

Auszug aus Jahrbuch 2009

Festvortrag

Die Europäische Union als Gemeinschaft des Rechts – von Athen und Rom über Bologna nach Brüssel

Professor Dr. Claus-Wilhelm Canaris

Herr Präsident, hochverehrte Festversammlung,

mir „ist die Ehre widerfahren“ – um mich dieser schönen Wendung Hugo von Hofmannsthal's aus dem „Rosenkavalier“ zu bedienen –, den heutigen Festvortrag halten zu dürfen. „Widerfahren“ ist sie mir buchstäblich und wortwörtlich. Nichts lag mir nämlich ferner als die Vermutung, dass der Vorstand unserer Akademie ausgerechnet mir diese Aufgabe antragen könnte. So habe ich denn auch auf Ihre Anfrage, lieber Herr Willoweit, zunächst schroff ablehnend reagiert und zurückgefragt: Warum soll das ausgerechnet ein Jurist übernehmen, und wenn schon ein Jurist, warum dann nicht lieber ein Verfassungs- oder ein Strafrechtler, denen stehen doch die schönen Themen von allgemeinem Interesse zur Verfügung, nicht aber einem Privatrechtler wie mir, dessen Fachgebiet wegen der Abstraktionshöhe unseres Denkens keine Themen hergibt, die auch ein nicht-juristisches Auditorium interessieren können? Dann aber habe ich mich am porte-épée gefasst, und daraufhin ist mir der rettende Gedanke gekommen, dass ich nicht unbedingt einen Vortrag aus meinem Fachgebiet halten muss, sondern auch ein Thema wählen könnte, das nicht spezifisch privatrechtlicher Art ist, wohl aber mich als Privatrechtler betrifft und auch Sie, meine sehr verehrten Damen und Herren, angeht, und zwar in durchaus dramatischer Weise. Das aber ist das Europarecht. So ist es dazu gekommen, dass Sie jetzt den Vortrag eines Nicht-Europarechtlers über eine europarechtliche Thematik hören werden, und dass ich mir überdies auch noch erlauben werde, entsprechend dem Untertitel meines Vortrags als Nicht-Rechtshistoriker einen Ausflug in die Vergangenheit zu unternehmen.

I.

Nach dieser *captatio benevolentiae* darf ich Sie sogleich mit zentralen Thesen meines Vortrags konfrontieren. Spätestens seit dem 11. September 2001, „nine eleven“, dem Angriff also auf die „Twin Towers“ in

New York, fragt man sich immer wieder, was denn nun eigentlich die spezifischen Besonderheiten des „Westens“ ausmache. Eine Antwort darauf, die als ein Grundgedanke meinen Vortrag durchziehen wird, lautet: die außerordentliche Rolle, die „das Recht“ hier in Staat und Gesellschaft spielt, und die besondere Art und Weise, in der wir „Recht“ zu denken pflegen. Diese hat sich in einem jahrhundertelangen evolutionären Prozess herausgebildet und ist durch eine Reihe von Charakteristika gekennzeichnet, die sich ziemlich präzise angeben lassen. Einen neuen, überaus erstaunlichen Höhepunkt dieser Entwicklung bildet die Europäische Union, die ohne das spezifisch „westliche“ Verständnis von Recht gar nicht denkbar wäre.

Eine erste Vorstellung von dem, was ich damit meine, vermittelt ein Brief des berühmten österreichisch-englischen Philosophen Sir Karl Popper aus dem Jahr 1992 an die russischen Leser seines Buches „Die offene Gesellschaft und ihre Feinde“, den er auch dessen deutscher Neuauflage vorangestellt hat. Darin antwortet er auf die Frage, wie Russland auf den Zusammenbruch des kommunistischen Regimes reagieren solle, in dreifacher Weise: durch die Einführung eines Privatrechts, wie Europa es seit den Zeiten der Römer entwickelt hat; durch die Übernahme des demokratischen Rechtsstaats nach „westlichem“ Muster; und drittens durch die Herausbildung eines eigenständigen Standes von Juristen, die diese Institutionen mit Leben erfüllen. Dass diese Desiderate alles andere als trivial sind, zeigt etwa der Vergleich mit dem im vergangenen Jahr erschienenen letzten Band der „Deutschen Gesellschaftsgeschichte“ von Hans-Ulrich Wehler. Wie schon in den früheren Bänden legt er seiner Darstellung vier so genannte „Achsen“ zugrunde: die Wirtschaft, die soziale Schichtung, die politische Herrschaft und die Kultur. Was fehlt, ist das Recht. Indessen hat Wehler selbst dies in einem „Epilog“ als Defizit anerkannt und für die Zukunft die Aufwertung des Rechts zu einer fünften „Achse“ gefordert, weil die letzten Jahrhunderte „im Zeichen einer geradezu übermächtigen Verrechtlichung des gesellschaftlichen Lebens stehen“.

In der Tat sind Staat, Wirtschaft und Gesellschaft ohne die Berücksichtigung des immensen Einflusses von „Recht“ heutzutage überhaupt nicht mehr zu begreifen. Das ist für die Gesetzgebung eine blanke Selbstverständlichkeit, gilt aber auch für die Rechtsprechung. Man stelle sich nur vor, welches Erdbeben es bedeuten würde, wenn das Bundesverfassungsgericht am kommenden Dienstag verkünden würde, dass das deutsche Zustimmungsgesetz zum Vertrag von Lissabon, durch den die Europäische Union teilweise auf eine neue Grundlage gestellt wird, verfassungswidrig sei!

II.

Worin also liegen die Charakteristika europäischen oder – wie man besser sagen sollte, um vor allem auch die USA einzubeziehen – „westlichen“ Rechtsdenkens?

1. Ich beginne mit einer Interpretation des Theaterstücks „Die Eumeniden“ von Aischylos und biete also zunächst eine Lektion in „law and literature“ – was übrigens durchaus dem juristischen Zeitgeist entspricht. Ich werde mir dafür weit überproportional viel Zeit nehmen, weil ich dieses Werk geradezu für so etwas wie eine Gründungsurkunde europäischen Rechtsdenkens halte.

„Die Eumeniden“ bilden den Schlussteil der Trilogie „Die Orestie“, die um das Jahr 458 v. Chr. entstanden ist. Sie wird auch in der Gegenwart noch erstaunlich häufig gespielt – legendär ist mit Recht die Inszenierung von Peter Stein an der Berliner „Schaubühne“ aus dem Jahr 1980. Orestes hat seine Mutter Klytemnästra getötet, die ihrerseits seinen Vater Agamemnon nach dessen Rückkehr von Troja umgebracht hatte, wofür ein wesentliches Motiv war, dass er ihre gemeinsame Tochter Iphigenie der Göttin Artemis auf dem Altar geopfert hatte. Wegen dieses Totschlags wird Orestes jetzt von den Erinnyen, d.h. von Rachegöttinnen verfolgt. Schließlich wird er durch ein Gericht, das die Göttin Athene eingesetzt hat, freigesprochen.

a) Es ist leicht zu sehen, dass es hier um die Ablösung von Rache durch Recht geht. Das ist indessen eine allgemeine Funktion von Recht und kann daher nicht als Charakteristikum gerade des europäischen Rechtsdenkens gelten. Entscheidend ist insoweit vielmehr, wie es zu dem Freispruch des Orestes gekommen ist. Das beginnt nun damit, dass Athene die Erinnyen in eine Diskussion darüber verwickelt, warum sie Orestes so unerbittlich verfolgen. Diese beschränken sich dabei im Wesentlichen auf die Behauptung, dass dies ihr selbstverständliches Recht sei. Die Frage Athenes, ob Orestes seine Mutter unter dem Einfluss von Zwang oder Furcht getötet habe, erscheint ihnen als völlig irrelevant. In Wahrheit spielt Athene damit jedoch darauf an, dass Apoll dem Orestes den Mutttermord unter Androhung schwerster Strafen befohlen hatte. Demgemäß repliziert sie, dass möglicherweise auch die andere Seite – also Orestes – triftige Gründe für die Tat geltend machen könne. Bezeichnenderweise resignieren die Erinnyen argumentativ genau an diesem Punkt und übertragen Athene die Entscheidung.

