

EuR

50  
Jahre

# EUROPARECHT

Beiheft 2 | 2018

Armin Hatje | Peter-Christian Müller-Graff | Jörg Philipp Terhechte [Hrsg.]

## Europarechtswissenschaft



Nomos

# EuR

50  
Jahre

# EUROPARECHT

---

Beiheft 2 | 2018

Armin Hatje | Peter-Christian Müller-Graff  
Jörg Philipp Terhechte [Hrsg.]

## Europarechtswissenschaft



Nomos

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-5674-2 (Print)

ISBN 978-3-8452-9816-0 (ePDF)

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2018

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2018. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Das vorliegende EuR-Beiheft vereinigt die schriftlichen Fassungen der Vorträge, die auf dem XXIV. Kolloquium der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht zum Thema „Europarechtswissenschaft“ gehalten wurden. Das Kolloquium fand am 10. und 11. November 2016 an der Leuphana Universität Lüneburg statt. Kaum eine rechtswissenschaftliche Disziplin ist in den letzten Jahren so sehr in das Blickfeld geraten wie die Europarechtswissenschaft. Insbesondere die Krisen und Diskussionen der letzten Jahre haben das Bewusstsein dafür geschärft, dass die Europarechtswissenschaft sich ihrer Besonderheiten und ihres Selbststandes fortwährend vergewissern muss. Deshalb sind die hier versammelten Beiträge grundsätzlicher Natur. Der erste Teil des Bandes befasst sich mit der sachlichen Reichweite des Europarechts (*Thiele, Schulte-Nölke, Meyer*), während sich der zweite Teil mit der Natur, den spezifischen Funktionen und Kontexten der Europarechtswissenschaft beschäftigt (*Terhechte, Häberle*). Der dritte Teil des Bandes ist den Erwartungen anderer Wissenschaften und der Praxis an die Europarechtswissenschaft gewidmet, wobei insbesondere die Erwartungen der Wirtschaftswissenschaft (*Wein*) und der gerichtlichen Praxis (*Skouris*) im Mittelpunkt stehen. Abschließend wird im vierten Teil die Eigenständigkeit der Europarechtswissenschaft als Disziplin aus der rechtstheoretischen (*Augsberg*), völkerrechtlichen (*Kotzur*) und staatsrechtlichen (*Unger*) Perspektiven behandelt.

Das Thema „Europarechtswissenschaft“ bot sich noch aus einem anderen Grund an: Im Jahre 2016 feierte die Zeitschrift EUROPARECHT ihr 50-jähriges Jubiläum. Die Zeitschrift war maßgeblich daran beteiligt, ein neues Rechtsgebiet zu schaffen, das sich vom traditionellen Völkerrecht ebenso unterscheidet wie vom herkömmlichen Staatsrecht. Seit einem halben Jahrhundert ist die EUROPARECHT ein zentrales Forum der Analyse, Diskussion und Dokumentation grundlegender Entwicklungen des Rechts der europäischen Integration. Sie wird diesen Prozess auch weiterhin ebenso kritisch wie konstruktiv begleiten.

Die Herausgeber danken den Förderern der Veranstaltung, insbesondere der Leuphana Universität Lüneburg, dem Nomos Verlag und der Kanzlei Gleiss Lutz, deren großzügige Unterstützung für einen würdigen Rahmen der Konferenz gesorgt hat. Darüber hinaus schulden wir den Mitarbeitenden des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europäisches Recht und Internationales Recht an der Leuphana Universität Lüneburg aufrichtigen Dank, die durch ihren umsichtigen und tatkräftigen Einsatz für den reibungslosen Verlauf des Kolloquiums gesorgt haben.

Hamburg/Heidelberg/Lüneburg im Oktober 2018

*Armin Hatje*

*Peter-Christian Müller-Graff*

*Jörg Philipp Terhechte*



## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	3
---------------	---

### I. Sachliche Reichweite des Europarechts

<i>Privatdozent Dr. Alexander Thiele, Göttingen</i> Öffentliches Recht und Europarecht .....	9
---	---

<i>Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke, Osnabrück/Nijmegen</i> Privatrecht und Europarecht .....	21
--	----

<i>Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Zürich</i> Strafrecht und Europarecht .....	43
--	----

### II. Entwicklung und Kontext der Europarechtswissenschaft

<i>Prof. Dr. Jörg Philipp Terhechte, Lüneburg/Glasgow</i> Die Emergenz des Europarechts als Rechtsgebiet – Gründungsmythos und Konsolidierung, wissenschaftliche und curriculare Stabilisierung, politische Desillusionierung und Reformbemühungen – .....	61
---	----

<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Häberle, Bayreuth</i> Europarechtswissenschaft – als Kulturwissenschaft .....	115
--	-----

### III. Erwartungen anderer Wissenschaften und der Praxis an die Europarechtswissenschaft

<i>Prof. Dr. Thomas Wein, Lüneburg</i> Anforderungen der Wirtschaftswissenschaften an die Europarechtswissenschaft .....	133
--	-----

<i>Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Vassilios Skouris, Thessaloniki/Hamburg</i> Erwartungen der gerichtlichen Praxis an die Wissenschaft des Europarechts ..	149
---	-----

### IV. Europarechtswissenschaft als eigenständige Disziplin?

<i>Prof. Dr. Dr. Ino Augsberg, Kiel</i> Europarechtswissenschaft als eigenständige Disziplin? – Theoretische Grundfragen – .....	159
--	-----

<i>Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. (Duke), Hamburg</i> Völkerrechtliche Einflüsse auf das Europarecht .....	179
---	-----

*Prof. Dr. Sebastian Unger, Bochum*

„Präzedenzlos zu denken“? – Unionsverfassungsrecht zwischen Abgrenzung  
und Analogie zum Staatsrecht ..... 191

# **I.**

## **Sachliche Reichweite des Europarechts**





## Öffentliches Recht und Europarecht

Von Alexander Thiele, Göttingen\*

### I. Die fragile Identität des Europarechtlers

Das Verhältnis des Europarechts zum Öffentlichen Recht erscheint bei näherem Hinsehen sehr viel weniger eindeutig, als man dies möglicherweise auf den ersten Blick vermuten würde. Zwar ist es richtig, dass das Europarecht – wie etwa das Völkerrecht auch – weiterhin in gesondeten Vorlesungen behandelt wird. Und auch die *venia legendi* für das eine Fach umfasst keineswegs automatisch zugleich diejenige für das andere. Mit dieser formellen Differenzierung, die uns in der universitären Welt alltäglich begegnet und vertraut ist, ist aber gerade noch nicht geklärt, wo die tatsächlichen Unterschiede liegen, wie sich diese tradierte Differenzierung und Trennung mithin materiell rechtfertigen lässt. Historisch mag sie ohne Weiteres einleuchten, doch ist das auch in der heutigen Zeit noch der Fall? Was ist es also, dass den „Öffentlichrechtler“ vom „Europarechtler“ unterscheidet? Oder ist diese Differenzierung vor dem Hintergrund der nicht zuletzt von *Rainer Wahl* ausgerufenen zweiten Phase des öffentlichen Rechts,<sup>1</sup> nämlich seiner umfassenden Europäisierung, möglicherweise obsolet? Wird sie lediglich noch aus Tradition vor sich hergetragen und hat ihre ursprüngliche materielle Rechtfertigung mittlerweile bereits verloren? Oder etwas schärfer: Ist nicht jeder Öffentlichrechtler heute automatisch auch ein Europarechtler? Mit welchem Recht aber wird dann eigentlich noch die erwähnte gesonderte *venia legendi* für das Europarecht verliehen? Und was ist dann noch unter Europarechtswissenschaft zu verstehen bzw.: Kann es eine solche eigentlich noch geben?

Angesichts der weitreichenden Europäisierung könnte man in der Tat geneigt sein, die gewiss gewagte These aufzustellen, dass sich Öffentliches Recht und Europarecht heute umfassend miteinander verschmolzen haben. Europarecht und Öffentliches Recht wären danach letztlich ein und dasselbe, wobei anschließend lediglich zu klären wäre, ob das Europarecht das Öffentliche Recht oder das Öffentliche Recht das Europarecht im Laufe der Jahre gleichsam in sich aufgesogen hat. Ein näherer Blick zeigt jedoch, dass sich eine solche Verschmelzungsthese nicht ersnthaft aufrechterhalten lässt. Ja, das Öffentliche Recht und das Europarecht sind in vielfältiger Weise miteinander verwoben, das Öffentliche Recht in

\* Akademischer Rat a.Z. und Privatdozent am Institut für Allgemeine Staatslehre und Politische Wissenschaften an der Universität Göttingen. Es handelt sich um einen um einige Fußnoten ergänzten Vortrag der auf dem 24. wissenschaftlichen Kolloquium der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht an der Leuphana Universität Lüneburg gehalten wurde. Der Vortragsstil wurde beibehalten.

1 Siehe *R. Wahl*, Zwei Phasen des Öffentlichen Rechts, in: ders. (Hrsg.), *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, S. 411 ff. Die erste Phase wurde danach vom inneren Ausbau der Verfassungsstaatlichkeit geprägt. Einige Autoren gehen mittlerweile von einer dritten Phase aus, unterteilen also die Europäisierung ihrerseits wiederum in zwei Abschnitte, vgl. etwa *O. Lepsius*, Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode? – Oder: Die zwei Phasen der Europäisierung des Verwaltungsrechts, *Die Verwaltung*, Beiheft 10, 2010, S. 179 ff.

vielfältiger Weise europäisiert – wer wollte das ernsthaft bestreiten wollen. Ein flüchtiger Blick in die heutigen Lehrbücher des Staatsrechts bestätigt diesen Befund. Gleichwohl bleibt es dabei: Von diesem europäisierten Öffentlichen Recht lässt sich weiterhin ein grundlegendes Europarecht, ein *europäisches Integrationsrecht* unterscheiden. Und es ist dieses Europarecht im engsten Sinne, das die gesonderte Erteilung einer Lehrbefugnis für das Europarecht weiterhin rechtfertigt und das zugleich die Grundlage der Europarechtswissenschaft bildet. Die Elemente dieses europäischen Integrationsrechts möchte ich im Folgenden darlegen. Zuvor soll jedoch die allgemeine Europäisierung des Öffentlichen Rechts noch einmal in Erinnerung gerufen werden.

## II. Die Europäisierung des Öffentlichen Rechts

### 1. Das Phänomen der Europäisierung

Das nationale Öffentliche Recht ist in besonderer Form vom europäischen Recht – gemeint ist hier vornehmlich das Europarecht im engeren Sinne – durchdrungen. Dieses auch als Europäisierung bezeichnete Phänomen, das hier mit *Eberhard Schmidt-Aßmann* als „Prozess fortschreitender Beeinflussung, Wandlung und Überformung eines Rechtsgebiets durch die Rechtsmassen europäischen Rechts und das in ihnen wirksame Rechtsdenken“<sup>2</sup> verstanden werden soll, lässt sich auf zwei spezifische Eigenschaften des Europarechts zurückführen: einer normativen und einer normativ-faktischen Eigenschaft:

- Zunächst der Vorrang des Europarechts vor jeglichem nationalem Recht (grundsätzlich auch des Verfassungsrechts) als prägende normative Eigenschaft des Europarechts.<sup>3</sup> Dieser Vorrang ist zwar „nur“ als Anwendungsvorrang<sup>4</sup> ausgestaltet, sorgt gleichwohl dafür, dass sich das Europarecht im direkten oder indirekten Kollisionsfalle normativ durchsetzt. In Praxis, Lehre und Forschung ist dieser Vorrang der Sache nach mittlerweile ganz unumstritten. Die vom Bundesverfassungsgericht postulierten Vorbehalte spielen insoweit nur eine untergeordnete Rolle.<sup>5</sup>
- Und zweitens das schiere Ausmaß an primär- und sekundärrechtlichen Vorgaben als faktische, quantitative Eigenschaft des Europarechts. Wenn *Schmidt-Aßmann* in seiner obigen Definition also von europäischen „Rechtsmassen“ spricht, so ist das auch wörtlich gemeint. Das europäische Recht weist eine Dichte auf, an die kein auf internationalen Vereinbarungen beruhendes Rechtsregime auch nur ansatzweise heranreicht. Das Europarecht wirkt dadurch in

2 *E. Schmidt-Aßmann*, Zur Europäisierung des allgemeinen Verwaltungsrechts, in: P. Badura/R. Scholz (Hrsg.), FS Lerche, S. 513 ff. (513).

3 Zum Vorrang im Überblick *A. Thiele*, Europarecht, S. 131 ff. sowie *R. Streinz*, Europarecht, Rn. 197 ff.

4 Im Gegensatz zum Geltungsvorrang wird das entgegenstehende nationale Recht als nicht ungültig, sondern wird nur im konkreten Fall nicht angewendet.

5 Siehe dazu *A. Thiele*, Die Integrationsidentität des Art. 23 Abs. 1 GG als (einzige) Grenze des Vorrangs des Europarechts, EuR 2017, S. 367 ff.

praktisch jeden Bereich des öffentlichen Lebens bzw. des Öffentlichen Rechts ein. Wenngleich die These, wonach 80% des öffentlichen Wirtschaftsrechts europarechtlich determiniert sind, weiterhin umstritten bleibt, wird man die Omnipräsenz des Europarechts gleichwohl nicht ernsthaft in Frage stellen wollen. Es erscheint insofern gerechtfertigt, den Ausgangspunkt dieser „zweiten Phase des Öffentlichen Rechts“ mit demjenigen des Binnenmarktprogramms Mitte der Achtziger Jahre<sup>6</sup> gleichzusetzen<sup>7</sup> – so schwierig es auch sein mag, einem prozesshaften Vorgang einen eindeutigen Beginn zuzuweisen. Eine normative Komponente kommt dieser faktischen Eigenschaft des Europarechts durch die stützende Rechtsprechung des EuGH zu. Denn Vorrang und Rechtsmasse kommt nur dann eine so große Bedeutung zu, wo der Anwendungsbereich des Europarechts zu einer Normkollision führt. Und diesen Anwendungsbereich hat der EuGH in den letzten Jahrzehnten erheblich erweitert. Das betrifft natürlich in erster Linie die Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten. Indem er diese mittlerweile nicht mehr nur als bloße Diskriminierungs-, sondern als umfassende Beschränkungsverbote interpretiert,<sup>8</sup> hat sich die Anzahl möglicher Normkollisionen massiv erhöht – zuletzt hat der EuGH vor wenigen Wochen die Preisbindung für rezeptpflichtige Medikamente als unvereinbar mit der Warenverkehrsfreiheit angesehen.<sup>9</sup> In ähnlicher Form hat der EuGH seit den 90er Jahren auch die Vorgaben der Unionsbürgerschaft und des allgemeinen Diskriminierungsverbots zunehmend ausgeweitet<sup>10</sup> – eine Tendenz, die mittlerweile wohl an ihr Ende gekommen zu sein scheint. Hinzu tritt als weiteres normatives Element das sogenannte „Effektivitäts- oder Effizienzprinzip“,<sup>11</sup> wodurch europarechtliche Vorgaben auch dort eine Rolle spielen können, wo auf den ersten Blick eine direkte Normenkollision nicht ersichtlich ist.

Diese Europäisierung hat auch Auswirkungen auf das Öffentliche Recht, welches zunächst einmal nicht direkt bzw. lediglich indirekt in diesem Sinne europäisiert wird. Indem das Europarecht alternative Lösungsmodelle nicht nur theoretisch anbietet, sondern in seinem Anwendungsbereich zugleich auf nationalem Hoheitsgebiet in verbindlicher Form vorschreibt und vollziehen lässt – sozusagen dem Praxistest unterzieht –, wird auch das übrige Öffentliche Recht neuerlich und beinahe ganz selbstverständlich auf seine Zweckmäßigkeit und Überzeugungskraft untersucht. Das Europarecht hat dadurch eine belebende Wirkung und sorgt dafür, tradierte Grundsätze des Öffentlichen Rechts zu hinterfragen und auf ihre fortbestehende Rechtfertigung zu prüfen – ohne dass sie anschließend zwingend aufgegeben werden müssten. Erwähnt sei hier nur der Grundsatz „keine Haftung für le-

6 Vgl. T. Oppermann/C. Classen/M. Nettesheim, *Europarecht*, § 22, Rn. 16.

7 Wahl (Fn. 1) nennt kein konkretes Datum für den Beginn der „zweiten Phase“.

8 Dazu Streinz (Fn. 3), Rn. 827 ff.

9 EuGH Rs. C-148/15 (*Deutsche Parkinson Vereinigung e.V.*), ECLI:EU:C:2016:776.

10 Siehe dazu umfassend F. Wollenschläger, *Grundfreiheit ohne Markt*, 2007.

11 Oppermann/Classen/Nettesheim (Fn. 6), § 12, Rn. 36 ff.

gislatives Unrecht“<sup>12</sup> oder die strenge Subjektivierung des öffentlich-rechtlichen Verwaltungsschutzes.<sup>13</sup>

Obwohl das Europarecht damit seine Grundlagen ursprünglich zweifelsohne im Völkerrecht findet, ist es angesichts dieser besonderen Einwirkungen auf den nationalen Rechtsraum von diesem mittlerweile streng zu unterscheiden. Wenn der EuGH bereits frühzeitig von einer „autonomen Rechtsquelle“ sprach, der eine besondere „Eigenständigkeit“ zukomme,<sup>14</sup> mag das aus damaliger Sicht vielleicht etwas verfrüht und eher prophetisch gewesen sein. Aus heutiger Sicht dürfte ihm kaum noch jemand ernsthaft widersprechen wollen.

## 2. Formen der Europäisierung des Öffentlichen Rechts

Europäisierung ist allerdings nicht gleich Europäisierung. Wenngleich heute die meisten Bereiche des Öffentlichen Rechts zumindest in irgendeiner Form europäisiert sind, schwankt der Grad dieser Europäisierung erheblich. Es lassen sich damit nicht nur aus historischer Perspektive verschiedene Phasen der Europäisierung erkennen, tatsächlich gilt es auch zwischen unterschiedlichen Formen der Europäisierung zu differenzieren. Auch aus diesem Grund ist der Prozess der Europäisierung bis heute nicht abgeschlossen und wird im eigentlichen Sinne auch nie abgeschlossen sein. Ob gegenwärtig daher wirklich von einer Konsolidierungsphase gesprochen werden kann,<sup>15</sup> wird sich erst im historischen Rückblick zeigen. Zu bedenken ist dabei – darauf sei gerade im Hinblick auf die durch den Brexit<sup>16</sup> erneut aufgeworfene Frage nach der Finalität der Integration hingewiesen –, dass der Prozess der Europäisierung auch eine Enteuropäisierung, verstanden als Entflechtung der europäischen und der nationalen Ebene, keineswegs von vornherein ausschließt. Vieles spricht vor dem Hintergrund der aktuellen Erfahrungen denn auch dafür, sich über die sachliche Reichweite und den Umfang des Europarechts Gedanken zu machen und auch eine Renationalisierung bestimmter Bereiche ernsthaft in Erwägung zu ziehen. Damit einher geht dann notwendig auch eine geringere Europäisierung des Öffentlichen Rechts.

Prinzipiell lassen sich der Art nach drei Formen der Europäisierung des öffentlichen Rechts unterscheiden, abhängig davon, welcher Bereich des nationalen Rechts europäisiert wird. Mit *Thorsten Siegel* finden sich die materielle (a), die prozedurale (b) und die institutionelle (c) Europäisierung.<sup>17</sup> In allen drei Bereichen kann die Europäisierung in funktioneller Hinsicht in direkter oder in indirek-

12 Dazu A. Thiele, Europäisches Haftungsrecht, in: J. P. Terhechte (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, § 40, Rn. 75 ff. (2. Aufl. i.E.).

13 Zu den Einwirkungen des Unionsrechts insbesondere auf § 42 Abs. 2 VwGO siehe nur Hk-VerwR/*Sennekamp*, § 42 VwGO, Rn. 73 ff.

14 EuGH Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1141, Rn. 12.

15 In diesem Sinne T. Siegel, *Europäisierung des Öffentlichen Rechts*, Rn. 68.

16 Zum Brexit nur A. Thiele, *Der Austritt aus der EU. Hintergründe und rechtliche Rahmenbedingungen eines Brexit*, EuR 2016, S. 281 ff.

17 Siegel (Fn. 15), Rn. 76 ff.

ter Form erfolgen. Die direkte Europäisierung (*Siegel* spricht von der Europäisierung im engeren Sinne)<sup>18</sup> betrifft die Fälle, in denen das Europarecht darauf abzielt, das nationale Recht in einer bestimmten Form zu modifizieren, in denen es also in der Folge zu einer direkten Normenkollision kommt. Demgegenüber steht die indirekte Europäisierung (bzw. die Europäisierung im weiteren Sinne) für die Fälle, in denen es zu einer indirekten Normenkollision kommt. Hier strebt das Europarecht nicht von vornherein an, das nationale Recht zu modifizieren oder gar zu ersetzen; es fehlt gewissermaßen am finalen Moment auf Seiten des Europarechts. Als typisch erweist sich hier vor allem die Wirkung des bereits angesprochenen Effizienz- oder Effektivitätsprinzips.

#### a) Materielle Europäisierung

Eine materielle Europäisierung liegt vor, soweit materielle europäische Vorschriften direkt oder indirekt die bestehenden Regelungen des nationalen materiellen Rechts überlagern. Eine solche materielle Europäisierung kann sowohl aus dem Primärrecht (häufigster Fall die Grundfreiheiten)<sup>19</sup> als auch aus dem Sekundärrecht folgen. Im Hinblick auf das Sekundärrecht kann die materielle Europäisierung wiederum danach unterschieden werden, ob sie durch Verordnungen oder durch Richtlinien erfolgt. Während im ersten Fall das nationale Recht durch die europäische Regelung ersetzt wird, kommt es im zweiten Fall zu einer schonenden Implementierung der europäischen Vorgaben durch den nationalen Gesetzgeber. Vor dem Hintergrund der oftmals außerordentlich detaillierten Richtlinienvorgaben sind die Auswirkungen vor allem aus der Perspektive des Rechtsunterworfenen Bürgers indes bisweilen kaum voneinander zu unterscheiden.<sup>20</sup>

#### b) Prozedurale Europäisierung

Die prozedurale Europäisierung bezeichnet die Europäisierung des nationalen Verfahrensrechts. Eine trennscharfe Unterscheidung zur materiellen Europäisierung ist allerdings nicht immer möglich, wie der Blick etwa auf die *Alcan*-Entscheidung des EuGH hinsichtlich der Rücknahme unionsrechtswidriger Beihilfen belegt.<sup>21</sup> Angesichts der Aufteilung der Vollzugs- und Kontrollkompetenzen innerhalb des europäischen Verwaltungsverbunds<sup>22</sup> handelt es sich hier in der Regel um indirekte Einwirkungen, die auf das Effektivitätsprinzip zurückgehen. Direkte Einwirkungen sind dadurch allerdings nicht ausgeschlossen.

18 *Siegel* (Fn. 15), Rn. 72.

19 Zur Wirkung der Grundfreiheiten vgl. nur *Streinz* (Fn. 3), Rn. 873.

20 Bei der Richtlinie handelt es sich um einen zweistufigen Rechtsakt, bei dem dem Erlass durch die Union die Umsetzung durch die Mitgliedstaaten nachfolgt. Diese Zweistufigkeit wird allerdings im Fall der unmittelbaren Wirkung durchbrochen. In diesen Fällen nähert sich die Richtlinie zumindest partiell derjenigen von Verordnungen an.

21 EuGH Rs. C-24/95 (*Alcan*), ECLI:EU:C:1997:163, Slg. 1997, 1591.

22 Dazu *Oppermann/Claasen/Nettesheim* (Fn. 6), § 12.

### c) Institutionelle Europäisierung

Bei der institutionellen Europäisierung schließlich geht es um europarechtliche Einwirkungen auf die nationale Behördenstruktur. Dazu gehören einerseits Vorgaben im Hinblick auf die institutionelle Stellung bereits bestehender oder europarechtlich zu errichtender nationaler Behörden. Von großer Relevanz ist hier immer wieder die Frage nach der Unabhängigkeit nationaler Stellen, die aus deutscher Perspektive das nationale Demokratieprinzip vor erhebliche Herausforderungen stellt.<sup>23</sup> Erfasst sind aber auch spezifische Verbundvorgaben, wenn etwa vorgesehen ist, dass nationale Behörden institutionell eng mit anderen Unionsbehörden kooperieren müssen oder nationale und Unionsbehörden funktionell sogar partiell miteinander verschmelzen.<sup>24</sup>

## 3. Europäisierung in den einzelnen öffentlich-rechtlichen Teilgebieten

### a) Verwaltungsrecht

Am stärksten ausgeprägt und am weitesten vorangeschritten ist die soeben beschriebene Europäisierung im nationalen Verwaltungsrecht. Der erneut von *Eberhard Schmidt-Aßmann* geprägte Begriff des „Europäischen Verwaltungsverbunds“<sup>25</sup> bringt die Verflechtung der beiden Rechtsebenen treffend zum Ausdruck. Für alle Formen der Europäisierung lassen sich im Verwaltungsrecht vielfältige Beispiele anführen:

- So findet sich die direkte und indirekte materielle Europäisierung in zahlreichen Bereichen des besonderen Verwaltungsrechts. Genannt seien beispielhaft etwa das Umweltrecht, das Stoffrecht, das Energierecht sowie – aktuell von erheblicher Relevanz – das Asyl-, Flüchtlings- und Migrationsrecht. Einzelne Teilgebiete des besonderen nationalen Verwaltungsrechts verdanken dem Europarecht letztlich sogar ihre eigentliche Existenz, wenn man etwa an das Regulierungsrecht denkt. Aber auch andere, bisweilen klassisch national geprägte Bereiche des besonderen Verwaltungsrechts werden zumindest auch durch europäische Regelungen überlagert. Zu nennen wäre hier nicht zuletzt das Kommunalrecht, bei dem das Europarecht nicht nur Vorgaben bzgl. des Wahlrechts, sondern über die Grundfreiheiten und das allgemeine Diskriminierungsverbot auch für die Benutzung öffentlicher Einrichtungen oder aber für die aktuelle Frage der Rekommunalisierung<sup>26</sup> enthält.

<sup>23</sup> Dazu *A. Thiele*, Verlustdemokratie, S. 103 ff.

<sup>24</sup> Zu einer solchen partiellen Verschmelzung kommt es etwa im Rahmen des einheitlichen Aufsichtsmechanismus SSM, der im Jahre 2014 in Reaktion auf die Finanz- und Eurokrise bei der EZB errichtet worden ist. Dazu im Überblick *A. Thiele*, Finanzaufsicht, S. 519 ff.

<sup>25</sup> Vgl. *E. Schmidt-Aßmann*, Europäische Verwaltung zwischen Kooperation und Hierarchie, in: H.-J. Cremer et al. (Hrsg.), FS Steinberger, 2002, S. 1375 ff.

<sup>26</sup> Dazu *T. I. Schmidt*, Rechtliche Rahmenbedingungen und Perspektiven der Rekommunalisierung, DÖV 2014, S. 357 ff.

- In prozeduraler Hinsicht finden sich vielfältige direkte Vorgaben insbesondere in der umstrittenen Dienstleitungsrichtlinie.<sup>27</sup> Im Übrigen ist es hier aber das Effektivitätsprinzip, das zu Modifikationen des nationalen Verwaltungsverfahrensrechts führt. Erneut sei an dieser Stelle an die Alcan-Entscheidung und deren Nachfolger erinnert. Zur prozeduralen Europäisierung im hier verstandenen Sinne sind dabei auch die Einwirkungen des Europarechts auf das nationale Verwaltungsprozessrecht zu zählen, dem auch auf dem letzten Juristentag ein eigenes Panel mit einem Gutachten von *Klaus Ferdinand Gärditz* gewidmet war.<sup>28</sup> Im Vordergrund steht hier eine mögliche Modifizierung des in besonderer Weise auf das subjektive Recht ausgerichteten deutschen Rechtsschutzkonzepts, das sich vom französischen Modell deutlich unterscheidet. Beide Modelle – diese Erkenntnis scheint sich dabei mehr und mehr durchzusetzen – haben ihre Vor- und Nachteile. Das heute über eine Verknüpfung dieser beiden Ansätze nachgedacht wird ist daher ebenso zu begrüßen, wie dem Europarecht zu verdanken.
- Und schließlich sorgt das Europarecht auch für „institutionellen Wirbel“. Bekannt sein dürften die Auseinandersetzungen um die unabhängige Stellung des nationalen Datenschutzbeauftragten.<sup>29</sup> Aber auch darüber hinaus ist zu beachten, dass nationale Stellen beim Vollzug von Unionsrecht als funktionelle Unionsbehörden tätig werden. Das hat nicht zuletzt auch Auswirkungen auf die Frage des jeweiligen Grundrechtsregimes, das für die Bewertung entsprechender Vollzugshandlungen heranzuziehen ist. Der Form der institutionellen Verflechtung sind dabei, wie der Blick auf den Ende 2014 errichteten europäischen Aufsichtsmechanismus zeigt, kaum Grenzen gesetzt. So finden sich dort sogar „gemeinsame Aufsichtsteams“, zusammengesetzt aus Vertretern der nationalen Aufsichtsbehörde und der EZB, die gemeinsam für die Aufsichtstätigkeit vor Ort verantwortlich zeichnen.<sup>30</sup> Auch im Übrigen weist die Verflechtung der EZB mit den nationalen Aufsichtsbehörden hier Besonderheiten auf, auf die an dieser Stelle allerdings nicht näher eingegangen werden kann.

## b) Staatsrecht

Blicken wir nun auf das Staatsrecht, das sich an sich schon seinem Namen nach einer Europäisierung zu widersetzen scheint. Erfolgreich, so viel wird man sagen können, war dieser begriffliche Widerstand letztlich allerdings nicht, wenngleich das Ausmaß der Europäisierung geringer ausfällt, als das im Verwaltungsrecht der

27 RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl. EG Nr. L 376/36.

28 K. F. Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf den Prüfstand, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, 2016.

29 H. P. Bull, Die „völlig unabhängige“ Aufsichtsbehörde. Zum Urteil des EuGH vom 9.10.2010 in Sachen Datenschutzaufsicht, EuZW 2010, S. 488 ff.

30 Vgl. C. Ohler, Bankenaufsicht und Geldpolitik in der Währungsunion, § 5, Rn. 69.



Fall ist. Gleichwohl finden sich auch hier zunehmend europäische Vorgaben, die zu einer wenigstens partiellen Überlagerung des nationalen Rechts führen. Wenngleich die grundsätzliche Ausgestaltung des parlamentarischen Regierungssystems durch das europäische Recht nicht angetastet worden ist,<sup>31</sup> finden sich zahlreiche direkte und indirekte europäische Vorgaben, die es in diesem Bereich zu beachten gilt. Sieht man einmal davon ab, dass mit dem Währungsrecht vielleicht eine der bedeutendsten nationalen Kompetenzen bereits auf die europäische Ebene verlagert worden ist,<sup>32</sup> betrifft der materielle Einfluss mittlerweile ein weiteres Kerngebiet nationaler Souveränität: Das nationale Finanz- und Haushaltsrecht. Während der Stabilitäts- und Wachstumspakt schon seit einigen Jahren entsprechende Vorgaben enthält,<sup>33</sup> sind diese mit dem sogenannten Fiskalpakt<sup>34</sup> zuletzt noch einmal verschärft worden. Über dessen faktische Steuerungsfähigkeit mag man streiten, an dessen normativem Anspruch ändert das jedoch nichts, was gegenwärtig vor allem Italien zu spüren bekommt. Zu erwähnen ist auch die Verordnung zur „Vermeidung makroökonomischer Ungleichgewichte“,<sup>35</sup> die erhebliche Auswirkungen auf die nationale Wirtschaftspolitik haben kann – zumindest in der Theorie. Selbst die Einführung einer PKW-Maut für Autobahnen wird heute von der Kommission kritisch beäugt, wenngleich das zunächst eingeleitete Vertragsverletzungsverfahren gegen das deutsche Vorhaben mehr auf der (bewussten und medienwirksamen) Ignoranz des zuständigen Ministers zurückzuführen sein dürfte. Dafür spricht nicht zuletzt der Umstand, dass der Streit mit der Kommission nun beigelegt zu sein scheint, wobei von der ursprünglichen Idee (wohl) nicht mehr viel übrig geblieben sein dürfte. Mittlerweile hat freilich Österreich eine seltene Vertragsverletzungsklage nach Art. 259 AEUV gegen Deutschland eingereicht, so dass die Frage der Europarechtskonformität abschließend vom EuGH entschieden werden wird.

Indirekte Einwirkungen zeigen sich im Bereich des Staatsrechts darüber hinaus beim Verständnis des in Art. 20 Abs. 1 GG niedergelegten Demokratieprinzips. Dass Böckenförd'sche Kettenmodell<sup>36</sup> ist nicht nur aufgrund der institutionellen Struktur der EU insgesamt, sondern auch aufgrund der Vielzahl an unabhängigen sekundärrechtlich auf europäischer und nationaler Ebene geforderten Verwaltungsstellen wieder auf die wissenschaftliche Tagesordnung gelangt. Hier findet sich insofern ein Bereich, in dem die Europäisierung auch zur Hinterfragung tra-

31 Sehr wohl aber gibt es unionsrechtliche Einwirkungen, die sich auch in der Praxis zeigen vgl. *R. Sturm*, Die Europäisierung des deutschen Regierungssystems, *Integration* 2016, S. 213 ff.

32 Dazu *M. Selmayr*, Das Recht der Währungsunion, in: P.-C. Müller-Graff (Hrsg.), *Europäisches Wirtschaftsordnungsrecht*, EnzyEuR Band 4, § 23 sowie *A. Thiele*, *Europäisches Währungsverwaltungsrecht*, in: J. P. Terhechte, *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2. Aufl. 2017, § 27 (i.E.).

33 Ausführlich zu diesem *K. Hentschelmann*, *Der Stabilitäts- und Wachstumspakt*, 2009.

34 Dazu *F. Schorkopf*, Europas politische Verfasstheit im Lichte des Fiskalvertrags, *Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften* 10 (2012), 1 ff. sowie *A. Thiele*, The „German Way“ of Curbing Public Debt, *EuConst* 11 (2015), 30 (45 ff.).

35 Verordnung (EU) Nr. 1176/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. November 2011 über die Vermeidung und Korrektur makroökonomischer Ungleichgewichte, *Abl. EU* Nr. L 306/25.

36 Dazu *E.-W. Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof, *HdStR* Band I, 2. Aufl. 1995, § 30, Rn. 15. Siehe auch *H. Dreier*, in: ders. (Hrsg.), *Grundgesetz*, Band II, Art. 20, Rn. 82 ff.

dierter nationaler Begrifflichkeiten führt – unabhängig davon, was man vom Kettenmodell hält, ein durchaus belebender und zu begrüßender Effekt.

Auch im Bereich der Grundrechte finden sich gewisse materielle europäische Vorgaben. Zu denken ist etwa an die Frage, ob bzw. inwieweit sich auch EU-Ausländer auf die Deutschengrundrechte bzw. juristische Personen aus dem EU-Ausland sich überhaupt auf die Grundrechte berufen können.<sup>37</sup> Vor allem die Frage des Anwendungsbereichs der deutschen Grundrechte ist in letzter Zeit aktuell geworden. Wenngleich der EuGH – auch aufgrund einer deutlichen Ermahnung durch das BVerfG – seine weite Akerberg-Rechtsprechung<sup>38</sup> mittlerweile abgeschwächt haben dürfte, ist das letzte Wort in dieser Frage gewiss noch nicht gesprochen.

In prozessualer Hinsicht sei schließlich darauf hingewiesen, dass die Prüfung der Europarechtskonformität eines Gesetzesvorhabens fester Bestandteil eines jeden Gesetzesverfahrens ist. Der Prüfungsprozess ist insoweit gewissermaßen automatisiert worden. Bundestag und Bundesrat sind über die Subsidiaritätskontrolle<sup>39</sup> zudem auch in den europäischen Rechtsetzungsprozess integriert worden – freilich nicht in sonderlich effektiver Weise, aber immerhin. Und in institutioneller Hinsicht finden sich zwar nur wenige Einwirkungen. Abgesehen von der unabhängigen Stellung der Bundesbank, die auch europarechtlich gefordert ist, seien aber der Stabilitätsrat nach Art. 109a GG sowie der Europaausschuss des Bundestages erwähnt, dessen Kompetenzen über die eines gewöhnlichen Ausschusses deutlich hinausgehen.

#### 4. Zwischenfazit

Zieht man ein erstes Zwischenfazit so stellt man fest, dass das Europarecht mittlerweile fester Bestandteil des nationalen Öffentlichen Rechts ist. Der Prozess der Europäisierung ist so weit vorangeschritten, dass eine Behandlung des Öffentlichen Rechts ohne diese Einwirkungen nicht mehr in Betracht kommt – und zwar weder in der Lehre noch in der Forschung oder der Praxis. Dieser Prozess spiegelt sich denn auch in den Lehrbüchern. So finden sich in den Standardwerken von

37 Siehe zum zweiten Aspekt BVerfGE 129, 78 (94 ff.). Zuletzt ist vom BVerfG entschieden worden, dass auch eine von einem ausländischen Staat aus der EU gehaltene juristische Person des Privatrechts Grundrechtsschutz genießt, vgl. BVerfG, Urteil vom 6.12.2016, 1 BvR 2821/11. Dieses Ergebnis wurde dabei maßgeblich auf das Europarecht gestützt.

38 EuGH, Rs. C-617/10 (*Akerberg Fransson*), ECLI:EU:C:2013:280. Zu dieser (hoch umstrittenen) Entscheidung siehe D. Thym, Die Reichweite der EU-Grundrechtscharta – Zu viel Grundrechtsschutz?, NVwZ 2013, S. 889 ff.; E. M. Frenzel, Die Charta der Grundrechte als Maßstab für mitgliedstaatliches Handeln zwischen Effektivierung und Hyperintegration, Der Staat 53 (2014), S. 1 ff.; C. Franzius, Grundrechtsschutz in Europa – Zwischen Selbstbehauptungen und Selbstbeschränkungen der Rechtsordnungen und ihrer Gerichte, ZaöRV 2015, S. 383 ff.; F. Kirchhof, Nationale Grundrechte und Unionsgrundrechte, NVwZ 2014, S. 1537 ff. Auch das Bundesverfassungsgericht hat schnell deutlich gemacht, dass es mit dieser Auslegung des Art. 51 GrCh nicht einverstanden ist, siehe BVerfGE 133, 277 (316).

39 Siehe dazu Art. 6 des Protokolls über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit.

Jörn Ipsen<sup>40</sup> mittlerweile zahlreiche Passagen, in denen diese Europäisierung thematisiert wird, was vor einigen Jahren noch nicht der Fall war. Das Grundrechtslehrbuch von *Friedhelm Hufen*<sup>41</sup> ist sogar sogleich aus einem auch europäischen (und internationalen) Blickwinkel konzipiert worden. Für die aktuellen Lehrbücher zum Verwaltungs- bzw. Verwaltungsprozessrecht gilt nichts anderes.

### III. Das eigenständige Europarecht

Geht das Europarecht damit also doch vollständig im Öffentlichen Recht auf? Ist also jeder Öffentlichrechtler heute zugleich und notwendig immer auch Europarechtler? Die Antwort lautet nein. Denn: Die Europäisierung erfasst immer nur einen Teilbereich des gesamten Europarechts. In diesem Sinne ist auch *Thorsten Siegel* zu verstehen, wenn er zu Beginn seiner Monographie festhält: „Gegenstand dieses Buches ist die Europäisierung des Öffentlichen Rechts, nicht hingegen das Europarecht als solches.“<sup>42</sup> Die Europäisierung erfolgt punktuell, bisweilen eher zufällig und unsystematisch. Den „europäisierten Öffentlichrechtler“ beschäftigt daher in der Regel nur eine konkrete europarechtliche Fragestellung, nicht aber das Gesamtsystem des Europarechts. Und hier wiederum wird er in der Regel die grundlegenden Erkenntnisse von der Europarechtswissenschaft übernehmen und anschließend anwenden, sie aber nicht stets und in jedem Fall erneut in Frage stellen.

Welche grundlegenden Bereiche sind es, die dieses Europarecht im engsten Sinne prägen und durch dessen zumindest partielle Behandlung sich daher der Europarechtler vom europäisierten Öffentlichrechtler unterscheidet? Bevor die aus meiner Sicht fünf Bereiche skizziert werden sollen, noch zwei Bemerkungen zu meiner Entlastung: Erstens handelt es sich nicht um trennscharfe Abgrenzungen; das grundlegende Europarecht lässt sich nicht vollständig vom europäisierten Öffentlichen Recht abgrenzen. Und zweitens: Nicht jeder Europarechtler muss sich zwingend und vornehmlich um die hier ohnehin nur vorgeschlagenen Bereiche kümmern. Wo in der eigenen Forschung und Lehre aber keiner dieser Bereiche jemals zumindest am Rande behandelt wird, wird man zumindest genauer beleuchten müssen, ob sich möglicherweise aus anderen Umständen die Identität eines Europarechtlers ergibt.

Vornehmlich sind es m.E. die folgenden Bereiche, die die Tätigkeit eines Europarechtlers in diesem Sinne mitprägen und die – das sei zumindest einmal vorgeschlagen – unter dem Begriff des „*europäischen Integrationsrechts*“ zusammengefasst werden könnten:

40 J. Ipsen, Staatsrecht I, 28. Aufl. 2016; ders., Staatsrecht II, 19. Aufl. 2016.

41 F. Hufen, Staatsrecht II, 5. Aufl. 2016. Im Vorwort der ersten Auflage heißt es „Großes Gewicht legt das Buch auch auf die internationale und europäische Entwicklung – nicht abgekoppelt am Schluss, sondern integriert bei den einzelnen Grundrechten.“.

42 Siegel (Fn. 15), S. 3.

- *Finalität des Integrationsprozesses.* Diese Frage nach dem Ziel der Integration ist lange zurückgestellt und auch in der wissenschaftlichen Debatte nicht hinreichend behandelt worden. Sie zu beantworten ist seit der Brexit-Entscheidung freilich dringender denn je und hier ist damit auch und vor allem die Europarechtswissenschaft gefragt, die mit der Entwicklung neuer und tragfähiger Konzepte entsprechende Angebote machen muss.
- *Begründung und Umfang des Vorrangs des Europarechts sowie die Wirkung des Europarechts im Allgemeinen.* Neben der Analyse der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die Begründung und die Reichweite des Vorrangs geht es hier auch um die Entwicklung einer allgemeinen Handlungsformenlehre einschließlich einer europäischen Methodenlehre. Gerade die Erfahrungen mit der Eurokrise haben gezeigt, dass in methodischer Hinsicht in den einzelnen Mitgliedstaaten erhebliche Unterschiede bestehen – erinnert sei etwa an die Auslegung der no-bail-out-Klausel des Art. 125 AEUV oder die Diskussion über die Reichweite des Art. 123 AEUV. Hier scheint denn auch der Bedarf nach einer wirklich transnationalen Europarechtswissenschaft – wie sie zuletzt in der Jubiläumszeitschrift, der *Europarecht*, von *Daniel Thym* gefordert worden ist<sup>43</sup> – besonders ausgeprägt. Denn auch wenn es in letzter Zeit immer wieder auch monographische Abhandlungen zu einer europäischen Methodenlehre gegeben hat, scheint mir die Diskussion bisweilen insgesamt noch zu national geprägt.
- *Die institutionelle Ordnung der Union.* Dazu gehört nicht nur die Auseinandersetzung mit konkreten institutionellen Fragen wie dem Abstimmungsverfahren in der Kommission, dem Rat oder dem Rat der EZB, der seit 2015 auf ein besonderes Rotationssystem zurückgreift. Vielmehr umfasst dieser Komplex auch das Problem der Legitimation und darüber hinausgehend der Legitimität der EU insgesamt, die aktuell gefährdet erscheint. Hintergrund bildet der Umstand, dass von den Legitimitätskriterien, wie sie nicht zuletzt von *Peter Graf von Kielmansegg* formuliert worden sind,<sup>44</sup> zumindest zwei bei der EU nicht oder nicht hinreichend erfüllt sind: Sie sichert erstens den Bürgerinnen und Bürgern nicht ausreichend Teilhabe an ihrer Herrschaft, jedenfalls aber eine zu undurchsichtige Form der Teilhabe und weist zweitens deutliche Defizite im Hinblick auf die Gewährleistung materieller Gerechtigkeit auf – einem Output-Element der Legitimität, dem eine große und wohl unterschätzte Bedeutung zukommt. Das gilt übrigens auch für einige nationale Demokratien, zunehmend wohl auch der Deutschen.<sup>45</sup>
- *Die allgemeinen Prinzipien des europäischen Verwaltungsverbunds.* Hier geht es vor allem darum herauszuarbeiten was den Europäischen Verwaltungsverbund kennzeichnet und welche konkreten normativen Folgerungen sich daraus – etwa für die Geltung der Grundrechte – ableiten lassen. Nicht zuletzt *Jürgen Schwarze* hat hier neben anderen Pionierarbeit geleistet. Auch die Entwicklung

43 D. Thym, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland, EuR 2015, S. 671 ff.

44 P. Graf von Kielmansegg, Legitimität als analytische Kategorie, PVS 12 (1971), S. 367 ff.

45 Zu den Defiziten der deutschen Demokratie auch Thiele (Fn. 23), S. 77 ff.

eines eigenständigen europäischen Verwaltungsverfahrenrechts (Stichwort ReNUAL)<sup>46</sup> gehört sicherlich hierher.

- *Und schließlich die grundlegenden Regeln des europäischen Binnenmarktes.* Dazu gehört insbesondere die allgemeine Dogmatik der europäischen Grundfreiheiten,<sup>47</sup> möglicherweise aber auch das Wettbewerbsrecht, wenngleich dieser Bereich zunehmend ein gewisses Eigenleben entwickelt und zudem starke Schnittmengen zum Wirtschaftsprivatrecht aufweist.

Natürlich spielen alle diese Bereiche auch für den europäisierten Öffentlichrechtler eine Rolle. Und selbstverständlich kann, wird und darf er sich zu diesen Fragen auch verhalten. In den überwiegenden Fällen aber wird der europäisierte Öffentlichrechtler auf die gefundenen Ergebnisse lediglich zurückgreifen und sie für seinen konkreten Bereich zur Anwendung bringen. Deutlich wird das etwa bei der Heranziehung der Grundfreiheiten. Dass es sich bei diesen um Beschränkungsverbote handelt, dürfte etwa bei deren Anwendung im öffentlichen Steuerrecht in der Regel vorausgesetzt, nicht aber in jedem Einzelfall erneut in Frage gestellt werden.

#### IV. Die Grundlagen der Europarechtswissenschaft

Ich komme zum Schluss. Das Europarecht und das Öffentliche Recht sind eng miteinander verwoben. Wer heute mit dem Öffentlichen Recht zu tun hat, kommt am Europarecht nicht vorbei. Gleichwohl sind Europarecht und Öffentliches Recht nicht miteinander verschmolzen. Es verbleiben vielmehr Bereiche, die damit zugleich den Ausgangspunkt einer selbstbewussten gesamteuropäischen Europarechtswissenschaft bilden könnten. Die Zukunft des Europarechtlers scheint damit auch in den nächsten Jahrzehnten mehr als gesichert. Aus universitärer Perspektive setzt dies allerdings voraus, dass die *venia legendi* für das Europarecht bzw. das *europäische Integrationsrecht* nicht bereits dort verliehen werden sollte, wo es der Sache nach nur um das europäisierte Öffentliche Recht geht. Die Abgrenzung mag im Einzelfall schwer fallen. Sie ist aber erforderlich, wenn das Europarecht und die Europarechtswissenschaft langfristig nicht unter die Räder kommen sollen.

46 Siehe dazu J.-P. Schneider/K. Rennert/N. Marsch (Hrsg.), ReNUAL-Musterentwurf für ein EU-Verwaltungsverfahrenrecht, 2016.

47 Hier hat sich gerade in den letzten Jahren wieder einiges getan, nicht zuletzt im Hinblick auf die Eingriffsdogmatik, wo der EuGH zunehmend und unter Ablösung der Keck-Rechtsprechung auf einen Drei-Stufen-Test zurückgreift, bei dem die Frage des Marktzugangs im Mittelpunkt steht. Siehe dazu nur Streinz (Fn. 3), Rn. 911.

## Privatrecht und Europarecht

*Von Hans Schulte-Nölke, Osnabrück/Nijmegen\**

### I. Einführung

Etwas provokant zugespitzt lautet die mir gestellte Frage, ob es eine zivilrechtliche Europarechtswissenschaft gibt. In der Tat scheinen die Begriffe „Europarecht“ und „Europarechtswissenschaft“ etwas stärker öffentlich-rechtlich als privatrechtlich besetzt zu sein. Die weitaus meisten Zivilrechtler führen „Europarecht“ nicht in ihrer Lehrstuhldenomination. Um die Frage sinnvoll zu beantworten, muss ich sie daher etwas umformulieren. Im Folgenden soll es vor allem darum gehen, wie die Zivilrechtswissenschaft mit dem Einfluss des Europarechts umgeht und wie dieses ihre Fragestellungen und Methoden beeinflusst. Denn die Entwicklung ist eng verknüpft mit der Europäisierung des Privatrechts, wobei es interessanterweise nicht stets die EU-Organen sind, die vorangehen, sondern nicht selten auch die Wissenschaft.

Europarecht ist in der Wahrnehmung der Zivilrechtswissenschaft ein Teilbereich des Faches „Europäisches Privatrecht“, das viele Lehrstühle und Zeitschriften in ihrem Titel führen. Der Begriff Europäisches Privatrecht schließt das Unionsprivatrecht, Primär- wie Sekundärrecht, ein, ist aber deutlich weiter. Je nach Zusammenhang gehören zum Europäischen Privatrecht auch von Rechtswissenschaftlern auf rechtsvergleichender Grundlage formulierte Werke mit Definitionen, Grundsätzen und Regeln des Europäischen Privatrechts<sup>1</sup> sowie Gemeinsamkeiten der nationalen Privatrechtsordnungen, die z.B. durch eine gemeinsame Rechts tradition, nicht zuletzt unter dem Einfluss des *ius commune*, oder durch Ähnlichkeiten von Wirtschaft und Gesellschaft erklärt werden.<sup>2</sup> Gegenstand des Europäischen Privatrechts ist also nicht das Europarecht für sich genommen, sondern die Gesamtheit der vielen uneinheitlichen Rechtsquellen unionsrechtlicher, internationaler und nationaler Provenienz mit unterschiedlichen Zielsetzungen, bei denen es insbesondere darum geht, sie in ein wertungsrichtiges einheitliches Rechtssystem zu integrieren.

Das Privatrecht ist zudem ein äußerst weit gespanntes Gebiet. Es ist eine häufig gemachte Beobachtung, dass der Einfluss des Europarechts viel eher und viel stärker in zahlreichen Spezialmaterien sichtbar wird als in den Kerngebieten des

\* Etwas ausgearbeitete und um einige Fußnoten ergänzte Fassung des bei den Europarechtstagen 2016 in Lüneburg gehaltenen Vortrags; die Vortragsform wurde beibehalten. Prof. Dr. Hans Schulte-Nölke ist Direktor des European Legal Studies Institute an der Universität Osnabrück und Professor an der Radboud Universität Nijmegen.

1 Dazu genauer unten unter Gliederungspunkt III. Die Zeit der Professorenentwürfe.

2 N. Jansen, „Europäisches Privatrecht“, in: J. Basedow/K. J. Hopt/R. Zimmermann (Hrsg.), Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, 2009; H. Schulte-Nölke, „Europäisches Privatrecht“, in: Staatslexikon der Görres-Gesellschaft, 8. Aufl. 2017; siehe auch die Auswahl der Texte in R. Schulze/R. Zimmermann (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht*, Basistexte, 5. Aufl. 2016.



BGB.<sup>3</sup> Etwa für den Kartellrechtler,<sup>4</sup> den Gesellschaftsrechtler oder den Arbeitsrechtler sind seit Jahrzehnten europäische Rechtsakte mit zugehöriger Judikatur und (im Kartellrecht) Verwaltungspraxis eine Selbstverständlichkeit. Dem auf materielles Sachenrecht, Familienrecht oder Erbrecht spezialisierten Zivilisten begegnen Unionsrechtsakte hingegen nur ausnahmsweise. Je nachdem, wo man hinschaut, sieht man mehr oder weniger Europarecht im Privatrecht. Dessen ungeachtet dürfte trotz zunehmender Spezialisierung und schneller Ausbreitung von Spezialgebieten für die Privatrechtswissenschaft immer noch das BGB als stilbildend anzusehen sein. Daraus folgt, dass insbesondere europarechtliche Einflüsse auf im BGB geregelte Materien bewusstseinsbildend für die Wahrnehmung der Europäisierung durch den Privatrechtler insgesamt sein dürften. Diese Perspektive soll hier eingenommen werden; die weitaus meisten Beispiele sind dem BGB entnommen.

## II. Die Zeit der Metaphern und Entdecker

Die Frage nach der Bedeutung des Europarechts für die Zivilrechtswissenschaft bezieht sich natürlich primär auf das Recht der Europäischen Union. Die Antwort erfordert daher zunächst einen kurzen Blick auf die privatrechtliche Rechtsgeschichte der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG). Bekanntlich war die EWG in ihren Anfangsjahren vor allem von der Notwendigkeit geprägt, ganz unmittelbare Hindernisse für den Gemeinsamen Markt zu beseitigen, die, wie etwas Zölle, überwiegend dem öffentlichen Recht zuzuordnen waren. Grundlage war der sogenannte Spaak-Bericht aus dem Jahr 1956. Schon früh machte allerdings insbesondere *Walter Hallstein* darauf aufmerksam, dass sich die EWG als Zusammenschluss von Staaten mit vorwiegend wirtschafts- und sozialpolitischen Zielsetzungen auch mit den Unterschieden des Privat- und Prozessrechts befassen müsse.<sup>5</sup> Im Blick hatte er dabei insbesondere Materien wie das Gesellschaftsrecht oder das Recht des geistigen Eigentums. Dessen ungeachtet wurde das Europarecht als Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu einer Spezialmaterie, die von den Zivilisten ganz überwiegend als Teilgebiet des öffentlichen Rechts angesehen wurde. In der Tat blieb auch das BGB zunächst von der Rechtsetzung der EWG gänzlich ausgespart.

Kurze Zeit sah es so aber aus, als wenn durch die immer weitere Auslegung der Grundfreiheiten durch den EuGH<sup>6</sup> auch das Vertrags- und Sachenrecht erfasst würden. Fern lag diese Möglichkeit jedenfalls nicht. Denn ein Markt hat den

3 Vgl. nur den Überblick bei *R. Schulze/M. Zuleeg/S. Kadelbach* (Hrsg.), *Europarecht*, Handbuch für die deutsche Rechtspraxis, 3. Aufl. 2015.

4 *J. P. Terhechte* (Hrsg.): *Internationales Kartell- und Fusionskontrollverfahrensrecht*, 2008.

5 *W. Hallstein*, Angleichung des Privat- und Prozeßrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, *RabelsZ* 1964, S. 211 ff.

6 Dazu wegweisend z.B. *W.-H. Roth*, *Freier Warenverkehr und staatliche Regelungsgewalt in einem Gemeinsamen Markt*, 1977.

Zweck, dass auf ihm Verträge geschlossen, durchgeführt und die sich dabei notwendigerweise ergebenden Zivilrechtstreitigkeiten ausgetragen werden. Wenn die dafür anwendbaren Regeln des Vertrags- und Sachenrechts sich in den einzelnen Mitgliedsstaaten erheblich unterscheiden, kann dies zu Behinderungen des Gemeinsamen Marktes führen. Der EuGH hat jedoch Wege gefunden, die Unterschiede der nationalen Vertrags- und Sachenrechte dem Zugriff der Grundfreiheiten zu entziehen. In engem zeitlichen Zusammenhang mit der berühmten *Keck*-Entscheidung hat der EuGH etwa in der weniger bekannten Entscheidung *CMC Motorradcenter* klargestellt, dass unterschiedslos auf inländische wie ausländische Waren anwendbare privatrechtliche Rechtsnormen wie vorvertragliche Aufklärungspflichten zwar an der Warenverkehrsfreiheit zu messen sind, aber sie nicht nur deshalb als Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit anzusehen sind, weil sie möglicherweise Einfluss auf die grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit haben. In unausgesprochener Einschränkung der *Dassonville*-Formel hielt der EuGH die restriktiven Wirkungen, die von einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht auf den freien Warenverkehr ausgehen könnten, für „zu ungewiss und zu mittelbar“ als dass diese als geeignet angesehen werden können, den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten zu behindern.<sup>7</sup>

Die Dynamik, die letztlich zu einer Europäisierung des Privatrechts auf breiter Front führte, entstand mit der Einheitlichen Europäischen Akte von 1986, die zum einen Mehrheitsentscheidungen im Rat möglich machte und zum anderen das Programm zur Schaffung des Binnenmarktes 1992 auflegte. Die Folge war der Erlass von Rechtsakten auf Kerngebieten des Privatrechts, die seit 1985 fast im Jahresrhythmus ergingen. Wichtige Rechtsakte für die Wahrnehmung der Europäisierung des Zivilrechts durch die Zivilrechtswissenschaft waren insbesondere – nach der Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG als Vorläufer – die Klauselrichtlinie 93/13/EWG und die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG.

Erst etwa seit Ende der 1980er Jahre erreichte das Europarecht breitere Aufmerksamkeit innerhalb der Zivilrechtswissenschaft und wurde dann aber mit geradezu erstaunlicher Geschwindigkeit eine der Kernfragen. Während noch bei der Zivilrechtslehrertagung 1987 *Zöllner* einen Vortrag unter dem Titel „Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert“ hielt, ohne die Europäisierung überhaupt zu erwähnen, machte *Hommelhoff* nur vier Jahre später die Frage nach dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung auf das Zivilrecht zu seinem Hauptthema.<sup>8</sup> Seitdem ist die Europäisierung des Zivilrechts regelmäßig einer der Schwerpunkte bei den Zivilrechtslehrertagungen.

Die Jahre um 1990 waren die große Zeit der Metaphern und Entdecker. Im Vordergrund stand zunächst die Beschreibung und nicht selten Kritik des fragmentarischen Charakters des EG-Rechts in Gestalt einzelner, wenig miteinander abge-

7 EuGH Rs. C-93/92, (*CMC Motorradcenter*), ECLI: EU:C:1993:838, Slg. 1993, 5009, Rn. 12; dazu z.B. *T. Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, 2004, S. 145 ff.

8 *W. Zöllner*, Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP 1988, S. 85 ff.; *P. Hommelhoff*, Zivilrecht unter dem Einfluss europäischer Rechtsangleichung, AcP 1992, S. 71 ff.



stimmter Richtlinien und Verordnungen im Zusammenspiel mit der Rechtsprechung des EuGH. Den Diskurs prägte beispielsweise das Bild von *Rittner*, der von einer Vielzahl von Inseln sprach, die kein innerer Zusammenhang miteinander verbinde.<sup>9</sup> *Kötz* etwa sprach – etwas freundlicher – von „pointillistischer“ Rechtsangleichung.<sup>10</sup>

Ebenfalls um 1990 erschienen zahlreiche Schriften, die dieses Thema entdecken und praktisch sofort die Frage nach der Entwicklung hin zu einem europäischen Privatrecht aufwerfen.<sup>11</sup> Hingewiesen sei darauf, dass die Entdeckung des Europarechts für das Privatrecht bei weitem nicht auf Deutschland beschränkt blieb.<sup>12</sup> Außerdem rief die nun wahrgenommene Europäisierung des Privatrechts heftige Abwehrreaktionen, nicht zuletzt auf dem Gebiet des Verbraucherrechts, hervor.<sup>13</sup> Mit nur geringer Verzögerung erschienen umfassende Monographien und Sammelbände.<sup>14</sup> Auch dieses Phänomen blieb bei weitem nicht auf die deutsche Privatrechtswissenschaft beschränkt.<sup>15</sup>

Ein untrügliches Zeichen für das Entstehen eines neuen Rechtsgebiets ist auch die Gründung einer Zeitschrift. Die Pionierrolle nahm dabei 1993 die Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) ein. Auch dieses Phänomen ist kein spezifisch deutsches, sondern ein europäisches.<sup>16</sup> Es ist sicher keine Übertreibung zu sagen, dass die deutsche Zivilrechtswissenschaft um 1990 herum binnen weniger Jahre den Charakter einer Wissenschaft des Europäischen Privatrechts angenommen hat. Die Eingangsfrage dieses Vortrags lässt sich also dahin beantworten, dass es seit etwa 1990, wenn auch nicht unter diesem Namen, eine zivilrechtliche Europawissenschaft gibt.

9 *F. Rittner*, Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration, JZ 1995, S. 849 ff. (851); vorher schon mit dieser Metapher *P. Ulmer*, Vom deutschen zum europäischen Privatrecht, JZ 1992, S. 1 ff. (4 ff.).

10 *H. Kötz*, Gemeineuropäisches Zivilrecht, in: H. Bernstein (Hrsg.), FS Zweigert, 1981, S. 481 ff. (483).

11 Aus dem inzwischen unübersehbaren Schrifttum beispielsweise nur *W. Tilmann*, Zur Entwicklung eines Europäischen Zivilrechts, in: W. Jagenburg/G. Maier-Reimer/T. Verhoeven (Hrsg.), FS Oppenhoff, 1985, S. 499 ff.; *O. Remien*, Ansätze für ein Europäisches Vertragsrecht, Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften 1988, S. 105 ff.; *P. Müller-Graff*, Vortrag auf dem Wissenschaftlichen Kolloquium anlässlich des 65. Geburtstages von Bodo Börner (1987), in: Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, 1999, S. 267 ff.; *R. Hayder*, Neue Regel der Europäischen Rechtsangleichung? Die Auswirkungen der einheitlichen Europäischen Akte von 1986, RabelsZ 1989, S. 622 ff.; *J. Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 1993; *H. Hirte*, Wege zu einem Europäischen Zivilrecht, 1996; *C. Armbrüster*, Ein Schuldvertragsrecht für Europa? Bemerkungen zur Privatrechtsangleichung in der Europäischen Union nach Maastricht und Keck, RabelsZ 1996, S. 72 ff.

12 Hier beispielsweise nur *D. Tallon*, Vers un droit européen du contrat? in: Melange André Colomer, Paris 1993, S. 485 ff.; *E.H. Hondius*, Naar een Europees burgerlijk recht, 1993.

13 *B. Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983; *P. LeGrand*, European Legal Systems Are Not Converging, (1996) 45 International Comparative Law Quarterly, S. 52 ff.

14 Beispielsweise *P. Müller-Graff*, Gemeinschaftsprivatrecht, 1991, *S. Grundmann*, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrechts, 2000; *B. Lurger*, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union, 2002; *K. Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, 2003.

15 Beispielsweise *N. Lipari*, Diritto privato europeo, 1997.

16 Hinzuweisen ist insbesondere auf die Gründung der in den Niederlanden verlegten European Review of Private Law.

### III. Die Zeit der Professorenentwürfe

#### 1. *Lando und Unidroit Principles*

Die Entdeckung des Europarechts im Privatrecht um 1990 und die sich daran anschließende Welle von Arbeiten beschränkten sich hauptsächlich darauf, dem Einfluss des Europarechts im Privatrecht nachzuspüren und ein methodologisches Instrumentarium für die bessere Verflechtung und Abstimmung zu entwickeln. Ein Teil der Privatrechtswissenschaft war schon etwas früher in eine andere Richtung aufgebrochen. Es entstanden Projekte, die versuchten, aus der Vielzahl der europäischen Rechtsordnungen gemeinsame Prinzipien und Modellregeln zu entwickeln. Pionierfunktion hatte hier die nach ihrem Gründer und Vorsitzenden *Ole Lando* benannte *Lando-Kommission*. Sie begann schon um 1980 sogenannte „Principles of European Private Law“ zu entwickeln. Mitglieder waren Rechtsvergleicher aus vielen europäischen Rechtsordnungen. Aus Deutschland waren dies zunächst *Peter Schlechtriem* und *Christian von Bar*, am Ende der Arbeiten trat auch *Reinhard Zimmermann* hinzu. Freilich wusste nur ein kleiner Kreis von Spezialisten um die Existenz und die inhaltlichen Arbeiten dieser Gruppe, zumal sie erst um die Mitte der 1990er Jahre mit Ergebnissen an die Öffentlichkeit trat.<sup>17</sup> Methodologisch hatten diese Arbeiten zwei Vorläufer und Inspirationsquellen, nämlich erstens, die von *Ernst Rabel* angestoßenen großen rechtsvergleichenden Untersuchungen zum Kaufrecht,<sup>18</sup> die nicht nur wissenschaftliche Resonanz fanden, sondern auch Eingang in die Arbeiten des noch vom Völkerbund gegründeten Internationalen Instituts für die Vereinheitlichung des Privatrechts (UNIDROIT) in Rom und später der von den Vereinigten Nationen gegründeten United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) fanden.<sup>19</sup> Der größte Erfolg dieser Entwicklung war die Verabschiedung der Convention on the International Sale of Goods (CISG), die inzwischen von mehr als 70 Staaten in Kraft gesetzt worden ist. Die zweite Inspirationsquelle für die Arbeiten der *Lando-Gruppe* waren die *Restatements* des *American Law Institute*, insbesondere das damals schon in der zweiten Bearbeitung vorliegende *Restatement Second on Contract*.<sup>20</sup> Die *Lando-Principles* haben nach ihrer Veröffentlichung eine ganz erhebliche Resonanz im Schrifttum gefunden.<sup>21</sup>

17 *O. Lando/H. Beale*, Principles of European Contract Law Parts I & II, 2000; *O. Lando et al.*, Principles of European Contract Law Part III, 2005.

18 *E. Rabel*, Das Recht des Warenkaufs, 2 Bände, 1936–1958.

19 *H. Rösler*, Siebzig Jahre Recht des Warenkaufs von Ernst Rabel: Werk- und Wirkungsgeschichte, *RebelsZ* 2006, S. 793 ff.

20 Zur Konzeption und Arbeit der Lando-Kommission beispielsweise *O. Lando*, European Contract Law, (1983) *American Journal of Comparative Law* 31, S. 653 ff. (655 ff.); *O. Lando*, Principles of European Contract Law: An Alternative to or a Precursor of European Legislation?, (1992) *American Journal of Comparative Law* 40 S. 573 ff.; zum Hintergrund *H. Schulte-Nölke*, 'Restatements' in Europe and the US: Some Comparative Lessons, in: R. Brownsword et al. (Hrsg.), *Foundations of European Private Law*, 2011, S. 11 ff.

21 Aus der nahezu unüberschaubaren Literatur zum Beispiel *D. Tallon*, A les principes pour le droit européen du contrat: Quelles perspectives pour la pratique?, *Repertoire Defrénois* 2000, I, S. 683 ff.; *K.-P. Berger*, The Principles of European Contract Law and the Concept of the „Creeping Codification“ of Law, *European Re-*

Die große Beachtung der *Lando-Principles* erklärt sich auch daher, dass inzwischen politische Akteure auf den Plan getreten waren. Die Idee einer Kodifikation des Privatrechts wurde insbesondere vom Europäischen Parlament vorangetrieben, das in zwei Resolutionen 1989 und dann wieder 1994 die Europäische Kommission aufforderte, mit Vorarbeiten für ein europäisches Zivilgesetzbuch zu beginnen.<sup>22</sup> Diese Resolutionen blieben freilich in der Europäischen Kommission und im Rat zunächst ohne jede Reaktion. Jedoch griffen insbesondere die Niederlande während der Zeit ihrer Ratspräsidentschaft den Gedanken auf und organisierten 1997 ein prominent besetztes Symposium in Den Haag unter dem programmatischen Titel „Towards a European Contract Law“.<sup>23</sup> Der daraus entstandene quasi regierungsamtliche Tagungsband<sup>24</sup> war Teil einer etwa gleichzeitig aufgenommenen breiten wissenschaftlichen Diskussion um die Frage, ob ein europäisches Zivilgesetzbuch wünschenswert sein und mit welchem Inhalt und welchem Verfahren ein solches entstehen könnte.<sup>25</sup>

## 2. Study Group und Acquis Group

Es blieb nicht bei lediglich theoretischen und programmatischen Schriften. Nachdem die *Lando-Kommission* ihre Arbeiten abgeschlossen hatte, bildeten sich einige weitere wissenschaftliche Arbeitsgruppen, die mit unterschiedlicher Stoßrich-

view of Private Law 2001, S. 21 ff.; *H. Krüger*, Rechtseinheit von unten?: Restatements of the Law als Alternativen internationaler und europäischer Rechtsvereinheitlichung, 2005.

22 Entschließung (A2-157/89) vom 2.6.1989, ABl. EG Nr. C 158, S. 400 ff.; Entschließung (A3-0329/94) vom 25.7.1994, ABl. EG C 205, S. 518 ff.

23 *E. Jayme*, Ein Europäisches Zivilgesetzbuch: Die Initiative der Niederlande, Symposium in Den Haag, IPRax 1997, S. 375 ff.

24 Inzwischen in 4. Aufl. erschienen: *A. Hartkamp* et al. (Hrsg.), Towards a European Civil Code, 2011.

25 Beispiele aus dieser breiten Literaturströmung, die, wenn auch mit minderer Intensität, bis fast an die Gegenwart andauert, sind etwa: *D. Tallon*, Vers un droit européen du contrat?, *Mélanges André Colomer*, 1993, S. 485 ff.; *E. Hondius*, Naar een Europees burgerlijk recht, 1993; *J. Taupitz*, Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen, 1993; *G. Rouhette*, Les codifications du droit des contrats, *Droits* 1996, Nr. 24, S. 113 ff.; *C. Kirchner*, Europäisches Vertragsrecht, in: *Europäisches Vertragsrecht. Referate und Sitzungsbericht der Arbeitssitzung der Fachgruppe Zivilrecht der Gesellschaft für Rechtsvergleichung auf der Tagung vom 20.-22. März 1996 in Jena, Arbeiten zur Rechtsvergleichung Band 128*, 1997, S. 103 ff.; *M. van Hoecke/F. Ost*, The Harmonisation of European Private Law, 2000; *C. Jamin /D. Mazeaud* (Hrsg.), L'harmonisation du droit des contrats en Europe, *Collection Études Juridiques* Vol. 11, 2001; *A. Chamboredon/C. U. Schmid*, Pour la création d'un „Institut européen du droit“ entre une unification législative ou non législative, l'émergence d'une science juridique transnationale en Europe, *Rev. int. comp.* 2001, S. 685 ff.; *M. Hesselink*, The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe, 2002; *P. Schlechtriem*, „Wandlungen des Schuldrechts in Europa“ – wozu und wohin, *ZEuP* 2002, S. 213 ff.; *B. Fauvarque-Cosson/D. Mazeaud* (Hrsg.), *Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit, Droit privé comparé et européen* Vol. 1, 2003; *C. Witz*, La longue gestation d'un code européen des contrats. Rappel de quelques initiatives oubliées, *Rev. trim. civ.* 2003, S. 447 ff.; *D. P. Fernández Arroyo*, Certezas, falsedades y horizontes del derecho privado europeo, *Eur. dir. priv.* 2003, S. 271 ff.; *N. Jansen*, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität. Eine historische und methodische Bestandsaufnahme, 2004; *W. van Gerven*, Harmonization of Private Law: Do We Need It?, *CML Rev.* 2004, S. 505 ff.; *V. Roppo*, Sul diritto europeo dei contratti: per un approccio costruttivamente critico, *Eur. dir. priv.* 2004, S. 439 ff.; *D. Mazeaud*, Faut-il avoir peur d'un droit européen des contrats?, *De Tous Horizons. Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, 2005, S. 309 ff.; *J. Smits* (Hrsg.), The Need for a European Contract Law. Empirical and Legal Perspectives, Groningen 2005; *S. Grundmann*, Europäisches Vertragsrecht – Quo vadis?, *JZ* 2005, S. 860 ff.; *St. Vogenauer/St. Weatherill*, Eine empirische Untersuchung zur Angleichung des Vertragsrechts in der EG, *JZ* 2005, S. 870 ff.; *O. Lando*, Can Europe build unity of civil law whilst respecting diversity?, *Eur. dir. priv.* 2006, S. 1 ff.

tung und teilweise im Wettbewerb miteinander Vorentwürfe oder gar Entwürfe für eine europäische Privatrechtskodifikation ausarbeiteten. Wichtige Beispiele sind etwa die vom Osnabrücker Rechtswissenschaftler *Christian von Bar* gegründete „Study Group on a European Civil Code“,<sup>26</sup> die auf rechtsvergleichender Grundlage Modellregeln zum Kaufrecht, zum Recht der Dienstleistungen, zu gesetzlichen Schuldverhältnissen und zu einigen Teilgebieten des Mobiliarsachenrechts sowie zu Trusts ausarbeitete.<sup>27</sup> Die von *Hans Schulte-Nölke* gegründete Research Group on the Existing EC Private Law (sogenannte Acquis-Gruppe) entwickelte auf Grundlage der inzwischen zahlreichen Richtlinien und Verordnungen auf dem Gebiet des europäischen Vertragsrechts Grundprinzipien und Modellregeln des sogenannten Acquis Communautaire.<sup>28</sup> Schon zuvor hatte eine von *Reiner Schulze* gegründete Initiative unter dem Titel „Common Principles of European Private Law“ insbesondere die im Unionsrecht verwendete Begrifflichkeit zu systematisieren begonnen.<sup>29</sup> Eine Akademie europäischer Privatrechtswissenschaftler arbeitete in französischer Sprache am Entwurf eines europäischen Vertragsgesetzbuches, das insbesondere auf Grundlage des italienischen Codice Civile entwickelt wurde.<sup>30</sup> Eine weitere Gruppe entstand auf dem Spezialgebiet des Versicherungsrechts und entwickelte die Principles of European Insurance Law.<sup>31</sup> Begleitet wurden diese Arbeiten von einer Flut von Äußerungen, darunter viele, die sowohl die Methode als auch das Ziel solcher Arbeiten erheblich kritisierten.<sup>32</sup>

### 3. Das Gegenmodell: Vergleichende Casebooks

Auch vor dem Hintergrund der Kritik an den Arbeiten an Modellregeln wurden Gegenmodelle entwickelt und umgesetzt, die stärker vom Fallrecht ausgingen. Ein wichtiges Beispiel sind die Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe, deren Initiator *Walter van Gerven* aus Löwen war. Diese Werke behandeln große Rechtsgebiete vergleichend im Stil von Textbooks bzw. Casebooks,

26 C. v. Bar; From Principles to Codification: Prospects for European Private Law, 8 Colum. J. Eur. L., 2002, S. 379 ff.

27 Bände der von der Study Group erarbeiteten „Principles of European Law (PEL)“ z.B.: E. Hondius et al. (Hrsg.), Sales (2008); K. Lilleholt (Hrsg.), Lease of Goods (2007); M. Barendrecht et. al., Service Contracts (2006); M. Hesselink et. al. (Hrsg.), Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts (2006); U. Drobnig (Hrsg.), Personal Security (2007); C. von Bar (Hrsg.), Benevolent Intervention in Another's Affairs (2006); C. von Bar (Hrsg.), Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another (2009); C. v. Bar/S. Swann (Hrsg.), Unjustified Enrichment (2010).

28 Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Volume Contract I – Pre-Contractual Obligations, Conclusion of Contract, Unfair Terms. Prepared by the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group) (2007); Volume Contract II – General Provisions, Delivery of Goods, Package Travel and Payment Services, Prepared by the Research Group on the Existing EC Private Law (Acquis Group) (2009).

29 R. Schulze/G. Ajani, Gemeinsame Prinzipien des europäischen Privatrechts. Studien eines Forschungsnetzwerks, 2003.

30 G. Gandolfi, Code Européen des Contrats – Avant-projet, 3. Aufl. 2002.

31 J. Basedow et al. (Hrsg.), Leander, Principles of European Insurance Contract Law (PEICL), 2. Aufl. 2016.

32 Nur einige wenige Beispiele: N. Jansen, R. Zimmermann, Restating the Acquis Communautaire? A Critical Examination of the „Principles of the Existing EC Contract Law,“ 71 Mod. L. Rev. 505 (2008); S. Grundmann, The Structure of the DCFR – Which Approach for Today's Contract Law?, 4 European Review of Contract Law at 238, 2008.

wie sie an englischen Universitäten verbreitet sind. Die ersten Bände erschienen beispielsweise zum Deliktsrecht und zum Bereicherungsrecht, später auch insbesondere zum Vertragsrecht sowie zum Verbraucherrecht.<sup>33</sup> Anfänglich beschränkten sich diese Werke auf wenige Rechtsordnungen, im Kern die englische, französische, deutsche, niederländische und belgische. Erhebliche Bedeutung gewonnen haben die *Ius Commune Casebooks* insbesondere für den universitären Unterricht des Fachs Rechtsvergleichung in vielen Ländern Europas und darüber hinaus. Eine im Prinzip ähnliche Initiative ist das Common Core Projekt, das ursprünglich von einigen Wissenschaftlern aus Trento gegründet wurde.<sup>34</sup> Die hinter diesem Ansatz liegende Methode ist, konkrete Beispielfälle in einer großen Zahl von Rechtsordnungen zu lösen und durch Vergleichung der Lösungen, insbesondere der häufig charakteristisch unterschiedlichen Lösungswege, rechtsvergleichenden Erkenntnisgewinn zu generieren.

#### IV. Die Zeit des kodifikatorischen Aufbruchs

##### 1. Kodifikationsüberlegungen der EU-Organe

Ungeachtet aller Kritik zeigten insbesondere die Gesetzgebungsorgane der EU zunehmendes Interesse an den von der Wissenschaft in großer Breite vorangetriebenen Arbeiten an Modellregeln. Den wohl maßgeblichen Anstoß gab ein Beschluss des Europäischen Rates von Tampere im Jahre 1999, der der Europäischen Kommission folgenden Auftrag erteilte: „Im Bereich des materiellen Zivilrechts bedarf es einer allgemeinen Studie über die Frage, ob zur Beseitigung von Hindernissen für das reibungslose Funktionieren von zivilrechtlichen Verfahren die zivilrechtlichen Vorschriften der Mitgliedsstaaten angeglichen werden müssen...“.<sup>35</sup> Die Europäische Kommission erfüllte diesen Auftrag zunächst durch eine Mitteilung zum Europäischen Vertragsrecht aus dem Jahr 2001, in der sie erste Konturen für eine Weiterentwicklung des *Acquis Communautaire* auf dem Gebiet des Vertragsrechts skizzierte und um Stellungnahmen bat.<sup>36</sup> Konkret wurden vier Optionen zur Diskussion gestellt, nämlich die Entwicklung dem Markt zu überlassen, also gar nichts zu tun (Option 1), die Ausarbeitung unverbindlicher gemeinsamer Vertragsrechtsgrundsätze auf Grundlage von rechtsvergleichenden

33 *W. v. Gerven/ P. Larouche/ J. Lever*, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law, 2. Aufl. 2000; *J. Beatson, E. Schrage*, Cases, Materials and Text on Unjustified Enrichment, 2003; *D. Schiek, L. Waddington, M. Bell*, Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Non-Discrimination Law, 2007; *H.-W. Micklitz et al.* (Hrsg.), Cases, Materials and Text on Consumer Law, 2010; *H. Beale et al.* (Hrsg.), Cases, Materials and Text on Contract Law, 2010 (1. Aufl. 2002); *Sjef Van Erp/ Bram Akkermans* (Hrsg.), Cases, Materials and Text on Property Law, 2012.

34 Überblick z.B. bei *A. Schreiner*, The Common Core of Trento. A Socio-Legal Analysis of a Research Project on European Private Law, in: *A. Jettinghoff/H. Schepel*, In Lawyers' Circles. Lawyers and European Legal Integration, Special Issue 2004/3 Recht der Werkelijkheid, S. 125 ff.

35 Europäischer Rat von Tampere, 15.-16.10.1999, SI (1999) 800, Bulletin der EU 10/1999, S. 7 ff. (Nr. 39).

36 Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament zum europäischen Vertragsrecht, KOM/2001/0398.

Forschungsarbeiten (Option 2), die Überarbeitung und Verbesserung des geltenden EU-Vertragsrechts (Option 3) und schließlich der Erlass neuerer und deutlich breiter angelegter Rechtsvorschriften durch die EG (Option 4). Aus den sehr zahlreichen eingegangenen Stellungnahmen zog die Kommission in einer weiteren Mitteilung aus dem Jahr 2003 eine Reihe von Schlussfolgerungen und entwickelte einen Aktionsplan.<sup>37</sup> Für die Privatrechtswissenschaft am bedeutsamsten war der Plan einen sogenannten „Gemeinsamen Referenzrahmen“ zu entwickeln, der auf Grundlage breit angelegter rechtsvergleichender Forschung der Wissenschaft vorbereitet und der Europäischen Gesetzgebung zu größerer Kohärenz verhelfen sollte.

## 2. Idee und Wirklichkeit des Gemeinsamen Referenzrahmens

Das Leuchtturmprojekt auf dem Gebiet des Europäischen Privatrechts im ersten Jahrzehnt nach der Jahrtausendwende war der Entwurf dieses sogenannten Gemeinsamen Referenzrahmens für das Europäische Privatrecht.<sup>38</sup> Dieses Projekt, dessen Entstehungsgeschichte<sup>39</sup> nahezu das gesamte Jahrzehnt füllte, hat eine sehr breite Resonanz im Schrifttum gefunden<sup>40</sup> und spielt bis heute eine nicht geringe Rolle als Inspirationsquelle bei Gesetzgebungsakten, wobei diese politische Wirkung weit hinter den ursprünglich mit dem Projekt verbundenen Erwartungen zurückgeblieben ist. Für eine umfassende Schilderung dieses im Schrifttum in großer Breite beschriebenen Vorhabens ist hier nicht der Raum, so dass eine kurze Skizze genügen muss. Der guten Ordnung halber sei offengelegt, dass der Verfasser dieses Textes Gesamtkoordinator des von der Europäischen Kommission für die Erarbeitung des Gemeinsamen Referenzrahmens eingerichteten sogenannten „Exzellenznetzwerks“ von mehr als einhundertfünfzig Wissenschaftlern aus allen EU-Mitgliedsstaaten war und in dieser Funktion an vielen Diskussionen und Auseinandersetzungen um dieses Projekt teilgenommen hat. Dies erklärt auch einige der eingestreuten persönlichen Beobachtungen.

