wird darüber hinaus in wissenschaftlichen Analysen bereits heute eine wichtige Rolle beigemessen.¹¹⁵ Noch

¹⁰⁹ Borowsky (Anm. 72), Art. 52, Rn. 37.

¹¹⁰ Ein Beispiel für die Folgen, die sich hieraus ergeben können, liefert der Fall *Roquette Frères* (EuGH, Urteil vom 20.09.2002 – Rs. C-94/00 – *Roquette Frères*, Slg. 2002 I-9011 [9052 ff.]). Hier änderte der EuGH seine alte Rechtsprechungslinie (EuGH, Urteil vom 21.09.1989 – verb. Rs. 46/87 und 227/88 – *Hochst*, Slg. 2859) in Bezug auf die Reichweite des Schutzes der Privatsphäre bei Geschäftsräumen und passte sie der des EGMR an (EGMR, Urteil vom 16.12.92, Ser. A, Nr. 251-B – *Niemitz*; EuGRZ 1993, 65 ff.).

¹¹¹ Vgl. Larenz/Canaris (Anm. 24), 67.

¹¹² Vgl. dazu *ibid.*, 69.

¹¹³ Schlussanträge vom 18.03.2004 – Rs. C-36/02 – *Omega*, Rn. 55, Anm. 29. Vgl. auch GA Misho, Schlussanträge vom 22. Februar 2001 – verb. Rs. C-122/99 P u. C-125/99 P – *D und Königreich Schweden / Rat*, Rn. 97.

¹¹⁴ Vgl. Ladenburger, in: Tettinger/Stern (Anm. 21), Art. 52, Rn. 131.

¹¹⁵ Vgl. etwa die Kommentierung von Bourgoe-Larsen (Anm. 99), Art. II-112.

bemerkenswerter aber ist, dass sowohl der französische Conseil constitutionnel¹¹⁶ als auch das spanische Tribunal Constitucional¹¹⁷ in ihren Entscheidungen über die Vereinbarkeit des Verfassungsvertrages mit der nationalen Verfassung explizit auf die Erläuterungen Bezug nahmen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die Erläuterungen von den Gerichten jedenfalls in den Auslegungsvorgang einzubeziehen sind. Auf das Ergebnis dieser Interpretation haben sie aber keinen zwingenden Einfluss. In Abhängigkeit von der inhaltlichen Aussagekraft der jeweiligen Erläuterung wird zwar so der Begründungsaufwand für eine abweichende Entscheidung erhöht, gleichermaßen bilden die Erläuterungen aber nicht den überwiegenden oder gar einzigen Maßstab der Auslegung.¹¹⁸ Die Referenznormen können daher einen generellen Vorrang der Erläuterungen als Auslegungsmittel nicht begründen.¹¹⁹

V. Ausblick: (Re-)Naissance der historischen Auslegungsmethode im europäischen Verfassungsrecht?

Die historische Auslegungsmethode abschließend in ein hierarchisches Verhältnis zu den anderen Interpretationsgrundsätzen setzen zu wollen, würde die Dinge unzulässig vereinfachen. Interpretation ist, wie bereits angedeutet, kein Vorgang, der sich auf abschließend normierbare Verständnisregeln oder festgesetzte Relationsaussagen zwischen einzelnen Interpretationsmitteln reduzieren ließe. Gadamers charakterisiert das menschliche "Wissen" um Recht insoweit treffend als stets "vom Einzelfall her ergänzt, ja geradezu produktiv bestimmt".¹²⁰

Die damit einhergehende (individuelle) Offenheit erschwert eine grundsätzliche Aussage über die Stellung der historischen Auslegungsmethode. Dennoch ist in Bezug auf das Primärrecht anhand der untersuchten Beispiele zumindest eine Akzentverschiebung im Vergleich zu ihrer früheren Bedeutung(slosigkeit) zu beobachten. Im Hinblick auf das detaillierte Mandat kann jedenfalls festgehalten werden, dass es als systematische Brücke zwischen Verfassungs- und Reformvertrag für die Interpretation des Reformvertrages nutzbringend herangezogen werden

¹¹⁶ Entscheidung des Conseil constitutionnel v. 19.11.2004, décision no. 2004-505 DC, Rn. 18 ff. Dazu Carcassonne, Conseil Constitutionnel on the European Constitutional Treaty, EuConst 2005, 293 ff. und Mayer, Europarecht als französisches Verfassungsrecht, EuR 2004, 925 ff.