Was wir hier in höchster dichterischer Verknappung miterleben, ist die Entstehung des Rechts aus dem Geiste des rationalen Diskurses: Wer, wie die Erinnyen, für sich selbst Recht in Anspruch nimmt, gesteht damit zwangsläufig implizit immer schon zu, dass er auch Unrecht und also die Gegenseite Recht haben könnte – anderenfalls wäre die Berufung auf Recht unsinnig; die heutige Philosophie würde hier wohl von einem „performativen“ Selbstwiderspruch sprechen.

Athene geht nun aber noch einen wesentlichen Schritt weiter: Sie entscheidet nicht selbst, wie von den Erinnyen gewünscht, sondern setzt ein Gericht ein, das aus Bürgern Athens besteht – den Areopag. Spätestens hier wird in der Tat eines der Fundamente europäischen Rechtsdenkens sichtbar: Das Recht emanzipiert sich gegenüber der Religion. Man braucht sich nur kurz das in dieser Hinsicht völlig andersartige Rechtsverständnis der islamischen Welt zu vergegenwärtigen, um die spezifische Besonderheit dieser Denkhaltung und zugleich die unverminderte Aktualität dieser Differenz zu erkennen.

Dabei beschränkt sich die Emanzipation nicht auf die Organisation der Gerichtsbarkeit, sondern umfasst vor allem auch die Art der Argumentation. Denn die beiden Gründe, die Athene vorgebracht hat, kann man nur als spezifisch juristisch qualifizieren: Sie hat auf die Notwendigkeit hingewiesen, auch auf Seiten des Orestes etwaige Gegenargumente zu prüfen (was nicht nur „*audiatur et altera pars*“, sondern vor allem auch Argumentieren „*in utramque partem*“ bedeutet); und sie hat auf dessen Zwangslage aufgrund des Befehls Apolls und damit, wie wir heute sagen würden, auf die Möglichkeit einer Entschuldigung von Orestes' Handeln durch einen Notstand hingewiesen. Das sind auch nicht etwa Gesichtspunkte irgendeiner Sozialmoral oder dergleichen, sondern in der Tat genuin juristische Argumente, so dass uns das Recht klar als eine Ordnung von Sollenssätzen eigenständiger Art auf der Grundlage einer spezifischen Rationalität vor Augen tritt.

b) Den eigentlichen Höhepunkt der Emanzipation des Rechts aber bildet das Urteil des Areopag: Orestes wird deshalb und nur deshalb frei gesprochen, weil es zu einem Gleichstand, einem Patt der Stimmen kommt. Das hat entgegen einer verbreiteten Fehlinterpretation nicht das Mindeste mit dem Grundsatz „*in dubio pro reo*“ („Im Zweifel für den Angeklagten“) zu tun; denn dieser gilt nur dann, wenn unklar ist, ob der Angeklagte die Tat überhaupt begangen hat – was hier ja völlig außer Zweifel steht –, nicht aber auch dann, wenn zweifelhaft ist, wie diese Tat rechtlich zu bewerten ist. Vielmehr liegt darin der Triumph des Verfahrensgedankens über die Verabsolutierung materialer Gerechtigkeitsvorstellungen: Material haben zwar beide Seiten – die Erinnyen und Orestes – gleichermaßen Recht erhalten, wie sich gerade in der Parität der Stimmen widerspiegelt, doch formal hat die Sache des Orestes obsiegt, weil sich in einem Verfahren grundsätzlich nur durchsetzt, wer die Mehrheit der Stimmberechtigten für sich gewinnt.

Das ist für den Unterliegenden nicht nur bitter, sondern oft kaum zu ertragen – und die Erinnyen fangen denn auch zunächst einmal wieder an zu toben –, aber für europäisches Rechtsdenken hat diese Mediatisierung von Gerechtigkeitsfragen durch Verfahrenslösungen schlechthin zentrale Bedeutung. Es liegt nämlich auf der Hand, dass es von dieser Einsicht z.B. nur ein kurzer Schritt zur Staatsform der Demokratie ist – den die Athener zur Zeit des Aischylos ja auch bereits getan hatten – oder, dass Europa die Geißel der Religionskriege nur

mit Hilfe dieses Regelungsmechanismus zu überwinden vermocht hat. So wäre denn auch eine so „luftige“ Konstruktion wie die der Europäischen Union ohne den grundsätzlichen Vorrang prozeduraler vor materialen Rechtsvorstellungen keinesfalls lebensfähig – worauf ich noch zurückkommen werde.

2. Gleichwohl hatte das Modell Athenes einen tödlichen Konstruktionsfehler. Dieser bestand darin, dass sie Bürger als Richter eingesetzt hatte. „Ihr Männer von Athen“ beginnt Sokrates seine „Apologie“ in der von Platon überlieferten Fassung, also seine Verteidigungsrede gegen die Anklage wegen Missachtung der Religion und Verführung der Jugend. Man stelle sich vor, ein Angeklagter würde heutzutage das Gericht mit den Worten ansprechen „Ihr Männer von München“ oder „Ihr Männer von Oberammergau“! Und doch war diese Anrede des Sokrates völlig korrekt. Seine Richter waren nämlich nach dem Zufallsprinzip ermittelte Laien, Athen war damals eine Radikaldemokratie ohne Gewaltenteilung, die Gerichtsbarkeit war also Volksjustiz im schlimmsten Sinne des Wortes, ein Rechtsgespräch mit den Richtern fand nicht statt, die Verteidigungsrede des Sokrates hatte folgerichtig ebenfalls einen durchaus unjuristischen Charakter. Obgleich aus dem Geiste des Diskurses geboren, genügte die Durchführung eines gerichtlichen Verfahrens den Anforderungen an einen Diskurs somit noch nicht einmal ansatzweise. Die Konsequenz war fürchterlich: Sokrates wurde bekanntlich zum Tode verurteilt, und das war nichts anderes als ein Justizmord.