Das Programm eines Gemeinsamen Referenzrahmens war nichts anderes als die Verwirklichung der oben schon genannten Option (2) aus der Kommissionsmitteilung zum Europäischen Vertragsrecht aus dem Jahr 2001. Die Europäische Kommission entschied, ein sehr großes Wissenschaftlernetzwerk mit der Ausarbeitung gemeinsamer Vertragsrechtsgrundsätze auf Grundlage von rechtsvergleichenden Forschungsarbeiten zu betrauen. Im Zuge der Vorbereitung des Projekts, für das ein hoher Millionenbetrag in Aussicht gestellt wurde, fand eine Reihe von Ge-

37 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat - Ein kohärenteres Europäisches Vertragsrecht - Ein Aktionsplan, KOM/2003/0068.

38 C. v. Bar et al, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference. Outline Edition (2009); C. v. Bar/E. Clive, Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition. Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, 6 Bände, 2009.

39 Sehr eingehender Überblick bei K. Gutman, The Constitutional Foundations of European Contract Law, 2014, S. 180 ff.

40 Kritisch z.B. H. Eidenmüller et al., Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht, JZ 2008, S. 529 ff.



sprächsrunden vieler europäischer Initiativen auf diesem Gebiet statt. Die Kommission machte sehr deutlich, dass sie nur ein einziges Netzwerk fördern würde, was einige der größeren schon auf diesem Felde aktiven Initiativen dazu veranlasste, sich zusammenzuschließen um sich für dieses Forschungsprojekt zu bewerben. Den Kern des Zusammenschlusses bildeten drei Gruppen, die schon seit einigen Jahren an dem Entwurf von rechtsvergleichend abgesicherten regelförmig verdichteten Werken im Stil der US-amerikanischen *Restatements* arbeiteten. Die größte war die schon genannte Study Group, die sich für die Zwecke dieses Großprojekts mit der Acquis-Group zusammenschloss. Als dritte, stärker spezialisierte Gruppe trat die ebenfalls schon genannte Initiative zum Entwurf allgemeiner Grundregeln des Versicherungsvertragsrechts hinzu.

Im Zuge dieser Vorgespräche wurde das Arbeitsfeld weit über das Vertragsrecht hinaus ausgedehnt. Dies war die Folge unter anderem einer Studie über die Differenzen des Vertragsrechts zum Deliktsrecht und zum Sachenrecht.<sup>41</sup> Der schließlich im Jahre 2004 vereinbarte Arbeitsplan sah den Entwurf von Grundregeln nicht nur für das Vertragsrecht vor, sondern erfasste auch die gesetzlichen Schuldverhältnisse und Teilgebiete des Sachenrechts.

Das auf vier bis fünf Jahre angelegte Arbeitsprogramm hatte mit zahlreichen und teilweise krassen Richtungs- und Stimmungswechseln der europäischen Rechtspolitik, insbesondere der politischen Strategien der europäischen Kommission, zu kämpfen. Anfangs ressortierte das Projekt in einer relativ ruhigen Randzone der Kommissionstätigkeit, nämlich in der Generaldirektion für Verbraucherschutz. Die wesentlichen Entscheidungen für das Projekt fielen am Ende der Amtszeit der Prodi-Kommission (1999-2004) und ragten in zeitlicher Hinsicht über die Amtszeit der nachfolgenden Kommission (Barroso I, 2004–2009) hinaus. Hinzu kam, dass der Arbeitsbeginn mit der enormen Erweiterung der Europäischen Union um zehn neue Mitgliedsstaaten 2004 zusammenfiel, was eine dauernde Umorganisation innerhalb der Kommissionsdienststellen auslöste.

So übernahm Ende 2004 der zypriotische Kommissar Kyprianoú das Ressort Gesundheit und Verbraucherschutz, bei dem das Großforschungsprojekt ressortierte. Die neue Leitung fühlte sich wenig an die geschlossenen Verträge gebunden und verlangte nun plötzlich schnelle, politisch umsetzbare Ergebnisse. Außerdem wollte sie, dass die Wissenschaftler ihre Entwürfe mit sogenannten Stakeholdern diskutierten. Unter diesem EU-typischen Begriff verstand man sowohl praktisch tätige Juristen, also hohe Richter, Anwälte und Notare, als auch Vertreter von Lobbygruppen. Nun trafen im Monatsabstand einige der beteiligten Wissenschaftler jeweils mit einer Gruppe von fünfzehn bis fünfundzwanzig Stakeholdern zusammen, um über kleine Ausschnitte der laufenden Entwürfe zu einem gemeinsamen Referenzrahmen gemeinsam zu diskutieren. Nach nicht geringen Anlaufschwierigkeiten entwickelten diese regelmäßigen Treffen eine spannende Dynamik. Es entstand ein bis dahin wohl einzigartiges Forum, wo sich Wissenschaftler,

41 C. von Bar/U. Drobnig, *The Interaction of Contract Law and Tort and Property Law in Europe*, 2004.

praktisch tätige Juristen und Interessenvertreter anhand konkreter kleiner Ausschnitte für einen Teilbereich möglicher europäischer Regulierung darüber austauschten, welche Richtung, welche Dichte und welchen Stil die europäische Rechtsetzung annehmen könnte.<sup>42</sup>

Die sich gerade wieder einstellende Stabilität wurde erneut umgeworfen, als nach dem Beitritt Rumäniens und Bulgariens 2007 das Projekt in das Ressort der neu in die Kommission eintretenden bulgarischen Kommissarin *Kuneva* überging. Die neue Leitung wollte trotz der kurzen verbleibenden Restamtszeit schnell mehrere Verbraucherrichtlinien vorschlagen und die Arbeiten der Wissenschaftlergruppe für diese Zwecke nutzen. Nun wurden die Forschergruppen bedrängt, Verbraucherthemen vorzuziehen. Die Stakeholderworkshops wurden ausschließlich auf Verbraucherthemen fokussiert. Als dann aber im Oktober 2008 ein mit sehr heißer Nadel gestrickter und wegen seiner legislatorischen Qualität heftig kritisierter Entwurf einer Verbraucherrechterichtlinie vorgelegt wurde, zeigte sich, dass die Vorarbeiten der Wissenschaftlergruppe und die Ergebnisse der Stakeholdergespräche nahezu gänzlich unberücksichtigt geblieben waren.<sup>43</sup> Spätestens zu diesem Zeitpunkt schien das Projekt eines Gemeinsamen Referenzrahmens, dessen eigentlicher Zweck es war, zu einer besser vorbereiteten und kohärenteren EU-Gesetzgebung beizutragen, politisch tot.

## V. Die Zeit der vergeblichen Suche nach dem Königsweg

### 1. Kollisionsrechtlicher Vorstoß

Einen alle Beteiligten überraschenden Vorstoß für eine völlig andere Nutzung des Gemeinsamen Referenzrahmens machte die Europäische Kommission, als es darum ging, das römische Schuldvertragsübereinkommen in eine EU-Verordnung zu überführen, die sogenannte Rom I-Verordnung (EG) Nr. 593/2008. In Art. 3 Abs. 2 des Verordnungsvorschlages aus dem Jahr 2005 wollte die Kommission ausdrücklich zulassen, dass die Parteien als anzuwendendes Recht auch „auf internationaler- oder Gemeinschaftsebene anerkannte Grundsätze und Regeln des materiellen Vertragsrechts“ wählen können.<sup>44</sup> In der Begründung des Vorschlags erläuterte die Kommission, dass es der Zweck dieses Artikels sei, dass die Parteien als anzuwendendes Recht ein nichtstaatliches Recht wählen können. Die Formulierung sei insbesondere so gewählt, dass etwa die Wahl von UNIDROIT-

42 Bericht aus diesen Workshops z.B. bei H. Beale, *The Common Frame of Reference in General – Résumé of the current status*, in: R. Schulze (Hrsg.), *New Features in Contract Law*, 2007, S. 343 ff., (352 ff.).

43 Beispiele für diesen Befund bei R. Zimmermann, *The Present State of European Private Law*, *American Journal of Comparative Law*, 57(2), 2009, S. 479 ff.

44 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anwendbare Recht (Rom I) vom 15.12.2005, Abl(2005) 650.



Grundsätzen, der Principles of European Contract Law oder eines etwaigen künftigen fakultativen EU-Instrumentes zulässig sei.<sup>45</sup>

Wäre dies so verabschiedet worden, hätte es wahrscheinlich einen drastischen Schub in Richtung einer Europäisierung des Privatrechts ausgelöst. Die Folge wäre gewesen, dass die Parteien eines Vertrages ein nichtstaatliches europäisches Recht, also z.B. die oben geschilderten Professorenentwürfe wie die Principles of European Contract Law oder die Acquis-Principles und vor allem den gerade in Arbeit befindlichen Gemeinsamen Referenzrahmen, als das für ihren Vertrag anwendbare und damit von den Gerichten bindend anzuwendende Recht wählen könnten. Dies wäre natürlich schon deshalb spektakulär gewesen, weil damit durch einen einzigen Satz in einer EU-Verordnung die Gesetzgebungskompetenz für das materielle Privatrecht der demokratisch legitimierten Gesetzgeber aller Mitgliedsstaaten und der EU umgangen worden wäre. Die im demokratischen Prozess liegende Richtigkeits- und Gerechtigkeitsgewähr eines nationalen Zivilrechts oder eines an dessen Stelle tretenden europäischen Zivilgesetzbuches wäre ersetzt worden durch das relativ unscharfe Erfordernis, dass die wählbaren Regeln des materiellen Vertragsrechts „auf internationaler- oder Gemeinschaftsebene anerkannt“ sein mussten. Da in der Begründung des Verordnungsvorschlags, die zur Auslegung heranzuziehen gewesen wäre, die Kommission die Principles of European Contract Law und den schon in Arbeit befindlichen Gemeinsamen Referenzrahmen als Beispiele genannt hatte, wären diese Professorenentwürfe als wählbare Rechtsordnungen geadelt geworden, ohne dass jemals ein zur Schaffung solcher Regeln berufener Gesetzgeber sie verabschiedet hätte.

Jedoch bestanden von Anfang an erhebliche Zweifel, ob die Rechtsetzungskompetenz für das internationale Privatrecht, auf die der Vorschlag der Rom I-Verordnung gestützt war, ausgereicht hätte, diesen unorthodoxen Vorschlag für die Wählbarkeit von Professorenentwürfen zu tragen. Dies hätte auch die Mitwirkungsbefugnisse der Mitgliedstaaten an der europäischen Rechtsetzung im praktischen Ergebnis beiseite gewischt und Professorengruppen, die sich autonom zusammengefunden hatten, quasi Rechtsetzungskompetenz verliehen.

Auch rechtspolitisch wäre dieses Vorgehen kaum haltbar gewesen. Denn für Verträge im unternehmerischen Verkehr hätte das Kollisionsrecht, abgesehen vom *ordre public*, allenfalls einen sehr rudimentären Schutz schwächerer Vertragsparteien vorgesehen. Lediglich zugunsten bestimmter Vertragsparteien, insbesondere etwa Verbrauchern und Arbeitnehmern, waren im Vorschlag der Rom I-Verordnung einige Schutzvorschriften vorgesehen. Deren konkrete Ausgestaltung war aber sehr umstritten, so dass auch für diese Personengruppen ein wirksamer Schutz gegen den Verlust ihrer zwingenden Rechte jedenfalls nicht von vornherein sicher gestellt war. Dies ist umso bemerkenswerter, weil die Principles of European Contract Law einen geradezu verblüffenden blinden Fleck hinsichtlich des

45 Vorschlag der Kommission (vorhergehende Fußnote), S. 5 ff.

europäischen und nationalen Verbraucherschutzrechts aufwiesen und für diese Auslassung auch deutlich kritisiert worden sind.<sup>46</sup>

Jedoch hat dieser Vorschlag keinen Eingang in die endgültige Fassung der Rom I-Verordnung (EG) Nr. 593/2008 gefunden, sondern wurde im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens größtenteils fallen gelassen. Es blieb im Ergebnis bei dem bisherigen Recht, dass nur eine nationale Rechtsordnung oder aber eine zukünftige europäische Rechtsetzung im Wege des Kollisionsrechts zum anwendbaren Recht unter Vertragsparteien gewählt werden kann. Bemerkenswert ist dieser letztlich gescheiterte Vorstoß dennoch, weil sich hier eine gewisse Euphorie innerhalb von Teilen der Kommission zeigt, schnell und mithilfe internationaler Professorengruppen die Europäisierung des materiellen Vertragsrechts und womöglich auch weiterer damit zusammenhängender Gebiete voranzutreiben.

## 2. Glanz und Elend der Vollharmonisierungsrichtlinien

Enorme Probleme für die nationalen Gesetzgeber wie für die Rechtswissenschaft machten die nach der Jahrtausendwende zunehmend verabschiedeten Vollharmonisierungsrichtlinien. Von der durch die Einheitliche Europäische Akte neu eingeführten, inzwischen in Art. 114 AEUV geregelten Möglichkeit, Rechtsakte durch Mehrheitsbeschluss im Rat statt wie früher einstimmig zu verabschieden, hatte die Kommission insbesondere im Bereich des Verbrauchervertragsrechts zunächst nur sehr zurückhaltend Gebrauch gemacht. Denn bei Einführung dieser neuen Kompetenz hatte die Kommission zugesagt, auf Grundlage dieser Gesetzgebungsbefugnis nur Richtlinien vorzuschlagen.<sup>47</sup> Überdies waren die im ersten Jahrzehnt vorgeschlagenen und größtenteils erlassenen Verbraucherschutzrichtlinien nur als sogenannte Minimumrichtlinien ausgestaltet. Um das Jahr 2000 wurde jedoch die sogenannte Vollharmonisierung zum Mantra, insbesondere auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes. Die ersten substanziellen vollharmonisierenden Maßnahmen sind die Richtlinie über unfaire Handelspraktiken 2005/29/EG und die 2008 vorgeschlagene Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU. Gerade bei dieser letzteren Richtlinie, deren Beratung in den EU-Organen ungewöhnlich lange gedauert hat, zeigte sich das Problem dieser neuen Ausrichtung. Der ursprüngliche, schnell zusammengeschusterte Vorschlag<sup>48</sup> hatte sich im Großen und Ganzen darauf beschränkt, unter anderem zwei bisherige Minimumrichtlinien, die Klauselrichtlinie 93/13/EWG und die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG, nahezu wortgleich in Vollharmonisierungsrichtlinien umzuwandeln. Dieser Vorschlag hätte zu einem massiven Abbau von nationalem Verbraucherschutzrecht geführt. Diese Teilgebiete des Vorschlags sind letztlich am heftigen Widerstand der Mitglied-

46 Kritisch insoweit z.B. R. Michaels, Privatautonomie und Privatkodifikation, *RabelsZ* 1998, S. 580 ff. (589); N. Jansen, Binnenmarkt, Privatrecht und europäische Identität, 2004, S. 2 ff.; H.-W. Micklitz, Verbraucherschutz in den Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, 2004, S. 88.

47 Erklärung der Kommission zu Art. 100a des EWG Vertrages (nun Art. 114 AEUV).

48 KOM (2008) 614.

staaten gescheitert, sodass die 2011 verabschiedete Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU lediglich ein Torso des ursprünglichen kodifikatorischen Konzepts ist und im Wesentlichen nur Fernabsatzverträge und Verträge außerhalb von Geschäftsräumen regelt. Doch auch in diesem Teilbereich zeigt sich, teilweise zum Entsetzen jedenfalls in der Rechtswissenschaft, von der Europäischen Kommission in den von ihr in Auftrag gegebenen Evaluierungsstudien<sup>49</sup> jedoch völlig ignoriert, dass in Einzelfragen der Vollharmonisierungsbefehl zu krassen, nach verbreiteter Auffassung schlicht verfassungswidrigen Ergebnissen führt.<sup>50</sup> Das Problem dieser dilettantischen Vollharmonisierung liegt darin, dass sie den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen und Gerichten jegliche Möglichkeit nimmt, die handwerklichen Fehler des europäischen Gesetzgebers zu korrigieren. Es steht zu befürchten, dass auch die derzeit laufenden Rechtsetzungsakte im Bereich der digitalen Inhalte und Dienstleistungen und der neue Anlauf zur Umwandlung des europäischen Verbraucherkaufrechts von Minimum- zur Vollharmonisierung Schutzlücken aufweisen. Zugutezuhalten ist aber insbesondere der Europäischen Kommission, dass diese Entwürfe deutlich sorgfältiger vorbereitet sind, obwohl auch sie etliche handwerkliche Fehler aufweisen.<sup>51</sup>

### 3. Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht

Der bisher am weitesten gehende Gesetzentwurf auf Grundlage von Professorentwürfen war der unter großem Zeitdruck in den Jahren 2010 und 2011 erarbeitete Vorschlag der Europäischen Kommission für eine Verordnung zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht.<sup>52</sup> In der Sache nahm damit die Europäische Kommission den schon in ihrem Aktionsplan von 2003 erwogenen Plan eines sogenannten optionalen Instruments wieder auf. Die Idee war, dass diese Verordnung nicht einfach die mitgliedstaatlichen Zivilgesetzbücher oder das Common Law ersetzen sollte, sondern als genuin europäisches Recht neben sie treten würde. Der evidente Vorteil einer derartigen Rechtsetzungstechnik wäre, dass ein derartiges Gemeinsames Europäisches Kaufrecht nicht der Umsetzung und nur kaum der Anpassung durch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bedurfte. Der auf die Mitgliedstaaten wirkende Rechtsangleichungsdruck wäre um ein vielfaches geringer als etwa bei einer Vollharmonisierungsrichtlinie.

Es sollte einer Entscheidung der Parteien überlassen werden, ob das „optionale“ Gemeinsame Europäische Kaufrecht oder aber das kollisionsrechtlich berufene nationale Vertragsrecht auf ihren Vertrag anwendbar sein würde. In der Praxis hät-

49 Vgl. das von externen Dienstleistern verfasste Dokument Study on the application of the Consumer Rights Directive 2011/83/EU, May 2017, abrufbar unter [http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc\\_id=44827](http://ec.europa.eu/newsroom/document.cfm?doc_id=44827).

50 C. Wendehorst, Ist das neue Verbraucherrecht noch zu retten? - Zur möglichen Grundrechtswidrigkeit der Verbraucherrechterichtlinie, GPR 2015, S. 55 ff.; dazu etwas genauer unten unter Gliederungspunkt VI. 5.

51 Dazu das Statement of the European Law Institute on the European Commission's Proposed Directive on the Supply of Digital Content to Consumers [COM (2015) 634 final], abrufbar unter: [https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user\\_upload/p\\_eli/Publications/ELI\\_Statement\\_on\\_DCD.pdf](https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Statement_on_DCD.pdf).

52 H. Schulte-Nölke, Vor- und Entstehungsgeschichte des Vorschlags für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, in: H. Schulte-Nölke et al. (Hrsg.), Der Entwurf für ein optionales europäisches Kaufrecht, 2012, S. 1 ff.

te dies, insbesondere bei Verbrauchergeschäften, natürlich bedeutet, dass letztlich der Verkäufer bei der Gestaltung seines Geschäftsmodells einseitig hätte entscheiden können, ob auf die von ihm geschlossenen Kaufverträge das nationale Privatrecht anwendbar wird oder aber das optionale Gemeinsame Europäische Kaufrecht. Zwar wäre für dessen Anwendbarkeit auch die Zustimmung des Käufers erforderlich gewesen. Doch hätte in vielen Fällen, nämlich dann, wenn der Verkäufer ausschließlich Verträge unter dem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht anbietet, der Käufer, auch ein Verbraucher, lediglich die Wahl gehabt, den Vertrag nicht abzuschließen oder aber die Berufung des optionalen Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts als das auf den Vertrag anwendbare Recht zu akzeptieren.

Die Kommission hatte für die Ausarbeitung des Verordnungsvorschlags ein ganz und gar ungewöhnliches Verfahren gewählt. Es wurde eine sogenannte Expertengruppe berufen, deren überwiegende Mitglieder Professorinnen und Professoren waren, die schon am Gemeinsamen Referenzrahmen mitgearbeitet hatten, viele davon in zentraler Funktion. Zugrunde gelegt werden sollten den Arbeiten Ausschnitte aus dem Gemeinsamen Referenzrahmen. In der ursprünglich 17-köpfigen Expertengruppe gab es freilich auch einige Persönlichkeiten, die als Vertreter wirtschaftlicher Interessen oder als Vertreter von Verbraucherschutzverbänden berufen worden waren. In einer dichten Folge von Sitzungen schuf diese Arbeitsgruppe zunächst eine sogenannte Machbarkeitsstudie. Diese war in mehrfacher Hinsicht durch Vorgaben, die die entsprechenden Dienststellen der Europäischen Kommission gemacht hatten, thematisch beschränkt. Zum einen sollte die Gruppe digitale Inhalte und Dienstleistungen nicht berücksichtigen. Diese wurden erst später durch eine eigene kommissionsinterne Gruppe in den Entwurf integriert. Zum anderen wurde die Expertengruppe nicht damit betraut, Vorschriften zum Anwendungsbereich, also insbesondere zu der Frage, wie ein „Opt-in“ gestaltet werden sollte, zu entwerfen. Auch diese Teile wurden von Kommissionsstäben vorbereitet und – nicht ganz stimmig – mit dem Entwurf der Expertengruppe zusammengesetzt.

Der im Oktober 2011 vorgelegte Verordnungsentwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts fand zwar die entschiedene Unterstützung des Europäischen Parlaments, stieß aber auf heftigen Widerstand einiger Mitgliedsstaaten im Rat. Den Todesstoß versetzte dem Projekt schließlich eine eher ungewöhnliche Maßnahme der Regierungen mehrerer Mitgliedsstaaten, die einen Brief an die zuständige Kommissarin schrieben und sie aufforderten von dem Vorhaben abzusehen.<sup>53</sup> Die Kommission reagierte darauf relativ prompt und kündigte die Rücknahme des Vorschlags an.

Nahezu zeitgleich begannen Arbeiten, die auf eine Fortsetzung der bisherigen Politik des Vorschlags von Vollharmonisierungsrichtlinien zielten. Schließlich wurden im Dezember 2015 die schon genannten zwei Richtlinienvorschläge vorgelegt, die thematisch Teilgebiete des vom gemeinsamen europäischen Kaufrecht

53 Dieser Brief ist veröffentlicht, ZEuP 2015, S. 432 ff.

abgedeckten Bereichs erfassten, nämlich zum einen eine Richtlinie über digitale Inhalte und eine andere über Onlinekaufverträge.<sup>54</sup> Beide Richtlinien werden seitdem, in unterschiedlicher Geschwindigkeit und mit unterschiedlichen Erfolgsaussichten, beraten. Inzwischen sieht es so aus, als wenn die Richtlinie über digitale Inhalte in relativ stark abgewandelter Form noch innerhalb des Jahres 2018 verabschiedet werden könnte. Im Ergebnis bleibt also die Rechtsetzung der Europäischen Union bei dem Verfahren, relativ punktuelle Richtlinien, nun allerdings als Vollharmonisierungsmaßnahmen, zu verabschieden. Insbesondere die großen wissenschaftlichen Projekte, die auf eine kohärentere Gesetzgebung der Union zielten, hatten im Ergebnis nur geringe politische Resonanz.

## VI. Beispiele aktueller Arbeitsfelder

Versucht man aktuelle Tendenzen innerhalb der privatrechtlichen Europarechtswissenschaft wiederzugeben, steht dies wieder mit laufenden Entwicklungen der Rechtsetzung der EU und der Rechtsprechung des EuGH in Zusammenhang. Für die Zwecke dieses Vortrags sollen einige Beispiele genügen.

### 1. Einfluss der Grundfreiheiten auf das Privatrecht

Durch eine Reihe aktueller Urteile des Europäischen Gerichtshofs stellt sich die Frage neu, welche Einflüsse die Grundfreiheiten auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse haben. Insbesondere die Urteile *Angonese* und *Fra.bo* lassen viel stärker als bisher erkennen, dass privatrechtliche Vertragsverhältnisse, und zwar nicht nur solche arbeitsrechtlicher Art, in Zukunft wohl stärker in den Einflussbereich der Grundfreiheiten geraten dürften. Einen wissenschaftlichen Meilenstein setzt hier der jüngste Band der oben schon erwähnten Serie der *Ius Commune Casebooks*, der sehr materialreich und in großer Breite den Wirkungen der Grundfreiheiten auf Rechtsverhältnisse unter Privaten nachspürt.<sup>55</sup>

Auch die Rechtsetzung greift hier etwas stärker durch. Ein hervorstechendes Beispiel sind Bestrebungen, die sogenannte Verbraucherdiskriminierung im Binnenmarkt zu bekämpfen.<sup>56</sup> Gemeint ist damit das aus Sicht der Betroffenen große Ärgernis, dass Verkäufer und Dienstleistungserbringer durch die technische Gestaltung ihrer Webshops Verbraucher aus bestimmten Ländern offensichtlich benachteiligen oder überhaupt nicht mit ihnen Verträge abschließen. Die Europäische Kommission hat, nachdem sie einige Konsultationsdokumente und andere Mitteilungen herausgegeben hat, zur Lösung dieses Problems einen Verordnungsvor-

<sup>54</sup> COM (2015) 634 und COM (2015) 635.

<sup>55</sup> A. Hartkamp/ C. Sieburgh/ W. Devroe, Cases, Materials and Text on European Law and Private Law, 2017; zu den EuGH-Urteilen *Fra.bo* und *Angonese* dort, S. 176 ff. (186 ff.).

<sup>56</sup> H. Schulte-Nölke, Gibt es ein Recht der europäischen Verbraucher, nicht von Unternehmen wegen ihrer Staatsangehörigkeit oder ihres geografischen Aufenthaltsortes diskriminiert zu werden? *Transformacje Prawa Prywatnego*, 3/2014, S. 5 ff., Abrufbar auch bei SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2702653>.

schlag unterbreitet, der unter bestimmten Voraussetzungen ein Verbot dieser sogenannten Verbraucherdiskriminierung vorsieht.<sup>57</sup> Dies ist natürlich ein weitreichender Eingriff in die unternehmerische Freiheit, der deshalb auch heftig kritisiert wird.<sup>58</sup> Es bleibt abzuwarten, ob die inzwischen verabschiedete Verordnung einer Kontrolle durch die Gerichte, insbesondere des Europäischen Gerichtshofes, etwa wegen Verstoßes gegen Grundrechte der betroffenen Unternehmen standhält.<sup>59</sup>

## 2. Ausweichen in Normung

Noch relativ unbemerkt von der Öffentlichkeit trägt insbesondere die Europäische Kommission durch sogenannte Normungsmandate an die Europäische Normungsorganisation CEN dazu bei, dass für eine Reihe von Dienstleistungen CEN-Normen erarbeitet werden.<sup>60</sup> Derartige Normen sind natürlich keine Gesetze im materiellen Sinne, sondern lediglich private Regelungsangebote für die im Markt befindlichen Akteure. Dessen ungeachtet ist es charakteristisch für Normen anerkannter Normungsorganisationen, dass sie erhebliche Wirkungen im Recht entfalten, sei es, weil sie bei Ausschreibungen staatlicher und privater Auftraggeber zugrunde gelegt werden, sei es, weil sie zur Voraussetzung für Zertifizierungen gemacht werden oder aber, weil die Gerichte die Anforderung an die berufliche Sorgfalt mithilfe von Normen konkretisieren. Die Wissenschaft versucht derzeit auszuloten, welche Wirkungen dies für die Fortentwicklung des Europäischen Privatrechts hat.<sup>61</sup>

## 3. Technikgetriebene Europäisierung des Privatrechts

Der Rückblick lässt erkennen, dass viele der erfolgreichen Rechtsakte der Europäischen Union sich mit technischen Entwicklungen befassen und, so hat es den Anschein, wohl auch durch technische Entwicklungen mit veranlasst wurden. Dies ist besonders deutlich für Rechtsakte, die auf den Ausbau des Internets und die zunehmende Digitalisierung reagieren. Auch im Bereich des Verbraucherschutzrechts sind die (inzwischen aufgehobene) Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, die

57 Entwurf für eine Verordnung über Maßnahmen gegen Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts sowie zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG, KOM (2016) 289.

58 Sehr kritisch z.B. J. Basedow, Der Verordnungsentwurf zum Geoblocking - ein Trojanisches Pferd gegen die Vertragsfreiheit, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2016, S. 641 ff.

59 Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts.

60 Siehe nur das Commission Standardisation Package COM (2016) 358: 'European standards for the 21st century' und das zugehörige Commission staff working document SWD (2016) 186: 'Tapping the potential of European service standards to help Europe's consumers and businesses'.

61 P. Delimatsis, The Law, Economics and Politics of International Standardisation, 2015; R. van Gestel and H.-W. Micklitz, 'European integration through standardization: How judicial review is breaking down the club house of private standardization bodies', 50 Common Market Law Review 2013, S. 145 ff; C. Busch, Towards a "New Approach", European Consumer and Market Law: Standardization and Co-Regulation in the Digital Single Market, EuCML 2016, S. 197 f.



E-Commerce Richtlinie 2000/31/EG, die Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU und viele andere durch die schnelle Entwicklung des E-Commerce mit motiviert. Es lässt sich sogar, mit einer etwas zurückhaltenden Vorsicht, die These aufstellen, dass technische Entwicklungen, insbesondere im Bereich der Informationstechnologie und des Internets, schon für sich genommen einen ganz erheblichen Vereinheitlichungs- oder jedenfalls Angleichungseffekt haben und überdies die Reaktion der Europäischen Union hervorrufen.<sup>62</sup> Daher sind auch im Bereich der Forschung Projekte, die technische Entwicklungen aufgreifen, seit einiger Zeit tonangebend. Zu nennen seien hier nur die grundlegenden und gleichzeitig hochaktuellen Überlegungen zu Netzwerkverträgen<sup>63</sup> sowie zu Online-Plattformen.<sup>64</sup>

#### 4. Arbeiten zu außerschuldrechtlichen Gebieten des bürgerlichen Rechts

Die Lando-Principles und der Gemeinsame Referenzrahmen hatten ihren Schwerpunkt auf dem Gebiet des Vertrags- bzw. Schuldrechts; beim Gemeinsamen Referenzrahmen mit einem Ausgriff auf einige Fragen des Mobiliarsachenrechts. In den letzten Jahren haben andere Teilgebiete des bürgerlichen Rechts ebenfalls große Aufmerksamkeit in der Europäischen Privatrechtswissenschaft gefunden. Dazu gehören Arbeiten auf dem Gebiet des Sachenrechts,<sup>65</sup> des Familienrechts<sup>66</sup> und des Erbrechts.<sup>67</sup> Freilich sind diese Gebiete deutlich weniger vom Unionsrecht berührt, so dass es hier kaum um die dogmatische Durchdringung des Europarechts geht, sondern vor allem darum, mit den Methoden der Rechtsvergleichung Gemeinsamkeiten und Unterschiede der mitgliedstaatlichen Privatrechte offen zu legen.

#### 5. Dogmatische Einarbeitung des Unionsrechts in das BGB

Insbesondere die Privatrechtsdogmatik wird durch das Unionsrecht vor enorme Herausforderungen gestellt.<sup>68</sup> Viel Kraft und Aufmerksamkeit erfordert etwa die dogmatische Feinarbeit bei der Einpassung der vielen innerhalb des BGB umgesetzten Richtlinien. Hierzu sollen nur einige Beispiele kurz umrissen werden.

Ein populäres Beispiel ist etwa das Fristsetzungserfordernis für den Rücktritt von einem gegenseitigen Vertrag wegen einer Schlechtleistung in § 323 Abs. 1 BGB.<sup>69</sup>

62 Dazu mit Schwerpunkt auf dem Deliktsrecht H. Schulte-Nölke, Europäisierung des Haftungsrechts, in: E. Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2015: Europäisierung des Haftungsrechts und des Versicherungsvertragsrechts*, 2016, S. 5 ff.

63 Grundlegend G. Teubner, *Netzwerk als Vertragsverbund*, 2004.

64 C. Busch et al., *The Rise of the Platform Economy*, 2016, *Journal of European Consumer and Market Law*, S. 3 ff. Abrufbar auch bei SSRN unter <https://ssrn.com/abstract=2754100>.

65 C. von Bar, *Gemeineuropäisches Sachenrecht*, Band I: Grundlagen, Gegenstände sachenrechtlichen Rechtsschutzes, Arten und Erscheinungsformen subjektiver Sachenrechte, 2015; S. van Erp/A. Salomons/B. Akkermans (Hrsg.), *The Future of European Property Law*, 2012.

66 K. Boele-Woelki/N. Dethloff, *Family Law and Culture in Europe*, 2014.

67 K. Reid/M. de Waal/R. Zimmermann (Hrsg.), *Comparative Succession Law*, Band 1: Testamentary Formalities, 2011; Band 2: Intestate Succession, 2015.

68 Charakteristisch z.B. viele der Beiträge in: M. Auer et al. (Hrsg.) *FS Canaris*, 2017.

69 Zum folgenden nur Münchener Kommentar zum BGB *Ernst*, 7. Aufl. 2016, § 323, Rn. 51.

Diese Vorschrift ist aufgrund einer Verweisung in § 437 Nr. 2 BGB auch für Kaufverträge anwendbar, auch für solche, die in den Anwendungsbereich der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG fallen. Diese Richtlinie, eine Minimumrichtlinie, gewährt Verbrauchern Rechte, die eine mangelhafte Kaufsache gekauft haben, darunter auch ein Recht auf Vertragsauflösung. Zwar kann auch nach der Richtlinie ein Verbraucher, der eine mangelhafte Sache geliefert bekommen hat, nicht sofort zurücktreten, sondern erst nachdem eine angemessene Zeit verstrichen ist. Jedoch sieht diese Richtlinie es nicht vor, dass der Verbraucher dem Verkäufer eine Frist setzt. Die Umsetzung dieser Richtlinie in § 437 Nr. 2 i.V.m. § 323 Abs. 1 ist also klar richtlinienwidrig. Dies hat die Privatrechtswissenschaft schnell erkannt und ein ganzes Bündel von Lösungsmöglichkeiten vorgeschlagen. Deutlich wird an diesem Beispiel auch das dahinter liegende Problem, nämlich dass das BGB aufgrund seiner allgemeinen Teile eine ganze Reihe von Regeln enthält, die für sehr viele Vertragsarten anwendbar sind, darunter auch solche, auf deren Gebiet es eine EU-Richtlinie gibt. Jegliche Korrektur im Wege der Gesetzesauslegung muss also auch die Frage mitbeantworten, ob diese Korrektur nur innerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie gelten soll oder aber für die Vorschrift generell. Es droht eine unsichtbare Rechtsspaltung innerhalb der Vorschriften des allgemeinen Teils des BGB. Im vorliegenden Fall dürfte die vorzugswürdige Lösung wohl darin liegen, jedenfalls für das Kaufrecht eine richtlinienkonforme Korrektur durch die Auslegung von § 440 BGB vorzunehmen, nachdem eine Fristsetzung entbehrlich ist, wenn eine Nacherfüllung fehlgeschlagen ist. Der Richtlinienverstoß ließe sich am besten wohl dadurch beseitigen, dass man immer dann, wenn der Verbraucher zwar keine Frist gesetzt hat, aber dem Verkäufer den Mangel angezeigt und dann eine gewisse Zeit vergeblich gewartet hat, die Nacherfüllung als fehlgeschlagen und damit die Fristsetzung als entbehrlich nach § 440 BGB ansieht.

Ein zweites viel diskutiertes Beispiel („Quelle“)<sup>70</sup> betraf eine Vorschrift, nach der ein Verbraucher Ersatz für die Nutzung einer defekten Ware zahlen musste, wenn er diese Ware reklamiert und eine neue ersatzweise bekommt. Im konkreten Fall war dies ein Backofen, den der Käufer ein Jahr lang genutzt hatte, der dann ausfiel. Der Verkäufer lieferte einen neuen Backofen und verlangt dann Wertersatz für die Nutzung des alten für die Zeit bis zum Ausfall. Der BGH erkannte nach Vorlage an den EuGH richtig, dass die deutsche Vorschrift, die dies vorsah, richtlinienwidrig war, sah sich aber durch die klare und eindeutige Anordnung des Gesetzgebers gehindert, im Wege der richtlinienkonformen Auslegung den Richtlinienverstoß zu reparieren. Relativ verblüffend schuf der BGH jedoch ein neues Instrument der Methodenlehre, nämlich die der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung, die er anwandte und damit das Problem löste.<sup>71</sup> Inzwischen hat freilich der

<sup>70</sup> Dazu *EuGH*, Rs. C-404/06 (Quelle), ECLI:EU:C:2008:231, Slg. 2008, 2713.

<sup>71</sup> BGHZ 179, 27.



Gesetzgeber eingegriffen und eine Sonderregel für diesen Fall geschaffen (§ 475 Abs. 3 Satz 1 BGB).

Ein drittes Beispiel ist bis heute nicht einmal ansatzweise gelöst. Aufgrund der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU und ihrer Umsetzung kann ein Dienstleistungserbringer, der nicht ordnungsgemäß über das Widerrufsrecht informiert hat, keinerlei Vergütung für die erbrachte Dienstleistung verlangen. Dies ist eine absichtlich in den Richtlinien text eingeflossene Strafbestimmung, die so auch in § 357 Abs. 8 BGB umgesetzt worden ist. Die Rechtsfolge kann aber einschneidend sein. In der Literatur gebildet werden insbesondere Beispiele, wo etwa ein zur Reparatur einer ausgefallenen Heizung gerufener Klempner im Zuge eines Haustürgeschäfts einen Vertrag über den Einbau einer neuen Heizung schließt, dabei möglicherweise ganz geringfügige Fehler bei den erforderlichen Belehrungen macht, und deshalb jeglichen Anspruchs auf Vergütung für die Heizung verlustig gehen soll. Dies wird mit guten Gründen als verfassungswidrig angesehen. Eine Lösung mit den nationalen Auslegungsregeln scheint unmöglich.<sup>72</sup> Dies muss also möglicherweise der Europäische Gerichtshof unter Berufung auf höher-rangiges Verfassungsrecht oder sogar der Unionsgesetzgeber korrigieren, der ohnehin gerade an einer Folgenabschätzung und Evaluierung der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU arbeitet.

## VII. Fazit

Die eingangs gestellte Frage, ob es eine privatrechtliche Europarechtswissenschaft gibt, kann im Ergebnis jedenfalls mit einem klaren Ja beantwortet werden. Zwar gibt es kein Fach der Disziplin, das ausdrücklich so bezeichnet wird, aber die Durchdringung des Privatrechts bis in seine Kerngebiete innerhalb des BGB durch Unionsrecht primär- und sekundärrechtlicher Natur ist so weit fortgeschritten, dass zivilrechtsdogmatische Arbeit kaum mehr möglich ist ohne eingehende Beschäftigung mit dem Unionsrecht. Dies ist insbesondere eine der Aufgaben des Faches Europäisches Privatrecht, aber auch der allgemeinen Privatrechtsdogmatik. Das Unionsrecht ist auch in den Kerngebieten des Zivilrechts Gegenstand der Privatrechtswissenschaft geworden. Es ist nicht zu erwarten, dass dieser im Nachhinein schnell verlaufene Prozess verlangsamt oder gar aufgehoben und umgekehrt werden könnte.

Die hier angestellten Überlegungen zur Entwicklung einer europäischen Privatrechtswissenschaft haben deutlich erkennen lassen, dass die Wissenschaft mit den Ergebnissen insbesondere der europäischen Rechtsetzung ringt und diese vielfach wegen ihrer legislatorischen Qualität und der oft ganz unnötigen Einpassungsschwierigkeiten in die gewachsenen nationalen Privatrechtsordnungen kritisiert. Nur vorübergehend waren jedenfalls die Europäische Kommission und das Euro-

<sup>72</sup> C. Wendehorst, Ist das neue Verbraucherrecht noch zu retten? – Zur möglichen Grundrechtswidrigkeit der Verbraucherrechterichtlinie, GPR 2015, S. 55 ff.

päische Parlament bereit, auf diese Kritik einzugehen und zusammen mit der Wissenschaft an Instrumenten zur Verbesserung der Kohärenz und Systemstimmigkeit des Unionsrechts zu arbeiten. Herausragende Beispiele für derartige Instrumente sind der Gemeinsame Referenzrahmen und das Gemeinsame Europäische Kaufrecht. Durchschlagende Wirkungen hatten diese Maßnahmen jedoch nicht. Denkbar ist natürlich, dass der Zeitpunkt für die ambitionierten Pläne insbesondere der Europäischen Kommission und großer Teile des Europäischen Parlaments ungünstig war, da mitten in die Arbeiten die sogenannte Finanzkrise platzte, die die Europäische Union vor bis dahin nicht da gewesene Herausforderungen stellte und den Fokus der Aufmerksamkeit der wichtigen EU-Organen und Politiker auf die Bewältigung der mit der Finanzkrise einhergehenden Probleme lenkte. Vielleicht ist es so, dass kodifikatorische Arbeiten und andere Systemanstrengungen, so wie sie die Europäische Union in den Jahren von etwa 2005 bis 2011 unternommen hat, einer gewissen politischen Ruhe bedürfen, woran es gefehlt hat. Vielleicht ist aber die Europäische Kommission angesichts ihrer wohl immer noch am Ideal des Generalisten ausgerichteten Personalpolitik ohnehin eine wenig geeignete Institution, um eine system- und wertungsrichtige europäische Rechtsordnung zu gewährleisten. Die dogmatischen Aufgaben der Zivilrechtswissenschaft sind angesichts dieser Herausforderung nicht kleiner, sondern sehr viel größer geworden.



## Strafrecht und Europarecht

*Von Frank Meyer, Zürich\**

### I. Stand der Europäisierung des Strafrechts

Das Strafrecht ist ein Nachzügler der Europäisierung. Sie setzt in der strafrechtlichen Historiografie erst mit den Verträgen von Maastricht und Amsterdam ein. Die schon lange zuvor existierenden Wechselwirkungen zwischen der Harmonisierung vieler Fachrechtsbereiche durch EG-Recht und den strafbewehrten Verhaltensnormen des nationalen Strafrechts unter den Schlagworten EG-rechtskonforme Auslegung und Neutralisierung waren dagegen nur einer kleinen Schar von Fachleuten bewusst. Selbst nach Maastricht bleibt die Optik der Strafrechtler eine zwischenstaatliche. EU-Strafrecht ist zunächst einmal Rechtshilferecht und betrifft daher primär die Nahtstellen zwischen den im Übrigen autarken Rechtssystemen. Diese Sichtweise erklärt sich nicht zuletzt aus der Wahrnehmung der eigenen Lebenswirklichkeit des Strafrechtlers. Strafrecht ist eine Domäne der nationalen Rechtsmaterien. Fremdrechtsanwendung kennt das Strafrecht grundsätzlich nicht.<sup>1</sup> So gibt es auch kein Gegenstück zum internationalen Privatrecht und, anders als in den meisten anderen vom Unionsrecht erfassten Gebieten, keinen direkten Vollzug. Selbst wenn Straftatbestände einen europäischen Hintergrund haben, wird diese Herkunft bei der Implementierung in das StGB nicht selten verschüttet, sodass der Praxis vielfach gar nicht bewusst war, dass sich bei der Rechtsanwendung besondere methodische Anforderungen stellen konnten.<sup>2</sup> Allenfalls im Nebenstrafrecht wurden die Dinge schnell deutlicher, weil die Bezüge zu den Verhaltensnormen und deren Ursprüngen klarer zu Tage lagen. Unter dem Strich bleibt aber festzuhalten, dass das Strafrecht in der Selbstwahrnehmung auch der Wissenschaft eine Materie ist, die vom nationalen Souverän und dessen Steuerungszielen dominiert wird.

Umso überwältigender und Bedenken provozierender muss dann die Entwicklung bis zum heutigen Tag erscheinen. Der Beitrag eröffnet daher mit einem kurzen Überblick, in welchen Bereichen des Strafrechts eine Europäisierung erfolgt ist bzw. erfolgt. Danach wird im Hauptteil, untergliedert in drei Phasen, nachgezeichnet, wann und wie sich die Wissenschaft mit dieser Entwicklung befasst und wo sie sich konstruktiv (und mit welchen Mitteln) in die Debatte eingebracht hat. In diesem Zuge werden durchgängig auch Defizite aufgezeigt, die in diesem Be-

\* Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale) ist Professor für Straf- und Strafverfahrensrecht einschließlich internationales Strafrecht an der Universität Zürich.

1 Zur Thematik der Fremdrechtsanwendung im Strafrecht *A. Schneider*, Chapter 7: The relevance of foreign law for interpreting criminal law, in: Böse/Meyer/Schneider (Hrsg.), *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, Volume II: Rights, Principles and Model Rules, 2014, S. 307 ff.

2 Dazu einführend *B. Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. 2015, Kap. 9 und 10; *K. Ambos*, *Internationales Strafrecht*, 5. Aufl. 2018, § 11, Rn. 39 ff.

gleitungsprozess auszumachen sind. Dabei können aufgrund des nur begrenzt zur Verfügung stehenden Platzes letztlich keine Details besprochen, sondern nur ein möglichst umfassender und prägnanter Überblick gegeben werden. Dieser sollte aber zumindest größere Entwicklungslinien und -zusammenhänge deutlich werden lassen. Auf dieser Grundlage wird abschließend ein Resümee zum Stand einer Europastrafrechtswissenschaft gezogen und beleuchtet, welchen Themen sie sich noch nicht zugewandt hat, die aber dringend der Aufmerksamkeit dieser Europastrafrechtswissenschaft in statu nascendi bedürfen.

## II. Geltungsbereich des Europäischen Strafrechts

Heute muss man den Geltungsbereich des Europäischen Strafrechts in drei Sphären unterteilen: europäisierte Deliktsbereiche, Rechtshilfe und Strafprozessrecht.

### 1. Deliktsbereiche

Es gibt mittlerweile einen größeren Kreis sog. Eurocrimes.<sup>3</sup> Gemeint sind die auf Art. 83 Abs. 1 und 2 AEUV und ihre Vorgängerkompetenzen gestützten Tatbestandsdefinitionen und Kriminalisierungspflichten. Sie sind inhaltlich so divergent und von so unterschiedlichen Finalitäten getragen, dass man nicht von einem geschlossenen Deliktsbereich, geschweige denn einer konsistenten Kriminalisierungspraxis sprechen kann. Materiell bedeutsam für den Besonderen Teil sind zudem die Wirkungen von Neutralisierung und Annäherung durch harmonisiertes Fachrecht und die sog. Mindesttrias aus dem Griechischen Mais-Fall.<sup>4</sup>

Inhaltlich handelt es sich bei diesen Eurocrimes nicht um vollintegrierte Tatbestände, mit denen der Bereich des Strafbaren umfassend abgesteckt würde. Die Regelungen erschöpfen sich in der Regel darin, mehr oder minder konkrete und differenzierte Mindestanforderungen an die tatbestandliche Reichweite des nationalen Strafrechts zu stellen und einen bestimmten Rahmen für die Sanktionsobergrenzen vorzuschreiben.<sup>5</sup> Gar nicht anzutreffen sind dagegen Untergrenzen (Mindeststrafen) und nur wenige Instrumente verhalten sich zu Fragen der obj. und subj. Zurechnung,<sup>6</sup> der Täterschaft,<sup>7</sup> der Unterlassungsstrafbarkeit oder zu Pro-

3 Im Überblick *B. Hecker* (Fn. 2), Kap. 11.3; *A. Klip*, *European Criminal Law*, 3. Aufl. 2016, S. 231 ff.; *F. Meyer*, in: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, Art. 83, Rn. 8 ff., 40 f., 42 ff., 71 ff.; *H. Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 8. Aufl. 2018, § 9 III; Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2. Aufl. 2014, §§ 12–30.

4 Im Überblick *B. Hecker* (Fn. 2), § 9, Rn. 21 ff.; *M. Heger*, in: Böse (Hrsg.), *EnzEuR*, Band 9, 2013, § 5, Rn. 8 ff.

5 *C.-F. Stuckenberg*, in: Böse (Hrsg.), *EnzEuR*, Band 9, 2013, § 10, Rn. 49 f.; *F. Meyer* (Fn. 3), Art. 83, Rn. 25 f., 64 f.

6 *Mens rea* erfordert in der Regel Vorsatz oder eine besonders schwere Form der Fahrlässigkeit; *J. Rankinen*, *Positive Fault Requirements in EU Criminal Law*, *European Criminal Law Review* 2016, S. 117 f. (124 ff.); *A. Rosanò*, *Some Developments of the Principle of Mens Rea in the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, *New Journal of European Criminal Law* 2016, S. 302 (304 ff.).

7 *A. Klip* (Fn. 3), S. 224 ff.; zumindest ein allgemeines Verbandshaftungsmodell hat sich herauskristallisiert, dessen Vorlage Art. 3 2. ZP PIF-Konvention ist; *J. Vogel*, *Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht*, *StV* 2012, S. 427 ff. (431); *N. Selvaggi*, „Ex crimine“ liability of legal persons in EU legislation: an Overview

zessvoraussetzungen wie Strafantrag und Verjährung.<sup>8</sup> Zwar haben Rat, Kommission und Europäisches Parlament jeweils Baukastenelemente für die Strafrechtsetzung entwickelt, in deren Formulierung auch eine Rückwirkung strafrechtlicher Diskurse auf das EU-Recht sichtbar wird.<sup>9</sup> Über die Aufnahme von Begriffshüllen kommt dieser Prozess aber regelmäßig nicht hinaus.

Umso überraschender muss dann freilich das Durchgreifen des Effektivitätsprinzips in diesen Bereichen wie in den EuGH-Urteilen zu den Rechtssachen „Schenker“ und „Tarrico“ erscheinen.<sup>10</sup> In diesem Punkt wird bereits eines der Hauptprobleme des EU-Strafrechts deutlich, namentlich Ausblendung oder zumindest mangelndes Bewusstsein für die Eigengesetzlichkeit des Unionsrechts und seine ins nationale Recht durchgreifenden Regulierungsprinzipien.

Ein genuin europäisches Strafrecht existiert hingegen nicht. Strafrechtliche Interessen der Union werden immer indirekt durchgesetzt.<sup>11</sup> Ein direkter Vollzug ist ausgeschlossen, was in der Praxis – wie schon erwähnt – dazu führen kann, dass der unionsrechtliche Ursprung einer Norm und die damit einhergehende Anwendungsprogrammatik den Akteuren nicht zwingend bewusst sind.

## 2. Rechtshilfe

Im Rechtshilferecht sind zunehmend horizontal integrierte Strafverfolgungsstrukturen erwachsen; und zwar einerseits durch die Installierung von Koordinierungs- und Unterstützungsplattformen<sup>12</sup> und andererseits durch Instrumente, mit denen die klassischen Rechtshilfeformen auf den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung umgestellt worden sind.<sup>13</sup> Supranational-vertikale Handlungsformen (bei denen die Steuerung von Strafverfolgungsaktivitäten von supranationaler Ebene aus erfolgt) bestehen allenfalls in Ansätzen.<sup>14</sup> Insgesamt zeichnet sich gegenwärtig –

of Substantive Criminal Law, EuCLR 2014, S. 46 ff. (52 ff.); M. Engelhart, Sanktionierung von Unternehmen und Compliance, 2012, S. 619 ff.

<sup>8</sup> Vgl. C.-F. Stuckenberg (Fn. 5), § 10, Rn. 60 f.

<sup>9</sup> Mitteilung der Kommission, Auf dem Weg zu einer europäischen Strafrechtspolitik: Gewährleistung der wirklichen Durchführung der EU-Politik durch das Strafrecht KOM (2011) 573 endg.; Entwurf von Schlussfolgerungen des Rates über Musterbestimmungen als Orientierungspunkte für die Beratungen des Rates im Bereich des Strafrechts, Ratsdokument 16542/09; Europäisches Parlament, Report on an EU approach on criminal law, 24. April 2012, (2010/2310(INI)), RR/900103EN.doc; H. Satzger, in: Böse (Hrsg.), EnzEuR, Band 9, 2013, § 2, Rn. 67 ff.

<sup>10</sup> EuGH Rs. C-681/11 (Schenker), ECLI:EU:C:2013:404, Rn. 33 ff.; EuGH Rs. C-105/14 (Tarrico), ECLI:EU:C:2015:555; im Anschluss eingeschränkt in EuGH Rs. C-42/17 (M.A.S. u. M.B.), ECLI:EU:C:2017:936; dazu F. Meyer, JZ 2018, S. 304.

<sup>11</sup> Daran ändert auch die Schaffung einer Europäischen Staatsanwaltschaft nur bedingt etwas, weil auch sie in die nationale Strafrechtspflege eingebettet sein wird; allerdings wird sie in einem supranationalen Verantwortungszusammenhang stehen. Im Übrigen würde auch die Schaffung echter supranationaler Tatbestände, insb. gestützt auf Art. 325 AEUV, nichts daran ändern, dass deren Durchsetzung weiterhin vor nationalen Strafgerichten erfolgen würde.

<sup>12</sup> F. Meyer, in: Leible/Terhechte (Hrsg.), EnzEuR, Band 3, 2014, § 37, Rn. 3, 10 f.; F. Meyer (Fn. 3), Vor Art. 82, Rn. 10, 19.

<sup>13</sup> M. Böse, in: Leible/Terhechte (Hrsg.), EnzEuR, Band 3, 2014, § 36, Rn. 12 ff.; F. Meyer (Fn. 3), Art. 82, Rn. 5 ff.

<sup>14</sup> M. Böse (Fn. 13), § 36, Rn. 19 ff.; F. Meyer, Verbundstrafverfolgung in der EU, in: Herzog/Schlothauer/Wohlers (Hrsg.), GS Weßlau, 2016, S. 193 (201 ff.).

gerade auch im Bereich des Datenaustauschs – eine Verwischung der Grenzen zu einem allgemeinen Sicherheitsrecht durch gemischte Instrumente und Multi-Agentur-Ansätze ab, welche die Wissenschaft vor neue Herausforderungen stellt.<sup>15</sup>

### 3. Strafprozessrecht

Der Übergang zum Strafprozessrecht ist dabei fließend. Zwar gibt es keine supranationalen Strafverfolgungsorgane im technischen Sinn. Mit den direkten Zugriffsmöglichkeiten, welche den Mitgliedstaaten die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und der Verfügbarkeit außerhalb ihrer Territorialgrenzen eröffnen, werden die Grenzen zum Rechtshilferecht aber spürbar porös. Die wachsenden operativen Fähigkeiten der vermeintlichen Service-Plattformen Europol und Eurojust verstärken diesen Eindruck.<sup>16</sup> Sie sind ebenso wie der Europäische Haftbefehl oder Fahndungen über das SIS nicht mehr aus der praktischen Verfolgungsarbeit wegzudenken. Unmittelbaren Niederschlag in der StPO haben aber vor allem neue Vorschriften zum Opferschutz und Harmonisierungsmaßnahmen bei den Beschuldigtenrechten (sog. Viertes Maßnahmenpaket für Verfahrensrechte für Beschuldigte und Verdächtige) gefunden.<sup>17</sup> Die Roadmap zu den Verfahrensrechten wurde zwischenzeitlich abgearbeitet und in Teilen auch schon national umgesetzt. Mit diesen Ergänzungen sollte primär die Akzeptanz des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung erhöht werden. Eine weitergehende Anpassung erfordern die Europäische Ermittlungsanordnung und die Verordnung zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft, weil sie einen Katalog von Ermittlungsmaßnahmen enthalten, über die jeder Mitgliedstaat mindestens verfügen muss.<sup>18</sup>

Weder erfolgt noch geplant ist dagegen eine „Internationalisierung“ des nationalen Strafverfahrensrechts dahingehend, dass Vorschriften zu Ermittlungsmaßnahmen oder Beweisverfahren für eine integrierte europäische Strafrechtspflege fit gemacht werden; d.h. Vorschriften so zu gestalten, dass sie potenzielle Friktionen abbauen und weder für eingehende noch ausgehende Ersuchen unnötige Hindernisse bereiten; z.B. bei der Verwertbarkeit von Beweismitteln oder der Erfüllung von Verfahrensvorschriften der *lex fori*. Auch die Wissenschaft hat dieses Thema noch nicht für sich entdeckt.

15 Vgl. Beiträge von *K. Ligeti / M. Simonato* (Multidisciplinary investigations into offences against the financial interests of the EU: a quest for an integrated enforcement concept, S. 81), *M. Luchtman* (Inter-state cooperation at the interface of administrative and criminal law, S. 191) und *V. Jamin* (Blurring boundaries between administrative and criminal law: from the perspective of an EU agency, S. 213) in: Galli/Weyembergh (Hrsg.), *Do labels still matter?*, 2014; *F. Meyer* (Fn. 12), § 37, Rn. 32 ff.

16 *F. Meyer* (Fn. 14), Rn. 193 ff. 204 ff., 210 ff.; *ders.* (Fn. 12), § 37, Rn. 21, 32 ff.

17 Überblick bei *D. Brodowski*, *Strafrechtsrelevante Entwicklungen in der Europäischen Union – ein Überblick*, ZIS 2017, S. 11 ff. (18 ff.); *ders.* ZIS 2016, S. 106 ff. (114 ff.).

18 Art. 10 Abs. 2 Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen, ABl. L 130/1; Art. 30 Verordnung 2017/1939 des Rates vom 12. Oktober 2017 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit zur Errichtung der Europäischen Staatsanwaltschaft (EuStA-VO).

### III. Entwicklung einer Europäischen Strafrechtswissenschaft

Welche Rolle hat dabei aber die Wissenschaft gespielt? Wie und wo konnte sie europäische Diskurse beeinflussen? Sind Rückwirkungen strafrechtlicher Diskurse auf das EU-Recht feststellbar? Die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit der Europäisierung des Strafrechts soll in diesem Abschnitt in Entwicklungsphasen dargestellt werden, um darüber zu einer differenzierten Bestandsaufnahme zu kommen, wie es um die Existenz einer Europastrafrechtswissenschaft bestellt ist.

#### 1. Entwicklungsphase I: „Entdecken und Staunen“

Die erste Phase beginnt in der Zeit des Maastrichter Vertrags. Es handelt sich um eine Periode ungläubigen Staunens und des Entdeckens von Einfluss Spuren im nationalen Recht. Wahrnehmung und Interesse an Europäisierungsphänomenen beschränken sich im Strafrecht aber auf einen kleinen Personenkreis.<sup>19</sup> Oftmals wird Praktikern die Relevanz des EU-Rechts früher bewusst, weil sie in der Rechtspraxis eher mit ihm in Berührung kommen.

Wissenschaftliche Arbeiten aus dieser Zeit ähneln nicht selten Alben mit Fundstücksammlungen noch ohne größere Systematisierung der Exponate. Bewertung und Kritik erfolgen vor allem aus nationaler Sicht anhand nationaler (straf- und prozessrechtlicher) Kriterien. Aus europäischer Sicht geschriebene und um einheitliche europäische Begriffe bemühte Studien bleiben Einzelfälle.<sup>20</sup> Und dennoch gibt es einen Zirkel von Europäern, die mit dem Corpus Juris (zum Schutz der Finanzinteressen) bereits in dieser Frühphase das erste große europawissenschaftliche Strafrechtsprojekt in Angriff genommen und damit zumindest die Idee einer Europäischen Strafverfolgungsbehörde zum Schutz der Finanzinteressen auf die Agenda gesetzt haben.<sup>21</sup> Auch wenn dieser Gedanke die Imaginationskraft der Akteure anfangs überfordert haben mag, ist seine Kreativität und logische Konsequenz doch von solcher Stärke, dass er nie ganz in Vergessenheit geraten ist und mittlerweile sogar realisiert werden konnte, wenn auch in der Sache nicht schlüssig im Gewande verstärkter Zusammenarbeit.

19 U. Sieber, Europäische Einigung und Europäisches Strafrecht, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1991, S. 957 ff.; T. Weigend, Strafrecht durch internationale Vereinbarungen – Verlust an nationaler Strafrechtskultur?, ZStW 1993, S. 774 ff. (786 ff., 793 ff.); G. Dannecker, Strafrecht der Europäischen Gemeinschaft, in: Eser/Huber (Hrsg.), Strafrechtentwicklung in Europa 4.3, 1995; ders., Die Entwicklung des Strafrechts unter dem Einfluss des Gemeinschaftsrechts, Jura 1998, 79 ff. M. Böse, Strafen und Sanktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996; H. Satzger, Die Europäisierung des Strafrechts, 2001.

20 In diese Kategorie gehören die Arbeiten von M. Böse (Fn. 19) oder S. Gröbblinghoff, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der Europäischen Gemeinschaften, 1996.

21 Corpus Juris strafrechtlicher Regelungen zum Schutze der finanziellen Interessen der EU (Corpus Juris 2000); H. Satzger (Fn. 3), § 8 III, S. 123.



## 2. Entwicklungsphase 2: „Widerstand“

Der Übergang in die zweite Phase wird durch die Einführung des Rahmenbeschlusses in der dritten Säule (mit dem Amsterdamer Vertrag) eingeläutet. Die disruptiven Effekte des Unionsrechts sind wegen des intergouvernementalen Settings der dritten Säule immer noch nicht tief in das Strafrecht eingedrungen. Die wissenschaftliche und rechtspolitische Diskussion ist von einer internationalen Logik geprägt. Die Europäisierung des Strafrechts wird nicht als natürliche Erscheinung einer fortschreitenden Integration, sondern als zwischenstaatliche Antwort auf deren negative Folgen begriffen. Isolierte Projekte zu einem Europäischen Modellstrafgesetzbuch erschienen vor diesem Hintergrund von vornherein als geistreiche, aber letztlich aussichtslose Gedankenspiele.<sup>22</sup>

Die Supranationalität, die das EG-Recht vermittelt über Neutralisierung, Assimilierung und Effektivitätsgrundsatz in das Strafrecht trägt, wird nicht gesamthaft analysiert, sondern sektoralisiert nach Delikts- und Rechtsbereichen von Spezialisten behandelt (und dann auch oft als Element eines *transnational criminal law* kontextualisiert; z. B. bei Korruptions- und Geldwäschebekämpfung). Diese Phänomene liegen generell abseits vom Interesse der gemeinen Strafrechtswissenschaft. In dieser formieren sich aber dennoch (spätestens ab dem Inkrafttreten des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl [RB-EuHb]) Widerstände, die prägend für diese Phase sind.

Betroffen sind zwei Problemfelder, die ab 2000 intensiver erforscht werden. Zum einen wird die Art und Weise der Rechtsetzung angegriffen.<sup>23</sup> War die Frage der Strafbefugnis zuvor allgemein ein Nicht-Thema, rückt sie nun unter dem Blickwinkel des Demokratieprinzips in das Zentrum der Diskussion.<sup>24</sup> Dabei geht es um nicht weniger als die Frage, ob ein Europäisches Strafrecht überhaupt rechtlich legitimierbar ist. Eine Mehrheit des befassten Schrifttums verfiert ein strenges Verständnis von Volkssouveränität.<sup>25</sup> Drastisch verkürzt: Nur ein verfasstes Volk könne Strafrecht haben, und setzen dürfe es nur dessen legitimer Repräsentant: das Parlament. Diese Debatte strahlte auf den Streit um ungeschriebene strafrechtliche Kompetenzgrundlagen im EGv aus.<sup>26</sup> Der Annahme von *implied powers* war die Behauptung eines unionalen *ius puniendi* immanent, was nach den demokratietheoretischen Prämissen vieler Kritiker undenkbar schien. Aller-

22 U. Sieber, Memorandum für ein Europäisches Modellstrafgesetzbuch, JZ 1997, S. 369 ff.

23 B. Schünemann, Das Strafrecht im Zeichen der Globalisierung, GA 2003, S. 299 ff. (306 ff.); ders., Fortschritte und Fehlritte in der Strafrechtspflege der EU, GA 2004, S. 193 ff. (201); M. Kubiciel, Grund und Grenzen strafrechtlicher Anweisungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft, NStZ 2007, S. 136 ff. (139); K. Lüderssen, Europäisierung des Strafrechts und gubernative Rechtsetzung, GA 2003, S. 71 ff. (82 ff.).

24 Ausf. F. Meyer, Demokratieprinzip und Europäisches Strafrecht, 2009, S. 42 ff., 56 ff., 113 ff.; F. Meyer, in: Böse (Hrsg.), EnzEuR, Band 9, 2013, § 25, Rn. 13 ff.

25 B. Schünemann, Das Strafrecht in Zeiten der Globalisierung (Fn. 24), S. 299 ff. (303); K. Lüderssen (Fn. 24), S. 71 ff. (82); B. Noltenius, Strafverfahrensrecht als Seismograph der Europäischen Integration. Verfassung, Strafverfahrensrecht und der Vertrag von Lissabon, ZStW 2010, S. 604 ff. (620).

26 B. Hecker (Fn. 2), Kap. 8, Rn. 2, 27 ff.; J. Vogel/D. Brodowski, in: Sieber/Satzger/von Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Europäisches Strafrecht, 2. Aufl. 2014, § 5, Rn. 30 ff.; F. Meyer, Strafrechtsgenese in internationalen Organisationen, 2012, S. 370 ff.

dings beschränkte sich dieser Streit um die demokratischen Wurzeln weitgehend auf Deutschland und mit Deutschland verbandelte Wissenschaftler. Die Diskussion im Ausland scheint spürbar weniger intensiv und aufgeregt gewesen zu sein. Es überrascht deshalb auch nicht, dass nicht europäisch miteinander diskutiert wurde, sondern von den Zinnen der nationalen Verfassung aus. Den Kritikern in Deutschland diente das Maastricht-Urteil als Argumentationsblaupause für ihre Vision von Volkssouveränität, die sich einer supranationalen Transformation bzw. Rekonstruktion weitgehend versperrt.<sup>27</sup> Auch wenn die Diskussion nach Abschluss des Lissabon-Vertrags eingeschlafen ist, muss davon ausgegangen werden, dass zumindest Teile der deutschen Strafrechtsnomenklatur das materielle Europäische Strafrecht per se für nicht demokratisch legitimiert halten.<sup>28</sup>

Zum anderen setzt eine äußerst lebhafte Debatte zum RB EuHB und allgemein zum Grundsatz gegenseitiger Anerkennung ein, die nun auch In- und Ausland verbindet, auch wenn dabei zunächst vornehmlich durch die nationale Souveränitätsbrille geschaut wird. Sie legt den Schwerpunkt häufig darauf, den eigenen Staatsbürgern besonderen Schutz angedeihen zu lassen und sie von europäischer Strafrechtspflege abzuschirmen. Dem phänotypischen EuHB-I-Urteil des BVerfG mag man dies angesichts seines engen, spezifischen Kontrollauftrags nicht vorhalten, wohl aber der Wissenschaft, die anfänglich noch nicht einmal auf die Idee gekommen ist, solche Wohltaten wenigstens an das Residenzprinzip anzuknüpfen und damit die Brücke zu Freizügigkeit und Unionsbürgerschaft zu schlagen. Im Ausland – auch unter starker Einbringung von Praktikern – lag das Augenmerk von Beginn an auf den menschenrechtlichen Herausforderungen, die eine Umstellung der strafrechtlichen Zusammenarbeit auf das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung mit sich bringt. Hier entsteht zum ersten Mal seit dem Corpus-Juris-Projekt wieder ein echter europäischer, von gemeinsamen menschenrechtlichen Standards inspirierter Diskurs, der sich auf zwei Problemblocke konzentriert. Der erste, noch heute virulente Aspekt sind die selektiven menschenrechtlichen Versagungsgründe des RB-EuHB.<sup>29</sup> Ob es zusätzliche ungeschriebene Versagungsgründe geben kann, wurde lebhaft diskutiert und nunmehr vom EuGH in der Aranyosi-Entscheidung endlich im Einklang mit der einhelligen Auffassung im Schrifttum bejaht.<sup>30</sup>

27 Erläuternd im Einzelnen *F. Meyer*, Demokratieprinzip (Fn. 25), S. 43 ff. (60 ff.).

28 So warf *B. Schünemann* noch kürzlich dem Verfasser eines alternativen Ansatzes die Verächtlichmachung des Gedankens der Volkssouveränität vor, StV 2016, S. 178 ff.; s. dagegen § 25, Rn. 20 ff.

29 *Ch. Burchard*, in: Böse (Hrsg.), EnzEuR, Band 9, 2013, § 14, Rn 47 ff.; *H. Herrnfeld*, Der Vorrang hält – aber noch eine Frage offen? Grundrechtsschutz und gegenseitige Anerkennung im Lichte des EuGH-Urteils in der Rs. Melloni, in: Becker et al. (Hrsg.), FS Schwarze, 2014, S. 81 ff. (106, 108); *K. Gaede*, EnzEuR, Band 9, 2013, § 3, Rn. 49 ff.; *F. Meyer*, in: Ambos/König/Rackow (Hrsg.), Rechtshilferecht in Strafsachen, 2015, § 79, Rn. 811 sowie Rn. 816; *T. Reinbacher/M. Wendel*, Menschenwürde und Europäischer Haftbefehl – Zum ebenübergreifenden Schutz grundrechtlicher Elementargarantien im europäischen Auslieferungsverfahren, EuGRZ 2016, S. 333 ff. (337 ff.); *N. Schallmoser*, The European Arrest Warrant and Fundamental Rights, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2014, S. 135 ff. (149 ff., 154 ff.).

30 EuGH, verb. Rs. C-404/15 u. C-669/15 PPU (Aranyosi u. Căldăraru), ECLI:EU:C:2016:198; dazu *K. Böhm*, Anmerkung NJW 2016, S. 1713; *Meyer*, Anmerkung JZ 2016, S. 621; *D. Brodowski*, Die drohende Verletzung von Menschenrechten bei der Anerkennung Europäischer Haftbefehle auf dem Prüfstand: Die zweifelhafte

Die vorherige wissenschaftliche Diskussion weist europarechtlich zwei interessante Züge auf. Sie orientiert sich für die Konkretisierung ungeschriebener Auslieferungsgegenrechte v.a. an der Rspr. des EGMR und mithin der EMRK.<sup>31</sup> Abweichungen von dieser waren vornehmlich bei der Berufung auf das faire Verfahren anzutreffen, um über die Feststellung von möglichen Fairnessverstößen eine Kooperation zu verhindern. Dieses hält der EGMR bei Auslieferungen nur im Falle eines *flagrant denial of justice* für erforderlich; in der kleinen Rechtshilfe ist man noch strenger. Im Schrifttum konnte man dagegen den Eindruck gewinnen, als wollte man diesen Vorbehalt dazu instrumentalisieren, eine möglichst weitgehende Kompatibilität mit den eigenen strafprozessualen Regelungen und Vorstellungen sicherzustellen. Dies mag bei vielen auch einer fehlenden Vertrautheit mit der Materie des Rechtshilferechts geschuldet gewesen sein. Auf die Spitze trieb dieses Denken freilich zuletzt das BVerfG, das einfache Divergenzen beim Verständnis des Fairness-Grundsatzes zu einem Menschenwürdekonflikt hochdramatisiert.<sup>32</sup> Die klare Erkenntnis unter den europäisch arbeitenden Strafrechtswissenschaftlern ist dagegen, dass die vorrangige Rechtsquelle für die Limitierung sekundärrechtlicher Kooperationspflichten nicht die eigene Verfassung sein kann, sondern nur das Unionsprimärrecht, konkret die GRC.<sup>33</sup> Zu dieser Einsicht hat die europaweite Diskussion erheblich beigetragen.

Mit den Gegenrechten direkt verbunden ist der zweite intensiv behandelte Aspekt des europäischen Rechtshilferechts, nämlich die Reichweite und Begründung von *mutual trust*.<sup>34</sup> Auch hierbei handelt es sich eigentlich um ein altbekanntes Steuerungsprinzip. Der Vertrauensgrundsatz wurde von Rechtshilfegerichten und EGMR schon lange herangezogen, um Reichweite und Dichte der Überprüfung von Rechtshilfeersuchen festzulegen. Er hat sich als Zuordnungsmechanismus für die Verteilung von Rechtsschutzaufgaben zwischen ersuchtem und ersuchendem Staat einigermaßen bewährt. Auch hier dürfte die erste Welle der Kritik einer gewissen Unvertrautheit mit der Materie des Rechtshilferechts zuzuschreiben gewesen sein. Doch kam hierdurch auch ein frischer Wind in die Diskussion, denn die eingespielten Standards hatten die Rechte des Individuums möglicherweise nicht

Aktivierung der Verfassungsidentität durch das BVerfG und eine Zeitenwende in der Rechtsprechung des EuGH; JR 2016, S. 415 ff.

31 Vgl. F. Meyer (Fn. 30), § 79 IRG, Rn. 808 ff.; N. Schallmoser (Fn. 30), S. 135 ff. (158 ff.).

32 Vgl. BVerfG, Beschluss v. 6.5.2016, 2 BvR 890/16, Rn. 7; später ruderte das BVerfG in der Hauptsache wieder zurück, BVerfG, 2 BvR 890/16, Beschluss v. 6.9.2016, Rn. 36.

33 J. Vogel, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der EU, 43. EL März 2011, Art. 82, Rn 22; F. Meyer (Fn. 3), Art. 82, Rn. 12 f.; M. Böse, Human rights violations and mutual trust: Recent case law on the European Arrest Warrant, in: Ruggeri (Hrsg.), Human Rights in European Criminal Law, 2015, S. 135 ff.; ders., Legitimität des europäischen Kooperationsrechts – Menschenrechtliche Standards zwischen Freiheitsschutz und Effektivitätsdenken, in: Tiedemann et al. (Hrsg.): Die Verfassung moderner Strafrechtspflege, 2016, S. 211 ff.

34 S. Hüttemann, Principles and Perspectives of European Criminal Procedure, 2012, S. 77 ff.; V. Mitsilegas, The Symbiotic Relationship Between Mutual Trust and Fundamental Rights in Europe's Area of Freedom, Security and Justice, New Journal of European Criminal Law 2015, S. 457 ff.; A. Willems, Mutual Trust as a Term of Art in EU Criminal Law: Revealing its Hybrid Character, European Journal of Legal Studies 2016, S. 211 ff.; G. de Kerchove/A. Weyemberg (Hrsg.), La Confiance mutuelle dans l'espace pénal européen, 2005.

ernst genug genommen.<sup>35</sup> Und gerade hierfür bestand in der EU besonderer Bedarf, sodass es nicht notwendig widersprüchlich ist, eine Erhöhung der Schutzstandards gerade innerhalb einer Staatengruppe mit höheren Grundrechtsstandards zu verlangen.

Zum gegenseitigen Vertrauen finden sich anspruchsvolle Arbeiten, die das Prinzip sozialwissenschaftlich herleiten oder normativ anreichern wollen.<sup>36</sup> Durchgesetzt hat sich keine der Ideen. Gegenseitiges Vertrauen wird (v.a. in der Praxis) weiterhin mehrheitlich als empirie- und erfahrungsgetragene funktionelle Rechtsfigur verstanden, die eine zweckmäßige Aufteilung von Grundrechtsgewährleistungs- und Rechtsschutzaufgaben zwischen ersuchendem und ersuchtem Staat gestattet.<sup>37</sup> Die gemeinsame Leistung der Wissenschaft besteht hier darin, eine u.U. zu permissive Grundausrichtung in Frage zu stellen und alternative Austarierungen anzubieten. Der EuGH ist darauf nur bedingt angesprungen. Im Ergebnis adaptiert er die Vorgehensweise des EGMR bei unmenschlichen Haftbedingungen. Inhaltlich greift der Gerichtshof jedoch auf keinen der wissenschaftlichen Begründungsansätze zurück, sondern nimmt eine autonome Ableitung des Grundsatzes aus dem Primärrechts vor, wonach der Grundsatz als ein eigenständiges regulatives Integrationsprinzip erscheint.<sup>38</sup>

Eng verbunden war diese Debatte mit dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, dessen Grundlage das gegenseitige Vertrauen bekanntlich schaffen oder bilden soll.<sup>39</sup> Ein Großteil der Arbeiten im europäischen Strafrecht befasst sich mit diesem Themenkreis, wobei sich eine Kluft auftut zwischen einer innerdeutschen Diskussion und einem europaweiten Diskurs sowie denjenigen, die gegenseitige Anerkennung als Unionsprinzip begreifen und daher auch das Geschehen in anderen Rechtsbereichen, insb. in der zivilrechtlichen Zusammenarbeit, verfolgen.

Dem als Rechtsprinzip blassen Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung hat die Wissenschaft jedoch trotz dieser intensiven und multidimensionalen Befassung kaum zu mehr Farbe verhelfen können. Diese materielle Substanzlosigkeit ist im Grundsatz selbst angelegt und kaum heilbar.<sup>40</sup> Immerhin stechen einige analytisch starke Arbeiten heraus, die Voraussetzungen, Grenzen, Funktion und Gegenstand

35 Zur Rolle des Individuums und dessen notwendiger Stärkung im Rechtshilferecht; *W. Schomburg/O. Lagodny/N. Schallmoser*, in: Böse (Hrsg.), *EnzEuR*, Band 9, 2013, § 13, Rn. 36 ff.; *O. Lagodny*, in: Schomburg et al (Hrsg.), *Internationale Rechtshilfe in Strafsachen*, 2012, § 73 IRG, Rn 7 ff.

36 *A. Willems* (Fn. 35), S. 211; *T. Wischmeyer*, *Generating Trust Through Law? Judicial Cooperation in the European Union and the „Principle of Mutual Trust“*, *German Law Journal* 2016, S. 339; *M. Fichera*, *Criminal Law beyond the State: The European Model*, *European Law Journal* 2013, S. 174 ff.

37 *A.-K. Kaufhold*, *Gegenseitiges Vertrauen, Wirksamkeitsbedingung und Rechtsprinzip der justiziellen Zusammenarbeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts*, *EuR* 2012, S. 408 ff.

38 *F. Meyer*, *Der Grundsatz gegenseitigen Vertrauens – Konzeptualisierung und Zukunftsperspektiven eines neuen Verfassungsprinzips*, *EuR* 2017, S. 163 ff.

39 EuGH, verb. Rs. C-404/15 und C-659/15 PPU (Aranyosi und Căldăraru), ECLI:EU:C:2016:198, Rn. 10; *A. Klip* (Fn. 3), S. 100 f.; *F. Meyer* (Fn. 3), Art. 82, Rn. 7; *A. Willems* (Fn. 35), S. 211, 213: „principle behind the principle“; *S. Hüttemann* (Fn. 35), S. 78: *Gegenseitiges Vertrauen soll erklären, warum bestimmte Kooperationshindernisse und -hürden nicht mehr gebraucht werden*; *A.-K. Kaufhold* (Fn. 38), S. 408 ff. (417).

40 Möglicherweise besteht aber noch Raum für eine Substantiierung als EU-Governanceprinzip. Bislang werden Inhalt und Reichweite der gegenseitigen Anerkennung aber von individuellen Aushandlungsprozessen determiniert, bei denen gegenseitige Anerkennung allenfalls als zu konkretisierendes Leitmotiv fungiert.

der gegenseitigen Anerkennung auch instrumentenübergreifend durchleuchten.<sup>41</sup> In der Gesamtschau zeigt sich dabei ein deutlich gewachsenes Interesse an der Auseinandersetzung mit allen Instrumenten der gegenseitigen Anerkennung.<sup>42</sup> Die anfänglich bestehende und leicht zu erklärende Engführung auf den EuHB ist jedenfalls überwunden. Dies ist zugleich Ausdruck einer signifikanten Erhöhung des Wissens um die Europäisierung der Strafrechtspflege, die nun hoffentlich auch in die Lehre und juristische Fortbildung getragen wird. Als förderlich hat sich in diesem Prozess die Gründung zweier fachspezifischer Publikationsforen in englischer Sprache erwiesen.

Defizitär bleibt dagegen die Auseinandersetzung mit den Folgen der strukturellen und institutionellen Veränderungen der strafrechtlichen Zusammenarbeit im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts. Es ist vor allem der Praxis zu verdanken, dass auf Lücken und Defizite innerhalb der neuen Rechtshilfeverfahren fortwährend plastisch hingewiesen wird.<sup>43</sup> Demgegenüber fehlen konzertierte Versuche, die neuen strukturspezifischen Grundrechtsgefahren umfassend zu analysieren und Lösungsvorschläge zu entwickeln. Man versteht integrierte Strafverfolgung in der EU nicht gesamthaft und aus der Perspektive des betroffenen Individuums. Es fehlt an einem Verständnis, das den einzelnen Bürger zum archimedischen Punkt macht und seine Situation als Objekt der Strafverfolgung im Raum betrachtet und davon ausgehend die Grundrechtsbindungen der GRC in ihren verschiedenen Geltungsdimensionen konkretisiert.<sup>44</sup>

Zugegebenermaßen stellt sich hier auch ein methodologisches Problem. Es ist nicht recht klar, wie man sich der Sache nähern soll. Die Strafrechtsdogmatik ist gut im Aufzeigen und Systematisieren der europarechtlichen Einwirkungen, gerät hier aber ebenso an ihre Grenzen wie die traditionelle Strafrechtvergleichen. Ihre Methoden erscheinen wenig geeignet, Antworten auf neuartige Struktur- und

41 G. de Kerchove/A. Weyemberg (Hrsg.), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'union européenne*, 2001; M. Möstl, *Preconditions and limits of mutual recognition*, *Common Market Law Review* 2010, S. 405 ff.; A. Suominen, *The Principle of Mutual Recognition in Cooperation in Criminal Matters*, 2011; C. Janssens, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, 2014; grundsätzlich jetzt Ch. Burchard, *Die Konstitutionalisierung der gegenseitigen Anerkennung*, *Habilitationsschrift*, 2015.

42 Auch die Kriminologie befasst sich mit den vollzugsrechtlichen Instrumenten; Ch. Morgenstern, *Die Europäische Überwachungsanordnung – Überkomplexes Ungetüm oder sinnvolles Instrument zur Untersuchungshaftvermeidung von Ausländern?*, *ZIS* 2014, S. 216 ff.; H. Kromrey/Ch. Morgenstern, *Auslieferung bei drohender lebenslanger Freiheitsstrafe ohne Aussetzungsmöglichkeit*, *ZIS* 2014, 704 ff.; Ch. Morgenstern, *Strafvollstreckung im Heimatstaat – der geplante EU-Rahmenbeschluss zur transnationalen Vollstreckung von Freiheitsstrafen*, *ZIS* 2008, S. 76 ff.