¹¹⁷ Erklärung des spanischen Tribunal Constitucional v. 13.12.2004, DTC 1/2004, Abschnitt II, Rn. 6. Dazu Becker, Vorrang versus Vorherrschaft, EuR 2005, 353 ff.

¹¹⁸ Zudem ist dem Gesichtspunkt Rechnung zu tragen, dass mit den Erläuterungen die Auslegung von Grundrechten in Rede steht. Eine spezifische Besonderheit der Interpretation von Grundrechten liegt gerade darin begründet, dass sie in einem nicht nur den Juristen vorbehaltenen Rahmen, sondern in einem gesellschaftsoffenen Prozess stattfindet. Einen *numerus clausus* der Verfassungs- bzw. Grundrechtsinterpreten gibt es demnach nicht, vgl. Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, 297 ff.; ders., Grundrechtsgeltung und Grundrechtsinterpretation im Verfassungsstaat – zugleich zur Rechtsvergleichung als fünfter Auslegungsmethode, JZ 1989, 913 (918).

¹¹⁹ Vgl. Wendel (Anm. 21), 12 ff., 20.

¹²⁰ Gadamer, Wahrheit und Methode, 6. Aufl. 1990, 44.

kann und dementsprechend auch bereits heute Ausgangspunkt wissenschaftlicher Analysen ist. Gleichwohl relativiert sich sein Nutzen angesichts der Frage des Verzichts auf den "Verfassungscharakter", hinsichtlich derer es mehr eintrübend als (er)klärend wirkt. Die Erörterung der auf die Erläuterungen zur Grundrechtecharta verweisenden Auslegungsregeln legt neben den klaren systemimmanenten Grenzen der Erläuterungen als Interpretationsmittel aber auch offen, dass sie in der Praxis von Rechtsprechung und Wissenschaft für die Auslegung der Charta der Grundrechte herangezogen werden und jedenfalls in den Interpretationsvorgang einzubeziehen sind.

Im Hinblick auf den jüngsten Reformprozess wurde zudem bereits auf die grundsätzlich gesteigerte Transparenz des Verfahrensablaufs, insbesondere während der beiden Konvente, hingewiesen. Zwar sprechen verbesserte Transparenz und Zugänglichkeit der Entscheidungsprozesse *a priori* für eine verstärkte Einbeziehung des historischen Arguments, soweit das Material aussagekräftig genug ist. Diese Entwicklung ist nicht nur zunehmend in der Literatur, sondern auch, wie gesehen, z.T. in der Rechtspraxis zu beobachten. Ob das zweifelsfrei gestiegene Anwendungspotenzial der historischen Auslegungsmethode in der künftigen Praxis aber hinreichend genutzt werden kann und die empirisch-kritische Masse erreichen wird, von der an es als gerechtfertigt erscheinen mag, von einer (Re-)Naissance der historischen Auslegungsmethode im europäischen Verfassungsrecht zu sprechen, wird letztlich nur die zukünftige Rechtspraxis zeigen.