Zutreffend wird das altgriechische Recht demgemäß als „Recht ohne Juristen“ gekennzeichnet. Was immer man Abfälliges über unseren Stand sagen mag: Ohne uns geht es in Dingen des Rechts noch viel schlimmer zu! Was aber dieses Defizit bei weitem übertraf und vollends desaströs war: In der radikalen Durchführung des demokratischen Prinzips und dem damit verbundenen Verzicht auf Gewaltenteilung – gipfelnd etwa im gänzlich rechtsstaatswidrigen System des „Ostrakismus“, d.h. des „Scherbengerichts“ – lag zugleich die Wurzel für das vollständige Scheitern der Demokratie in Athen, weil eine solche allenfalls dann auf Dauer lebensfähig ist, wenn die in ihr angelegten zerstörerischen Gefahren durch ein System von „countervailing powers“ und die Gewährleistung von Grundrechten entschärft werden.

3. Dem Missstand des altgriechischen Rechts, der in der Überlassung der Rechtsanwendung an Laien bestand, haben die Römer gründlich abgeholfen. Eine ihrer nicht genug zu preisenden Großtaten bestand nämlich darin, dass sie den Juristen „erfunden“ haben. Schon allein dadurch haben sie dem rechtlichen, ja ich wage zu sagen: dem menschlichen Denken neue Dimensionen eröffnet. Allerdings kann ich nun nicht länger so ausführlich bleiben wie bisher und muss also (noch) stärker verkürzen.

a) Gewiss war auch das römische Recht ursprünglich der Religion verhaftet und gewiss lag auch hier die Rechtsprechung – und erst recht die Gesetzgebung, soweit es sie gab – primär in den Händen von juristischen Laien. Aber es waren nicht mehr wie z.B. im Prozess gegen Sokrates hunderte, sondern es war grundsätzlich nur einer, der Recht sprach: vor allem der (so genannte) „Prätor“. Dieser war zwar in aller Regel auch kein Berufsjurist, sondern z.B. ein Politiker, aber hier waren immerhin die institutionellen Voraussetzungen für einen rationalen Diskurs gegeben, eben weil der Rechtssuchende es grundsätzlich mit einer Instanz zu tun hatte, die nur durch eine einzige Person repräsentiert wurde. Darin dürfte ein wesentlicher Grund dafür liegen, dass sich ein Stand von Rechtskundigen bilden konnte, die als „iuris consulti“ sowohl dem Richter als auch den rechtssuchenden Parteien mit professionellem – übrigens zunächst nahezu durchweg unentgeltlichem – Rat zur Seite stehen konnten.

In dieser Professionalisierung der Jurisprudenz sehe ich ein weiteres zentrales Charakteristikum europäischer bzw. „westlicher“ Rechtskultur. Wo Recht und Religion untrennbar miteinander verbunden sind wie z.B. – jedenfalls der Grundidee nach – im Islam, kann es einen eigenständigen Stand von Juristen ohnehin von vornherein nicht geben, weil diese immer zugleich auch Religionsgelehrte zu sein haben. Aber auch weniger oder gar nicht religiös geprägten Rechtskulturen ist der professionelle Jurist grundsätzlich fremd. Sogar in Japan, das im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts im Zuge seiner „Modernisierung“ in großem Umfang europäisches, vor allem französisches und deutsches Recht übernommen hat, ist es außerhalb der urbanen Zentren noch heute alles andere als selbstverständlich, dass man in einer Rechtsfrage einfach einen Rechtsanwalt beiziehen kann, versteht sich dieser dort doch anders als bei uns keineswegs immer als normaler „Dienstleister“. Und der „Rechtsstaatsdialog“ mit China leidet nach den Erfahrungen, die ich damit gemacht habe, u.a. massiv unter der Schwierigkeit, dass China über keine gefestigte Tradition in der Ausbildung von professionellen Juristen verfügt, wenngleich die Chinesen inzwischen natürlich deren Nützlichkeit in der heutigen globalisierten Welt bestens verstanden haben und intensiv mit dem Aufbau eines entsprechenden „Rechtsstabs“ beschäftigt sind.

b) Mit dieser Professionalisierung der Jurisprudenz korrespondiert eine Argumentationskultur, die den Umgang mit dem Recht auf eine völlig neue Stufe der Rationalität gestellt hat und m.E. zu den bedeutendsten und erstaunlichsten Durchbrüchen menschlichen Denkens gehört. Dabei wird in der Fachliteratur auch für das römische Recht zutreffend immer wieder die Eigenständigkeit der Argumentationsfiguren gegenüber anderen normativen Ordnungen wie denen der Religion oder der Sozialmoral betont.

So verdanken wir den Römern z.B. auch unsere grundlegenden Begriffe wie den des Rechtssubjekts oder den des Vertrages und damit

zugleich genau jene Kategorien, mit deren Hilfe wir ein so neuartiges Gebilde wie die Europäische Union zu verstehen versuchen. Und um nur ein einziges Beispiel für die inhaltliche Fruchtbarkeit römischen Rechtsdenkens zu geben: Wir haben bis heute noch keinen einzigen (Schuld)Vertragstypus gefunden, den die Römer nicht auch schon gekannt haben; auch „moderne“ Vertragstypen wie Factoring, Leasing und Franchising qualifizieren wir immer noch mit römischrechtlichen Begriffen.

c) Allerdings beschränken sich die Großleistungen des römischen Rechts auf das Privatrecht, während dieses im Verfassungs- und Verwaltungsrecht sowie im Strafrecht – um insoweit der Einfachheit halber unsere heutigen Kategorien zu verwenden – nicht annähernd dieselbe Höhe erreicht hat. Gleichwohl liegt sogar darin mittelbar eine zukunftsweisende Perspektive. Nach ganz überwiegender und zutreffender Ansicht wird nämlich unser heutiges soziales Leben in einem so starken Maße gerade vom Privatrecht geprägt, dass es (zumindest in ganz wesentlichen Teilen) als „Privatrechtsgesellschaft“ zu charakterisieren ist. Das muss zwar hier aus Zeit- bzw. Raumgründen bloße These bleiben, doch sei immerhin zweierlei hervorgehoben: Auch hierfür haben die Römer den Grund gelegt, indem sie das Recht in erster Linie vom Individuum her und als Beziehung zwischen Individuen dachten; und – mein Zentralthema ist mir nicht aus dem Blick geraten – die europäische Integration hat ihren Ausgang vom Prinzip der Wettbewerbsfreiheit zwischen Privatrechtssubjekten genommen und findet auch heute noch darin ihre wichtigste Grundlage, so dass ihr ebenfalls der Gedanke der „Privatrechtsgesellschaft“ zugrunde liegt.

4. Zum Glück Europas veranlasste der oströmische Kaiser Justinian Mitte des 6. Jahrhundert n. Chr. eine Zusammenfassung römischer Rechtsdokumente in einer Art von Kodifikation, dem so genannten „Corpus iuris Iustiniani“. Dieses wurde um die Mitte des 12. Jahrhunderts, als sich in West- und Mitteleuropa mit der „Scholastik“ eine Bewegung der Intellektualisierung ausbreitete, revitalisiert – und zwar ausgehend vor allem von einer Juristenschule in Bologna.