43 Z. B. F. Billing, *The Parallel Between Non-removal and Asylum Seekers and Non-execution of a European Arrest Warrant on Human Rights Grounds*, *EuCLR* 2012, S. 77 ff.; D. Mansell, *The European Arrest Warrant and Defence Rights*, *EuCLR* 2012, S. 36 ff.; J. Arnold, *Verteidigung in grenzüberschreitenden Strafverfahren in Europa*, *StV* 2015, S. 588 ff. (593); T. Spronken, *EU-Policy to Guarantee Procedural Rights in Criminal Proceedings: an Analysis of the First Steps and a Plea for a Holistic Approach*, *EuCLR* 2011, S. 212 ff.; J. Blackstock, *Procedural Safeguards and the European Union: a Road well travelled?*, *EuCLR* 2012, S. 20 ff.

44 Erste Versuche u.a. bei S. Hüttemann (Fn. 35), S. 183 ff.; oder F. Meyer, *Die Bindung der EU-Mitgliedstaaten an die Grundrechtecharta in einer europäisierten Strafrechtspflege*, *ZStW* 2016, S. 1089 ff.; N. Schallmoser, *Europäischer Haftbefehl und Grundrechte – Risiken der Verletzung von Grundrechten durch den Rahmenbeschluss über den Europäischen Haftbefehl im Lichte der EMRK*, 2012; für das Legalitätsprinzip s.a. Ch. Peristeridou, *The principle of legality in European criminal law*, 2015, S. 295 ff.

Grundlagenprobleme zu finden. Zudem steckt eine transnationale Grundrechtsdogmatik noch in den Kinderschuhen.

Einzige echte Ausnahme ist die bis heute anhaltende Befassung mit der Vermeidung und Beilegung von Jurisdiktionskonflikten.<sup>45</sup> Hier bemüht man sich in der Wissenschaft in einem wirklich grenzüberschreitenden Diskurs um materielle Beschränkungsmöglichkeiten und prozedurale Konfliktbeseitigungsmodelle, die im Einklang mit den Eigengesetzlichkeiten des Unionsrechts stehen und gerade den Unionsbürgerrechten dezidiert Rechnung tragen. Es ist bezeichnend, dass hier gerade die mitgliedstaatlichen Interessen einer supranationalen Lösung im Wege stehen. Hier kollidiert ausnahmsweise einmal die supranationale Logik der wissenschaftlichen Modelle mit der intergouvernementalen Logik der strafverfolgenden Staaten.

### 3. Entwicklungsphase 3: „Konsolidierung ohne Ziel“

Die dritte, seit Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags laufende Phase steht stärker unter den Vorzeichen der EU-Rechts- und menschenrechtskonformen Implementierung und Konsolidierung. Die einzigen innovativen und gemeinsamen Großprojekte, in denen Wissenschaftler europaweit zusammenwirkten und zusammenwirken, waren die Vorarbeiten zum EPPO an der Universität Luxemburg<sup>46</sup> und ein mittlerweile abgeschlossenes Projekt des European Law Institute (ELI) zu Jurisdiktionskonflikten<sup>47</sup>. Als Ideenpool war ersteres sicherlich wirkungsvoll, weil es gestattete, die plausibelsten Modelle bis in die Details des Verfahrensrechts durchzuspielen. Es zeigte sich aber deutlich, dass vieles wieder in der Schublade verschwindet, sobald die Mitgliedstaaten die Verhandlungen aufnehmen. Bei ihnen herrscht weiterhin eine intergouvernementale Logik vor, die in nicht unerheblichem Widerspruch zu der im AEUV angelegten Konzeption der Behörde steht. Das EU-Recht soll nach dieser Sichtweise primär die Kooperation zwischen den Souveränen in der täglichen Arbeit der Strafverfolgungsbehörden erleichtern. Alusionen an *common concerns* oder gemeinsame transnationale Interessen sind allzu häufig reine rechtspolitische Rhetorik, um sich Zugang zu den Rechtssetzungsverfahren der Union zu verschaffen. Der Wissenschaft ist es nicht gelungen, dieses Verständnis nachhaltig zu verändern. Vielmehr dürfte diese Logik dazu führen, dass das ELI-Projekt zu den Jurisdiktionskonflikten ein ähnliches Schicksal erleidet wie das große EPPO-Projekt. Die spannende und realismusgeprägte Seite dieses Projekts ist allerdings, dass es mehrere Lösungsmodelle anbietet, die

45 Zuletzt Böse/Meyer/Schneider (Hrsg.), *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, Volume I: National Reports and Comparative Analysis, 2013; *dies.*, *Conflicts of Jurisdiction in Criminal Matters in the European Union*, Volume II: Rights, Principles and Model Rules, 2014; Luchtman (Hrsg.), *Choice of Forum in Cooperation Against EU Financial Crime*, 2013; F. Zimmermann, *Strafgewaltkonflikte in der Europäischen Union*, 2015.

46 Ligeti (Hrsg.), *Toward a Prosecutor for the European Union*, Vol. 1: A comparative analysis, 2012, Vol. 2: Draft Rules of procedure, 2016.

47 European Law Institute, *Draft Legislative Proposals for the prevention and resolution of conflicts of jurisdiction in criminal matters in the European Union* 2017.



jeweils auf eine spezifische Gedankenwelt zugeschnitten sind. Insoweit ist neben einem klassisch horizontalen Konsultationsmodell auch ein genuin supranationaler Vorschlag enthalten, bei dem die recht wildwüchsigen Jurisdiktionsansprüche der Staaten aus unionsrechtlichen Erwägungen (konkret: Grundfreiheiten und Grundrechte der GRC) auf den Territorialitätsgedanken zurückgestutzt werden; ausnahmsweise ein echtes Beispiel grenzüberschreitenden Grundrechtsdenkens.

Im materiellen Recht wird die Umsetzung einzelner Projekte auf europäischer und nationaler Ebene kritisch begleitet, doch erfolgt dies meist sektoralisiert und weiterhin vornehmlich durch Spezialisten in den jeweiligen Deliktsbereichen. Im Einzelnen können sich hier grenzüberschreitende Diskurse ergeben, bei denen dann aber auch häufig der EU-Rechtsrahmen verlassen und das Vorgehen gegen einzelne Verbrechensphänomene eher als Element eines *transnational criminal law* behandelt wird.<sup>48</sup>

Insgesamt und übergreifend fallen dagegen zwei Dinge auf. Bei der Implementierung in Gesetzgebung und Praxis offenbart sich das Fehlen eines Bewusstseins für die supranationale Optik des Unionsrechts. Dessen Regulierungs- und Anwendungsprinzipien werden kaum einmal bedacht, geschweige denn konsequent zu Ende gedacht. Dies betrifft die Tatbestandsinterpretation ebenso wie Strafzumessung oder die Auslegung von Opportunitätsvorschriften.<sup>49</sup> Allerdings ist einzuräumen, dass die Vorgaben des Unionrechts mitunter zu vage sind und in der Regel keine *best practices* für die Implementierung formuliert werden. Das Effektivitätsprinzip läuft dann ins Leere.

Zweitens fehlt es an einem kohärenten Kriminalisierungsprogramm.<sup>50</sup> Kaum jemand befasst sich vertieft damit, welches Strafrecht die EU haben sollte und warum. European Criminal Policy Initiatives formulieren ebenso wie die Leitlinien von Rat und EP allgemeine Prinzipien für Kriminalisierungsentscheidungen.<sup>51</sup> Ein geschlossenes Bild, in welchen Bereichen und unter welchen Voraussetzungen die Union von ihren Kompetenzen Gebrauch machen sollte, ergibt sich daraus nicht. Letztlich wird ausgehend von oft idealisierten nationalen Standards nur eine Reformulierung tradierter Grundsätze vorgenommen, aber keine Vision von einem erstrebenswerten EU-Strafrecht *de lege ferenda* entwickelt. Es erfolgt in der kriminalpolitischen Diskussion generell nur höchst selten eine Anknüpfung an das Unionsprimärrecht inkl. der Bestimmungen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts oder an die Entwicklung des Integrationsprozesses.<sup>52</sup>

48 Vgl. z. B. A. Di Nicola, Trafficking in Persons and Smuggling of Migrants, in: Reichel/Albanese (Hrsg.), Transnational Crime and Justice, 2013, S. 143 ff.; G. Mesko, /R. Furman, Police and Prosecutorial Cooperation in Responding to Transnational Crime, *ibid.*, S. 323 ff.; V. Mitsilegas, Regional Organisations and the suppression of transnational crime, in: Boister/Currie (Hrsg.), Routledge Handbook of Transnational Criminal Law, 2015, S. 73 ff.

49 F. Meyer, Europäisches Wirtschaftsstrafrecht — Die praktische Bedeutung Europäischen Rechts für das geltende Wirtschaftsstrafrecht, *wistra* 2017, S. 249 ff.

50 A. Klip (Fn. 3), S. 238 ff.; S. Miettinen, Criminal Law and Policy in the European Union, 2013, S. 236 ff.

51 Leitlinien von Rat und EP einige allgemeine Prinzipien für Kriminalisierungsentscheidungen; dazu H. Satzger (Fn. 9), § 2, Rn. 67 ff., 77 ff.

52 Vgl. F. Meyer, Das Strafrecht im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, *EuR* 2011, S. 169 ff. (188 ff.).

Eine alternativ denkbare Fruchtbarmachung eines gemeinsamen rechtskulturellen Erbes wird ebenso wenig versucht.<sup>53</sup> Kurzum: Ein Grand Design sucht man nicht nur vergebens, sondern es fehlt auch auf der Forschungsagenda.

Es wurde zwar eine Reihe von Untersuchungen föderaler Modelle auf Analogie- und Inspirationspotenziale durchgeführt.<sup>54</sup> Diese Mode hat aber nur einen überschaubaren Ertrag gebracht. Eine breiter angelegte Föderalismusdebatte, die zu einer ernsthaften Erörterung der Kompetenzstrukturen oder des institutionellen Aufbaus der EU-Strafrechtspflege hätte führen können, ist im Strafrecht bislang ausgeblieben.<sup>55</sup>

Im prozessualen Recht wurde die Roadmap zu den Verfahrensrechten abgearbeitet, wobei es Wissenschaft und Praxis immer wieder gelungen ist, sich v.a. mit Hilfe des Europäischen Parlaments in die Diskussion einzubringen. Man leistete dabei einen Beitrag zur Konsolidierung des Fallrechts des EGMR, das als Ausgangsbasis für die Vereinheitlichung gedient hatte. So war es möglich, Lücken zu schließen und Inkohärenzen auszubügeln.<sup>56</sup> Schüchtern geht man bisweilen sogar über die Mindestgarantien hinaus. Der große Wurf bleibt indessen aus, weil man Grundrechte – wie schon angesprochen – nicht im Raum denkt, sondern als Mindestgarantien im nationalen Partikularrechtssystem. Eine überzeugende gemeinsame Diskussion, welcher Mutationen und Neuschöpfungen es bei den Verfahrensrechten bedarf, um Betroffene einer integriert-grenzüberschreitenden Strafverfolgung in ihrer Projektsubjektrolle im Raum zu schützen, unterbleibt. Das gemeinsame Projekt des Manifests zum Europäischen Strafverfahrensrecht<sup>57</sup> (und sein Vorgänger Gesamtkonzept für die *europäische Strafrechtspflege*)<sup>58</sup> wartet zwar mit einer Reihe wichtiger normativer Fingerzeige auf, insb. dazu, wie der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung verträglich auszugestalten sei.<sup>59</sup> Doch werden Grundrechte eben kaum einmal in ihrer transnationalen Dimension gedacht. Und zu selten geht man induktiv von einer tiefgehenden Risikobestandsaufnahme aus. Wenn als Vorschlag eine umfassende Wiedereinführung beiderseitiger Strafbarkeit (selbst für die kleine Rechtshilfe) und ein umfassender Meistbegünstigungsansatz propagiert werden,<sup>60</sup> dann werden die eigentlichen Probleme damit

53 Dabei wäre auch das Verhältnis zum Europarat zu analysieren.

54 Z.B. L. Neumann, Das US-amerikanische Strafrechtssystem als Modell für die vertikale Kompetenzverteilung im Strafrechtssystem der EU?, 2014; T. Reinbacher, Strafrecht im Mehrebenensystem. Modelle der Verteilung strafrechtsbezogener Kompetenzen, 2014.

55 Das liegt vielleicht auch darin begründet, dass die Mitgliedstaaten jeglichem Anflug zu einer Vertikalisierung zumindest die Flügel stützen, sofern sie ihn nicht gar im Keim ersticken. Nationalstaaten scheinen auch gerne interessenorientiert zwischen den verfügbaren internationalen Organisationen zu springen.

56 Vgl. z.B. zur Unschuldsvermutung und zum Recht auf Verdolmetschung und Übersetzung; S. Cras/A. Erbežnik, The Directive on the Presumption of Innocence and the Right to Be Present at Trial Genesis and description of the new EU-Measure, eucrim 2016, S. 25 ff. (28 ff.); S. Cras/L. De Matteis, The Directive on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, eucrim 2010, S. 153; S. Cras, The Directive on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European arrest warrant proceedings, eucrim 2014, S. 32. S. Cras/L. De Matteis, The Directive on the right to information, eucrim 2013, S. 22.

57 European Criminal Policy Initiative (ECPI), A Manifesto on European Criminal Procedure Law, 2014.

58 Schünemann (Hrsg.), Ein Gesamtkonzept für die europäische Strafrechtspflege, 2006.

59 European Criminal Policy Initiative (Fn. 59), S. 49 (51 ff.).

60 B. Schünemann, Mindestbedingungen einer effektiven Verteidigung in transnationalen europäischen Strafverfahren, StV 2016, S. 178.



allenfalls näherungsweise berührt. Solche Vorschläge sind vielmehr Ausdruck eines (nicht unverständlichen) Abschottungs- resp. Schutzreflexes gegenüber einer sich immer schneller vollziehenden Effektivierung und Entgrenzung der Strafverfolgung, die nicht einmal nachgelagert Gegenstand einer umfassenden und tiefgreifenden freiheitsrechtlichen Ausbalancierung sind.

Vor dem Hintergrund der Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft wächst zwar das Bewusstsein für die Größe der Herausforderung. Dies hat aber noch nicht zur Folge, dass entschieden exploriert würde, was es mit der Idee eines *single legal area* auf sich hat, in dem die EuStA buchstäblich unbegrenzt ermitteln, anordnen und anklagen können soll.<sup>61</sup>

Das gleiche Bild zeigt sich bei der Implementierung der Rechtshilfeinstrumente. Die Wissenschaft hat europäisch formulierte Policy Principles hervorgebracht,<sup>62</sup> die aber bisweilen über Kreuz mit den Leit- und Regulierungsprinzipien des Unionsrechts liegen. Das hat sich am deutlichsten in der Diskussion um den Europäischen Haftbefehl gezeigt, wo es trotz intensiver Befassung mit dem Grundsatz gegenseitigen Vertrauens nicht gelungen ist, diesen unionsrechtlich zu verankern. Dies hat nun der EuGH getan, ohne dass es in seiner möglichen Tragweite ernsthaft diskutiert würde. Hier zieht bereits der nächste Konflikt herauf.<sup>63</sup>

#### 4. Zwischenfazit

Es sind drei große Themenbereiche, in denen sich die Strafrechtswissenschaft europaweit gemeinsam um Lösungen bemüht hat: Menschenrechte beim Europäischen Haftbefehl und Reichweite der gegenseitigen Anerkennbarkeit justizieller Entscheidungen, Jurisdiktionskonflikte und die Errichtung einer Europäischen Staatsanwaltschaft. Dennoch wird man unter dem Strich noch nicht davon sprechen können, dass sich im Strafrecht eine echte Europarechtswissenschaft herausgebildet hat. Anders als noch vor 15 Jahren finden sich an den meisten größeren Universitäten zwar Lehrstühle mit europastrafrechtlicher Widmung. Jedoch ist der Diskurs zwischen ihren Inhabern noch zu oft ein rein nationaler und zudem auf das nationale Rechtssystem und nationale Begriffe fixierter. Die Anschlussfähigkeit der wissenschaftlichen Diskussion und ihrer Begrifflichkeiten ist leider häufig nicht gewährleistet oder wird von vornherein ausgeblendet. Als Beispiele seien hier einmal Rechtsgut, Schuldbegriff, Identitätsvorbehalt, Schonungsgrundsatz oder Verbund in den Raum gestellt. Das Verständnis von Straf- und Strafprozessprinzipien ist national gefärbt und wenn es überhaupt einmal stringent in die Strukturen der europäisierten Strafrechtspflege fortgedacht wird, gelingt es meist nicht, zu einer funktionsfähigen Konkordanz mit supranationalen Maximen zu gelangen. Und dies hat seinen Hauptgrund darin, dass man sich – wie eingangs

61 Vgl. z.B. Artt. 30, 31, 44, 45, 46 EuStA-VO; F. Meyer/S. van der Stroom, Die Europäische Staatsanwaltschaft, EuZ 2018, S. 40 ff.

62 European Criminal Policy Initiative (Fn. 58), S. 86 ff.; A Manifesto on European Criminal Procedure Law, ZIS 2013, S. 430.

63 F. Meyer, Anmerkung, JZ 2016, S. 621 ff. (624).

schon thesenhaft formuliert wurde – zu selten vertieft mit den Eigengesetzlichkeiten des Unionsrechts und – grundsätzlicher – mit Funktion und Wesen der EU und deren Konsequenzen für das Strafrecht auseinandersetzt.<sup>64</sup> Dies tritt dann darin zu Tage, dass der Strafbegriff der EU, die Finalitäten und Begründungsmöglichkeiten eines EU-Strafrechts, die Bedeutung der Regulierungsprinzipien für das Strafrecht und Fragen einer transnationalen Prozesssubjekts- und Grundrechtstheorie allzu selten zum Forschungsthema gemacht werden.

#### IV. Schluss

Die vollständige Internalisierung der disruptiven Effekte des EU-Rechts steht nach alledem im Strafrecht noch aus. Es geht darum, die europäischen und strafrechtlichen Denkwelten zu vereinigen sowie eine gemeinsame Sprache und gemeinsame anschlussfähige Begriffe zu finden. Die Zukunft liegt nicht im möglichst weitgehenden Schutz des eigenen Systems und der Effektivierung von Schnittstellen in der Rechtshilfe. Wir müssen in den Dimensionen einer europäischen Strafrechtspflege innerhalb eines europäischen Grundrechtsraums denken. Dieser Perspektivwechsel wird hoffentlich die nächste Entwicklungsphase prägen. Desiderate für die Zukunft wären, dass intensiver und holistisch von der Warte des Unionsrechts über Strafbegriff und Kriminalisierungsprinzipien nachgedacht wird. Die Sicherheitsagenda sollte nicht allein davon bestimmt sein, was die Mitgliedstaaten gerne im Rahmen der EU verabschiedet wissen wollen, sondern was für ein Strafrecht eine Europäische Union haben sollte.<sup>65</sup> Hierzu gehörte es auch, die Relevanz unionsrechtlicher Regulierungsprinzipien (Stichwort: Taricco-Entscheidung) für einzelne Bereiche des Allgemeinen Teils präzise zu durchdenken. Breite und Tiefe der Grundrechtsbindung im Raum müssen in konkretem Bezug auf die verschiedenen Modi der Zusammenarbeit und neu auftretende Interaktionsformen durchdekliniert werden.<sup>66</sup> Es gilt die transnationale Dimension der Grundrechte gegenüber der Strafverfolgung im Unionsraum zu entfalten und über Formen der gemeinschaftlichen Grundrechtsverantwortung der beteiligten Akteure nachzudenken. Das ist ein ambitioniertes Programm, bedeutet umgekehrt aber auch, dass im europäischen Strafrecht noch pures Forschergold auf der Straße liegt.

64 Vgl. aber z.B. U. Sieber, Die Zukunft des Europäischen Strafrechts – Ein neuer Ansatz zu den Zielen und Modellen des europäischen Strafrechtssystems, ZStW 2009, S. 1; F. Meyer (Fn. 27), S. 455 ff.

65 Die divergierenden Agenden von Rat und Kommission offenbaren, dass es hierfür keine gemeinsame Vision gibt.

66 Erste Versuche bei F. Meyer (Fn. 45).



## **II. Entwicklung und Kontext der Europarechtswissenschaft**



## Die Emergenz des Europarechts als Rechtsgebiet – Gründungsmythos und Konsolidierung, wissenschaftliche und curriculare Stabilisierung, politische Desillusionierung und Reformbemühungen –

Von Jörg Philipp Terhechte, Lüneburg/Glasgow\*

*Dass das „Europarecht“ ein eigenständiges Rechtsgebiet verkörpert, ist wenig zweifelhaft. Doch warum ist das eigentlich so? Angesichts der spezifischen Entwicklung des Gemeinschafts- und dann des Unionsrechts, den Schritten seiner wissenschaftlichen Konsolidierung und seiner Spezifika, die unmittelbar mit seinem Forschungsgegenstand – Europa und die Europäische Union – zusammenhängen, werden im vorliegenden Beitrag Grundlagen und Grundfragen der Europarechtswissenschaft behandelt. Ebenso werden die allgegenwärtigen Krisen der EU sowie die aufkeimenden Reformbestrebungen in den Blick genommen. Insgesamt soll hiermit ein Beitrag zur momentan aufkommenden Debatte über den Selbststand, die Anlage und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland geleistet werden.*

### I. Einführung

Die Emergenz des „Europarechts“<sup>1</sup> als eigenständiges Rechtsgebiet und damit verbunden einer eigenständigen „Europarechtswissenschaft“<sup>2</sup> ist untrennbar mit der Gründung der Europäischen Gemeinschaften – der Europäischen Gemein-

\* Prof. Dr. Jörg Philipp Terhechte ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europäisches- und Internationales Recht an der Leuphana Universität Lüneburg sowie Professor for European and International Economic Law an der University of Glasgow.

- 1 Zum Begriff des Europarechts s. etwa jüngst A. von Bogdandy, Was ist Europarecht?, JZ 2017, S. 589 ff.; s. auch H. Mosler, Begriff und Gegenstand des Europarechts, ZaöRV 28 (1968), S. 490 ff.; H. P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 4 ff.
- 2 Eingehend zum Begriff und der Entwicklung der Europarechtswissenschaft aus deutscher Perspektive etwa D. Thym, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland, EuR 2015, S. 671 ff.; A. von Bogdandy, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht, Der Staat 40 (2001), S. 3 ff.; I. Pernice, Europarechtswissenschaft oder Staatsrechtslehre?, DV-Beiheft 7 (2007), S. 225 ff.; U. Haltern, Rechtswissenschaft als Europawissenschaft, in: Schuppert/Pernice/Haltern (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 37 ff.; M. Ruffert, Was kann die deutsche Europarechtslehre von der Europarechtswissenschaft im Ausland lernen?, DV-Beiheft 7 (2007), S. 253 ff.; A. Hatje/P. Mankowski, „Nationale Unionsrechte“ – Sprachgrenzen, Systemgrenzen, Denkgrenzen, EuR 2014, S. 155 ff.; J. P. Terhechte, Die Europäische Union als Innovationsverbund – Innovationsverfassung und rechtliche Innovationen in der EU, EuR 2017, 3 ff. (21 f.); eingehend auch U. Haltern, Europarecht und das Politische, 2005, S. 25 ff.; M. Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 4 (1945-1990), 2012, S. 601 ff.; A. K. Mangold, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht, 2011, insbesondere S. 231 ff.; F. Schorkopf, Staatsrecht der internationalen Beziehungen, 2017, § 10, Rn. 101 ff.; ders., Von Bonn über Berlin nach Brüssel und Den Haag. Europa- und Völkerrechtswissenschaft in der Berliner Republik, in: Duve/Ruppert (Hrsg.), Rechtswissenschaft in der Berliner Republik, 2018, S. 327 ff.; s. auch J. Shaw, European Union Legal Studies in Crisis? Towards a New Dynamic, Oxford Journal of Legal Studies 16 (1996), S. 231 ff.; F. Bignami, Rethinking the Legal Foundations of the European Constitutional Order: The Lessons of the New Historical Research, American University International Law Review 28 (2013), S. 1311 ff.

schaft für Kohle und Stahl (EGKS), der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) und der Europäischen Atomgemeinschaft (EAG) – und dann der Europäischen Union (EU) verbunden.<sup>3</sup> Als „Rechtsgemeinschaften“<sup>4</sup> haben die jeweiligen Gründungen schnell Aufmerksamkeit in der Rechtswissenschaft gefunden<sup>5</sup>, auch wenn sich die Bedeutung und Tiefenwirkung des europäischen Integrationsprozesses als auch oder gar primär rechtlichem Phänomen erst nach und nach offenbarte.<sup>6</sup>

Tatsächlich hat die Konzentration auf das Phänomen „Integration durch Recht“<sup>7</sup> (und hier insbesondere auf das Gemeinschafts- und heutige Unionsrecht) eine so ausgeprägte Dominanz (bzw. rechtliche Introvertiertheit) entwickelt, dass andere Dimensionen des Integrationsprozesses nur wenig und dann oft auch verspätet Aufmerksamkeit auf sich lenken konnten. Zudem galt immer, dass wenn von „Europarecht“ gesprochen wurde, im Wesentlichen das Gemeinschafts- und dann das Unionsrecht gemeint war. Europarechtswissenschaft war entsprechend Gemeinschaftsrechts- und dann Unionsrechtswissenschaft. Und in gewisser Weise hat sich hieran bis heute nicht viel geändert, denn wenn von Europarecht die Rede ist, ist so gut wie immer das Unionsrecht gemeint. Zugleich gilt bis heute zu weiten Teilen, dass wenn von der EU die Rede ist, stets das Motiv der Rechtsgemein-

- 3 Auf diesen nur scheinbar selbstverständlichen Zusammenhang weist etwa in Bezug auf das Verwaltungsrecht *M. Stolleis* hin, s. *ders.*, Entwicklungsstufen der Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band 1, 2. Aufl., 2012, § 3, Rn. 4. Dass das Europarecht ohne das Gemeinschaftsrecht und heutige Unionsrecht – also ohne die EGKS, EG, EAG und EU – ein eigenständiges Rechtsgebiet verkörpern könnte (bezogen etwa auf europäische internationale Organisationen wie z. B. den Europarat, die OSZE oder die NATO), ist unwahrscheinlich; eingehend zu diesen Organisationen die Beiträge in *A. Hatje/P.-C. Müller-Graff* (Hrsg.), Europäisches Organisations- und Verfassungsrecht (EnzEuR Bd. 1), 2014, §§ 25-36.
- 4 Prägend *W. Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 1973, S. 31 ff.; s. auch *M. Zuleeg*, Die Europäische Gemeinschaft als Rechtsgemeinschaft, NJW 1994, S. 545 ff.; *F. Mayer*, Europa als Rechtsgemeinschaft, in: Schuppert/Pernice/Halter (Fn. 2), S. 429 jüngst etwa *V. Skouris*, Die Rechtsstaatlichkeit in der Europäischen Union, EuR-Beiheft 2/2015, S. 9 ff.; *J. P. Terhechte*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zum EUV, GRC und AEUV, 2017, Art. 2 EUV, Rn. 20; *ders.*, Währungsunion und Rechtsunion, in: *ders.*, Europäische Verfassungsstudien, 2019, S. 522 ff.
- 5 Früh etwa die Kommentare von *H. von der Groeben/H. von Boeckh/J. Thiesing* (Hrsg.), Kommentar zum EWG Vertrag, 2. Bd., 1958/1960; *E. Wolfarth/U. Everling/H. J. Glaesner/R. Sprung*, Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, Kommentar zum Vertrag, 1960 oder *J. Mégret/J. V. Louis/D. Vignes/M. Waelbroeck*, Le droit de la Communauté Economique Européenne. Commentaire du Traité et des textes pris pour son application, 1970; s. zudem die Literaturlaufarbeitung der europarechtlichen Literatur der frühen Jahre der europäischen Integration bei *H. P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 28 ff.; s. auch die frühen bibliographischen Berichte von *H. Wagner*, Wichtige Literatur zu den europäischen Gemeinschaften, AöR 91 (1966), S. 257 ff. und *A. André*, Neue Literatur zu den Europäischen Gemeinschaften, AöR 94 (1969), S. 608 ff.
- 6 Eingehend zur Entwicklung der europäischen Integration etwa *G. Brunn*, Die europäische Einigung, 3. Aufl. 2009; *A. Hatje/S. von Förster*, Historische Entwicklung der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Fn. 3), § 6; aus der spezifisch deutschen Perspektive s. die Beiträge in *M. König/M. Schulz* (Hrsg.), Die Bundesrepublik Deutschland und die europäische Einigung 1949-2000. Politische Akteure, gesellschaftliche Kräfte und internationale Erfahrungen, 2004.
- 7 Prägend insoweit *M. Cappelletti/M. Seccombe/J. H. H. Weiler*, Integration Through Law, 1986; s. auch *J. H. H. Weiler*, The Transformation of Europe, Yale Law Journal 100 (1991), S. 2403 ff.; aufgegriffen jüngst durch *A. Voßkuhle*, „European Integration Through Law“ – The Contribution of the Federal Constitutional Court, European Journal of Sociology 58 (2017), S. 145 ff.

schaft bzw. das Phänomen der Integration durch Recht ganz im Vordergrund stehen – die EU mutiert zu einer Art „law-only entity“.<sup>8</sup>

Dabei stand und steht eigentlich außer Zweifel, dass es sich bei dem Phänomen „europäische Integration“ nicht nur um einen rechtlichen Prozess handelt, sondern sämtliche Sparten von Staat und Gesellschaft hiervon berührt werden: kulturelle<sup>9</sup>, politische<sup>10</sup> und religiöse<sup>11</sup> Dimensionen der europäischen Integration werden (inzwischen) ebenso diskutiert wie die wirtschaftlichen, psychologischen oder philosophischen Grundlagen. Die Aufzählung könnte zweifellos beliebig fortgesetzt werden.<sup>12</sup> Europa (besser: die EU) ist aus den Wissenschaften eigentlich nicht mehr wegzudenken, Integration ist mehr als ein Rechtsprozess. Umso erstaunlicher ist die unverkennbare Fixierung auf das Recht.

Negativ gewendet könnte man natürlich auch sagen: Die EU ist womöglich *nur* Rechtsgemeinschaft, *nur* das Recht hält sie zusammen. Und wenn das schon alles ist, dann muss in Zeiten, in denen Erosionen der Rechtstreue und allerlei Umgehungsmanöver mitunter zum politischen Normalfallszenario erklärt werden<sup>13</sup>, der Grad der Alarmierung besonders hoch sein und bietet daher genügend Anlass, sich mit dem Selbststand eines Rechtsgebiets „Europarecht“, seinen Ursprüngen, Gründungsmythen, seiner fortwährenden Stabilisierung und seinen Gefährdungen eingehend auseinanderzusetzen.

Die Emergenz eines eigenständigen Rechtsgebiets „Europarecht“ und damit einer selbstständigen Wissenschaftsdisziplin – so der Kern der folgenden Überlegungen – ist hierbei maßgeblich durch Diskussionen über einen wie auch immer beschaffenen *Gründungsmythos* geprägt worden, die nicht zuletzt für bestimmte Charaktereigenschaften dieses Rechtsgebiets und der Europarechtswissenschaft und auch einigen „Nebel“ verantwortlich ist. Freilich scheint der Begriff des „Mythos“ etwas überhöht zu sein<sup>14</sup>, vielleicht sogar im deutschen Sprachgebrauch verbrannt. Gleichwohl beschreibt er treffend die Sehnsucht nach einer – wie auch immer beschaffenen – grundlegenden Sinnstiftung außerhalb des unmittelbar rational-lo-

8 Kritisch dazu jüngst A. von Bogdandy, Jenseits der Rechtsgemeinschaft – Begriffsarbeit in der europäischen Sinn- und Rechtsstaatlichkeitskrise, EuR 2017, S. 487 ff.

9 S. dazu aus juristischer Perspektive P. Häberle, Europarechtsrechtswissenschaft als Kulturwissenschaft, i. d. B., S. 115 ff.; s. auch zur Rolle der kulturwissenschaftlichen Perspektive auf das Unionsrecht U. Haltern, Europarecht – Recht im Kontext, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, S. 17 ff.

10 S. dazu etwa H. Bieling/M. Lerch (Hrsg.), Theorien der europäischen Integration, 3. Aufl. 2012; M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch (Hrsg.), Europäische Integration, 2. Aufl. 2006.

11 Die zentrale Frage ist hier, ob das Narrativ eines „christlichen Europas“ wirklich überzeugt und was daraus folgt, s. dazu J. H. H. Weiler, Ein christliches Europa, 2004. Bezogen auf das positive Recht H.-M. Heinig, Die Stellung der Kirchen und Religionsgemeinschaften in der europäischen Rechtsordnung, in: Müller-Graff/Schneider (Hrsg.), Kirchen und Religionsgemeinschaften in der Europäischen Union, 2003, S. 125 ff.; s. auch K. Naumann, Eine religiöse Referenz in einem Europäischen Verfassungsvertrag, 2008; zum kirchlichen Arbeitsrecht jüngst EuGH Rs. C-68/17 (IR/JQ), ECLI:EU:C:2018:696.

12 Dazu eingehend J. P. Terhechte, Europäische Verfassungsstudien in: ders., Europäische Verfassungsstudien, 2019, S. 57 ff.

13 Kritisch zur Entwicklung auch A. von Bogdandy (Fn. 8), S. 487 ff.; kritisch dazu F. Mayer, Die Europäische Union als Rechtsgemeinschaft – Europäische Integration und 70 Jahre NJW, NJW 2017, S. 3631 ff. (3634 f.).

14 Grundlegend E. Cassirer, Vom Mythos des Staates, 2. Aufl. 2016.



gisch Greifbaren.<sup>15</sup> Eine solche Sinnstiftung muss bestimmend für die Konzeption eines darauf aufbauenden Rechtsgebiets sein. Entsprechend der Entwicklung in anderen Rechtsgebieten hat sich (dann) aber gezeigt, dass diese „Mythosdebatte“ im Europarecht womöglich nicht dauerhaft trägt. Insbesondere durch den wirtschaftlichen Erfolg der europäischen Integration bedingt, rückten Phasen der *Konsolidierung* oder *Stabilisierung* der unionalen Rechtsordnung in den Vordergrund, die unverkennbar durch einen funktionalen Zugriff auf die entsprechenden Rechtssätze geprägt waren. Die jüngeren Entwicklungen sind dann durch eher negative Begriffe zu charakterisieren: *Desillusionierung* und auch *Desintegration*. Insbesondere diese Entwicklung, so steht zu befürchten, wird auch wieder den Mythos auf den Plan rufen.

## II. Gründungsmythos – DNA – Meilensteine – Status quo

Die Emergenz des Europarechts als eigenständiges Rechtsgebiet und seine Entwicklung ist zunächst untrennbar mit der Entwicklung des europäischen Primärrechts verbunden.<sup>16</sup> Letztlich sind es die verschiedenen Vertragsgrundlagen und Revisionen dieser Grundlagen, die entscheidend für den Eigenstand des Europarechts sind. Hier ist zum einen auf die Grundlage der Verträge einzugehen (1.), insbesondere auf den der EU und dem Unionsrecht vermeintlich oder tatsächlich zugrundeliegenden Mythos, seine „DNA“ und Basisinnovationen sowie auf die Entwicklung der Verträge (2.). Zum anderen spiegelt die Entwicklung der vertraglichen Grundlagen aber auch wider, dass der Eigenstand des Europarechts nach anfänglichen Erfolgen und Konsolidierungsschritten inzwischen in Gefahr geraten ist. Dieses gilt umso mehr, als dass wir uns offenbar im Zeitalter einer „Zufallsintegration“ befinden, in dem die EU und das Europarecht mitunter Richtung und Kompass vermissen lassen. Ob das zu verzeichnende konzeptionelle Defizit durch die neuen Initiativen der Europäischen Kommission behoben werden kann, ist derzeit ungewiss (3.).

### 1. Grundlagen

#### a) Zweckrationales Projekt ohne Mythos?

Kennt das „Projekt Europa“ einen unterliegenden Mythos? Ist sein Selbststand durch eigene Wahrheiten geprägt, durch Voraussetzungen, die scheinbar unum-

15 Zur Diskussion etwa *W. von Simson*, Was heißt in einer europäischen Verfassung „das Volk“?, EuR 1991, S. 1 ff. (3); *ders.*, Das demokratische Prinzip im Grundgesetz, VVDStRL 29 (1971), S. 3 ff. (16 f.); *ders.*, Der Staat als Teil und als Ganzes, 1993, S. 40 ff.; zum Mythos als Verfassungsvoraussetzung s. etwa *U. Haltern*, Finalität, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 279 ff. (307 ff.); *ders.*, Internationales Verfassungsrecht? Anmerkungen zu einer kopernikanischen Wende, AöR 128 (2003), S. 511 ff.

16 Dazu nunmehr *C. Fischer*, Die Entwicklung des europäischen Vertragsrechts. Von den Römischen Verträgen bis zum Vertrag von Lissabon, 2. Aufl. 2016; eingehende Auseinandersetzung mit der Entwicklung der Verträge aus der Sicht der Europarechtswissenschaft bei *A. K. Mangold* (Fn. 2), S. 31 ff.

stößlich vorliegen?<sup>17</sup> Wäre dem so, würde es unumwunden aus eigener Kraft einen wichtigen Platz in der rechtswissenschaftlichen Forschung (ggf. als „Verfassungsvoraussetzung“) beanspruchen – so offenbar die damit verbundene Vermutung. Und doch sorgt schon die Fragestellung für Verwirrung: Liegt ein solcher europäischer Mythos nicht auf der Hand? Denkt man an die Schrecken und Gräu- el des 2. Weltkriegs – und überhaupt an die bellizistische Vergangenheit des europäischen Kontinents – so scheint die Frage nach dem Gründungsmythos eine reine Selbstverständlichkeit zu sein. Die europäischen Integrationsgemeinschaften waren und sind (vgl. heute Art. 3 Abs. 1 EUV) zunächst Friedensprojekte; die rechtliche Integration diene und dient der Überwindung der Spielregeln der Kon- frontations- und Machtpolitik.<sup>18</sup>

Und doch wird mitunter bezweifelt, ob Ursprung und Entwicklung des europä- ischen Integrationsprozesses für die Herausbildung eines Gründungsmythos über- haupt genug hergeben. Soweit hier davon die Rede ist, dass die Gemeinschaften und dann die EU aus der „Agonie der Niederlage“ geboren seien<sup>19</sup>, dass sie eben keinen positiv besetzten Gründungsmythos pflegen könnten, schwingt Skepsis mit. *Ulrich Haltern* formuliert hierzu etwa plastisch: „The Union was not born from belief, visionary revolution, shared sacrifices, emotions, or love, but rather from the spirit of reason and enlightenment“.<sup>20</sup>

Was bedeutet diese Diskussion für die Europarechtswissenschaft? Man kann die entsprechenden Überlegungen besser einordnen, wenn man auf den dahinterste- henden Gedanken schaut: Wo es diesen Mythos nicht gibt, so die Überlegung, da kann es auf Dauer keine staatsähnliche oder staatsanalogue Verbindung geben, nichts was trägt und eine gemeinsame Identität ausbilden könnte. Die Frage nach dem Mythos ist so immer die Frage nach der Zukunft, der Finalität usw. und da- mit eine Frage nach dem Wohin der europäischen Integration.

Doch kann man dem europäischen Projekt einen dahinterstehenden Mythos ein- fach absprechen? Reichen der „Geist der Vernunft“ oder die „Errungenschaften der Aufklärung“ nicht aus? Schon die Zuspitzungen, die mit diesen Fragen ver- bunden sind, überzeugen nicht. Sicher ist, dass erst viele bittere Erfahrungen ge- macht werden mussten, bevor insbesondere Frankreich und Deutschland die ent- scheidenden Schritte aufeinander zugegangen sind. Ob aber die „Liebe“ zur Nati- on, Gefühle oder revolutionäre Visionen notwendig sind, um von einem Mythos sprechen zu können, ist ebenso wenig ausgemacht. Schwingt hier nicht eine Ver-

17 Zum Begriff *A. von Bogdandy*, Europäische Verfassung und europäische Identität, in: Schuppert/Pernice/ Haltern (Fn. 2), S. 331 ff. (345 ff.) mit Verweis auf *J. Assmann*, Das Kulturelle Gedächtnis, 3. Aufl., 2000, S. 52 (75 f.)

18 Eingehend zur Bedeutung s. *J. Terhechte*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Art. 3 EUV, Rn. 18 ff. (53. EGI Mai 2014).

19 So *J. Rifkin*, Der Europäische Traum: Die Vision einer leisen Supermacht, 2004, S. 220 ff.

20 *U. Haltern*, On Finality, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), European Constitutional Law, 2006, S. 727 ff. (732); *ders.*, Finalität, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 15), S. 279 ff. (307 ff.), die englische Fassung klingt etwas drama- tischer als die deutsche Fassung; zu dieser Diskussion auch *T. Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völker- recht, 2012, S. 151 ff.; kritisch zu dieser „Mythosdebatte“ etwa *N. Petersen*, Europäische Verfassung und eu- ropäische Legitimität, ZaöRV 64 (2004), S. 429 ff. (494) mit Verweis auf andere Grundlagen bei *J. Habermas*, Faktizität und Geltung, 4. Aufl. 1994, S. 609.

klärung mit? Worin liegt denn der hinter der Verfassungsgebung der Vereinigten Staaten von Amerika liegende Mythos? Was hat die französische Revolution ausgelöst? Hier spielten zwar Mythen, Visionen und Gefühle eine Rolle, in erster Linie sollten aber doch eher die wirtschaftlichen und politischen Verhältnisse verändert werden. Sozialgeschichtlich – so ist zu vermuten – lässt sich mit Mythen nicht viel gewinnen. Mehr noch: Viele revolutionäre Bewegungen dürften heute aus der Perspektive des Rechtsstaatsprinzips in einem Licht erscheinen, das in der EU längst leuchtet – als Schritt zum Recht und zur rechtlichen Verfasstheit. So heißt es etwa in Jules Michelets bekannter „*L'Histoire de la Révolution française*“ zum „Ziel“ der französischen Revolution u.a.: „*Das Gesetz allein kam zur Herrschaft; nach so langen Jahrhunderten der Willkür und der Laune kam die Zeit, wo niemand recht behalten würde gegen das Recht.*“<sup>21</sup>

Hier wird deutlich, dass man womöglich die Erwartungen an den Prozess der europäischen Integration und an die EU überfrachtet, wenn man sie an „Mythen“ misst. Sie verkörpert ja eigentlich, worauf politische (Revolutions-)Romantik häufig zielt. Sie ist Rechtsunion der europäischen Staaten und Völker, die an Werte (Art. 2 EUV) gebunden ist und Ziele (u.a. Art. 3 EUV) verfolgt und hierbei die Rechte des Einzelnen ebenso im Blick hat wie die rechtlichen Bindungen zwischen den Mitgliedstaaten und der EU. Hinter dem europäischen Projekt verbirgt sich am Ende mehr als rein ökonomischer Zweckrationalismus. Gerade zu Beginn der Integration wurde hierauf Wert gelegt.<sup>22</sup> Ob aber ein wie auch immer verstandener Mythos erforderlich ist, um die EU dauerhaft zusammenzuhalten?

War es nicht der „Ruf des Mythos“, insbesondere der Mythos des Staates, der Europa in unendliches Leid gestürzt hat und muss nicht seine Überwindung gerade das Ziel der Integration sein? Ist nicht das Bewusstsein, dass der Mythos nur solange unterworfen bleibt, solange er durch höhere Kräfte besiegt wird (*Cassirer*) gerade ein Grundpfeiler des Integrationsprozesses?<sup>23</sup> Und ist es nicht auch eine kardinale Aufgabe des Unionsrechts, „intellektuelle und moralische, ethische und künstlerische Kräfte“ in diesem Sinne zu bündeln bzw. freizusetzen?<sup>24</sup> Womöglich sagt die Diskussion über die (vermeintliche) Notwendigkeit eines dem Unionsrecht unterliegenden Mythos mehr über die Struktur des wissenschaftlichen Diskurses als über das europäische Integrationsprojekt selbst aus. Ist nicht der

21 J. Michelet, Geschichte der Französischen Revolution, Bd. 1, (1847) 2009, S. 71.

22 Dazu etwa am Beispiel der EGKS L.-J. Constantinesco, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften I, 1977, S. 150: „Die formalen Grundlagen sowie die Zielsetzung des EGKSV liegen vordergründig im wirtschaftlichen Bereich. Der eigentliche Sinn dieses Vertragswerkes liegt jedoch im politischen Bereich: Der hiermit beschrittene Weg der Integration bedeutete für historische Feinde wie Deutschland und Frankreich eine geradezu revolutionäre Neuordnung ihrer Beziehungen und schuf den ersten Ansatz zu der größten gemeinsamen, zukunftsorientierten Hoffnung, nämlich dem politisch vereinten Europa.“

23 Dazu etwa H. von der Groeben, Die wahren Aufgaben der Zukunft, in: Trugbild Nationalstaat, 1967/1968, S. 11 ff. (12): „Der Nationalismus setzte schließlich die nationalen Werte und Interessen, ohne sie im Einzelnen näher zu definieren, absolut. Diese fast mystischen Heilscharakter tragenden Vorstellungen vom Wesen des Nationalstaates sind in unserem Unterbewußtsein weitgehend fixiert, sie sind durch Erziehung eingeübt; nur schwer lösen wir uns von diesen Wertvorstellungen, solange nicht neue, der heutigen Wirklichkeit angepaßte Leitbilder entwickelt und allgemein anerkannt worden sind.“

24 Vgl. E. Cassirer (Fn. 14), S. 390.

„Mythos“ immer der „staatliche Mythos“? Zwingt man die EU nicht in die typisch staatsrechtlichen Kategorien, wenn man ihr die „Bürde des Mythos“ auferlegt?

Hier ist nicht der Ort, diesen Fragen weiter nachzugehen, auch wenn die entsprechenden Diskussionen sicher helfen können, die Hintergründe mancher Debatte in Europa und im Europarecht besser zu verstehen. Für das Europarecht folgt hieraus zunächst, dass seine Eigenständigkeit nicht davon abhängig gemacht werden kann, ob es nun einen europäischen Mythos gibt oder nicht. Diese Diskussion weist vielmehr darauf hin, dass die Konzeption des Europarechts als Rechtsgebiet häufig auf Prämissen beruht, die nicht einfach zu dechiffrieren sind. Wer etwa den Mythos thematisiert, thematisiert zugleich die Frage der Staatlichkeit der EU. Ergibt sich aus den Überlegungen *Cassirers* nicht, dass die EU gerade dazu dienen könnte, klassische Staatlichkeit zu überwinden, sie zu rahmen und in Bahnen zu lenken, die das (erneute) Erwachen des Mythos gerade unterbinden soll?

#### b) DNA des Unionsrechts

Wenn die DNA des Unionsrechts entschlüsselt werden soll, so wird schnell deutlich, dass es sich bei dem Unionsrecht um eine Art *mixtum compositum* handelt, das Wort „Bauplan“ scheint fast schon eine Übertreibung zu sein. So mischen sich auf der einen Seite etwa völkerrechtliche Einflüsse<sup>25</sup> mit (mitglied-)staatlichen Rechtstraditionen<sup>26</sup>, die auf der anderen Seite durch Konturen einer primär wirtschaftsordnungsrechtlich ausgerichteten Rechtsordnung mit verfassungsrechtlichen Strukturen amalgamiert werden.

Zuerst ist nicht zu übersehen, dass die Verträge – also das primäre (heutige) Unionsrecht – im Völkerrecht wurzeln.<sup>27</sup> Nicht umsonst spricht der EuGH auch von einer „neuen Ordnung des Völkerrechts“.<sup>28</sup> Völkerrechtlich inspiriert ist aber nicht nur der Ursprung des Europarechts, sondern etwa auch die Ausgestaltung des (heutigen) Binnenmarktes, die in Teilen Anleihen beim GATT genommen hat bzw. deren Konformität mit dem GATT sicherzustellen war.<sup>29</sup> Zudem spielt das Völkerrecht bis heute in vielen Bereichen eine wichtige Rolle. Oder sollte man besser sagen: Wieder eine wichtige Rolle? Man denke etwa an die völkerrechtlichen Konstruktionen rund um die Aufarbeitung der europäischen Staatsschuldenkrise<sup>30</sup>, in der das Völkerrecht eine unerwartete und durchaus problematische

25 S. dazu *M. Kotzur*, Völkerrechtliche Einflüsse auf das Unionsrechts, i.d.B., S. 179 ff.

26 Dazu die Beiträge von *A. Thiele*, Öffentliches Recht und Europarecht, i.d.B., S. 9 ff und *S. Unger*, Abgrenzung zum Staatsrecht – Analogien zum Staatsrecht, ebenda S. 191 ff.

27 Zum völkerrechtlichen Charakter der Gründungsverträge *F. Schorkopf* (Fn. 2), § 1, Rn. 20; allgemein zum Verhältnis des Unionsrechts zum Völkerrecht s. etwa die Beiträge *A. Epiney/W. Obwexer* (Hrsg.), Die Europäische Union im Völkerrecht, EuR-Beiheft 2/2012; s. auch *C. Damm*, Die Europäische Union im universellen Völkergewohnheitsrecht, 2016.

28 EuGH Rs. C-26/62 (Van Gend en Loos), ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, S. 25.

29 Dazu *H. P. Ipsen* (Fn. 1), S. 570 ff.

30 Eingehend dazu etwa *C. Herrmann*, Die Bewältigung der Euro-Staatsschuldenkrise an den Grenzen des deutschen und europäischen Währungsverfassungsrechts, EuZW 2012, S. 803 ff.; *R. Uerpmann-Witzack*, Völkerrecht als Ausweichordnung – das Beispiel der Eurorettung, in: *Hatje* (Hrsg.), Die Einheit des Unionsrechts im

Wiederbelebung im europäischen Kontext erlebte.<sup>31</sup> Auch die Bedeutung der EMRK für das Unionsrecht steht stellvertretend für den großen Einfluss des Völkerrechts auf das Unionsrecht<sup>32</sup>, auch wenn das Unionsrecht in der Bestrebung seinen „Selbststand“ zu sichern, mitunter zu einer fast schon reflexhaften Abwehrhaltung neigt.<sup>33</sup>

Das Unionsrecht ist natürlich auch durch die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen geprägt worden und nahm und nimmt immer schon das nationale Recht als Vorbild und Maßstab.<sup>34</sup> In ihm finden so unterschiedliche Rechtstraditionen und Rechtskulturen zusammen. Entsprechend anspruchsvoll ist vor diesem Hintergrund die Aufgabe, den einheitlichen Vollzug des Unionsrechts sicherzustellen.<sup>35</sup> Die Beeinflussung des Unionsrechts durch das mitgliedstaatliche (nationale) Recht ist zudem keine Einbahnstraße – so wie das Unionsrecht durch das nationale Recht geformt und inspiriert wurde und wird, übt auch das Unionsrecht erheblichen Einfluss auf die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen aus, auch wenn die Prägungstiefe hier durchaus unterschiedlich beurteilt wird.<sup>36</sup> Wenn der Eindruck nicht täuscht, hat sich das letztere Phänomen als inzwischen wirkungsmächtiger erwiesen als die Bedeutung des mitgliedstaatlichen Rechts für die EU.

Zeichen der Krise, EuR-Beiheft 2/2013, S. 49 ff.; A. Hatje/C. Iliopoulos/J. Iliopoulos-Strangas/J. A. Kämmerer (Hrsg.), Verantwortung und Solidarität in der Europäischen Union, 2015.

- 31 Dazu etwa die Beiträge in A. Hatje (Hrsg.), Die Einheit des Unionsrechts im Zeichen der Krise, EuR-Beiheft 1/2013; kritisch zu solchen Ansätzen bereits J. Schwarze, Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Rechtsbeziehungen, EuR 1983, S. 1 ff.
- 32 S. dazu etwa T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 6 EUV, Rn. 19 ff.; J. P. Terhechte, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, Tübingen 2011, S. 81 ff.; W. Michl, Die Überprüfung des Unionsrechts am Maßstab der EMRK, Tübingen 2014.
- 33 Dazu EuGH Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II), ECLI:EU:C:2014: 2454, dazu S. Peers, The EU's Accession to the ECHR: The Dream becomes a Nightmare, GLJ 2015, S. 213 ff.; M. Wendel, Der EMRK-Beitritt als Unionsrechtsverstoß – Zur völkerrechtlichen Öffnung der EU und ihren Grenzen, NJW 2015, S. 921 ff.; eingehend zur Entwicklung auch W. Obwexer, Der Beitritt der EU zur EMRK – Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, EuR 2012, S. 115 ff.; J. P. Terhechte, Kohärenz und Autonomie – Die Unionsgrundrechte nach dem Beitritt der EU zur EMRK, in: Iliopoulos-Strangas/Pereira da Silva/Potacs (Hrsg.), Die Grundrechte in Europa vor und nach dem Beitritt der EU zur EMRK, 2013, S. 23 ff.
- 34 Dazu am Beispiel der Methode der wertenden Rechtsvergleichung s. M. Fehling, Rechtsvergleichende Methode und europäisches Verwaltungsrecht, in: Terhechte (Hrsg.), Internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts, EuR-Beiheft 1/2016, S. 59 ff., allgemein zur Rechtsvergleichung s. auch A. Schwartz, Die Rechtsvergleichung, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2014, § 4, Rn. 1 ff.
- 35 Zum einheitlichen Vollzug des Unionsrechts etwa EuGH, verb. Rs. C-205-215/82 (Deutsche Milch Kontor GmbH), ECLI:EU:C:1983:233, Slg. 1983, 2633, Rn. 17 f.; EuGH, Rs. C-312/93 (Peterbroeck/Belgischer Staat), ECLI:EU:C:1995:437, Slg. 1995, 4599, Rn. 12; EuGH, Rs. C-231/96 (Edilizia Industriale Siderurgica/Ministero delle Finanze), ECLI:EU:C:1998:401, Slg. 1998, 4951, Rn. 19; EuGH, Rs. C-298/96 (Oelmühle Hamburg/Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung), ECLI:EU:C:1998:372, Slg. 1998, 4767, Rn. 24; eingehend A. Hatje, Die gemeinschaftsrechtliche Steuerung der Wirtschaftsverwaltung, 1998, S. 41 ff.; s. auch C.-D. Classen, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 18), Art. 197 AEUV, Rn. 3 ff. (55. EGL Januar 2015).
- 36 Dazu am Beispiel des deutschen Verwaltungsprozessrechts s. K. F. Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts – Umfang des Verwaltungsrechtsschutzes auf dem Prüfstand, Gutachten D zum 71. Deutschen Juristentag, München 2016; kritisch dazu B. Wegener, Nein, nein, nein!? – Kein Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts?, JZ 2015, S. 829 ff.

Die DNA des Unionsrechts ist auch und insbesondere die eines wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Regimes.<sup>37</sup> Der EGKSV ist in weiten Teilen ein Vertrag gewesen, der supranationale Interventionen ermöglichte und ein gemeinsames Marktgeschehen lenken helfen sollte. Der EWGV war zwar nicht auf eine sektorielles Integration ausgerichtet, doch schon der Name des durch ihn verfassten Integrationsprojekts („Europäische Wirtschaftsgemeinschaft“) zeigt, dass auch hier Wirtschaft und Markt klar im Vordergrund standen. Mögen sich auch die Schwerpunkte verschoben haben, bis heute ist das Unionsrecht aus vielen Perspektiven ein Recht für den Wirtschaftsverkehr.

Im Lichte der jüngeren Rechtsentwicklungen ist dagegen die Einordnung des primären Unionsrechts als Verfassungsrecht nicht nur ein anspruchsvolles und ambitioniertes Unterfangen zugleich, sondern inzwischen – dies zeigen insbesondere die Entwicklungen der letzten Jahre seit dem Scheitern des EVV – auch hochproblematisch.<sup>38</sup> Der Begriff der Verfassung weckt nicht nur in Deutschland ganz unterschiedliche Assoziationen, sondern ihm kommt womöglich in den EU-Mitgliedstaaten jeweils eine eigene und mitunter sehr unterschiedliche Bedeutung zu. Insofern hängen die entsprechenden Überlegungen zum Projekt „Europäisches Verfassungsrecht“ zunächst davon ab, was man als „Verfassung“ und damit korrespondierend als „Verfassungsrecht“ ansieht.<sup>39</sup> Ohne dass hier der Raum wäre, die Diskussion weiter auszuführen, sind es aber offenbar die so zu verzeichnenden Probleme, die der wissenschaftlichen Auseinandersetzung zum Verfassungsthema in den letzten Jahren erkennbar den „drive“ genommen haben.

Schon diese Beobachtungen zeigen, dass das Unionsrecht in gewisser Weise janusköpfig ist, seine Entwicklung in bestimmten Feldern Konjunkturen unterworfen ist und in ihm letztlich nationale Rechtstraditionen und Regelungskonzepte, Anleihen beim Völkerecht aber eben auch ganz eigenständige Rechtsprinzipien, (Organisations-)Strukturen und Ordnungsideen zu einem völlig neuen Rechtsgebiet zusammengewachsen sind. Wenn man so will, wurden hier ganz unterschiedliche DNA-Stränge zu einem neuen Rechtsgebiet verflochten. Diese Anlage des Unionsrechts dürfte auch dafür verantwortlich sein, dass in den letzten Jahren ein größeres Interesse an seinen Ursprüngen und tatsächlichen oder vermeintlichen

37 Dies folgt schon aus der Bedeutung, die das Wirtschafts(verwaltungs)recht in der EU allgemein hat. Schon die EGKS formierte im Wesentlichen ein supranationales Verwaltungsregime für die Sektoren Kohle und Stahl, das dann Vorbild für viele Arrangements im Rahmen der EWG wurde. Zentrales Projekt war und ist zu guten Teilen der Binnenmarkt, der auf zahlreichen wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Vorgaben fußt, allgemein zur Bedeutung der wirtschaftlichen Integration und des Wirtschaftsrechts s. etwa J. Schwarze, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 2007, insbesondere S. 39 ff.; zur Bedeutung des Binnenmarktes s. J. P. Terhechte, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 4), Art. 26 AEUV, Rn. 7 ff.

38 Eingehend zum Projekt des europäischen Verfassungsrechts s. C. Franzius, *Europäisches Verfassungsrechtsdenken*, 2010, J. Habermas, *Zur Verfassung Europas*, 2011, S. 40: „Zwar sind die europafreundlichen Energien auf dem mühsamen Weg zum Lissaboner Vertrag im Streit über solche verfassungspolitischen Fragen zerrieben worden (...)“; s. auch A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009; R. Schütze, *European Constitutional Law*, 3. Aufl., 2015.

39 Dazu eingehend C. Möllers, *Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung*, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 15), S. 227 ff. (255 ff.).



„Gründungsmythen“ entstanden ist<sup>40</sup>, das einer unionalen Rechtsgeschichte den Weg bahnen wird. Freilich wird man hier auch Parallelen und Anleihen von Rechtskonzeptionen entdecken, die nicht immer ins Gesamtbild passen wollen. Verwiesen sei in diesem Zusammenhang etwa auf die Forschungsarbeiten zu den Ursprüngen der Vorrangkonstruktion.<sup>41</sup>

### c) Basisinnovationen

Schließlich sei noch auf die Basisinnovationen des Europarechts hingewiesen, die dieses Rechtsgebiet prägen und die wesentlich auch seine Abgrenzung zu anderen Rechtsregimen ermöglichen.<sup>42</sup> Diese Innovationen sind etwa die prominente Rolle des Rechts im Integrationsprozess<sup>43</sup>, das institutionelle Gefüge (der heutigen Union), der Anwendungsmodus des EU-Rechts im Verhältnis zum nationalen Recht<sup>44</sup> und damit verknüpft der Modus der „Supranationalität“<sup>45</sup>. Doch auch die Rolle des Einzelnen im Prozess der europäischen Integration<sup>46</sup>, das Bekenntnis zu demokratischen Strukturen (Art. 10 ff. EUV)<sup>47</sup> und die beständige Ausweitung des Anwendungsbereichs des Unionsrechts auf immer neue Politikbereiche und die damit verbundene sektorielle Integrationsdynamik sind in Schlagkraft und Umfang solitär.<sup>48</sup>

Auch wenn diese Basisinnovationen die Pfeiler der unionalen Rechtsordnung verkörpern, so hat sich gerade in den letzten Jahren immer wieder gezeigt, dass ihre Autonomie bzw. ihr „Selbststand“ mitunter in Zweifel gezogen wird bzw. Rückbauszenarien in Betracht gezogen werden, die schon mehr als ein bloßer Kurswechsel wären. Erinnert sei in diesem Zusammenhang nur an die Äußerungen des ehmaligen britischen Premierministers *David Cameron*, der sich insbesondere an der

40 S. dazu etwa *F. Schorkopf*, Der europäische Weg. 2. Aufl. 2015; *ders.*, Rechtsgeschichte der europäischen Integration, JZ 2014, S. 421 ff.; *S. Vogenauer*, Eine gemeineuropäische Methodenlehre des Rechts – Plädoyer und Programm, ZEuP 2005, S. 234 ff.; *A. K. Mangold*, (Fn. 2), S. 187 ff.

41 Dazu etwa *C. Joerges*, Europe a Großraum? Shifting Legal Conceptualisations of the Integration Project, in: *ders./Ghaleigh* (Hrsg.), Darker Legacies of Law in Europe: The Shadow of National Socialism and Fascism over Europe and its Legal Traditions, 2003, S. 167 ff. (181 ff.); insbesondere zur Rolle Hans Peter Ipsens in diesem Zusammenhang s. *A. K. Mangold* (Fn. 2), S. 249 ff.; *dies.*, *H. P. Ipsen*: Ein technokratischer Meister der Begriffsbildung, in: *Kremer* (Hrsg.), Die Verwaltungsrechtswissenschaft der frühen Bundesrepublik (1949-1977), 2017, S. 177 ff.

42 Zum Begriff der „Basisinnovation“ s. *W. Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht – Recht und Innovation: Recht im Ensemble seiner Kontexte, 2016, S. 205.

43 S. dazu die Nachw. in Fn. 4.

44 Dazu etwa *T. Kruis*, Der Anwendungsvorrang in Theorie und Praxis, 2013; *A. Berger*, Anwendungsvorrang und nationale Verfassungsgerichte, 2015; aus grundsätzlicher Perspektive *J. Habermas* (Fn. 38), S. 55 ff.; s. auch *M. Nettesheim* in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 18), Art. 288 AEUV, Rn. 47 ff. (48. EL August 2012).

45 Dazu *G. Nicolaysen*, Europarecht I – Die Europäische Integrationsverfassung, 2. Aufl. 2002, S. 69 ff.; *S. Breitenmoser*, Die Europäische Union zwischen Völkerrecht und Staatsrecht, ZaöRV 55 (1995), S. 951 ff. (972 ff.).

46 S. nur *F. Wollenschläger*, Grundrechtsschutz und Unionsbürgerschaft, in: *Hatje/Müller-Graff* (Fn. 3), § 8, Rn. 1.

47 S. dazu etwa *C. Calliess*, Das Demokratieprinzip im europäischen Staaten und Verfassungsverbund, in: *Bröhm/Bieber et al* (Hrsg.), FS Ress, 2005, S. 399 ff.; *M. Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 32), Art. 10 EUV, Rn. 1 ff.; s. auch die Beiträge von *C. Calliess*, *F. Schorkopf* und *D. Grimm* in: *H. M. Heineg/J. P. Terhechte* (Hrsg.), Postnationale Demokratie, Postdemokratie, Neostatismus – Wandel klassischer Demokratievorstellungen in der Rechtswissenschaft, 2013.

48 Eingehend dazu *J. P. Terhechte* (Fn. 2), S. 3 ff.

„ever closer-Union“ störte und diesen Passus aus der Präambel des EUV streichen wollte.<sup>49</sup> Und auch der EuGH ist nicht nur mit dem juristischen Alltagsgeschäft beschäftigt, sondern hat im Lichte des Art. 19 EUV auch die Aufgabe, die Basisinnovationen des Unionsrechts zu verteidigen und weiterzuentwickeln.<sup>50</sup>

## 2. Meilensteine: Entwicklung der Verträge

Eigentlich ist es erstaunlich, welche Entwicklung die europäischen Verträge genommen haben. Dies muss umso mehr gelten, wenn man sich die politisch unsicheren Grundlagen des europäischen Projekts genauer anschaut. Während nämlich noch der EGKS und auch die weiteren europäischen Verträge klare Zielsetzungen verfolgten, so befindet sich das Unionsrecht momentan in einer merkwürdigen Phase der „planlosen Zufallsintegration“. Für die Eigenständigkeit des Unionsrechts sind mit dieser Entwicklung viele problematische Phänomene verbunden, denn stand der Integrationsprozess lange Zeit ganz im Dienste klarer politischer Zielsetzungen (Frieden, Freiheit, Wohlstand etc.), so gelingt es heute offenbar nicht mehr oder zumindest nicht mehr im erforderlichen Maße, diese Ziele mit den rechtlichen Strukturen der EU zu verknüpfen. Nach Friedensorientierung, wirtschaftlicher und (zunehmender) politischer Integration ist die EU offenbar auf der Suche nach einem neuen Leitmotiv bzw. hat eigentlich die Aufgabe, sich auf diese Suche zu begeben. Die Europäische Kommission hat in diesem Zusammenhang Anfang 2017 ein neues Weißbuch vorgestellt<sup>51</sup>, das den weiteren Weg weisen soll, ohne aber ein solches Motiv zu skizzieren oder gar zu entfalten.

### a) Friedensmission und supranationale Methode – die EGKS

Der heute mehr und mehr in Vergessenheit zu geraten scheinende EGKS, mit dem die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl ins Leben gerufen wurde, ist der prägende Vertrag für die europäischen Integrationsgemeinschaft(en).<sup>52</sup> Schon in der Präambel des EGKS ist davon die Rede, dass „der Weltfriede nur durch schöpferische, den drohenden Gefahren angemessene Anstrengungen gesichert werden kann.“ Eigenartiger Weise ist das „Friedensziel“ dann im Verlauf

49 Dazu etwa H. Hoffmeister (Hrsg.), *The End of the Ever Closer Union*, 2018; verteidigend J. P. Terhechte, Eine immer engere Union der Völker Europas, *Wirtschaftsdienst* 2015, S. 599 ff.

50 EuGH, Rs. C-409/06 (Winner Wetten), ECLI:EU:C:2010:38, Slg. 2010, I-8015.

51 Weißbuch zur Zukunft Europas: Die EU der 27 im Jahr 2025 – Überlegungen und Szenarien, KOM(2017) 2025 endg.

52 Eingehend zum EGKS etwa K. Carstens, Die kleine Revision des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, *ZaöRV* 21 (1961), S. 1 ff; P. Reuter, *La Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier*, 1953; W. Jerusalem, *Das Recht der Montanunion*, 1954; H. P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, 1972, S. 83 ff.; W. Obwexer, *Das Ende der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl*, *EuZW* 2002, S. 517 ff.; K. J. Alter/D. Steinberg, *The Theory and Reality of the European Coal and Steel Community*, *Buffett Center for International Comparative Studies, Working Paper Nr. 07-001*, 2007; H. L. Mason, *The European Coal and Steel Community: Experiment in Supranationalism*, 2013; N. Groenendijk/G.-J. Hospers, *Notes and Communications: A Requiem for the European Coal and Steel Community (1952-2002)*, *De Economist* 150 (2002), S. 601 ff.; W. Friedmann, *The European Coal and Steel Community*, *International Journal* 1 (1954/1955), S. 12 ff.



der weiteren Integration etwas aus dem Blick geraten und wurde erst im Zuge des Lissabonner Vertrags wieder prominent im EU-Recht verankert (heute Art. 3 Abs. 1 EUV: „Ziel der Union ist es, den Frieden, ihre Werte und das Wohlergehen ihrer Völker zu fördern“). Hier hat sich in gewisser Weise der Kreis wieder geschlossen. So sehr die Gesamtentwicklung der EU immer wieder auf die Erhaltung von Frieden bezogen wird, so konturlos scheint aber dieser Begriff im juristischen Diskurs zu sein. Jedenfalls sucht man vergeblich nach einer rechtswissenschaftlichen Analyse des Begriffs. Gleichwohl spiegelt sich dieses Ziel auf allen Ebenen des Unionsrechts wider und spielt auch in den auswärtigen Beziehungen der EU eine wichtige Rolle (vgl. Art. 21 Abs. 2 lit. c) EUV).<sup>53</sup>

Dagegen hat die im EGKSV angelegte supranationale Methode das Gemeinschaftsrecht und auch das heutige Unionsrecht nachhaltig geprägt, wobei der EGKSV interessanterweise der einzige europäische Vertrag war, in dem der Begriff der „Supranationalität“ ausdrücklich erwähnt wurde. So war in Art. 9 EGKSV vom überstaatlichen Charakter der Hohen Behörde (*caractère supranational*) die Rede, der von den Mitgliedstaaten zu achten war.<sup>54</sup> Ob aber allein die EGKS dauerhaft die konzeptionelle Kraft gehabt hätte, ein eigenständiges Rechtsgebiet zu formen, darf allerdings bezweifelt werden. Zwar darf das durch sie konstituierte straffe Wirtschaftssystem als in seiner Zeit einmalig und innovativ gelten, ihr Wirkungskreis hätte aber über die Zeit sicher Einbußen erlitten – spätestens mit der abnehmenden Bedeutung von Kohle und Stahl für die Entwicklung der jeweiligen Volkswirtschaften. Die nächsten Schritte wollten die Mitgliedstaaten der EGKS dann ja auch schnell vollziehen. Zumindest war schnell von einer Europäischen Verteidigungsgemeinschaft (EVG) und der Europäischen Politischen Gemeinschaft (EPG) die Rede.<sup>55</sup> Dieser (gewaltige) Sprung war aber offensichtlich verfrüht und führte – zumindest für lange Zeit – nicht zum Erfolg.<sup>56</sup>

## b) Technisch-wirtschaftliche Integration als Fluchtpunkt?

Dem Prozess der europäischen Integration wurde dann aber – spätestens mit den Römischen Verträgen (freilich aber schon in der sektoriell-begrenzten Integration im Rahmen der EGKS) das Pflaster der wirtschaftlichen Technizität und in gewisser Weise auch des Apolitischen angeheftet. Mag es Zufall oder Strategie gewesen sein, es hat jedenfalls zur Folge gehabt, dass das Europarecht aus der Perspektive der Staatsrechtslehre und auch anderer juristischer Teildisziplinen „unter dem Radar fliegen“ konnte.<sup>57</sup> Hierbei handelt es sich aber interessanterweise in erster Linie um ein Wahrnehmungsphänomen, denn tatsächlich sind wichtige Debatten schon früh initiiert worden, man denke nur an die Pionierwerke zum Gemein-

53 S. J. P. Terhechte, Werte in den Außenbeziehungen der Europäischen Union, in: ders., Europäische Verfassungsstudien, 2019, S. 253 ff.

54 Dazu J. P. Terhechte (Fn. 4), § 7, Rn. 32; zum Ursprung des Begriffs auch F. Schorkopf (Fn. 2), § 1, Rn. 68.

55 Dazu etwa G. Brunn (Fn. 6), S. 93 ff.

56 Ebenda.

57 Dazu C. Möllers, Der vermisste Leviathan, 2008, S. 56 ff.

schaftsrecht, in denen die politischen Dimensionen gerade nicht verschwiegen, sondern mehr oder weniger nach eingehender Diskussion negiert werden. Das gilt etwa für die „Verfassungsfrage“<sup>58</sup> ebenso wie für die Rolle der Grund- und Menschenrechte<sup>59</sup>. Mögen die Antworten auch aus der heutigen Perspektive irritierend abwehrend und defensiv wirken, so sind sie doch auch typische Kinder ihrer Zeit. Vorlagen, an denen sich die Europarechtswissenschaft bzw. das Öffentliche Recht theoretisch hätte abarbeiten können, lagen damit schon recht früh vor.<sup>60</sup>

Vieles spricht dafür, dass aber die Aufmerksamkeit des Faches zunächst auf das Funktionieren des Binnenmarktes und damit ein vermeintlich „technisches“ Terrain gelenkt wurde. Sicher ist es auch ein Zerrbild, wirtschaftliche Integration und ihre rechtswissenschaftliche Verortung als „apolitisch“ anzusehen. Im Wirtschaftsrecht geht es im Kern um hochpolitische Verteilungskämpfe<sup>61</sup>, auf seinem Boden wurden zuerst Fragen des gemeinschaftlichen Grundrechtsschutzes diskutiert<sup>62</sup>, wie auch Fragen des Organisationsrechts immer wieder im Rahmen des Wirtschaftsrechts erörtert werden.<sup>63</sup> Dies galt schon für den EGKS<sup>64</sup>.

Gleichwohl: Die Europarechtswissenschaft lag zu dieser Zeit unzweifelhaft in den Händen weniger Spezialisten, die sich vornehmlich mit den Grundlagen des Unionsrechts (Supranationalität usw.<sup>65</sup>) sowie wirtschaftsrechtlichen Fragestellungen beschäftigten.<sup>66</sup> Eine breite öffentliche Diskussion fand ebenso wenig statt wie

58 H. P. Ipsen (Fn. 1), S. 66 ff.

59 Ebenda, S. 716 ff.

60 Auch die „Verfassungsfrage“ ist im Kontext des Gemeinschaftsrechts schon früh z. B. durch Ipsen (Fn. 1) zumindest aufgeworfen worden, s. zum europäischen Verfassungsrecht heute die Nachw. in Fn. 38.

61 Man denke in diesem Zusammenhang etwa an die frühen politischen Auseinandersetzungen im Bereich der Gemeinsamen Agrarpolitik, die zu der ersten „Krise“ der Gemeinschaft geführt haben, s. dazu J. H. Kaiser, Das Europarecht in der Krise der Gemeinschaften, EuR 1966, S. 4 ff.

62 Früh dazu etwa I. Pernice, Gemeinschaftsverfassung und Grundrechtsschutz. Grundlagen, Bestand und Perspektiven, NJW 1990, S. 2409 ff.; s. auch S. Schmahl, Grundrechtsschutz im Dreieck von EU, EMRK und nationalem Verfassungsrecht, EuR-Beiheft 1/2008, S. 7 ff.; allgemein zu den EU-Grundrechten M. Strunz, Strukturen des Grundrechtsschutzes der Europäischen Union in ihrer Entwicklung, 2006; R. Winkler, Die Grundrechte der Europäischen Union: System und allgemeine Grundrechtslehren, 2006; A. Haratsch, Grundrechtsschutz in der Europäischen Union, 2007; J. P. Terhechte, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, 2011.

63 Dazu am Beispiel des schon früh K. Holderbaum, Chancen für eine europäische Kartellbehörde, EuR 1967, S. 116 ff. und dann insbesondere in den 1990er Jahren diskutierten Europäischen Kartellamts etwa C. D. Ehlermann, Überlegungen zum Europäischen Kartellamt, in: Due/Lutter/Schwarze (Hrsg.), FS Everling, 1995, S. 283 ff.; P. Bartodiej, Die Reform der EG-Wettbewerbsaufsicht und Gemeinschaftsrecht, 1994; Bernhard Seliger, Ein unabhängiges Kartellamt für Europa – ordnungs- und wettbewerbspolitische Aspekte, WuW 1997, S. 874 ff.; früh zum Organisationsrecht der Gemeinschaften s. Meinhard Hilf, Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften 1982.

64 Dazu L.-J. Constantinesco, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften I, 1977, S. 150.

65 Eingehend dazu etwa M. Zuleeg, Wandlungen des Begriffs der Supranationalität, integration 1988, S. 103 ff.; G. Thiemeyer, Supranationalität als Novum in der Geschichte der internationalen Politik der fünfziger Jahre, Journal of European Integration History, 1998; H. P. Ipsen, Über Supranationalität, in: Ehmke/Kaiser/Kewenig/Meessen/Rüfner (Hrsg.), FS Scheuner, 1973, S. 211 ff.; W. D. Grussmann, Grundnorm und Supranationalität – Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration, in: T. v. Danwitz et al. (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit, 1993; W. Hertel, Supranationalität als Verfassungsprinzip, 1999; M. L. Fremuth, Die Europäische Union auf dem Weg in die Supranationalität, 2010; G. Winter, Institutionelle Strukturen der Europäischen Union, DÖV 1993, S. 173 ff.; C. Busse, Kritische Stellungnahme zur Einordnung der Europäischen Union als supranationale Föderation, EuR 2000, S. 686 ff.; S. Stetter/C. Marsala/M. Karbowski (Hrsg.), Was die EU im Innersten zusammenhält, 2011.

66 A. von Bogdandy, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht, Der Staat 40 (2001), S. 3 ff. (38 ff.).

ein interdisziplinärer Austausch. Eine offene Gemeinschaft der „Europarechtsinterpreten“ gab es nicht und befindet sich womöglich erst seit wenigen Jahren in einer Phase der Konstituierung.<sup>67</sup> Das hat sicher auch damit zu tun, dass die Gründung der EU und die dann nachfolgende Diskussionen über den Verfassungsvertrag größere Aufmerksamkeit auf sich lenken konnten. Das Politische, wiewohl schon immer da – offenbarte sich.

### c) Die Entdeckung des Politischen? – Die Europäische Union

Wie hat sich der Wandel der Themenschwerpunkte im Europarecht und damit der wissenschaftliche Schwerpunkt bei der Befassung mit dem Gebiet vollzogen? Aus einer sehr verallgemeinernden Perspektive rückt bei der Beantwortung dieser Frage der Übergang von einer umfassenden aber dennoch sektoriellen Wirtschaftsintegration zur politischen Gemeinschaft in den Vordergrund, ohne dass bis dahin hinlänglich klar ist, was mit dem Begriff der „politischen Gemeinschaft“ denn gemeint sein könnte. Auch wäre es sicher falsch, so zu tun, als sei das europäische Projekt bis weit in die 1990er Jahre ein apolitisches Projekt gewesen.<sup>68</sup> Dennoch ist mit der Gründung der Europäischen Union und dem damit verbundenen Zuständigkeitsaufwuchs auch ein Politisierungsschub verbunden gewesen, der im Lichte des Maastricht-Urteils auch die Diskussionen im (deutschen) Öffentlichen Recht prägte.<sup>69</sup> Auch wenn man, wie gesagt, mit dieser Einschätzung vorsichtig sein muss, stimmt jedenfalls, dass mit der Gründung der EU das Europarecht sehr schnell einen Bedeutungsaufschwung in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung zu verzeichnen hatte. Die Vor- und Nachteile eines immer tiefer gehenden Integrationsprozesses wurden erstmals wissenschaftlich und dann deutlich verzögert auch in der Gesellschaft breit diskutiert. Der Europarechtswissenschaft hat das sicher gut getan, selbst wenn sie aufgrund der geschlossenen Diskursituation lange Zeit mit Kritik nicht gut umgehen konnte bzw. sie schlicht ignorierte.

Angestoßen durch die Einheitliche Europäische Akte (EEA) im Jahre 1986<sup>70</sup> zielte der mit dem Maastrichter Vertrag (1992)<sup>71</sup> geschaffene EUV darauf, jenseits

67 In Anlehnung an *P. Häberle*, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten, JZ 1975, S. 297 ff.

68 So hat *H. von der Groeben* bereits 1979 (!) darauf hingewiesen, dass die demokratische Kontrolle der gemeinschaftlichen Exekutive eine zentrale Herausforderung des Integrationsprozesses darstellt, s. *ders.*, Europa und die Aufgaben unserer Zeit, 1979, S. 19 ff.

69 BVerfGE 89, 155 – Maastricht.

70 Eingehend zur EEA etwa *R. Hrbek/T. Läufer*, Die Einheitliche Europäische Akte. Das Luxemburger Reformpaket: eine neue Etappe im Integrationsprozeß, EA 1986, S. 173 ff.; *W. Wessels*, Die Einheitliche Europäische Akte – Zementierung des Status quo oder Einstieg in die Europäische Union?, integration 1986, S. 65 ff.; *P. Pescatore*, Die „Einheitliche Europäische Akte“ – Eine ernste Gefahr für den Gemeinsamen Markt, EuR 1986, S. 153 ff.; *H. J. Glaesner*, Die Einheitliche Europäische Akte, EuR 1986, S. 119 ff.; *E. Grabitz*, Die Einheitliche Europäische Akte: Rechtliche Bewertung, integration 1986, S. 95 ff.; *H.G. Krenzler*, Die Einheitliche Europäische Akte als Schritt auf dem Wege zu einer gemeinsamen europäischen Außenpolitik, EuR 1986, S. 384 ff.

71 Vertrag über die Europäische Union, unterzeichnet zu Maastricht am 7. Februar 1992, ABl. EG 1992 C 191/01, eingehend dazu etwa *R. Hrbek*, Kontroversen und Manifeste zum Vertrag von Maastricht: Zur Einführung, integration 1992, S. 225 ff.; *ders.*, Der Vertrag von Maastricht in der wissenschaftlichen Kontroverse, 1993; *F. Esterbauer*, Europäische Integration. Von den Anfängen zum Vertrag von Maastricht, 1994.

der wirtschaftlichen Integration weitere Felder in die europäische Integration einzubeziehen. Insbesondere die erstmals vertraglich verankerten Bereiche der Außen- und Sicherheitspolitik sowie die Zusammenarbeit im Justiz- und Strafrecht zeigen, dass sich die Integrationslogik zu dieser Zeit auch Gehör in „politischen“ Feldern verschaffen konnte, ohne dass die institutionelle Architektur oder die Ästhetik der Verträge immer Schritt halten konnte. Erst der Entwurf für eine Verfassung für Europa (EVV)<sup>72</sup> sollte hier entscheidende nächste Schritte gehen – und ist womöglich auch deshalb gescheitert.<sup>73</sup>

Der Lissabonner Vertrag hat dann – eigentümlicherweise – weitgehend die materiellen Neuerungen des EVV übernommen, wenn auch die „Verfassungssemantik“ aufgegeben wurde. Aus der Perspektive von Transparenz, demokratischer Legitimation und Bürgernähe darf das Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags durchaus als problematisch gelten, denn auf der einen Seite verkörpert er zu ganz überwiegenden Teilen den Bestand und die Innovationen, die bereits der EVV zu bieten hatte.<sup>74</sup> Auf der anderen Seite kann man kaum den Eindruck verhehlen, dass die Modalitäten seiner Ausgestaltung und seines Inkrafttretens Umgehungsmanöver erforderlich gemacht haben, die eher eine Reform der EU durch die Hintertür bedeuten. Entsprechend ausgeprägt war auch die „Begleitdebatte“ bzw. die politischen und juristischen Auseinandersetzungen in den Mitgliedstaaten. Verwiesen sei in diesem Zusammenhang nur auf das Lissabon-Urteil des BVerfG<sup>75</sup> und vergleichbare Richtersprüche in anderen EU-Mitgliedstaaten<sup>76</sup>.