Gleichwohl muss selbst für diesen Fall die Antwort auf die Frage nach einem möglichen Bedeutungszuwachs der historischen Auslegung differenzierter ausfallen. Ihr erweitertes Anwendungsfeld ist nicht zwingend mit der Steigerung ihrer argumentativen Durchschlagskraft gekoppelt. Neben der schlichten Tatsache, dass die *travaux préparatoires* früher nicht veröffentlicht wurden, liegt der Grund für die bislang eher untergeordnete Bedeutung wie gesehen gerade auch in der Schlüsselrolle der systematisch-teleologischen Interpretation als methodischem Instrument dynamischer und evolutiver Fortentwicklung europäischen Verfassungsrechts. Eine mögliche Bedeutungsaufwertung der historischen Auslegungsmethode hätte insoweit Einfluss auf Grundfragen europäischer Verfassungsentwicklung. Die dynamische Integrationsfunktion des europäischen Verfassungsrechts muss, anders gewendet, bei der Frage der Auslegung hinreichend berücksichtigt werden. Das Inkrafttreten des Vertrages von Lissabon würde keinen Wandel hin zu einer statischen oder gar geschlossenen Rechtsordnung bedeuten. Auch die zukünftige Gestalt der Europäischen Union ist prägend durch Zielbestimmungen und eine offene Finalität gekennzeichnet. Darum werden insbesondere die systematisch-teleologische und auch die rechtsvergleichende Auslegung weiterhin eine zentrale Funktion bei der Interpretation einnehmen.

Die durch den jüngsten Reformprozess potenziell folgende quantitative Ausdehnung des Anwendungsfeldes der historischen Auslegung findet damit jedenfalls qualitative Grenzen in der spezifischen Dynamik europäischer Verfassungsarchitektur.

Summary¹²¹

The Rise of the Historical Method of Interpretation in European Constitutional Law?

Considerations about the Future Role of the Historical Method of Interpretation in View of the Recent EU - Reform Process

The present contribution aims at the methodological impact of the reform process in the European Union. It attempts to assess the possible future role of the historical method of interpretation in European constitutional law architecture. Despite having played a minor role in the jurisprudence of the European Court of Justice so far, its application potential seems to have increased due to the recent reform process. Besides public documentation of the amendment-process which makes the preparatory works more accessible to legal argumentation, the revised treaties also include an express stipulation dealing with the interpretative role of the explanations to the Charter of Fundamental Rights, an accompanying document of the Charter-Convention. Are we witnessing the future rise of the historical method of interpretation in European Constitutional Law?

A closer look, however, reveals a much more differentiated picture. On the one hand one cannot deny the existence of historical documents having the potential of becoming future focal points for interpreting the Lisbon Treaty by revealing the will of the treaty-making parties. A prominent example in this context is the detailed mandate for the Intergovernmental Conference 2007 providing a systematic connection between the Constitutional Treaty and the Lisbon Treaty. On the other hand the mandate also demonstrates the fundamental problems of referring to such documents as a basis for interpretation. The mandate itself is significantly characterized by elements of political camouflage as it denies explicitly the “constitutional character” of the revised treaties which incorporate almost all major amendments carried out by the Constitutional Treaty. This intentional misguidance is strongly in conflict with its use as a tool of interpretation.

A similar conclusion must be drawn for Art. 6 § 1 of the revised Treaty on European Union which stipulates amongst others that the rights, freedoms and principles in the Charter of Fundamental Rights shall be interpreted “with due regard to the explanations referred to in the Charter”. At a first view this article seems to confer a predominant role on the explanations in the process of interpretation of the Charter. However, even if the explanations had to be taken into account by the courts, this inclusion into the hermeneutic process would not necessarily mean that the explanations became the decisive or even the only factor determining the interpretation of the Charter. Dependent on their respective content, the explanations can only enhance the necessity of justifying a dissenting decision. A general precedence of the explanations as a tool of interpretation can therefore not be based on Art. 6 § 1.

Finally, the dynamic character of European Constitutional Law establishes an inbuilt limit to the use of the historical method of interpretation. The ratification of the Lisbon Treaty would not change the dynamic and open character of the European legal order. This

¹²¹ Summary by the author.

aspect is a major reason why even an increased application potential of the historical method of interpretation would finally be limited by the specific structure of European constitutional architecture.

ZaöRV 68 (2008)