Was hat das mit der Europäischen Union zu tun? In grober Verkürzung möchte ich sagen: zumindest dreierlei. Aus der Rezeption des „Corpus iuris“ ergab sich – in Verbindung mit dem kirchlichen Recht, wie es vor allem im „Corpus iuris Gratiani“ niedergelegt war – ein gemeinsames Recht für Kontinentaleuropa, das „ius commune“, das allerdings nur subsidiär – und auch das ist aus heutiger europarechtlicher Sicht von Bedeutung –, d.h. nachrangig nach den jeweiligen lokalen Rechten, galt; es existierte also in Europa einst eine gemeinsame, auf Tradition aufbauende Rechtsgrundlage (wobei umstritten ist, inwieweit diese auch England umfasste), und sogar deren Subsidiarität findet im Europarecht eine gewisse Parallele, weil die Rechtssetzungskompetenz der Europäischen Union grundsätzlich ebenfalls dem Subsidiaritätsprinzip unterliegt. Zweitens: Der Rechtsunterricht in Bo-

logna wurde vorbildlich für nahezu ganz Europa; es gab somit schon einmal das, was wir uns heute sehnlich wünschen: den europäischen „Einheitsjuristen“ mit einer umfassenden beruflichen Kompetenz, die von seiner nationalen Herkunft weitgehend unabhängig war. Drittens und vor allem: Noch wichtiger als die inhaltliche Rezeption des römischen Rechts war die damit verbundene Verwissenschaftlichung der Jurisprudenz, die vor allem darin zutage trat, dass diese nunmehr an den Universitäten betrieben wurde.

Hier stehen wir somit vor einem weiteren zentralen Charakteristikum europäischen Rechtsdenkens: Die Professionalisierung der Jurisprudenz, die jetzt erneut mit Macht einsetzte, wird nunmehr zusätzlich unter den höchstmöglichen Anspruch von Rationalität und Objektivität gestellt: den der Wissenschaftlichkeit. Zwar bin ich weit entfernt davon, dem römischen Recht dieses Charakteristikum abzusprechen, doch ist andererseits schwerlich zu leugnen, dass erst das *ius commune* nach und nach einen Grad der Systematisierung erreichte, welcher dem Anspruch von Wissenschaft einigermaßen genügt. Wenn das altgriechische Recht ein „Recht ohne Juristen“ war, so war das römische Recht immerhin noch ein „Recht ohne Professoren“; ganz perfekt war es also trotz seines überragenden Ranges doch nicht!

Zugleich erreicht mit der Verwissenschaftlichung der Jurisprudenz die Emanzipation und Eigenständigkeit des Rechts und des Rechtsdenkens gegenüber anderen Normordnungen und den ihnen entsprechenden Denkweisen ihre äußerste Konsequenz und ihr (potentiell) höchstes Entwicklungsstadium. Wieder handelt es sich dabei um eine Erscheinungsform spezifisch europäischen bzw. westlichen Denkens und seines Rationalismus. Denn zu dessen *Essentialia* gehört, dass die Wissenschaft (im heutigen Verständnis) als eigenständige, ja in Teilbereichen dominante Form des menschlichen Zugangs zur „Welt“ neben Mythos, Religion, Kunst usw. fungiert. Das spiegelt sich auch in der Verwissenschaftlichung der Jurisprudenz wider. Dabei wurde die Emanzipation des Rechts gegenüber der Religion seit dem Mittelalter zusätzlich gefördert durch den Dualismus von weltlicher und geistlicher Macht, wie er schon in dem Wort Jesu anklingt: „Gebt dem Kaiser, was des Kaisers ist, und Gott, was Gottes ist“ (Math. 22, 21).

5. Das „*ius commune*“ wurde im 18. und 19. Jahrhundert ergänzt und teilweise abgelöst durch das „Vernunftrecht“ der Aufklärung und die darauf aufbauenden nationalen Gesetzkodifikationen. Erst jetzt entwickelte Europa von Hobbes und Locke über Rousseau und Montesquieu bis zu Kant seine wirklich überragenden juristischen Errungenschaften: Repräsentative Demokratie, gewaltenteilende Rechtsstaatlichkeit und richterliche Unabhängigkeit, Menschen- und Bürgerrechte sowie Völkerrecht. Es versteht sich von selbst, dass ich das nur kurz in Erinnerung rufen, aber nicht näher ausführen kann und muss.

6. Nimmt man alle diese Kriterien in einer Gesamtschau in den Blick, so ist es geradezu verblüffend, welche Fülle von spezifischen Charakteristika europäischen bzw. „westlichen“ Rechts und Rechtsdenkens sich ausmachen lässt. Die meisten davon finden sich in keinem einzigen der anderen großen Rechtskreise, in ihrer Gesamtheit und in ihrem Zusammenspiel kommen sie nirgendwo sonst vor. In der Tat liefern das Recht und das Rechtsdenken somit einen überaus wichtigen Beitrag zu dem, was die Identität Europas bzw. des „Westens“ ausmacht.

III.

Nach diesem Rückblick, der gewissermaßen unter Odo Marquards schönem Motto „Zukunft braucht Herkunft“ stand, lassen Sie mich nun näher darauf eingehen, was es bedeutet, dass die Europäische Union eine Gemeinschaft „des Rechts“ darstellt. Dabei werde ich die Thematik, dem heutigen Anlass entsprechend, weniger unter positivrechtlichen, d.h. vor allem verfassungs- und völkerrechtlichen, als vielmehr unter allgemein-rechtstheoretischen Aspekten behandeln.

1. Als erstes stellt sich die Frage, welchen Zusammenhang die Qualifizierung der Europäischen Union als einer Gemeinschaft „des Rechts“ überhaupt mit den soeben herausgearbeiteten spezifischen Charakteristika europäischen Rechts und Rechtsdenkens hat.

a) Eine erste Teilantwort liegt darin, dass die Europäische Union in der Tat eine Gemeinschaft „des Rechts“ in einem überaus anspruchsvollen Sinn des Wortes ist, nämlich in dem Sinn, dass sie aus nichts als Recht besteht: Sie beruht lediglich auf Verträgen und verwirklicht sich allein durch Normen und andere Rechtsakte, ohne dass dem irgendein materielles Substrat jenseits dessen, was ihre Mitgliedstaaten beitragen, zugrunde liegt. Insbesondere ist sie also nicht durch einen Akt physischer Gewalt wie z.B. eine Revolution zustande gekommen und verfügt auch nicht über eigene physische Zwangsmittel nach außen oder innen, also weder über Militär noch über Polizei, Gerichtsvollzieher oder dergleichen.

Das mag trivial klingen, ist aber in Wahrheit sensationell. Denn eine solche Entität, die weit über den altbekannten bloßen Staatenbund hinausgeht, stellt ein völlig neuartiges Gebilde dar, das weltgeschichtlich nicht seinesgleichen hat, andererseits aber mittel- und langfristig gesehen wegen des Auseinanderfallens von rechtlicher und physischer Potenz sowie der extrem komplexen Verflechtung der Kompetenzen hochriskant ist. Hierauf können sich nur Völker und Staaten einlassen, für die „Recht“ eine so fundamentale Rolle spielt wie für Europa.

b) Zugleich erweist sich hier die von mir an den Anfang gestellte Eigenständigkeit des Rechts gegenüber anderen Normenordnungen wie Religion, Sozialmoral oder dergleichen und seine spezifische Rationalität einmal mehr als schlechterdings konstitutiv. Nur in der daraus resultierenden Neutralität finden nämlich Völker, Nationen und

Staaten von so unterschiedlicher Geschichte, Kultur, Gesellschaft, Wirtschaft usw. eine einigermaßen tragfähige Grundlage für einen Zusammenschluss, der eine immer mehr zunehmende Integration zum Ziel hat. In dieselbe Richtung weist die ebenfalls eingangs herausgearbeitete Mediatisierung materialer Gerechtigkeitsvorstellungen durch den Gedanken rechtsstaatlicher Verfahrensgerechtigkeit; die Konsensfindung durch Verfahren stellt geradezu ein Lebenselixier der Europäischen Union dar.