Mit dem Lissabonner Vertrag, so scheint es zumindest, hat die EU ihre vorläufige „Gestaltform“ gefunden, denn größere Reformen des europäischen Primärrechts erscheinen derzeit kaum durchführbar zu sein. Die EU befindet sich in einer fast schon obskuren Situation: Sie muss die Bürger des durch die Verträge verfassten Gemeinwesens EU fürchten, die es zumindest teilweise eher zurückdrängen als ausbauen möchten. Die Furcht vor dem Demos kennzeichnet nicht nur die politische Debatte, sondern strahlt auch auf die Wissenschaft aus. Der Status quo der EU, den der Präsident der Kommission seit jüngerer Zeit in seinen *State of the Union*-Reden zu greifen versucht<sup>77</sup>, befindet sich schon deshalb im Nirvana zwischen Vertiefung und Rückbau.

72 Vertrag über eine Verfassung für Europa v. 16.12.2004, ABl. EU 2004 C 310/1; eingehend dazu etwa J. Schwarze, Ein pragmatischer Verfassungsentwurf – Analyse und Bewertung des vom Europäischen Verfassungskonvent vorgelegten Entwurfs über eine Verfassung für Europa, EuR 2003, S. 535 ff.; ders. (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, 2004; T. Oppermann, Eine Verfassung für die Europäische Union – Der Entwurf des Europäischen Konvents, DVBl. 2003, S. 1165 ff.

73 Dazu J. P. Terhechte, Der Vertrag von Lissabon: Grundlegende Verfassungsurkunde der europäischen Rechtsgemeinschaft oder technischer Änderungsvertrag?, EuR 2008, S. 143 ff. (145 f.).

74 J. P. Terhechte (Fn. 73), S. 143 ff. (188).

75 BVerfGE 123, 267 – Lissabon.

76 Eingehend dazu jüngst S.-P. Hwang, Vorrang der Verfassungsidentität als Herausforderung für die Rechtsordnung der Europäischen Union, Der Staat 56 (2017), S. 107 ff.; eingehend auch A. Berger (Fn. 44); G. Nicolayssen (Fn. 45), S. 97 ff.

77 Vgl. etwa die aktualisierte Fassung Präsident Junckers Rede zur Lage der Union 2017 v. 13.9.2017, abrufbar unter [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-17-3165\\_de.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-17-3165_de.htm) (letzter Stand 20.3.2018).

### 3. Status quo: Zwischen Integrationsszenarien und planloser Zufallsintegration?

#### a) Desintegration oder Aufbruch? – Zum Stand der europäischen Integration

Während sich die Wegmarken der Europarechtswissenschaft anhand der Genese der EGKS, der Römischen Verträge und den weiteren großen Vertragsrevisionen einigermaßen nachzeichnen lassen, so ist für die letzten Jahre – insbesondere nach dem Scheitern des Verfassungsvertrags und dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags eine gewisse Ratlosigkeit zu verzeichnen, wenn es darum geht, den Fortgang der europäischen Integration zu gestalten. Mit dem Scheitern des EVV – so scheint es – ist eine Phase des Niedergangs eingetreten, deren Ende vorerst nicht absehbar ist. Aber ist es für die typischen „Rise- and Fall-Geschichten“ bezogen auf die EU nicht ein wenig früh? Befinden wir uns in einer Phase der „planlosen Zufallsintegration“ bzw. gar im Zeitalter der Desintegration?<sup>78</sup> Wenn das so sein sollte, wann hat sie begonnen? Und was würde ein Szenario „after Europe“ für die Europarechtswissenschaft bedeuten?

Tatsächlich scheint sich die EU in einer Art „Zwischenphase“ zu befinden. Die Krisen der letzten Jahre haben verdeutlicht, dass es ein einfaches „Augen zu und durch“ nicht geben kann. Dies hat zum ersten Mal die europäische Wirtschafts- und Staatsschuldenkrise gezeigt, in deren Nachgang es zum ersten Mal wieder zu einer Art Reanimation der sonst im Gemeinschafts- und Unionsrechts stets virulenten Reformdebatte kam. Und entsprechend sind zahlreiche Initiativen zu verzeichnen, die sich konkrete Gedanken über die Zukunft der EU machen.

#### b) Krise und Reformen der WWU als Ausgangspunkte

Die Krise der EU wurde lange Zeit zunächst als Krise der WWU wahrgenommen.<sup>79</sup> Entsprechend haben sich viele Reformdebatten auf den Umbau der WWU bezogen, die so zunächst im Zentrum der Überlegungen zu Reformen der EU stand.<sup>80</sup> Konkrete Schritte waren hier insbesondere die Änderung des Art. 136 AEUV und damit der einzigen Änderung der Verträge seit dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags.<sup>81</sup> Im Kontext der Staatsschulden- und Finanzkrise wurde aber auch deutlich, dass „minimalinvasive“ Korrekturen nicht ausreichen würden.

<sup>78</sup> Zum Begriff „Desintegration“ s. A. Eppler/H. Scheller (Hrsg.), Zur Konzeptionierung europäischer Desintegration, 2013; s. auch jüngst H. Vollaard, European Disintegration, 2018.

<sup>79</sup> A. Thiele, Krise der Europäischen Integration? Die Bankenunion als Beleg für die Handlungsfähigkeit der EU, GewA 2015, S. 111; S. Mangiameli, The Consequences of the Crisis on European Integration and on the Member States: The European Governance between Lisbon and Fiscal Compact, 2017; s. auch D. Ioannou/P. Leblond/A. Niemann (Hrsg.), Special Issue: European Integration in Times of Crisis: Theoretical Perspectives, Journal of European Public Policy 22 (2015).

<sup>80</sup> S. dazu F. Mayer, Reformbedarf und Reformperspektiven für die Europäische Union, in: Kadelbach (Hrsg.), Die Europäische Union am Scheideweg: mehr oder weniger Europa?, 2015, S. 187 ff.

<sup>81</sup> S. Beschluss des Europäischen Rates vom 25.3.2011 zur Änderung des Artikels 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, ABl. EU 2011 L 91/1, dazu U. Häde, in: Callies/Ruffert (Fn. 32), Art. 136 AEUV, Rn. 9 ff.; U. Palm, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 18), Art. 136 AEUV, Rn. 42 ff. (54. EL September 2014); U. Hufeld, Zwischen Notrettung und Rüttelschwur: der Umbau der Wirtschafts- und Währungsunion in der Krise, integration 2011, S. 117 ff.

Die Krise hat so gesehen den Startschuss für die sich nunmehr verbreiternde Debatte über die Zukunft der EU gegeben, wiewohl die WWU unverändert einen wichtigen Platz im Rahmen der Gesamtdebatte einnimmt.

Entsprechend hat die Europäische Kommission im Mai 2017 ein Reflexionspapier zur „Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion“<sup>82</sup> vorgelegt, in dem konkrete Vorschläge für die weitere fiskalische Integration in der EU gemacht werden. Zum einen geht es der Kommission hier um eine Vollendung der Bankenunion und der Kapitalmarktunion (bis 2019) und in einem weiteren Schritt um die „Vollendung der Wirtschafts- und Währungsunion“ (bis 2025), die etwa eine „europäische sichere Anlage“ und Veränderungen bei der Aufsicht von Staatsanleihen zum Gegenstand haben – beides soll durch ein „europäisches Schatzamt“ erfolgen. Zudem könnte ein europäischer Währungsfonds eingerichtet werden.<sup>83</sup> Die genaue Ausgestaltung beider Institutionen wird in dem Papier nur angedeutet. Ob mit dem Reflexionspapier ein großer Wurf gelungen ist oder ob es nur eine Fußnote in der Reformdebatte bleibt, ist bislang kaum auszumachen. Es steht aber – auch in der europarechtswissenschaftlichen Auseinandersetzung – stellvertretend für die Frage wie es mit der europäischen Integration insgesamt weitergehen soll.

### c) Vertiefung vs. Rückbau

Doch auch jenseits der WWU hat es in den letzten Jahre wichtige Vorschläge für Reformen der EU gegeben.<sup>84</sup> Initiativen sind sowohl im politischen Raum als auch aus der Wissenschaft (z. B. Glienicker Gruppe etc.)<sup>85</sup> zu verzeichnen. Hierbei setzen derzeit vordergründig solche Vorschläge den Ton, die auf eine weitere Vertiefung des Integrationsprozesses bauen. Das heißt aber nicht, dass die Diskussion hier nur eine Richtung kennt. Vielmehr werden in letzter Zeit insbesondere in Deutschland eine Reihe von Stimmen lauter, die ganz andere Szenarien vor Augen haben. Letztlich wird damit eine grundlegende Diskussion über die Frage, ob die europäische Integration weiter vertieft werden sollte oder ob ein Rückbau der EU erforderlich ist angefacht. Hierbei ist allerdings die Rolle der (deutschen) Europarechtswissenschaft bislang unklar. Gesamtentwürfe sind derzeit jedenfalls nicht verfügbar, was die Situation von der „Verfassungsdiskussion“ zum Anfang des Jahrtausends unterscheidet.<sup>86</sup> Entweder hat man es mit Vorschlägen zu tun, die auf bestimmte Sachgebiete bezogen sind oder aber mit Kritik an Einzelarran-

82 Reflexionspapier Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion v. 31.5.2017, KOM(2017) 291 endg.

83 Zur Idee der Gründung eines europäischen Währungsfonds s. Pressemitteilung der Kommission IP/17/5005 v. 6.12.2017, „Kommission legt Fahrplan für Vertiefung der Wirtschafts- und Währungsunion Europas vor“.

84 Eingehend dazu F. Mayer (Fn. 80), S. 187 ff.

85 Zur Glienickergruppe s. unter <http://www.glienickergruppe.de> (letzter Stand 15.9.2018); s. auch *Glienicker Gruppe*, Warum ohne vertiefte Integration weitere Krisen drohen. Elf deutsche Ökonomen, Politologen und Juristen – die Glienicker Gruppe – entwickeln Vorschläge für ein vertieftes Europa, ZRP 2013, S. 248; zu einem vergleichbaren Vorschlag aus Frankreich s. F. Mayer (Fn. 13), S. 3637.

86 Zu den Verfassungsentwürfen s. etwa P. Häberle, Die Herausforderung des europäischen Juristen vor den Augen unserer Verfassungs-Zukunft: 16 Entwürfe auf dem Prüfstand, DÖV 2003, S. 429 ff.; P. Häberle/M. Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl. 2016, S. 360 ff.



gements. Insofern ist auch noch nicht ausgemacht, wie der künftige Weg der Integration aussehen wird.

#### d) Ein neues Zeitalter der Weißbücher und Reflexionspapiere?

Dass der europäische Integrationsprozess an einer Weggabelung steht, hat auch die Europäische Kommission erkannt, die 2017 das *Weißbuch über die Zukunft der Europäischen Union* veröffentlicht hat.<sup>87</sup> In den Medien war das Weißbuch mit vielen Erwartungen verbunden. Umso nüchterner fiel dann die Berichterstattung aus als das Weißbuch Anfang März 2017 vorgestellt wurde – der große Wurf oder der Geniestreich, der hier und da erhofft wurde, ist ganz offensichtlich nicht geglückt.

Das Weißbuch enthält vielmehr fünf unterschiedliche Szenarien:

1. die EU macht weiter wie bisher,
2. die EU konzentriert sich auf den Binnenmarkt,
3. einige Staaten schreiten in den EU-Strukturen voran,
4. die EU konzentriert sich mehr auf ausgesuchte Politikbereiche wie Handel, Zuwanderung und Sicherheit oder
5. die EU rückt enger zusammen und weitere Themenfelder rücken in ihren Hoheitsbereich.

Jedes Szenario wird hierbei mit möglichen nächsten Schritten unterlegt, die jedem aufzeigen, wohin die Reise geht, soweit man sich auf ein Szenario festlegt. Das Weißbuch ist ohne Zweifel ein wichtiger Schritt, zeigt es doch erstmals klare Konsequenzen im Rahmen einer allgemeinen Wegdiskussion auf. Zugleich lässt es aber offen, was denn an seinem Ende entstehen könnte. Besondere Aufmerksamkeit verdient hier sicher das dritte von der Kommission entwickelte Szenario, das darauf abstellt, dass mehrere – aber nicht alle – EU-Staaten bei der Integration voranschreiten. Neu ist der Ansatz nicht und er hat viele Namen: „Differenzierte Integration“, „Europa der unterschiedlichen Geschwindigkeiten“ oder „*Europa à la carte*“ – die Begriffe meinen stets dasselbe Phänomen: Eine EU, die partielle Sonderrechte für einige Mitgliedstaaten zulässt, Sonderrechtsregime, die aber zugleich offen für alle Mitgliedstaaten bleiben müssen (vgl. etwa Art. 20 EUV, Art. 46 EUV, Art. 326 ff. AEUV). In der Vergangenheit hat dieser Ansatz in Einzelfällen funktioniert, insbesondere um Konflikte zuzuschütten. Ob er dagegen hilft, handfeste politische Konflikte zu moderieren, darf dagegen bezweifelt werden. Sollte man die entsprechenden Instrumente flächendeckend anwenden, könnte es der EU gehen wie *Goethes* Zauberlehrling – sie würde womöglich die gerufenen Geister nicht mehr los. Die Integration könnte sich in Sonderrechten und

<sup>87</sup> KOM(2017) 2025 endg. v. 1.3.2017; dazu O. Schmuck, Das Weißbuch der Kommission zur Zukunft Europas – integrationspolitische Einordnung und Reaktion, *Integration* 2017, S. 110 ff.; C. Calliess, Bausteine einer erneuerten Europäischen Union. Auf der Suche nach dem europäischen Weg: Überlegungen zu den Szenarien der Europäischen Kommission zur Zukunft der EU, *NVwZ* 2018, S. 1 ff.; F. Schorkopf, „Europas neue Ordnung“ – eine plurale Union. Auf der Suche nach dem europäischen Weg: Überlegungen zu den Szenarien der Europäischen Kommission zur Zukunft der EU, *NVwZ* 2018, S. 9 ff.

Partikularrecht verlieren. Dabei war die Rechtseinheit immer ihre Stärke. Hier wird man sehr genau beobachten müssen, ob dieses Rezept das richtige ist. Neben dem Weißbuch hat die Kommission weitere sog. Reflexionspapiere veröffentlicht, die sich mit grundlegenden Weichenstellungen im Bereich der Sozialpolitik<sup>88</sup>, der Außenpolitik<sup>89</sup>, der Zukunft der europäischen Verteidigung<sup>90</sup> und der weiteren Gestaltung der EU-Finzen<sup>91</sup> auseinandersetzen. Es geht hier ersichtlich darum, einen Gesamtprozess anzustoßen und die EU damit in gewisser Weise „zukunftsfest“ zu machen. Ob und wie die Vorschläge der Kommission aber umgesetzt werden, steht derzeit in den Sternen, denn Reflexionspapiere über die Zukunft der EU sind zwar *en vogue*, aber zugleich unverbindlich. Sicher ist, dass bislang aus einer grundsätzlicheren Perspektive kaum Konsequenzen aus den Turbulenzen der letzten Dekade gezogen wurden. Die Eröffnung der Diskussion durch die Kommission war also überfällig und die Europarechtswissenschaft wird sich in den nächsten Jahren mit den so gesetzten Schwerpunkten näher auseinandersetzen müssen. Hiermit ist sicher auch eine Akzentverschiebung der entsprechenden Debatten verbunden, die z. B. durch den Brexit sicher angefeuert werden könnte.

### III. Wissenschaftliche Konsolidierung: Europarecht als eigenständiges Rechtsgebiet

Welche Umstände müssen eintreten, damit man im Kontext der Rechtswissenschaft von der Emergenz neuer Rechtsgebiete sprechen kann? Wie ist der Karriereweg des apokryphen Rechts zum Kanon? Zwar gibt es keine festen oder gar unumstößlichen Kriterien, die einen solchen Weg vorzeichnen können, sicher ist aber, dass man hier Vorsicht walten lassen muss. Gerade in jüngerer Zeit ist es zu einer geradezu explosionsartigen Ausweitung von Rechtsgebieten gekommen, in denen einerseits „Kanonisierungstendenzen“ nicht abgestritten werden können, die es aber zugleich bei Licht besehen immer schwerer machen, die Grundlinien des Rechts nachzuzeichnen. Insofern gilt es zunächst die Bedingungen zu beleuchten, die eintreten müssen, damit überhaupt von einem Rechtsgebiet die Rede sein kann.<sup>92</sup> Anschließend gilt es, die Spezifika des Europarechts als eigenständigem Rechtsgebiet näher auszuloten, die insbesondere in seine interdisziplinären und komparativen Anlagen, dem ihm eigenen Wissenschaftsstil (und der Sprachenfragen), dem lange Zeit dominierenden Praxisdialog, und neuerdings in einer aufkommenden Historisierung und auch „Renationalisierung“ bestehen.

88 Reflexionspapier zur sozialen Dimension Europas v. 26.4.2017, KOM(2017) 206 endg.

89 Reflexionspapier: Die Globalisierung meistern v. 10.5.2017, KOM(2017) 240 endg.

90 Reflexionspapier über die Zukunft der Europäischen Verteidigung v. 7.6.2017, KOM(2017) 315 endg.

91 Reflexionspapier über die Zukunft der EU-Finzen v. 28.6.2017, KOM(2017) 358 endg.

92 Dazu auch I. Augsberg, Theoretische Grundfragen, i.d.B., S. 159 ff.



## 1. Europarecht als „Rechtsgebiet“

### a) Vorüberlegungen

Sicher gibt es keine feste Definition oder Eingrenzung, ab wann oder wo von einem „Rechtsgebiet“ die Rede sein kann. Bezogen auf das Europarecht hat sich eigentlich schon früh die Erkenntnis durchgesetzt, dass es eine eigene Kategorie jenseits des Völkerrechts und des mitgliedstaatlichen Rechts bildet, wozu die Rechtsprechung des EuGH wesentlich beigetragen hat (Stichwort: Autonomie des Gemeinschaftsrechts).<sup>93</sup> Entsprechend hat etwa jüngst *Daniel Thym* ausgeführt: „Das erste (Vorverständnis Thym's, Verf.) betrifft den relativen Eigenstand eines (Teil-)Rechtsgebiets namens „Europarecht“, für den jedenfalls im ersten Zugriff gute Gründe sprechen. Es gibt Vorlesungen und Schwerpunktbereiche dieses Namens, zahlreiche Lehrbücher, eine zehnbändige Enzyklopädie, Zeitschriften, Lehrbefugnisse und eine wissenschaftliche Vereinigung“.<sup>94</sup> Diese – zunächst pragmatische – Verwendung des Begriffs „Rechtsgebiet“ ist gleichwohl nicht ganz unproblematisch, denn die Existenz des Rechtsgebiets (und damit auch seine potentielle Inexistenz) hängt damit mehr oder weniger von Faktoren ab, die eher den äußeren Umgang und die Verarbeitung des Europarechts betreffen. Müssen aber nicht zu diesen „äußeren Faktoren“ auch andere Eigenschaften und Faktoren treten, weil sonst letztlich die praktische Relevanz allein oder doch zumindest ganz wesentlich darüber befindet, was ein Rechtsgebiet ist? Und verfügt nicht gerade das Europarecht über einige typisierende Merkmale, die es ebenso aus dem Kreis der völkerrechtlichen Rechtsregime heraushebt, wie aus dem des staatlichen Rechts? Ist es nicht insbesondere dieses Moment, das der EuGH in seiner bahnbrechenden und für die DNA des Unionsrechts so entscheidende Entscheidung in der Rechtsache *Costa/ENEL* unterstrichen hat?<sup>95</sup>

Die Frage der „Rechtsgebietsqualität“ des Europarechts muss aus dieser Perspektive eher an seinem Regelungsgegenstand oder die zu regelnden Lebensverhältnisse anknüpfen oder folgt aus einem engen Zusammenhang von Rechtsregeln und Normenkomplexen, die sich hier bündeln.<sup>96</sup> Dass etwa die Regeln, die der europäischen Integration zugrunde liegen und damit auf den ersten Blick einen Regelungsgegenstand aufweisen, ein Rechtsgebiet mit dem Namen „Europarecht“ radizieren, erscheint dann eigentlich unproblematisch zu sein. So einfach kann man es sich aber womöglich nicht machen, denn schon die Frage, was (also welche Normenkomplexe europäischer Organisationen) unter den Begriff des Europarechts eigentlich fällt, ist ebenso schwer zu beantworten (dazu b), wie auch seine Abgrenzung zu anderen Rechtsgebieten oder Rechtsschichten überaus schwierig sein kann (dazu c). Schließlich ist auch eine starke Ausdifferenzierung des Eu-

<sup>93</sup> *H. Mosler* (Fn. 1), S. 490 ff.

<sup>94</sup> *D. Thym* (Fn. 2), S. 671 ff. (672).

<sup>95</sup> EuGH, Rs. C-6/64 (*Costa/ENEL*), ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1141.

<sup>96</sup> Dazu *A. von Bogdandy* (Fn. 1), S. 589 ff.

roparechts in immer neue Sub-Rechtsgebiete zu beobachten, was die Frage aufwirft, was das für die Einheit des Europarechts bedeutet.

## b) Begriff des Europarechts

Seit jeher wird der Begriff „Europarecht“ eher weit verstanden und dient in der Regel als Klammerbegriff um verschiedene Rechtsmaterien zu bündeln.<sup>97</sup> Ein weites Begriffsverständnis bezieht sich zumindest auf das Recht aller europäischen internationalen und supranationalen Organisationen.<sup>98</sup> Ein solches Recht ist sicher vielgestaltig, aber wird eben doch durch die Idee eines übergreifenden europäischen Einigungsgedankens getragen. Insoweit bezieht sich das Europarecht im weiteren Sinne nicht nur auf die (heutige) Europäische Union, sondern auf eine Vielzahl unterschiedlicher internationaler europäischer Organisationen, wie z. B. die Benelux-Union, den EWR, den Europarat, die EFTA, die OECD oder – wenn auch eingeschränkt – die NATO.<sup>99</sup>

Ein enges Begriffsverständnis zielt dagegen nur auf das (heutige) Recht der Europäischen Union, wie es insbesondere in den europäischen Verträgen nebst diverser Protokolle und Erklärungen, im sekundären Unionsrecht (Art. 288 AEUV) sowie zahlreichen weiteren Rechtsakten der EU niedergelegt ist.

Zwar dürften die Begriffe Unionsrecht und Europarecht in der absoluten Mehrheit der Fälle synonym verwendet werden, gleichwohl kann es gerade im Schnittfeld von einem weit verstandenen Begriff des Europarechts und dem Unionsrecht zu interessanten Fragen kommen, die zeigen, dass insbesondere nach dem Inkrafttreten des Lissabonner Vertrags Perspektivverengungen (Europarecht = Unionsrecht) womöglich nicht mehr angezeigt sind. Dies gilt etwa für das (insbesondere) künftige Verhältnis von Unionsrecht und EMRK.<sup>100</sup> Das Unionsrecht enthält seit dem Lissabonner Vertrag auch die noch zu erfüllende Aufgabe der EU, der EMRK beizutreten.<sup>101</sup> Hiermit geht in gewisser Weise auch eine geradezu notwendige Perspektivverweiterung einher, das Unionsrecht enthält damit Koppelungs- und Verbindungsvorschriften, die seine Abgrenzung vom Völkerrecht künftig erschweren werden.

Doch ist nicht nur die Frage nach dem Verhältnis des Unionsrechts zum (sonstigen) Europarecht mitunter komplex, sondern auch das Verhältnis zwischen mitgliedstaatlichem Recht und Unionsrecht bzw. Europarecht i.e.S. Während die Verbindungslinie von Unionsrecht und Völkerrecht im Zeichen der Krise besondere

97 Eingehend *A. von Bogdandy*, *European Law Beyond 'Ever Closer Union' Repositioning the Concept, its Thrust and the ECJ's Comparative Methodology*, *European Law Journal* 22 (2016), S. 519 ff.; klassisch *H. Mosler* (Fn. 2), S. 490 ff.; *A. von Bogdandy* (Fn. 1).

98 S. dazu etwa *A. Hatje/P.-C. Müller-Graff* (Fn. 3), § 1, Rn. 1; s. auch *U. Fastenrath/T. Groh*, *Europarecht*, 4. Aufl. 2016, Rn. 15.

99 Dazu die jeweiligen Kapitel in *A. Hatje/P.-C. Müller-Graff* (Fn. 3), §§ 25–36.

100 Es ist interessant, dass sich der Begriff „EMRK-Recht“ in keiner Weise durchzusetzen vermochte. Hier wird deutlich, dass die EMRK bzw. das Recht der EMRK kein eigenständiges Rechtsgebiet verkörpert, sondern Teil des „internationalen Menschenrechtsschutzes“ bzw. des Internationalen Rechts oder des Völkerrechts ist, eingehend dazu etwa *T. Schilling*, *Internationaler Menschenrechtsschutz*, 3. Aufl., 2016, S. 19 ff.

101 Art. 6 Abs. 2 EUV, dazu EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II), ECLI:EU:C:2014: 2454.

Aufmerksamkeit auf sich gelenkt hat, setzt das Unionsrecht im Verhältnis zum mitgliedstaatlichen – nationalen – Recht zunächst auf eine klare Abgrenzung, die ihren Ausdruck im Grundsatz der Autonomie des Unionsrechts (hier Begriff wichtig) findet.

Ob – wie *Armin von Bogdandy* kürzlich vorgeschlagen hat –, zukünftig eine Art Gesamtperspektive auf das Recht in einem europäischen Raum mit dieser klaren Vorgabe des Unionsrechts vereinbar ist bzw. als neue Doktrin avancieren kann, wird sich zeigen.<sup>102</sup> Vorläufig scheint der „europäische Rechtsraum“ zwar das Potential zu haben, einen wichtigen Schlüsselbegriff für die künftige europarechtliche Debatte zu verkörpern, der womöglich dazu führen wird, dass die Vorstellung eines „Europarechts“ als „nur Unionsrecht“ zu verabschieden ist.<sup>103</sup> Aufgrund der unterschiedlichen Integrationsdichte und auch der Notwendigkeit die Autonomie des Unionsrechts zu sichern, verbergen sich hinter einem „europäischen Rechtsraum“ aber auch Risiken.<sup>104</sup>

### c) Die Eigenständigkeit des Europarechts in der Rechtsprechung des EuGH

Die Frage nach der Eigenständigkeit des Europarechts als Rechtsgebiet – und damit nach der Möglichkeit eines abgrenz- und unterscheidbaren Profils im Verhältnis zu anderen Rechtsgebieten – ist sicher basal für jede weitere Reflexion über die Europarechtswissenschaft. Folgerichtig wurden schon in den ersten Überlegungen zur Konstruktion und Beschaffenheit des (damaligen) Gemeinschaftsrechts seine Besonderheiten heraus gestellt, die bis heute prägend für alle Diskussionen über den Charakter des Unionsrechts geblieben sind: sein supranationaler und damit eigenständiger Charakter, der nicht nur wissenschaftlich festgestellt werden kann, sondern in gewisser Weise verbindlich-doktrinär vom EuGH gefasst wurde.<sup>105</sup> Die Supranationalität der EGKS, der europäischen Gemeinschaften und heute der Europäischen Union darf als *das* wesentliche Unterscheidungs- oder Abgrenzungskriterium sowohl zum staatlichen Recht als auch zum Völkerrecht gelten.<sup>106</sup> Zugleich ist das supranationale Recht nicht gänzlich von den allfälligen Fragen (demokratische Programmierung, Rolle der Gerichte etc.) abgeschnitten und unterscheidet sich in seinem hoheitlichen Anspruch grundlegend von den aktuell häufig diskutierten privaten Rechtsregimen<sup>107</sup>.

Die Eigenständigkeit (*Autonomie*) des Unionsrechts wurde insbesondere vom EuGH in einigen bahnbrechenden Entscheidungen zum Vorrang und unmittelba-

102 *A. von Bogdandy* (Fn. 1), S. 594 ff.

103 Aufgenommen durch BVerfGE 142, 123 (196) – OMT.

104 Dazu am Beispiel des Verwaltungsrechts der EU und dem Konzept eines „europäischen Verwaltungsraumes“ *J. P. Terhechte*, Einführung: Das Verwaltungsrecht der Europäischen Union als Gegenstand rechtswissenschaftlicher Forschung – Entwicklungslinien, Prinzipien und Perspektiven, in: ders. (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 1, Rn. 7 a. E.

105 EuGH, Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1169 f; EuGH, Rs. 26/62 (*Van Gend en Loos*), ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, 3, S. 3 f.

106 Eingehend dazu *J. P. Terhechte*, in: Hatje/Müller-Graff (Fn. 3), § 7, Rn. 32 ff.

107 Dazu etwa *G. Teubner*, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003), S. 1 ff.

rer Anwendbarkeit des (damaligen) Gemeinschaftsrechts herausgearbeitet.<sup>108</sup> Ging es hier anfänglich insbesondere um die Abgrenzung des damaligen Gemeinschaftsrechts zum mitgliedstaatlichen Recht, so hat sich insbesondere in den letzten Jahren auch immer wieder gezeigt, dass die Autonomie des Unionsrechts auch im Verhältnis zum Völkerrecht eine wichtige Rolle für den EuGH spielt.<sup>109</sup> Hierbei ist nicht zu verkennen, dass die rechtsdogmatischen Grundlagen im damaligen primären Gemeinschaftsrecht – gelinde gesagt – dünn waren: Weder enthielten die Verträge ausdrücklich eine Bestimmung zum Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum mitgliedstaatlichen Recht noch existierten allgemeine Rechtsgrundsätze oder nur Erfahrungssätze, wie dieses Verhältnis ausgestaltet werden könnte.<sup>110</sup> Erst der Europäische Verfassungsvertrag sah eine entsprechende Bestimmung vor (Art. I-6 EVV)<sup>111</sup>, die dann aber „Opfer“ der rhetorischen Flurbereinigungen wurde, die die Lissabonner Vertragsverhandlungen mitgeprägt haben.<sup>112</sup> Die hiermit verbundene „Selbstautorisierung“ des EuGH<sup>113</sup> und die Folgen, die mit der Autonomie der unionalen Rechtsordnung verbunden sind, sind weitreichend. Ohne die Autonomie des Unionsrechts wären Überlegungen über seine „Rechtsgebietsqualität“ sicher schwierig – das Europarecht stünde ganz im Bann und Sog des nationalen Rechts. Es spricht vieles dafür, dass ohne die „Kunstgriffe“ des EuGH sich niemals eine eigenständige Rechtsordnung hätte etablieren können – der Begriff „Gemeinschaftsrecht“ wäre eher eine „regionale Herkunftsbezeichnung“ geblieben.<sup>114</sup>

108 Zum Vorrang des Unionsrechts s. insb. EuGH, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1253, Leitsatz 3.; EuGH, Rs. 11-70 (Internationale Handelsgesellschaft), ECLI:EU:C:1970:114, Slg. 1970, 1125, Rn. 3; EuGH, Rs. 106/77 (Simmenthal), ECLI:EU:C:1978:49, Slg. 1978, 629, Rn. 24; EuGH, Rs. 213/89 (Factortame I), ECLI:EU:C:1990:257, Slg. 1990, I-2433, Rn. 23; eingehende Auseinandersetzung damit bei T. Kruis, Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts in Theorie und Praxis, 2013; zum Grundsatz der unmittelbaren Anwendbarkeit des Unionsrechts s. grundlegend EuGH, Rs. 26/62 (Van Gend en Loos), ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, 3, S. 25; EuGH, Rs. 43/75 (Defrenne/Sabena), ECLI:EU:C:1976:56, Slg. 1976, 455, Rn. 40; EuGH, Rs. 14/83 (von Colson), ECLI:EU:C:1984:153, Slg. 1984, 1891, Rn. 26; EuGH, Rs. 188/89 (Foster/British Gas), ECLI:EU:C:1990:313, Slg. 1990, I-3313, Rn. 18 ff.; EuGH, Rs. 91/92 (Faccini Dori), ECLI:EU:C:1994:292, Slg. 1994, I-3325, Rn. 50; EuGH, Rs. 194/94 (CIA Security International), ECLI:EU:C:1996:172, Slg. 1996, I-2201, Rn. 2 ff.; EuGH, Rs. 443/98 (Unilever Italy), ECLI:EU:C:2000:496, Slg. 2000, I-7535, Rn. 50.

109 EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II), ECLI:EU:C:2014:2454.

110 P. Craig/G. de Búrca, EU Law: Text, Cases and Materials, 6. Aufl. 2015, S. 266 f.; A. Berger (Fn. 44), S. 11 ff.

111 Vgl. Art. I-6 VVE sowie die Erklärung Nr. 1 zu Art. I-6 VVE, ABl. EU 2004 C 310/420 „Die Verfassung und das von den Organen der Union in Ausübung der der Union übertragenen Zuständigkeiten gesetzte Recht haben Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten“.

112 Im Vertrag von Lissabon wurde gezielt auf diesen Artikel verzichtet (vgl. Mandat des Europäischen Rates vom 21./22.6.2007), ausweislich der Erklärung Nr. 17 zur Schlussakte zum Vertrag von Lissabon wird darauf hingewiesen, „dass die Verträge und das von der Union auf der Grundlage der Verträge gesetzte Recht im Einklang mit der st. Rspr. des Gerichtshofs der Europäischen Union unter den in dieser Rechtsprechung festgelegten Bedingungen Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten haben“, Erklärung Nr. 17, ABl. EU 2007 C 306/256, ABl. EU 2012 C 326/346.

113 M. Höreth, Die Selbstautorisierung des Agenten. Der Europäische Gerichtshof im Vergleich zum U.S. Supreme Court, 2008; zu den dahinter stehenden Phänomenen D. Grimm, Europa ja – aber welches?, 2016, S. 104 ff.

114 So A. Hatje, Unmittelbare, individuelle Rechte begründende Wirkung des Art. 12; Auslegung des Art. 177; neue Rechtsordnung des Völkerrechts, NJW 2017, S. 3056 f. (3057).

Man mag diese Entwicklung und die mit ihr verbundenen Folgen kritisch sehen, wie dies etwa *Dieter Grimm* in den letzten Jahren mehrfach getan hat.<sup>115</sup> Doch die zentrale Rolle, die der EuGH spielt, ist sicher keine unionale Besonderheit, sondern ist auch in den Mitgliedstaaten verbreitet.<sup>116</sup> Die heute immer wieder konstatierte Distanzlosigkeit der Wissenschaft zum EuGH ist also nicht präzedenzlos, auch wenn die ausgeprägte Betonung der Eigenständigkeit der unionalen Rechtsordnung durch den EuGH hierfür zumindest mitverantwortlich sein mag. Zudem spielen in diesem Kontext immer auch ideologische Prägungen eine Rolle – Kritik an der Rechtsprechung des EuGH wurde lange Zeit gleichgesetzt mit einer Kritik oder Ablehnung des europäischen Integrationsprozesses. Gleichwohl: Die Fixierung auf die Rechtsprechung und eine latente Überbetonung ihrer Bedeutung ist nicht nur ein unionales Phänomen, sondern eher ein Problem des (rechts-)wissenschaftlichen Zugriffs.<sup>117</sup> Zu bedenken ist auch, dass die Mitgliedstaaten schon sehr häufig die Möglichkeit gehabt hätten, die Eigenständigkeit des Unionsrechts einzuschränken – im Verfahren der Vertragsänderung. Dieser Schritt wurde, so weit ersichtlich, nie erwogen, was dafür spricht, dass die Rechtsprechung des EuGH nach wie vor die Akzeptanz in den Mitgliedstaaten findet. Dass es insbesondere zu Interferenzen im Rahmen des sog. Verfassungsgerichtsverbundes<sup>118</sup> kommt, ist bis dahin eher ein theoretisch getriebenes Reviervverhalten, denn ein Versuch, die Autonomie des Unionsrechts zu untergraben oder auf breiter Front auszuhebeln.<sup>119</sup>

#### d) Ausdifferenzierung nach innen

Eine andere Frage ist darüber hinaus, ob es überhaupt noch ein Rechtsgebiet mit dem Namen „Europarecht“ (bzw. Unionsrecht) gibt, oder ob die „Einheit des Europarechts“ nicht schon lange in einer hohen Zahl von Referenz- oder eigenständigen Rechtsgebieten aufgegangen ist. Nicht umsonst ist schon seit Jahren von

115 *D. Grimm* (Fn. 113).

116 Bezogen auf das Bundesverfassungsgericht s. *B. Schlink*, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989), S. 161 (163) mit dem bekannten Vorwurf an die Staatsrechtswissenschaft des „Verfassungsgerichtspositivismus“.

117 Auch in der deutschen Rechtswissenschaft wird zunehmend erkannt, dass ein eindimensionaler Zugriff auf eine Rechtsmaterie durchaus problematisch ist. So wird etwa von den Protagonisten der sog. Neuen Verwaltungswissenschaft betont, dass etwa die so titulierte juristische Methode des deutschen Verwaltungsrechts überwunden werden müsse, dazu etwa *A. Voßkuhle*, Neue Verwaltungswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 1, Rn. 2 ff.; s. auch *W. Hoffmann-Riem*, Die Eigenständigkeit der Verwaltung, ebenda, § 10, Rn. 11; kritisch dazu etwa *I. Augsberg*, Die Lesbarkeit des Rechts, 2009, S. 11 ff.; jüngst auch *K. F. Gärditz*, Die „Neue Verwaltungswissenschaft“ – Alter, Wein in neuen Schläuchen?, in: Burgi (Hrsg.), *Zur Lage der Verwaltungswissenschaft*, DV-Beiheft 12, 2017, S. 105 ff.

118 *A. Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, *NVwZ* 2010, S. 1 ff.

119 Zur Entwicklung der Rechtsprechung des BVerfG s. *G. Nicolaysen*, Das Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts im Kontext der Europarechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, in: Hatje/Terhechte (Hrsg.), *Grundgesetz und europäische Integration*, EuR-Beiheft 1/2010, S. 9 ff.

einem europäischen Verfassungsrecht<sup>120</sup>, einem europäischen Verwaltungsrecht<sup>121</sup>, einem europäischen Privatrecht<sup>122</sup> oder einem europäischen Strafrecht<sup>123</sup> die Rede und man könnte die Liste beliebig lang fortsetzen. Hierbei handelt es sich auch nicht um rein deutsche Phänomene<sup>124</sup>, sondern die Entwicklungs- und Konsolidierungsarbeit ist in diesem Fall wahrlich transeuropäisch und scheint damit einem Bedürfnis in der Praxis und in der Wissenschaft zu entsprechen.

Das Verhältnis dieser unterschiedlichen „Subrechtsgebiete“ zum „Europarecht“ ist nicht immer ganz klar, insbesondere auch, weil neben den (sub-)rechtsgebiets-spezifischen Charakteristika häufig auch die Grundlagen des Unionsrechts mit verarbeitet werden. So gehen nahezu alle Lehrbücher zum – in Konzeption und Reichweite nicht ganz abgrenzbaren – europäischen Wirtschaftsrecht immer auch auf die Grundlagen des Unionsrechts (Ziele der EU, Verfahren, Handlungsformen, Rechtsschutz) ein.<sup>125</sup>

Die Ausdifferenzierung des Unionsrechts nach innen stellt so für die Europarechtswissenschaft eine enorme Herausforderung dar, vor der sie zu kapitulieren droht. Zwar gibt es Versuche, diese Ausdifferenzierung des Unionsrechts durch Großforschungsprojekte in berechenbare Bahnen zu lenken (EnzEuR).<sup>126</sup> Gleichwohl ist insbesondere in den Subrechtsgebieten, die anhand der deutschen Rechts-säulen entwickelt wurden, ein solcher Ansatz ein äußerst voraussetzungsvolles

120 Dazu etwa *A. von Bogdandy/J. Bast* (Fn. 15); *R. Schütze*, *European Constitutional Law*, 3. Aufl. 2015; *J. Schwarze*, *The Birth of a European Constitutional Order*, 2001; *M. Claes*, *Constitutionalising Europe: The Making of a European Constitutional Law*, 2016; *M.-O. Pahl*, *Grundfragen der europäischen Verfassungs-entwicklung*, 2000.

121 *J. Schwarze*, *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl. 2002; *P. Craig*, *EU Administrative Law*, 2. Aufl. 2012; *J. Schwarze*, *European Administrative Law*, 2. Aufl. 2006; *C. Harlow/P. Leino/G. della Cananea* (Hrsg.), *Research Handbook on EU Administrative Law*, 2017; *J. P. Terhechte* (Hrsg.), *Verwaltungsrecht der Europäischen Union*, 2011; jüngst *A. Vinze*, *Europäisierung des nationalen Verwaltungsrechts – eine rechtsvergleichende Annäherung*, *ZaöRV* 77 (2017), S. 235 ff.; s. auch die Beiträge von *A. Thiele*, i. d. B., S. 9 ff. und *S. Unger*, i. d. B., S. 191 ff.

122 Dazu etwa *W. Hallstein*, *Angleichung des Privat- und Prozessrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, *RabelsZ* 28 (1964), S. 211 ff.; *P.-C. Müller-Graff*, *Privatrecht und europäisches Gemeinschaftsrecht*, in: *Müller-Graff/Zuleeg* (Hrsg.), *Staat und Wirtschaft in der EG*, 1987, S. 15 ff.; *M. Gebauer/C. Teichmann* (Hrsg.), *Europäisches Privat- und Unternehmensrecht* (EnzEuR Bd. 6), 2016; s. auch *R. Zimmermann/N. Jansen*, *Im Labyrinth der Regelwerke*, *ZEuP* 2017, S. 761 ff.; *S. Leutheusser-Schnarrenberger*, *Europäisches Zivilrecht – die nächsten Etappen*, *ZEuP* 2011, S. 451 ff.; *J. Lindemann*, *Europäisches Zivilrecht – Wunschenken oder baldige Realität?*, *AnwBl* 2011, S. 366 ff.; *R. Schulze*, *Europäisches Privatrecht im Gegenwind*, *ZEuP* 2014, S. 691 ff.; mehr dazu *H. Schulte-Nölke*, *Privatrecht und Europarecht*, i. d. B., S. 21 ff.

123 Dazu etwa *M. Zuleeg*, *Der Beitrag des Strafrechts zur europäischen Integration*, *JZ* 1992, S. 761; *K. Kühl*, *Europäisierung der Strafrechtswissenschaft*, *ZStrW* 1997, S. 777 ff.; *V. Stiebig*, *Strafrechtsetzungskompetenz der Europäischen Gemeinschaft und Europäisches Strafrecht: Skylla und Charybdis einer europäischen Odyssee?*, *EuR* 2005, S. 466 ff.; *H. Jung*, *Europäisches Strafrecht*, *ZStrW* 122 (2010), S. 408 ff.; *M. Kubiciel*, *Einheitliches europäisches Strafrecht und vergleichende Darstellung seiner Grundlagen*, *JZ* 2015, S. 64 ff.; *H. Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 8. Aufl. 2018; *B. Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 8. Aufl. 2018; *M. Böse* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht* (EnzEuR Bd. 9), 2013; *F. Meyer*, *Strafrecht und Europarecht*, i. d. B., S. 43 ff.

124 S. etwa *A. Hartkamp*, *Perspectives for the Development of a European Civil Law*, in: *M. Bussani/U. Mattei* (Hrsg.), *The Common Core of European Private Law*, 2002; *G. Corstens/J. Pradel*, *European Criminal Law*, 2002.

125 Beispielhaft seien erwähnt *J. Schwarze*, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 2007; *W. Kilian/H. Wendt*, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 6. Aufl. 2017.

126 *A. Hatje/P.-C. Müller-Graff* (Gesamthrsg.), *Enzyklopädie Europarecht*, Bände 1-10, 2013 ff.



Unterfangen. So haben die Diskurse zum Europäischen Privatrecht<sup>127</sup> oder zum Europäischen Strafrecht<sup>128</sup> längst einen Selbststand und eine institutionelle Verfestigung in eigenständigen *scientific communities* herausgebildet, die den Blick auf ein „allgemeines“ Europarecht sicher erschwert oder gar nahezu unmöglich macht.<sup>129</sup>

## 2. Spezifika des Europarechts

Was ist das Proprium der Europarechtswissenschaft und damit womöglich der spezifische methodische Zugang zum Europarecht? Es liegt auf der Hand, dass auch – wie in jeder Wissenschaft – zunächst die Frage nach den (dann spezifischen) Methoden zu stellen ist (dazu a). Darüber hinaus könnten auch ein besonderer Hang zu interdisziplinären Ansätzen (b.) sowie die komparative Anlage des Unionsrechts als solche (c.) als Besonderheiten gelten. Die Frage nach den unterschiedlichen Wissenschaftsstilen (d.), der transdisziplinären Ausrichtung (e.) sowie die zu verzeichnende Historisierung des Unionsrechts (f.) setzen hier weitere Akzente. Schließlich sei noch auf die Tendenz zur „Renationalisierung“ des Unionsrechts hingewiesen (g.), die erhebliche Konsequenzen für den Selbststand der Europarechtswissenschaft haben kann.

### a) Methodenfrage

#### aa) Gerichtsfokussierte Rechtsauslegung

Wissenschaften definieren sich in erster Linie über die von ihnen eingesetzten Methoden<sup>130</sup>, dies gilt in der Rechtswissenschaft ebenso wie in den anderen Wissenschaften. Die Rechtswissenschaft spielt hier gar eine besondere Rolle, sie vermag als „Normwissenschaft“ und der damit offenbar einhergehenden „Methodengewissheit“ durchaus Vorbildwirkung für andere (Geistes-)Wissenschaften zu entfalten.<sup>131</sup> Hierbei ist allerdings in der Rechtswissenschaft seit jeher eine gewisse Verengung auf die – zumeist gerichtlichen bzw. von Gerichten praktizierten – Auslegungsmethoden zu beobachten.<sup>132</sup> Die Auseinandersetzung mit den im Unionsrecht zum Zuge kommenden Methoden bildet hier keine Ausnahme, auch

127 S. Fn. 122.

128 S. Fn. 123.

129 Dazu auch J. P. Terhechte (Fn. 2), S. 11 ff.; eine Möglichkeit das Ganze greifbar zu machen besteht hier darin, mit der „Referenzgebietstechnik“ zu arbeiten, s. dazu *ders.*, Referenzgebiete des Verwaltungsrechts der EU, in: *ders.* (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2. Aufl. 2019, § 14, Rn. 2.

130 A. Voßkuhle (Fn. 117), Rn. 1.

131 H.-G. Gadamer, Wahrheit und Methode, 6. Aufl. 1990, S. 330 ff. (333): „Die juristische Hermeneutik vermag das wirkliche Verfahren der Geisteswissenschaften an sich selbst zu erinnern. Hier haben wir das Modell für das Verhältnis von Vergangenheit und Gegenwart, das wir suchen.“

132 I. Augsberg, in: Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 4, Rn. 3 ff.; eingehend dazu etwa A. Bleckmann, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1982, S. 1177 ff.; U. Pieper, Die Auslegungsmethoden des Unionsrechts, in: M. Dausen/M. Ludwigs (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Rn. 7 ff. (43. EL Oktober 2017); T. Oppermann/C.D. Classen/M. Nettesheim, Europarecht, 7. Aufl., 2016, § 9, Rn. 165.

wenn bestimmte Fragen im Vergleich zu den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen anders zu gewichten sind: So müssen etwa – nach wie vor – Wortlautargumente in einer Rechtsordnung der Vielsprachigkeit mit Vorsicht eingesetzt werden<sup>133</sup>, während teleologischen Zugriffen auf das Europarecht eine besondere Bedeutung zukommt.<sup>134</sup> Lange Zeit spielte zudem die historische Auslegungsmethode bei der Interpretation des Unionsrechts durch den EuGH keine wesentliche Rolle.<sup>135</sup> Diese Besonderheiten, so hat etwa das BVerfG in seiner OMT-Entscheidung betont, sind von den mitgliedstaatlichen Gerichten zunächst einmal zu akzeptieren.<sup>136</sup>

Diese Akzeptanz ist sicher eine Grundbedingung für die methodische Eigenständigkeit des Unionsrechts, die sich aber bislang zu sehr auf die Rechtsprechungsmethoden des EuGH konzentriert.<sup>137</sup>

Eine über die Auslegungspraxis des EuGH hinausgehende unionale Methodenlehre existiert – soweit ersichtlich – nicht. Ihre Entwicklung stellt deshalb eine wichtige Aufgabe der Europarechtswissenschaft dar, denn die EU ist in wesentlichen Teilen eine „Rechtserzeugungsgemeinschaft“. Methodische Fragestellungen gehen damit weit über die Auslegung des Unionsrechts durch die Unionsgerichtsbarkeit hinaus. Tatsächlich spielt aber z. B. eine unionale Gesetzgebungslehre bis dahin nicht die Rolle, die sie eigentlich spielen müsste. Zwar werden etwa die Handlungsformen des Unionsrechts (Art. 288 AEUV)<sup>138</sup> bzw. Aspekte der Rechtsverfahrensverfahren (Stichwort: Komitologie<sup>139</sup>) ausgiebig diskutiert, eine methodisch angeleitete unionale Gesetzgebungslehre ist daraus aber noch nicht entstanden, was angesichts der rein quantitativen Ausmaße unionaler Gesetzgebung überrascht.<sup>140</sup>

Eine grundsätzlichere Auseinandersetzung mit den Methoden des Unionsrechts<sup>141</sup>, eine „unionale Methodenlehre“ stellen insoweit ein Desiderat dar. Nicht

133 Dazu etwa J. P. Terhechte, Die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale des europäischen Wettbewerbsrechts, 2004, S. 60 ff.

134 Ebenda, S. 64 ff.

135 I. Augsberg (Fn. 132), Rn. 5; zu gegenläufigen Tendenzen, die insbesondere in jüngerer Zeit zu beobachten sind, s. F. Schorkopf (Fn. 2), § 1, Rn. 25.

136 BVerfGE 142, 123 (Rn. 158 ff.) – OMT.

137 Das mag auch daran liegen, dass bislang eine Reihe von Untersuchungen zum EuGH vorliegen, die anderen Organe der EU aber weitgehend eine rechtswissenschaftliche terra incognita verkörpern, zum EuGH s. etwa A. Arnulf, The European Court of Justice, 2. Aufl. 2006.

138 Dazu etwa J. Bast, Grundbegriffe der Handlungsformen der EU, 2006; ders., Handlungsformen und Rechtsschutz, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 15), S. 489 ff.; A. Glaser, Die Entwicklung des Europäischen Verwaltungsrechts aus der Perspektive der Handlungsformen, 2013; bezogen auf das europäische Verwaltungsrecht s. P. Szczekalla, Handlungsformen im europäischen Verwaltungsrecht, in: Terhechte (Fn. 121), § 5.

139 Eingehend dazu etwa J. Greiner, Die Reform der Komitologie durch den Vertrag von Lissabon, 2018; A. Türk, Comitology, in: Arnulf/Chalmers (Hrsg.), The Oxford Handbook on EU Law, 2015, S. 327 ff.; J. Blohm-Hasen, The EU Comitology System in Theory and Practice, 2011; T. von Danwitz, Europäisches Verwaltungsrecht, 2008, S. 638 ff.; früh dazu auch S. Knemeyer, Das Europäische Parlament und die gemeinschaftliche Durchführungsetzsetzung, 2003.

140 S. aber I. Härtel, Gesetzgebungsordnung der Europäischen Union, in: A. Hatje/P.-C. Müller-Graff (Fn. 3), § 11, Rn. 25; J. von Achenbach, Demokratische Gesetzgebung in der Europäischen Union, 2014; dies., Verfassungswandel durch Selbstorganisation: Trialoge im europäischen Gesetzgebungsverfahren, Der Staat 55 (2016), S. 1 ff.

141 S. aber F. Müller/R. Christensen, Juristische Methodik. Bd. II, Europarecht, 1993.



nur die einschlägigen deutschen Lehrbücher schweigen in der Regel.<sup>142</sup> Es gibt auch kaum Abhandlungen, die die Stränge zusammenführen.

Andere Probleme – die auch oder insbesondere mit methodischen Fragen verbunden sind – haben dagegen mehr Aufmerksamkeit auf sich lenken können. Das gilt etwa für die Frage, wie das voraussetzungsvolle Unterfangen, den einheitlichen Vollzug des Unionsrechts zu sichern, methodisch umgesetzt werden kann.<sup>143</sup> Insofern spielen hier die Methoden des Vollzugs des Unionsrechts eine wichtige Rolle, auch deshalb, weil die EU nur ausnahmsweise das von ihr gesetzte Recht selbst vollzieht. Auf der Ebene der Rechtsetzung mag die – inzwischen abgeebbte Diskussion – über die mangelhafte Umsetzung von Richtlinien in das mitgliedstaatliche Recht als Pendant dienen<sup>144</sup>, wie auch der ordnungsgemäße Vollzug des Unionsrechts durch die mitgliedstaatlichen Gerichte in den letzten Jahren immer wieder zum Thema wurde und erst entsprechende Urteile des EuGH für mehr Klarheit gesorgt haben<sup>145</sup>. Hierbei handelt es sich zwar nicht immer (nur) um Methodenfragen. Unzweifelhaft ist aber, dass die Europarechtswissenschaft mehr Energie auf Methodenfrage verwendet, eine Entwicklung, die eher noch an Fahrt aufnehmen wird.

#### bb) Makroperspektive: Gemeinschafts- und Unionsmethode

Schließlich sei noch auf eine wichtige Seitenlinie der Methodendiskussion hingewiesen, die genau genommen mit dem scheinbaren Mikro-Kosmos der allfälligen Methodenüberlegungen auf den ersten Blick wenig zu tun hat. In den letzten Jahren sind die Begriffe „Gemeinschafts- und Unionsmethode“ häufig in der öffentlichen Diskussion gegeneinander ausgespielt worden.<sup>146</sup> Gemeint ist damit auch das Verhältnis von supranationaler und „intergouvernementaler“ Perspektive, auch wenn der Sprachgebrauch nicht einheitlich ist und der Begriff „intergouvernemental“ heute keinen rechten Platz im Unionsrecht hat (selbst die GASP kann nicht einfach als „intergouvernemental“ charakterisiert werden). Sicher ist aber, dass es durch den Vertrag von Lissabon nur zu einer scheinbaren Dominanz der supranationalen Methode (bzw. der „Gemeinschaftsmethode“) gekommen ist. Be-

142 Statt das Unionsrecht in das nationale Methoden- und Theoriearsenal zu integrieren, scheint sich eine immer deutlichere „Zweiteilung“ herauszuschälen. Dies könnte damit zusammenhängen, dass seit einigen Jahren eher „Trennungsdiskurse“ en vogue sind als Theorieentwürfe, die die mitgliedstaatliche und unionale Ebene auch methodisch gemeinsam denken; eine Ausnahme aber z. B. A. von Bogdandy (Fn. 1), S. 589 ff.

143 Dazu ausführlich A. Hatje (Fn. 35), S. 64 f.

144 Dazu allgemein J. Schwarze/U. Becker/C. Pollak, Die Implementation von Gemeinschaftsrecht, 1993; zur Richtlinie s. etwa Oppermann/Classen/Nettesheim (Fn. 132), § 9, Rn. 95 ff.; J. Bast (Fn. 138), S. 502 ff.

145 EuGH, Rs. C-224/01 (Köbler), ECLI:EU:C:2003:513, Slg. 2003 I-102.

146 F. Schorkopf, Methodenpluralismus in der europäischen Integration. Zur Errungenschaft der Gemeinschaftsmethode und zur Notwendigkeit einer Unionsmethode in: Kadelbach (Hrsg.), Die Europäische Union am Scheideweg: mehr oder weniger Europa?, 2015, S. 93 ff.; M. Sarrazin/S.-C. Kindler, „Brücke sehen und sterben“ – Gemeinschaftsmethode versus Unionsmethode, integration 2012, S. 213 ff.; S. Kadelbach, Krise, Umbruch und neue Ordnung in: ders./K. Günther (Hrsg.), Europa: Krise, Umbruch und neue Ordnung, 2014, S. 9 ff.; zur Gemeinschaftsmethode s. auch M. Barnier/A. Vitorino, La méthode communautaire, Konvent zur Zukunft Europas – Sekretariat, Dok. CONV 231/02 Contrib 80 vom 3.9.2002; s. auch Mitteilung der Europäischen Kommission über die Zukunft der Europäischen Union – Europäisches Regieren – Erneuerung der Gemeinschaftsmethode, KOM(2001) 727 endg.

trachtet man etwa die Rolle des Europäischen Rates (vgl. Art. 15 EUV) für den Prozess der europäischen Integration, so wird schnell deutlich, dass es neue Beschreibungsformeln für die neuen Arrangements im Unionsrecht braucht. Insofern bedarf auch das Verhältnis beider Modi (Gemeinschafts- und Unionsmethode) eingehender Forschung. Soweit aber die „Unionsmethode“ lediglich völkerrechtliches Handeln der EU-Mitgliedstaaten außerhalb des unionalen Rechtsrahmens charakterisieren soll, ist der Begriff letztlich eine politische Wundertüte ohne Kontur. Es hat ja dann letztlich wenig mit dem Unionsrecht zu tun. Hier zeigt sich vielmehr, dass die Verschiebungen im Koordinatensystem der EU auch methodische Konsequenzen haben, was auch die Renaissance der Debatte über das Verhältnis von Unions- und Völkerrecht belegt.

#### b) Nachhinkende Interdisziplinarität als Spezifikum?

Schon in seinem 1972 erschienen „Europäischen Gemeinschaftsrecht“ bemerkt *Hans Peter Ipsen*, dass WissenschaftlerInnen, die sich mit dem Gemeinschaftsrecht beschäftigen, echte Allrounder sein müssen: *„(...) müsste der rechte Autor doch zugleich nicht nur kompetent sein im Gesamtbereich des zivilen und des öffentlichen Rechts vom Schuldrecht über das Gesellschafts- und Wettbewerbsrecht bis hin zum Arbeitsrecht, von der Staatstheorie über Völkerrecht und Staatsrecht bis hin zum Subventionskapitel des Wirtschaftsverwaltungsrechts, und dies am besten mindestens in der Vertrautheit des zünftigen Rechtsvergleichers mit den Rechtsordnungen aller Mitgliedstaaten und ihrer Sprachen. Er sollte zudem die Wirtschaftswissenschaften und mindestens die empirischen Methoden der Politikologie, besser auch ihre Theorien beherrschen, und wie nützlich, wenn nicht notwendig wäre nicht minder, ihn auch unter den Soziologen zu Hause zu wissen.“*<sup>147</sup> *Ipsen* spricht hier schon früh ein Kernproblem der Europarechtswissenschaft an, nämlich die unabdingbare Herausforderung interdisziplinärer Arbeit. Besonders wichtig erscheint hier die Frage nach den Querverbindungen zu den Wirtschaftswissenschaften und zur Politikwissenschaft. Der Anspruch, den *Ipsen* hier zunächst an sich selbst – aber auch an die Europarechtswissenschaft – stellt, sieht er zumindest für die Anfänge der europarechtswissenschaftlichen Forschung kaum eingehalten. Tatsächlich war es in erster Linie die Rechtswissenschaft, die sich des Themas der europäischen Integration früh annahm. Die Wirtschaftswissenschaften oder die Politikwissenschaft waren hier in gewisser Weise „Nachzügler“.<sup>148</sup> Diese anfängliche fast „monojuristische“ Betrachtung der – dann nicht umsonst so charakterisierten „Rechtsgemeinschaft“ – ist sicher ein Grund, warum die rechtliche Perspektive bis heute so eine wichtige Rolle spielt, ja dass überhaupt von einer eigenständigen Europarechtswissenschaft gesprochen werden kann.

<sup>147</sup> *H. P. Ipsen* (Fn. 1), S. 3.

<sup>148</sup> S. dazu etwa die Fundamentalkritik bei *H. P. Ipsen* (Fn. 1), S. 18; s. auch *A. Grimm/C. Jakobeit*, Die integrationstheoretischen Grundlagen des Europarechts, in: *Hatje/Müller-Graff* (Fn. 3), § 2, Rn. 37 ff.

Dieser Befund hat sich sicher geändert: Sowohl in den Wirtschaftswissenschaften<sup>149</sup> als auch in der Politikwissenschaft<sup>150</sup> gibt es heute wichtige Debatten und Gesamtdeutungen zum Thema „Europa“, auch wenn die Verbindung zur „Europarechtswissenschaft“ nicht immer gelingt. So weisen die Diskussionen über die Probleme und Krisen der WWU in den jeweiligen Disziplinen eine eigenartige Unverbundenheit auf, auch wenn z. B. die Rechtswissenschaft zumindest versucht auf ökonomisches Wissen zurückzugreifen.<sup>151</sup> Und es gibt inzwischen auch breiter angelegte Werke, die eine Gesamtperspektive auf das Phänomen der europäischen Integration eröffnen.<sup>152</sup> Zudem kommt es zunächst zu interdisziplinären Annäherungen, sei es, dass das Recht als Integrationsfaktor im Rahmen der Politikwissenschaft gewürdigt wird<sup>153</sup>, sei es, dass die ökonomische Analyse des Rechts bei der praktischen Rechtsanwendung immer breiteren Raum einnimmt.<sup>154</sup> Merkwürdig ist zudem, dass eine eigenständige Europawissenschaft zumindest im deutschen Sprachraum bislang kaum Fuß fassen konnte.<sup>155</sup> Dies mag verschiedene Ursachen haben: Zunächst fällt es insbesondere in deutschen Universitäten schwer, Fächergrenzen zu überwinden. Auch begnügte man sich lange Zeit damit, dass europawissenschaftliche Ausbildung abstrakt anderswo, z. B. in Brügge oder Florenz geleistet wird.<sup>156</sup> Es fehlt dementsprechend auch an fächerübergreifenden Publikationsformaten. Die Situation ist keine spezifisch deutsche, auch andere Mitgliedstaaten sind auf der Suche nach interdisziplinären Ankerpunkten. Insofern darf etwa die Initiative des französischen Staatspräsidenten *Macron*, Europa-Universitäten ins Leben zu rufen, als wichtiger Impuls gelten.<sup>157</sup>

Was folgt aber daraus für die Europarechtswissenschaft, insbesondere für die deutsche Europarechtswissenschaft? Offensichtlich hat es in den letzten Dekaden nach anfänglichen Berührungsschwierigkeiten eine Bewegung der verschiedenen Fachdisziplinen aufeinander zu gegeben. Für die Europarechtswissenschaft folgte hieraus u.a., dass sie sich in einem ersten Schritt mit der „Politisierung“ des Euro-

149 Dazu eingehend *T. Wein*, Erwartungen der Wirtschaftswissenschaft an die Europarechtswissenschaft, i.d.B., S. 133 ff.; s. auch *T. Eger/H.-J. Wagner*, Die wirtschaftswissenschaftlichen Grundlagen der europäischen Integration, in: *Hatje/Müller-Graff* (Fn. 3), § 3 m. w. Nachw.

150 Eine gute Übersicht bei *A. Grimm/C. Jakobeit* (Fn. 148), § 2, Rn. 37 ff.

151 S. dazu etwa *R. Schmidt*, Zurück zum Recht oder: Die Rechtspflicht zum Austritt aus der Währungsunion, *ZSE* 2017, S. 32 ff.; es gibt hier aber auch weitere Beispiele wie die Bedeutung der ökonomischen Theorie für das europäische Kartellrecht, s. dazu *P. Behrens*, Europäisches Marktöffnungs- und Wettbewerbsrecht, 2017, S. 120 ff.

152 *T. Eger/H.-J. Wagner*, Europäische Integration. Wirtschaft und Recht, Geschichte und Politik, 3. Aufl. 2014.

153 Eine Bestandsaufnahme findet sich etwa bei *A. Grimm*, Europäische Integration im Kontext des Rechts, 2013; eingehend und „ikonisch“ (*A. von Bogdandy*) zum Verhältnis von Recht und Politik s. *J. H. H. Weiler*, The Transformation of Europe, *Yale Law Journal* 100 (1991), S. 2403 ff.; *E. Stein*, Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, *AJIL* 75 (1981), S. 1 ff.

154 Dazu etwa *P. Behrens* (Fn. 151), S. 4 ff.; aus einer verfassungsrechtlichen Perspektive dazu *J. P. Terhechte*, Constitutional moments im europäischen Wettbewerbsrecht? – Wettbewerbsverfassung – Individualisierung – Ökonomisierung, in: *Kotzur/Behrens/Lammers* (Hrsg.), 60 Jahre europäische Integration, 2015, S. 65 ff.

155 S. dazu etwa *G. F. Schuppert/I. Pernice/U. Haltern* (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005.

156 Insbesondere die postgraduale Ausbildung am Europa-Kolleg, Hamburg oder an den Universitäten in Saarbrücken und Frankfurt/Oder dürfen hier als Ausnahme der Regel verstanden werden.

157 Sicher, es gibt schon „Europa-Universitäten“, z. B. in Flensburg oder Frankfurt/Oder. Präsident *Macron* zielt aber ersichtlich auf mehr, insbesondere auch transnationale Universitätsverbünde zwischen mehreren Mitgliedstaaten, s. *E. Macron*, Initiative für Europa, Rede an der Pariser Sorbonne Universität v. 26.9.2017.

parechts auseinandersetzen musste, wie es auch zunehmend ökonomische Einsichten zu verarbeiten galt, wie z. B. im Wettbewerbs- oder Währungsrecht. In einem weiteren Schritt sind in den letzten Jahren auch wichtige Forschungsarbeiten zu den kulturwissenschaftlichen Einflüssen<sup>158</sup> sowie die geschichtlichen Hintergründe (dazu zugleich d.) vorgelegt worden. Die Europarechtswissenschaft ist gefordert, die entsprechenden Erkenntnisse zu verarbeiten und interdisziplinär reflektiert in ihre Diskurse einzuspeisen. Ihre nachhinkende Interdisziplinarität ist hierbei sicher kein Spezifikum, sondern lediglich Folge einer gewissen rechtlichen Introvertiertheit, die auch andere Rechtsgebiete prägt, u. U. noch deutlicher als die Europarechtswissenschaft.

### c) Komparative Anlagen des Europarechts

Ein Spezifikum des Europarechts ist aber sicher seine komparative Anlage.<sup>159</sup> Schon im Rahmen der Gründung des EGKS und dann im Zuge der Römischen Verträge haben die jeweiligen nationalen Besonderheiten, politischen Prägungen und Rechtstraditionen dafür gesorgt, dass die Verträge ein Amalgam aus supranationalen Neuansätzen, tradierten Rechtsfiguren und den jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sowie (auch) außereuropäischen Rechtsordnungen sind.<sup>160</sup> Anlage und Methodik des Europarechts sind so zwangsläufig komparativ ausgerichtet.

Hiermit sind in der praktischen und wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Europarecht bestimmte Folgen verbunden: Zum einen ist das Unionsrecht im Rahmen der Weiterentwicklung der normativen Infrastruktur auf das Vorbild des nationalen Rechts angewiesen, etwa wenn es darum geht, die Existenz eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes festzustellen.<sup>161</sup> Freilich bestehen hier kaum Kriterien, wann von der Existenz oder Inexistenz eines solchen Grundsatzes gesprochen werden kann. Zum anderen ist in diesem Zusammenhang fraglich, ob die komparative Anlage des Europarechts operativ nicht regelmäßig durch die jeweils national eingefärbte Vollzugspraxis in den Mitgliedstaaten ignoriert wird.<sup>162</sup> Europarecht wird so häufig zu einem „nationalen Europarecht“.<sup>163</sup> Die Europarechtswissenschaft muss sich mit den damit verbundenen Problemen noch eingehender beschäftigen, denn soweit es um eine autonome Rechtsordnung geht, wird man na-

158 Insbesondere *U. Haltern*, Europarecht, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, S. 17 ff.

159 Dazu nur *J. P. Terhechte*, Internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts, in: ders. (Hrsg.), Internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts, EuR-Beiheft 1 (2016), S. 9 ff. (10 f.) am Beispiel des europäischen Verwaltungsrechts; s. auch *M. Fehling*, Rechtsvergleichende Methode und europäisches Verwaltungsrecht, ebenda, S. 59 ff.

160 Der Einfluss des mitgliedstaatlichen Rechts auf das Unionsrecht ist interessanterweise nur selten Gegenstand wissenschaftlicher Debatten, was in den Pioniertagen des Unionsrechts noch anders war, s. dazu etwa *R. Wahl*, Europäisierung: Die miteinander verbundenen Entwicklungen von Rechtsordnungen als ganzen, in: Trute et al. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, S. 869 ff.; ders. Die Rechtsbildung in Europa als Entwicklungslabor, JZ 2012, S. 861 ff.

161 Dazu etwa *J. Schwarze* (Fn. 121), S. LI, CXII ff.

162 Dazu eingehend *A. Hatje/P. Mankowski* (Fn. 2), S. 155 ff.; s. zu einer spezifischen europäischen Rechtskultur *P. Mankowski*, Rechtskultur, 2016, S. 514 ff.

163 *A. Hatje/P. Mankowski* (Fn. 2), S. 155 ff.

tional gefärbte Anwendungspraxen nur bis zu einem gewissen Grad zulassen können. Andersherum ist auch danach zu fragen, wie groß die Spielräume hier sind bzw. sein müssen, damit die Integration auch gelingen kann.<sup>164</sup>

Die Methode der wertenden Rechtsvergleichung und die Beachtung des Selbststandes des Unionsrechts durch die nationalen Behörden und Gerichte sind aber nur zwei Beispiele für die Komplexität, die mit der „komparativen Anlage“ des Unionsrechts verbunden sind. Darüber hinaus wäre hier auch nach den Einflüssen des Völkerrechts<sup>165</sup> und ausländischen Rechts (Beispiel: U.S.-Recht) zu fragen. Gerade in den letzten Jahren wurde immer deutlicher, dass das Unionsrecht seine Inspirationen und Vorgaben nicht aus den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen bezieht, sondern „internationalen Vorgaben“ eine immer größere Bedeutung zukommt. Deutlich machte dies etwa die Diskussion über die sog. Kadi-Rechtsprechung des EuGH<sup>166</sup> oder rund um den Abschluss diverser Freihandelsabkommen zwischen der EU und Drittstaaten<sup>167</sup>. Soweit also von einer komparativen Anlage des Unionsrechts gesprochen wird, muss heute sowohl der Einfluss des mitgliedstaatlichen Rechts als auch der von ausländischem Recht und Völkerrecht mit in die Betrachtung einfließen. Die Sicherung der Autonomie der unionalen Rechtsordnung steht schon vor diesem Hintergrund vor gewaltigen Herausforderungen, was der EuGH in den letzten Jahren auch erkannt und unterstrichen hat.<sup>168</sup>

#### d) Lingua franca und Wissenschaftsstile

Es stellt in gewisser Weise eine eigentümliche Entwicklung dar, dass sich die englische Sprache in den letzten Dekaden zur *lingua franca* der Europarechtswissenschaft entwickelt hat, wobei bei diesem Befund sicher eine gewisse Vorsicht angebracht ist. Zwar dürfte das Englische unbestritten die zentrale Wissenschaftssprache im Europarecht sein, das bedeutet aber nicht, dass das Europarecht „englisch“ wäre. Bislang ist dieser Umstand nicht deutlich genug gesehen worden.

Indes ist diese Entwicklung in Richtung der englischen Sprache schon vor den historischen Hintergründen bemerkenswert und sie ist auch nicht so ausgeprägt wie mitunter behauptet wird.<sup>169</sup> Zu stark erscheinen tradierte Sprachgefüge einerseits – so ist Arbeitssprache des EuGH nach wie vor das Französische – und nationalsprachlich gefärbte Diskurse andererseits. Zudem – das wird gerne in der Diskussion übersehen – kann es nicht darum gehen, eine spezifische Wissenschaftskultur

164 Es steht zu erwarten, dass die Diskussionen über diese Spielräume in den nächsten Jahren deutlich an Bedeutung zunehmen werden.

165 Dazu J. P. Terhechte (Fn. 159).

166 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P (Kadi), ECLI:EU:C:2008:46, Slg. 2008 I- 6351.

167 EuGH, Gutachten 2/15 (Singapur), ECLI:EU:C:2017:376; BVerfG v. 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 – CETA, NJW 2016, S. 3583 ff.

168 EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK-Beitritt II), ECLI:EU:C:2014:2454.

169 Aus meiner Perspektive ist etwa die Feststellung *Daniel Thym*s (Fn. 2), dass der deutsche europarechtliche Diskurs zu „deutsch“ ist, zwar in gewisser Weise nicht falsch, sagt aber auch nicht besonders viel aus; s. auch F. Mayer (Fn. 13), S. 3634.

oder einen prädominanten hegemonialen Zugriff auf das Unionsrecht zu entwickeln. Das Gegenteil erscheint mir richtig zu sein: Ein Integrationsprojekt, in dem die Einheit dazu dient, das Pluriversum nationaler Kulturen und Identitäten zu moderieren, aber gerade nicht zu ersetzen, kann nicht auf eine Sprache, auf einen methodischen Zugriff oder einen Wissenschaftsstil begrenzt werden. Diese Frage ist nicht nur wissenschaftssoziologisch, sondern im Lichte der Verträge fast schon normativ zu beantworten (vgl. Art. 4 Abs. 2 EUV). Die Vielheit der Sprachen und Stile machen das Europarecht aus.<sup>170</sup> Die Zahl der Amtssprachen ist zwar inzwischen auf 24 angestiegen<sup>171</sup>, vor dem Hintergrund des Prinzips des „sprachlichen Egalitätsprinzips“<sup>172</sup> kann aber vor Wissenschaftshegemonie nur gewarnt werden. Die „Sprachenfrage“ ist aber nicht nur immer wieder ein Politikum (Beispiel: Patentrecht<sup>173</sup>), sondern vor dem Hintergrund der jüngeren Entwicklungen im Vereinigten Königreich möglicherweise auch im Fluss. Die Frage ist nämlich, ob das Englische auch in einer EU ohne das Vereinigte Königreich die dominierende Arbeitssprache in Brüssel bleibt, ja, bleiben kann. Zwar wird das Englische sicher Amtssprache im Sinne des Art. 55 EUV bleiben (Irland). Ob dagegen das Gewicht des Englischen vor dem Hintergrund des Brexit noch derart hoch wie im Moment sein kann, ist offen. Jedenfalls ist aus Kreisen der Europäischen Kommission verlautbart worden, dass die Austrittsverhandlungen in französischer Sprache geführt werden. Zudem wird es darauf ankommen, wie die Bedeutung des Unionsrechts im Vereinigten Königreich sein wird. Auch wenn noch unklar ist, wie das Verhältnis zwischen der EU und dem Vereinigten Königreich nach dem vollständigen Brexit aussehen wird, so ist doch zu erwarten, dass sich das Vereinigte Königreich weitaus stärker mit einem neuen Sonderrecht (vielleicht ein *EU-UK Relations Law*) wird beschäftigen müssen, als die Fachdiskurse in den anderen Mitgliedstaaten. Jedenfalls wird hier viel in Bewegung kommen und damit auch die Fachtraditionen im Europarecht herausfordern. Umgekehrt kann man hierin auch nur eine Art Korrektiv sehen, denn ob eine *lingua franca* – gerade in einer plural konzipierten Wissenschaft wie der Europarechtswissenschaft, in der zudem Identitätsdiskurse allgegenwärtig sind<sup>174</sup>, wirklich zu Vorteilen führt, ist eher unwahrscheinlich.

Eng mit der Sprachenfrage verbunden ist darüber hinaus auch die Prägung der Europarechtswissenschaft durch unterschiedliche Wissenschaftsstile. Es wäre ge-

170 Insofern kommen Überlegungen zur Bedeutung von Sprache und Mehrsprachigkeit im Unionsrecht höchste Bedeutung zu, s. dazu ausführlich *F. Müller/I. Burr* (Hrsg.), *Rechtssprache Europas. Reflexionen der Praxis von Sprache und Mehrsprachigkeit im supranationalen Recht*, 2004.

171 Zur Unterscheidung von authentischer Vertragssprache (Art. 55 EUV, Art. 358 AEUV) und den Amts- und Arbeitssprachen der EU (dazu Art. 1 der VO (EWG) N. 1 v. 15.4.1958, ABl. EG 1958 17/385 zuletzt geändert durch VO EU 517/2013, ABl. EU 2013 Nr. L 158/1 s. nur *J. C. Wichard*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 32), Art. 342 AEUV, Rn. 10).

172 Dazu *F. Zedler*, *Mehrsprachigkeit und Methode. Der Umgang mit dem sprachlichen Egalitätsprinzip im Unionsrecht*, 2016.

173 *S. J. P. Terhechte*, in: *Pechstein/Nowak/Häde* (Fn. 4), Art. 118 AEUV, Rn. 19 ff.

174 Dazu *D. Thym* (Fn. 2), S. 671 ff. (678 ff.); zum Ganzen auch *R. Fischer*, *Englisch als lingua franca in Europa*, in: dies. (Hrsg.), *Sprachenvielfalt in der Europäischen Union*, 2007, S. 149 ff.; *G. Lüdi*, *Braucht Europa eine lingua franca?*, in: *Fischer* (Hrsg.), *Sprachenvielfalt in der Europäischen Union*, 2007, S. 128 ff.



radezu weltfremd davon auszugehen, dass es einen europäischen Wissenschaftsstil, einen spezifischen Zugang zur Forschung im Unionsrecht gibt. So werden die Besonderheiten des deutschen Wissenschaftsbetriebs nicht selten kritisiert. Die Konzentration auf Kommentierungen, so etwa jüngst *Thym*, sei womöglich überbetont und im europäischen Rechtsraum wenig anschlussfähig.<sup>175</sup> Doch worauf soll man sich dann besinnen? Noch mehr Zeitschriftenaufsätze wie dieser? Noch mehr Sammelbände? Diskussionen über die Didaktik des Europarechts? Es ist schwer zu sagen, was die „richtigen“ wissenschaftlichen Ansätze sind und alle Fachtraditionen haben ihre Berechtigung. Zudem ist ein Aspekt nicht ganz unwichtig: Soweit die Aufgabe der Wissenschaft nach *Max Weber* darin besteht „sich zu überbieten“, kann man die sicher wie am Fließband laufende Produktion von Lehrbüchern und Kommentaren durchaus als einen Versuch werten, in den wissenschaftlichen Wettbewerb einzutreten.<sup>176</sup> Zudem lässt sich beobachten, dass das Kommentarformat offenbar doch zu einer internationalen Karriere fähig sein könnte.<sup>177</sup> So hat etwa Oxford University Press in den letzten Jahren im Bereich des Völkerrechts eine Reihe von Kommentaren verlegt, die sich offenbar großer Beliebtheit erfreuen. Einige dieser Projekte sind im Kern von einer deutschen Autorenschaft getragen<sup>178</sup>, andere dagegen ohne Beteiligung deutscher WissenschaftlerInnen entstanden.<sup>179</sup> Ob also das Kommentarformat als solches international nicht anschlussfähig ist, ist lange nicht ausgemacht.<sup>180</sup> Zumindest scheint sich auch im Unionsrecht ein Bedarf nach englischsprachigen Kommentaren zu entwickeln.<sup>181</sup>

Und auch die deutsche Sprache kann nicht per se als „Wissenschaftsbremse“ angesehen werden. Ob man solche Diskussionen im Rahmen der Kant- oder Hegel-Forschung führen würde? Sicher, es wäre naiv die Bedeutung des Englischen als globale *lingua franca* der Wissenschaft zu bestreiten, doch der europawissenschaftliche Diskurs lebt womöglich mehr von der Vielsprachigkeit als er mit ihr zu verlieren hat. Und die verschiedenen Sprachen repräsentieren zugleich unterschiedliche Wissenschaftsstile. Auch hier verlöre die Europarechtswissenschaft an Pluralität, wenn sie sich auf bestimmte Formate reduzieren ließe.<sup>182</sup>

175 *D. Thym* (Fn. 2), S. 671 ff. (685 f.).

176 *M. Weber*, Wissenschaft als Beruf, 1919: „Das ist das Schicksal, ja: das ist der *Sinn* der Arbeit der Wissenschaft, dem sie, in ganz spezifischem Sinne gegenüber allen anderen Kulturelementen, für die es sonst noch gilt, unterworfen und hingegeben ist: jede wissenschaftliche „Erfüllung“ bedeutet neue „Fragen“ und *will* „überboten“ werden und veralten. Damit hat sich jeder abzufinden, der der Wissenschaft dienen will.“

177 Eingehend zum Kommentarformat jüngst *D. Kästle-Lamparter*, Welt der Kommentare. Struktur, Funktion und Stellenwert juristischer Kommentare in Geschichte und Gegenwart, 2016, der sich allerdings primär mit zivilrechtlichen Werken auseinandersetzt.

178 So etwa *A. Zimmermann/K. Oellers-Frahm/C. Tommuschat/C. Tams* (Hrsg.), *The Statute of the International Court of Justice*, 2. Aufl. 2012.

179 *S. W. Schabas*, *The International Criminal Court. A Commentary on the Rome Statute*, 2. Aufl. 2016; *C. Brown* (Hrsg.), *Commentaries on Selected Model Investment Treaties*, 2013.

180 Zur Zukunft des Kommentarformats s. auch *D. Kästle-Lamparter* (Fn. 177), S. 339 ff.

181 *Z. B. S. Peers/T. Hervey/J. Kenner/A. Ward* (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2014; *R. Geiger/M. Kotzur/D. Khan*, *European Union Treaties*, 2014; *B. Wägenbaur*, *Court of Justice of the European Union. Commentary on Statute and Rules of Procedure*, 2013.

182 Die in den Wirtschaftswissenschaften geführten Debatten über die Ausrichtung und die Formate des Faches sollten hier die Rechtswissenschaft insgesamt zu großer Vorsicht veranlassen. So wenig wie es eine richtige

## e) Praxisdialog und „hermetische Gefahren“

Eine weitere Besonderheit des Europarechts bestand bislang darin, dass es sich um ein insbesondere von der Rechtspraxis geformtes Rechtsgebiet handelte.<sup>183</sup> Gerade in den Anfangsjahren der europäischen Integration ist es von Praktikern wie etwa *Hans von der Groeben*<sup>184</sup>, *Werner von Simson*<sup>185</sup> oder *Ulrich Everling*<sup>186</sup> geprägt worden.<sup>187</sup> Es ist sicher bemerkenswert, dass in der ersten Auflage des bekannten ursprünglich von *Hans von der Groeben* und *Hans von Boeckh* herausgegeben Kommentars zum EWG-Vertrag kein einziger Hochschullehrer mitgewirkt hat.<sup>188</sup> Ob aber die „erste Generation“ der Europarechtler zunächst (nur) an der Lösung der zahlreichen Probleme interessiert gewesen ist, die ein supranationaler Integrationsprozess aufwirft, weniger aber an theoretischen Gesamtkonzepten oder gar visionären Zukunftsgestaltungen, ist zu bezweifeln.<sup>189</sup> In dieser Pauschalität ist die Aussage sicher nicht zutreffend. Gerade in den Pioniertagen der Integration war man sich sehr bewusst darüber, dass ein Neuaufbruch stattfindet. Man mag sagen, dass der theoretischen Auseinandersetzung mit dem Integrationsprozess die heute wieder moderne staatstragende Attitüde fehlte. Das heißt aber noch lange nicht, dass die entsprechenden Untersuchungen theoriearm oder rein pragmatisch angelegt waren.<sup>190</sup>

Richtig ist, dass es in der deutschen Staatsrechtslehre lange dauerte, bis etwas intensiver am theoretischen Überbau des Integrationsprojekts gearbeitet wurde. Die Diskussion über eine „Verfassung“ oder die „demokratische Legitimation“ hat in der heutigen Tiefe erst mit dem Maastrichter Vertrag eingesetzt. Sie wird heute in akademischen Zirkeln und Foren geführt, denen aus Sicht der Europarechtler der ersten Stunde bisweilen die Erdung fehlt. Vielleicht wäre der Verfassungsvertrag das Signal gewesen, um eine Engführung der Diskurse und Interessenlagen her-

Wirtschaftswissenschaft geben kann (und sollte) kann es nur einen richtigen Weg zu guter Rechtswissenschaft geben. Vielmehr kommt es darauf an, immer wieder um neue Einsichten und Perspektiven zu ringen, s. zu den allfälligen Diskussionen etwa *O. Lepsius*, *Relationen – Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft*, 2017.

183 *A. von Bogdandy*, *Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum*, JZ 2011, S. 1 ff.; *ders.*, *Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht*, *Der Staat* 40 (2001), S. 3 ff. (4).

184 Eingehend zu Hans von der Groeben etwa *ders.*, *Deutschland und Europa in einem unruhigen Jahrhundert*, 2. Aufl. 2014; s. auch *E.-J. Mestmäcker/H. Möller/H.-P. Schwarz* (Hrsg.), *Eine Ordnungspolitik für Europa*, FS für Hans von der Groeben, 1987; *R. Hrbek/V. Schwarz* (Hrsg.), *40 Jahre Römische Verträge: Der Deutsche Beitrag*, Dokumentation der Konferenz anlässlich des 90. Geburtstags von Dr. h. c. Hans von der Groeben, 1998.

185 Zu Werner von Simson s. *P. Häberle/J. Schwarze/W. Graf Vitzthum* (Hrsg.), *Der Staat als Teil und als Ganzes*, Seminar zum Gedenken an Werner von Simson am 21. Februar 1998 in Freiburg, 1998; jüngst auch *W. Graf Vitzthum*, *Europa denken – Werner von Simson und Jürgen Schwarze*, in: *Becker/Hatje/Potacs/Wunderlich* (Hrsg.), FS Schwarze, 2015, S. 263 ff.

186 Zu Ulrich Everling s. etwa *O. Due/J. Schwarze/M. Lutter* (Hrsg.), FS Everling, 2 Bände, 1995.

187 *A. K. Mangold* (Fn. 2), S. 243 ff.

188 *H. von der Groeben/H. von Boeckh/J. Thiesing* (Fn. 5). Der Autorenstamm setzte sich in den ersten Auflagen aus Praktikern zusammen, die entweder bei der Kommission, Bundesministerien oder dem EuGH tätig waren. Eingehend zur Entwicklung demnächst *J. P. Terhechte*, *Die europäische Integration im Spiegel der Kommentarliteratur*, EuR 2019 (i.E.).

189 In diese Richtung etwa *C. Möllers*, *Der vermisste Leviathan*, S. 56 ff.

190 S. etwa *H. von der Groeben*, *Die wahren Aufgaben der Zukunft*, in: *Trugbild Nationalstaat, 1967/1968*, S. 11 ff. sowie die weiteren Beiträge in diesem wichtigen Band.



beizuführen. Sein Scheitern markiert deshalb auch eine tiefe Zäsur für den Praxis-Wissenschaft-Dialog im Europarecht.

Freilich sind die entsprechenden „hermetischen Gefahren“ nicht nur auf der Seite der Europarechtswissenschaft oder der Staatsrechtslehre zu verorten. Es scheint auch so zu sein, dass die europarechtlichen Praktiker in Brüssel immer weniger Zeit für diesen Dialog aufbringen können bzw. das Interesse an diesem Dialog schlicht fehlt. Eine Ausnahme bildet hier sicher die Richterschaft des EuGH, die aber – das sei angemerkt – zu guten Teilen aus der Professorenschaft rekrutiert wurde.<sup>191</sup>

#### f) Ende der Pioniertage? – Aufkeimende Historisierung

Eine neue Entwicklung im Europarecht kann als aufkeimende Historisierung bezeichnet werden, die sich zum einen auf das Fach als Ganzes<sup>192</sup>, aber auch auf Teilgebiete erstreckt<sup>193</sup>. Hiermit ist zum einen das zu verzeichnende wachsende Interesse an den historischen Hintergründen des Integrationsprozesses gemeint, zum anderen aber auch das Phänomen, dass das Europarecht als Rechtsgebiet langsam in die Jahre kommt und damit etwas von seinem „jugendlich-frischen“ Charisma einbüßt. Historisierungstendenzen sind in einer solchen Gemengelage wohl unausweichlich und letztlich auch zu begrüßen. Was bedeutet dieser Befund aber für die Eigenständigkeit des Europarechts? Zunächst ist zu vermuten, dass Historisierungsdiskurse etwas über den Selbststand einer wissenschaftlichen Disziplin aussagen, sie kommen nur dort auf, wo etwas aus der Entwicklung für die Zukunft folgt. Umso misslicher war es, dass viele Hintergründe der europäischen Einigung über Dekaden hinweg im Dunkeln lagen. Die berühmten *travaux préparatoire* wurden erst vor gut 20 Jahren veröffentlicht.<sup>194</sup> Auch wenn der Diskurs nun in Schwung kommt, so stehen hier viele Forschungsansätze erst am Anfang – eine detaillierte rechtsgeschichtliche Auseinandersetzung mit dem Prozess der europäischen Integration fehlt.<sup>195</sup>

191 Beispiele hierfür sind etwa M. Zuleeg, T. von Danwitz, K. Lenearts, K. Iliopoulos, eingehend zur Wahl und den Kandidaten *A. von Bogdandy/C. Krenn*, Zur demokratischen Legitimation von Europas Richtern, JZ 2014, S. 529 ff.; s. auch *A. Thiele*, Europäisches Prozessrecht, 2. Aufl., 2014, § 2, Rn. 39 ff.

192 Dazu *F. Schorkopf*, Rechtsgeschichte der europäischen Integration. Ein Themengebiet für Grundlagenforschung in der Rechtswissenschaft, JZ 2014, S. 421 ff.; s. auch *ders.* (Fn. 2), S. 327 ff. (insbesondere S. 329 ff.); zur Entwicklung der Verträge s. etwa *H. von der Groeben*, Deutschland und Europa in einem unruhigen Jahrhundert, 2. Aufl. 2014.

193 Dazu am Beispiel des Wettbewerbsrechts etwa *F. Pitzner*, Interessen im Wettbewerb. Grundlagen und frühe Entwicklung der europäischen Wettbewerbspolitik 1955-1966, 2009; *K. Partel/H. Schweitzer* (Hrsg.), Historical Foundations of EU Competition Law, 2013; *A. Weitbrecht*, From Freiburg to Chicago and Beyond, ECLR 29 (2008), S. 81 ff.

194 *R. Schulze/T. Hoeren*, Dokumente zum Europäischen Recht, Bd. 1 (Gründungsverträge), 1999; Bd. 2 (Justiz) 1999; Bd. 3 (Kartellrecht), 1999.

195 Das heißt sicher nicht, dass es gar keine Foren gibt, s. etwa die Zeitschrift „Rechtskultur – Zeitschrift für europäische Rechtsgeschichte“, die aber nicht der Geschichte des Unionsrechts gewidmet ist. Die Historisierung des Unionsrechts scheint sich eher sektoriell zu stabilisieren. Anlass sind nicht selten diverse „Jubiläen“, s. etwa *J. J. Hesse* (Hrsg.), 60 Jahre Römische Verträge – where to go from here?, ZSE Heft 1 (2017); *P. Behrens/M. Kotzur/K. Lammers* (Hrsg.), Sechs Dekaden europäischer Integration – eine Standortbestimmung, 2015.

Gleichzeitig lauern hinter solchen Historisierungsentwicklungen auch Gefahren, lenken sie doch den Blick auf die Vergangenheit und ziehen damit Energien ab, die womöglich besser in Zukunftsforschung gesteckt werden könnten. So hat *Andreas Paulus* bezogen auf die immer größere Bedeutung der Völkerrechtsgeschichte gar eine kritikwürdige „Flucht in die Geschichte“ konstatiert.<sup>196</sup> Das Europarecht fängt hier sicher nicht bei Null an, ein Bedürfnis nach Grundlagenforschung zu seinen historischen Wurzeln wird man auch nur schwer verneinen können. Aus der Perspektive des Faches wäre es vielmehr wünschenswert, wenn die häufig zu beobachtende Abkoppelung der rechtshistorischen Forschung „vom laufenden Betrieb“ vermieden werden könnte.

g) Nationale Alleingänge als Gefahr für die Autonomie des Unionsrechts

Schließlich sei noch auf die kaum zu verkennende Tendenz zu einer gewissen „Renationalisierung“ des Europarechts hingewiesen. Sowohl nationale Höchstgerichte als auch die Politik wollen immer stärker eine gewisse „Deutungshoheit“ über das Unionsrecht gewinnen, die zwangsläufig mit einer rein nationalen oder mitgliedstaatlichen Brille versehen sein muss. Wenn etwa das BVerfG in der Lissabon-Entscheidung genaue Interpretationsvorgaben für das Unionsrecht formuliert<sup>197</sup> oder einseitig die Kompetenzfrage beantwortet, wie etwa neulich im Kontext der Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz zur Ratifikation des CETA<sup>198</sup>, so ist hiermit unverkennbar eine Renationalisierungstendenz verbunden. Sicher, das Europarecht war immer in der jeweiligen Arena ein eher „nationales Europarecht“.<sup>199</sup> Dass allerdings ein wichtiger Meilenstein in seiner Autonomie – als Rechtsgebiet – liegt, darf zugleich nicht verkannt werden. Insoweit müssen Tendenzen zur Renationalisierung kritisch gesehen werden. Soweit sich etwa unter den mitgliedstaatlichen Höchst- und Verfassungsgerichten immer stärker eine Dogmatik des verfassungsrechtlichen Vorbehalts im Verhältnis zum Unionsrecht herauschält (in Deutschland etwa die Ultra-vires-Kontrolle und die Identitätskontrolle<sup>200</sup>), führt dies statt zu einem Dialog zwischen den Gerichtsbarkeiten eher zu roten Linien, die am Ende nicht weiter helfen.

196 *A. Paulus*, Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland: Zwischen Konstitutionalisierung und Fragmentierung des Völkerrechts, *ZaöRV* 67 (2007), S. 695 ff. (708 ff.) s. auch *F. Schorkopf* (Fn. 2), § 10, Rn. 126.

197 BVerfGE 123, 267 ff. – Lissabon.

198 BVerfG, v. 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 – CETA, *NJW* 2016, S. 3583 ff.

199 *A. Hatje/P. Mankowski* (Fn. 2), S. 155 ff.

200 Ausführlich dazu *A. Schwerdtfeger*, Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Grundrechts-, ultra-vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem, *EuR* 2015, S. 290 ff.; *J. Bergmann/U. Karpenstein*, Identitäts- und Ultra-vires-Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht – Zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Vorlageverpflichtung, *ZEUS* 2009, S. 529 ff.; *U. Häde*, Grenzen bundesverfassungsgerichtlicher Ultra-Vires- und Identitäts-Kontrollen in: *M. Pechstein* (Hrsg.) *Integrationsverantwortung*, 2012, S. 163 ff.; *D. Burchardt*, Die Ausübung der Identitätskontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, *ZaöRV* 76 (2016), S. 527 ff.

## h) Rolle europäischer Werte

Eine noch größere Gefahr sind allerdings die Entwicklungen, die in einigen osteuropäischen Staaten derzeit zu beobachten sind, wie etwa die „Reformen“ in Polen und Ungarn.<sup>201</sup> Hier agieren die Mitgliedstaaten z.T. bewusst gegen die unionsrechtlichen Vorgaben und die Kommission hat inzwischen den sog. Rechtsstaatsmechanismus ausgelöst.<sup>202</sup> Die hiermit verbundenen politischen Konfrontationen fordern das Bekenntnis der EU zu Rechtsstaatlichkeit sehr ernsthaft heraus. Und sie berühren den Selbststand, die Autonomie und die Werte des Unionsrechts, denn es wird sich erst erweisen müssen, wer sich hier durchsetzt – die nationale Ebene oder das Unionsrecht? Ob die Verfahren (Rechtsstaatsmechanismus, Art. 7 EUV), die das Unionsrecht bislang kennt, solche Probleme lösen kann, ist mehr als offen.

## IV. Wissenschaftliche und curriculare Stabilisierung

Das Europarecht als Rechtsgebiet hat in den letzten Dekaden eine ausgeprägte wissenschaftliche und damit verbunden auch curriculare Konsolidierung erfahren, die in einigen Teilen schon einer Kanonisierung gleichkommt. Hier spielen etwa die Prinzipien und Grundsätze des Unionsrechts eine wichtige Rolle (dazu 1.). Diese Entwicklung ist auch mit Folgen für die wissenschaftliche Infrastruktur (2.) und der Rolle der Europarechtswissenschaft in der universitären Ausbildung (3.) verbunden.

### 1. Wissenschaftliche Stabilisierung durch Prinzipien und Grundsätze

Insbesondere der deutsche rechtswissenschaftliche Diskurs begreift die Entfaltung von Prinzipien als kardinale Aufgabe.<sup>203</sup> Auch auf der unionalen Ebene kann an der immensen Bedeutung von (Rechts-)Prinzipien für die Stabilisierung der unionalen Ordnung kaum ein Zweifel bestehen.<sup>204</sup> Sie bilden das Rückgrat des Unionsrechts und verleihen ihm den notwendigen „Selbststand“. Sie sorgen so dafür, dass das Europarecht als Rechtsgebiet handhab- und abgrenzbar bleibt.<sup>205</sup>

201 Dazu P. M. Huber, Europäische Verfassungs- und Rechtsstaatlichkeit in Bedrängnis, Der Staat 56 (2017), S. 389 ff.; P. Niezgodka, Justizreform in Polen: Angriff der Exekutive auf die Justiz, NJ 2017, S. 360 ff.; s. dazu auch die jüngste Entscheidung des EuGH, Beschluss v. 19.10.2018 in der Rs. C-619/18 R.

202 S. dazu nur J. P. Terhechte, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 4), Art. 2 EUV, Rn. 20 m. w. Nachw.

203 Fixpunkt der deutschen Diskussion ist hier R. Alexy, Theorie der Grundrechte, 1986; zur Diskussion, ob Grundrechte Prinzipien darstellen; kritisch zur damit verbundenen Diskussion etwa R. Poscher, Theorie eines Phantoms. Die erfolglose Suche der Prinzipientheorie nach ihrem Gegenstand, Rechtswissenschaft 2010, S. 349 ff.; s. auch J. P. Terhechte, Prinzipienordnung der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Fn. 3), § 7, Rn. 39.

204 Eingehend dazu A. v. Bogdandy, Grundprinzipien, in: ders./Bast (Fn. 15), S. 11 ff.; ders., Grundprinzipien des Unionsrechts – eine verfassungstheoretische und -dogmatische Skizze, EuR 2009, S. 749 ff.

205 Zu den Prinzipien des Unionsrechts s. etwa H.P. Ipsen, Zur Tragfähigkeit der Verfassungsprinzipien der Europäischen Gemeinschaft, in: ders. (Hrsg.), Europäische Verfassungsstudien, 1984, S. 31 ff.; H. Bauer/C. Calliess (Hrsg.), Verfassungsprinzipien in Europa, 2008; A. von Bogdandy (Fn. 204); M. Bosson/D. Pichon-

Der offensive Gebrauch des Begriffs „Prinzipien“ ist hierbei eine relativ junge Erscheinung<sup>206</sup>; früher wurde eher von allgemeinen Rechtsgrundsätzen<sup>207</sup> bzw. Grundsätzen<sup>208</sup> gesprochen. Ihnen ist gemein, dass sie zunächst durch den EuGH geformt wurden (Verhältnismäßigkeit, Loyalität, die Grundrechte)<sup>209</sup>, um dann den Weg in das geschriebene Unionsrecht zu finden.<sup>210</sup> Schon diese – bemerkenswerte – Entwicklung zeigt, dass die Arbeit an und zu den Prinzipien sicher in den frühen Jahren der Integration zugleich für eine wissenschaftliche Stabilisierung des Gemeinschaftsrechts gesorgt hat, konnte doch auf diesem Weg die Autonomie der (heute) unionalen Rechtsordnung gesichert werden. *Armin von Bogdandy* unterstreicht in diesem Zusammenhang zu Recht, dass der Rationalitätsanspruch der unionalen Rechtsordnung untrennbar mit ihren Prinzipien verbunden ist.<sup>211</sup>

Doch was ist nun das Besondere an den Prinzipien des Unionsrechts? Auch im Völkerrecht<sup>212</sup>, erst recht aber im staatlichen Recht<sup>213</sup> ist viel von Prinzipien die Rede, ohne dass immer klar ist, was eigentlich mit „Prinzipien“ gemeint wird. Insgesamt ist der unionsrechtliche „Prinzipiendiskurs“, so scheint es zumindest, anders gelagert. Mit ihm wird nämlich die Erwartung verbunden, dass es einen Grundkonsens in der EU über ein bestimmtes „setting“ gibt, einen harten Kern des Unionsrechts, der dem wankelmütigen Alltagsgeschäft der Politik entzogen ist. Die Prinzipiendebatte ist aus dieser Perspektive integraler Bestandteil der De-

nanz (Hrsg.), *Les principes en droit européen*, 2011; *J. Frowein*, Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien, in: Kaufmann/Mestmäcker/Zacher, (Hrsg.), *Rechtsstaat und Menschenwürde*, Festschrift für W. Maihofer, Frankfurt 1988, S. 149 ff.; *C. Hilson*, Rights and Principles in EU Law, MJ 15 (2008), S. 193 ff.; *J. P. Terhechte*, Prinzipienordnung der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Fn. 3), § 7.

206 *S. T. Tridimas*, The General Principles of EU Law, 3. Aufl. 2018; *A. von Bogdandy*, in: ders./Bast (Hrsg.) *Grundprinzipien, Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, S. 11 ff. (13 ff.); *ders.*, Founding Principles of EU Law: A Theoretical and Doctrinal Sketch, *European Law Journal* 16 (2010), S. 95 ff.; *J. P. Terhechte*, Prinzipienordnung der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Fn. 3), § 7.

207 *H. Lecheler*, Der Europäische Gerichtshof und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, 1971; *H. W. Rengeling*, Rechtsgrundsätze beim Verwaltungsvollzug des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1977; *H. Lechler*, Der Beitrag der allgemeinen Rechtsgrundsätze zur Europäischen Integration – Rückblick und Ausblick, ZEuS 2003, S. 337 ff.; *J. Schwarze*, Zwischen Tradition und Zukunft: Die Rolle allgemeiner Rechtsgrundsätze im Recht der Europäischen Union, DVBl. 2011, S. 721; *U. Bernitz/J. Nergelius*, General Principles of European Community Law, The Hague 2000; *X. Groussot*, General Principles of Community Law, 2006; *T. Tridimas*, The General Principles of EU Law, 2007; *R. Gosalbo Bono*, The Development of General Principles of Law at National and Community Level, in: Schulze/Seif (Hrsg.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, 2003, S. 99 ff.; *S. Mangiameli*, L'ordinamento Europeo: I principi dell'Unione, 2006; *J. Molinier*, Les principes fondateurs de l'Union européenne, 2005.

208 So in Bezug auf den Vorrang und die unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts etwa *J. P. Terhechte*, Prinzipienordnung der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Fn. 3), § 7, Rn 9.

209 Dazu etwa EuGH, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1251; EuGH, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), ECLI:EU:C:1970:114, Slg. 1970, 1125; EuGH, Rs. 106/77 (Simmenthal), ECLI:EU:C:1978:49, Slg. 1978, 629; EuGH, Rs. 26/62 (van Gend & Loos), ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, 1.

210 Dazu *J. P. Terhechte*, Prinzipienordnung der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Fn. 3), § 7, Rn. 13 ff.

211 *A. von Bogdandy*, Grundprinzipien (Fn. 205), S. 11 ff.; *ders.*, Prinzipien der Rechtsfortbildung im europäischen Rechtsraum, NJW 2010, S. 1 ff.

212 *J. Crawford*, Brownlie's Principles of Public International Law, 8. Aufl., 2012; s. etwa jüngst *H. Henninger*, Menschenrechte und Frieden als Prinzipien des Völkerrechts, 2013, S. 219 ff.

213 S. nur *F. Reimer*, Verfassungsprinzipien: ein Normtyp im Grundgesetz, 2001; *R. Weber-Fas*, Der Verfassungsstaat des Grundgesetzes. Entstehung – Prinzipien – Gestalt, 2002.

batte über die Konstitutionalisierung der unionalen Rechtsordnung.<sup>214</sup> Hier liegt zugleich das Problem: Die Konzentration auf die Prinzipien des Unionsrechts scheint auch Befürchtungen auszulösen, der politische Grundkonsens könnte womöglich als Verlust von „Autonomie“ empfunden. Hier zeigt sich, dass der Prinzipiendebatte fast schon eine Art „Stellvertretermantra“ anhaftet. Das ist erstaunlich, denn die Rede von den Prinzipien des Unionsrechts – so verbreitet sie ist – ist alles andere als inhaltlich eindeutig und hat auch historische Konjunkturen zu verzeichnen (gegenwärtig befindet sie sich in einem Abschwung).<sup>215</sup> Und sie ist zunächst eine Debatte über die Ordnung des Erreichten und dient der Absicherung des Integrationsstandes.

## 2. Wissenschaftliche „Infrastruktur“ und Struktur des wissenschaftlichen Diskurses

Eine besondere Bedeutung für die Herausbildung wissenschaftlicher Teildisziplinen bzw. von Rechtsgebieten dürfte der verfügbaren wissenschaftlichen Infrastruktur und auch den jeweiligen Eigenheiten und Ritualen des je spezifischen wissenschaftlichen Diskurses zukommen. Mit „Infrastruktur“ ist hierbei weniger die Verfügbarkeit von Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftlern, Geldmitteln oder Lehrstühlen gemeint<sup>216</sup>, sondern die „intellektuelle Infrastruktur“, die ein Rechtsgebiet bzw. eine wissenschaftliche Disziplin prägt. Hier geht es um Foren, wissenschaftliche Vereinigungen, Publikationen aller Art (Monografien, Lehrbücher, Zeitschriften).

Die wissenschaftliche Landschaft ist hier kaum noch zu überschauen: Das Europarecht verfügt über eine ganze Reihe wichtiger Zeitschriften<sup>217</sup>, wird in Blogs<sup>218</sup> und den Medien täglich zum Gegenstand von Diskussionen. Die Unionsgerichtsbarkeit trägt ihren Teil zum wissenschaftlichen Diskurs ebenso bei wie die Wissenschaft bzw. die Europarechtswissenschaft selbst. Der Markt wird von Lehrbü-

214 F. Schorkopf (Fn. 2), § 10, Rn. 106 ff.

215 J. P. Terhechte, Prinzipienordnung der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Fn. 3), § 7, Rn. 5 ff.

216 S. dazu noch die Aufzählung bei H. P. Ipsen (Fn. 1), S. 28 ff.

217 Etwa Common Market Law Review (CMLRev.); Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW); European Business Law Review (EBLR); European Constitutional Law Review (ECLR); European Journal of Legal Studies (EJLS); European Law Journal (ELJ); European Law Review (ELR); European Review of Private Law (ERPL); Maastricht Journal of European and Comparative Law (MJ); Zeitschrift Europarecht (EuR), Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung (ZfRV); Zeitschrift für Europarecht (EuZ); Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEUP).

218 Z. B. Verfassungsblog, abrufbar unter <https://verfassungsblog.de>; Jurablogs Europarecht, abrufbar unter <https://www.jurablogs.com/tags/europarecht>; Blog zum Europarecht der Universität des Saarlandes, abrufbar unter <http://jean-monnet-saar.eu>.

chern<sup>219</sup> und Kommentaren<sup>220</sup> geradezu überschwemmt, ohne dass ein Ende in Sicht wäre. Rein quantitativ ist die wissenschaftliche Infrastruktur sicher breit und reichhaltig.

Freilich zeichnet sich das Europarecht als Rechtsgebiet auch durch eine Reihe von Eigenheiten des ihm zugrundeliegenden wissenschaftlichen Diskurses aus, die hier nur schlagwortartig Erwähnung finden können: So ist etwa die „Sprachenfrage“ im wissenschaftlichen Diskurs nach wie vor von einiger Bedeutung.<sup>221</sup> Nimmt das Europarecht hier konsequent den Weg, den auch andere Wissenschaften genommen haben, indem sie das Englische als Wissenschaftssprache (mit z.T. nur gefühltem Monopolanspruch) mehr oder weniger absolut setzt, oder findet der wissenschaftliche Diskurs hier den Mut zur Multilingualität, der ihn bis heute – zumindest teilweise – auszeichnet?

Das Europarecht hat darüber hinaus unverkennbar stärker mit politischen Vorverständnissen zu kämpfen als andere Rechtsgebiete. Hierbei versagen die gängigen politischen Unterscheidungen nicht selten. Vielleicht liegt hier ein nicht unerhebliches Problem, denn zumindest im Subtext ist Kritik von politischen Vorverständnissen geprägt, die zumindest häufig rein innerstaatlich geprägt sind. Klare Erwartungshaltungen an die EU werden aber nicht oder nur selten artikuliert.<sup>222</sup> Es wird viel an Details festgemacht bzw. über Bande gespielt. Nicht selten wird hierbei übersehen bzw. ausgeblendet, dass weite Teile des europäischen Prozesses vollkommen reibungslos funktionieren.<sup>223</sup> Dieser Umstand hat sicher Einfluss auf die Diskussionskultur, die der Europarechtswissenschaft zugrunde liegt. Weil aber „offiziell“ die europäische Integration als „linearer Ein-Weg-Prozess“ gesehen wurde, der zumeist unkritisch daherkam, dauerte es lange, bis überhaupt so etwas wie eine Diskussionskultur aufkam,<sup>224</sup> auch wenn dieser Zustand (bzw. Miss-

219 So z. B. A. Arnulf/D. Chalmers (Hrsg.), *The Oxford Handbook of European Union Law*, 2015; C. Barnard/S. Peers, *European Union Law*, 2. Aufl. 2017; D. Chalmers/G. Davies/G. Monti, *European Union Law: Text and Materials*, 3. Aufl. 2014; P. Craig/G. de Búrca, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 6. Aufl. 2015; A. Dashwood et al. Wyatt and Dashwood's *European Union Law*, 6. Aufl. 2011; T. Hartley, *The Foundations of European Union Law*, 8. Aufl. 2014; M. Herdegen, *Europarecht*, 19. Aufl. 2017; R. Streinz, *Europarecht*, 10. Aufl. 2016; T. Oppermann/C. D. Classen/M. Nettesheim, *Europarecht*, 7. Aufl. 2016; R. Schulze/M. Zuleeg/S. Kadelbach, *Europarecht*, 3. Aufl. 2015; R. Schütze, *European Union Law*, 2. Aufl. 2018; S. Weatherhill, *Cases & Materials on EU Law*, 12. Aufl. 2016.

220 Vgl. etwa in englischer Sprache H.-J. Blanke/S. Mangimeli (Hrsg.), *The Treaty on European Union (TEU): A Commentary*, 2013; S. Peers/T. Hervey/J. Kenner/A. Ward (Hrsg.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, 2014; in deutscher Sprache C. Calliess/M. Ruffert (Hrsg.), *EUV/AEUV, Kommentar*, 5. Aufl. 2016; R. Geiger/D.-E. Khan/M. Kotzur (Hrsg.), *European Union Treaties: A Commentary*, 2015; R. Geiger/D.-E. Khan/M. Kotzur (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl. 2017; E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Loseblatt (62. EL Juli 2017); H. von der Groeben/J. Schwarze/A. Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. 2015; H. D. Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Kommentar, 3. Aufl. 2016; J. Meyer, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Kommentar, 4. Aufl. 2014; J. Schwarze (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 4. Aufl. 2018; R. Streinz (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 3. Aufl. 2018.

221 Dazu etwa F. Zedler (Fn. 172) m. w. Nachw.

222 Das gilt sowohl für die Politik als auch für die Wissenschaft, wobei insbesondere im wissenschaftlichen Diskurs politische Motivationen mitunter besonders schwer zu dechiffrieren sind. Interessanterweise scheint sich das bezogen auf die europäische Integration gegenwärtig zu ändern, kann man doch heute eine Reihe von Autoren benennen, die grundsätzliche (rechtswissenschaftliche) Kritik an der EU äußern.

223 Dies bemerkt völlig zu Recht F. Mayer (Fn. 13), S. 3633.

224 Kritisch dazu etwa F. Schorkopf (Fn. 2), § 10, Rn. 101.



stand) inzwischen als überwunden gilt.<sup>225</sup> Insbesondere die rechtlichen Debatten rund um die Staatsschuldenkrisen der letzten Jahre haben gezeigt, dass die Europarechtswissenschaft durchaus im Zentrum der rechtswissenschaftlichen Debatte stehen kann und muss.<sup>226</sup>

Eine Besonderheit des Faches in Deutschland besteht sicher in seiner „säulenübergreifenden“ Anlage. Zwar ist anderswo die deutsche Konsequenz und z.T. auch Rigorosität bei der „Fächertrennung“ ohnehin unbekannt, die wissenschaftlichen Foren und Vereinigungen in Deutschland sind aber immerhin teilweise säulenübergreifend angelegt, auch wenn diese „Einheit“ im Zuge einer immer stärkeren Ausdifferenzierung der Europarechtswissenschaft in Einzeldisziplinen durchaus verloren gehen könnte. Eine säulenübergreifende Anlage eines Rechtsgebiets ist insbesondere aus der Perspektive der deutschen Rechtstradition mit Folgen verbunden, sie fordert ein Umdenken bei der dogmatischen Arbeit am Fall. Und welche Rolle die tradierte Methode der Fallbearbeitung in Deutschland für das Unionsrecht spielen kann, ist ohnehin noch nicht ausgemacht.<sup>227</sup>

Schließlich sei auf die unterschiedlichen Konjunkturen der Europarechtswissenschaft hingewiesen, die das Fach wie kaum ein anderes Fach innerhalb der Rechtswissenschaft prägen, und nicht frei von manisch-depressiven Elementen sind: Entweder befindet sich Europa in der Krise oder im Aufbruch. Wurde vor 15 Jahren eine Verfassung diskutiert, sorgt man sich heute über eine tatsächliche oder gefühlte Desintegration. Es scheint keinen Normalbetrieb zu geben, keine ruhige Auseinandersetzung mit den allfälligen Themen. Diese Diagnose ist freilich oberflächlich, denn das Wirtschaftsrecht des Binnenmarktes scheint sich – von einzelnen Diskussionen einmal abgesehen –, frei zu entfalten und wird mit zunehmender Präzision gleichmäßig in den Mitgliedstaaten vollzogen. Das gilt etwa für die Verwirklichung und Aufrechterhaltung der Zollunion, für die Grundfreiheiten und eine Reihe sektorieller Politiken.

225 Ebenda.

226 Die Literatur ist hier inzwischen kaum noch zu überschauen, s. etwa *H.-D. Smeets*, Staatsschuldenkrise in Europa, *Review of Economics*, 2012, S. 1 ff.; *ders./A. Schmid*, Europäische Staatsschuldenkrise, *Lender of last resort und Bankenunion*, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft, 65 (2014), S. 47 ff.; *H. Zimmermann*, Finanz-, Wirtschafts- und Staatsschuldenkrise: ihre Bedeutung für den öffentlichen Haushalt, *Wirtschaftsdienst*, 2012, S. 101 ff.; *C. Herrmann*, Die Bewältigung der Euro-Staatsschulden-Krise an den Grenzen des deutschen und europäischen Währungsverfassungsrechts, *EuZW* 2012, S. 805 ff.; *J. Gundel*, Die europäischen Instrumente zur Überwindung der Staatsschuldenkrise, *Neue europäische Finanzarchitektur*, 2014, S. 89 ff.; *M. Nettesheim*, Bundesverfassungsgericht und Staatsschuldenkrise: Parlamentarisierung und Repolitisierung der „Eurorettung“, in: *Europäisches Zentrum für Föderalismus-Forschung Tübingen* (Hrsg.), *Jahrbuch des Föderalismus* 2012, Seite 259 ff.; *ders.*, Verfassungsrecht und Politik in der Staatsschuldenkrise, *NJW* 2012, S. 1409 ff.; *C. Calliess*, Der Kampf um den Euro: Eine „Angelegenheit der Europäischen Union“ zwischen Regierung, Parlament und Volk, *NVwZ* 2012, S. 1 ff.

227 Nichtsdestotrotz scheint in Deutschland dieser Ansatz ganz selbstverständlich zu sein. Hierbei darf nicht übersehen werden, dass der EuGH zwar dogmatischen Ansätzen und Mustern anhängt, dabei aber sicher keine Rigorosität walten lässt.



### 3. Europarechtswissenschaft in der universitären Ausbildung

Die Rolle des Europarechts in der deutschen universitären Ausbildung ist sicher kein ganz einfaches Thema.<sup>228</sup> Für die Frage nach Selbststand und Wissenschaftlichkeit einer Disziplin spielt ihre Bedeutung in der universitären Ausbildung eine entscheidende Rolle. Ein reduktionistischer Wissenschaftsbegriff würde gar hierauf allein abstellen, insbesondere wenn es um Selbststand und Wissenschaftlichkeit als solche ginge.<sup>229</sup>

Bezogen auf das Unionsrecht herrscht allgemein Einigkeit, dass zumindest in Deutschland seine Rolle in der universitären Ausbildung optimierungsbedürftig ist.<sup>230</sup> An den juristischen Fakultäten wird das Fach stark in der Tradition der deutschen Juristenausbildung gesehen, die Lehrmethoden richten sich hieran aus und es wird – zumindest im Pflichtfachbereich – auch genauso „abgeprüft“.<sup>231</sup> Man muss sich hier in der Tat fragen, ob man der Materie so gerecht werden kann.<sup>232</sup> Welche Optionen liegen auf dem Tisch?

Einige Stimmen gehen davon aus, dass sich das Europarecht über kurz oder lang noch stärker mit den anderen Lehrfächern verbinden wird und so in gewisser Weise als eigenes Fach in der Lehre an Bedeutung verliert (freilich nicht an Gesamtbedeutung).<sup>233</sup> Als eigenes Fach hat dann etwa das europäische Verfassungsrecht oder eine Art europäisches Organisationsrecht seinen Platz in der universitären Ausbildung, während die Bezüge zu den übrigen Rechtsgebieten jeweils in den spezifischen Veranstaltungen zum Privat-, Öffentlich- und Strafrecht herzustellen sind. Eigenständigkeit gibt es dann in den „Wahlfächern“, die allerdings nur selten rein europarechtlich angelegt sind (Beispiel: „Europa- und Völkerrecht“). Mehr geben die Ausbildungsvorgaben nur selten her und schon hier drängt sich der Verdacht auf, dass man zu kurz springt, wenn man die Rolle des Europarechts in der juristischen Ausbildung nur anhand der Vorgaben der Juristenausbildungsgesetze der Länder bemessen will.

228 Dazu etwa *A. K. Mangold* (Fn. 2), S. 255 ff.; *M. Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 4, 2012, S. 622 ff.; früh dazu *T. Oppermann*, Reform der öffentlich-rechtlichen Wahlfachgruppen?, DÖV 1979, S. 632 ff.

229 *T. Mayer-Maly*, Rechtswissenschaft, 1972, S. 9 ff. mit Verweis auf *P. Weingartner*, Wissenschaftstheorie I, 1971, S. 11 ff.

230 Dazu etwa *D. Thym* (Fn. 2), S. 671 ff. (687 ff.); *A. von Bogdandy* Deutsche Rechtswissenschaft im europäischen Rechtsraum, JZ 2011, S. 1 ff.

231 Maßgeblich sind hier die Juristenausbildungsgesetze der Länder, die mehr oder weniger deckungsgleich die Grundzüge des Unionsrechts zum Pflichtfachstoff erklären, vgl. etwa § 11 Abs. 2 Nr. 11 JAG NRW oder § 3 Abs. 2 NJAG; dazu auch *D. Thym* (Fn. 2), S. 686 ff.; vgl. auch die Übersicht über die Ausbildungs- und Prüfungsordnung bzw. Juristenausbildungsgesetze bei *A. Musil/D. Borchardt*, Klausurenkurs im Europarecht, 3. Aufl. 2013, Rn. 698. Soweit das Europarecht im Wahlfach vertieft wird, treten häufig weitere Fächer hinzu wie etwa das Völkerrecht oder das öffentliche Wirtschaftsrecht. Eine Berücksichtigung ist im Rahmen des Referendariats zwar möglich (vgl. etwa § 42 Abs. 3 S. 3 JAG HH), findet aber nur selten statt. Deutsche Master-Programme im Europarecht gibt es nur in überschaubarer Anzahl, so z. B. in Saarbrücken, Frankfurt/Oder, Hamburg oder Würzburg.

232 *A. K. Mangold* (Fn. 2), S. 261 ff. (291 ff.) zur Rolle des Unionsrechts im Rahmen der juristischen Ausbildung.

233 So etwa *A. von Bogdandy* (Fn. 230), S. 5.

Der Schwerpunkt einer europarechtlichen Ausbildung, so zeichnet sich ab, kann zunächst nur in der postgradualen Ausbildung und damit in speziellen Master- und Promotionsprogrammen liegen, die bislang eher vereinzelt ins Leben gerufen wurden. Insbesondere Master-Angebote in Deutschland richten sich zudem eher an ausländische Studierende, sodass es – bis auf wenige Ausnahmen – kaum europarechtliche Schwerpunktsetzungen in der Ausbildung gibt. Hier besteht sicher ein Bedarf nach mehr Konzentration und damit an einer Bündelung der Expertise.

## V. Desillusionierung

Die „Rechtsgebieteigenschaft“ einer juristischen Materie wird sich schließlich in Zeiten der Krise und Herausforderung besonders beweisen müssen. In Zeiten von (Wissenschafts-)politischen Desillusionierungen müssen deshalb insbesondere Rechtsgebiete ihre Krisenfestigkeit unter Beweis stellen – und in kaum einem Rechtsgebiet war so viel von Krisen die Rede wie im Europarecht (dazu 1.). In den allfälligen Diskussionen wurde einmal mehr deutlich, wie eng das Europarecht mit der Politik verkuppelt ist, was sicher eine weitere Besonderheit des Rechtsgebietes darstellt (dazu 2.). Insbesondere in Zeiten, in denen die europäische Integration nicht mehr als „Einbahnstraße Richtung Integration“ begriffen werden kann<sup>234</sup>, muss diesen Zusammenhängen höchste Aufmerksamkeit zuteil werden, zumal die gegenwärtigen Diskussionen über die Zukunft der europäischen Integration in besonderer Weise durch diese Entwicklungen betroffen sind (3.). Das Europarecht und die Europarechtswissenschaft befinden sich so in gewisser Weise in einer Phase der Desillusionierung.

### 1. Europarecht in der Krise – Krise des Europarechts

An dem Befund, dass sich die europäische Idee, das Europarecht und auch die Europarechtswissenschaft in einer tiefgreifenden Krise befinden, kann man nicht vorbeigehen.<sup>235</sup> Man mag nun fragen, was das mit der Frage nach einem eigenständigen Rechtsgebiet „Europarecht“ zu tun hat. Aber man sollte sich nicht täuschen. Soweit „Krisen“ in der Lage sind, den „Regelmodus“ eines Rechtsgebiets außer Kraft zu setzen, zu Umgehungs- und Ausweichmanövern<sup>236</sup> und überhaupt zu einer tiefen Erschütterung derjenigen Voraussetzungen führen, die auch ein su-

234 Dazu F. Schorkopf (Fn. 2), S. 346 f.: „Die Europarechtswissenschaft hat ihren Bekenntnischarakter deutlich abgeschwächt. Die deskriptiv begleitende, den Multilateralismus, die europäische Integration und den expandierenden Grundrechtsschutz fraglos bejahende Haltung hat sich pluralisiert.“; s. auch ders. (Fn. 2), § 10, Rn. 101.

235 Die Literatur hierzu ist inzwischen Legion, s. etwa A. D. Chirita, The Impact of the European Union Current Crisis on Law, Policy and Society, Cambridge Yearbook of European Legal Studies 16 (2014), S. 255 ff.; A. Weber, Europäisches Rechtsdenken in der Krise?, DÖV 2017, S. 741 ff.; S. Giubboni, Europe's Crisis-Law and the Welfare State – A Critique, European Labour Law Journal 6 (2015), S. 5 ff.; A. von Bogdandy (Fn. 8), S. 487 ff.

236 Dazu etwa R. Uerpman-Witzack, Völkerrecht als Ausweichordnung – das Beispiel der Euro-Rettung, in: Hatje (Hrsg.), Die Einheit des Unionsrechts im Zeichen der Krise, EuR-Beiheft 2/2013, S. 49 ff.

pranationaler Integrationsverband nicht selbst garantieren kann (hier: Europabegeisterung etc.), so muss das auch Folgen für das Europarecht haben. Umso erstaunlicher ist, dass etwa die maßgeblichen politischen Protagonisten erst nach vielen Jahren an der Einsicht, dass es so etwas wie eine Krise gibt – und sie reicht weit über ökonomische Fragestellungen hinaus – nicht mehr vorbeikommen, wie der Brexit deutlich vor Augen führt.

Nun mag man auch einwenden, dass Krisenerzählungen zu jedem Rechtsgebiet gehören. Und insbesondere das Gemeinschaftsrecht (bzw. das Unionsrecht) hat sich nicht selten im Schatten der Krise weiterentwickelt, ist durch „Krisen“ maßgeblich geprägt worden.<sup>237</sup> Gleichwohl erscheint der anhaltende Dekonstruktionsprozess der letzten Jahre deutliche Spuren beim europäischen Projekt hinterlassen zu haben. Für die unionale Rechtsordnung folgt aus der Krise vielerlei: Ausweich- und Umgehungsmanöver, bewusste Ignoranz der unionsrechtlichen Verpflichtungen durch Mitgliedstaaten, innerstaatliche „Reformen“, die kaum mit dem Unionsrecht zu vereinbaren sind, markieren hier nur einige Beispiele.

Doch hat das Unionsrecht in gewisser Weise auch in der Krise in vielen Situationen seine Leistungsfähigkeit unter Beweis gestellt und insbesondere auch, dass die „Krise“ keinen unionsrechtsfreien Raum zu öffnen vermag.<sup>238</sup> Im Gegenteil: Viele Krisenszenarien wie Naturkatastrophen, Kriege usw. werden im Unionsrecht bewusst angesprochen (vgl. z. B. Art. 347 AEUV). Den Mitgliedstaaten war bei der Ausarbeitung der Unionsverträge also bewusst, dass Krisen und besondere Situationen in den Mitgliedstaaten immer auch für die Unionsebene zu Krisen werden können, sei es, dass das Unionsrecht bzw. die Union als wichtiger Faktor bei der Bewältigung solcher Situationen dienen soll, sei es, dass die Unionsordnung in solchen Situationen hinterfragt oder gar ausgehebelt werden kann.

„Die Krise“ ist so im Unionsrecht omnipräsent, z. T. auch schon in seinen Strukturen vorgezeichnet und verarbeitet, wenn auch die Wucht, mit der sich in den letzten Jahren die Krisensymptome gezeigt haben, präzedenzlos sein dürfte.<sup>239</sup> Für den Selbststand des Unionsrechts sind diese Entwicklungen von erheblicher Bedeutung, denn auch wenn viele Entwicklungen der letzten Jahre sicher Erschütterungen in den Tiefenschichten der unionalen Rechtsordnung bewirkt haben, so zeigt sich zugleich, dass sie den Herausforderungen gewachsen war. Auch muss man sich davor hüten, die „Krisen“ als omnipräsentes Deutungsmuster zu akzeptieren. Hierbei läuft man Gefahr, die Erfolge des Integrationsprozesses zu überse-

237 S. als Beispiel nur den wichtigen Beitrag von *J. Kaiser*, Das Europarecht in der Krise der Gemeinschaften, EuR 1966, S. 4 ff.; s. auch *H. von der Groeben*, Einleitung, in: von der Groeben/v. Boeckh/Thiesing (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, 2. Aufl. 1974, S. 41 ff (56 ff.).

238 Dazu *J. P. Terhechte*, Unionale Notstandsverfassung und europäisches Wirtschaftsrecht, in: Stumpf/Baldus/Kainer (Hrsg.), FS Müller-Graff, 2015, S. 1070 ff.

239 *U. Everling*, Justizielle Krisenbewältigung: Der EuGH als Garant des europäischen Rechts, in: Hatje (Hrsg.), Verfassungszustand und Verfassungsentwicklung in der Europäischen Union, EuR-Beiheft 2/2015, S. 85 ff. identifiziert zuvor die Politik des leeren Stuhls (1965), den sog. Schafffleischkrieg (1977), den geschlossenen Rücktritt der Europäischen Kommission (1999) sowie Streit über die Vorratsdatenspeicherung (2006-2014) als die größten Krisen bzw. Herausforderungen für die Gemeinschaften und dann für die EU.

hen und damit auch die Tatsache, dass der „normale europäische Betrieb“ weitgehend friktionslos von stattem geht.<sup>240</sup>

## 2. Wechselbeziehungen von Europarecht und Politik

Hiermit sind zugleich die nicht immer unproblematischen Wechselbeziehungen zwischen Europarecht und Politik angesprochen.<sup>241</sup> Die Eigenständigkeit des Unionsrechts, seine Ziele und Verfahren, waren nie unangefochten. Das Unionsrecht ist seit jeher von politischen Kompromissen geprägt<sup>242</sup>, die ihren Niederschlag auch in spezifischen Arrangements in den Gründungsverträgen gefunden haben, man denke etwa an den sich im heutigen Art. 106 AEUV manifestierenden Streit über die Ausrichtung der europäischen Wirtschaftsverfassung<sup>243</sup> oder an zahlreiche nationale Vorbehalte (z. B. Art. 114 Abs. 2 AEUV) und Abweichungsmöglichkeiten (z. B. Art. 114 Abs. 5 AEUV<sup>244</sup> oder Art. 207 Abs. 6 AEUV) bzw. an diverse Protokolle<sup>245</sup>, die den Verträgen beigelegt sind.

Auch die den Verträgen nach wie vor anhaftende sprachliche Technizität spricht dafür, dass sich die Mitgliedstaaten bzw. die mitgliedstaatlichen Regierungen bislang nicht dazu durchringen konnten ein wirklich kohärentes Verfassungsdokument für die EU zu erarbeiten. Dass etwa der EVV über 448 Artikel (!) umfasste, spricht Bände.<sup>246</sup> Mit anderen Worten: Ein nicht unerhebliches Problem für die Eigenständigkeit des Europarechts ist die zerklüftete Struktur des Primärrechts,

<sup>240</sup> So auch *F. Mayer* (Fn. 13), S. 3637.

<sup>241</sup> S. dazu *U. Haltern* (Fn. 9).

<sup>242</sup> S. z.B. der Luxemburger Kompromiss 1966 im Rahmen der „empty chair crisis“ (Schlusskommuniqué der außerordentlichen Tagung des Ministerrats v. 29.1.1966, Bulletin der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft 3 (1966), S. 5 ff.) oder die politischen und rechtlichen Diskussionen rund um die geplanten und abgeschlossenen Handels- und Investitionsschutzabkommen der Europäischen Union. S. auch *P. Leino*, The Institutional Politics of Objective Choice: Competence as a Framework for Argumentation, in: Garben/Govaere (Hrsg.), The Division of Competences between the EU and the Member States: Reflections on the Past, the Present and the Future, 2017, S. 210 ff.

<sup>243</sup> Dazu etwa *S. Wernicke*, Die gewandelte Bedeutung des Art. 106 AEUV: Aus den Apokryphen zum Kanon der Wirtschaftsverfassung, EuZW 2015, S. 281 ff.; *D. Jungbluth*, Überformung der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung durch Europäisches Unionsrecht?, EuR 2010, S. 471 ff.; *C. Joerges*, Europas Wirtschaftsverfassung in der Krise, Der Staat 51 (2012), S. 357 ff.

<sup>244</sup> *J. P. Terhechte*, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 4), Art. 114 AEUV, Rn. 80 ff.

<sup>245</sup> Protokoll Nr. 15 über einige Bestimmungen betreffend das Vereinigte Königreich Großbritannien und Nordirland, ABl. EU 2016 C 202/284; Protokoll Nr. 16 über einige Bestimmungen betreffend Dänemark, ABl. EU 2016 C 202/287; Protokoll Nr. 17 betreffend Dänemark, ABl. EU 2016 C 202/288; Protokoll Nr. 18 betreffend Frankreich, ABl. EU 2016 C 202/289; Protokoll Nr. 20 über die Anwendung bestimmter Aspekte des Artikel 26 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf das Vereinigte Königreich und auf Irland, ABl. EU 2016 C 202/293; Protokoll Nr. 21 über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands hinsichtlich des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, ABl. EU 2016 C 202/295; Protokoll Nr. 22 über die Position Dänemarks, ABl. EU 2016 C 202/298; Protokoll Nr. 30 über die Anwendung der Charta der Grundrechte der Europäischen Union auf Polen und das Vereinigte Königreich, ABl. EU 2016 C 202/312; Protokoll Nr. 32 betreffend den Erwerb von Immobilien in Dänemark, ABl. EU 2016 C 202/317; Protokoll Nr. 34 über die Sonderregelung für Grönland, ABl. EU 2016 C 202/319; Protokoll Nr. 35 über Artikel 40.3.3 der Verfassung Irlands, ABl. EU 2016 C 202/320. Siehe z.B. zu Opt-Outs im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts *F. Tekin*, Opt-Outs, Opt-Ins, Opt-Arounds? Eine Analyse der Differenzierungsrealität im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, integration 2012, S. 237 ff.; *R. Adler-Nissen*, Opting Out of the European Union: Diplomacy, Sovereignty and European Integration, 2014.

<sup>246</sup> Zu diesem Problem jüngst *D. Grimm* (Fn. 113), S. 27 ff., der den gesamten AEUV als im Wesen nicht verfassungsrechtlich charakterisiert.

die durch politische Kompromisse verursacht wurde.<sup>247</sup> Doch was folgt daraus? Sollten etwa die Binnenmarktvorschriften weitgehend auf die Ebene des sekundären Unionsrechts zurückgestuft werden? Einer statt drei Verträgen (EUV, AEUV und EURATOM)? Eine neue Binnenstruktur der Verträge? Hier braucht es offensichtlich neue Vorschläge, bevor über die Rangfragen bzw. Rangabstufungen im europäischen Recht diskutiert werden kann.<sup>248</sup>

Darüber hinaus ist nicht zu verkennen, dass das Verhältnis von Recht und Politik in Bezug auf das Unionsrecht durch eine besondere Konjunkturanfälligkeit geprägt ist. Die jüngsten Auseinandersetzungen rund um das CETA-Abkommen mit Kanada offenbaren hierbei eine gewisse Beliebigkeit der Schwerpunktsetzung.<sup>249</sup> Während die Europarechtswissenschaft mit einem gewissen Staunen zur Kenntnis nimmt, dass das bis dahin recht technische Außenwirtschaftsrecht „politisiert“ wird (einen ersten Schritt in diese Richtung hat übrigens das Bundesverfassungsgericht mit seiner Lissabon-Entscheidung unternommen<sup>250</sup>), wundern sich die europäischen Institutionen immer noch über die Ereignisse. Ohne dass hier der Ort ist auf die Ereignisse im Detail einzugehen, so zeigt sich, dass erst jetzt – nach über 60 Jahren europäischer Integration – die Folgen der Kompetenzübertragungen auf die europäische Ebene reflektiert und Bestandteil der öffentlichen Debatte werden. Man kann dies positiv wenden und sagen, es entsteht eine europäische Öffentlichkeit.<sup>251</sup>

Gegenwärtig scheint die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Politik im Prozess der europäischen Integration neuen Schwung zu bekommen. Mit der Rede des französischen Präsidenten *Macron* am 26. September 2017 an der Sorbonne mit dem Titel „*Initiative pour l'Europe*“<sup>252</sup> ist zum ersten Mal seit geraumer Zeit eine politische Gesamtstrategie in einem Mitgliedstaat formuliert worden, die den weiteren Diskurs nachhaltig beeinflussen wird. Angesichts der zu verzeichnenden Zurückhaltung auf deutscher Seite wird man freilich abwarten müssen, ob es wirklich zu größeren Umbauten des europäischen Hauses kommen wird. Solange die Politik Änderungen des Primärrechts scheut, sind weder Rück- noch Fortschritte zu erwarten. Der Schlüssel zur Weiterentwicklung liegt offenbar mehr in einer großen Vertragsreform, die sich aber noch nicht einmal in Konturen abzeichnet. Hier wird man sehen, wann die Diskussion richtig Fahrt aufnimmt.

247 Umgekehrt könnte man natürlich auch sagen, dass ohne die Kompromisse etc. gar keine europäische Integration durch Recht vorstellbar ist, dazu *J. P. Terhechte* (Fn. 73), S. 150 am Beispiel der Funktion von Protokollen.

248 Dazu auch *D. Grimm*, Innovation mit Nebenwirkung. Kommentar zum Beitrag von Jörg Terhechte, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationen und Recht, 2016, S. 197 ff. (201 f.) m. w. Nachw.

249 Hier ging es zum einen um die verfassungsrechtlichen Auseinandersetzungen in Deutschland (s. BVerfGE v. 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 – CETA, NJW 2016, S. 3583 ff.), die an sich nicht überraschen konnten, und die Entwicklungen in Belgien (Region Wallonie).

250 Eingehend dazu *J. P. Terhechte*, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Weiterentwicklung der Gemeinsamen Handelspolitik, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg.), Die Gemeinsame Handelspolitik nach Lissabon, 2011, S. 25 ff.

251 Zur Notwendigkeit einer Öffentlichkeit s. *P. Häberle*, Gibt es eine europäische Öffentlichkeit? 2000; ders./M. Kotzur (Fn. 86), S. 258 ff.

252 *E. Macron* (Fn. 157).

## VI. Zukünftige Entwicklungen des Europarechts

### 1. Wissenschaft im Krisenmodus?

Wer die Diskussionen der letzten Jahre verfolgt, dem muss, was die Frage der Zukunft und Zukunftsfähigkeit des EU-Rechts betrifft, geradezu Angst und Bange werden. So werden mit dem Austritt des Vereinigten Königreichs, dem Aufbrechen föderaler Eigenheiten (Wallonie-CETA) bzw. nationalen Alleingängen, dem *modus vivendi* der Krisenbekämpfung oder dem Versickern ganzer Politikbereiche Probleme (Beispiel: Außenpolitik) offenbar, die in Reichweite und Anhäufung bis dahin neu sind.<sup>253</sup> Sicher, Krisen haben das Gemeinschafts- und Unionsrecht schon immer geprägt<sup>254</sup> – und mancher Integrationsschritt mag aus heutiger Sicht erstaunlich erscheinen, ging ihm doch eine Krise oder zumindest eine erhebliche Problemlage voraus. Gleichwohl: Dass die gegenwärtigen Krisen eine Chance für die Union verkörpern, etwa in dem Sinne, dass auf ihrem Rücken Fortschritt entsteht, ist etwa hinsichtlich des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der EU ungewiss.<sup>255</sup> Nicht umsonst greift eine „Scheideweghretorik“ um sich, ist von einer Europadämmerung<sup>256</sup> die Rede oder wird danach gefragt, ob „der Westen“ zerbricht.<sup>257</sup>

Doch nicht nur die EU, sondern auch die Europarechtswissenschaft befindet sich aufgrund der Entwicklungen im permanenten Krisenmodus. Das soll nicht heißen, dass die Wissenschaft also solche Krisensymptome zeigt, vielmehr scheint es aber so zu sein, dass nur noch von Krisen die Rede ist. Das ist eine problematische Entwicklung, denn die Fokussierung versperrt den Blick dafür, dass es auch wei-

253 Dazu etwa *J. P. Terhechte*, Die Europäische Union als Innovationsverbund, EuR 2017, S. 3 ff. (17 ff.).

254 Am Beispiel der „Finanzkrisen“ der letzten Jahre s. *F. Schorkopf*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 184 ff.; *C. Calliess*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 113 ff.; früh dazu etwa *J. Kaiser*, Das Europarecht in der Krise der Gemeinschaften, EuR 1966, S. 4 ff.; s. auch *R. Kirt* (Hrsg.), Die Europäische Union und ihre Krisen, 2001; *A. Hatje* (Hrsg.), Die Einheit des Europarechts im Zeichen der Krise, EuR-Beiheft 2/2013. Betrachtet man allerdings die Geschichte der europäischen Integration, so fällt es tatsächlich schwer, „krisenfreie“ Perioden zu identifizieren.

255 Zum Brexit etwa *M. Dougan* (Hrsg.), The UK after Brexit. Legal and Policy Challenges, 2017; *A. Thiele*, Der Austritt aus der EU – Hintergründe und rechtliche Rahmenbedingungen eines „Brexit“, EuR 2016, S. 281 ff.; *M. Krammel/C. Baldus/M. Schmidt-Kessel* (Hrsg.), Brexit und die juristischen Folgen, 2017; *D. Zetzsche/M. Lehmann* Die Auswirkungen des Brexit auf das Zivil- und Wirtschaftsrecht, JZ 2017, S. 62 ff.; *H. Nemeček/U. Schroeter*, „Brexit“, aber „rEEAmain“? Die Auswirkungen des EU-Austritts auf die EWR-Mitgliedschaft des Vereinigten Königreichs, JZ 2017, S. 713 ff.; *G. Rühl*, Die Wahl englischen Rechts und englischer Gerichte nach dem Brexit, JZ 2017, S. 72 ff.; *K. Ambos*, Brexit und Europäisches Strafrecht, JZ 2017, S. 707; *M. Alter*, Der „Brexit“ zwischen Parlamentssouveränität, Prärogativbefugnissen und regionaler Autonomie, JZ 2017, S. 405 ff.; *S. Simon*, Rechtliche Vorgaben für den Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU, JZ 2017, S. 481 ff.; *M. Waßmuth/M. Kotzur*, Do you „regrexit“? Die grundsätzliche Möglichkeit des (unilateralen) Widerrufs einer Austrittserklärung nach Art. 50 EUV, JZ 2017, S. 489 ff.; *G. Gee/L. Rubini/M. Trybus*, Leaving the EU? The Legal Impact of ‘Brexit’ on the United Kingdom, European Public Law 22 (2016), S. 51 ff.; *S. Wall*, Leaving the EU?, European Public Law 22 (2016), S. 57 ff.; *J. A. Hillman/G. Horlick* (Hrsg.), Legal Aspects of Brexit: Implications of the United Kingdom's Decision to Withdraw from the European Union, 2017; *R. Gordon/R. Moffatt*, Brexit: The Immediate Legal Consequences, 2016.

256 *S. I. Krastev*, Europadämmerung, 3. Aufl. 2017; engl. Titel: „After Europe“.

257 *H. A. Winkler*, Zerbricht der Westen? Über die gegenwärtige Krise in Europa und Amerika, 2. Aufl. 2017.



terhin eine Art europarechtlichen Normalbetrieb gibt, der durch eine zunehmend große Routine und Krisenfestigkeit geprägt ist.<sup>258</sup>

## 2. Impulse für eine Neuausrichtung der EU-Verträge?

Jenseits dieses „Krisenalltags“ muss auch die zumindest bisher eher oberflächlich diskutierte Neuausrichtung der Verträge stärker in den Blick genommen werden.<sup>259</sup> So ging es in den letzten Jahren etwa ausdrücklich um den schon aus Art. 1 EUV entspringenden Auftrag zur Schaffung einer immer engeren Union der Völker Europas, oder mit anderen Worten: Um den dem Unionsrecht zugrundeliegenden Auftrag zur permanenten Vertiefung der Integration. Es gehörte etwa zum Mantra des inzwischen eine tragische Figur verkörpernden *David Cameron*, dass diese Evolutivklausel aus dem Unionsrecht verbannt werden müsse. Dahinter stand trotzdem mehr als bloße Effekthascherei.<sup>260</sup> Die Streichung dieses Passus aus den Verträgen würde in gewisser Weise eine „Neuprogrammierung“ des europäischen Projekts bedeuten. Als besonders dynamische Rechtsordnung, als Innovationsverfassung, ist das Unionsrecht gegenwärtig auf eine stetige Integration und damit Verdichtung angelegt wie Art. 1 EUV zum Ausdruck bringt.<sup>261</sup>

Das scheint zu missfallen und deshalb zielen verschiedene Vorschläge darauf, die Verträge auf eine Art „verfassungsrechtliches Normalmaß“ oder gar weniger zusammen zu stützen.<sup>262</sup> So hat *Dieter Grimm* jüngst vorgeschlagen, „alle nicht verfassungsartigen Bestimmungen auf einfaches Recht hinabzustufen, also im Wesentlichen den gesamten AEUV.“ Folge hiervon wäre nach Ansicht Grimms, dass „unerwünschte Interpretationsergebnisse“ beseitigt werden könnten.<sup>263</sup> Er tritt zudem für einen „gegenständlich formulierten Katalog“ ein, „der gewisse Materien den Staaten vorbehält, selbst wenn sie unter bestimmten Umständen einen Bezug zum Gemeinsamen Markt haben“.<sup>264</sup>

Die Vorschläge *Grimms* sind bereits auf Kritik gestoßen<sup>265</sup>, schon weil das von ihm gezeichnete Bild der Integration nur schwer mit der Realität der Arbeit der europäischen Institutionen in Einklang zu bringen ist.<sup>266</sup> Das heißt freilich nicht, dass hier unberechtigt auf lediglich gefühlte Missstände hingewiesen wird. Tatsächlich macht es der Text von EUV und AEUV dem Verfassungsinterpreten nicht gerade einfach. Die Texte sind in sich nicht immer kohärent gestaltet und zum Teil auch eigentümlich redundant. Sie haben einen Hang zur Überlänge und

258 Dazu auch *F. Mayer* (Fn 13), S. 3634 f.

259 Konkret formulierte Vorschläge gibt es derzeit keine, was die Debatte um die Neuausrichtung grundlegend von der Verfassungsdebatte unterscheidet. Zu den unterschiedlichen Verfassungsentwürfen aus den früheren Phasen der Integration s. *P. Häberle* (Fn. 86).

260 Dazu auch *F. Schorkopf* (Fn. 87), S. 9 ff. (16).

261 Dazu eingehend *J. P. Terhechte*, Die Europäische Union als Innovationsverbund, EuR 2017, S. 3 ff. (6 f.).

262 Zu den damit verbundenen Fragen s. o. V. III.

263 *D. Grimm* (Fn. 113), S. 27.; s. auch *ders.*, Innovation mit Nebenwirkung. Kommentar zum Beitrag von Jörg Terhechte, in: W. Hoffmann-Riem (Hrsg.), Innovationen und Recht, 2016, S. 197 ff.

264 Ebenda.

265 *F. Mayer* (Fn. 13), S. 3631 ff.

266 Ebenda.



sicher gibt es Bestimmungen, die nicht zwangsläufig „Verfassungsrang“ haben müssen. Gleichwohl muss gerade hinsichtlich der materiellen Gehalte der Verträge eine gewisse Vorsicht an den Tag gelegt werden. Allzu schnell könnte hier die Axt an wichtige Grundprinzipien gelegt werden. Eine „Politisierung“ hätte hier womöglich einen hohen Preis.

Weitere Vorschläge, die etwa *Frank Schorkopf* jüngst ins Spiel gebracht hat,<sup>267</sup> zielen auf eine stärkere Korrekturmöglichkeit der Wirkung von EuGH-Urteilen. Durch die „Konstitutionalisierung der Grundfreiheiten und des Sekundärrechts“ – so *Schorkopf* – sei das Unionsrecht „der demokratischen Gestaltung entzogen, auf die schwerfällige Primärrechtsänderung reduziert oder kreativer Auslegung überantwortet.“<sup>268</sup> Er schlägt etwa vor, Rat und Parlament die Befugnis einzuräumen, Urteile des EuGH „unter bestimmten Verfahrensbedingungen für nicht anwendbar zu erklären.“<sup>269</sup> Ob Nichtanwendungserlasse bzw. die im Völkerrecht verankerte authentische Auslegungsmethode in diese Richtung zielen – so *Schorkopf* – sei einmal dahingestellt. Sicher ist indes, dass ein solcher Ansatz den EuGH unweigerlich stark unter Druck setzen würde. Zudem ist kaum vorstellbar, dass man einen solchen Schritt in Bezug auf ein nationales Gericht erwägen würde. Bezogen auf die Ebene des Unionsrechts würde überdies das Prinzip des institutionellen Gleichgewichts angetastet bzw. verletzt. Und schließlich würde er eine grundlegende Reform des Europäischen Parlaments voraussetzen, denn „demokratische Zugewinne“ können in diesem Kontext nur so realisiert werden. In den USA – wo die Diskussion zum *legislative override* ihren ideengeschichtlichen Ursprung findet<sup>270</sup> – konzentriert sich die Diskussion deshalb auch weniger auf die Macht der Rechtsprechung als vielmehr auf die Rolle des Parlaments.

Insgesamt zeigt sich, dass eine Neuausrichtung der Verträge bzw. grundlegende Reformen ihren Preis hätten. Die „Konstitutionalisierung“ des Unionsrechts wird in der Diskussion eher als Krisenmoment denn als Weiterentwicklung der europäischen Integration betrachtet. Ausgearbeitete Gesamtvorschläge fehlen; angesichts der Dynamik einiger Bereiche (z. B. der WWU) dürften ältere Vorschläge kaum noch verwendbar sein. Solange aber die Debatte in „Großformeln“ verhaftet ist, sind die Folgen der einzelnen Vorschläge kaum zu überblicken.

### 3. Zukunftsfragen und Zukunftsaufgaben der Europarechtswissenschaft

Damit stellt sich die Frage, welche Zukunftsfragen und Zukunftsaufgaben auf die Europarechtswissenschaft zukommen. Offensichtlich gewinnt die wissenschaftliche Diskussion über die zukünftige Gestalt und Reformen der EU an Fahrt und überwindet damit die seltsame Starre der letzten Jahre. Insofern wird der Prozess

267 *F. Schorkopf* (Fn. 87), S. 9 ff.

268 *F. Schorkopf* (Fn. 87), S. 15.

269 *F. Schorkopf* (Fn. 87), S. 15.

270 Zur tatsächlichen Bedeutung im U.S.-Recht s. etwa *J. Barnes*, *Overruled? Legislative Overrides, Pluralism, and Contemporary Court-Congress Relations*, 2004, insbesondere S. 57 ff.; s. auch *N. Stephanopoulos*, *The Case for the Legislative Override*, *UCLA Journal of Int. Law and Foreign Affairs*, 10 (2005), S. 250 ff.

der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit den Zukunftsoptionen, die die Europäische Kommission<sup>271</sup> oder der französische Präsident<sup>272</sup> unterbreitet haben, in den nächsten Jahren im Vordergrund stehen. Damit verbunden sind grundlegende Diskussionen über das Wohin der Integration. Es ist unverkennbar, dass die Union – und damit in gewisser Weise auch das Fach Europarechtswissenschaft – unter der gegenwärtig zu verzeichnenden Perspektivlosigkeit leidet. Die gängigen Metaphern und Narrative sind z. T. auch Opfer von Krise und Desintegrationsdebatten geworden, z. T. haben sie aber auch ihre Funktion verloren. Wie soll man mit Begriffen wie „offene Finalität“ oder „duale Legitimation“ künftig umgehen? Sie fungieren heute mehr als Defizitmarker denn als Schlüsselbegriffe.<sup>273</sup> Insofern ist auch absehbar, dass die Europarechtswissenschaft sich auf die Suche nach neuen Schlüsselbegriffen begeben muss.<sup>274</sup>

Unausweichlich ist auch eine eingehende Auseinandersetzung mit den gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Umbrüchen, die in den nächsten Jahren zu erwarten sind. Gibt es Zusammenhänge zwischen dem „Megathema“ der Digitalisierung und der Europarechtswissenschaft? Sind hiermit mehr Konsequenzen als etwa binnenmarktrelevante Neuregelungen (Stichwort: digitaler Binnenmarkt) verbunden? Müsste nicht im Zuge einer Vertragsreform, so sie denn in absehbarer Zeit realisiert werden kann, ein eigener Titel „Digitalpolitik“ in den AEUV eingefügt werden? Die Themen in diesem Umfeld verdienen jedenfalls einen eigenen Ort im europäischen Vertragswerk.

Die eher operativen Themen der nächsten Jahre zeichnen sich gleichfalls deutlich ab: In der Außen- und Sicherheitspolitik wird es darum gehen, Europa auf der internationalen Bühne auch nach dem Brexit eine einheitliche Stimme zu geben. Die Kommission hat sowohl für die Außen-<sup>275</sup> als auch für die Verteidigungspolitik<sup>276</sup> ihre künftige Richtung vorgestellt, sodass es jetzt auch einer wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit den entsprechenden Themen bedarf.<sup>277</sup> Dies gilt auch für die Gestaltung des Binnenmarktes<sup>278</sup> und – damit verbunden – der Außenhandelspolitik der EU, die in den letzten Jahren ins Zentrum des wissenschaftlichen Diskurses gerückt ist (Stichworte: TTIP und CETA).<sup>279</sup> Doch auch die Umweltpolitik bleibt ein wichtiges Feld für die Europarechtswissenschaft und hat das

271 S. o. II. 3. d).

272 S. o. Fn. 157.

273 Dazu eingehend J. P. Terhechte (Fn. 261), S. 20 f.

274 Zur Funktion von Schlüsselbegriffen s. etwa A. Voßkuhle (Fn. 117), Rn. 40; S. Bear, Schlüsselbegriff, Typen und Leitbilder, in: Schmidt-Aßmann/Hoffman-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 223 ff. (232).

275 Reflexionspapier: Die Globalisierung Meistern v. 10.5.2017, KOM(2017) 240 endg.

276 Vgl. Reflexionspapier über die Zukunft der Europäischen Verteidigung v. 7.6.2017, KOM(2017) 315 endg.

277 Auch in diesem Bereich zeichnet sich freilich ein Trend in Richtung „differenzierter Integration“ ab. S. dazu M. Kaim/R. Kempin, Kooperation ohne strategischen Überbau? Rahmenbedingungen der deutsch-französischen Verteidigungspolitik, integration 2018, S. 49 ff.

278 Dazu J. P. Terhechte, in: Pechstein/Nowak/Häde (Fn. 4), Frankfurter Kommentar EUV/GRC/AEUV, 2017, Art. 26 AEUV, Rn. 26 ff.

279 S. etwa A. Pautsch, Der Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) als „gemischtes Abkommen“, NVwZ 2016, S. 1294 ff.; F. C. Mayer/M. Ermes, Rechtsfragen zu den EU-Freihandelsabkommen CETA und TTIP, ZRP 2014, S. 237 ff.; S. Mayr, „Mixed“ oder „EU-only“ – Sind die Investi-

Potential – das wurde im Zuge des „Diesel-Skandals“ und der damit verbundenen Diskussion über Fahrverbote und Schutzzonen deutlich – auch in die jeweilige mitgliedstaatliche Gesellschafts- und Sozialpolitik „hineinzuwachsen“.

Die europarechtswissenschaftlichen Entwicklungen und Perspektiven werden zwar durch diese Entwicklungen insgesamt geprägt, darüber hinaus werden aber auch weiterhin Binnendiskurse notwendig sein, sei es um sich des Status quos zu versichern, sei es, um die neuen Entwicklungen verarbeiten zu können. Aus einer übergeordneten Perspektive wird es etwa darum gehen, die Etablierung genuin europäischer Rechtsgebiete weiter zu festigen.<sup>280</sup> Hier ist zwar in den letzten beiden Dekaden viel Vorarbeit geleistet worden und es kann sicher von einem europäischen Privatrecht, einem europäischen Strafrecht usw. gesprochen werden. Die Etablierung und Konsolidierung eigenständiger Rechtsgebiete bleibt aber eine Daueraufgabe.

Darüber hinaus ist der Zugriff der Europarechtswissenschaft auf die eigene Materie bislang methodisch eher klassisch, sodass auch in dieser Beziehung noch Schritte zu gehen sind.<sup>281</sup> So spielt etwa die ökonomische Analyse unionsrechtlicher Regelungen bis dahin eine eher untergeordnete Rolle<sup>282</sup> wie auch eine „kritische“ Perspektive bislang eher die Ausnahme darstellt.<sup>283</sup> Auch die Rolle der Gender- und Feminismusforschung zur Europarechtswissenschaft ist bislang bestenfalls angerissen worden.<sup>284</sup> Schließlich wird man sich auch und gerade in Bezug auf das Unionsrecht fragen müssen, ob die Barrieren, die dieses Rechtsgebiet für „Interessierte“ vorweist nicht auch zu einem Diskurs über „Didaktik und Europarechtswissenschaft“ führen müsste, der bislang nicht einmal in Konturen erkennbar ist.<sup>285</sup>

tionsschutzbestimmungen im CETA von der Außenhandelskompetenz der EU „gedeckt“?, EuR 2015, S. 575 ff.; *W. Weiß*, Kompetenzverteilung bei gemischten Abkommen am Beispiel des TTIP, DÖV 2016, S. 537 ff.; *E. Tauschinsky/W. Weiß*, Unionsinteresse und Bürgernähe in der Handelspolitik, EuR 2018, S. 3 ff.; *F. Stancke*, TTIP, CETA und die Rolle des Wettbewerbsrechts in internationalen Freihandelsabkommen, EuZW 2016, S. 567 ff.; *J. Bäumler*, Vom Vertragstext zum Inkrafttreten: Das Vertragsschlussverfahren im Mehrebenensystem am Beispiel CETA, EuR 2016, S. 607 ff.

280 Dazu nur *S. Leible/J. P. Terhechte*, in: dies. (Hrsg.), Europäisches Rechtsschutz- und Verfahrensrecht (EnzEuR Bd. 3), 2014, § 1, Rn. 9.

281 Dazu auch oben III. 2. a); eingehend *I. Augsberg*, Methoden des Europäischen Verwaltungsrechts, in: Terhechte (Hrsg.), Verwaltungsrecht der EU, 2011, § 4.

282 S. dazu etwa *J. U. Franck*, Vom Wert ökonomischer Argumente bei Gesetzgebung und Rechtsfindung für den Binnenmarkt, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2014, § 5.

283 Zumindest in englischer Sprache gibt es aber von *I. Ward*, A Critical Introduction to European Law, 2011.

284 Die damit verbundenen Fragen reichen weitaus weiter als etwa die Einführung von Quotenbestimmungen, s. dazu *J. Shaw*, Importing Gender: The Challenge of Feminism and the Analysis of the EU Legal Order, Journal of European Public Policy 7 (2000), S. 406 ff.; *T. Knign/M. Naldini*, Gender and Generational Division in EU Citizenship, 2018; angekündigt für 2020 ist *B. Rudolf*, Europarecht aus Frauensicht; zur Gender-Diskussion im Völkerrecht s. *B. Rudolf* (Hrsg.), Frauen und Völkerrecht, 2006; zur Diskussion über die Besetzung der Richterstellen beim EGMR s. *A. Mowbray*, The Consideration of Gender in the Process of Apointing Judges to the European Court of Human Rights, HRLRev 8 (2008), S. 549 ff.; jüngst *S. Hennette Vauchez*, More Women – But Which Women – The Rule and the Politics of Gender Balance at the European Court of Human Rights, EJIL 26 (2015), S. 195 ff.; dazu *F. Tulkens*, More Women – But Which Women? A Reply to Stéphanie Hennette Vauchez, EJIL 26 (2015), S. 223 ff.

285 Hier stellt sich sicher zunächst die Frage, in welche didaktischen und – damit häufig verbunden – dogmatischen mitgliedstaatlichen Traditionen das Unionsrecht gerückt wird. Zumindest in Deutschland ist nicht zu übersehen, dass viele Diskussionen durch eine Pfadabhängigkeit der deutschen Rechtswissenschaft gekenn-

## VII. Schluss

Es kann nach alledem zwar kein Zweifel darüber bestehen, dass das Europarecht ein eigenständiges Rechtsgebiet verkörpert. Gleichwohl zeigt eine genauere Analyse der Grundlagen des Europarechts (insbesondere gemeint als Unionsrecht) und der Entwicklung der europäischen Verträge, dass dieser Befund nicht selbstverständlich ist und letztlich eng an die Erforschung und Entfaltung der Rechtsprechung des EuGH gebunden ist. Hierbei führen insbesondere die Entwicklungen der jüngeren Zeit wie z. B. neu geschaffene völkerrechtliche Verkoppelungsaufträge des Unionsrechts (Art. 6 Abs. 2 EUV), die zu beobachtende neuerliche Betonung des Selbststandes des nationalen Rechts und die zu verzeichnende interne Ausdifferenzierung des Unionsrechts in immer neue (Sub-)Rechtsgebiete dazu, dass die Eigenständigkeit des Europarechts momentan besonders schwer zu bewahren ist. Womöglich versprechen gegenwärtig einzig die „robusten“ Konstruktionen des EuGHs, wie der Vorrang und die unmittelbare Anwendbarkeit des Unionsrechts, Schutz vor übermäßigen Erosionen der unionalen Rechtsordnung.

Diese Entwicklung ist entsprechend auch in den Spezifika des Unionsrechts angelegt, die einerseits die Eigenständigkeit des Europarechts unterstreichen (methodisch solitär, potentiell interdisziplinär, komparativ, noch praktisch orientiert, zunehmend historisch versiert), andererseits aber die aufgezeigten Gefahren auch widerspiegeln (Renationalisierung etc.). Dass in dieser Gemengelage die wissenschaftliche Stabilisierung durch Prinzipien und Grundsätze, aber auch über gemeinsame Strukturen in der Wissenschaft und Lehre ein besonderes Augenmerk zuteil werden muss, liegt auf der Hand. Diese Stabilisierung ist allerdings problematisch, soweit die Lehre aus der Krise, der zunehmende Einfluss der Politik bzw. nationaler Egoismen usw. nicht hinreichend verarbeitet werden – auch insofern gilt es angesichts der Entwicklungen immense Aufgaben zu schultern.

Insgesamt ist die Europarechtswissenschaft aufgerufen, die gegenwärtig aufkeimende Debatte über die künftige Gestaltform und die konkreten Aufgaben der EU konstruktiv und kritisch zu begleiten. Ob dafür das Untersuchungsobjekt größer gedacht werden muss (Stichwort: europäischer Rechtsraum) sei dahingestellt. Schon das Europarecht (gemeint als Unionsrecht) ist kaum noch überschaubar; die Wirkungen von Vertragsreformen sind nur schwer abzuschätzen. Dass aber solche Reformen über kurz oder lang ins Haus stehen, darf als sicher gelten. Wohin sie führen werden, ist angesichts der gegenwärtigen Situation unsicher. Umso wichtiger ist es, dass die Europarechtswissenschaft Vorschläge und Ideen unterbreitet, die eine EU in den Blick nehmen, die nicht nur durch Krisen und „Überkonstitutionalisierung“ geprägt wird, sondern zunächst die Union der Völker Europas, die zur Sicherung des Friedens und Wohlstandes gegründet wurde, und die bei aller berechtigten Kritik, diese Zielsetzung seit über 60 Jahren erfolgreich ver-

zeichnet sind. Zumindest spielt das Unionsrecht in den allfälligen Debatten über rechtswissenschaftliche Didaktik – soweit ersichtlich – kaum eine oder keine Rolle.

folgt. An diesem Erfolg müssen sich die Reformvorschläge messen lassen und nicht an zT gefühlten Missständen.