Kaum braucht man hinzuzufügen, dass ein so komplexes Rechtsgelände sich nur auf der Grundlage höchster juristischer Professionalität entwickeln und einigermaßen verlässlich steuern lässt. Demgemäß stellt die Europäische Union nicht nur ein Produkt der politischen Eliten, sondern auch der Juristen dar – was freilich ihrer Akzeptanz bei den Völkern der Mitgliedstaaten eher abträglich sein dürfte.

2. a) Diese Gesichtspunkte basieren unmittelbar auf den historischen Gründen, in welchen die Europäische Union wurzelt. Geschaffen worden sind deren Vorgängerorganisationen nämlich zweifellos zum Zweck der Sicherung des Friedens zwischen den europäischen Staaten. Wie am Anfang europäischen Rechtsdenkens die Überwindung von Rache durch ein Verfahren des Rechts gestanden hatte – um den Grundgedanken der „Eumeniden“ des Aischylos in Erinnerung zu rufen –, so stand auch am Anfang der europäischen Integration bekanntlich das Bemühen um eine Institution, welche Kriege zwischen europäischen Staaten durch die Einbindung in eine gemeinsame Organisation des Rechts von vornherein verhindern sollte. Das hat sinnfälligen Ausdruck in der Montanunion gefunden, deren Ziel u.a. darin bestand, die Rüstungsindustrien Deutschlands und Frankreichs zu vergemeinschaften und so die Möglichkeit eines neuen Krieges zwischen diesen Ländern im Keim zu ersticken.

Dieser Gedanke der Friedenssicherung wirkt entgegen manchen Stimmen auch nach der „Osterweiterung“ fort. Für diese war es nämlich essentiell, die Bundesrepublik Deutschland, die durch den Beitritt der ehemaligen DDR wesentlich bevölkerungsreicher und, wie man seinerzeit glaubte, wirtschaftlich potenter geworden war, durch die Einbindung in einen größeren Verbund von Staaten einzuhegen und zu „zähmen“. Auch war allen betroffenen Staaten die Erwartung gemeinsam, sich der Gefährdung durch einen Hegemon – in diesem Fall Russland – durch einen Zusammenschluss und die damit verbundene Bündelung der Kräfte besser widersetzen zu können.

b) Als Mittel zur Sicherung des Friedens fungiert dabei die Handelsfreiheit. Das entspricht insbesondere dem Gedanken Kants aus seiner Schrift „Zum ewigen Frieden“, dass Staaten, die durch Handel miteinander verflochten sind, schon aus purem Eigennutz keinen Krieg gegen einander führen würden, weil sie sich bzw. ihre Bürger dadurch zwangsläufig schwer schädigen würden.

Demgemäß dürfen die vier berühmten Grundfreiheiten der Europäischen Verträge – die Freiheit des Warenverkehrs, die Freizügigkeit der Arbeitnehmer, die Freiheit der Niederlassung und des Dienstleistungsverkehrs sowie die Freiheit des Kapital- und Zahlungsverkehrs – auch heute nicht als bloßer Selbstzweck, sondern müssen immer auch als Mittel der Friedenssicherung verstanden werden. Wie aktuell diese Funktion ist, erleben wir im Zeichen der Finanzmarktkrise, können doch „Kriege“ nicht nur mit militärischen, sondern auch mit ökonomischen Mitteln geführt werden, wogegen die spezifisch rechtlichen Vorkehrungen der Europäischen Verträge einen wirksamen Wall aufrichten. Zugleich zeigt sich an den Grundfreiheiten und an der starken Betonung der Wettbewerbsfreiheit, die den Europäischen Verträgen seit jeher zugrunde gelegen hat, dass auch die Europäische Union trotz ihres Charakters als Verbindung von Staaten im Kern von den Bürgern her gedacht und also, wenngleich wohl eher unreflektiert, vom Modell der „Privatrechtsgesellschaft“ inspiriert ist.

c) Im Übrigen sehe ich im historischen Rückblick eine zwar vielleicht etwas gewagte, aber gleichwohl aufschlussreiche Verbindung zum Westfälischen Frieden von 1648. Damals überwand Kontinentaleuropa – und wenig später auf ähnliche Weise auch Großbritannien – die Geißel der Religionskriege, indem es einerseits im Inneren der Staaten durch klare Rechtsregeln Ruhe schuf, andererseits aber den Preis zahlte, dass durch die Prinzipien der Souveränität und der Nichteinmischung in die inneren Angelegenheiten anderer Staaten das Verhältnis zwischen diesen unregelt blieb. Religiös bedingten Kriegen war somit zwar vorgebeugt, die Furie nationalistischer Kriege konnte aber umso ungehemmter toben.

3. Da ich die Neuartigkeit der Europäischen Union als Rechtsgebilde scharf betont habe, stellt sich nun die Frage, wie diese begrifflich zu qualifizieren ist. Handelt es sich um einen Staatenbund, einen Bundesstaat oder worum sonst? Juristen pflegen dies als die Frage nach der „Rechtsnatur“ der Europäischen Union zu formulieren. Diese ist m.E. keineswegs von vordergründig-begrifflicher Art, sondern von fundamentaler Bedeutung, weil in derartigen Kategorien sowohl elementare rechtliche Wertungen als auch eine Fülle hoher juristischer Intelligenz kondensiert sind.

a) Ein bloßer Staatenbund wie z.B. die NATO oder eine Internationale Einrichtung wie z.B. die UNO ist die Europäische Union mit Sicherheit nicht. Zur Begründung genügt der Hinweis auf ihre besondere Rechtssetzungskompetenz. Sie hat nämlich, ebenso wie ihre Vorgänger, die Befugnis, in der Form der „Verordnung“ Rechtsnormen zu erlassen,

welche sowohl ihre Mitgliedstaaten als auch deren Bürger unmittelbar binden.¹ Darin liegt eine spezifisch hoheitliche, also eigentlich staatliche Kompetenz.