## Europarechtswissenschaft – als Kulturwissenschaft

Von Peter Häberle, Bayreuth\*

### I. Einleitung

Diese kleine Skizze kann aus einem entwicklungsgeschichtlichen Dreischritt unserer Wissenschaft gelingen: *Staatslehre* als Kulturwissenschaft (*H. Heller*, 1934), *Verfassungslehre* als Kulturwissenschaft (mein eigener Entwurf von 1982) und schließlich *Europarechtswissenschaft* – als *Kulturwissenschaft*, erarbeitet in vielen Einzelschritten, z.B. „Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive“ (1983) sowie in den sieben Auflagen der Europäischen Verfassungslehre seit 2001/02 unternommen, jetzt in achter, verbesserter Auflage, dank *M. Kotzur*. Ich danke für die Ehre, gerade in Lüneburg sprechen zu dürfen: Kein Geringerer als der „fünfte Evangelist“ *J.S. Bach* hielt sich hier von 1700 – 1703 als Schüler auf (er war Waise) und erkundete große Meister der Musik in der Umgebung, etwa zu Hamburg. Natürlich ist jetzt auch Ihre neue Universität zu nennen, die kaum zufällig zum Tagungsort der Europarechtler gewählt worden ist. Erwarten Sie bitte nicht viel Neues: ich stehe im „Winter des Altertums“, um auf das große Buch vom „Herbst des Mittelalters“ anzuspielden. Hinzu kommt, dass sich unsere Wissenschaft, wie kaum zuvor, wegen der mindestens sechs politischen Krisen der EU (Stichworte: Finanzkrise, Terroranschläge, Krieg in der Ostukraine (zwischen zwei Mitgliedern des Europarates!), Wirtschaftskrise, Flüchtlingskrise, „CETA“, aber auch: „immer engere Union“?, Europa der „zwei Geschwindigkeiten“?, „mehr“ oder „weniger“ Europa?, ein „besseres“, „sozialeres“ Europa, aber wie ?)<sup>1</sup> jetzt auch selbst in der Krise befindet und man Mühe hat, den unverzichtbaren wissenschaftlichen Optimismus zu pflegen. Die Grenzen der Europawissenschaften – und von uns allen – sind wohl noch nie so schmerzlich spürbar geworden wie gerade heute. Vielleicht trägt uns das Verständnis der Wissenschaft als „ewige Wahrheitssuche“ (*W. von Humboldt* sowie das BVerfG) doch ein Stück weit: auch im Wechselgespräch mit der Praxis. Europa ist ein visionäres Friedensprojekt<sup>2</sup> des Idealismus (historisch aus Religionen, Künsten und Wissenschaften sowie aus Politik vieler Epochen und Länder geboren), mit großem Erfolg war es dies bisher. Es braucht dazu den in Einsamkeit und Freiheit arbeitenden Gelehrten ebenso wie

\* Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Peter Häberle ist Professor am Bayreuther Institut für europäisches Recht und Rechtskultur – Forschungsstelle für Europäisches Verfassungsrecht an der Universität Bayreuth.

1 *P. Häberle*, Fünf Krisen im EU-Europa – Weltweite Implikationen, Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungstheorie für Europa, AVR 2015, S. 409 ff.; siehe auch *P.-Ch. Müller-Graff*, Europa – Idee in der Krise, EuR-Beiheft 1(2015), S. 149 ff.; im Kontext der griechischen Staatsschuldenkrise v. *Skouris*, Über den Wert der Kooperation zwischen der griechischen und der deutschen Rechtswissenschaft, in: A. Hatje/C. Iliopoulos/J. Iliopoulos-Strangas/J. A. Kämmerer (Hrsg.), Solidarität und Verantwortung in der Europäischen Union, 2015, S. 455 ff.

2 Siehe schon *D. Senghaas*, Friedensprojekt Europa, 1992; zu Europas (fehlenden) identitätsstiftenden Meistererzählungen *A. Koschorke*, Hegel und wir, 2015.

den beherzten Europapolitiker und nicht zuletzt den europäischen Bürger, und: *Thomas Manns* Wort vom „europäischen Deutschland“ ist wichtiger denn je. Bescheidenheit, nicht das Ausspielen wirtschaftlicher Dominanz ist für uns angesagt. Das gemeinsame Haus Europa<sup>3</sup> muss den (nationalen) Fliehkräften standhalten, wir müssen an seine Zukunft, auch seine reiche Kulturgeschichte glauben und uns diese vergegenwärtigen.

### 1. Erster Teil: Historischer Rückblick

#### a) Entwicklungsgeschichtlich

Entwicklungsgeschichtlich ist in Stichworten das Werden einer neuen wissenschaftlichen Teildisziplin dank Personen *und* Institutionen seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges in Erinnerung zu rufen (ideengeschichtlich – kulturell – waren die Texte von *Abbé de Saint Pierre* (1713) und *I. Kant* (1795) lange vorausgegangen). So wie es seit kurzem neue Wissenschaften gibt, etwa das Internetrecht, so ist in vielen Teilschritten die Europarechtswissenschaft<sup>4</sup> entstanden. 1945 gab es sie noch nicht, wohl aber mehrere große Europäer, teils Vordenker wie Graf *Coudenhove-Kalergie* (Paneuropa), teils Politiker wie *W. Churchill* in seiner Züricher Rede von 1946 für die „Vereinigten Staaten von Europa“ (wie zuvor *Victor Hugo*, 1871), teils erklärte Europapersönlichkeiten wie *A. Spinelli* und das wesentlich von ihm erarbeitete Manifest von Ventotene (1941 - 1943) für ein freies und geeintes Europa, sodann *R. Schuman*, *Jean Monnet*, *W. Hallstein* sowie *A. De Gasperi*; später auch *Ch. de Gaulle* und *K. Adenauer* sowie *H. Kohl* (heute gibt es nichts Kongeniales). Europa wurde als Friedensprojekt, Werte- und Rechtsgemeinschaft nach zwei von ihm begonnenen Weltkriegen und zuvor mörderischen Kolonialkriegen im 19. Jahrhundert erdacht und in vielen Teilschritten auf den Weg gebracht. Erwähnt seien das Vertragswerk zum Europarat (1949), die EMRK (1950) und das Europäische Kulturabkommen (1954, Präambel: „europäische Kultur“, Art. 1, 3 und 5: „gemeinsames kulturelles Erbe Europas“). Man nehme die Präambel der EMRK: „in Bekräftigung ihres tiefen Glaubens an diese Grundfreiheiten, welche die Grundlage von Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bilden, entschlossen als Regierungen europäischer Staaten, die vom gleichen Geist beseelt sind und ein gemeinsames Erbe an politischen Überlieferungen, Idealen, Achtung der Freiheit und Rechtsstaatlichkeit besitzen“; aus der Präambel der Satzung des Europarats (1949) die Stichworte: „in unerschütterlicher Verbundenheit mit den geistigen und sittlichen Werten, die das gemeinsame Erbe ihrer Völker sind“ (ähnlich Art. 1); „Maastricht“ von 1992: Präambel: Achtung ihrer (sc. der Völker) „Geschichte, ihrer Kultur und ihrer Traditionen“, Art. 3 EUV Absatz 3(2007): „Reichtum ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt“, „kulturelles Erbe

3 P. den Boer et al. (Hrsg.), *Europäische Erinnerungsorte*, Band 2, 2012.

4 In jüngerer Zeit etwa *S. Kadelbach*, *Der Frankfurter Beitrag zur Europarechtswissenschaft*, in: *FS 100 Jahre Rechtswissenschaft in Frankfurt*, 2014, S. 169 ff.



Europas“, siehe auch Art. 165 Absatz 1 AEUV). Große Namen bzw. Juristen wie *P. Koschaker* und *F. Wieacker*<sup>5</sup> waren aus der Tiefe der europäischen Kulturgeschichte „europäische Juristen“<sup>6</sup>. Sie arbeiteten von den rechtskulturellen Grundlagen Europas her, vor allem vom Privatrecht aus. Gegenwärtig war das alte „gemeine Recht“ (*Jus commune*)<sup>7</sup>. So entstanden in der Tradition des römischen Rechts große Texte. Erinnert sei an Beispiele aus der EMRK oder dem erwähnten Kulturabkommen. Diese Texte waren ebenso kühn wie weitgreifend und sind mittlerweile zu „Klassikertexten im Verfassungsleben“ gereift (auch die EU-Grundrechtecharta von 2000/2007 ist in diesem Geist dank kultureller Rechtsvergleichung in Geschichte und Gegenwart vorbildlich geglückt). An die Montanunion (1951, Präambel!) bzw. die Römischen Verträge (1957) sei in diesem Kontext erinnert. Der „Geist“ dieser Texte geht in den einzelnen Wortbildungen nicht auf. Er lebt als *Kultur* und wurde auch so verstanden. Freilich: Noch in den 50er Jahren war in den Tübinger, Bonner und Freiburger rechtswissenschaftlichen Vorlesungen und Übungen nie von der EMRK die Rede. Das „Freiburger Denken“ von der Verfassung her (*K. Hesse*) stand höchst erfolgreich ganz im Vordergrund. Die Strukturierung des deutschen Grundgesetzes gelang exemplarisch in den „Grundzügen“ von *K. Hesse* (seit 1968) und ist bis heute prägend. Erst nach und nach kamen die Europäischen Gemeinschaften und mit ihnen das Europarecht in das wissenschaftliche Blickfeld. Pioniere waren *H.P. Ipsen* und seine Hamburger Schule sowie dessen zweite und dritte Generation, wie *G. Nicolaysen* und *E. Grabitz*, heute *A. Hatje*. In der Praxis in Straßburg wirkte früh *J.A. Frowein*. Die europäischen Gerichte in Straßburg und Luxemburg gewannen nach und nach Statur, normative Kraft und Autorität. Man durfte sie allmählich als europäische „Verfassungsgerichte“ bezeichnen<sup>8</sup>, in dem Maße, wie das Europarecht konstitutionelle Momente gewann. Das große Wort „von Bologna bis Brüssel“ (*H. Coing*), im damaligen „annus mirabilis“ (1989) gesprochen, wird zum Klassikertext. Allmählich wuchsen viele nationale Europarechtswissenschaften im Inland und im „europäischen Ausland“ heran – wobei der Begriff europäisches „Ausland“ sowie „EU-Ausländer“ unzutreffend ist. In Italien, Spanien und Portugal hat sich viel ideenreiche Europarechtswissenschaft dank der dortigen Wissenschaftlergemeinschaften entfaltet (sind sie untereinander genügend intensiv im Rechtsgespräch? Zwischen Deutschland und Griechenland findet es seit längerem statt: *D. Tsatsos*, *W. Skouris*, das Ehepaar *Strangas*). In Deutschland kam es zu eigenen Lehrfächern (*venia legendi*) wie Europarecht, europäisches Strafrecht (*U. Sieber* in Freiburg), überhaupt die Max-Planck-Institute (genannt sei das Handbuch *Jus*

5 *P. Koschaker*, Europa und das römische Recht, 4. Aufl. 1966; *F. Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 1. Aufl. 1952; *H. Hattenhauer*, Europäische Rechtsgeschichte, 4. Aufl. 2004.

6 Anknüpfend an *P. Häberles* Überlegungen *A. Voßkuhle*, Das Leitbild des „europäischen Juristen“. Gedanken zur Juristenausbildung und Rechtskultur in Deutschland, Rechtswissenschaft 2010, S. 326 ff.

7 *M. Bellomo*, Europäische Rechtseinheit. Grundlagen und System des *Ius Commune*, 2005.

8 Nachweise zur Diskussion bei *M. Kotzur*, Die europäische Gerichtsbarkeit, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), *EnzEuR*, Band 3, 2014, S. 133 ff.

publicum Europaeum von A. Bogdandy und P.M. Huber), Frau A. Peters, P.-Ch. Müller-Graff in Heidelberg, A. Weber in Osnabrück. Es kam zu institutionellen Gründungen, die sehr personenbezogen waren und bis heute sind: Lehrstühle für Europarecht, das Europakolleg in Hamburg, die Jean-Monnet-Professuren europaweit, das Europakolleg in Brügge nebst Dependence in Natolin, eigene Zeitschriften wie das EuR, die EuGRZ und die Zeus, Zeitschrift für europäisches Privatrecht sowie Europäisches Wirtschaftsrecht. Große Europaurteile des BVerfG und anderer nationaler Verfassungsgerichte in Madrid und Brünn kamen hinzu.<sup>9</sup> Stichworte wie „Maastricht“, „Lissabon“, „OMT“ müssen genügen. Vor allem der EuGH in Luxemburg überspannte die nationalen Verfassungsrechte und wirkte trotz der Kritik mancher Autoren prätorisch im klassischen Sinne<sup>10</sup>. Nur sein Gutachten in Sachen EMRK verdient Kritik. Seien wir aber nicht zu selbstsicher: Es gibt historische Beispiele dafür, dass ganze Wissenschaftsdisziplinen gestorben sind. So ist etwa seit 1989 vom herkömmlichen „Ostrecht“ kaum mehr die Rede. Die Gretchenfrage bleibt: Wann und wie entstehen Wissenschaften? (personal/institutionell, aus Krisen?, aus Aufbruch zu Neuem, aus Revolutionen, aus kulturellem Wandel?, dank großer Vordenker?).

#### b) Insbesondere: Europapolitik und juristische Dogmatik

Vorweg sei die Unterscheidung zwischen Europarecht im *engeren* und *weiteren* Sinne der EU und im weiteren Sinne des Europarates und der OSZE (1975) offen gelegt. Ferner sei die nun schon alte These wiederholt, wonach das deutsche GG im Kontext des europäischen Verfassungsrechts nur noch eine *Teilverfassung* ist (2001)<sup>11</sup>. Umgekehrt sind Vertragswerke wie die EMRK ihrerseits Teilverfassungen (wegen ihrer hohen Werte und ihrer Dauer). Dies gilt auch für heute, wo wir schmerzhaft Tendenzen zu einer Renationalisierung beobachten („Dekontitutionalisierung“, Fragmentierung)<sup>12</sup> und sich manche Mitgliedstaaten wirklich als „Herren der Verträge“ gebärden. Der EGMR in Straßburg ist konsequenterweise schon ein Teilverfassungsgericht, Gleiches gilt für den EuGH in Luxemburg im jeweiligen konstitutionellen Kompetenzbereich. Vor allem die Vielfalt der nationalen Rechtskulturen in Europa ist im Auge zu behalten, (vgl. auch Art. 67 Abs. 1 AEUV, Art. 9, 16 Abs. 2, 22, 34 Abs. 1 und 2, 35, 36, 52 Abs. 6 EU-Grundrechtecharta).

Europapolitik und die juristische Dogmatik zum Europarecht stehen in denkbar engem Zusammenhang miteinander. An dieser Stelle seien nur folgende Entwicklungen in Erinnerung gerufen. Zunächst das so genannte „nationale Europaverfas-

9 A. Voßkuhle, Die Rolle der nationalen Gerichte im Europarecht, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), EnzEuR, Band 3, 2014, S. 153 ff.

10 D. Sindbjerg Martinsen, An Ever More Powerful Court? The Political Constraints of Legal Integration in the European Union, 2015.

11 Dazu P. Häberle, Das Grundgesetz als Teilverfassung im Kontext der EU/EG, in: D. Dörr et al. (Hrsg.), FS Schiedermaier, 2001, S. 81 ff.

12 Siehe dazu auch den von Ch. Joerges und C. Glinski hrsgg. Sammelband „The European Crisis and the Transformation of Transnational Governance. Authoritarian Managerialism versus Democratic Governance“, 2014.

sungsrecht“<sup>13</sup>, d.h. die erstaunlich schöpferischen Europa-Artikel in vielen Verfassungen. Es gibt sie z.B. in Portugal (Art. 7), in Ungarn (Verf. von 2011: Präambel: „Teil des christlichen Europas“, „Europas gemeinsame Werte“, Art. E: „People of Europe“), im GG (Präambel, Art. 23, 24 Abs. 1, 52 Abs. 3a) sowie in alten und neuen Länderverfassungen wie in Bayern (Art. 3a von 1946/2003), Baden-Württemberg (von 1953/2000: Vorspruch: „Europa der Regionen“), in Brandenburg (Präambel von 1992: „im sich einigenden Europa“), und in Sachsen (Art. 12 Verf. Sachsen von 1992: „Zusammenwachsen Europas“). Nicht vergessen seien die vielen reichhaltigen Europa-Artikel in den Regionalstatuten in Italien und Spanien. Dazu folgende Beispiele, aus *Italien*: Art. 1 Abs. 2 und 3 Regionalstatut Apulien von 2004, Art. 1 Abs. 1 und 2 Regionalstatut Kalabrien von 2004, Art. 3 Abs. 1 Latium von 2004 (Bezugnahme auf das Manifest von Ventotene), Art. 1 Abs. 1 Regionalstatut Piemont von 2005, Art. 2 Abs. 1 Regionalstatut Marken von 2005, Präambel Regionalstatut Emilia-Romagna von 2004, Art. 1 Abs. 4 Regionalstatut Umbrien von 2005, Art. 4 Regionalstatut Abruzzon von 2007 und Art. 6 Regionalstatut Lombardei von 2008<sup>14</sup>. Aus *Spanien* seien folgende Europatexte erwähnt: Art. 1 Abs. 4 Regionalstatut von Valencia (1982), Präambel Aragón (2007), Art. 13 Abs. 1 Balearn (2007), sogar Art. 1 Abs. 2 Kastilien-Leon (2007): „als Region Europas“. Sie alle belegen, dass auch von den kleineren politischen Einheiten her, den Ländern, auch Regionen und Kommunen, Europa aufgebaut wird, politisch und juristisch<sup>15</sup>. Es handelt sich gerade hier wahrlich um *Europa als Kultur*. Die Wissenschaft hat diese Vorgänge bzw. Texte viel zu wenig berücksichtigt<sup>16</sup>. Das Europa „von unten“ bzw. das Subsidiaritätsprinzip schützt sozusagen den Humus für Europa als Kultur in all ihren Facetten. Das gelebte Europa manifestiert sich im Alltag etwa in Gestalt des Erasmusprogramms (s. auch den europäischen Raum der Forschung nach Art. 179 AEUV) oder –emotional– z.B. in der Europahymne und Europaflagge als wirkmächtige Symbole überall vor Ort, ohne formale Geltungsgrundlage – Kultur stiftet wie die Sprache Zusammenhalt, ein „Wir“ – bis hin in die Kommunen (Stichwort „Gemeindefreiheit Europas“). Man denke an die Europäische Charta der kommunalen Selbstverwaltung (1987). Die Wissenschaft ist auch hier, wie so oft, erst im Nachhinein tätig. So wurde 1991 Begriff und Sache des „Gemeineuropäischen Verfassungsrechts“ erarbeitet<sup>17</sup>, sehr früh ist *J. Schwarze* das europäische Verwaltungsrecht pionierhaft gelungen.<sup>18</sup> Für die deutsche Universität in Ungarn (Budapest) durfte ich eine Denk-

13 Dazu *P. Häberle*, Europaprogramme neuerer Verfassungen und Verfassungsentwürfe - der Ausbau von nationalem „Europaverfassungsrecht“, in: O. Due/M. Lutter/J. Schwarze (Hrsg.), FS Everling, Band 1, 1995, S. 355 ff.

14 Alle Zitate nach meiner Dokumentation, JöR 2010, S. 455 ff.

15 *M. Kotzur*, Grenznachbarschaftliche Zusammenarbeit in Europa, 2004.

16 Nicht zuletzt von dem Bestreben angeleitet, Europa aus seinen Texten zu rekonstruieren und dabei in ein weltweites Ensemble konstitutioneller Texte einzubinden ist *P. Häberle/M. Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl. 2016; vorher schon *P. Häberle*, Der kooperative Verfassungsstaat aus Kultur und als Kultur – Vorstudien zu einer universalen Verfassungslehre, 2013.

17 EuGRZ 1991, S. 261 ff.

18 *J. Schwarze*, Europäisches Verwaltungsrecht. Entstehung und Entwicklung im Rahmen der Europäischen Gemeinschaft, 2. Aufl. 2005; *ders.* (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht im Werden, 1982.

schrift im Auftrag bayerischer Universitätspräsidenten verfassen (2000)<sup>19</sup>. Schon hier zeigt sich, dass wissenschaftliche Leistungen selbst nicht unpolitisch sind, so schwierig die Abgrenzung von Verfassungsrecht und Politik auch auf der europäischen Ebene ist. Mehr als „Materialien“ für die Werkstatt Europa sind die vielen EU-Verfassungsentwürfe im Vorfeld von 2005<sup>20</sup>. Sie bilden ein reiches Ideenreservoir, auch mit guten Privatentwürfen (z.B. von *Schwarze/Flauss*).

## 2. Zweiter Teil: Europarechtswissenschaft im Hier und Heute

Jetzt ein Sprung in das Hier und Heute der Europarechtswissenschaft, fragmentarisch und punktuell wie alles Folgende.

### a) Methoden, Kontexte, Leitideen, Dogmatik und Judikatur

Die Rechtswissenschaft und ihre Teilgebiete brauchen bewusst gepflegte und offen gelegte Methoden, d.h. Erkenntniswege, und sie brauchen die Personen und Institutionen, welche diese glaubhaft praktizieren und dem Gemeinwesen dienen. Sie ist als Wissenschaft „ewige Wahrheitssuche“, auch und erst recht als Kulturwissenschaft. Es geht um reflektierte Erkenntniswege und die vier bzw. fünf Auslegungsmethoden (erinnert sei an die Lehre vom kulturellen Rechtsvergleich als „fünfte Auslegungsmethode“, 1989), mit ex post durchgeführter Gerechtigkeitskontrolle, sodann feine Kontextsensibilität, gemeint ist die Kontextthese von 1979, später als „Auslegen durch Hinzudenken“ charakterisiert<sup>21</sup>, sowie die Offenlegung von Vorverständnis und Methodenwahl i.S. von *J. Esser*. Gebraucht wird eine *dienende* Dogmatik und ehrliche Orientierung an Theorien als Leitideen (*idées directrices* i.S. von *M. Hauriou*, bei uns 1962 rezipiert). Große Beispiele für Leitideen sind die Lehre von den Schutzpflichten der Grundrechte (BVerfG) oder die „Europarechtsfreundlichkeit“ (2001/02) sowie der geglückte Begriff „Integrationsverantwortung“ (BVerfG). Der EuGH vertiefte und bereicherte jüngst den Status des Unionsbürgers, was sowohl eine europapolitische als auch eine europajuristische Leistung ist. Erinnert sei auch an die wissenschaftliche Schöpfung vom Europa der EU als „Staatenverbund“ (*P. Kirchhof* und BVerfG, zuletzt E 140, 317(338)), weiterentwickelt zum „Verfassungsverbund“ (von *I. Pernice* und seinen Schülern). Solche Schlüsselbegriffe, „juristische Erfindungen“ i.S. von *H. Dölle*, Wortprägungen oder „Signalbegriffe“ sind für eine lebendige Wissenschaft im Dienste der Gerechtigkeit unverzichtbar. Sie sind, tiefer gedacht, Ausdruck von Kultur, führen zu einer vielgliedrigen europäischen Rechtskultur<sup>22</sup> wei-

19 Versuch einer Begegnung Deutschland – Ungarn im Kontext Europas, in: R. J. Schweizer/H. Burkert/U. Gasser (Hrsg.), FS Druey, 2002, S. 115 ff.

20 Dazu: *P. Häberle*, Die Herausforderungen des europäischen Juristen vor Aufgaben unserer Verfassungs-Zukunft: 16 Entwürfe auf dem Prüfstand, DÖV 2003, S. 429 ff.; *ders.*, Verfassungsgebung in Europa, JöR 2006, S. 630 ff.

21 *A. Voßkuhle/Th. Wischmeyer*, Der Jurist im Kontext. Peter Häberle zum 80. Geburtstag, JöR 63 2015, S. 401 ff.

22 Dazu *P. Häberle*, Europäische Rechtskultur, 1994.

ter und zurück und können gar nicht hoch genug geschätzt werden – auch gerade in Krisensituationen wie heute. Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft (2000), was die Hoffnung auf ein Gemeinschaftsgefühl einschließt<sup>23</sup>, ist ein weiteres Beispiel, auch die Suche nach der europäischen Öffentlichkeit sowie dem europäischen Gemeinwohl<sup>24</sup>. Ein Kulturgespräch zum Gemeinwohl wurde vor Jahrzehnten unternommen<sup>25</sup>. Die herrschende Metapher vom „Mehrebenensystem“ kritisiere ich seit langem ohne jeden Erfolg: wegen der damit verbundenen Hierarchievorstellung (VVDStRL 66 (2007), S. 84 f., Aussprache). Nicht einmal im Bundesstaat stehen der Bund oben und die Länder unten, erst recht nicht Bayern. Unterschieden sei auch zwischen den Europawissenschaften, also im Plural einerseits (etwa der europäischen Politik-, Wirtschafts- und Geschichtswissenschaft) und der Europarechtswissenschaft andererseits, so sehr jene arbeitsteilig mit dieser auf Europa als Kultur gerichtet sind. „Kultur“ meint das vom *Menschen* Geschaffene, im Gegensatz zur Natur. Es gibt nur kulturelle Freiheit, Freiheit aus Kultur, keine sogenannte „natürliche Freiheit“. Kultur ist die „zweite Schöpfung“. Das schließt eine „Flussbiographie“ wie die Donau (*C. Magris*, 1996) oder der „Vater Rhein“ nicht aus. Und das schließt *A. Vivaldis* oder *J. Haydns* musikalische „Nachschöpfungen“ der „Vier Jahreszeiten“ gewiss mit ein, ebenso *B. Smetanas* „Moldau“ oder *L. van Beethovens* „Pastorale“.

#### b) Literaturgattungen im In- und „Ausland“, prätorische Praxis

Zur Wissenschaft wurde das Europarecht durch eine Fülle von miteinander kommunizierenden Literaturgattungen in fast beispielloser Dichte. Vom Lehrbuch und Handbuch über die Monographie, den Grundlagenaufsatz, die Urteilsanmerkung, den Kommentar, die Enzyklopädie und den Festschriftenbeitrag. Deutschland steht hier in einer vorderen Reihe. Es gibt Lehrbücher mit hohen Auflagen von *R. Streinz* und *T. Oppermann* (und seinem wirkmächtigen Kreis), auch von *M. Herdegen* zur besonders griffigen Einstiegslektüre bestens geeignet und zum Fortdenken anregend. Es gibt viel Literatur zur europäischen Methodenlehre (Methoden können vom „Handwerk zur Kunst“ werden)<sup>26</sup>, zum europäischen Wirtschaftsrecht, zum europäischen Verfassungsprozessrecht (*Ch. Hillgruber/Ch. Goos*)<sup>27</sup>, zum europäischen Strafrecht und europäischen Privatrecht (*R. Zimmermann*). Auch ein Blick ins europäische Ausland ist ergiebig. Aus Portugal sind zu nennen die Bücher von *J. Miranda* und *C. J. Fausto de Quadros*, aus Italien die Werke

23 Dessen Stiftung nicht zuletzt ein früh beginnender pädagogischer Auftrag sein mag. So erschien unter dem Titel „Das kleine Wir“ im Jahre 2016 ein Bilderbuch von *D. Kunkel*, das schon Kinder im Vorschulalter adressiert.

24 Dazu *P. Häberle*, Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?, FS Hangartner, 1998, S. 1007 ff.; *ders.*: Gibt es ein europäisches Gemeinwohl?, in: H.-J. Cremer et al. (Hrsg.), FS Steinberger, 2002, S. 1153 ff., vgl. Art. 52 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta.

25 Dazu *P. Häberle*, Die Gemeinwohlproblematik in rechtswissenschaftlicher Sicht, *Rechtstheorie* 1983, S. 257 ff.

26 K. Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis, 2015; *A. E. Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013.

27 *Ch. Hillgruber/Ch. Goos*, Europäisches Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl. 2015.

von *P. Ridola*, aus Spanien der Kreis um *F. Balaguer*, insbesondere seiner Europaverfassungsrechtszeitschrift in Granada, aus Griechenland *D. Tsatsos* (auch sein Tsatsos-De Vigo – Parteienbericht). Als Beispiele großer Europarechtsrichter seien für Luxemburg u.a. genannt: *U. Everling*, *V. Skouris*, auch *M. Zuleeg*. Wissenschaft und Praxis verband vorbildlich *W. von Simson* (zunächst als Anwalt in Luxemburg). Die berühmte Lehre von den Grundrechten als „allgemeine Rechtsgrundsätze“ (ein Beleg für den *numerus apertus* der Rechtsquellen) begann wohl mit *P. Pescatore*, heute i.S. des Textstufenparadigmas in Art. 6 Abs. 3 EUV, Art. 340 Abs. 2 AEUV, Art. 41 Abs. 3 EU-Grundrechtecharta rezipiert. *W. Hallstein* war einer der ersten europäischen Juristen in unserer Zeit<sup>28</sup>, und zu Recht benannte *I. Pernice* sein Institut in Berlin nach diesem ersten Kommissionspräsidenten.

### 3. Dritter Teil: Europarechtswissenschaft – als Kulturwissenschaft, die Konkretisierung

#### a) Die Ausgangslage

*H. Hellers* heute klassisches Werk zur Staatslehre als Kulturwissenschaft kann in seiner Bedeutung gar nicht überschätzt werden. Auch ich stehe auf den Schultern dieses Riesen, und wie aktuell sein kulturwissenschaftlicher Ansatz ist, mag daraus zu ersehen sein, dass jüngst der Internationale Strafgerichtshof in Den Haag die Zerstörung von Welterbe-Kulturstätten in Timbuktu durch den Islamisten *Ahmad al Faqi al Mahdi* als Kriegsverbrechen verurteilt hat<sup>29</sup>. Damit ist das Völkerrecht als Kulturwissenschaft spektakulär etabliert (die Unesco-Abkommen und Friedenskonventionen leisten dasselbe). Mein kulturwissenschaftlicher Ansatz von 1982 gipfelt in dem Passus (S. 19): „Mit „bloß“ *juristischen* Umschreibungen, Texten, Einrichtungen und Verfahren ist es aber nicht getan. *Verfassung* ist nicht nur rechtliche Ordnung für Juristen und von diesen nach alten und neuen Kunstregeln zu interpretieren – sie wirkt wesentlich auch als Leitfaden für Nichtjuristen: für den Bürger. Verfassung ist nicht nur juristischer Text oder normatives „Regelwerk“, sondern auch Ausdruck eines kulturellen Entwicklungszustandes, Mittel der kulturellen Selbstdarstellung des Volkes, Spiegel seines kulturellen Erbes und Fundament seiner Hoffnungen. *Lebende* Verfassungen als ein Werk aller Verfassungsinterpreten der offenen Gesellschaft sind der Form und der Sache nach weit mehr Ausdruck und Vermittlung von *Kultur*, Rahmen für kulturelle (Re-)Produktion und Rezeption und Speicher von überkommenen kulturellen „Informationen“, Erfahrungen, Erlebnissen, Weisheiten. Entsprechend tiefer liegt ihre – kulturelle – Geltungsweise. Dies ist am schönsten erfaßt in dem von *H. Heller* aktivierten Bild *Goethes*, Verfassung sei „geprägte Form, die lebend sich

28 Schon klassisch sein „Unvollendeter Bundesstaat“ aus dem Jahre 1969 mit dem vielsagenden Titelzusatz „Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse“.

29 Dazu FAZ vom 23. August 2016, S. 5. - Traurig ist, dass sich Burundi und Kenia, Gambia und Südafrika aus dem Internationalen Strafgerichtshof zurückziehen.



entwickelt.“ All dies gilt auch für Europa, kulturelle Verfassungsvergleichung ist angesagt und oft geglückt. Man denke an die „gemeinsamen Verfassungstraditionen“ (Präambel EU-Grundrechtecharta von 2000/2007, ähnlich Art. 52 Abs. 4 ebd.).

Die Einzelheiten seien hier nicht wiederholt, denn die kleine Erfolgsgeschichte dieses frühen Versuches ist bekannt (2. Aufl. 1998), und ich möchte Sie nicht langweilen. Wichtiger ist, anhand von aktuellen Beispielen zu fragen, was sich aus der Idee von Europa als weltoffener Kultur und von der Europarechtswissenschaft als Kulturwissenschaft an Einsichten gewinnen lässt. Doch zuvor ein Wort zu den spezifisch *kulturell* verstandenen Grundrechten.<sup>30</sup> Sie sind zwar auch subjektive öffentliche Rechte, ebenso wesentlich ist jedoch der Blick auf die kulturellen *Ergebnisse*, die der Freiheitsgebrauch einzelner und vieler hervorbringt. Die subjektive Grundrechtsausübung ist *auch* um dieser Beiträge zur Kultur willen garantiert. Dies wird oft nicht deutlich genug erarbeitet, klingt aber im *auch* institutionellen Grundrechtsverständnis von 1962 an (Stichwort: „Doppelcharakter“ der Grundrechte). Die Religion, die Bildung, die Wissenschaft, die Kunst sind im Einzelnen und Ganzen solche unverzichtbaren Hervorbringungen, „Schöpfungen“, „Werke“ (Stichwort: kulturelle Funktion der Grundrechte).

#### b) Kulturwissenschaftliche Fragen und Folgerungen

- Zunächst zum *offenen Kulturkonzept*, inhaltlich wie geographisch. Erinnert sei an die Unterscheidung zwischen Hochkultur (die Trias von Bildung, Wissenschaft und Kunst, zuvörderst die Religion als Beginn der Menschwerdung), Volkskultur (z.B. in der Schweiz und Bayern) und Alternativ- oder Subkulturen (z.B. die Beatles, die freilich zur Hochkultur geworden sind, wie jetzt *Bob Dylan*). Auszugehen ist auch und gerade für Europa von einem offenen, pluralistischen Kulturkonzept. Die bereits erwähnten Texte der europäischen Präambeln und des Kulturverfassungsrechts geben seit langem viele entsprechende Hinweise, die Texte von 1949 und 1950 sowie von 2007. An die europäische Charta der Regional- und der Minderheitensprachen (1998) sei erinnert, vor allem an die Präambel.<sup>31</sup> Gibt es „Europa“<sup>32</sup> als gebietsbezogenes kulturgeprägtes Gebilde nur sekundär geographisch, ist es primär historisch zu definieren?, wohl beides. „Gehört Anatolien zu Europa?“, die Frage von *W. Graf Vitzthum* (2000). Wie gehört und bis wohin Russland zu Europa (bis zum Ural?). Erinnert sei an die drei bzw. vier Staatselemente, auch wenn Europa m.E. eine „Verfassungsgemeinschaft“ und kein Staat ist. Mit *G. Dürig* definieren wir die Kultur als viertes Staatselement, ich selbst charakterisiere sie als prägendes

30 In diese vom Verfasser vielfach vorgeschlagene Richtung denkt etwa auch *G. Britz*, Kulturelle Rechte und Verfassung. Über den rechtlichen Umgang mit kultureller Differenz, 2000 (z.B. auf S. 4).

31 Siehe auch *P. Häberle*, Föderalismus und Regionalismus in den Mitgliedstaaten des Europarates, in: R. Streinz (Hrsg.), Der Beitrag Europas zum Regionalismus, 2000, S. 61 ff.

32 Vgl. auch: *A. Nußberger*, Was ist Europa?, FAZ vom 15.09.2016, S. 7. Weiterführend auch *U. Frevert*, Zu unserem Glück vereint?, FAZ vom 24.10.2016, S. 6: Ein Aufruf zu mehr symbol- und geschichtspolitischer Arbeit der EU.



erstes „Staatselement“. Von „Verfassungsgemeinschaft“, die sich in entwicklungsgeschichtlichen Teilschritten ausgedehnt hat, ist in Anlehnung an *W. Hallstein* zu sprechen (er prägte bewusst die europäische Gemeinschaft als „Gemeinschaft“). Europa hat relativ offene Grenzen; an die vielen EU-Erweiterungen, die wohl bis zu einer Überdehnung gingen, sei erinnert. Die Unverletzlichkeit der Grenzen war in Europa nach 1945 die Garantie für den Frieden. Russland hat sie mit der Annexion der Krim missachtet<sup>33</sup>. Skeptisch bin ich gegenüber dem Assoziierungsvertrag zwischen der EU und der Ukraine (die Niederlande lehnten ihn durch Volksentscheid ab), skeptisch erst recht gegenüber einem etwaigen Nato-Beitritt der Ukraine. Das Sicherheitsbedürfnis Russlands ist insoweit zu verstehen. Es genügte vollauf, wenn die Ukraine (intern quasi-föderal organisiert) mit Neutralitätsstatus (wie Österreich) mittelfristig EU-Mitgliedsland würde. Kulturgeographisch sind all diese Fragen nur schwer zu lösen. Ich selbst habe keine letzte Antwort. Wir stehen an einer Grenze aller Europawissenschaften und auch der Europarechtswissenschaft als Kulturwissenschaft. Da der „Weltgeist“ kein Schwabe ist, bekenne ich mein Unvermögen.

- Nach diesem wissenschaftlichen Offenbarungseid sodann zur inspirierenden Rolle von kulturwissenschaftlich verstandenen *Präambeln*. Eine kulturelle Präambeltheorie (1982 zunächst für den Verfassungsstaat entworfen), lässt sich auch auf Europa übertragen.<sup>34</sup> Die Präambeln sind oft ein kulturelles Textereignis (national z.B. in Südafrika, Polen und Tunesien). Sie klingen fast wie Musik und sie sind als europarechtliche Narrative ernst zu nehmen. Man nehme nur die EMRK, die Geistklauseln, zum Beispiel in der Präambel der EMRK. Sie verarbeiten Geschichte, skizzieren die Gegenwart und entwerfen Zukunftshoffnungen, sprachlich bürgernah, feierlich. In manchem sind sie ein Konzentrat des europäischen Verfassungsrechts bzw. der nachstehenden Texte. Hochgestimmte Ideale wollen die Zukunft skizzieren. Hinzuzunehmen sind die dichten Europa-Artikel in den verschiedenen Kontexten von Mitgliedsstaaten bzw. in Deutschland und Österreich bei Bund und Ländern (hier sogar besonders ideenreich) sowie in den Regionalstatuten Italiens und Spaniens. Viele europäische Präambeln sind Ausdruck des „Prinzips Hoffnung“ – bis hin zu konkreten Utopien. Man sollte sich gerade heute in der Krise, im „annus horribilis“ 2016, an ihnen orientieren. Stichworte sind Menschenwürde, Freiheit, Frieden, Rechtsstaat, Demokratie, Wohlstand und Bildung, Solidarität und Gerechtigkeit. Das europäische Kulturverfassungsrecht ist besonders ergiebig: vgl. Präambel EUV (2007): kulturelles, religiöses und humanistisches Erbe Europas; Achtung ihrer Geschichte, ihrer Kultur und ihrer Traditionen; siehe auch die

<sup>33</sup> Dazu die Beiträge in AVR 52, Heft 2, 2014 (u.a. von *O. Luchterhandt*).

<sup>34</sup> *A.-Ch. Kulow*, Inhalte und Funktionen der Präambel des EG-Vertrages, 1997; *M. Kotzur*, Vorspruch und Versprechen. Der Europäische Integrationsprozess nach Lissabon im Lichte der Präambeltexte des EUV, des AEUV und der EU-Grundrechtecharta, FS 600 Jahre Universität Leipzig, 2009, S. 522 ff.; *P. Häberle*, Europäische Verfassungslehre, 2. Aufl. 2004, S. 490 ff.

Definition der Werte und Ziele Europas in Art. 2 und 3 EUV. Aus Art. 167 Abs. 1 AEUV: „Die Union leistet einen Beitrag zur Entfaltung der Kulturen der Mitgliedsstaaten unter Wahrung ihrer nationalen und regionalen Vielfalt, sowie gleichzeitige Hervorhebung des gemeinsamen kulturellen Erbes“ (in Abs. 2 ist von „Verbreitung der Kultur und Geschichte der europäischen Völker“ die Rede sowie vom „kulturellen Erbe von europäischer Bedeutung“. In Abs. 4 fällt das Stichwort: „Vielfalt ihrer Kulturen“). Auch das europäische Religionsverfassungsrecht gemäß Art 17 AEUV, an Stelle des falschen Begriffs „Staatskirchenrecht“ platziert (1976), gehört in diesen Kontext – in Ländern wie Frankreich ist der Islam schon zweite Religion. Die vielen Identitätsklauseln (z.B. Präambel und Art. 4 Abs. 1 EU-Grundrechtecharta: „nationale Identität“), auch „Geist-Klauseln“ (z.B. Art. 222 Abs. 1 AEUV: „Geist der Solidarität“) lassen sich nur kulturwissenschaftlich erschließen.

- Weiterhin zur *europäischen Öffentlichkeit – aus Kultur*. Erinnert sei an das Goethe-Wort: „Wer Wissenschaft und Kunst hat, hat Religion, wer diese beiden nicht hat, habe Religion“. Religions-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit bzw. ihre *Hervorbringungen* bzw. „*Schöpfungen, Werke*“ haben Europa zu dem gemacht, was es heute ist. In vielen Nationen gab es klassische oder „goldene“ Zeitalter, etwa in Spanien, Frankreich, den Niederlanden, Dänemark und Weimar, zeitlich *vor* allen Grundrechtskatalogen. All dies führte zum Europa der *Vielfalt*. Insofern ist nicht primär von den subjektiven Freiheiten aus zu denken, sondern auf die kulturellen Ergebnisse, „Werke“, Innovationen bzw. Kristallisationen der erwähnten drei kulturellen Freiheiten zu blicken. Sie machten Europa zu einem spezifisch kulturell strukturierten Kontinent der Vielfalt. Europas Kulturhauptstädte sind *von der Sache* her, also im materiellen Sinne Athen, Rom, Chartres, Paris, Florenz, Prag, St. Petersburg, London, Madrid, Granada (wegen des islamischen Erbes in Spanien), Amsterdam, Wien, Budapest, Basel und wohl auch Berlin (die zahlreichen formal zu solchen erhobenen „Kulturhauptstädte“<sup>35</sup>, eine geglückte Idee von *Melina Mercouri*, schmälert dieser Hinweis nicht). In vielen der erwähnten Rechtstexte spiegelt sich all dies wider. Seit 1983 spätestens darf man von „Europa in kulturverfassungsrechtlicher Perspektive“ sprechen<sup>36</sup>. Europäische Öffentlichkeit meint tägliche Vergegenwärtigung dieser vielfältigen Kultur (z.B. in Schulen, Volkshochschulen, Universitäten und Museen, bei Jubiläumsfeiern und auf Tagungen). Leider blickt der Alltag immer nur auf die politische Skandalöffentlichkeit. Die umstrittene Reisefreiheit und Freizügigkeit ist ein Vehikel für allseitige kulturelle Kommunikation in Europa. Darum ist der Brexit 2016<sup>37</sup>, der in manchem schon zum „Brexodus“ geworden ist, so schmerzlich (Wissenschaftler und

35 Dazu auch R. Bohn/H. Wilharm (Hrsg.), *Inszenierung der Stadt. Urbanität als Ereignis*, 2012; P. Häberle, *Die europäische Stadt – Das Beispiel Bayreuth*, BayVBl. 2005, S. 161 ff.

36 Gleichnamig, JöR 1983, S. 9 ff.

37 S. Peers, *Brexit. The Legal Framework from Withdrawal from the EU or Renegotiating EU-Membership*, 2016.

Künstler gehen aus Großbritannien auf den Kontinent zurück). Wird es einen „harten“ oder kooperativen Brexit geben?, auch im Blick auf die EMRK?

- Darum zum sogenannten *Brexit* (2016), auch dies in primär kulturwissenschaftlicher Betrachtung. Aus meiner Sicht ist der Brexit mehr als ein „Unfall“, er ist ein grandioses Desaster, ein europäischer Kulturverlust ersten Ranges. Entsteht jetzt ein „Klein-Europa“? Kommt es zu energischen selbstkritischen Reformen der EU (mehr Bürgernähe, Subsidiarität, mehr Solidarität, differenzierte Integration)? Großbritannien muss ein Teil von Europa im weiteren Sinne bleiben, es sollte sich nicht selbst isolieren, also vitales Mitglied des Europarats und der EMRK sein und bleiben. Die Diskussion über den „Austritt“ verlief auf beiden Seiten viel zu ökonomisch, fast „kleinkrämerisch“. Kulturelle Argumente wurden in der europäischen Öffentlichkeit kaum diskutiert. Der Verlust für den Kontinent ist groß. Man denke kulturell an die positive Seite des britischen Pragmatismus, an die reichen Erfahrungen der alten Weltmacht, des Commonwealth, die Kunst von *Shakespeare* über das Londoner Musikleben im 17. und 18. Jahrhundert bis zu Komponisten wie *E. Elgar* und *B. Britten*, an Gemälde von *W. Turner*, *J. Constable*, an Romanliteratur des 19. Jahrhunderts (*J. Austen*), sogar an Kriminalromane von *A. Christie* und Filme von *A. Hitchcock*, auch gewisse Sportarten, an den spezifisch britischen Humor samt langweiligem Essen, vor allem an die Weltsprache Englisch als lingua franca, die dann eigentlich nur noch in Irland offizielle EU-Sprache wäre. Großbritannien ist das Mutterland der parlamentarischen Demokratie als „kulturelle Demokratie“ (ein Verfassungsprinzip aus Portugal), erinnert sei an die große Common Law-Tradition<sup>38</sup>, an die besondere Stellung des Richters samt bestimmten Ritualen, auch der Königin. Mögliche Modelle der Assoziierung können sich vielleicht an Norwegen, der Schweiz oder an der Türkei orientieren. Bislang gab es Beispiele für einen Austritt aus der EU nur für Grönland und Algerien. Art. 50 EUV ist wissenschaftlich noch kaum erschlossen<sup>39</sup>. Folgeprobleme sind das Verhalten von Schottland (das vielleicht ein zweites Unabhängigkeitsreferendum anstrebt) und Nordirland. Wir sehen: Probleme ohne Ende. Die Europarechtswissenschaft ist aufs Äußerste gefordert, auch die Europawissenschaften im Ganzen. Überdies müssen wohl – neben der Politik – europäische Gerichte und die Rechtswissenschaft engstens zusammenarbeiten, um Großbritannien möglichst nahe an der EU, etwa dem Binnenmarkt zu halten. Die wirtschaftlichen Folgen des Brexit sind nur ein Teilaspekt, so wichtig die Ökonomie als ein Vehikel für Kultur ist. Europa ist primär kein „Markt“, sondern Kultur. Es geht um demokratiekonforme Märkte, nicht um „marktkonforme Demokratie“! Die Medien sprechen zu Recht von einer „Kulturkrise der Wirtschaft“, da diese in den Märkten zum Selbstzweck geworden ist und sich an

38 *H. Potter*, Law, Liberty and the Constitution. A Brief History of the Common Law, 2015.

39 Weiterführend, *R. Bieber/M. Kotzur*, in: *R. Bieber et al.* (Hrsg.), Die Europäische Union, 12. Aufl. 2016, S. 702 f. – Zur Frage, ob sich die Briten von der EMRK lossagen können: FAZ vom 7.10.2016, S. 10.

grenzenlosem Wachstum orientiert<sup>40</sup>. Ist der Euro eine Erfolgsgeschichte? – wegen der unterschiedlichen Mentalität in Nord und Süd, Sparen bei uns (die berühmte „schwäbische Hausfrau“), Investieren und Verschulden dort? Der „homo oeconomicus“ ist allenfalls eine *Teilwahrheit*. Der Euro ist doch nur *ein* Element im Integrationsprozess Europas.

- Ein weiteres Thema, bei dem die Kultur Europas aufs Äußerste gefordert bleibt, ist der seit langem diskutierte *Beitritt der Türkei*<sup>41</sup>. Sie gehört zwar zum Europa im weiteren Sinne, zum Europarat und EMRK, hoch umstritten ist jedoch der Beitritt zur EU. Vor Jahren war von „privilegierter Partnerschaft“ die Rede. Heute werden die einzelnen Beitrittskapitel diskutiert. Das Ganze hat eine neue Qualität erreicht und zwar aus zwei Gründen. Einerseits hat sich das Europa der EU von der Türkei abhängig gemacht wegen des Flüchtlingsabkommens, ironisch könnte man sagen: 1683 standen die Türken vor Wien und wurden (mit Hilfe der Polen) besiegt, heute ist die EU in der Hand der Türkei, was die Flüchtlinge betrifft. Zum anderen: Der Putschversuch in der Türkei, Frühjahr 2016, löste eine Art „Gegenputsch“ von Seiten der Regierung *Erdoğan* aus. Tausende von Richtern, Wissenschaftlern und Journalisten sowie Soldaten wurden suspendiert oder verhaftet. Die Verstöße gegen die Gewaltenteilung sowie gegen die rechtsstaatliche Demokratie sind offenkundig. Hinzu kommt der militärische Kampf gegen die Kurden im eigenen Land. Die leider diskutierte mögliche Wiedereinführung der Todesstrafe wäre ein Verstoß gegen die EMRK. Die Verhängung des Ausnahmezustandes freilich beruft sich auf eine Norm der EMRK (Art. 15) – auch in Frankreich herrscht derzeit der Ausnahmezustand. Sowohl der Europapolitiker als auch wir als europäische Juristen stehen vor einem fast unlösbaren Problem. Die Türkei hat in ihrer Geschichte sowohl in der Architektur und der Malerei als auch literarisch große Leistungen hervorgebracht (man denke auch an die „Türkischen Märsche“ oder „Die Entführung aus dem Serail“ von *W.A. Mozart* – große Bereicherungen für das kulturelle Erbe der Welt aus dem Kontakt mit einer fremden Kultur). Die Frage ist jedoch, wie die EU und Europa als Kultur heute mit ihr umgehen soll. Man denke auch an die türkischen Parallelgesellschaften in Deutschland und Frankreich. Die frühen Gastarbeiter bei uns waren hoch willkommen.
- Das Versagen der EU in der *Flüchtlingskrise* ist (neben den Defiziten in der außenpolitischen Handlungsfähigkeit der EU) offenkundig, ich habe es an anderer Stelle schon nachgezeichnet<sup>42</sup>. Sie schafft keinen eigenen sicheren Schutz der Außengrenzen, eine faire Verteilung der Flüchtlinge auf alle 27 Mitglieds-

40 Erlaubt sei die Frage, ob die stärkere Regulierung des Handelsabkommens CETA (EU/Kanada), erzwungen teils vom BVerfG, teils von Wallonien (Stichwort keine privaten Schiedsgerichte, bessere Verbraucher-, Umwelt-, und Arbeitnehmerstandards, Ausstiegsklausel) in der Sache nicht Beifall verdient und sogar als Vorbild für andere Verträge gelten könnte.

41 *I. Yesilgül*, Die Türkei auf dem Weg nach Europa? Die politische Kultur der Türkei zwischen Kemalismus und Islam, 2013.

42 Fünf Krisen im EU-Europa – weltweite Implikationen, Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungstheorie für Europa, AVR 2016, S. 409 ff.

länder will nicht gelingen (das Referendum in Ungarn ist zum Glück 2016 gescheitert). Das „Durcheinander um Dublin und Schengen“ ist selbst für den Fachmann kaum mehr verstehbar. Gelingt ein einheitliches europäisches Flüchtlings- und Asylrecht? Italien wird oft allein gelassen, trotz der Frontex-Grenzsicherung. Es fehlt an europäischer Solidarität<sup>43</sup> und europäischer Handlungsfähigkeit (*J.-C. Juncker* ist zur Enttäuschung geworden, „Minsk“ wurde nicht von der EU, sondern von Nationalstaaten zustande gebracht). Genügt der sogenannte Bratislava-Prozess, der bis März 2017 Resultate auf den Gebieten innere und äußere Sicherheit, Migration und Flüchtlinge sowie Wachstum und Investitionen erreichen soll?<sup>44</sup> Das Mittelmeer erweist sich als Meer des Todes für Tausende, dabei könnte es langfristig zum „mare nostrum“ und zum „mare constitutionale“ werden. Aber auch: Die europäische Identität aus Kultur stünde in Frage, wenn Flüchtlinge aus anderen Kulturkreisen jährlich in Millionenhöhe in *ein* Land kämen (die große kulturelle Bereicherung durch Hugenotten und Polen bei uns sei eigens erwähnt)<sup>45</sup>. Die speziell deutschen Fragen des Asylrechts seien hier nicht mehr behandelt (Stichworte: zeitweiser Kontrollverlust an der Grenze, mangelnde registrierte Unterscheidung zwischen Asylbewerbern, Flüchtlingen und Migranten (welch letztere eigentlich dem Parlamentsvorbehalt unterliegen), Verfassungsrelevanz von „Grenzen“ und kulturell geprägtem Staatsgebiet)<sup>46</sup>. Art. 16 a GG ist wohl dogmatisch als Teilhaberecht unter Möglichkeitsvorbehalt mit leistungsrechtlichen Elementen i.S. der Regensburger Dogmatik zu verstehen (VVDStRL 30 (1972), S. 43 (107 f., 114, 139 f.)).

- Als letzter Diskussionspunkt, bei dem der kulturwissenschaftliche Ansatz aufs Äußerste gefordert ist, sei die Frage des *Islam* erwähnt. Hier müsste wohl die Rechtslage in allen einzelnen Mitgliedsstaaten der EU diskutiert werden, aber auch Europa im weiteren Sinne ist gefordert. Das Burka-Verbot Frankreichs wurde vom EGMR in Straßburg gebilligt. Deutschland steht vor der Frage, ob die Vollverschleierung wenigstens *zum Teil* verboten werden soll, nämlich dort, wo es um das offene Gesicht bzw. die Kommunikation in der offenen Gesellschaft geht.<sup>47</sup> M.E. wäre bei uns ein Teilverbot der Burka auf der Straße, im Verkehr, im Gericht, in den Schulen und in der öffentlichen Verwaltung zulässig. All dies ist heftig umstritten. Bei aller Liebe zu und Hochachtung vor dem

43 Die Ergebnisse der interdisziplinären Hamburger Tagung „Solidarity and its Crisis in the EU“ sollen im Jahre 2017 von A. Grimm (Hrsg.) in Form eines Sammelbandes publiziert werden.

44 Vgl. FAZ vom 24.09.2016, S. 12.

45 Vorbildlich ist Art. 8 Abs. 2 Regionalstatut Umbrien von 2005, wonach die Region den menschlichen, sozialen und kulturellen Wert der Einwanderung anerkennt und die volle Integration begünstigt (zit. nach JöR 2010, S. 562 ff. (563)). In Deutschland könnten Grundwerte für die Integration aus dem Kanon von Erziehungszielen zu gewinnen sein, vgl. etwa Art. 131 Abs. 2 und 3 Bayerische Verfassung: „Achtung vor religiöser Überzeugung und der Würde des Menschen“, „Verantwortungsfreudigkeit“, „Geist der Demokratie“.

46 Der Begriff „Grenze“ ist ambivalent, vgl. einerseits: „Die Grenzen meiner Sprache bedeuten die Grenzen meiner Welt“ (*L. Wittgenstein*, Logisch-Philosophische Abhandlung (Tractatus), 1918), andererseits kulturell: die humanitären „Ärzte ohne Grenzen“.

47 Zum Thema siehe die vielfältigen Blogbeiträge bei „Junge Wissenschaft im öffentlichen Recht“ ([www.juwiss.de/tag/burka-verbot/](http://www.juwiss.de/tag/burka-verbot/)), (letzter Stand: 30.09.16).

Orient, man denke nur an *Goethe* und *F. Rückert*: Gehört der Islam wirklich zu Europa? Gehören wenigstens Muslime und Moscheen zu Deutschland? Kann es einen „aufgeklärten“ Islam („Euro-Islam“) geben? Kann es einen „deutschen Islam“ geben? (so *W. Schäuble*). Ist alles gesagt in der These, das Grundgesetz sei die deutsche Leitkultur?

## II. Ausblick

Der hier unternommene Versuch, Europa von der Kultur her zu verfassen, ist naturgemäß nur eine *Teilwahrheit*. Andere Ansätze, etwa von der Ökonomie aus oder allein von den positiven Rechtsnormen her, mögen ihr relatives Recht behalten. Der kulturwissenschaftliche Ansatz ist keine „Welterklärung“, keine „Großtheorie“; selbst er ist ins Theorieverständnis *Poppers* einzuordnen, so wenig dieser seine berühmte „offene Gesellschaft“ kulturell grundiert hat. Bewusst habe ich die Problemzonen dessen aufgesucht, was heute für und in Europa fast dramatisch aktuell ist. Dadurch steht vielleicht der Krisenaspekt zu sehr im Vordergrund, doch wollte ich den Schwierigkeiten gerade auch für uns Juristen nicht ausweichen. Mindestens aus der Vogelperspektive unterscheidet sich Europa als Kultur eben doch von der Kultur Asiens, Afrikas, auch Lateinamerikas und Nordamerikas, so viele kulturelle Brücken es auch zwischen Europa insbesondere Italien vor allem zu Argentinien gibt (Migration). Es gibt die einzelnen nationalen Identitäten neben oder ergänzend zu der ebenfalls (zum Beispiel im Kulturgüterschutz zu erarbeitenden) europäischen Identität. Ich habe nicht einmal alle Krisenbereiche genannt: etwa das anhängige EU-Rechtsstaatsverfahren gegen Polen (dort wurde das Verfassungsprozessrecht als „konkretisiertes Verfassungsrecht“ *gegen* die Verfassung, insbesondere die Gewaltenteilung und das Rechtsstaatsprinzip instrumentalisiert)<sup>48</sup> oder die erhoffte Wiedervereinigung Zyperns sowie die hohe Jugendarbeitslosigkeit im Süden Europas, auch die Verletzungen europäischen Rechts (z.B. beim Stabilitätspakt und in der Flüchtlingsfrage). Aus meiner Sicht müssen mehr Bürgernähe, Subsidiarität und Solidarität, die EU als Friedens-, Werte- und als Rechtsgemeinschaft die großen Stichworte bleiben. Alle müssen sich klar werden, wohin die Reise gehen soll. Das EU-Europa war auch früher immer reformfähig. Eine *differenzierte* Integrationspolitik und mehr Bürgernähe ist vielleicht eine Möglichkeit für die Zukunft. Wie gewinnt die EU wieder mehr Akzeptanz und Vertrauen der Bürger? An zwei Vorverständnissen will ich festhalten: an der Unverzichtbarkeit des wissenschaftlichen Optimismus in Bezug auf das weltoffene „Haus Europa“, sodann an dem kulturellen Ansatz, der der überwältigenden Ökonomisierung unserer Zeit entgegen treten soll (Europa als „Gedächtnisraum“ und zum Beispiel als Erziehungsziel in den Schulen, begründbar aus den nationalen Europa-Artikeln, jedenfalls in „pädagogischer Verfassungsin-

48 Fast wehmütig blickt der Verfasser auf seine Arbeit in Warschau zurück: Verfassungspolitische Maximen für die Ausgestaltung der „Europafähigkeit“ Polens, *Die Verwaltung* 1995, S. 249 ff.



terpretation“<sup>49</sup>). Wir erstarren heute vor dem „Gorgonenhaupt der Macht“ im Sinne von *H. Kelsen*. Dem muss durch Friedenspolitik (eine Kultur des Friedens, das Prinzip Frieden) entschlossen begegnet werden. Es darf nicht zu einem Nord-Süd-Gefälle der EU-Mitgliedsstaaten kommen oder zu einer Spannung zwischen dem östlichen und westlichen Europa (Visegrád-Staaten). Vor allem die nächste Generation europäischer Juristen, die das Geschenk Europas als Kultur selbstverständlich lebt, zum Beispiel durch wissenschaftlichen Austausch und Reisen im Rahmen des Erasmusprogramms, ist gefordert. Angesichts der Globalisierung ist das „europäische Haus“ dauerhaft stabil zu bauen und gleichwohl für den Austausch mit anderen Kontinenten zu öffnen. Vielleicht gelingt auch ein Impuls aus dem Europa des Europarates und der OSZE (in der Präambel der EU-Grundrechtecharta sind EU, Europarat, EUGH und EGMR zusammen gedacht). Wir brauchen eine europäische Kulturinitiative! Zu allem gibt es den Klassikertext von *Goethe*: „Gottes ist der Orient, Gottes ist der Okzident, nord- und südliches Gelände ruht im Frieden seiner Hände.“

49 *P. Häberle*, Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele, FS Huber, 1981, S. 321 ff. – Spezifische Kulturgehalte finden sich etwa in Art. 10 Abs. 4 EUV: europäisches politisches Bewusstsein, Art. 165 Abs. 2 AEUV: pädagogische Betreuung, Art. 214 AEUV: „Humanitäre Hilfe“, Art. 155 AEUV: „Sozialer Dialog“.



### **III.**

## **Erwartungen anderer Wissenschaften und der Praxis an die Europarechtswissenschaft**



## Anforderungen der Wirtschaftswissenschaften an die Europarechtswissenschaft

*Von Thomas Wein, Lüneburg\**

### I. Einleitung

Spätestens mit der Entscheidung des britischen Wählers vom 23.6.2016, die Europäische Union verlassen zu wollen, zeigt sich, dass diese Union in der jetzigen Verfassung zumindest von einigen Bürgern grundsätzlich abgelehnt wird. Folgt man einer Grundannahme der ökonomischen Theorie als Sozialwissenschaft<sup>1</sup> ist jedes staatliche Gebilde, also auch die Europäische Union, mit Hilfe des methodologischen Individualismus zu analysieren: Wie würde jedes Individuum aus seinen Interessen heraus Europa entwerfen? Insbesondere die ökonomische Verfassungstheorie nach Buchanan und Tullock<sup>2</sup> mit ihrer Unterteilung in Schutz- und Leistungsstaat (protective und productive state) sowie deren Hervorhebung von Konsensfindungskosten und erwarteten externen Kosten wirft wichtige Prüfkriterien auf, wie die Europäische Union im Interesse des einzelnen Bürgers zu gestalten ist. Das Dezentralisierungstheorem von Oates<sup>3</sup> stellt heraus, dass eine dezentrale Bereitstellung öffentlicher Güter eher die Wünsche der Bürger berücksichtigt als bei einer zentralen Bereitstellung, falls die zentrale Bereitstellung nicht kostengünstiger möglich ist. Ökonomische Verfassungs- und Dezentralisierungstheorien erlauben eine Analyse der Zuteilung der Aufgaben innerhalb der Europäischen Union, die dann im Rahmen der Europarechtswissenschaft konkretisiert werden können.

Abschnitt 2 dieses Aufsatzes entwirft aus ökonomischer Sicht, warum die Institution Europa sinnvoll sein könnte. Vorteile von Ebenen, die unterhalb der Europäischen Union liegen, werden im dritten Kapitel herausgestellt. Aus der ökonomischen Verfassungstheorie folgen wichtige Organisationsprinzipien, die innerhalb Europas im Interesse seiner Bürger angewandt werden können (Punkt 4). Kapitel 5 wendet die Ergebnisse der ökonomischen Analyse auf den europarechtlichen Rahmen an und entwickelt daraus ein wirtschaftswissenschaftliches Anforderungsprofil an die Europarechtswissenschaft.

\* Prof. Dr. Thomas Wein ist Inhaber des Lehrstuhls für Volkswirtschaftslehre, insbes. Theorie der Wirtschaftspolitik an der Leuphana Universität Lüneburg, Competition and Regulation Institute und Institut für Volkswirtschaftslehre, Scharnhorststr. 1, 21335 Lüneburg, 04131/677 – 2302 (Tel.), - 2026 (Fax.), [wein@leuphana.de](mailto:wein@leuphana.de).

1 B. S. Frey, *Ökonomie als Sozialwissenschaft*, 1990 sowie G. Kirchgässner, *homo economicus*, 3. Aufl. 2008.

2 J. M. Buchanan und G. Tullock, *The Calculus of Consent*, 1962.

3 W. E. Oates, *Fiscal Federalism*. Books, 1972; erneut aufgelegt 2011.

II. Warum benötigen wir Europa als Staat?

Europa als Staatsgebilde ist aus ökonomischer Sicht notwendig, um die Funktionen des internationalen Schutzstaates und des internationalen Leistungsstaat zu übernehmen.<sup>4</sup> Ein internationaler Schutzstaat wie die Europäische Union ohne Möglichkeiten zur Durchsetzung der gesetzten Regeln wird durch Abbildung 1 dargestellt. Vereinfachend seien nur zwei Mitgliedsstaaten gegeben, welche Möglichkeiten im Bereich des internationalen Handels haben, entweder Rechtsschutz für In- und Ausländer zu gewährleisten oder nur diesen ihren Einheimischen einzuräumen. Treffen beide gleichzeitig ihre Entscheidung und wird diese Entscheidung jeweils nur einmal getroffen, könnten ihnen gesamtwirtschaftlichen Vorteile entsprechend der Abbildung 1 entstehen, vereinfachend gemessen in monetären Größen. Falls beide Mitgliedsstaaten Rechtsschutz für alle sicherstellen, soll jeder Staat einen Vorteil von 10 Wohlfahrtseinheiten (WE) erzielen, also entstehen insgesamt 20 Wohlfahrtseinheiten. Gewährt nur Mitgliedsstaat A allen Unionsbürgern Rechtsschutz im internationalen Handel und Mitgliedsstaat B beschränkt ihn widerrechtlich nur auf seine Bürger, soll der gesamtwirtschaftliche Vorteil des widerrechtlich Handelnden auf 15 WE, den des europarechtstreuen Staates sich nur noch auf zwei belaufen; insgesamt fallen daher 17 WE an. Hält sich B an das Europarecht und A missachtet die unionsrechtliche Vorgabe, fallen die Vorteile gerade andersherum an. Verhalten sich beide Staaten europarechtswidrig, werden die Vorteile des internationalen Handels in erheblichem Maße zerstört, beide fallen jeweils auf fünf WE „herunter“, insgesamt 10. Aus der Sicht beider Mitgliedsstaaten wäre die Einhaltung des Europarechts am besten (maximale 20 WE). Da sich jeder Mitgliedsstaat aber mit der Ausländerdiskriminierung jeweils besser stellt (15 besser als 10; fünf besser als zwei), unabhängig vom Verhalten des anderen Mitgliedsstaates, ist keine Einhaltung des Unionsrechts zu erwarten. Folglich „landen“ beide – „ungewollt“ – bei der geringstmöglichen Gesamtauszahlung. Es liegt eine so genannte Dilemmasituation vor, bei der eine Orientierung am einzelstaatlichen Vorteil zur kollektiven „Schädigung“ führt.

		Mitgliedsstaat B			
		Rechtsschutz für alle		Rechtsschutz nur für Einheimische	
Mitgliedsstaat A	Rechtsschutz für alle	10	(20)	10	2 (17) 15
	Rechtsschutz nur für Einheimische	15	(17)	2	5 (10) 5

Abbildung 1: Dilemmasituation bei internationalen Handel

Die Ausführungen zu Abbildung 1 zeigen, dass die vorteilhaften Regeln zum internationalen Handel durch die Mitgliedsstaaten nicht durchgesetzt werden. Folg-

4 Zur Einführung C. B. Blankart, Öffentliche Finanzen in der Demokratie – Eine Einführung in die Finanzwissenschaft, 8. Aufl. 2011, S. 655 f.

lich bedarf es kollektiver Durchsetzungsinstanzen, wie es im Grundsatz die Europäische Kommission und der Europäische Gerichtshof sind.<sup>5</sup> Abbildung 2 zeigt die Situation, falls es Kommission und Gerichtshof gelingt, in perfekter Weise die Vorteile einer einseitigen Rechtsschutzgewährung abzuschöpfen bzw. vornherein zu verhindern sowie eine moderate Bestrafung durchzusetzen; insgesamt würde jeder rechtsmissachtende Mitgliedsstaat sechs WE einbüßen. Gewährt ein Mitgliedsstaat nur seinen Bürgern Rechtsschutz und der andere Staat verhält sich europarechtskonform, erzielt er nur noch 9 WE. Missachten beide Länder die europäischen Regeln, drücken die europäischen Sanktionen die Auszahlungen so stark, dass jeweils nur negative Wohlfahrtseinheiten in Höhe von -1 entstehen. Entscheidet sich Mitgliedsstaat B zur Europarechtskonformität, auch ohne dass Kommission und Gerichtshof einschreiten müssen, ist es durch die drohenden europäischen Sanktionen für Mitgliedsstaat A sinnvoll, von sich aus Rechtsschutz für alle zu gewähren (10>9). Land A wird sich aber auch europarechtskonform verhalten, falls er für B die Missachtung des Rechts erwartet (2>-1). Insofern wird Mitgliedsstaat A Rechtsschutz für alle gewähren. Die gleichen Überlegungen kann man für Land B anstellen. Insofern werden sich beide Länder durch das drohende Eingreifen der europäischen Institutionen von sich aus europarechtskonform verhalten.

		Mitgliedsstaat B			
		Rechtsschutz für alle		Rechtsschutz nur für Einheimische	
Mitgliedsstaat A	Rechtsschutz für alle	10	10	2	15-6=9
	Rechtsschutz nur für Einheimische	15-6=9	2	5-6=-1	5-6=-1

Abbildung 2: Europäische Durchsetzung des internationalen Handels

Im Grundsatz bezieht sich die Notwendigkeit der europäischen Durchsetzung auf die Sicherstellung

- des freien Warenverkehrs (Art. 28 *AEUV* (Zollunion), Art. 30 *AEUV* (Verbot von Ein- und Ausfuhrzöllen, sowie Abgaben gleicher Wirkung) sowie Art. 34 f. *AEUV* (Verbot mengenmäßiger Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung)),
- der Personenfreizügigkeit (allgemeine Freizügigkeit für Unionsbürger (Art. 21 *AEUV* ), der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 45 *AEUV*) und der Niederlassungsfreiheit in der Union (Art. 49 *AEUV*),
- der Dienstleistungsfreiheit (Art. 56 *AEUV*) sowie
- des freien Kapital- bzw. Zahlungsverkehrs (Art. 63 *AEUV*).<sup>6</sup>

5 Zu den europarechtlichen Kompetenzen der beiden Institutionen im Überblick vgl. A. Haratsch, C. Koenig, M. Pechstein, *Europarecht*, 2012, S. 123 ff.

6 H.-J. Wagoner/T. Eger, *Europäische Integration: Wirtschaft und Recht, Geschichte und Politik*, 2011, Kapitel 7 und 8.

Fraglich ist, inwieweit dazu auch die Rechte zum Zugang in die Europäischen Sozialversicherungssysteme gehören.<sup>7</sup>

Neben dem internationalen protective state geht es auch darum, dass Europa im Rahmen des internationalen productive state europäische öffentliche Güter bereitstellt. Öffentliche Güter sind gekennzeichnet durch fehlende Rivalität und fehlende Ausschließbarkeit im Konsum; bei Nichtvorliegen von Rivalität können (bis zu einer gewissen Grenze) Güter ohne Nachteile von zusätzlichen Nutzern in Anspruch genommen werden und bei fehlender Ausschließbarkeit bestehen Nutzungsmöglichkeiten, ohne Nichtzahler technisch/wirtschaftlich ausschließen zu können.<sup>8</sup> Mehr äußere Sicherheit, sicherere europäische Außengrenzen, besserer Klimaschutz und tiefere internationale Handelsvereinbarungen kommen grundsätzlich allen Mitgliedsstaaten zu Gute, beispielsweise in Form

- einer geringeren Wahrscheinlichkeit eines feindlichen Angriffs,
- sinkender Terrorgefahren,
- ordnungsgemäße Durchführbarkeit der Asylverfahren,
- Minderung des Klimawandels oder
- Realisierung der Vorteile internationaler Arbeitsteilung,

unabhängig davon, ob der einzelne Staat sich an den Kosten der Bereitstellung beteiligt oder nicht (fehlende Ausschließbarkeit). Hohe Sicherheit nach außen und an den Grenzen, wirksamer Klimaschutz und durchgreifende Freihandelsabkommen hängen nicht von der Anzahl der teilnehmenden Mitgliedsstaaten ab (keine Rivalität im Konsum).<sup>9</sup> Insofern kann man diese europäische „Leistungsversprechen“ aus ökonomischer Sicht als internationale öffentliche Güter charakterisieren.

Die fehlende Ausschließbarkeit dieser Güter wird zum Problem der unzureichenden freiwilligen Bereitstellung, wie man mit Abbildung 3 sehr vereinfachend zeigen kann. Unterstellt sei, dass beide Mitgliedsstaaten die Wahl haben, entweder freiwillig zum internationalen öffentlichen Gut beizutragen („zu zahlen“) oder sich der gemeinsamen Bereitstellung zu verweigern und nicht zu zahlen. Verweigert nur ein Mitgliedsstaat die Zahlung, soll das internationale öffentliche Gut trotzdem bereitgestellt werden, z.B. weil zum Beispiel der zahlende Mitgliedsstaat später über zusätzliche Zwangsbeiträge die Finanzierung alleine übernehmen muss. Tragen beide Mitgliedsstaaten A und B freiwillig zur Bereitstellung des europäischen öffentlichen Gutes bei, erhalten sie jeweils 3 WE netto (nationale Vorteile des öffentlichen Gutes minus Bereitstellungskosten), also zusammen 6 WE. Leisten beide keine (freiwilligen) Zahlung, „bricht“ die Zurverfügungstellung des öffentlichen Gutes „zusammen“, netto erhält jedes Land nur eine Wohl-

7 Sachverständigenrat, Zeit für Reformen, Jahresgutachten 16-17, 2016, [https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/gutachten/jg201617/ges\\_jg16\\_17.pdf](https://www.sachverstaendigenrat-wirtschaft.de/fileadmin/dateiablage/gutachten/jg201617/ges_jg16_17.pdf), Tzn. 341-347, (letzter Stand: 24.1.2017).

8 Vgl. z.B. T. Nechyba, *Microeconomics: An Intuitive Approach with Calculus*, 2. edition, 2016, chapter 27.

9 Meist werden die Vorteile der Zusammenarbeit größer, falls mehr Mitgliedsstaaten sich aktiv an der Bereitstellung beteiligen; das gegebene Nutzenniveau der internationalen Zusammenarbeit geht jedoch nicht zurück, wenn ein Mitgliedsstaat das öffentliche Gut mitkonsumiert.

fahrtseinheit, da beispielsweise der vorgesehene Finanzierungsbeitrag in ein anderes, nationales öffentliches Gut fließen kann und dort geringere Erträge erbringt. Kann Mitgliedsstaat A davon ausgehen, dass Land B (freiwillig) zahlt, stellt sich A durch Nichtzahlung besser als durch Zahlung ( $5\text{ WE} > 3\text{ WE}$ ), da ja die Bereitstellung „irgendwie“ funktioniert, aber der eigene Zahlbetrag für etwas anderes verwenden kann („Freifahrerverhalten“); der freiwillige Zahlende B fällt netto auf  $-1\text{ WE}$ , da er das europäische öffentliche Gut allein finanzieren muss, obwohl A (und alle anderen, nicht mitmodellierten) Mitgliedsstaaten die Vorteile des öffentlichen Gutes mitgenießen. Selbstverständlich ergibt sich die gleiche Situation, wenn Staat A freiwillig zahlt und B sich als Freifahrer verhält. Der Blick auf die Gesamtsituation in Abbildung 3 zeigt, dass es für jeden Mitgliedsstaat besser ist, nicht zu zahlen, als freiwillig das europäische öffentliche Gut voranzubringen, unabhängig vom Verhalten des anderen ( $5\text{ WE} > 3\text{ WE}$  bzw.  $1\text{ WE} > -1\text{ WE}$ ). Insofern wird keiner zahlen, beide erzielen nur eine WE. Die europäische erwünschte Situation mit europäischen öffentlichen Gütern, finanziert durch freiwillige Zusammenarbeit, mit insgesamt  $6\text{ WE}$  wird durch allein am mitgliedsstaatlich ausgerichtete Interesse „verdrängt“ (nur  $2\text{ WE}$ ).

		Mitgliedsstaat B					
		Freiwillige Zahlung			Keine Zahlung		
Mitgliedsstaat A	Freiwillige Zahlung	3	(6)	3	-1	(4)	5
	Keine Zahlung	5	(4)	-1	1	(2)	1

Abbildung 3: Internationale öffentliche Güter

Solange es keine europäische Instanz gibt, mit der die Finanzierung erwünschter öffentlicher Güter erzwungen werden kann, ist ein zu geringes Level an europäischen öffentlichen Gütern zu erwarten. Folglich ist es sinnvoll, wenn die europäischen Institutionen (insb. Rat, Kommission und Parlament) institutionell geeignet sind, die systematischen Fehlanreize bei der Bereitstellung öffentlicher Güter zu überwinden. Protective und productive state sind die zentralen Handlungsfelder der europäischen Union. Dilemmatheoretische Modelle zeigen, dass ohne funktionsfähige europäische Institutionen ein europakonformes Handeln der Mitgliedsstaaten nicht zu erwarten ist. Für das Europarecht ergeben sich daraus originären Begründungszusammenhänge, aus denen die konkreten europarechtlichen Institutionen abgeleitet und ausgeformt werden können.

III. Warum sind Ebenen unterhalb Europas notwendig?

Es gibt eine Reihe von ökonomischen Argumenten, weshalb öffentliche Güter nicht auf der Ebene der Europäischen Union bereitgestellt werden sollten. Bereitstellung unterhalb der europäischen Ebene könnte eine bessere Berücksichtigung



der Wählerwünsche ermöglichen sowie durch Benchmarking Druck auf eine effizientere Güterversorgung bei den Mitgliedsstaaten ausüben.<sup>10</sup> Größen- und Verbundvorteile mögen Argumente für eine zentralisierte europäische Bereitstellung sein, die jedoch eventuell durch Möglichkeiten des bi- und multilateralen Kontrahierens relativiert werden; ebenso mag eine breitere territoriale Basis in der Umverteilungspolitik für eine europäische Lösung sprechen.<sup>11</sup>

Die positive Wirkung der Einführung einer unteren Ebene wird anhand der Abbildung 4 deutlich, in der es beispielhaft um Wählerpräferenzen hinsichtlich der Optionen „Festlegung einer Flüchtlingsobergrenze“ oder „Nichtfestlegung einer quantitativen Flüchtlingszahl“ geht. Von den 50 000 Einwohnern des Mitgliedsstaates A bevorzugen 2/5 eine Obergrenze, 3/5 lehnen sie ab. Im gleich großen Land B würden 7/11 lieber eine Grenze sehen, die restlichen 4/11 stimmen für die unbegrenzte Zahl. Entscheidet man diese Frage auf der europäischen Ebene nach dem Mehrheitsprinzip, wird eine Obergrenze mit 55 %-Mehrheit eingeführt, 45 000 Bürger können ihre Vorstellung von der richtigen Lösung nicht durchsetzen. Kann man in dieser Frage jeweils für die Mitgliedsstaaten getrennte Regelungen wählen, gibt es im Staat A keine Obergrenze (2/3-Mehrheit) und im Land B eine Begrenzung (70 %-Mehrheit). Dieses differenzierte Ergebnis hat den entscheidenden Vorteil, dass weniger Mitbürger durch Mehrheitsentscheid zu einer aus ihrer Sicht falschen Lösung gezwungen werden (20 000 in Land A, 15 000 in Staat B, insgesamt 35 000). Je weniger unterschiedlich die Vorstellungen der Stimmbürger in den Mitgliedsstaaten sind, umso geringer fällt jedoch der Vorteil einer dezentralen Bereitstellung aus. Bezogen auf die europäische Union entscheidet die Homogenität der Wählervorstellungen darüber, ob aus den Mitgliedsstaaten heraus europäisch entschieden werden sollte. Exemplarisch: Haben also die Bürger in den Mitgliedsstaaten die gleichen Vorstellungen, in welchem Ausmaß der Staat bei individuellen Lebensrisiken wie Arbeitslosigkeit, Altersarmut etc. den Betroffenen helfen soll – jeweils finanziert durch Beiträge oder Steuern – oder ob nicht besser eine private Vorsorge oder der Rückgriff auf die eigene Familie ohne staatliche Finanzierung sinnvoller wäre? Aus der Sicht der Wirtschaftswissenschaften kommt es auf die Relevanz unterschiedliche mitgliedsstaatlicher Präferenzen an, wie europarechtliche Normen über die Zuständigkeit der Mitgliedsstaaten versus Union auszulegen sind.

<sup>10</sup> Vgl. C. B. Blankart (Fn. 4), S. 615 ff.

<sup>11</sup> Vgl. C.B. Blankart (Fn. 4), S. 619 ff.

		Meinungen der Einwohnern für	
		Flüchtlingsobergrenze	unbegrenzte Flüchtlingszahl
Einwohner	Mitgliedsstaat A	20 000	30 000
	Mitgliedsstaat B	35 000	15 000
	Gesamt	55 000	45 000

Abbildung 4: Mehrheitsbildung und unterschiedliche Präferenzen

Darüber hinaus können unterschiedliche mitgliedsstaatliche Erfahrungen bei der Bereitstellung öffentlicher Güter hilfreich sein („Benchmarking“). Werden öffentliche Güter in unterschiedlicher Weise in den Mitgliedsstaaten bereitgestellt, z.B. aus dem Zusammenspiel öffentlicher/privater Bereitstellung, Gebühren- oder Steuerfinanzierung, Ausschreibung oder freihändige Vergabe, etc., werden mögliche Leistungsunterschiede erkennbar. Stimmenbürger und Politiker können daraus lernen und staatliche Entscheidungsträger „unter Druck“ setzen, sich an gelungenen Lösungen anzulehnen.

Vorteile einer zentralisierten europäischen Bereitstellung der öffentlichen Güter könnten zuvörderst durch Größenvorteile bewirkt werden. Größenvorteile bei öffentlichen Gütern werden im einfachsten Fall durch Abbildung 5 deutlich. Auf der waagrechten Achse wird die insgesamt bereitzustellende Menge des öffentlichen Gutes, z.B. Landesverteidigung, abgetragen; je weiter nach rechts man sich bewegt, umso größer wird die gewünschte Menge des öffentlichen Gutes (Anzahl der Soldaten, Vielfalt der Waffensysteme, etc.). Die senkrechte Achse beschreibt in Geldeinheiten (GE) die geringstmöglichen Durchschnittskosten. Mit zunehmender Menge könnten diese Durchschnittskosten sinken, weil die zentralisierte Bereitstellung des öffentlichen Gutes Verwaltungskostenersparnisse zulässt, Kosten der Reservehaltung senkt, etc. Beispielsweise mögen die Durchschnittskosten pro Soldat bei einer rein nationalen deutschen Armee bei 22 GE liegen. Gäbe es eine „Europäische Verteidigungsgemeinschaft“ von 27 bzw. 28 Mitgliedsstaaten könnten die Durchschnittskosten auf 7,5 bzw. 7 GE sinken. Insofern würde sich der Austritt eines Mitgliedsstaates in Form höhere Bereitstellungskosten negativ auf die verbleibenden Länder auswirken. Zunehmende Bürokratisierung in Folge einer noch größeren Gemeinschaft, jenseits von 28 Mitgliedsstaaten, könnten durch längere Entscheidungswege, Vorrang nationaler Beschaffungsinteressen, etc. die Durchschnittskosten wieder ansteigen lassen.