Mit Recht hat der Europäische Gerichtshof darüber hinaus entschieden, dass auch die „Verträge“ und damit vor allem die in diesen enthaltenen vier Grundfreiheiten für die Mitgliedstaaten und deren Bürger unmittelbar geltendes Recht darstellen. Das hat zwar seinerzeit viel Aufregung verursacht, scheint mir aber letztlich ziemlich unproblematisch zu sein. Denn wenn die Gemeinschaft sogar auf der Ebene des so genannten Sekundärrechts, d.h. der Verordnungen, unmittelbar bindende Rechtswirkungen setzen kann, dann muss das erst recht auf der Ebene des Primärrechts, also der „Verträge“ gelten. Desgleichen hat der Europäische Gerichtshof zutreffend entschieden, dass das Recht der Gemeinschaft – sei es Primärrecht, also aus den Verträgen selbst hervorgehendes Recht, oder Sekundärrecht, also auf der Grundlage der Verträge gesetztes Recht – grundsätzlich Vorrang vor dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten hat. Auch das folgt letztlich mit einer gewissen Selbstverständlichkeit aus der Rechtssetzungskompetenz der Gemeinschaft, da diese leer liefe, wenn die Mitgliedstaaten einfach abweichende Normen erlassen könnten.

b) Andererseits ist ebenso sicher, dass die Europäische Union kein Bundesstaat wie z.B. die Bundesrepublik Deutschland oder die USA ist. Darüber besteht im Ergebnis allgemeine Einigkeit, doch ist die Begründung umstritten. Nach meiner Ansicht ist sie indessen leicht zu geben. Es genügt der Hinweis, dass die Mitgliedstaaten der Europäischen Union unzweifelhaft und unbestrittenermaßen rechtswirksam beschließen könnten, die Europäische Union aufzulösen oder einen Mitgliedstaat (mit dessen Einverständnis) aus dieser zu entlassen. Die Mitgliedstaaten sind und bleiben also in diesem Sinne – um eine oft gebrauchte und in der Tat zentrale – Formulierung zu verwenden, die „Herren der Verträge“. Würden demgegenüber, um im Beispiel zu bleiben, alle Länder der Bundesrepublik oder alle Staaten der USA deren Auflösung beschließen, so würde das jedenfalls so lange für die Herbeiführung einer entsprechenden Rechtsfolge keinesfalls ausreichen, als nicht die Zustimmung der jeweiligen Zentralgewalt hinzukäme – von der hier m.E. unerlässlichen Mitwirkung des Volkssouveräns ganz abgesehen.

Lassen Sie mich hilfsweise zwei weitere plastische Argumente hinzufügen. Die Europäische Union ist unbestrittenermaßen nicht befugt, ihre Mitgliedstaaten nach außen mit verdrängender Wirkung zu vertreten und also z.B. deren Stimme in der UNO abzugeben. Außer

¹ Das ergibt sich heute aus Art. 288 Abs. 1 und 2 des „Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union“ in der Fassung von Lissabon. Die Regelung lautet: „(1) Für die Ausübung der Zuständigkeiten der Union nehmen die Organe Verordnungen, Richtlinien, Beschlüsse, Empfehlungen und Stellungnahmen an. (2) Die Verordnung hat allgemeine Geltung. Sie ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.“

dem kann jeder Mitgliedstaat aus der Europäischen Union austreten, was in Art. 50 des Vertrags von Lissabon ausdrücklich festgeschrieben ist. Beides ist mit der Konstruktion eines Bundesstaates unvereinbar, sofern man diesen Begriff nicht seines tradierten Sinnes gänzlich berauben will.

c) Welche Rechtsnatur hat die Europäische Union also dann? Da sie weder ein Staatenbund noch ein Bundesstaat ist, nennt das Bundesverfassungsgericht sie einen Staatenverbund. Dieser Ausdruck hat mehrere Vorzüge: Er hält die Mitte zwischen den beiden anderen Begriffen, ist von eleganter Unklarheit und weist damit eine hohe inhaltliche Anreicherungsfähigkeit auf, und erinnert überdies sprachlich stark an Kants Begriff der „Staatenverbindung“, den dieser in seiner Schrift „Zum ewigen Frieden“ verwendet. Statt dessen kann man die Europäische Union auch als Rechtsgebilde *sui generis* bezeichnen. Im Unterschied zu vielen anderen Fällen stellt das hier keine bloße Verlegenheitskategorie dar, da darin gut die Erstmaligkeit und völlige Neuartigkeit dieses Zusammenschlusses von Staaten zum Ausdruck kommt.

Zur Lösung der rechtlichen Probleme, die sich aus der Zwischenstellung der Europäischen Union zwischen Staatenbund und Bundesstaat ergeben, ist diese begriffliche Qualifizierung freilich nicht geeignet. Die drei wichtigsten greife ich auf.

4. Die erste Frage, die in diesen Zusammenhang gehört, ist die nach dem Rang- und Anwendungsverhältnis zwischen europäischen und nationalen Normen. Bei einem bloßen Staatenbund stellt sie sich von vornherein nicht, da ein solcher *ex praemissione* keine Kompetenz zur Normsetzung gegenüber den Mitgliedstaaten oder gar deren Angehörigen hat. Umgekehrt erscheint es bei einem Bundesstaat als ein Gebot sowohl der Effizienz wie auch der Normlogik, dass die bundesstaatliche Norm grundsätzlich Vorrang vor der einzelstaatlichen Norm hat, wie das etwa der Regel von Art. 31 des Grundgesetzes „Bundesrecht bricht Landesrecht“ entspricht. Bei der Mischform des Staatenverbundes ist die Lösung dieser Problematik ungleich schwieriger. Sie hat zwei Seiten.

a) Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, die heute insoweit allgemeine Akzeptanz findet, kommt europarechtlichen Normen grundsätzlich (Anwendungs)Vorrang vor den Normen der Mitgliedstaaten zu, so dass die Rechtslage im Ergebnis insoweit ganz ähnlich ist wie in einem Bundesstaat. Auf die Stellung der betreffenden Norm in der jeweiligen Normenhierarchie kommt es dabei nicht an. Demgemäß hat z.B. eine bloße „Verordnung“ der Europäischen Union, also eine Norm des europäischen „Sekundärrechts“, Vorrang sogar vor einer Norm des nationalen Verfassungsrechts.

Rechtsquellentheoretisch legitimiert sich dieses – auf den ersten Blick vielleicht gewöhnungsbedürftige – Ergebnis daraus, dass der Gemeinschaft von den Mitgliedstaaten in den „Verträgen“ entspre-

chende Hoheitsrechte übertragen werden; in Art. 23 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes wird das ausdrücklich ausgesprochen. Räumen die Mitgliedstaaten also der Gemeinschaft eine Kompetenz zur Normsetzung ein, dann liegt darin die Übertragung eines Teils ihrer Hoheitsgewalt, so dass es nur folgerichtig ist, wenn sie diese Kompetenz in Zukunft nicht mehr mit kollidierender Wirkung gegenüber dem Gemeinschaftsrecht ausüben können und dieses insoweit in der Tat Vorrang hat.

b) Umgekehrt ist es freilich rechtsquellentheoretisch ebenso folgerichtig – und das ist die andere Seite der Problematik –, dass dieser Vorrang grundsätzlich nur eingreift, wenn und soweit der Gemeinschaft wirklich die von dieser in Anspruch genommene Normsetzungskompetenz übertragen worden ist. Das aber geschieht durch das jeweilige nationale Zustimmungsgesetz zu dem betreffenden Vertrag – und dieses unterliegt, eben weil es ein nationales Gesetz ist, in Deutschland der Kontrolle auf seine Verfassungsmäßigkeit durch das Bundesverfassungsgericht. In dieser Hinsicht unterscheidet sich die Rechtslage somit grundlegend von derjenigen in einem Bundesstaat.