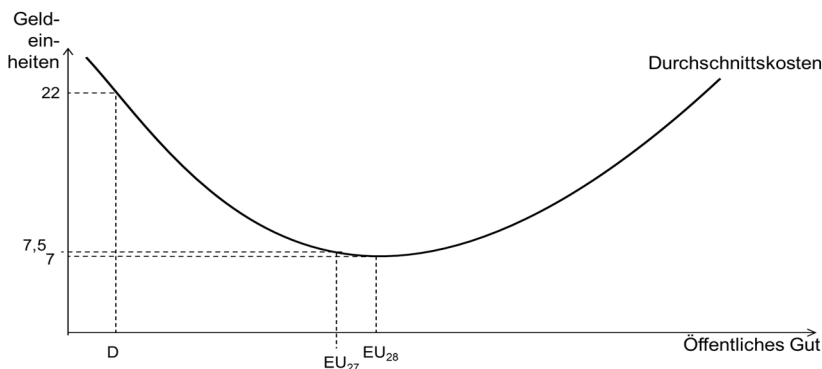


Abbildung 5: Größenvorteile bei öffentlichen Gütern

Werden mehrere europäische öffentliche Güter gemeinsam bereitgestellt, könnten weitere Kostenersparnisse (Verbundvorteile) entstehen. Ähnlich zu sehen ist auch, wenn ein gemeinsames Vorgehen in einzelnen Politikbereichen die Wirksamkeit erhöht, wie es sicherlich bei einer gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik, Klima- oder internationalen Handelspolitik der Fall sein dürfte.

Mögliche Größen- und Verbundvorteile sowie erhöhte Wirksamkeit der europäischen Bereitstellung der öffentlichen Güter müssen dann den Nachteilen der Missachtung von Präferenzen überstimmter Minderheiten gegenüber gestellt werden. Nur wenn die Vorteile überwiegen, sollte zentralisiert werden.

Die Kosteneinsparungspotenziale zentralisierter Politikbereiche können vielleicht auch auf nationaler Ebene realisiert werden, falls die Mitgliedsstaaten sich untereinander auf eine Zusammenarbeit einigen (kontrahieren). Gemeinsame militärische Beschaffungsprojekte neu zu entwickelnder Waffensysteme wie Panzer oder Flugzeuge wären hierfür typische Beispiele. Kontrahieren erzeugt Transaktionskosten (Kosten der Vertragsverhandlung und -durchsetzung), die mit den Vorteilen der mitgliedsstaatlichen Zusammenarbeit verglichen werden müssen. Wird es sehr schwierig zu messen, ob die Vertragspartner ihre Leistungsversprechen auch einhalten, z.B. bei Einbringen von Sachleistungen, können die Transaktionskosten überwiegen und damit die Sinnhaftigkeit einer mitgliedsstaatlichen Zusammenarbeit verhindern. Ferner, ist ein Staat stärker als der andere oder die anderen auf die Vertragserfüllung angewiesen (Lock-in-Effekt, Vorliegen hoher sunk costs), können die weniger gebundenen Vertragspartner diesen Vorteil opportunistisch ausspielen, in dem sie einseitig Vertragsverbesserungen durchsetzen. Sehen die abhängigen Partner diese Gefahr voraus, mag bereits deswegen eine interstaatliche Zusammenarbeit scheitern. Bei Rüstungsbeschaffungsprojekten könnten einzelne Länder aufgrund ihrer geografischen Lage stärker auf die erfolgreiche Entwicklung eines Panzers angewiesen sein als andere; kommt es zu Entwicklungsverzögerungen, die dann höhere Kosten nach sich ziehen, müssen dann diese einen höheren Zusatzbeitrag erbringen. In der Summe können also Messproble-

me, Lock-in-Effekte oder hohe sunk costs das zwischenstaatliche Kontrahieren verhindern und es bleibt dann bei der Abwägung zwischen Kostenersparnis oder Missachtung von Präferenzen bei Europäischer Bereitstellung.

Für eine europäische Bereitstellung mag sich auch die Umverteilungspolitik eignen, falls z.B. die Absicherung bei Arbeitslosigkeit ein öffentliches Gut darstellt (keine Rivalität im Konsum, keine Ausschließbarkeit). Eine europäische Arbeitslosenversicherung mag z.B. aus ökonomischer Sicht dann sinnvoll sein, wenn Risiken von Unterbeschäftigung auf mehrere Schultern, hier mehr Mitgliedsstaaten, verteilt werden. Freilich wäre zu bedenken, dass die Arbeitslosigkeitsrisiken in den Mitgliedsstaaten nicht gleichartig sein dürften (unterschiedliche Beschäftigungsquoten oder alternative Versorgungsstrukturen wie Familie) und Anreize zur Verringerung des Arbeitslosigkeitsrisikos wie niedriger Mindestlohn abgeschwächt werden. Letztendlich dürfte es wieder eine Frage der Präferenzen der Stimmbürger sein, ob sie eine europäische oder nationale Absicherung präferieren.

Je stärker die Bürger in den Mitgliedsstaaten einheitliche Präferenzen bezüglich der Bereitstellung öffentlicher Güter haben, je größer die Kosten- und Wirksamkeitsvorteile einer europäischen Lösung sind, je weniger das Kontrahieren zwischen den Mitgliedsstaaten in Frage kommt und je mehr eine europäische Umverteilungspolitik durch die Bürger gewünscht wird, um so mehr Aufgaben sollte man der Europäischen Union im Rahmen des productive states übertragen. Kommt es zum (rechtlichen) Streit über die Grenzen der Union, sprechen unterschiedliche Präferenzstrukturen, sowie geringe Kosten- und Wirksamkeitsvorteile einer unionalen Herangehensweise für eine mitgliedsstaatliche Zuständigkeit. Wohlgermerkt davon unbenommen bleibt die europarechtliche Umsetzung des Prinzips, den protective state zugunsten des internationalen Handels zu etablieren und durchzusetzen.

#### IV. Wie sollten wir Europa organisieren?

Aus der ökonomische Theorie der Verfassung heraus bestimmen die Konsensfindungskosten und die erwarteten externen Kosten, wie Entscheidungen innerhalb der Europäischen Union zu organisieren sind.<sup>12</sup> Abbildung 6 verdeutlicht den typischen Verlauf der Konsensfindungskosten, übertragen auf die Europäische Union mit 27 Mitgliedsstaaten. Vereinfachend wird auf der horizontalen Achse die Anzahl der notwendigen Stimmenzahl für eine Zustimmung, z, abgetragen. Bei Regel „alle 27 ja“ würde Einstimmigkeit unter den 27 Mitgliedsstaaten gefordert, Regel „14 ja“ ist etwas mehr als die Hälfte aller Staaten und bei der theoretisch

12 Vgl. grundlegend H. Berg, D. Cassel, K.-H. Hartwig, Theorie der Wirtschaftspolitik, in: Apolte et al. (2012). *Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik*, Vol. 2, 9. Aufl. 2007, Kapitel N; M. Erlei, M. Leschke, D. Sauerland, Neue Institutionenökonomik 2. Aufl., S. 454 ff. sowie C.B. Blankart (Fn. 4), S. 42 ff.

denkbaren „Regel 1 ja“ würden bereits eine Ja-Stimmen einen Beschluss herbeiführen. Senkrecht sind die sogenannten Konsensfindungskosten  $D$  dargestellt, die nach rechts oben ansteigen. Konsensfindungskosten entstehen durch die Kosten, um einen Mehrheitsentscheid herbeizuführen, seien es beispielsweise die Verhandlungskosten oder Ausgleichszahlungen, um „Neinsager“ zu einem Ja zu bewegen. Angewandt auf die europäische Einigungsgeschichte<sup>13</sup> waren die Konsensfindungskosten unter dem Luxemburger Kompromiss der Einstimmigkeit (1966) sehr hoch, da Beschlüsse nur sehr schwer und langwierig herbeigeführt werden konnten, mit der Einheitlichen Europäischen Akte von 1987 (Qualifizierte Mehrheit) bzw. dem Lissabon-Vertrag von 2014 (doppelte Mehrheiten: 55 Prozent der Staaten, mind. 15; mind. 65 % der Bevölkerung) näherte man sich immer mehr dem einfachen Mehrheitsprinzip an, wodurch Beschlüsse leichter möglich wurden und damit geringer Konsensfindungskosten entstanden.

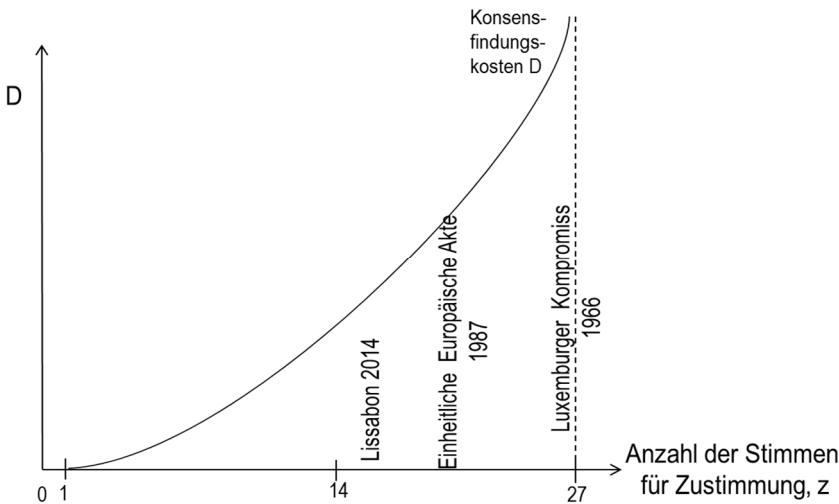


Abbildung 6: Konsensfindungskosten in der EU

Mit rückläufigem Zustimmungserfordernis steigen aber die erwarteten externen Kosten, die sich aus den Nachteilen ergeben, von der Mehrheit der anderen Mitgliedsstaaten zu einer Entscheidung gezwungen zu werden, die man selbst nicht will. In Abbildung 7 sind diese Kosten als nach rechts abfallende Kurve dargestellt. Für eine Bailout-Entscheidung wie die für Griechenland in 2010 ist Einstimmigkeit bei den Euro-Ländern erforderlich, so dass zumindest kein Euro-Land ex ante damit rechnen muss, gegen die eigenen Präferenz in ein Bailout hineingezogen zu werden. Ex ante sind die erwarteten externen Kosten, hier Entscheidungen von Dritten aufgebürdet zu bekommen, gleich Null, da ja jeder ein

13 C. B. Blankart (Fn. 4), S. 658 ff.

Veto einlegen kann. Eine mögliche Einführung des Europäischen Einlagensicherungsfonds könnte mit der doppelten Mehrheit des Lissabon-Vertrages fallen.<sup>14</sup> Der indirekte Aufkauf von Staatspapieren durch die EZB erfordert nur die Mehrheit des EZB-Rates, je nach dem Monat, in dem die Entscheidung fällt, ist die Bundesbank gar nicht mehr beteiligt.<sup>15</sup> Ex ante kann also jeder Mitgliedsstaaten Erwartungen über die auf ihn fallende Kosten bilden, z.B. im Falle des Konkurses einer ausländischen Bank den Sicherungsfonds der heimischen Banken einsetzen zu müssen. In dieses Kalkül dürften auch Erwägungen eingehen, ob für die potenziell überstimmende Mehrheit der anderen Mitgliedsstaaten systematisch andere Kosten und Nutzen relevant sein dürften als die eigenen. Würde man diese Frage eher bejahen als verneinen, liegen höhere erwartete externe Kosten vor, da ja damit die Wahrscheinlichkeit für ein unerwünschtes Votum steigt.

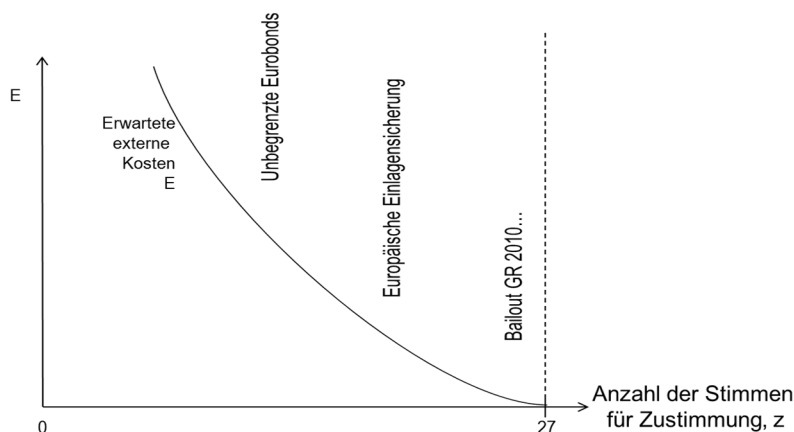


Abbildung 7: Erwartete externe Kosten in der EU

Abbildung 8 bringt beide eingeführten Kostenarten zusammen. Die Summe aus Konsensfindungskosten D und erwarteten externen Kosten E ergeben die sogenannten Interdependenzkosten I. Mathematisch werden dabei die Konsensfindungskosten a bei einer kleineren Zustimmungsregel als  $z^*$  zu den erwarteten externen Kosten hinzu addiert, analog dazu als man erwartete externe Kosten b zu den D-Kosten bei einer höheren als  $z^*$ -geltenden Zustimmungsregel hinzufügt. Addiert man beide Kostenarten für alle denkbaren Zustimmungsregeln, ergeben sich die Interdependenzkosten, die bei  $z^*$  ihr Minimum annehmen. Dieses Minimum beschreibt somit die optimale Zustimmungsregel, da dort beide Kostenaspekte bestmöglich berücksichtigt werden.

<sup>14</sup> Sachverständigenrat (Fn. 7), Tzn. 546 ff.

<sup>15</sup> Sachverständigenrat (Fn. 7), Kasten 12.

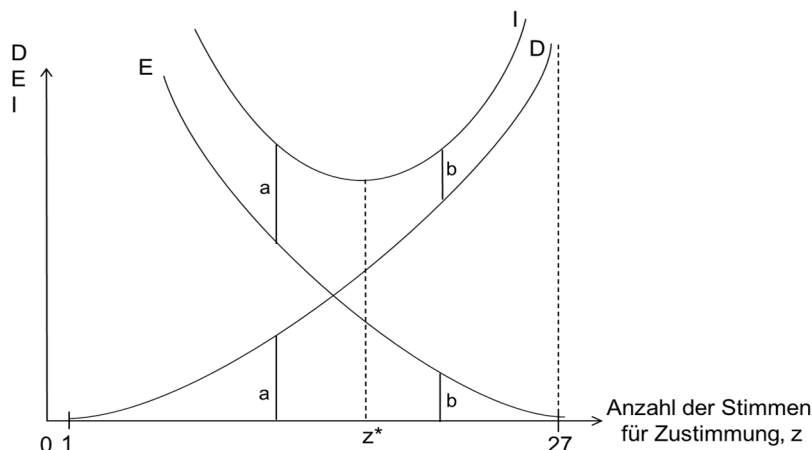


Abbildung 8: Optimale Zustimmungsregel

Für die Entscheidungen, die auf europäischer Ebene zu treffen sind, wird es vermutlich unterschiedliche Verläufe bei den Konsensfindungskosten und den erwarteten externen Kosten und damit bei den Interdependenzkosten geben, da es unterschiedlich schwierig ist, sich auf einen Beschluss zu einigen, und die Wahrscheinlichkeit bzw. die Konsequenz des möglichen Überstimmtwerdens je nach Thema variieren dürfte. Insofern dürfte es unterschiedliche optimale Zustimmungserfordernisse  $z^*$  geben:

- Im europäischen protective state dürften die Konsensfindungskosten gering ausfallen und allenfalls langsam ansteigen, da man in Handelsthemen relativ leicht gemeinsam Interessen finden wird. Die erwarteten externen Kosten dürften sich ebenfalls auf einem niedrigen Level einpendeln bzw. langsam – ausgehend von der Einstimmigkeit – zunehmen, sei es, weil die Mitgliedsstaaten ähnlich Interessen haben oder im Falle des Unterliegens keine gravierenden negativen Rückwirkungen zu erwarten sind. Insofern dürfte die optimale Zustimmungsregel nahe oder bei der Einstimmigkeit liegen.
- Für den europäischen productive state dürfte Interesseninhomogenität sowohl die Konsensfindungskosten nach oben treiben als auch hohe erwartete externe Kosten erzeugen. Insofern würden die hohen Konsensfindungskosten für das Festschreiben niedriger Zustimmungserfordernisse sprechen, die erwarteten externen Kosten jedoch für hohe.

Um letzteres Dilemma aufzulösen, schlägt die ökonomische Verfassungstheorie vor, grundlegende Regeln des productive states in der Verfassung (nahezu) einstimmig zu verankern und darauf aufbauende Entscheidungen mit Mehrheitsregeln nahe der 50%-Marke zu treffen. Die grundlegenden, kaum durch einfache Mehrheiten veränderbaren Regeln schützen die Mitgliedsstaaten vor gegen sie wirkenden wesentlichen Mehrheitsentscheidungen ab und tragen damit zu einer



deutlichen Minderung der erwarteten externen Kosten bei. Möglicherweise würde beispielsweise eine strikte europarechtliche Beschränkung des Asylrechts auf politische, religiöse oder ethische Verfolgung mit klarer Trennlinie zur nicht-tolerierten wirtschaftlichen Migration die Widerstände mancher Mitgliedstaaten zur Aufnahme von Flüchtlingen (nach situativen Regeln) mindern. Im protective state kann auf die Zweiteilung in solche Grundsatz- und Ausführungsregel verzichtet werden, da ja dort mit Einstimmigkeit oder hohen Mehrheiten entschieden wird.

## V. Anwendung der ökonomischen Theorie auf das Europarecht und die Europarechtswissenschaft

Auf den ersten Blick scheinen die europäischen Institutionen den Organisationsprinzipien der ökonomischen Verfassungstheorie Genüge zu tun. Der AEUV ist im Grundsatz als Verfassungsvertrag ausgestaltet, der nur nach dem Prinzip der Einstimmigkeit mit allen Mitgliedsstaaten veränderbar ist.<sup>16</sup> Auf der Basis des AEUV entscheiden Rat und Parlament mit den modifizierten Mehrheitsregeln des Lissabon-Vertrages. Eine Reihe von Punkten deuten jedoch auf offene Fragen hin:

- Das Prinzip der Einstimmigkeit über den Verfassungsvertrag ist ausgehöhlt.<sup>17</sup> Nach dem vereinfachten Vertragsveränderungsverfahren des Art. 48, VI AEUV kann beispielsweise eine Vertragsänderungen in einer Vielzahl von Politikbereichen nach Einstimmigkeit im Rat und bei den Mitgliedsstaaten erfolgen, ohne dass eine Ratifizierung über Volksabstimmungen erfolgen muss. Insofern wird fraglich, ob die Präferenzen der Stimmbürger in den Mitgliedstaaten hinreichend berücksichtigt werden.
- Die Europäische Kommission hat sicherlich eine wichtige Funktion, da sie als europäische Institution die Durchsetzung des europäischen protective state übernimmt („Hüterin der Verträge“).<sup>18</sup> Sie sieht sich aber auch als Motor der Europäischen Einigung und damit ökonomisch interpretierbar als Anbieter des europäischen productive state. Hierbei müsste sie jedoch auch prüfen, ob öffentliche Güter aufgrund von erheblichen Präferenzunterschieden, aus Benchmark-Aspekten oder wegen fehlender Größenvorteile zentraler Bereitstellung besser auf Nationalstaatsebene angeboten werden sollten. Es besteht also die Gefahr der zu weitgehenden Zentralisierung.
- Der Europäische Gerichtshof hat die Aufgabe der Auslegung des Europäischen Rechts (Art. 251 ff. AEUV). Zu prüfen ist, ob er nicht eine Schlagseite hinsichtlich der Zentralisierung von europäischen Aufgaben hat und dabei die Interessen der Mitgliedsstaaten an Dezentralisierung unterschätzt.

16 A. Haratsch, C. Koenig, M. Pechstein, (Fn. 7), S. 41 ff.

17 C. B. Blankart (Fn. 4), S. 664 ff.

18 Vgl. C. B. Blankart (Fn. 4), S. 656 sowie C. B. Blankart, Föderalismus in Deutschland und in Europa, 2007, S. 98 ff.

Es ist grundsätzlich zu fragen, ob die Interessen der Mitgliedsstaaten, nicht im Rahmen von Mehrheitsentscheidungen überstimmt zu werden und damit externe Kosten tragen zu müssen, durch die praktizierte Einstimmigkeit im AEUV hinreichend gewahrt sind. Je bestandssicherer der Vertrag ausgestaltet und interpretiert würde, umso eher würde Mitgliedsstaaten sich auf eine weitergehende Bereitstellung europäischer Güter des productive states einlassen. Die Zustandsbeschreibung des heutigen europäischen Institutionengeflechts lassen Zweifel aufkommen, ob eine hinreichende Bestandssicherheit besteht.

Mit den ausschließlichen Zuständigkeiten der Europäischen Union für Zollfragen, für die für den Binnenmarkt unerlässlichen Wettbewerbsregeln, die gemeinsame (internationale) Handelspolitik sowie der Euro-Währungspolitik (Art. 3 *AEUV*) stößt die Union in das Herz des international protective states, der aufgrund der dilemmatheoretischen Begründung im wohlverstandenen Interesse aller Mitgliedsstaaten sicherlich mit Hilfe von Kommission und Gerichtshof auch durchgesetzt werden muss. Die gemeinsamen Interessen erlauben auch Entscheidungsregeln nahe der Einstimmigkeit. Die ebenfalls in Art. 3 verankerte Gemeinsame Fischereipolitik passt nicht ohne weiteres in diese Zuordnung.

Die in Art. 4 *AEUV* aufgezählten, relativ umfassenden Politikbereiche lassen sicherlich vermuten, dass dort prinzipiell alle denkbaren europäischen öffentlichen Güter des productive states eingeordnet werden können. Nach Art. 5, III *AEUV* soll die Europäische Union jedoch nur nach den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit (für das Ziel der Verträge erforderlich?) und Subsidiarität tätig werden, wobei letzteres auf fehlende Umsetzungsmöglichkeiten der Mitgliedsstaaten abhebt. Freilich soll die Union diese Aufgaben nur übernehmen, wenn sie dazu in der Lage ist. Die Instrumente der Gelben und Orangen Karten sollen den Mitgliedsstaaten – bei Einhaltung bestimmter Quorren – die Möglichkeit verschaffen, die Europäischen Institutionen zu drängen, die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit erneut zu prüfen; nur über eine erfolgreiche Klage beim EuGH können jedoch die Mitgliedsstaaten gegen den Willen der Europäischen Mehrheiten Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit durchsetzen.

Aus der Sicht von Mitgliedstaaten, die eine dezentrale Bereitstellung der öffentlichen Güter des protective state bevorzugen, dürfte die bisherige institutionelle Absicherung des Subsidiarität- und des Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht ausreichen. Sie erwarten vermutlich eine bessere, bestandssichere EU-Verfassung, um weitere Schritte in Richtung öffentliche Güter des productive state zuzulassen.

Die Wirtschaftswissenschaft kann in Bezug auf das Europarecht mit der ökonomischen Verfassungstheorie ein Bezugssystem aufbauen, wonach zwischen europäischen protective und productive state zu unterscheiden ist, und im productive state eine europäische Bereitstellung der öffentlichen Güter bei hinreichenden Größen- und Verbundvorteilen oder Wirksamkeitsvorzügen, geringen Präferenzunterschieden oder fehlenden interstaatlichen Kontrahierungsmöglichkeiten anzustreben sei. Insbesondere hohe erwartete externe Kosten, die bei einer unerwünschten Mehrheitsentscheidung auftreten, legen nahe, grundsätzliche Regeln auf der Ein-

stimmigkeitsebene der Verfassungsebene festzuschreiben. Mitgliedstaaten, die vermutlich divergente Präferenzen zur Mehrheitsmeinung aufweisen, werden somit eher bereit sein, sich auf weitere Integrationsschritte einzulassen. In der Europarechtswissenschaft könnten diese Überlegungen einfließen und prägend wirken, wie die noch sehr unkonkreten Rechtsbegriffe der Verhältnismäßigkeit und der Subsidiarität aufzufassen und auszulegen sind. Eine wechselseitige Befruchtung der Wirtschafts- und der Rechtswissenschaften in Bezug auf Europa könnte wesentlich dazu beitragen, die europäische Debatte auf die sachlich zu entscheidenden Fragen zu konzentrieren. Je besser diese Fragen geklärt werden, umso weniger wird die Gefahr bestehen, dass unzufriedene Mitgliedstaaten die rote Karte des Austritts ziehen wollen.



## Erwartungen der gerichtlichen Praxis an die Wissenschaft des Europarechts

*Von Vassilios Skouris, Thessaloniki/Hamburg\**

### I. Einführung

Herr *Hatje* war so freundlich, mir Anregungen für meinen Beitrag zu geben, die ich gern aufnehme in der Hoffnung, die Bedeutung der Europarechtswissenschaft für die Praxis und insbesondere für die Arbeit des Gerichtshofs der Europäischen Union in das rechte Licht zu rücken. Es geht im Wesentlichen um die Fragen, (erstens) ob und inwieweit der EuGH die Vorschläge und Erkenntnisse der Doktrin in seine Überlegungen überhaupt einbezieht und (zweitens) ob es nach Ansicht der Luxemburger Richter und Generalanwälte von einer einheitlichen und strukturell geschlossenen Europarechtswissenschaft die Rede sein kann oder ob die parallele Existenz mehrerer „Wissenschaften“ in den Mitgliedstaaten einem echten Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis entgegensteht, weil die Mitglieder des EuGH logischerweise nur sehr beschränkt und selektiv den Zugang zu der einschlägigen und umfangreichen Literatur suchen werden.

### II. Der Stellenwert der Doktrin in der Praxis des EuGH

#### 1. Urteile und Schlussanträge

Was die erste Frage betrifft, wäre als erstes festzuhalten, dass der Gerichtshof – anders als die deutschen Gerichte – in seinen Urteilen und Beschlüssen keine Literatur zitiert. Es wäre aber voreilig, daraus den Schluss zu ziehen, dass er die Doktrin vernachlässigt oder gar ignoriert: Denn zum einen findet in den Schlussanträgen der Generalanwälte ein echtes und fruchtbares Gespräch mit den Vertretern der Europarechtswissenschaft statt – und die Schlussanträge spielen immer eine wichtige Rolle bei der Beratung der Urteile. Ohne ein gemeinsames Konzept zu teilen, setzen sich die Generalanwälte oft mit der einschlägigen Literatur richtig und intensiv auseinander, bedienen sich dabei ihrer besonderen Sprachkenntnisse und stellen auf diese Weise einer breiteren Öffentlichkeit auch wissenschaftliche Beiträge vor, die in weniger geläufigen Sprachen verfasst sind<sup>1</sup>. Durch die ent-

\* Prof. Dr. Dr. h.c. Vassilios Skouris ist Affiliate Professor an der Bucerius Law School in Hamburg und Präsident des Europäischen Gerichtshofs a.D.

1 Mittlerweile sind 11 Generalanwälte am Gerichtshof tätig, von denen 6 von den größeren Mitgliedstaaten vorgeschlagen werden (Deutschland, Frankreich, Vereinigtes Königreich, Italien, Spanien und Polen), die gewissermaßen einen permanenten Posten beanspruchen, während die übrigen 5 Generalanwälte aus den mittleren und kleineren Mitgliedstaaten kommen, einem Rotationsprinzip unterliegen und nach Ablauf ihres sechsjährigen Mandats den Gerichtshof verlassen. Es sind gerade die rotierenden Generalanwälte, die auf die in ihrer (normalerweise wenig verbreiteten) Muttersprache verfassten Literaturbeiträge zurückgreifen und diese zitieren.

sprechenden Verweisungen erhalten die Kabinette der erkennenden Richter unmittelbaren Einblick in die Wissenschaft. Zum anderen fehlen in der Judikatur des EuGH (auch) Hinweise auf die Urteile mitgliedstaatlicher Gerichte – wie bekannt, wird außer der eigenen Judikatur nur diese des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zitiert –, obwohl inzwischen jedermann weiß, dass die Rechtsprechung sowohl der obersten Gerichte der Mitgliedstaaten als auch der immer wichtiger werdenden Verfassungsgerichte in Luxemburg sehr wohl und sehr genau verfolgt wird.

## 2. *Der Beitrag des Forschungs- und Dokumentationsdienstes*

Die in allen Amtssprachen übersetzten Schlussanträge illustrieren, dass die Europarechtswissenschaft in der täglichen Arbeit des Gerichtshofs präsent ist. Doch bilden sie nicht das einzige Mittel, das den Richtern ermöglicht, von wissenschaftlichen Beiträgen Kenntnis zu erlangen. Denn der EuGH verfügt schon lange über einen ausgebauten Forschungs- und Dokumentationsdienst, der seit einigen Jahren die Stärke einer Generaldirektion erreicht hat, mit jungen und motivierten Jura-Absolventen aus allen Mitgliedstaaten besetzt ist und eine Reihe wichtiger Aufgaben wahrnimmt. Er steht unter der Leitung des mittlerweile zweiten Generaldirektors aus Deutschland und bildet eine organisatorische Einheit mit der beispiellos reichen Bibliothek des Gerichtshofs. Nach meiner Überzeugung kann man in dieser Bibliothek alle – wirklich alle – Titel finden, d.h. Bücher und Periodika, die auf den Gebieten des Europarechts, des internationalen Rechts und der Rechtsvergleichung erschienen sind bzw. erscheinen und sämtliche Amtssprachen decken. Mit solchen Hilfsmitteln ausgestattet haben die Mitarbeiter des Gerichtshofs vollen Zugang zu jeder denkbaren Quelle aus dem Schrifttum.

Besonderer Erwähnung bedarf die Tätigkeit des Forschungs- und Dokumentationsdienstes im Rahmen der sog. Forschungsstudien (besser: notes de recherche), die direkt mit der rechtsprechenden Tätigkeit verbunden sind. Jeder Richter und Generalanwalt kann bei der Bearbeitung der ihm anvertrauten Fälle vorschlagen, dass ein spezieller Forschungsbericht über eine bestimmte Rechtsfrage erstellt wird, die in der ganz überwiegenden Zahl der Fälle rechtsvergleichenden Charakter hat, d.h. die Problematik aus der Sicht mehrerer – ausnahmsweise sogar aller – Mitgliedstaaten untersucht. Diese Übersicht wird auf der Grundlage der einschlägigen nationalen Judikatur und Literatur unter der Aufsicht erfahrener und qualifizierter Juristen erstellt und allen Mitgliedern des EuGH zur Verfügung gestellt. Die Forschungsberichte spielen bei der Behandlung der Rechtssachen einschließlich der Beratung eine nicht zu unterschätzende Rolle, sie sind von hoher Qualität und wären als kurze oder längere rechtsvergleichende Studien in aller Regel veröffentlichungswürdig. Sie gelten allerdings nicht als veröffentlichungsfähig, weil sie als Teile der spezifischen Rechtsakte an dem Beratungsgeheimnis teilhaben, was auf der anderen Seite als Anerkennung ihres potentiellen Einflusses auf die Rechtsprechung zu werten ist.

Eine weitere wichtige Leistung des Forschungsdienstes liegt in der Erstellung erschöpfender Listen mit Hinweisen auf die Besprechung der verkündeten Urteile und Beschlüsse. Damit werden die Mitglieder des EuGH mit den Reaktionen der Doktrin auf die Rechtsprechung vertraut und können daraus ihre Schlüsse ziehen. Wieder ist zu betonen, dass in den besagten Listen, die auch der Öffentlichkeit zugänglich sind, Stellungnahmen in allen Amtssprachen aufgenommen werden. Auf diese Weise liegt ein treues Bild über die Aufnahme bzw. Akzeptanz der Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten vor, das jedermann erlaubt, auch über die manchmal sehr harte Kritik gegen die Urteile treu und umfassend informiert zu werden.

### *3. Teilnahme der EuGH-Mitglieder am akademischen Leben*

Es fehlt also nicht an zuverlässigen und gezielten Auskünften über die juristische Literatur zum Europarecht und insbesondere zur Judikatur des EuGH. Doch damit wird das Verhältnis der Richter und Generalanwälte des Gerichtshofs zur Wissenschaft nur partiell beschrieben. Denn es ist bekannt, dass die Mitglieder des EuGH aktiv am akademischen Leben partizipieren, Vorträge halten, an Kongressen und Kolloquien fleißig mitwirken, m.a.W. das Gespräch sowohl mit ihren Kollegen in den Mitgliedstaaten als auch mit den Vertretern des Europarechts suchen. Das betrifft vorwiegend, aber bei weitem nicht allein, die nicht gerade wenigen Mitglieder des Gerichtshofs, die vor ihrer Ernennung Hochschullehrer waren und daher gewissermaßen „vorbelastet“ sind. Ich selbst habe auch in meiner aktiven Zeit am EuGH viele Gelegenheiten wahrgenommen, den Dialog mit der Wissenschaft zu pflegen und dabei besonderen Wert darauf gelegt, die aktuelle Rechtsprechung zu erläutern. Über die aktive Teilnahme an akademischen Veranstaltungen hinaus zeichnen die Mitglieder des Gerichtshofs und ihre Mitarbeiter verantwortlich für schriftliche Abhandlungen, die nicht selten die Form von richtigen Lehrbüchern nehmen und einen nicht unerheblichen Einfluss auf die Entwicklung der Dogmatik des Europarechts ausüben. Man ist somit nicht nur Verbraucher der Rechtsliteratur, sondern bis zu einem gewissen Grad auch deren Mit-Erzeuger.

## **III. Gibt es eine einheitliche Europarechtswissenschaft?**

Doch hat diese Veranstaltung der Wissenschaftlichen Gesellschaft des Europarechts nicht den Eigenbeitrag der Angehörigen des Gerichtshofs zum Gegenstand. Damit komme ich zum zweiten Teil meines Statements, d.h. zu der Frage, ob eine einheitliche Europarechtsdoktrin existiert, die geeignet wäre, einen nennenswerten Einfluss auf die Praxis zu haben. Die Antwort ist hier nicht einfach, weil sie von verschiedenen Faktoren abhängt, die zunächst vorgestellt werden müssen.



### 1. Kein einheitlicher Typus des Europarechtlers

Als erster Punkt wäre zu erwähnen, dass kein einheitlicher Typ des „Europarechtsprofessors“ in der Union existiert. Das Europarecht wird sowohl von Wissenschaftlern gelehrt und erforscht, die dies zur ausschließlichen Aufgabe haben, als auch Hochschullehrern anvertraut, die nicht Nur-Europarechtler sind. Der Grund liegt in den unterschiedlichen Traditionen, nach denen Lehrstühle in den Universitäten der Mitgliedstaaten kreiert und ausgeschrieben werden. So bildet hierzulande das Europarecht ausschreibungsmäßig ein Nebenfach und zwar nicht allein, sondern oft gemeinsam mit dem Völkerrecht bzw. dem Internationalen Privatrecht, weil der entsprechende Lehrstuhl normalerweise das Öffentliche Recht und seltener das Privatrecht als Hauptfach hat. Anders ist die Situation in den meisten anderen Mitgliedstaaten, auf jeden Fall und ausgerechnet im Vereinigten Königreich, aber auch dort, wo ich herkomme: Die Regel sind rein europarechtliche Stellen und Lehrstühle, was sich nicht unbedingt in der Zahl der ausschließlich dem Unionsrecht gewidmeten Beiträge ihrer Inhaber niederschlägt, aber sich auf die Präsenz des Unionsrechts in der Lehre auswirkt. Nach meinem Eindruck hat das Europarecht im Studienplan der deutschen Universitäten nicht den Stellenplatz, der ihm angesichts seiner Tragweite gebührt – und ich frage mich ob das nicht auch damit zusammenhängt, dass die mit seiner Lehre beauftragten Hochschullehrer ihr Deputat mit dem dazugehörigen Hauptfach partiell ausfüllen (müssen)<sup>2</sup>. Wenn es zutrifft, dass die mit Abstand meisten nationalen Rechtsnormen europäische Rechtsakte zur Grundlage haben, wäre es logisch, den Lehrplan an dieser Tatsache zu orientieren. Grob gesagt, sollte das Unionsrecht in der Hierarchie der verschiedenen Fächer denselben Platz einnehmen wie das Staatsrecht, um dem Umstand Rechnung zu tragen, dass das nationale Recht nicht wie früher aus einer<sup>3</sup>, sondern aus zwei mindestens gleichberechtigten Quellen entspringt – der nationalen und der unionalen.

Mit diesen Bemerkungen möchte ich keineswegs für die Übernahme des Modells des Nur-Europarechtlers in Deutschland plädieren. Mir sind die Vorteile des deutschen Systems sehr wohl bewusst, weil die Verbindung mit einem Hauptfach in Forschung und Lehre überzogenen Spezialisierungstendenzen einen Riegel vorschiebt und gewährleistet, dass die Dogmatik des Europarechts sich von der allgemeinen Rechtsentwicklung nicht entfernt. Die Erfahrung beim EuGH hat mich in der Überzeugung bestärkt, dass es nicht wünschenswert ist, mit Rücksicht auf die manchmal überbetonte Besonderheit des Unionsrechts diese Rechtsdisziplin von der Gesamtrechtsordnung abzukoppeln, sondern im Gegenteil das Europarecht als untrennbaren Teil dieser einheitlichen und geschlossenen Rechtsordnung zu begreifen. Um das zu erreichen, muss der Europarechtler das nationale Recht voll

2 Vgl. dazu die Ausführungen von D. Thym, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland, EuR 2015, 673 ff. (686 ff.).

3 Man darf nicht übersehen, dass auch das Völkerrecht und insbesondere die völkerrechtlichen Verträge eine weitere Rechtsquelle bilden.

beherrschen und stets den Kontakt zu ihm suchen. Wir benötigen ein Europarecht, das von jedem Rechtsanwender in den Mitgliedstaaten richtig verstanden und sinnvoll in die eigene Rechtsordnung eingeführt wird, damit es anschließend vernünftig angewendet werden kann.

## 2. Die Sprachenvielfalt als Vorteil

Der nächste Gesichtspunkt auf der Suche nach einer einheitlichen Europarechtswissenschaft ist noch sensibler, insofern er mit der Sprache als Ausdrucksmittel jeder unionsrechtsbezogenen Stellungnahme verbunden ist. Bekanntlich gibt es 24 Amtssprachen in der EU und trotz mancher Versuche, das Sprachenregime zu ändern und auf einige wenige Sprachen zu reduzieren, gilt die Sprachenpluralität immer noch und wird wohl weiterbestehen<sup>4</sup>. Schließlich wird die EU durch Art. 3 Abs. 3 Unterabs. 4 EUV beauftragt, den Reichtum ihrer kulturellen und sprachlichen Vielfalt zu wahren, und durch Art. 22 der Grundrechte-Charta angehalten, „die Vielfalt der Kulturen, Religionen und Sprachen“ zu achten. Die Vorteile dieses Auftrags dürfen nicht unterschätzt werden, Sprachenvielfalt bedeutet auch kulturelle Vielfalt und stellt das wirksamste Instrument für den Vollzug des Unionsrechts in den Mitgliedstaaten dar. Würden die Unionsrechtsakte normativen Charakters<sup>5</sup> einschließlich der Urteile des EuGH und der Schlussanträge der Generalanwälte nicht in allen Amtssprachen zur Verfügung stehen, dann würde das Unionsrecht mit Sicherheit den Grad an Befolgung und Durchsetzung verfehlen, der ihm heute eigen ist.

## 3. Die Sprachenvielfalt als Hindernis

Die Sprachenpluralität hat auch positive Auswirkungen auf die Europarechtswissenschaft, insoweit sie ihren Vertretern ermöglicht, sich in ihrer Muttersprache zu äußern. Tatsächlich gibt es in allen Mitgliedstaaten eine Doktrin des Europarechts, die – wie ich glaube – niemand missen will. Auf der anderen Seite ist es eine Tatsache, dass Sprachen auch Barrieren aufstellen, weil selbst die sprachbegabtesten Juristen nur einen Teil der einschlägigen Literatur lesen und benutzen können. Das ist zuallererst ein Problem für diejenigen Amtssprachen, die – stattlich an der Zahl – mehr oder weniger in einem einzigen mittelgroßen oder kleinen Land der EU gesprochen werden. Besser scheint die Lage zu sein für die sog. *langues-pivots*, d.h. Englisch, Französisch, Deutsch, Italienisch und Spanisch, die entweder als Mutter- oder als Fremdsprachen von einer größeren Anzahl von Personen beherrscht werden. Wer demnach eine dieser Sprachen benutzt, erreicht einen breiteren Interessentenkreis. Allerdings stehen wir seit einigen Jahren einem Phänomen gegenüber, das langsam aber sicher zu einer weiteren Konzentration

4 Das folgt aus der grundlegenden VO Nr. 1/1958 zur Regelung der Sprachfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, ABl. EU 1958, 385/58.

5 Die Veröffentlichung in allen Amtssprachen ist für die Verträge in Art. 55 EUV und Art. 358 AEUV und für sonstige Normativakte in Art. 4 der VO Nr. 1/1958, ABl. EU 1958, 385/58 niedergelegt.

der gängigen Sprachen führt und viele Wissenschaftler veranlasst, wenn möglich auf Englisch zu publizieren<sup>6</sup>. Diese Erscheinung darf nicht isoliert betrachtet werden, sondern steht in Verbindung zu der rasanten Verbreitung der englischen Sprache auch im rechtswissenschaftlichen Studium: Seit langem werden ganze Studiengänge außerhalb des Vereinigten Königreichs nur oder auch auf Englisch angeboten, bei den Master-Programmen kommt Englisch noch häufiger vor, nicht-britische Zeitschriften erscheinen mit exklusiv auf Englisch verfassten Beiträgen, Kongresse, Kolloquien und Tagungen finden auf Englisch statt und selbst wenn Englisch nicht die einzige Kongresssprache sein sollte, kommt es auf das gleiche Ergebnis hinaus, weil Englisch auch unter diesen Umständen klar dominiert. Diese Entwicklung führt unvermeidlich dazu, dass das wissenschaftliche Gespräch sich zunehmend auf die in englischer Sprache verfügbaren Beiträge konzentriert und damit wichtige Publikationen, die beispielsweise auf Deutsch oder Französisch verfasst sind, nur ausnahmsweise zur Kenntnis nimmt.

#### 4. Chancen und Risiken der Sprachenkonzentration

In diesem Sinn könnte davon die Rede sein, dass eine paneuropäische Europa-rechtswissenschaft im Entstehen begriffen ist und durch die Beschränkung auf eine einzige Sprache den Meinungsaustausch aktiviert, simplifiziert und intensiviert. Das mag bis zu einem gewissen Grad zutreffen, ist wahrscheinlich unaufhaltsam und generell nicht zu verurteilen, wobei die Auswirkungen des Brexit auch hier abzuwarten wären. Sollte aber diese Entwicklung sich fort- und durchsetzen, dann würde dies den wissenschaftlichen Diskurs wesentlich reduzieren, weil Abhandlungen in Deutsch und Französisch, aber auch in Italienisch und Spanisch nicht mehr berücksichtigt würden – und das wäre ein bedauerlicher und enormer Verlust<sup>7</sup>. Denn es ist klar, dass in diesen vier Sprachen Wichtiges vorgelegt wird, das unter keinen Umständen der Alleinherrschaft einer Sprache zum Opfer fallen darf. Hinzu kommt, dass man auf diese Weise den Zugriff zu wichtigen Urteilen der höchsten Gerichte großer Mitgliedstaaten verlieren würde. Jedermann sollte überlegen, was es heißt, Entscheidungen des deutschen Bundesverfassungsgerichts oder des französischen Staatsrats in aufsehenerregenden Fällen nicht mehr begreifen zu können. Die jungen Wissenschaftler wären deshalb gut beraten und sollten dazu aufgefordert werden, ihre Sprachkenntnisse zu erweitern und soweit wie möglich auch außerenglisches Schrifttum und außerenglische Jurisprudenz zu konsultieren und zu zitieren<sup>8</sup>.

Selbst wenn dies gelingen sollte, hätten wir immer noch keinen Zugang zu Beiträgen, die in den wenig verbreiteten Amtssprachen der EU geschrieben werden. Viele von ihnen sind wertvoll und verdienen es, bekannt zu werden. In diesem Sinn hatte ich vor gut einem Jahr in einem Editorial aus Anlass des 25jährigen

6 D. Thym, aaO S. 678 ff. m.w.N.

7 Zur Zitierpraxis vgl. die aussagekräftigen Angaben bei D. Thym, aaO S. 673 ff.

8 Vgl. Dazu meinen Beitrag "Law and Languages", veröffentlicht im Bucerius Law Journal 2/2016.

Jubiläums der Europäischen Zeitschrift für Wirtschaftsrecht die Idee formuliert, dass die Herausgeber bzw. Schriftführer der dem Europarecht gewidmeten repräsentativen Zeitschriften erwägen sollten, ihre Publikationsorgane und –programme zu koordinieren, damit ein Referenzsystem für europäische Periodika in mehreren Sprachen entstehen kann, das qualitätsvolle Abhandlungen einem größeren Publikum zugänglich macht<sup>9</sup>. Das 50jährige Jubiläum des „Europarechts“, das wir heute feiern, erlaubt mir, diesen Vorschlag erneut zur Diskussion zu stellen. Eine in vielen, wenn nicht allen Amtssprachen der Union erscheinende und gemeinsam geplante Zeitschrift für Europarecht in Archivform wäre einerseits für jüngere Wissenschaftler ein Ansporn, sich einem noblen Wettbewerb zu stellen und würde darüber hinaus der Entstehung einer paneuropäischen Doktrin Voranschub leisten. Wenn Rechtswissenschaftler aus verschiedenen Mitgliedstaaten voneinander Kenntnis erlangen, weil sie miteinander publizieren, werden sie eher in der Lage sein, Fremdprodukte gewinnbringend in ihre eigene Arbeit aufzunehmen und so den Boden für ein gemeinsames Europarecht vorzubereiten.

#### **IV. Von der Autonomie des Unionsrechts zur Autonomie der Unionsrechtswissenschaft**

Dieser letzte Punkt bringt mich auf die Kernfrage der heutigen Veranstaltung zurück, die nicht in einem Satz zu beantworten ist. Erst muss Klarheit darüber gewonnen werden, ob eine autonome und einheitliche Europarechtswissenschaft wünschenswert ist. Vor dem Hintergrund der Autonomie des Unionsrechts, die in der Rechtsprechung des EuGH einen hohen Stellenwert hat und im viel beachteten (und gescholtenen) Gutachten zum Beitritt der Union zur EMRK besonders hervorgehoben wird, wäre es sachgerecht, eine autonome Dogmatik zu entwickeln, die in der Lage wäre, die einmalige Rechtsfigur der supranationalen Gemeinschaft „Europäische Union“ richtig zu beschreiben und einzuordnen. Es ist nämlich enttäuschend, dass noch heute, d.h. über 50 Jahre nach van Gend & Loos und Costa/Enel, über den Vorrang und die unmittelbare Wirkung des Unionsrechts diskutiert und sogar gestritten wird, weil die Lehre in den Mitgliedstaaten nicht über den eigenen „Verfassungsschatten“ springen kann oder das genuin nationale Recht gegenüber dem Unionsrecht unter allen Umständen verteidigen will. Die Funktion der auf gemeinsamen Fundamenten basierenden Europarechtswissenschaft ist, hier Überzeugungsarbeit zu leisten, die Autonomie des Unionsrechts zu erklären und in die nationale Rechtsordnung harmonisch zu integrieren. Sonst läuft die Rechtsgemeinschaft „Europäische Union“ Gefahr, dieses seit langem verdiente Attribut zu verlieren. Wenn und solange es zutrifft, dass die Union ein Produkt des Rechts ist, dann fällt der Europarechtsdoktrin die große Verantwortung zu, diesen Rechtsstandpunkt zum Gemeingut in allen 27 (?) Mitgliedstaaten

9 V. Skouris, Der Dialog des EuGH mit Praxis und Wissenschaft, Gastkommentar, EuZW 2015, 241 ff.

zu machen. Die Aufgabe ist schwierig und wurde infolge der Erweiterung der Union nach 2004 noch komplizierter. Erst jetzt werden die Auswirkungen des Beitritts 13 neuer Staaten voll sichtbar und werfen in Verbindung mit dem anstehenden Brexit neue und subtile Fragen auf. Sie müssen aber beantwortet werden, weil die EU mit keinen anderen Machtmitteln als mit den Mitteln des Rechts ausgerüstet ist und nur diese einsetzen kann, um weiter zu bestehen. In diesem Sinn obliegt es der Europarechtswissenschaft, die Herausforderung anzunehmen und noch effizienter als bisher das Erreichte zu verteidigen.

# **IV. Europarechtswissenschaft als eigenständige Disziplin?**





## Europarechtswissenschaft als eigenständige Disziplin? – Theoretische Grundfragen –

Von Ino Augsberg, Kiel\*

### I. Einleitung

Die vorgegebene Thematisierung „theoretischer Grundfragen“ hinsichtlich eines Problemfelds, das „Europarechtswissenschaft als eigenständige Disziplin?“ überschrieben ist, verweist auf die Erwartung, zumindest auf die Möglichkeit, dass eine bestimmte als erforderlich erachtete Selbstvergewisserung in einem Spezialbereich der Rechtswissenschaft an Problemstellungen und eventuell auch Problemlösungen anknüpfen kann, die andernorts in allgemeinerer Hinsicht bereits diskutiert worden sind. Im Fokus steht damit nicht die Beschreibung des tatsächlichen gegenwärtigen Zustands (und der möglichen Entwicklungsperspektiven) des Fachs „Europarecht“, mit besonderem Blick auf seinen etwaig heiklen Status als separate akademische Disziplin.<sup>1</sup> Abstrakter gefasst lautet die Frage vielmehr: Unter welchen Voraussetzungen ist eine disziplinar begrenzte Eigenständigkeit im Bereich des Themengebiets „Recht“ überhaupt möglich? Und noch weiter gefasst, insofern die erste Frage zu bejahen, also die Eigenständigkeit grundsätzlich vorstellbar sein sollte: Ist sie dann auch wünschenswert? Es geht also weniger um eine aktuelle Gegenstandsanalyse als um eine Erweiterung der Perspektive, die den Blick auf Voraussetzungen und Möglichkeiten (europa-)rechtswissenschaftlicher Forschung lenken will.

Diesem Ziel versuche ich im Folgenden in drei Schritten näherzukommen. Am Anfang steht eine knappe Bestandsaufnahme, die zunächst jenes gewisse Unbehagen näher erläutern will, das offenbar einer solchen Fragestellung zugrunde liegt. Warum wird ausgerechnet in der Rechtswissenschaft, in allen ihren (Unter-)Disziplinen, der eigene Wissenschaftscharakter immer wieder als problematisch erlebt?<sup>2</sup> Weshalb erscheinen gerade hier die Eigenständigkeit oder das „Proprium“ der Disziplin als so prekär, dass sich die Rechtswissenschaft ihrer stets aufs Neue

\* Prof. Dr. Dr. Ino Augsberg ist Inhaber des Lehrstuhls für Rechtsphilosophie und Öffentliches Recht an der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel. Für wertvolle Kritik und Anregungen gilt mein herzlicher Dank Jörg Terhechte und Ferdinand Wollenschläger.

1 Vgl. dazu instruktiv *A. von Bogdandy*, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht. Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union, *Der Staat* 2001, S. 3 ff.; sowie *ders.*, Was ist Europarecht? Eine Fortschreibung von Begriff und Disziplin, *JZ* 2017, S. 589 ff.; ferner *D. Thym*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland, *EuR* 2015, S. 671 ff.; sowie den Beitrag von *J. P. Terhechte*, i.d.Bd., S. 61 ff.

2 Vgl. zu aktuellen Diskussionen in diesem Kontext etwa *O. Lepsius*, Relationen. Plädoyer für eine bessere Rechtswissenschaft, 2016, S. 1 ff., m.zahlr.w.N.; als Beispiel für das Alter der Debatte etwa *R. von Jhering*, Ist die Jurisprudenz eine Wissenschaft? Jherings Wiener Antrittsvorlesung vom 16. Oktober 1868, *O. Behrends* (Hrsg.), 1998.

vergewissern muss<sup>3</sup> Es geht also zunächst um einen Befund zum Problemstand (II.). Davon ausgehend will ich in einem zweiten Schritt einige Voraussetzungen skizzieren, die man vor diesem Hintergrund für die Eigenständigkeit einer Disziplin als erforderlich erachten könnte (III.). Der dritte Schritt stellt dann die Frage, in welchem Maße eine solche Eigenständigkeit überhaupt sinnvoll erscheint<sup>4</sup> – und was die Alternative zum Ideal disziplinär disziplinierter Geschlossenheit sein könnte (IV.). Ein knappes Fazit fasst das Ergebnis der Überlegungen zusammen (V.).

## II. Das Unbehagen der Rechtswissenschaft gegenüber der eigenen Wissenschaftlichkeit

Woher also kommt das Unbehagen gegenüber der Wissenschaftlichkeit der eigenen Profession? Drei Beobachtungen zu aktuellen Debatten möchte ich skizzieren. Die erste Beobachtung betrifft eine Art Renaissance bereits sehr alter (Vor-)Urteile, die die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft behaupten (1.). Die zweite Beobachtung bezieht sich auf den im Jahr 2012 erschienenen Bericht des Wissenschaftsrats und die in ihm enthaltenen Aussagen sowohl zum Ist- wie zum wünschenswerten Soll-Zustand des Fachs (2.). Die dritte Beobachtung schließlich schildert eine bereits vor einigen Jahren begonnene, aber immer noch fortdauernde Debatte über den Status der Dogmatik als rechtswissenschaftliches Vorzeigeverfahren (3.).

### 1. Eine alte Klage

Am Anfang steht die Einsicht: Die entsprechenden Klagen über den offenbar prekären Status der Wissenschaft des Rechts sind alt. Mehr noch: In ihrer fast kanonisch gewordenen Gestalt als Selbstanklage, der dann allerdings meist doch keine scharfe Verurteilung, sondern allenfalls eine Art Bewährungsaufgabe folgt, wurden und werden sie in juristischen Sonntagsreden bis zum Überdruß strapaziert.<sup>5</sup> Ins Affirmative gewendet findet sich die Figur in einer Differenzierung wieder, die die szientifische Behandlung des Rechts für defizitär erklärt und dementsprechend einer auf unzulässige Weise am Ideal der Naturwissenschaften orientierten

3 Vgl. etwa die Beiträge in C. Engel/W. Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2008. Für das Öffentliche Recht bezeichnend schon im Titel: *D. Grimm*, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, Tübingen 2012. Typisch sowohl in der scharfen Problemstellung wie in den moderaten Lösungsvorschlägen ferner etwa C. Möllers, *Acht Thesen zur Juristerei als Wissenschaft* (abrufbar unter <http://verfassungsblog.de/acht-thesen-zur-juristerei-als-wissenschaft/>).

4 Vgl. zu dieser Frage nach dem Sinn der disziplinären Abgrenzung auch den Beitrag von V. Skouris, i.d.Bd., S. 149 ff.

5 Vgl. instruktiv etwa die ironisierende Darstellung bereits bei G. Radbruch, *Einführung in die Rechtswissenschaft* 1. Aufl. 1910, in: *ders.*, Gesamtausgabe, Band 1: *Rechtsphilosophie I*, 1987, S. 91 ff. (199): „Der wissenschaftlich-theoretische Mensch vergleicht die Willkürlichkeit des Rechtsgesetzes mit der Notwendigkeit des Naturgesetzes und fühlt sich in der Pflege des Zufällig-Positiven erniedrigt: was sind unsere Werke wert, ruft er mit Kirchmann aus, wenn ein Federstrich des Gesetzgebers sie zu Makulatur machen kann!“.

Rechtswissenschaft eine weiter verstandene Konzeption von Jurisprudenz gegenüberstellt.<sup>6</sup> Trotz dieses Alters der Debatte lohnt aus wenigstens zwei Gründen eine knappe Erinnerung an jenen besonders überstrapazierten berühmt-berüchtigten Federstrich des Gesetzgebers, der als Argument gegen die Werthaltigkeit juristischer Forschung herhalten musste.<sup>7</sup>

Erstens ließe sich dieser alten Klage aus aktueller Sicht auf das Europarecht ein Pendant an die Seite stellen. Man müsste nur Kirchmanns „Gesetzgeber“ durch „Regierungsgipfel“ ersetzen und käme dann zu dem bemerkenswerten, aber erstaunlich wenig thematisierten Ergebnis, dass jahrzehntelange Bemühungen um einen Selbststand des supranationalen Rechts, seine Eigenart als Rechtsgebiet *sui generis*,<sup>8</sup> offenbar bei Bedarf per Regierungsdekret in wieder recht traditionelle völkerrechtliche Formen zurückgeführt werden können.<sup>9</sup> Was das für die vorhandenen Bibliotheken europarechtlicher Literatur heißt, dürfte zumindest für eine sich als Kirchmann *redivivus* artikulierende Sicht auf der Hand liegen. Vor diesem Hintergrund erscheint eine Diskussion über die Konsequenzen der möglicherweise unvermeidbaren Kontingenz des Rechts gerade in diesem Bereich keineswegs obsolet, sondern hochaktuell.

Zweitens wird jene altbekannte Kritik, obwohl sie so ersichtlich dem positivistischen Wissenschaftsoptimismus des neunzehnten Jahrhunderts verpflichtet ist, auch in allgemeiner Hinsicht heute wieder für relevant gehalten. Eine neue Bewegung innerhalb der Rechtswissenschaft knüpft hier an.<sup>10</sup> Als „New Legal Rea-

6 Vgl. für die deutsche Debatte charakteristisch etwa *T. Viehweg*, *Topik und Jurisprudenz*. Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, 5. Aufl. 1974, S. 20 ff.

7 Vgl. *J. von Kirchmann*, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*. Ein Vortrag, gehalten in der juristischen Gesellschaft zu Berlin, 3. Aufl. 1848; zur nach wie vor lebhaften Diskussion des Buches nur die Kontroverse zwischen *C. Engel*, *Wiedergelesen: Julius von Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, *JZ* 2006, S. 614 ff., und *H. H. Jakobs*, *Abermals Wiedergelesen: Julius von Kirchmann, Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, 1848, *JZ* 2006, S. 1115 ff.

8 Vgl. zur Debatte im Ausgang von der berühmten Formulierung aus der Entscheidung „van Gend & Loos“, bei dem (damaligen) Gemeinschaftsrecht handle es sich um eine „neue Ordnung des Völkerrechts“ (EuGH Rs. 26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, I, 25) – mit Betonung auf der Neuheit, aufgrund derer die entstehende Ordnung dem klassischen Völkerrecht gerade entwachsen soll – nur die knappe Zusammenfassung bei *J. P. Terhechte*, „Eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts“ – Innovationsverfassung und Innovationen im Recht der EU, in: *W. Hoffmann-Riem* (Hrsg.), *Innovationen im Recht*, 2016, S. 159 ff. (160 ff.).

9 Vgl. dazu etwa *A. Voßkuhle*, *Die Verfassung der Mitte*, 2016, S. 54, der von einem „System intergouvernementalen Regierens“ spricht, „das in jüngerer Zeit neben bzw. an die Stelle der supranationalen Entscheidungsstrukturen der Union getreten ist“, und daran die Bemerkung anschließt: „Hier erfolgt eine vorrangig an politischen Interessen orientierte Krisenbewältigung durch die Regierungen.“ Zum Problem ferner den Beitrag von *J. P. Terhechte*, i.d.Bd., S. 61 ff.; deutlich auch *S. Augsberg*, *Agencification der Kommissionsverwaltung*, in: *J. P. Terhechte* (Hrsg.), *Internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts*, EuR-Beiheft 1(2016), S. 119 ff. (119). Zum Grundkonflikt instruktiv jetzt die Beiträge in *D. Chalmers/M. Jachtenfuchs/C. Joerges* (Hrsg.), *The End of the Eurocrats’ Dream. Adjusting to European Diversity*, 2016, v.a. *C. Joerges*, *Integration through law and the crisis of law in Europe’s emergency*, a.a.O., S. 299 ff.

10 Vgl. *H. Hamann*, *Evidenzbasierte Jurisprudenz. Methoden empirischer Forschung und ihr Erkenntniswert für das Recht am Beispiel des Gesellschaftsrechts*, 2014, S. 1, der dem ersten Kapitel seiner Arbeit ein Kirchmann-Motto voranstellt: „Wie viel besser wäre die Rechtswissenschaft daran, könnte sie, wie die Naturwissenschaften, unmittelbar an den Gegenstand herantreten“ (*von Kirchmann*, *Die Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft* (Fn. 7), S. 12). Auch wenn das nicht im strengen Sinne affirmativ als Übernahme der entsprechenden Perspektive gemeint sein dürfte, ist die damit vollzogene Anknüpfung an alte Bedenken doch bemerkenswert.

lism“ will sie im internationalen Rahmen vor allem das Völkerrecht erfassen.<sup>11</sup> Entsprechende Tendenzen finden sich aber auch im nationalen Rahmen mit Bezug auf das allgemeine öffentliche Recht.<sup>12</sup> Sie dürften (so sie es nicht längst getan hat) vermutlich bald auch das Europarecht als zu eroberndes Terrain für sich entdecken. Propagiert wird jeweils ein „empirical turn“ der Rechtswissenschaft, die ihr eigenes Verfahren nunmehr nur noch im engen Anschluss an die Erkenntnisse der empirisch arbeitenden Sozialwissenschaften betreiben soll. Empirische Daten und Statistiken sollen das bis dahin angeblich naive Wirklichkeitsverständnis der Rechtswissenschaft aufklären und dabei zugleich auf die juristischen Verfahren im engeren Sinne durchschlagen. Als Fluchtpunkt einer solchen Perspektive steht die Idee eines „evidence-based law“, die sich selbst als neuer rechtswissenschaftlicher Standard beschreibt.<sup>13</sup>

Ganz unabhängig davon, wie man zu diesem Lösungsansatz stehen mag, ist jedenfalls die dahinterstehende Diagnose klar. Offenkundig liegt dem vorgeschlagenen Perspektivwechsel der Befund zugrunde, dass die bestehende Rechtswissenschaft nicht ausreicht. In Zweifel gezogen wird nicht nur ihre adäquate Aufgabenerfüllung, sondern (zumindest implizit) ihr Wissenschaftsstatus selbst. Um ihn zu bewahren oder gar erstmals herzustellen, bedarf es der Unterstützung von außen. Beide Aspekte zeigen somit, dass die Reminiszenz an das neunzehnte Jahrhundert keinen bloßen Anachronismus beschreibt. Sie bietet vielmehr durchaus Anlass, auch und gerade gegenwärtig das Problem in seinen aktuellen Formen und Gestalten weiter zu diskutieren.

## 2. Der Bericht des Wissenschaftsrats 2012

Die zweite Beobachtung bezieht sich auf den vielzitierten Bericht des Wissenschaftsrats über die „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“.<sup>14</sup> Er ist in der Rechtswissenschaft, natürlich insbesondere von interessierten Kreisen, die ihn für eigene Zwecke, das heißt vor allem fakultäts- und fachpolitische Zielsetzungen zu nutzen suchen, erstaunlich positiv aufgenommen worden.<sup>15</sup> Energi-

11 Vgl. *G. Shaffer/T. Ginsburg*, The Empirical Turn in International Law, *American Journal of International Law* 106 (2012), S. 1 ff.; *G. Shaffer*, The New Legal Realist Approach to International Law, *Leiden Journal of International Law* 2015, S. 189 ff.; dazu *I. Augsberg*, Some Realism About New Legal Realism: What's New, What's Legal, What's Real?, *Leiden Journal of International Law* 2015, S. 457 ff.

12 Vgl. *N. Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende?, *Der Staat* 2010, S. 435 ff., dazu bereits *I. Augsberg*, Von einem neuerdings erhobenen empiristischen Ton in der Rechtswissenschaft, *Der Staat* 2012, S. 117 ff.

13 Vgl. *J. J. Rachlinski*, Evidence-Based Law, *Cornell Law Review* 2011, S. 901 ff. Dazu auch *I. Augsberg*, Evidence-based Law im Sozial- und Gesundheitsrecht? Chancen und Grenzen eines epistemologischen Modells, in: B. Buchner/K.-H. Ladeur (Hrsg.), *Wissensgenerierung und -verarbeitung im Gesundheits- und Sozialrecht*, 2016, S. 73 ff.

14 Vgl. Wissenschaftsrat, *Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland. Situation, Analysen, Empfehlungen*, 2012.

15 Zuspriech erfolgte erwartbarerweise v.a. von Seiten der Vertreter der sog. „Grundlagenfächer“, die ihre Position durch den Bericht gestärkt sehen. Vgl. entsprechend etwa die Einschätzungen durch *S. Grundmann*, Ein doppeltes Plädoyer für internationale Öffnung und stärker vernetzte Interdisziplinarität, *JZ* 2013, S. 693 ff., für den das Gutachten „ein ‚großer Wurf‘“ ist (a.a.O., S. 697); ähnlich *T. Gutmann*, Der Holzkopf des Phädrus – Perspektiven der Grundlagenfächer, *JZ* 2013, S. 697 ff., dessen Analyse in dem Satz endet: „Es kommt da-

scher Widerspruch fand kaum statt.<sup>16</sup> Erstaunlich ist diese Form der Rezeption deswegen, weil das Vorgehen aus rechtswissenschaftlicher Sicht zunächst einmal Anlass zur Besorgnis geben sollte. Das betrifft nicht erst das eigenartige, bemerkenswert intransparente Verfahren, in dem der Bericht zustande kam,<sup>17</sup> sondern schon die Aufgabenstellung als solche. „Wenn eine Einrichtung wie der Wissenschaftsrat eine solchen Bericht in Auftrag gibt“, konstatiert Oliver Lepsius zu Recht, „wird es für das Fach institutionell gefährlich, denn offenbar haben andere Disziplinen einen Aufklärungsbedarf, was Rechtswissenschaft so macht (und warum man sie an den Universitäten eigentlich braucht und nicht als Disziplin mit praktischen Erkenntnissen an Fachhochschulen abgäbe).“<sup>18</sup> Was als historische Reminiszenz zunächst nicht mehr als eine habituell gewordene Selbstinfragestellung war, wird nun in einer Sicht von außen als Problem erfasst: die Wissenschaftlichkeit des Fachs. Man muss nur einmal vergleichsweise auf andere Disziplinen wie Mathematik, Chemie, selbst die doch eigentlich im Zuge der Wirtschaftskrise hinlänglich desavouierten Wirtschaftswissenschaften schauen, um die Größe des Problems zu ermessen. Die Frage stellen heißt hier beinahe schon, sie auch beantworten – und zwar negativ.

Ganz so schlimm ist es in dem Bericht für die Rechtswissenschaft aber doch nicht gekommen. Angemahnt werden lediglich verstärkte Bemühungen auf vor allem drei Feldern: Interdisziplinarität, Internationalisierung und Grundlagenforschung.<sup>19</sup> Aus der Sicht der Europarechtswissenschaft kann damit zumindest in einem der kritischen Punkte offenbar Entwarnung gegeben werden: Die Internationalisierung ist hier schließlich Programm. Die Kritik des Berichts trifft die Europarechtler demnach nicht; sie richtet sich vielmehr an jene anderen Kollegen, die halsstarrig der introvertiert nationalstaatlichen Sicht verpflichtet bleiben.<sup>20</sup>

rauf an, dass diese Diskussion auch die Fakultäten erreicht“ (a.a.O., S. 700). Grds. positiv auch die inhaltliche Einschätzung durch *S. Rixen*, Juristische Bildung, nicht leichtgemacht: Die „Perspektiven der Rechtswissenschaft“ des Wissenschaftsrates, JZ 2013, S. 708 ff., und *M. Stolleis*, Stärkung der Grundlagenfächer, JZ 2013, S. 708 ff., der bekundet: „Es ist [...] zu hoffen, dass die klug und ausgewogen formulierten Empfehlungen gewissermaßen osmotisch in die Entscheidungsstrukturen eindringen und dort mit der Kraft der besseren Argumente bei Einzelentscheidungen wirken, etwa bei Habilitationen, bei der Frauenförderung, bei der Ausschreibung und Neubesetzung von Lehrstühlen“ (a.a.O., S. 708).

- 16 (Vorsichtige) Skepsis etwa bei *C. Hillgruber*, Mehr Rechtswissenschaften wagen!, JZ 2013, S. 700 ff., der schon eingangs konstatiert: „Die Empfehlungen stützen sich auf eine Lagebeschreibung, die zumindest fragwürdig ist“ (a.a.O., S. 700), um abschließend zu dem Ergebnis zu gelangen: „Erst auf der Basis solider disziplinärer Erkenntnis kann man sinnvoll in ein intra- oder gar interdisziplinäres Gespräch eintreten und – wiederum mit je eigenem disziplinärem Zugang – die Übertragbarkeit von Erkenntnissen in das jeweils andere disziplinäre Umfeld prüfen“ (a.a.O., S. 704). In der Tendenz ähnlich *S. Lorenz*, Forschung, Praxis und Lehre im Bericht des Wissenschaftsrats „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“, JZ 2013, S. 704 ff., dessen Fazit lautet: „Rechtswissenschaft und Rechtspraxis [...] bedingen sich gegenseitig. Der Wissenschaftsrat propagiert hingegen tendenziell eine ‚ver(geistes)wissenschaftliche‘ Rechtswissenschaft an den juristischen Fakultäten. Es darf die Frage gestellt werden, ob eine solche nicht an den außeruniversitären wissenschaftlichen Instituten besser aufgehoben ist“ a.a.O., S. 708).

- 17 Vgl. kritisch *S. Rixen*, Juristische Bildung, nicht leichtgemacht (Fn. 15), S. 708.

- 18 *Lepsius*, Relationen (Fn. 2), S. 6 f.

- 19 Vgl. Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland (Fn. 14), S. 7 ff.

- 20 Vgl. zum Vorwurf der Introvertiertheit speziell der deutschen Rechtsordnung und der deutschen Rechtswissenschaft etwa *J. A. Frowein*, Die Wiederentdeckung des Menschen im Völkerrecht, in: P.-C. Müller-Graff/H. Roth (Hrsg.), Recht und Rechtswissenschaft. Signaturen und Herausforderungen zum Jahrtausendbeginn, 2000, S. 65 ff. (70). Allg. zum aus einer „internationalen Perspektive“ möglichen Vorwurf des „disziplinären

So einfach liegen die Dinge aber wiederum nicht. Die Internationalisierung betrifft nämlich nicht primär das Objekt, sondern das Verfahren der Wissenschaft.<sup>21</sup> Zu fragen ist also, ob die deutsche Europarechtswissenschaft der Internationalität ihres Themas durch eine korrespondierende ebenso internationalisierte Zugangsweise entspricht – oder ob nicht letztlich eine sehr deutsche Perspektive auf das Themenfeld überwiegt.<sup>22</sup> Pauschale Aussagen verbieten sich hier offenkundig. Erforderlich wären Erkundungen und Feststellungen im Detail. Immerhin geben gelegentlich erfolgte Probebohrungen nicht nur Anlass zu größten Hoffnungen. So haben etwa *Armin Hatje* und *Peter Mankowski* im Jahr 2014 eine grundsätzliche Untersuchung zum Thema vorgelegt, die schon mit ihrem Titel „Nationale Unionsrechte“ das offenkundig prekäre Ergebnis signalisiert. „Jeder mit dem Unionsrecht Befasste weiß intuitiv,“ heißt es prägnant in der Einleitung, „dass Unionsrecht in Deutschland anders aussieht als in Frankreich oder England.“<sup>23</sup> Die folgende Analyse bestätigt dann weitgehend diesen Ausgangsbefund. Zeitgleich und auch inhaltlich ganz entsprechend hat mein Kieler Kollege *Andreas von Arnould* zusammen mit seinen Mitarbeitern versucht, jene von *Hatje/Mankowski* genannte Intuition empirisch zu validieren. Seine Untersuchung bezog sich auf die Frage der „Internationalität“ der in Deutschland und im europäischen Ausland verlegten europarechtlichen Zeitschriften. Der Fokus lag dabei zum einen auf der Sprache der Abhandlungen, zum anderen auf der Herkunft der Autoren.<sup>24</sup> *Daniel Thym* hat im Jahr 2015 eine ganz entsprechende Analyse vorgelegt.<sup>25</sup> Das Ergebnis war erneut ernüchternd. Die deutsche *scientific community* kommuniziert offenbar sogar dort vorwiegend mit sich selbst, wo sie auf Englisch schreibt.<sup>26</sup> Dass es in den Rechts- und Sprachgemeinschaften anderer größerer Mitgliedstaaten, etwa der italienischen oder französischen, in der Tendenz mindestens genauso schlimm

Provinzialismus“ der Rechtswissenschaft *M. Jestaedt*, *Wissenschaft im Recht. Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich*, JZ 2014, S. 1 ff. (1 f.).

- 21 Vgl. zum durch die Internationalisierung begründeten Anpassungsdruck für die deutsche Rechtswissenschaft etwa *A. von Bogdandy*, *Internationalisierung der deutschen Rechtswissenschaft. Betrachtungen zu einem identitätswandelnden Prozess*, in: E. Hilgendorf/H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexion der Rechtswissenschaft*, 2015, S. 133 ff. (v.a. 136 ff.).
- 22 Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob bzw. inwieweit möglicherweise das gesamte Europarecht einem bestimmenden Einfluss des deutschen (Verfassungs-)Rechts unterliegt. Vgl. dazu *C.-D. Classen*, *Wie deutsch ist das Europarecht? Zum deutschen Einfluss auf das Unionsrecht und seine Grenzen*, in: U. Kischel (Hrsg.), *Der Einfluss des deutschen Verfassungsrechtsdenkens in der Welt: Bedeutung, Grenzen, Zukunftsperspektiven* Ergebnisse der 34. Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung vom 12. bis 14. September 2013 in Marburg, 2014, S. 93 ff.
- 23 *A. Hatje/P. Mankowski*, „Nationale Unionsrechte“. Sprachgrenzen, Traditionsgrenzen, Systemgrenzen, Denkgrenzen, EuR 2014, S. 155 ff.
- 24 Die bislang unveröffentlichte Untersuchung wurde im März 2014 im Rahmen einer Tagung in der Villa Vigoni vorgestellt.
- 25 Vgl. *Thym*, *Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland* (Fn. 1), S. 675 ff.
- 26 Vgl. auch die bereits genannte Analyse von *Hatje/Mankowski*, die, wenngleich mit einem allgemeineren Fokus und einem weniger empirischen Ansatz, zu einem ähnlichen Ergebnis kommt. Schon im Ausgang ihrer Untersuchung konstatieren die Autoren: „Noch der gutwilligste deutsche Wissenschaftler weiß nur zu gut (und hat deswegen ein schlechtes Gewissen), dass er kaum jemals etwas aus Italien, Spanien, Schweden, aus den Niederlanden oder Belgien oder gar aus Griechenland, Finnland, Ungarn, Polen oder Estland zitiert. Deutsche Europarechtler wissen auf der anderen Seite nur zu gut, dass sie eigentlich nur dann Chancen auf internationale Rezeption ihrer Gedanken haben, wenn sie auf Englisch publizieren“ (*A. Hatje/P. Mankowski*, „Nationale Unionsrechte“ (Fn. 23), S. 155).



aussieht, ist da kein rechter Trost.<sup>27</sup> In beiden Fällen lautet der Befund: „Die Erforschung des Europarechts [...] ist stark national geprägt.“<sup>28</sup> Thema und Betrachtungsweise sind damit nicht nur nicht deckungsgleich. Sie stehen sich geradezu diametral gegenüber.<sup>29</sup> Spezifische, durch die jeweilige nationalstaatliche Perspektive bestimmte Vorverständnisse bilden den Hintergrund, vor dem alle Erörterungen darüber stattfinden, was Inter- und Supranationalisierung heißen könnten.<sup>30</sup> Dazu passt die Beobachtung, dass es in Europa, zumindest außerhalb dezi- diert englischsprachiger Einrichtungen, im Bereich der Rechtswissenschaft selbst in Fächern wie dem Völker- und Europarecht keinen gemeinsamen, nicht auf „kleine Inseln gemeinsamer Traditionen oder Sprachen“ begrenzten Arbeitsmarkt gibt. Auch diese Hinsicht bestätigt die Diagnose, dass die „Rechtswissenschaft überwiegend national geprägt und der Austausch beschränkt [bleibt].“<sup>31</sup> Für die Rechtpraxis soll Vergleichbares gelten.<sup>32</sup> Von einem „Invisible College of European Lawyers“ kann offenbar keine Rede sein.<sup>33</sup>

Die Kritik des Wissenschaftsrats zielt demnach bereits in dieser ersten, zunächst scheinbar unproblematischen Hinsicht „(un)zureichende Internationalisierung“ doch nicht von vorneherein an der Europarechtswissenschaft vorbei. Die „Euro-

- 27 Vgl. dazu näher, mit Blick v.a. auf Frankreich, *Thym*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland (Fn. 1), dessen Analyseergebnis lautet: „Es besteht, selbst im Kreise der europarechtlichen Spezialist/innen, ein nationaler Selbststand der Diskurse zum Europarecht, der in Frankreich noch ausgeprägter ist als in Deutschland“ (a.a.O., S. 674). Zustimmend von *Bogdandy*, Was ist Europarecht? (Fn. 1), S. 592 f.: „die Wissenschaft vom Europarecht kennt eine tiefe Segmentierung in nationale Europarechtswissenschaften.“
- 28 A. *Hatje/P. Mankowski*, „Nationale Unionsrechte“ (Fn. 23), S. 156. Ganz entsprechend auch J. P. *Terhechte*, Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte, 2011, S. 22, der mit Verweis auf von *Bogdandy*, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht (Fn. 1), festhält, es sei „auch für die Grundlagenforschung im Europarecht nach wie vor zu konstatieren, dass sich das Europarecht noch lange nicht ‚europäisiert‘ hat“.
- 29 Vgl. *Thym*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland (Fn. 1), S. 673: „Es zeigt sich, dass die Europäisierung für die deutsche Rechtswissenschaft in erster Linie ein gegenständlicher Vorgang war, der supranationale Normen innerstaatlich aufbereitete. Die gegenständliche wurde nur teilweise von einer diskursiven, sprachlichen und methodischen Europäisierung begleitet – ein Phänomen, das ähnlich in anderen großen Mitgliedstaaten zu beobachten ist.“
- 30 Teilweise wird aus der offenbar unhintergehbaren Differenz der Rechtskulturen die Konsequenz gezogen, dass eine Konvergenz der nationalstaatlich geprägten Rechtsordnungen nicht möglich sei. Vgl. in diesem Sinne namentlich P. *Legrand*, European Legal Systems are not Converging, *International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), S. 52 ff. Relativierend dazu I. *Augsberg*, Let Us Compare Methodologies. Methodenvergleichen und Europäisches Verwaltungsrecht, in: *Terhechte* (Hrsg.), Internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts (Fn. 9), S. 29 ff.
- 31 So W. *Doralt*, Strukturelle Schwächen in der Europäisierung des Privatrechts, *RabelsZ* 75 (2011), S. 260 ff. (268). Auch die schon im Titel deutlich gemachte begrenzte Fragestellung von *Thym*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland (Fn. 1), erscheint vor diesem Hintergrund so berechtigt wie charakteristisch.
- 32 Vgl. mit Bezug auf die Rechtsprechung C. *Baldus/T. Raff*, Richterliche Interpretation des Gemeinschaftsrechts, in: M. *Gebauer/C. Teichmann* (Hrsg.), *EnzEuR*, Band 6, 2015, § 3, Rn. 9; allg. hinsichtlich der Umsetzung des Unionsrechts ebenso C. D. *Classen*, Zur heutigen Bedeutung der Rechtsvergleichung für das europäische Verwaltungsrecht, in: *Terhechte* (Hrsg.), Internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts (Fn. 9), S. 79 ff. (81 f.).
- 33 Vgl. demgegenüber für das Völkerrecht die entsprechende – allerdings dann doch vorwiegend auf die anglo-amerikanische *scientific community* bezogene – Behauptung bei O. *Schachter*, The Invisible College of International Lawyers, *Northwestern University Law Review* 72 (1977-1978), S. 217 ff., Zur Situation im Europarecht dagegen etwa – immer noch relevant – die Beobachtungen bei H. *Schepel/R. Wessling*, The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe, *ELJ* 3 (1997), S. 165 ff. (168 ff.); von *Bogdandy* Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht (Fn. 1), S. 35 ff.



päisierung des Europarechts“ bleibt ein Desiderat.<sup>34</sup> Bezüglich der weiteren Monitorierung der mangelnden Interdisziplinarität und auszubauenden Grundlagenorientierung dürfte ähnliches gelten. Ich komme darauf noch zurück.

### 3. Dogmatik als Wissenschaft?

Ein letzter Aspekt ist nicht nur, aber insbesondere mit Bezug auf das Öffentliche Recht in den letzten Jahren immer wieder von einigen namhaften Rechtswissenschaftlern problematisiert worden.<sup>35</sup> Er betrifft den Status der Rechtsdogmatik.<sup>36</sup> „Noch nie waren wir so dogmatisch wie heute“, tönt es hier, und dieser Sachstandsbericht ist nicht als Erfolgsbilanz, sondern als Problembeschreibung gemeint.<sup>37</sup> Ungeachtet der gar nicht so geringen Schwierigkeiten, genau zu bestimmen, welche spezifischen Phänomene mit dem Terminus „Dogmatik“ eigentlich bezeichnet sein sollen,<sup>38</sup> richtet sich die Kritik vor allem auf eine nicht hinreichend scharfe Abgrenzung von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. Nicht nur, aber vor allem bei den im engeren Sinne als dogmatisch bezeichneten Texten, das heißt bei Texten, die sich auf das geltende Recht beziehen und dabei sowohl die Anwendung im Einzelfall wie die anhand des Fallmaterials sich vollziehende Entwicklung abstrakterer und damit auf künftige Fälle respezifizierbarer Figuren und Konstrukte zum Ziel haben, könne oftmals nicht gesagt werden, ob der jeweilige Autor aus der Rechtswissenschaft oder der – sowohl anwaltlichen wie justiziellen – Rechtspraxis stammt.<sup>39</sup> Die von Befürwortern vertretene Formel, der zufolge es sich bei der Dogmatik um eine „Gemeinschaftsleistung – vor allem der Judikatur

34 Vgl. von Bogdandy, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht (Fn. 1), S. 40 ff.

35 Vgl. zur Diskussion im Öffentlichen Recht v.a. die Beiträge in G. Kirchhof/S. Magen/K. Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012; dort namentlich O. Lepsius, Kritik der Dogmatik, a.a.O., S. 39 ff.; sehr deutlich ferner ders., Maßhalten mit der Dogmatik im Recht, Rescriptum 3 (2013), S. 71 ff.; etwas zurückhaltender M. Jestaedt, Wissenschaftliches Recht – Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, a.a.O., S. 117 ff. (Gegen-)Kritik dazu etwa bei C. Waldhoff, Kritik und Lob der Dogmatik: Rechtsdogmatik im Spannungsfeld von Gesetzesbindung und Funktionsorientierung, Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, a.a.O., S. 17 ff.; I. Augsberg, Lob der Dogmatik, Rescriptum 4 (2014), S. 63 ff. Zur entsprechenden Debatte im Zivilrecht etwa H. Koziol, Glanz und Elend der deutschen Zivilrechtsdogmatik, AcP 2012, S. 1 ff.; R. Stürner, Die Zivilrechtswissenschaft – zu rechtsanwendungsbezogen und zu wenig grundlagenorientiert?, AcP 2014, S. 7 ff.