Für die – höchst kontroverse – Frage nach dem Verhältnis zwischen dem Bundesverfassungsgericht und dem Europäischen Gerichtshof bedeutet das, dass bei Divergenzen ersterem grundsätzlich die Letztentscheidungsbefugnis zukommt, wie das auch seinem Selbstverständnis und seiner Rechtsprechung entspricht. Rechtsquellentheoretisch folgt das wieder daraus, dass die Kompetenzen der Europäischen Union im Wege der vertraglichen Übertragung von ihren Mitgliedsstaaten abgeleitet, also lediglich derivativ und nicht originär sind. Für die Europäische Union gilt also der Satz Wotans aus Richard Wagners „Walküre“: „Der durch Verträge ich Herr, den Verträgen bin ich nun Knecht.“ Im Übrigen kann die Europäische Union auch aus demokratietheoretischen Gründen gar keine originären Kompetenzen haben, weil es kein gesamteuropäisches Staatsvolk und damit keinen entsprechenden Volkssouverän gibt.

5. Damit habe ich schon das zweite Großproblem berührt, das in den vorliegenden Zusammenhang gehört: die Frage nach der demokratischen Legitimation der Europäischen Union und ihrem oft beklagten Demokratiedefizit. Zu unterscheiden sind dabei zwei unterschiedliche Legitimationsketten. Beide haben gemeinsam, dass sie von den Wahlvölkern der Mitgliedstaaten ausgehen.

a) Die erste Kette setzt in Deutschland am Deutschen Bundestag an, der dem/der BundeskanzlerIn durch dessen Wahl und damit mittelbar auch den von diesem/dieser vorgeschlagenen BundesministerInnen demokratische Legitimation vermittelt. Der/die BundeskanzlerIn ist kraft Amtes Mitglied des Europäischen Rates, die BundesministerInnen sind Mitglieder des (Minister)Rates. Beide Organe werden zusammen mit dem Europäischen Parlament als Gesetzgeber tätig; der Europäische Rat schlägt überdies dem Europäischen Parlament den

Präsidenten der Europäischen Kommission vor, die das Exekutivorgan der Europäischen Union darstellt.

Es liegt auf der Hand, dass diese Legitimationskette verhältnismäßig schwach ist. Das gilt schon deshalb, weil sie mehrfach vermittelt ist und überdies auf eine Wahl zurückgeht, die auf die Bestimmung eines nationalen Organs – des Deutschen Bundestags – und die Beeinflussung nationaler Politik, nicht aber auf europäische Zielsetzungen gerichtet ist. Außerdem sind im Europäischen Rat und im (Minister) Rat alle Mitgliedstaaten mit prinzipiell gleichem Stimmgewicht vertreten, was trotz der Abschwächung dieses Grundsatzes durch das Prinzip der „doppelten Mehrheit“ nach Art. 16 Absatz 4 des Vertrags von Lissabon dem Gebot der Gleichheit aller Wahlbürger widerspricht. Schließlich irritiert sowohl unter demokratietheoretischen Gesichtspunkten als auch im Hinblick auf das Prinzip der Gewaltenteilung, dass der Europäische Rat und der (Minister)Rat aus Mitgliedern der (nationalen) Exekutive zusammengesetzt sind, obwohl sie ein Organ der Gesetzgebung darstellen. Der tiefere rechtsquellentheoretische Grund für diese ungewöhnliche Konstruktion liegt wiederum darin, dass die Europäische Union ihre rechtliche Grundlage lediglich aus Verträgen mit ihren Mitgliedstaaten erlangt und also in diesen ihre Träger hat, was sich folgerichtig auch in der Zusammensetzung ihrer Organe widerspiegelt.

b) Die zweite Legitimationskette läuft unmittelbar vom Wahlvolk zum Europäischen Parlament. Auch durch diese wird jedoch das Demokratiedefizit keineswegs vollständig behoben. Das folgt schon daraus, dass (auch) diese Wahl getrennt nach Nationen und nicht durch ein europäisches Staatsvolk – das es nicht gibt – erfolgt. Vor allem aber ist den einzelnen Nationen im Parlament jeweils eine bestimmte Anzahl von Sitzen zugeteilt, die nicht unmittelbar mit der Zahl der Einwohner korreliert, sondern den „kleinen“ Staaten relativ gesehen wesentlich mehr Abgeordnete zuspricht als den „großen“; demgemäß kann das Gewicht der Stimme des Angehörigen eines bevölkerungsschwachen Mitgliedstaats wie z.B. Luxemburg oder Malta etwa das Zehn- oder Zwölfwache des Gewichts der Stimme des Angehörigen eines bevölkerungsstarken Mitgliedstaats wie z.B. Deutschland oder Frankreich haben. Das verstößt gegen das demokratische Gebot der Gleichheit der Wahlbürger,² wonach jede Stimme grundsätzlich eine gleich große Einflusschance haben soll.

² Darin liegt ein Kerngedanke des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 30.6.2009 (2 BvE 2/08) zum Vertrag von Lissabon, vgl. Rn. 279 – 297. Dieses ist z.B. in NJW (= Neue Juristische Wochenschrift) 2009, 2267 ff. abgedruckt und im Internet abrufbar unter www.bverfg.de/entscheidungen/es20090630_2bve000208.html. Das Urteil ist unglücklicher- und unerwarteter Weise erst ergangen, nachdem der vorliegende Vortrag gehalten worden war. Es ist in dessen schriftlicher Fassung durch gewisse Modifikationen und Ergänzungen berücksichtigt, ohne dass jedoch an der inhaltlichen Substanz Wesentliches geändert worden ist.

Dieses Defizit ist entgegen vielen – sich meist europaenthusiastisch gebenden – Äußerungen nicht behebbar. Ein entsprechender Versuch wäre wohl schon aus praktischen Gründen zum Scheitern verurteilt; denn die Zahl der Abgeordneten würde zu einer unpraktikablen Größenordnung anschwellen, wenn man diese exakt nach der Bevölkerungszahl bemessen und dabei nicht die – gänzlich inakzeptable – Konsequenz in Kauf nehmen würde, dass manche Länder wie z.B. Luxemburg nicht einmal einen einzigen Abgeordneten erhielten. Vor allem aber wäre ein rigoroser Stimmrechtsegalitarismus unvereinbar mit einer der Grundintentionen der europäischen Integration, nach der die „kleinen“ Staaten in einem „gemeinsamen“ Europa auch einen gewissen Schutz vor der Übermacht der „großen“ finden und ihre Eigenständigkeit nicht de facto einbüßen sollen. Dass sie immerhin noch im Europäischen Rat und im (Minister)Rat repräsentiert blieben, genügt hierfür m.E. nicht, da diesen demokratietheoretisch lediglich die Funktion einer „Zweiten Kammer“ (wie dem deutschen Bundesrat oder dem US-amerikanischen Senat) zukommt.

Somit kollidiert hier das Demokratieprinzip („one man, one vote“) mit dem Prinzip des europäischen Föderalismus („ein Staat, eine Stimme“), so dass ersteres um des letzteren willen eine Einschränkung hinnehmen muss. Ändern ließe sich diese Konsequenz allenfalls dann, wenn es zur Umgründung der Europäischen Union in einen echten Bundesstaat käme.

c) Eine gewisse zusätzliche Legitimation erhält die Europäische Union durch das in Art. 50 des Vertrags von Lissabon ausdrücklich anerkannte Recht der Mitgliedstaaten zu einem (einseitig vollziehbaren) Austritt. Dadurch haben diese also immerhin eine Exit-Option; auch hat schon Sokrates in Platons Dialog „Kriton“ seine Pflicht zum Gehorsam gegenüber den Gesetzen und dem auf deren Grundlage ergangenen (auch von ihm selbst als ungerecht angesehenen) Todesurteil u. a. damit begründet, dass er ja die Möglichkeit zur Auswanderung aus Athen gehabt habe. Natürlich ist das in der Austrittsmöglichkeit liegende Element demokratischer Legitimation besonders schwach, doch sollte man es nicht gänzlich vernachlässigen; immerhin könnte ja z.B. eine Partei einen (nationalen) Wahlkampf mit dem Versprechen führen, sie werde bei einem Obsiegen den Austritt des betreffenden Staates aus der Europäischen Union herbeiführen (wobei das deutsche Grundgesetz dieser Möglichkeit freilich enge Grenzen setzt).

d) Das Demokratiedefizit der Union ist vor allem deshalb misslich, weil es dazu führt, dass deren Entscheidungen fast nie bestimmten politischen Parteien, Politikern oder Funktionsträgern zugeordnet und daher auch nicht bei Wahlen sanktioniert werden können. Darin liegt ein wesentlicher Grund für die verbreitete Klage über die Intransparenz und Bürgerferne der Union. Andererseits folgt aus deren Demokratiedefizit aber in keiner Weise, dass es ihr an der erforderlichen demokratischen Legitimation fehlt. Das liegt wiederum daran, dass sie

eben kein (Bundes)Staat, sondern lediglich ein Verbund von Staaten ist. Denn da dessen Kompetenzen nicht umfassend sind und überdies auf einer Übertragung durch die Mitgliedstaaten beruhen, die ihrerseits dem Demokratieprinzip voll genügen, sind folgerichtig an die demokratische Legitimation der Europäischen Union entsprechend verminderte Anforderungen zu stellen. Dass sie diesen nicht hinreichend entspricht, lässt sich angesichts der ja immerhin vorhandenen und keineswegs geringfügigen Elemente demokratischer Legitimation nicht überzeugend begründen.

6. Daraus ergibt sich freilich das nächste Großproblem – und dieses ist praktisch sowohl das schwierigste als auch das bei weitem wichtigste. Es besteht darin, dass die Europäische Union sich in ihrer derzeitigen Struktur nicht zu einem Bundesstaat entwickeln darf. Das folgt nicht nur daraus, dass ihr die dafür erforderliche volle demokratische Legitimation fehlt, sondern auch daraus, dass ihre Mitgliedstaaten dadurch ihre rechtliche Selbständigkeit und damit ihre Identität verlieren. Eine solch grundstürzende Veränderung aber wäre nicht ohne Mitwirkung des Volkssouveräns, also nicht allein durch eine Entscheidung der nationalen Parlamente, sondern nur auf der Grundlage einer Volksabstimmung möglich.³ Rechtsquellentheoretisch entspricht das dem rechtstheoretisch unmittelbar einleuchtenden (und im Privatrecht in der Tat allgemein anerkannten und praktizierten) Grundsatz, dass ein bloßer „Repräsentant“ – und ein solcher ist das Parlament – nicht die Befugnis hat, das Fundament seiner Repräsentationsaufgabe zu zerstören und damit seinen „Prinzipal“ gewissermaßen zu entmündigen, ja seiner rechtlichen Existenz zu berauben.

Nun besteht das eigentliche Problem natürlich nicht darin, dass eine Umwandlung der Europäischen Union in einen Bundesstaat offen, also durch eine Vertragsänderung, die explizit hierauf gerichtet ist, angestrebt werden könnte, da dafür auf unabsehbare Zeit keine politische Verwirklichungschance in Sicht ist. Vielmehr liegt die Gefahr darin, dass die – unzulässige! – Umwandlung sich nach und nach schleichend entwickelt. Wie das verhindert werden kann, ist eine äußerst intrikate Frage. Dass sich ein wirklich überzeugungskräftiger Katalog von Rechtsmaterien aufstellen lässt, die strikt den Mitgliedstaaten vorbehalten und also einer Vergemeinschaftung von vornherein entzogen sind,⁴ halte ich für äußerst zweifelhaft. Größeren Erfolg scheint mir insoweit vielmehr eine Vitalisierung des Subsidiaritätsprinzips zu versprechen, nach welchem die Union, wie es in Art. 5 Absatz 3 des

³ Zu diesem Ergebnis gelangte auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Vertrag von Lissabon (Fn. 2), wenngleich auf einem anderen, primär am geltenden deutschen Verfassungsrecht orientierten Weg, vgl. unter Rn. 179 der Begründung.

⁴ Einen solchen Ansatz hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zum Vertrag von Lissabon (Fn. 2) zu entwickeln versucht, vgl. unter Rn. 249–260 der Gründe.

Vertrags von Lissabon heißt, grundsätzlich „nur tätig wird, sofern und soweit die Ziele der in Betracht gezogenen Maßnahmen von den Mitgliedstaaten weder auf zentraler noch auf regionaler noch auf lokaler Ebene ausreichend verwirklicht werden können, sondern vielmehr wegen ihres Umfangs oder ihrer Wirkungen auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind“. Hierauf näher einzugehen, würde nun freilich in Tiefen und Untiefen des Europarechts führen, in die einzutauchen den Rahmen eines Festvortrags bei weitem sprengen würde.

IV.

Die Unklarheiten über die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen den Mitgliedstaaten und der Union sowie über die Voraussetzungen und Grenzen ihrer Übertragbarkeit stellen neben den misslichen Konsequenzen des Demokratiedefizits eine gefährliche Achillesferse der Europäischen Union als einer Gemeinschaft des Rechts dar. Vor allem hieran liegt es nämlich, dass ihre Akzeptanz bei den Bürgern schwach ist und offenbar immer schwächer wird. Ohne hinreichende (faktische) Anerkennung kann aber auf Dauer kein staatliches oder überstaatliches Gemeinwesen existieren, weil ihm dann die erforderliche Legitimität fehlt.

Andererseits liegt in diesen Schwächen lediglich die im Ansatz – nicht allerdings in den Einzelheiten der konkreten Ausgestaltung – unvermeidliche Kehrseite einer so singulären und zugleich zukunfts-trächtigen rechtlichen Innovation wie der einer Staatenverbindung nach Art der Europäischen Union. Erstmals in der Geschichte hat sich in dieser ein Gebilde entwickelt, das dem nahe kommt, welches Kant in seiner Schrift „Zum ewigen Frieden“ von 1795 vorschwebte: eine „föderative Vereinigung“ oder „Verbindung“ demokratischer Rechtsstaaten – Kant spricht statt dessen von „Republiken“ –, die keineswegs „Staaten von Engeln“ darstellen, sondern vielmehr durch „wechselseitigen Eigennutz“ und den „Handelsgeist, der mit dem Kriege nicht zusammen bestehen kann“ miteinander verbunden sind. Bei allen ärgerlichen Unvollkommenheiten, welche die Europäische Union in ihrem heutigen Zustand aufweist, ist es daher ein Ziel von wohl geradezu welthistorischer Bedeutung, mit aller Kraft zu ihrer Stabilisierung und Verbesserung beizutragen und, um noch einmal Kant zu zitieren, eine „Pflicht, zu diesem ... Zwecke hinzuarbeiten“.