36 Vgl. zur Diskussion etwa Jestaedt, Wissenschaft im Recht (Fn. 2); ferner C. Bumke, Rechtsdogmatik: Überlegungen zur Entwicklung und zu den Formen einer Denk- und Arbeitsweise der deutschen Rechtswissenschaft, JZ 2014, S. 641 ff.; ausführlich jetzt ders., Rechtsdogmatik. Eine Disziplin und ihre Arbeitsweise. Zugleich eine Studie über das rechtsdogmatische Arbeiten Friedrich Carl von Savignys, 2017 (i.E.).

37 Vgl. O. Lepsius, Maßhalten mit der Dogmatik im Recht (Fn. 35), S. 71; ebenso zuvor bereits ders., Nie war sie so dogmatisch wie heute, FAZ v. 18.5.2011 (abrufbar unter <http://www.faz.net/aktuell/politik/staat-und-recht/die-debatte-nie-war-sie-so-dogmatisch-wie-heute-1637517.html>).

38 Vgl. prägnant zum Problem wiederum Lepsius, Maßhalten mit der Dogmatik im Recht (Fn. 35), S. 72: „Alle sprechen von Dogmatik und doch weiß keiner genau, was das eigentlich ist. Definitionen von Dogmatik sind schwer zu finden – und nicht einheitlich.“ Exemplarisch für den Befund etwa die jeweils charakteristischerweise in Abgrenzung zur Rechtstheorie operierenden, aber dennoch deutlich unterschiedenen Bestimmungen bei T. Vesting, Rechtstheorie. Ein Studienbuch, München, 2. Aufl. 2015, Rn. 19 ff., einerseits und M. Potacs, Rechtstheorie, 2015, S. 24 ff., andererseits. Eine Auflistung weiterer Definitionsversuche etwa bei Waldhoff, Kritik und Lob der Dogmatik (Fn. 35), S. 22 ff., Allg. zur „Heterogenität dessen, was unter Rechtsdogmatik verstanden und praktiziert wird“, Jestaedt, Wissenschaft im Recht (Fn. 20), S. 4 f.

39 Vgl. Lepsius, Maßhalten mit der Dogmatik im Recht (Fn. 35); S. 75.

und der Wissenschaft<sup>40</sup> handeln soll, wird in diesem Sinne gerade als Problem verstanden: Ein „Proprium“ der Rechtswissenschaft gegenüber jenen anderen Gebieten, in denen ein professioneller Umgang mit dem Recht gepflegt wird, ist damit nicht mehr erkennbar.<sup>41</sup> Eben diese Unerkennbarkeit einer spezifisch wissenschaftlichen Behandlungsweise ruft die Anschlussfrage nach der speziellen Existenzberechtigung der – offenbar in ihrer Funktion leicht substituierbaren – Rechtswissenschaft(ler) hervor: „Wenn [...] nicht deutlich wird, worin sich beim dogmatischen Diskurs wissenschaftliche Literatur von Praktikerstimmen unterscheidet, stellt sich naturgemäß die Frage, was den Wissenschaftscharakter der Rechtswissenschaft ausmacht. Bedarf es dann noch einer Rechtswissenschaft angesichts einer Leistung, die offenbar von Praktikern genauso erbracht werden kann?“<sup>42</sup>

Die Lösung des so gefassten Grundproblems soll nun aber nicht in einer vollständigen Abkehr von der Praxis und dem Ideal der Entscheidungsrelevanz der eigenen Tätigkeit liegen. Gefordert wird keine „reine Theorie“, gar im Sinne eines Ansatzes, der sich „gegenüber dem Geltungssymbol des Rechtssystems und seinen Handelswegen schlichtweg unbekümmert zeigen kann“<sup>43</sup>. Gefordert wird vielmehr eine Theorie auf „mittlerer Abstraktionsebene“, die zwar Abstand gegenüber der Praxis hält, aber zugleich mit ihr im wechselseitigen Kontakt bleibt.<sup>44</sup> Die primäre Orientierung am geltenden Recht bleibt bestehen. Das deckt sich mit Analysen zur Eigenart von Rechtstheorie und Rechtsphilosophie, für die ungeachtet des erhöhten Abstraktionsgrads der Betrachtungen jeweils eine „Teilnehmerperspektive“ unabdingbar sein soll.<sup>45</sup> Mit dieser Grundentscheidung korrespondiert der skizzierte Ansatz wiederum den Vorgaben des Wissenschaftsrats, nach dessen Bericht die Forderung nach mehr „Interdisziplinarität“ und „Grundlagenbezug“ ebenfalls nicht dazu führen soll, den Aspekt der Fallrelevanz qua „Praxis-

40 So etwa E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Systematik. Eine Zwischenbilanz zu Entwicklung, Reform und künftigen Aufgaben*, 2013, S. 3. Im Sinne einer Beschreibung auch Jestaedt, *Wissenschaft im Recht* (Fn. 2), S. 5, dem zufolge „Rechtsdogmatik in und aus einer besonderen Verbindung von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis ihre raison d'être bezieht“.

41 Vgl. Lepsius, *Maßhalten mit der Dogmatik im Recht* (Fn. 35); S. 75: Dogmatik führe zum „Verlust des eigenständigen Charakters von Wissenschaft, weil innerhalb der dogmatischen Literatur nicht grundsätzlich zwischen Praktikern und Wissenschaftlern getrennt werden kann und es kein Distinktionsmerkmal für Wissenschaft mehr gibt“. Kühler im Ton, aber mit entsprechendem Ergebnis Jestaedt, *Wissenschaft im Recht* (Fn. 20), S. 6: „Wissenschaftstheoretisch ist das schon eine kurios anmutende Eigentümlichkeit der Rechtswissenschaft: sie definiert sich über ein Format, für welches sie weder einen Alleinstellungsanspruch geltend machen kann noch die volle Wissenschaftlichkeit vindizieren kann“.

42 Lepsius, *Maßhalten mit der Dogmatik im Recht* (Fn. 35); S. 75.

43 So dagegen programmatisch F. Steinhauer, *Vom Scheiden. Geschichte und Theorie einer juristischen Kulturtechnik*, 2015, S. 175.

44 Vgl. O. Lepsius, *The Quest for Middle-Range Theories in German Public Law*, *International Journal of Constitutional Law* 12 (2014), S. 692 ff. Zu einer entsprechenden Forderung nach einer „wissenschaftlichen Dogmatik“ A.-B. Kaiser, *Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität. Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen*, *DVBj*. 2014, S. 1102 ff.

45 Vgl. für die Rechtstheorie etwa M. Jestaedt, *Das mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis*, 2006; in rechtsphilosophischer Sicht entsprechend R. Alexy, *Inklusiver Nichtpositivismus. Zum Verhältnis von Recht und Moral*, in: Christiana Albertina, *Forschungen und Berichte aus der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel* 81 (2015), S. 8 ff. (17).

bezug“ ganz aus den Augen zu verlieren.<sup>46</sup> Das dahinterstehende Problem ist klar: So wenig die Rechtswissenschaft in Rechtspraxis aufgehen soll, so heikel muss für ihren Selbststand ein Verfahren erscheinen, das ihre spezifische Wissenschaftlichkeit weitgehend als Importgut aus anderen Sphären beschreibt.<sup>47</sup> Erwartbarerweise setzen an dieser Sollbruchstelle Positionen an, die vor einer drohenden „Vergeisteswissenschaftlichung“ der Rechtswissenschaft warnen.<sup>48</sup>

Auch hinsichtlich derartiger Problembeschreibungen zum Theorie-Praxis-Bezug erscheint mir im speziellen Blick auf das Europarecht und seine Wissenschaft keineswegs Entwarnung angezeigt. Erneut verbieten sich zwar ganz pauschale Aussagen. Aber man tritt der (deutschen) Europarechtswissenschaft wohl nicht zu nahe, wenn man feststellt, dass sie nicht unter Übertheoretisierung leidet.<sup>49</sup> Von Anfang an ist eher ein pragmatischer Zugriff charakteristisch, und ebenso von Anfang steht dabei ein fast symbiotisches Verhältnis von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, nun vor allem in Gestalt der Rechtsprechung, im Zentrum.<sup>50</sup> Bekanntlich wurde der deutschen Staatsrechtslehre schon vor Jahrzehnten ein Zustand diagnostiziert, dem *Bernhard Schlink* den Titel „Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ gegeben hat.<sup>51</sup> *Rudolf Smends* in seinem Festvortrag zur Feier des zehnjährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts am 26. Januar 1962 geprägte Formel, „das Grundgesetz gilt nunmehr praktisch so, wie das Bundesverfassungsgericht es auslegt“<sup>52</sup>, fasste die Lage bereits zuvor prägnant zusammen. Von den alten Träumen des 19. Jahrhunderts, die in der Wissenschaft selbst

46 Vgl. Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft (Fn. 14), S. 28, wo es über die Rechtswissenschaft heißt: „Drittens sind die Normativität und Deziisionsfunktion ihres Gegenstandes hervorzuheben, die das soziale Leben tatsächlich prägen und dauerhaft verändern. Recht ist insofern durch seinen Praxisbezug gekennzeichnet, der es sowohl mit der Gesellschaft als auch mit der Herrschaftsausübung in den politischen Ordnungen direkt verknüpft.“

47 Vgl. etwa *Möllers*, Acht Thesen zur Juristerei als Wissenschaft (Fn. 3): „Wissenschaftlichkeit wurde in den Rechtswissenschaften sehr lange Zeit über den bürgerlichen Bildungsstand vermittelt, den die Professoren ohnehin hatten, in dem sie in ihrem Studium breit lasen und Veranstaltungen anderer Disziplinen besuchten.“

48 Vgl. *Lorenz*, Forschung, Praxis und Lehre im Bericht des Wissenschaftsrats „Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland“ (Fn. 14), S. 708.

49 Vgl. *von Bogdandy*, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht (Fn. 1), S. 4: „Nur wenige Arbeiten ordnen sich einem theoretischen Ansatz im Sinne einer spezifischen und übergreifenden methodischen Herangehensweise oder eines allgemeinen begrifflichen Entwurfs des Forschungsgegenstandes zu“. *Thym*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland (Fn. 1), S. 696 f., diagnostiziert demgegenüber zwar eine zunehmende „Bereitschaft für eine theoretische Öffnung“ in der Europarechtswissenschaft, macht dafür aber vorwiegend den angelsächsischen Einfluss verantwortlich.

50 Vgl. zur Praxisorientierung der (nicht nur, aber vor allem deutschen) Europarechtswissenschaft näher *Thym*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland (Fn. 1), S. 693 ff.

51 Vgl. *B. Schlink*, Die Enthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989), S. 161 ff. (168); dazu *M. Jestaedt*, Verfassungsgerichtspositivismus. Die Ohnmacht des Verfassungsgesetzgebers im verfassungsgerichtlichen Jurisdiktionsstaat, in: O. Depenheuer u.a. (Hrsg.), *Nomos und Ethos. Hommage an Josef Isensee von seinen Schülern*, 2002, S. 183 ff.; *S. Koriath*, Der Befund „eines die Staatsrechtswissenschaft bestimmenden Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ – 1989 und 2014, in: J. Nolte/R. Poscher/H. Wolter (Hrsg.), *Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit*, Freundesgabe Schlink, 2014, S. 31 ff.; *C. Schönberger*, Bundesverfassungsgerichtspositivismus – Zu einer Erfolgsformel Bernhard Schlinks, in: ebd., S. 41 ff.

52 *R. Smend*, Das Bundesverfassungsgericht, in: *ders.*, *Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze*, 3. Aufl. 1994, S. 581 ff. (582).

eine, wenn nicht sogar die primäre Rechtsquelle sahen,<sup>53</sup> hatte man sich damit offensichtlich längst verabschiedet, und dem eigenen Selbstverständnis nach die wissenschaftliche Aufgabe von der Konstruktion auf die Rekonstruktion verschoben. Für das Verhältnis der Europarechtswissenschaft zum EuGH dürfte das ganz analog und vielleicht sogar noch *a fortiori* gelten.<sup>54</sup> Auch hier ist weniger theoretische Distanz und aus dieser eventuell mögliche Grundsatzkritik oder gar der eigenständige Entwurf eines „grand design“ prägend.<sup>55</sup> Charakteristisch erscheint vielmehr immer noch der systematisierend-ordnende Nachvollzug der Einzelfalljudikatur,<sup>56</sup> deren Primat stillschweigend vorausgesetzt wird. Das gilt selbst dort, wo die Rechtsprechung nicht affirmativ, sondern – ein im europarechtlichen Kontext vergleichsweise seltener Fall – kritisch kommentiert wird. Noch der kritische Gestus erfolgt im Geist der grundsätzlichen Anerkennung einer lediglich reaktiven, nicht proaktiven Funktion von Wissenschaft, die eine Führungsrolle der Rechtsprechung als Normalfall annimmt.<sup>57</sup>

Folgt man der allgemeinen These einer unzulässigen Verschleifung der Ebenen von Wissenschaft und Praxis im Konzept der Dogmatik, steht demnach die Europarechtswissenschaft zumindest ebenso schlecht da wie das sonstige öffentliche Recht. Auch in dieser Perspektive wäre damit ihr Wissenschaftscharakter in Frage gestellt.

53 Vgl. als locus classicus v.a. *G. F. Puchta*, *Cursus der Institutionen*, Band I: Geschichte des Rechts bei dem römischen Volk. Mit einer Einleitung in die Rechtswissenschaft und Geschichte des römischen Civilprocesses, 8. Aufl. 1875, P. Krüger (Hrsg.), S. 22: „Es ist nun die Aufgabe der Wissenschaft, die Rechtssätze in ihrem systematischen Zusammenhang, als einander bedingende und voneinander abstammende zu erkennen, um die Genealogie der einzelnen bis zu ihrem Princip hinauf verfolgen, und eben so von den Principien bis zu ihren äußersten Sprossen herabsteigen zu können. Bei diesem Geschäft werden Rechtssätze zum Bewußtsein gebracht und zutage gefördert werden, die in dem Geist des nationalen Rechts verborgen, weder in der unmittelbaren Ueberzeugung der Volksglieder und ihren Handlungen, noch in den Aussprüchen des Gesetzgebers zur Erscheinung gekommen sind, die also erst als Product einer wissenschaftlichen Deduction sichtbar entstehen. So tritt die Wissenschaft als dritte Rechtsquelle zu den ersten beiden; das Recht, welches durch sie entsteht, ist *Recht der Wissenschaft*, oder da es durch die Thätigkeit der Juristen ans Licht gebracht wird, *Juristenrecht*.“ Relativierend gegenüber einer überzogenen Interpretation als primäre Rechtsquelle, mit dem Hinweis, dass die entsprechenden Herleitungen im Zweifel anderen Rechtsquellen weichen mussten, *H.-P. Haferkamp*, *Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“*, 2004, S. 371 ff.

54 Ausdrücklich von einem „bisweilen recht krude anmutenden EuGH-Positivismus“ spricht *M. Jestaedt*, „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: *Engel/Schön* (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft* (Fn. 3), S. 241 ff. (250).

55 Vgl. zu einer entsprechenden Forderung nun aber den Beitrag von *F. Meyer*, i.d.Bd., S. 43 ff.

56 Vgl. zum Bedarf nach einer solchen systematischen Aufbereitung *H. C. Röhl*, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität, *VVDStRL* 2015, S. 7 ff. (25 f.).

57 Vgl. instruktiv die Kommentare zum Gutachten des EuGH bezüglich der Frage eines etwaigen EMRK-Beitritts der Union (vgl. EuGH, Gutachten 2/13, EMRK-Beitritt II, ECLI:EU:C:2014:2454), in denen in seltener Einhelligkeit und Schärfe Kritik an einer Entscheidung des Gerichts geübt wurde – aber nicht deswegen, weil es über seine ihm übertragenen Aufgabenkreise hinausgegriffen, sondern weil es seiner von der Wissenschaft grundsätzlich akzeptierten und befürworteten konzeptionellen Vorreiterrolle im Integrationsprozess zu wenig entsprochen habe. Exemplarisch etwa die Einschätzung von *M. Kotzur*, Die Internationalisierung des europäischen Verwaltungsrechts durch die Unionsgerichtsbarkeit in: *J. P. Terhechte* (Hrsg.), *Internationalisierung des europäischen Verwaltungsrechts* (Fn. 9), S. 105 ff. (114 ff.).

### III. Voraussetzungen disziplinärer Eigenständigkeit

Von diesen drei Beobachtungen ausgehend möchte ich nun knapp skizzieren, was man als positive Voraussetzung einer eigenständigen Wissenschaftsdisziplin ansehen könnte. Dabei lässt sich zwischen einer allgemeinen Anforderung an Wissenschaftlichkeit überhaupt einerseits und der Voraussetzung disziplinärer Eigenständigkeit andererseits unterscheiden. In der erstgenannten Hinsicht geht es um die sogenannte „Wertfreiheit“ der Wissenschaft (1.), in der zweiten um die Frage nach dem Erfordernis einer eigenständigen Methodik (2.).

#### 1. Das Postulat der Wertfreiheit

Das Postulat der Wertfreiheit ist vor knapp hundert Jahren durch Max Weber zunächst mit Bezug auf die soziologischen und ökonomischen und damit ausdrücklich als empirisch arbeitend verstandenen Wissenschaften erhoben worden.<sup>58</sup> In der Sache geht es um die Aufgabe, die Feststellung wissenschaftlicher Wahrheiten von praktischen Bewertungen zu trennen, die die so festgestellten Tatsachen als aus der Sicht des Betrachters positiv oder negativ, verwerflich oder erfreulich einordnen. Wissenschaftlich arbeiten heißt danach, den eigenen Untersuchungsgegenstand zu erfassen, ohne ihn affektiv zu besetzen. Seine nähere Beschreibung, Klassifikation und Kategorisierung ist zu leisten, ohne damit ein – gleich ob positives oder negatives – Werturteil zu verbinden.

Entsprechenden Reinheitsgeboten lässt sich allerdings die (ihrerseits bereits fast ein halbes Jahrhundert zurückliegende) ideologiekritische Erkenntnis entgegenhalten, der zufolge Erkenntnis und Interesse so sauber, wie von Weber imaginiert, nicht zu trennen sind. Im Gegenteil: Noch das Trennungsprinzip selbst lässt sich als interessegeleitet dartun.<sup>59</sup>

Speziell mit Bezug auf die Rechtswissenschaft ist zudem auf einen weiteren, noch älteren Einwand zu verweisen. Dass innerhalb der Rechtswissenschaft eine derartig emotionslose Betrachtung möglich sei, wurde bereits von Kirchmann bestritten. Die Behauptung, Rechtswissenschaftler könnten und wollten gar nicht Wahrheiten feststellen, sondern mit dem Recht auch recht haben, bildete eines seiner Hauptargumente gegen die Wissenschaftsfähigkeit der Jurisprudenz.<sup>60</sup>

Beide Einwände besagen allerdings nicht, dass bestimmte Formen affektiver Besetzung des eigenen Untersuchungsgegenstandes nicht dennoch problematisch und zugleich vermeidbar sein können. An einem Beispiel aus der jüngeren Zeit lässt sich das illustrieren: Wenn die Humboldt-Universität zu Berlin in den vergangenen Jahren ein Forschungsprojekt finanziert hat, das sich den Auswirkungen

58 Vgl. M. Weber, Der Sinn der „Wertfreiheit“ der soziologischen und ökonomischen Wissenschaften, Logos 7 (1917/18), S. 40 ff. (wiederabgedruckt in *ders.*, Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, 1922, S. 451 ff.).

59 Vgl. J. Habermas, Erkenntnis und Interesse, in: *ders.*, Technik und Wissenschaft als „Ideologie“, 1969; ausführlich *ders.*, Erkenntnis und Interesse. Mit einem neuen Nachwort, 4. Aufl. 1973.

60 Vgl. von Kirchmann, Von der Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft (Fn. 7).

widmet, die das rechtswissenschaftliche „Bloggen“ im Allgemeinen und die Aktivitäten eines bestimmten, vor allem verfassungs- und europarechtlichen Fragestellungen gewidmeten Blogs im Besonderen untersuchen soll, so ist das auf den ersten Blick ein interessantes und vielversprechendes, ergo förderungswürdiges Vorhaben. Wenn dann allerdings klar wird, dass diejenigen, die diese Forschung betreiben sollen, zugleich die maßgeblichen Betreiber des zu untersuchenden Blogs selbst sind, kann man die Frage stellen, wie überraschend die Untersuchungsergebnisse wohl ausfallen werden.<sup>61</sup>

Mit Bezug auf das Europarecht stellt sich ein weniger offensichtliches, aber im Grundansatz ähnliches Problem. Die allermeisten derjenigen, die sich für das Europarecht interessieren, dürften zugleich überzeugte Anhänger des „europäischen Gedankens“ als solchen sein, das heißt des Projekts einer europäischen Einigung qua „ever closer union“, dessen Umsetzung die Rechtsform dienen soll.<sup>62</sup> In dem Maße, in dem die Verwirklichung dieses Gedankens mit dem Handeln der europäischen Institutionen kurzgeschlossen wird, droht eine Situation, in der berechtigte Sachkritik im Einzelnen unterbleibt, um nicht das Projekt im ganzen zu gefährden.<sup>63</sup> Das dürfte einer der wesentlichen Gründe sein für die so bemerkenswert unangefochtene, gegenüber dem Verhältnis selbst zum nationalen Verfassungsgericht, geschweige denn zur Fachgerichtsbarkeit, noch einmal deutlich herausgehobene Stellung des EuGH. Nur vor dem Hintergrund dieser immer noch bestehenden besonderen Stellung ist verständlich, weshalb die kritische Auseinandersetzung mit der Judikatur des EuGH vor einigen Jahren als eigenständiges Themenfeld politik- und rechtswissenschaftlicher Forschung erschlossen werden

61 Vgl. näher *I. Augsberg*, Blogozentrismus, in: A. Funke/K. Lachmayer (Hrsg.), *Formate der Rechtswissenschaft*, 2016, S. 101 ff. Das Projekt ist mittlerweile beendet; einen abschließenden Bericht zu den Forschungsergebnissen gibt es nicht. Eine „Ergebnissicherung“ ist allerdings dahingehend erfolgt, dass einige der Blogbeiträge in mehreren von den Betreibern des Forschungsvorhabens herausgegebenen Sammelbänden erschienen sind.

62 Vgl. zu diesem klassischen Ansatz etwa – aus kritischer Distanz – *I. Ward*, *A Critical Introduction to European Law*, 3. Aufl. 2009, S. 29 ff. Zur Frage der öffentlichen Wahrnehmung und Einschätzung dieses Prozesses aus sozialwissenschaftlicher Sicht *S. B. Hobold*, *Ever closer or ever wider? Public attitudes towards further enlargement and integration in the European Union*, *Journal of European Public Policy* 2014, S. 664 ff. Instruktiv auch *von Bogdandy*, Was ist Europarecht? (Fn. 1), der mit seinem Ansatz zwar darauf abzielt, den Begriff „Europarecht“ von seiner scheinbar zwangsläufigen Verkoppelung mit der Figur der „ever closer union“ zu befreien, zugleich aber programmatisch gleich zu Beginn hervorhebt, dass der Beitrag „der europäischen Einheit verpflichtet“ sei (a.a.O., S. 589). Zur habituellen Verflechtung der Wissenschaft mit ihrem Gegenstand charakteristisch *M. Ruffert*, *Europäische Währungspolitik als Herausforderung für das Recht, Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht. Vorträge und Berichte Nr. 214*, herausgegeben von den Mitgliedern des Zentrums, 2015 (abrufbar unter [https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich\\_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Sonstige/Zentrum\\_fuer\\_Europaeisches\\_Wirtschaftsrecht/Schriftenreihe/Heft\\_214.pdf](https://www.jura.uni-bonn.de/fileadmin/Fachbereich_Rechtswissenschaft/Einrichtungen/Sonstige/Zentrum_fuer_Europaeisches_Wirtschaftsrecht/Schriftenreihe/Heft_214.pdf)), S. 36: „Europarecht ist stets das auf Vertiefung und Erweiterung der europäischen Integration gerichtete Recht gewesen, und diese Orientierung hat es auch seiner Wissenschaft verliehen. Die spöttische Karikatur vom Europarechtler als Berufseuropäer mag dies überzeichnen, sie bringt aber in eben dieser Form die Notwendigkeit zum Ausdruck, die Position eines Faches zu seinem Gegenstand stets aktuell zu reflektieren. Dies ist weniger als die Parteinahme für einen bestimmten Integrationsverlauf mit rechtspolitischen Argumenten, aber mehr als die Beschreibung des Integrationsprozesses aus rechtlicher Sicht.“

63 Vgl. zum Problem auch *Thym*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland (Fn. 1), S. 691 f.



konnte.<sup>64</sup> Offenbar handelt es sich hierbei um ein spezifisches Geschehen, das gesonderte Aufmerksamkeit verdient, und nicht schlicht um den selbstverständlichen Normalfall wissenschaftlicher Debatten. Das Phänomen reicht aber noch weiter zurück. Es betrifft auch die Rechtsprechung selbst, die sich allen Einordnungen als eines (zumindest funktional) europäischen „Verfassungsgerichts“<sup>65</sup> wie zum Trotz kaum mit der Funktion einer Verfassungsgerichtsbarkeit in einem bestimmten, engeren Sinne befasst. Statt die eigene Aufgabe in der Institutionenkontrolle und vor allem in der Gewährleistung einer durch Verfassungsrecht vorgegebenen Begrenzung der Politik, aber auch des Rechts selbst zu erkennen,<sup>66</sup> fördert sie gemäß ihrer Selbstbeschreibung als „Motor der Integration“ eher Expansions- als Limitationsstrategien.<sup>67</sup>

Politisch mag man diese Einstellung begrüßen. Wissenschaftstheoretisch liegt darin offenkundig ein Problem. Die Perspektive auf das eigene Untersuchungsfeld unterliegt in dieser Konstellation von vornherein einem bestimmten Bias, der spezifische Problemfelder stark vergrößert, andere eher miniaturisiert darstellt. Dass für die Sicht erklärter „Europaskeptiker“ natürlich mindestens Entsprechendes gilt, nur unter umgekehrten Vorzeichen, macht die Sache nicht besser.

Der nicht zu leugnende Umstand, dass Erkenntnis und Interesse unauflöslich miteinander und ineinander verwoben sind, rechtfertigt damit nicht einen Umkehrschluss, der der wissenschaftlichen Tätigkeit unumwunden politische Zielsetzungen zuweist. Die Unmöglichkeit gänzlicher Wertfreiheit befreit nicht von den Problemen, die mit den Wertungen und *ex ante* festgelegten Positionierungen einhergehen. So vernünftig es scheint, politische Präferenzen mit Argumenten auch wissenschaftlicher Art zu stützen, so wenig taugen solche Präferenzen als Prüfstein für die Wissenschaftlichkeit der Argumente selbst. Der Ruf nach Wertfreiheit ist vor diesem Hintergrund nicht ganz obsolet. Er steht nun für die Notwendigkeit, Wissenschaft immer zugleich als Selbstreflexion der eigenen Perspektivabhängigkeit und der damit einhergehenden blinden Flecken zu betreiben. Am Anfang wie am Ende einer solchen Reflexion müsste die Entscheidung stehen, ob man Rechtswissenschaft nach Analogie zur Theologie, qua bekenntnishaft gebundene Auseinandersetzung, oder in Entsprechung zur Religionswissenschaft, als Versuch einer neutralen Analyse des relevanten Feldes, betreiben will. Das Beispiel

64 Vgl. die Beiträge in A. Bergmann/U. Haltern (Hrsg.), *Der EuGH in der Kritik*, 2012, denen die Ausgangsthese zugrunde liegt, dass die Kritik sowohl quantitative wie qualitativ, hinsichtlich Schärfe der Auseinandersetzung, deutlich zugenommen habe. Ferner die Auseinandersetzungen in M. Adams et al. (Hrsg.), *Judging Europe's Judges. The Legitimacy of the Case Law of the European Court of Justice Examined*, 2013.

65 Vgl. zu dieser Beschreibung früh die Beiträge in J. Schwarze (Hrsg.), *Der Europäische Gerichtshof als Verfassungsgericht und Rechtsschutzinstanz*, 1983; aus jüngerer Zeit prominent etwa A. Voßkuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund*, NVwZ 2010, S. 1 ff.

66 Vgl. zu dieser Funktion von Verfassungsrecht (und korrelativ der Verfassungsgerichtsbarkeit) etwa D. Grimm, *Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung*, in: M. Brenner/P. M. Huber/M. Möstl (Hrsg.), *FS Badura*, 2004, S. 145 ff. (154).

67 Vgl. dazu in soziologischer Sicht instruktiv M. Höpner, *Der Europäische Gerichtshof als Motor der Integration: Eine akteursbezogene Erklärung*, Berliner Journal für Soziologie 2011, S. 203 ff.



zeigt, dass beide Perspektiven offenbar möglich sind. Aber das eine Verfahren sollte nicht unter dem Label des anderen geführt werden.<sup>68</sup>

## 2. Methodologische Anforderungen

Die Frage nach den speziellen Anforderungen disziplinärer Eigenständigkeit kann von den drei erwähnten Kritikpunkten ausgehen. Instrukтив, wenngleich in vorwiegend negativer Hinsicht, ist zunächst die versuchte Renaissance eines „legal realism“. Was immer man von diesem Vorschlag im Detail halten und wie berechtigt er als Perspektiverweiterung in einzelnen Kritikpunkten auch erscheinen mag,<sup>69</sup> feststehen dürfte doch zumindest, dass man eine eigenständige wissenschaftliche Disziplin schwerlich dadurch begründen kann, indem man die Methodik und Vorgehensweise einer anderen Disziplin schlicht übernimmt. Am Ende eines konsequent durchgeführten „New Legal Realism“ dürfte demnach nicht eine neue Rechtswissenschaft stehen, sondern ein neuer Zweig der empirischen Sozialwissenschaft.

Positiv gewendet besagt das, dass eine eigenständige Disziplin sich nicht so sehr durch ihren eigenen Gegenstand als vielmehr durch ihre eigene Frageweise und Methodik konstituiert. Gerade die Differenz von Rechtssoziologie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik macht das deutlich. Das scheinbar gemeinsame Untersuchungsobjekt „Recht“ wird hier in ganz unterschiedlichen Hinsichten thematisch und erkenntnisleitend.<sup>70</sup>

Auf unsere Ausgangsproblematik zurückbezogen wäre damit zu klären, ob die Europarechtswissenschaft über eine derart eigenständige Methodik verfügt.<sup>71</sup> Im Licht des zuvor genannten dritten Kritikpunkts lässt sich der eigentliche Akzent der so formulierten Frage noch schärfer hervorheben: Es geht in dieser Hinsicht um eine eigene Methodik der Wissenschaft, nicht nur eine solche der Rechtspraxis.<sup>72</sup> Die bloße Orientierung an einer eigenständigen Methodik, die der EuGH für sich in Anspruch nimmt,<sup>73</sup> reichte damit nicht aus.

Wenn man die Aufgabe so zuspitzt, dürfte die Antwort bezüglich ihrer Erfüllung nicht leichtfallen. Ähnlich wie im Bereich des materiellen Rechts ist auch in methodologischer Hinsicht die Vorreiterrolle des EuGH klar erkennbar. Wenn von

68 Vgl. zum allg. Problem auch *Jestaedt*, Wissenschaft im Recht (Fn. 20), S. 11, mit dem Hinweis auf die Gefahr, „in pseudowissenschaftliche Interessenpolitik abzugleiten.“

69 Vgl. etwa zum bundesverfassungsgerichtlichen Umgang mit Annahmen über empirische Prozesse *Petersen*, Braucht die Rechtswissenschaft eine empirische Wende? (Fn. 12), S. 439 ff.

70 Vgl. dazu nur *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein... (Fn. 45), S. 28 ff.

71 Vgl. zu der ähnlichen, aber noch grundsätzlicher ansetzenden Fragestellung „Hat die Europäisierung des Verwaltungsrechts Methode?“ die Beiträge von *O. Lepsius* und *M. Ruffert* in: P. Axer et al. (Hrsg.), Das Europäische Verwaltungsrecht in der Konsolidierungsphase. Systembildung – Disziplinierung – Internationalisierung, Die Verwaltung, Beiheft 10, 2010, S. 179 ff.; (205 ff.).

72 Vgl. zum allg. Erfordernis einer entsprechenden Differenzierung etwa *C. Möllers*, Methoden, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl. 2012, § 3, Rn. 17 ff.

73 Vgl. grundlegend EuGH, Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L.), ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1251; Rs. 26/62 (van Gend & Loos), ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, 1; Rs. 11/70 (internationale Handelsgesellschaft), ECLI:EU:C:1970:114, Slg. 1970, 1125.

„Methodik des Unionsrechts“ die Rede ist, dann geht es typischerweise um die Konkretisierung des Rechts gemäß jenen Verfahren und Maximen, die der Gerichtshof der eigenen Rechtsprechung zugrunde legt.<sup>74</sup> Ausdrücklich wird Methodik als eine normative Festsetzung verstanden,<sup>75</sup> die dem Recht selbst durch die gerade auch für diese Aufgabe zuständigen Autoritäten zu entnehmen sein soll.<sup>76</sup> Eigenständige methodologische Entwürfe, die sich in Abgrenzung oder zumindest Ergänzung davon ins Spiel bringen und explizit die Wissenschaft als Gegenstand wie Adressat entsprechender Entwürfe bezeichnen, bilden nach meinem Eindruck eher die Ausnahme als die Regel.<sup>77</sup> Die „Eigenart des Unionsrechts“ und die ihr korrespondierende Methodik werden wiederum eher als rekonstruktiv nachzuvollziehende Vorgabe verstanden, statt stärker konstruktiv eigene Konzeptionen zu entwickeln, die aus einem methodisch selbständigen Zugriff heraus jene Eigenart erläutern helfen könnten. Um der genannten Kritik zu entgehen, müsste dieser Zustand sich ändern.

#### IV. Disziplinäre Geschlossenheit als Ideal?

Aber ist es denn überhaupt erstrebenswert, die eine verbindliche Methode und damit die eine disziplinär geschlossene Perspektive zu entwickeln? Damit bin ich bei der eingangs angekündigten abschließenden Frage, in welchem Maße eine derartig disziplinär geschlossene Beschäftigung mit dem Europarecht nicht nur möglich, sondern auch wünschenswert ist. Dabei geht es ausdrücklich nicht (oder zumindest nicht nur, weil Überlappungen zu diesem Feld genauso wenig strikt ausgeschlossen werden können) um die vom Wissenschaftsrat geforderte Interdisziplinarität. Denn Interdisziplinarität zieht disziplinäre Abschottung nicht in Zweifel, sondern setzt sie voraus.<sup>78</sup> Die hier interessierende Frage lässt sich dagegen noch offener fassen. Sie lautet dann nicht, ob eine disziplinär geschlossene

74 Vgl. prägnant jeweils schon im Titel etwa *A. Bleckmann*, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs, NJW 1982, S. 1177 ff.; *J. Anweiler*, Die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1997; *C. Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft, 1998.

75 Vgl. zur Perspektive einer derartigen „normative[n] Methodenlehre“, die „die Normativität einer Methodenlehre für eine bestimmte Rechtsordnung aus eben dieser Rechtsordnung selbst herleitet“, etwa *S. A. E. Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 6.

76 Vgl. entsprechend unter Berufung auf die normativen Bindungen aus Art. 220, 234 EGV (jetzt: Art. 267 AEUV) etwa *J. P. Terhechte*, Die ungeschriebenen Tatbestandsmerkmale des europäischen Wettbewerbsrechts, 2004, S. 60. Anders dagegen *A. Adrian*, Grundprobleme einer juristischen (gemeinschaftsrechtlichen) Methodenlehre. Die begrifflichen und („fuzzy“-)logischen Grenzen der Befugnisnormen zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, 2009, S. 30 f., 561, der zwischen der aus der Praxis des EuGH abgeleiteten Methode und einer dieser Praxis normativ gegenübergestellten, von der Wissenschaft erarbeiteten „richtigen“ Methode unterscheiden will.

77 Vgl. aber etwa aus zivilistischer Sicht *C. Höpfner/B. Rüthers*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 2009, S. 1 ff., Allg. zur näheren Darstellung des Problemfelds *I. Augsberg*, Methoden des europäischen Verwaltungsrechts, in: *J. P. Terhechte* (Hrsg.), Verwaltungsrecht der Europäischen Union, 2011, § 4, S. 147 ff.

78 Vgl. in diesem Sinne bereits *Hillgruber*, Mehr Rechtswissenschaften wagen! (Fn. 16), S. 704. Zum entsprechenden Grundverständnis des Zusammenspiels der Disziplinen ferner *W. Hoffmann-Riem*, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *E. Schmidt-Aßmann/ders.* (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 9 ff. (58), mit Verweis auf *R. Czada*, Disziplinäre Identität als Vor-

Rechtswissenschaft in einem zweiten Schritt mit anderen Disziplinen in ein fruchtbares Gespräch gebracht werden kann. In Frage steht vielmehr, ob die von der Stilisierung als Disziplin postulierten Grenzen des Fachs nicht eventuell immer schon poröser sind oder zumindest sein könnten, als die disziplinäre Selbstbeschreibung behauptet.<sup>79</sup>

Das heißt nicht, dass die Grenzen zwischen scheinbar fest etablierten Disziplinen, vor allem zwischen der Rechts- und der Politikwissenschaft, schlicht aufzugeben sind, um stattdessen dem vor einigen Jahren propagierten Modell einer „disziplinübergreifenden Europawissenschaft“ zu folgen.<sup>80</sup> Erst recht heißt es nicht, dass jenseits der wissenschaftsinternen Auseinandersetzungen auch die Grenzen zwischen dem Recht selbst und der Politik keine entscheidende Rolle mehr spielen sollen, etwa indem ein *ex ante* stets als Rechtsbruch bezeichneter Vorgang *post festum*, nach vollzogener politischer Tat, in einer Art Identifikation mit dem Angreifer auf wiederum juristische Art zu legitimieren versucht wird oder indem, eine Abstraktionsebene höher, eine an solchen Fällen ersichtliche politische Ignoranz dem Recht gegenüber als neue, höhere Stufe des Integrationsprozesses beschrieben wird, die die niederen Ebenen bloß rechtlicher Bindungen endlich hinter sich gelassen und die Höhen der Politik erreicht habe.

In Frage steht vielmehr, ob auch und gerade der Europarechtswissenschaft damit gedient ist, wenn sie sich auf ein einziges, uniformes Modell eigener Wissenschaftlichkeit festlegen lässt. Statt einer szientifischen Monokultur das Wort zu reden, die „echte Wissenschaftlichkeit“ auf einen bestimmten Standard einzuschwören versucht – sei’s in Anlehnung an bestimmte Trends in den sog. *Humanities*, sei’s in Nachahmung der in puncto Wissenschaftlichkeit seit jeher als vorbildlich geltenden Naturwissenschaften –, könnte man auf die ausgesprochen produktiven Irritationen und Innovationen hinweisen, die gerade durch die Aufbrechung solcher Standards und die Öffnung für andere Betrachtungsweisen erreicht worden sind. Die von *Peter Häberle* in die rechtswissenschaftlichen Debatten eingeführte kulturwissenschaftliche Analyse bietet hierfür ein herausragendes Beispiel.<sup>81</sup> Auch die Übertragung allgemeiner Ideen aus dem Bereich der „law in context“-Bewegung ließe sich nennen,<sup>82</sup> ebenso Versuche, die rechtlichen Auseinandersetzungen mit Einsichten aus soziologischen, politologischen und ökonomischen Debatten zu konfrontieren und reflexiv auf die Verarbeitung entsprechender

aussetzung von Interdisziplinarität?, in: K. Bizer/M. Führ/C. Hüttig (Hrsg.), *Responsive Regulierung. Beiträge zur interdisziplinären Institutionenanalyse und Gesetzesfolgenabschätzung*, 2002, S. 23 ff.

79 Vgl. zum allg. Problem *I. Augsberg*, Über die Grenzen des Rechts, *JZ* 2017, S. 109 ff.; ähnlich *T. Vesting*, *Die Medien des Rechts: Computernetzwerke*, 2015, S. 60.

80 Vgl. G. F. Schuppert/I. Pernice/U. Haltern (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005.

81 Vgl. den Beitrag von *P. Häberle*, i.d.Bd., S. 115 ff.; ausführlich *ders.*, *Verfassungslehre als Kulturwissenschaft*, 2. Aufl. 2009; *ders.*, *Europäische Rechtskultur. Versuch einer Annäherung in zwölf Schritten*, 1994; *ders./M. Kotzur*, *Europäische Verfassungslehre*, 8. Aufl. 2016, v.a. S. 49 ff.

82 Vgl. *Ward*, *A Critical Introduction to European Law* (Fn. 62); aus der deutschen Diskussion auf Basis einer kulturtheoretisch interessierten Perspektive *U. Haltern*, *Europarecht. Dogmatik im Kontext*. Band I; Band II, 3. Aufl. 2017; *ders.*, *Europarecht und das Politische*, 2005.

rechtsfremder Aussagen einzustellen,<sup>83</sup> oder Entwürfe, die netzwerktheoretische Modelle nutzen, um der Gefahr zu begegnen, dass die „neue Ordnung“ des supranationalen Rechts als Fluchtpunkt lediglich wieder die Gestalt eines in den entscheidenden Strukturen unveränderten, gewissermaßen nur eine Ebene höher gezonten „Superstaats“ annimmt.<sup>84</sup> Ihnen allen ist gemeinsam, dass sie alternative Sichtweisen vorschlagen, wie jenseits der engen Anbindung an die Judikatur des EuGH die „Eigenart des Unionsrechts“ konzipiert werden könnte.

Entscheidend ist dann aber jeweils, dass die neuen Perspektiven die alten nicht zur Gänze ersetzen, sondern nur ergänzen dürfen. Statt zu versuchen, die Heterogenität der unterschiedlichen Ansätze in die eine oder andere Richtung zu überwinden, ist die Pluralität der unterschiedlichen Sichtweisen zu bewahren. Häberles Rede von der bloßen „Teilwahrheit“, die sein kulturwissenschaftliches Projekt für sich in Anspruch nimmt, bringt diese Selbstbegrenzung prägnant auf den Punkt.<sup>85</sup> Sie ist entsprechend nicht nur auf die genannten anderen Ansätze, sondern zumal auf die skizzierte Skepsis gegenüber der deutschen Dogmatik-Dominanz zu übertragen. Wer in berechtigter Kritik an bestimmten Erscheinungsformen vorgeblich dogmatischer, tatsächlich schlicht oberflächlicher „Rechtswissenschaft“ der Dogmatik als solcher den Wissenschaftsanspruch abspenstig machen möchte,<sup>86</sup> schüttet das Kind mit dem Bade aus. Dass die enge Verflechtung von Rechtspraxis und Rechtswissenschaft im Konzept „Dogmatik“ nicht der notwendige und alleinige Garant „echter“ (oder: „wahrer“) rechtswissenschaftlicher Arbeit ist<sup>87</sup> (und daher entsprechenden Alleinvertretungsansprüchen energisch widersprochen werden muss<sup>88</sup>), rechtfertigt nicht den Umkehrschluss, dieser Verflechtung jede Wissenschaftsfähigkeit abzusprechen<sup>89</sup> oder zumindest die „wahre Rechtswissenschaft“ erst „jenseits der Dogmatik“ anzusiedeln.<sup>90</sup> Anstelle des kurrenten Trends, gerade in dieser Hinsicht defensiv auf „mangelnde internationale

83 Vgl. etwa C. Joerges, Das Recht im Prozeß der europäischen Integration. Ein Plädoyer für die Beachtung des Rechts durch die Politikwissenschaft und ihre Beteiligung an rechtlichen Diskursen, in: M. Jachtenfuchs/B. Kohler-Koch (Hrsg.), Europäische Integration, Opladen 1996, S. 73 ff.; sowie die Beiträge in C. Joerges/Ellen Vos (Hrsg.), EU Committees. Social Regulation, Law and Politics, 1999; ferner P. F. Kjaer, Between Governing and Governance. On the Emergence, Function and Form of Europe's Post-National Constellation, 2010.

84 Vgl. K.-H. Ladeur, Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept, in: ders., Das Recht der Netzwerkgesellschaft. Ausgewählte Aufsätze, 2013, S. 581 ff.; ders., Europe as Transnational Law – Europe Has to Be Conceived as a Heterarchical Network and Not as a Superstate!, German Law Journal 2009), S. 1357 ff.

85 Vgl. den Beitrag von P. Häberle, i.d.Bd., S. 115 ff.

86 Entsprechende Skepsis gegenüber einer nicht durch Anleihen bei der Theorie erst zur „wissenschaftlichen“ nobilitierten Dogmatik etwa bei A.-B. Kaiser, Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität. Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen, DVBl. 2014, S. 1102 ff.

87 Vgl. prägnant Möllers, Acht Thesen zur Juristerei als Wissenschaft (Fn. 3): „Man ist kein guter Praktiker, nur weil man kein Theoretiker ist.“

88 Jestaedt, Wissenschaft im Recht (Fn. 210), S. 11, spricht plastisch von einem problematischen „hegemonialdisziplinäre[n] Gebaren der Dogmatik – zulasten von Stellung und Bedeutung der sogenannten Grundlagenfächer“.

89 Vgl. ausführlich gegen eine solche Perspektivverkürzung bereits Augsberg, Lob der Dogmatik (Fn. 35).

90 Vgl. Lepsius, Maßhalten mit der Dogmatik im Recht (Fn. 35), S. 75: „Ohne Dogmatik geht es natürlich nicht. Ich will hier nicht missverstanden werden als jemand, der Dogmatik aufgeben wollte. Aber bei der Dogmatik darf man nicht stehen bleiben. Die wahre Rechtswissenschaft fängt erst jenseits der Dogmatik an“.

Anschlussfähigkeit“ der dogmatischen Arbeit hinzuweisen,<sup>91</sup> ließe sich das eingespielte Miteinander von Wissenschaft und Praxis im Kommunikationsformat Dogmatik auch als eine besondere, wenngleich nicht die einzige, ausschließlich relevante Leistung und Stärke der deutschen Rechtswissenschaft bezeichnen und nach außen kommunizieren<sup>92</sup> – nicht nur, aber eben auch im Europarecht.

Mit Blick auf die geforderte „Internationalisierung“ gilt weitgehend Entsprechendes. Weil Internationalisierung unter den gegebenen Verhältnissen zumeist Anglisierung, also die Orientierung an der neuen *lingua franca* Englisch meint,<sup>93</sup> mit der Übersetzung von Texten aber stets auch eine gewisse Anpassung an den jeweiligen Sprachkontext und damit die jeweilige Rechtskultur erfolgt,<sup>94</sup> steht auch hier eine Entwicklung zu befürchten, die eher entdifferenzierend wirkt, als dass sie eine heterogene Pluralität wissenschaftlicher Ansätze und Auseinandersetzungen fördert.<sup>95</sup> Wer eine solche Pluralität bewahren will, darf eine weitere Internationalisierung nur in einer auf das Problem eingestellten, reflektierten Form fordern.

Noch aus einem anderen Grunde könnte die skizzierte nationalstaatliche Perspektivprägung in der Beschäftigung mit dem Unionsrecht nicht nur unvermeidbar, sondern sogar in der Sache fruchtbar sein. In dieser Sichtweise trägt die Rückanknüpfung an nationale Besonderheiten dem Umstand Rechnung, dass sich die Ebenen von mitgliedstaatlichem Recht und Unionsrecht immer weniger sauber voneinander scheiden lassen.<sup>96</sup> Während sich einerseits das Unionsrecht so stark ausdifferenziert hat, dass es in seinen zahlreichen Spezialmaterien kaum noch als einheitliches Gebiet erfasst werden kann, zeigt sich andererseits gerade innerhalb dieser Spezialbereiche, wie sehr sich die Ebenen in vielfältiger Form überlagern und dabei wechselseitig beeinflussen.<sup>97</sup> Ein Ruf nach disziplinärer Eigenständigkeit des Europarechts könnte vor diesem Hintergrund wie der anachronistische

91 Vgl. *Lepsius*, Maßhalten mit der Dogmatik im Recht (Fn. 35), S. 75: „Mit ihrer Selbstverpflichtung auf Dogmatik isoliert sich die deutsche Rechtswissenschaft in Europa zusehends. Das Konzept ist in den großen anderen Rechtskreisen unbekannt.“ Ähnlich bereits *ders.*, Kritik der Dogmatik (Fn. 35), S. 47 ff., mit der These von der Dogmatik als „deutscher Sonderweg“.

92 So in der Tendenz auch die Perspektive bei *Jestaedt*, Wissenschaft im Recht (Fn. 20), der zudem für einen „Rechtswissenschaftsvergleich“ plädiert. Bemerkenswert auch die Feststellung von *Möllers*, Acht Thesen zur Juristerei als Wissenschaft (Fn. 3): „Die deutsche Rechtswissenschaft ist einer [sic] der wenigen international relevanten nationalen Wissenschaftsdisziplinen.“

93 Vgl. *Hafje/Mankowski*, „Nationale Unionsrechte“ (Fn. 23), S. 155 f. Ebenso, mit konkreten empirischen Belegen, *Thym*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland (Fn. 1), S. 678 ff.

94 Vgl. dazu näher *Jestaedt*, Wissenschaft im Recht (Fn. 20), S. 9 f.; ähnlich auch *Thym*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland (Fn. 1), S. 681 f.

95 Die Vorstellung des Wissenschaftsrats, der zufolge eine „Wissenschaft, die einen sprachlich konstituierten Gegenstand wie das Recht hat, [...] durch Mehrsprachigkeit ihre Perspektive“ erweitere (Wissenschaftsrat, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland (Fn. 15), S. 71), erscheint in dieser Hinsicht ebenso berechtigt wie unrealistisch. Ausdrücklich vor einer „Hegemonie“ des angelsächsischen Rechtskreises warnend von *Bogdandy*, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht (Fn. 1), S. 42 f.

96 Vgl. zum Phänomen der wechselseitigen Durchdringung und Beeinflussung umfassend *M. Wendel*, Permeabilität im europäischen Verfassungsrecht. Verfassungsrechtliche Integrationsnormen auf Staats- und Unionsebene im Vergleich, 2011.

97 Vgl. dazu näher *Thym*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland (Fn. 1), S. 699 f.

Versuch erscheinen, die im Übrigen allerorten thematisierte „Verbundstruktur“<sup>98</sup> wieder in klarer abzugrenzende Sphären aufzulösen.<sup>99</sup>

## V. Fazit

Vielleicht ist möglichst rigide disziplinäre Eigenständigkeit demnach selbst dort, wo sie erreichbar sein könnte, gar nicht anzustreben. Vielleicht liegt für eine wissenschaftliche Betrachtung insgesamt mehr Segen darin, sich selbst nicht zu stark einzugrenzen, sondern – ohne umgekehrt in schlichte Beliebigkeit zu verfallen – für plurale, auch kontroverse Sichtweisen offenzuhalten. Das betrifft zum einen die notwendige Offenheit gegenüber den zu erwartenden Forschungsergebnissen, die nicht ex ante in Richtung als politisch zu bezeichnender Zielvorgaben – vor allem: pro oder contra Integration<sup>100</sup> – verengt werden dürfen. Es gilt zum anderen und erst recht für die Offenheit hinsichtlich der möglichen Mehrzahl der dabei eingesetzten Methoden, die über jene Ergebnisse in weitem Maße bereits vorentscheiden.<sup>101</sup> In beiderlei Hinsicht ist eine nicht zu stark disziplinierte, nicht auf einen einzigen verbindlichen Kanon verpflichtete Europarechtswissenschaft vermutlich die bessere Wahl.<sup>102</sup> Nur sie dürfte einem Themengebiet gerecht werden, für das gerade dynamische Veränderungen und Innovationen charakteristisch sein sollen.<sup>103</sup>

98 Vgl. etwa für das Verwaltungsrecht die Beiträge in E. Schmidt-Aßmann/B. Schöndorf-Haubold (Hrsg.), *Der Europäische Verwaltungsverbund. Formen und Verfahren der Verwaltungszusammenarbeit in der EU*, 2005; für das Verfassungsrecht und die Verfassungsrechtsprechung I. Pernice, *Theorie und Praxis des Europäischen Verfassungsverbundes*, in: C. Calliess (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund. Göttinger Gespräche zum deutschen und europäischen Verfassungsrecht*, 2007, S. 61 ff.; Voßkuhle, *Der europäische Verfassungsgerichtsverbund* (Fn. 65).

99 Eine andere gegen dieses Problem gewendete Strategie könnte darin liegen, den Begriff des Europarechts systematisch zu erweitern und ihn nicht länger nur das – allerdings weiterhin zugleich als „organisierende Mitte“ fungierende – EU-Recht, sondern ebenso ergänzendes Völkerrecht, die EMRK und das jeweils darauf bezogene nationalstaatliche Recht umfassen zu lassen. In diesem Sinne im Anschluss an den frühen Versuch Hermann Moslers (Begriff und Gegenstand des Europarechts, *ZaöRV* 1968, S. 481 ff. (500)) nun ausdrücklich von Bogdandy, *Was ist Europarecht?* (Fn. 1).

100 Vgl. dazu auch von Bogdandy, *Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht* (Fn. 1), S. 5, mit dem Hinweis, dass selbst unter den Befürwortern keine Einigkeit mehr darüber bestehe, was „mehr Integration“ im Einzelnen bedeuten solle.

101 Vgl. in diese Richtung im Sinne eines auf das gesamte öffentliche Recht bezogenen Plädoyers für Multiperspektivität bereits A. von Arnould, *Öffnung der öffentlich-rechtlichen Methode durch Internationalität und Interdisziplinarität: Erscheinungsformen, Chancen, Grenzen*, *VVDStRL* 74 (2015), S. 39 ff.; I. Augsberg, *Kommentar*, in: *Lepsius, Relationen* (Fn. 2), S. 69 ff. (91 ff.).

102 Vgl. strenger von Bogdandy, *Was ist Europarecht?* (Fn. 1), der bei seiner Neukonzipierung eines bewusst weiten Begriffs des „Europarechts“ zugleich hervorhebt, „wie wichtig ein disziplinärer Rahmen für erfolgreiche Forschung ist“ (a.a.O., S. 591), und vorschlägt, ein „Fach Europarecht im hier vorgeschlagenen Sinne“ als einen derartigen disziplinären Rahmen zu nutzen (a.a.O., S. 592).

103 Vgl. zu dieser typischen Selbstbeschreibung des Unionsrechts nur Terhechte, *„Eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts“* (Fn. 8).



## Völkerrechtliche Einflüsse auf das Europarecht

Von Markus Kotzur, Hamburg\*

### I. Einleitung

Nach einem längst zum Gemeinplatz gewordenen Zitat ihres ersten Kommissionspräsidenten *W. Hallstein* – das damals freilich noch auf die drei ursprünglichen Europäischen Gemeinschaften abzielte – ist die Union ein „Geschöpf des Rechts“<sup>1</sup> – und zwar zunächst des Völkerrechts. EGKS, EAG und EWG verdanken ihre Genese als internationale Organisationen klassischem Völkervertragsrecht.<sup>2</sup> Erst schrittweise, von den Mitgliedstaaten teils intendiert, teils kritisch beäugt, vor allem aber durch den Gerichtshof energisch vorangetrieben, hat sich das neuartige Integrationsgefüge eben diese Neuartigkeit auch normativ erschlossen und damit von seinem völkerrechtlichen Gründungsakt – wenngleich nicht vollständig – gelöst. Als Motor des Emanzipationsprozesses, um dem Sprachbild vom „Motor der Integration“ eine völkerrechtsspezifische Stoßrichtung zu geben, konnten die Luxemburger Richter mit ihrer „landmark decision“ in „Van Gend en Loos“ ein entsprechendes Fanal setzen: „Aus alledem ist zu schließen, dass die Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts darstellt, zu deren Gunsten die Staaten, wenn auch in begrenztem Rahmen, ihre Souveränitätsrechte eingeschränkt haben, eine Rechtsordnung, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind. Das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht soll daher den Einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen.“<sup>3</sup>

Aus dieser Formulierung folgt zweierlei: Die Qualifikation des Unionrechts als Rechtsordnung *sui generis* war einerseits niemals dogmatischer Selbstzweck, sondern schlicht funktionale Notwendigkeit, um seinen Vorrang zu sichern und seine unmittelbare Anwendbarkeit zu ermöglichen.<sup>4</sup> Der Gerichtshof hat andererseits die Nabelschnur zum Völkerrecht keineswegs vollständig durchtrennt. Er spricht sehr

\* Prof. Dr. Markus Kotzur, LL.M. ist Inhaber des Lehrstuhls für Europa- und Völkerrecht an der Universität Hamburg.

1 *W. Hallstein*, Die Europäische Gemeinschaft, 5. Aufl. 1979, S. 53; *ders.*, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 33 ff. Auch in der anglophonen Welt fand *Hallsteins* Dictum rasche Verbreitung, *W. Hallstein*, Europe in the Making, 1972, S. 30: „The European Community is a remarkable legal phenomenon. It is a creation of law; it is a source of law; and it is a legal system.“

2 Zur Entwicklungs- als Emanzipationsgeschichte *A. v. Bogdandy/M. Smrkolj*, European Community and Union Law and International Law, MPEIL (online Version, Fassung 2011), Rn. 2: „At the beginning of European integration, one core issue was to emancipate the law of the European Communities from international law“. Mit grundlegendem Anspruch *A. Pellet*, Les fondements juridiques internationaux du droit communautaire, Collected Courses of the Academy of European Law 5 (1994), S. 193 ff.

3 EuGH Rs. 26/62 (van Gend & Loos), ECLI:EU:C:1963:1, Rn. 25; *F. Mayer*, Van Gend en Loos: The Foundations of a Community of Law, in: M. Maduro/L. Azoulay (Hrsg.), The Past and the Future of EU Law, 2010, S. 9 ff.

4 Aus der Lit.: *T. Kruis*, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, 2013; Th. Schilling, Rang und Geltung von Normen in gestuften Rechtsordnungen, 1994.



bewusst von einer „neuen Rechtsordnung des Völkerrechts“<sup>5</sup> und bis heute bedient sich die konstitutionell verdichtete Union des Völkerrechts als „Neben-“, besser als „Hintergrundverfassungsrecht“.<sup>6</sup> Ihr Recht hat sich, wie das Recht ihrer Mitgliedstaaten, an „internationalen Maßstabsnormen“ zu orientieren.<sup>7</sup> Auch für das Verhältnis von Völker- und konstitutionellem Unionsrecht gilt damit, was E. Cannizzaro für das Verhältnis von „international law“ und „internal legal orders“ an „unity of the legal experience“ und „diversity of its individual components“ identifiziert:

*„After more than a century of debate, the effect of international law within internal legal orders still remains one of the most fascinating topics for international lawyers. It touches upon grandiose issues such as the unity of the legal experience and the diversity of its individual components. Yet, in spite of the intellectual efforts of generations of scholars, it still appears fraught with mysteries from both theoretical and practical viewpoints.“*<sup>8</sup>

Mit der konstitutionellen Verdichtung, dem Erstarken in Verfassungsqualität<sup>9</sup> ist freilich eine Innenperspektive der Union beschrieben, deren völkerrechtliche Rückbindung es im Folgenden anhand ausgewählter Themenfelder zu erschließen gilt. Vorher aber ein Wort zur Außenperspektive, das heißt zum völkerrechtlichen Blick von Drittstaaten auf die Union.

## II. Die Außenperspektive

*Henry Kissinger*, dem ehemaligen Außenminister der USA, wird das Bonmot zugeschrieben: "Wen rufe ich denn an, wenn ich Europa anrufen will?"<sup>10</sup> Die heuti-

5 Fn. 3.

6 Der Begriff der „völkerrechtlichen Nebenverfassung“ geht zurück auf *Ch. Tomuschat*, Der Verfassungsstaat im Geflecht der Internationalen Beziehungen, VVDStRL 1978, S. 7 ff. (51 f.); zur Rezeption des Begriffs *R. Uerpman-Witzack*, Völkerrechtliche Verfassungselemente, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 177 ff. (179). Er wird vorliegend zur „Hintergrundverfassung“ weiter entwickelt, nicht nur, weil das Völkerrecht dort, wo im konstitutionellen Unionsrecht Lücken bleiben, als Auffangordnung eingreifen kann, sondern auch, weil völkerrechtliche Prinzipien das unionale Verfassungsrecht (im Hintergrund) überwölben, anreichern, seine Interpretation mit anleiten.

7 *Ch. Calliess*, Auswärtige Gewalt, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HStR, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 83, Rn. 6; zum Problemkreis insgesamt W. Obwexer (Hrsg.), Die Europäische Union im Völkerrecht, EuR-Beiheft 2 (2012).

8 *E. Cannizzaro*, The Neo-Monism of the European Legal Order, in: ders./P. Palchetti/R. A. Wessels (Hrsg.), International Law as Law of the European Union, 2012, S. 35 ff. (35).

9 Dazu *P. Häberle/M. Kotzur*, Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl. 2016.

10 Für dieses tatsächliche oder vermeintliche Zitat vgl. etwa <http://www.sueddeutsche.de/politik/friedensnobelpreis-wen-ruft-man-an-wenn-man-die-eu-anruft-1.1494436> (letzter Stand: 09.04.2017). In einem Interview mit dem Debatten-Magazin „The European“ äußerte sich die damalige EU-Kommissarin *Viviane Reding* zum dem Kissinger-Zitat: „Herr Kissinger ist ja schon etwas älter, und die Aussage auch. Mittlerweile stellt sich die Frage nicht mehr. Wir haben längst zwei Entscheidungsträger in Europa: den Kommissionspräsidenten für exekutive Fragen und den Präsidenten des Europäischen Rats für Repräsentationsfragen. Die Amerikaner wissen also genau, wen sie anrufen müssen, wenn es Probleme gibt. Meistens ist das der Kommissionspräsident“ (<http://www.theeuropean.de/viviane-reding/8179-viviane-reding-ueber-die-arbeit-der-eu>), (letzter Stand: 07.04.2014).

ge Union hätte einige Telefonnummern im Angebot: die ihres Präsidenten *Donald Tusk*, die ihres Kommissionspräsidenten *Jean-Claude Juncker*, die ihrer Hohen Vertreterin für Außen- und Sicherheitspolitik *Federica Mogherini* und seit dem gestaltungsfreudigen *Martin Schulz* vielleicht sogar die des Parlamentspräsidenten. Das komplexe institutionelle Gefüge der Union<sup>11</sup> mit ihren mehr oder weniger staatsanalogen Funktionsträgern ist damit von außen auch weiterhin nicht einfach zu durchschauen und für die Außenperspektive auch nur von eingeschränkter Relevanz.

Aus der Sicht von Drittstaaten bleibt die Union eine internationale Organisation<sup>12</sup>, die sie anerkennen können oder nicht, mit der sie in Vertragsbeziehungen eintreten können oder nicht und deren politisches Gewicht als „global player“<sup>13</sup> einzuschätzen ohnehin ein primär politische Frage ist. Die Praxis der gemischten Abkommen<sup>14</sup>, die sie sowohl an die Union als auch an die Mitgliedstaaten bindet, ist Drittstaaten geläufig; die damit verbunden Kompetenzfragen sind für sie weniger drängend als für die Mitgliedstaaten. Ganz gleich, auf welcher Stufe verfassungsqualitativer Erstarkung die Union sich selbst als Staaten- oder Verfassungsverbund<sup>15</sup>, als „Sympolity“<sup>16</sup> oder „Synarchie“<sup>17</sup>, der Mehrebenenlogik<sup>18</sup> folgend oder von Verfassungsgemeinschaftlichkeit<sup>19</sup> ausgehend beschreibt, für Dritte beanspruchen solche Beschreibungen keine Verbindlichkeit. „Pacta tertiis“<sup>20</sup>, erinnert sich der Völkerrechtler an sein Latein, jedenfalls solange die Union nicht zum (Bundes-)Staat wird, sondern internationale Organisation – die Supranationalität<sup>21</sup> interessiert vorwiegend im Inneren –, ein mit Völkerrechtssubjektivität ausgestatteter, von ihren Mitgliedstaaten gekorener institutioneller Akteur bleibt.

11 Siehe etwa *R. Bieber/E. Epiney/M. Haag/M. Kotzur*, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 13. Aufl. 2018, § 4.

12 Th. Stein/Ch. V. Buttlar/M. Kotzur, Völkerrecht, 14. Aufl. 2017, Rn. 433 ff.

13 J. Ph. Terhechte, Internationale Dimensionen des europäischen Verwaltungsrechts, EuR-Beiheft 1(2016), S. 9 ff., (9 f.). Eine eigenständige Abhandlung wert wäre die Rolle der EU innerhalb der vereinten Nationen, dazu etwa J. Scheffler, Die Europäische Union als rechtlich-institutioneller Akteur im System der Vereinten Nationen, 2011; J. Wouters/F. Hoffmeister/T. Ruys (Hrsg.), The United Nations and the European Union, 2006; vorher schon K.-D. Stadler, Die Europäische Gemeinschaft in den Vereinten Nationen, 1993.

14 R. Bieber/A. Epiney/M. Haag/M. Kotzur, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 13. Aufl. 2016, § 33, Rn. 29.

15 I. Pernice, La Rete Europea di Costituzionalità – Der Europäische Verfassungsverbund und die Netzwerktheorie, ZaöRV 2010, S. 51 ff.

16 D. Th. Tsatsos, The European Sympolity: New Democratic Discourses, 2008.

17 D. N. Chryssochoou, Europe as a Synarchy: A Study in Organized Co-Sovereignty, JöR 2007, S. 407 ff.

18 I. Pernice, Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-Making Revisited?, Common Market Law Review 1999, S. 703 ff.; M. Knauff, Der Regelverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem, 2010.

19 So schon P. Häberle, Europa als werdende Verfassungsgemeinschaft, DVBl. 2000, S. 840 ff.

20 A. v. Arnould, Völkerrecht, 3. Aufl. 2016, Rn. 211.

21 Siehe bereits H. P. Ipsen, Über Supranationalität, in: ders., Europäisches Gemeinschaftsrecht in Einzelstudien, 1984, S. 97 ff.

### III. Die Innenperspektive – differenziert nach Beispielsfeldern

#### 1. Die konstitutionelle Rahmenordnung

Die Völkerrechtssubjektivität leitet zugleich zur Innensicht über. Erst mit dem Vertrag von Lissabon, vgl. Art. 1 und 47 EUV, erlangt jedenfalls aus europarechtlicher Perspektive die Union als solche Völkerrechtssubjektivität.<sup>22</sup> Völkerrechtler, die mit der fragilen Tempelarchitektur a la Maastricht ohnehin weniger anfangen konnten, hatten das indes schon vorher anders gesehen.<sup>23</sup> Lissabon jedenfalls schreibt, auch wenn der Reformvertrag aus politischem Kalkül die Verfassungsterminologie und Verfassungssymbolik konsequent aufgibt, die Verfassungsidee ebenso konsequent fort.<sup>24</sup> Damit ist – bei weiterhin offener Finalität – der im bisherigen Integrationsprozess höchste Grad an *konstitutioneller Verselbständigung* erreicht. Aktuelle Integrationsdiskurse fragen deshalb auch eher nach der „pouvoir constituant“ in der europäischen Demo- bzw. „Demoikratie“<sup>25</sup>, als dass sie sich der völkerrechtlichen Geburtsstunde ihres Gegenstandes erinnern. Ob die diversen, ganz aktuellen Krisenszenarien und Turbulenzen daran etwas ändern<sup>26</sup>, sei zunächst dahingestellt. Außer Frage aber steht, dass die Union als Völkerrechtssubjekt umfänglich an das Völkerrecht und damit an alle in Art. 38 Abs. 1 IGH-Statut aufgeführten Quellen gebunden ist.

#### 2. Völkerrechtliche Öffnungsklauseln im Primärrecht der Union, das Verhältnis von Unions- und Völkerrecht

Weiterhin konstatiert werden kann bereits an dieser Stelle, dass sich die konstitutionell erwachsen gewordene Union bewusst dem Völkerrecht öffnet. Ihr Primärrecht kennt, wie staatliche Verfassungen auch, völkerrechtliche Öffnungsklauseln<sup>27</sup>, ganz typisch in der Präambel zum EUV, in den Artikeln zu den Werten und Zielen der Union (Art. 2 und 3 EUV), spezifischer in Art. 6 Abs. 2 EUV. Wenn sich die EU den EMRK-Beitritt zum Ziel setzt und schon in Art. 6 Abs. 1 den menschenrechtlichen Acquis eines völkerrechtlichen Übereinkommens zu Rechts-erkenntniszwecken übernimmt<sup>28</sup>, dann bestätigt das die eingangs gewählte Metapher von der „Hintergrund“, hier vielleicht noch spezifischer von der völker-

22 Nachweise bei R. Geiger, in: ders./D.-E. Khan/M. Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 47, Rn. 4 ff.

23 Vgl. auch D. Thym, Die völkerrechtlichen Verträge der Europäischen Union, ZaöRV 2006, S. 863 ff.

24 P. Häberle/M. Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl. 2016, Rn. 586 ff.

25 J.H.H. Weiler, Der Staat "über alles", Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des BVerfG, JöR 44 (1996), S. 91 ff.; F. Cheneval, The Government of the Peoples. On the Idea and Principles of Multilateral Democracy, 2011; ders./F. Schimmelfennig, The Case for Democracy in the European Union, *Journal of Common Market Studies* 2013, S. 334 ff.; F. Cheneval/S. Lavenex/F. Schimmelfennig, Democracy in the European Union. Principles, Institutions, Policies, *Journal of European Public Policy* 2015, S. 1 ff.

26 P. Häberle, Fünf Krisen im EU-Europa – Weltweite Implikationen, Möglichkeiten und Grenzen der Verfassungstheorie für Europa, AVR 2015, S. 409 ff.

27 Vgl. P. Häberle/M. Kotzur, Europäische Verfassungslehre, 8. Aufl. 2016, Rn. 427.

28 R. Geiger, in: ders./D.-E. Khan/M. Kotzur, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 6 EUV, Rn. 20 ff.

rechtlichen „Teilverfassung“.<sup>29</sup> Das unionale Verfassungsrecht integriert Völkerrecht mit verfassungsqualitativem Anspruch. Dass mit dem EuGH-Gutachten 2/13 vom 18. Dezember 2014 der EMRK-Beitritt der Union in weite Ferne gerückt ist<sup>30</sup>, steht in der Dialektik von normativem Anspruch und praktischen Realisierungsmöglichkeiten auf einem anderen Blatt.

Und an eine weitere Dialektik sei in diesem Kontext erinnert. Auf der einen Seite haben völkerrechtliche Verträge der Union Primärrechtsqualität und bedürfen keiner eigenständigen unionsrechtlichen Umsetzung wie etwa unter dem deutschen Grundgesetz nach Art. 59.<sup>31</sup> Sie sind nach Luxemburger Formulierung „integraler Bestandteil des Unionsrechts“ – „Van Gend en Loos“ klingt mit an: das Unionsrecht als *Teilordnung* des Völkerrechts. Dass das Unionsrecht hier wie ein Katalysator wirkt und das solchermaßen europäisierte Völkerrecht mit primärrechtlicher Vorrangwirkung auch für die Mitgliedstaaten höhere Bindungskraft entfaltet, sei nur in Erinnerung gerufen.<sup>32</sup> Ob die Union auch das allgemeine Völkerrecht – das heißt das Völkergewohnheitsrecht und die allgemeinen Rechtsgrundsätze – als integralen Bestandteil aufnimmt und welche Konsequenzen das dann für die Rangwirkung in den Mitgliedstaaten hat, ist weniger klar (eine entsprechende explizite Inkorporationsregelung fehlt in den Verträgen), wird in der Literatur aber oft selbstverständlich angenommen.<sup>33</sup> In der Rs. C-162/96 (*Racke*) bestätigt der EuGH diese Perspektive.<sup>34</sup> Einschränkende Stimmen fügen freilich hinzu, dass das nur soweit gelten kann, als sich diese allgemeinen Regelungen auch auf inter-

29 P. Häberle, Das Grundgesetz als Teilverfassung im Kontext der EU/EG, in: B. Kempen et al. (Hrsg.) FS Schiedermair, 2001, S. 81 ff.

30 EuGH, Gutachten 2/13 (EMRK II), ECLI:EU:C:2014:2454.

31 Die Wirkung von völkerrechtlichen Verträgen innerhalb der Unionsrechtsordnung ist in der Literatur vielfach diskutiert und soll hier nicht im Detail nachgezeichnet werden. Verwiesen sei etwa auf E. Cannizzaro, The Neo-Monism of the European Legal Order, in: ders./P. Palchetti/R. A. Wessels (Hrsg.), *International Law as Law of the European Union*, 2012, S. 35 ff. (36): „It is a common assumption that international law enjoys a privileged status within the European legal order. According to Article 216 (2), of the Treaty on the Functioning of the European Union (‘TFEU’), which substantially reproduces a provision present in the original 1957 Treaty on the European Community (‘TEC’), ‘agreements concluded by the Union are binding upon the institutions of the Union and on its Member States’. In the prevailing view of scholars, and in the case law of the ECJ, Article 216 (2) expresses the general philosophy of the European legal order, which is deeply inspired by a monist conception: international law is part of European Union law without need for any special act of incorporation, and it prevails over inconsistent European legislation. Direct effect and supremacy of international law within domestic law are the traditional hallmarks of the classical monist theories“. Im Folgenden Text finden sich zahlreiche Nachweise zur einschlägigen Rechtsprechung des EuGH. Siehe auch Ch. Hilmes, Die Europäische Union als Partei völkerrechtlicher Verträge, 2006 (aus der Ära vor „Lissabon“).

32 Zur Wirkung der von der Union geschlossenen völkerrechtlichen Verträge R. Bieber/A. Epiney/M. Haag/M. Kotzur, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 13. Aufl. 2018, § 33, Rn. 30 f.

33 Dazu grundsätzlich A. Epiney, Die Bindung der Europäischen Union an das allgemeine Völkerrecht, EuR-Beiheft 2(2012), S. 25 ff.

34 Ausführlich zu dieser Rechtsprechung ebd. Wörtlich zitiert A. Epiney in Fußnoten 33 und 35 die einschlägigen Rechtsprechungspassagen aus *Racke*, Rn. 46: „Folglich binden die Regeln des Völkergewohnheitsrechts über die Beendigung und die Suspendierung vertraglicher Beziehungen wegen einer grundlegenden Änderung der Umstände die Gemeinschaftsorgane und sind Bestandteil der Rechtsordnung der Gemeinschaft.“ Weiterhin: „Unter diesen Umständen kann es einem Betroffenen, der sich vor Gericht auf Ansprüche beruft, die er unmittelbar aus einem Abkommen mit einem Drittland ableitet, nicht verwehrt werden, die Gültigkeit einer Verordnung in Frage zu stellen, die ihn durch die Aussetzung der mit diesem Abkommen gewährten Handelszugeständnisse an deren Inanspruchnahme hindert, und sich dafür auf Verpflichtungen zu berufen, die sich aus den Regeln des Völkergewohnheitsrechts über die Beendigung und die Suspendierung vertraglicher Beziehungen ergeben“.

nationale Organisationen beziehen und nicht notwendig den Staat als geborenes Völkerrechtssubjekt zum Gegenstand haben.<sup>35</sup> Alles in allem bleibt das Verhältnis vom Völker- zum Unionsrecht aber ein monistisches.<sup>36</sup>

Auf der anderen Seite neigt der EuGH dort, wo es wie etwa in der Kadi-Konstellation<sup>37</sup>, um die zwingende Bindung der Union an Sicherheitsresolutionen respektive deren Kontrolle durch die Unionsgerichtsbarkeit geht, einer dualistisch gefärbten Lesart zu, er fügt jedenfalls eine dualistische Komponente hinzu<sup>38</sup>, wenn er die Autonomie des Unionsrechts- gegenüber der Völkerrechtsordnung betont.<sup>39</sup> Monismus und Dualismus sind indes, zumal mit ihrer normhierarchischen Stoßrichtung, heute generell keine eindeutigen Zuordnungsmodelle mehr, um der rechtspluralistischen Vielfalt gerecht zu werden. In der Welt des „legal“ respektive „constitutional pluralism“ bedarf es differenzierterer Austarierung, auch wenn ihr die normative Unzweideutigkeit fehlt.<sup>40</sup> In der Rechtsache Kadi geht der EuGH als *Treuhänder* von Rechtsstaatlichkeit und Menschenrechtsschutz beherzt diesen konfliktfreudigeren Weg.<sup>41</sup>

### 3. Die Union als völkerrechtlicher Akteur – die entsprechende „Wächterrolle“ des EuGH

Die Union selbst ist unions- wie völkerrechtlich gebundener völkerrechtlicher Akteur in den internationalen Beziehungen. Wie weit diese Bindungen normative reichen, erscheint insbesondere dort fraglich, wo das Primärrecht eine stark wertgebundene unionale Außenpolitik anmahnt.<sup>42</sup> Mit Blick auf die Kompetenzordnung hat der Gerichtshof seit seiner AETR-Rechtsprechung<sup>43</sup> eine Parallelität der Innen- und Außenkompetenzen eingefordert, das nicht zuletzt auch, um die Union als völkerrechtlichen Akteur gestaltungsmächtig zu erhalten. Nicht vergessen sei

35 Wiederum *A. Epiney*, Die Bindung der Europäischen Union an das allgemeine Völkerrecht, EuR-Beiheft 2(2012), S. 25 ff.

36 *E. Cannizzaro*, The Neo-Monism of the European Legal Order, in: ders./P. Palchetti/R. A. Wessels (Hrsg.), International Law as Law of the European Union, 2012, S. 35 ff.

37 Aus der umfangreichen Literatur: *M. Avbelj/F. Fontanelli/G. Martinico* (Hrsg.), Kadi on Trial – A Multifaceted Analysis of the Kadi Trial, 2014; *M. Kotzur*, Wider den bloßen Verdacht – zur grundrechtssichernden Verantwortung des EuGH im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit, EuGRZ 41 (2014), S. 589 ff.; *A. von Arnould*, Der Weg zu einem „Solange I ½“ – Die Umsetzung der gezielten UN-Sanktionen durch die EU nach Einrichtung der UN-Ombudsstelle – europäische oder globale rule of law?, EuR 2013, S. 236 ff.; *T. Stein*, Too „smart“ for legal protection? UN Security Council’s targeted sanctions and a pladoyer for another UN Tribunal, in: *Liber Amicorum R. Wolfrum*, 2012, S. 1527 ff.; *G. de Búrca*, The European Court of Justice and the International Legal Order After Kadi, Harvard International Law Journal 2010, S. 1 ff.; *S. Griller*, International Law, Human Rights and the European Community’s Autonomous Legal Order: Notes on the European Court of Justice Decision in Kadi, European Constitutional Law Review 2008, S. 528 ff.

38 So explizit *A. Epiney*, Die Bindung der Europäischen Union an das allgemeine Völkerrecht, EuR-Beiheft 2(2012), S. 25 ff.

39 *B. de Witte*, European Union Law: How Autonomous is its Legal Order?, ZÖR 2010, S. 141 ff.

40 *N. Walker*, The Idea of Constitutional Pluralism, 65 MLR 2002, S. 317 ff.; *M. Maduro*, Contrapunctual Law: Europe’s Constitutional Pluralism in Action, in: *N. Walker* (ed.), Sovereignty in Transition, 2001, S. 21 ff.

41 *M. Kotzur*, Wider den bloßen Verdacht – zur grundrechtssichernden Verantwortung des EuGH im Spannungsfeld von Freiheit und Sicherheit, EuGRZ 2014, S. 589 ff.

42 Siehe etwa *S. Kadelbach* (Hrsg.), Die Außenbeziehungen der Europäischen Union, 2006.

43 EuGH Rs. 22/70 (AETR), ECLI:EU:C:1971:32.

aber auch, wie in der Kadi-Konstellation schon angedeutet, dass völkerrechtliche und unionsrechtliche Bindungen miteinander in Konflikt geraten können. Das ist aus dem nationalen Verfassungsrecht nur allzu gut bekannt. Art. 218 Abs. 11 AEUV trägt dem Rechnung<sup>44</sup>, wenn er unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit eröffnet, ein EuGH-Gutachten über die Vereinbarkeit eines geplanten völkerrechtlichen Vertrages mit dem Primärrecht zu erbitten. Auf Einzelheiten zum EMRK-Beitritt<sup>45</sup>, zum WTO-Abkommen<sup>46</sup> oder zur Bindung an umweltvölkerrechtliche Verträge – jüngst Paris<sup>47</sup> – kann vorliegend schon aus Zeitgründen nicht eingegangen werden.

Hervorgehoben sei in diesem Kontext nur die durchaus nicht ganz unberechtigte Sorge des EuGH, internationale Verträge könnten die Autonomie der Unionsrechtsordnung beeinträchtigen, deren Wahrung allein dem EuGH anvertraut sei. An dieser Sorge scheiterte letztlich auch der EMRK-Beitritt. Auch jenseits internationaler Verfassungsgerichte nach Muster des EGMR, die in Auslegungs- und Kompetenzkonfliktfragen gerne das letzte Wort für sich beanspruchen, kennt das Völkerrecht zahlreiche weitere Spruchkörper, deren Aufgabe die (letztverbindliche) Auslegung völkerrechtlicher Abkommen ist, allen voran etwa den WTO-Dispute Settlement und Appellate Body.<sup>48</sup> Gestützt auf seine Verantwortung, die Einheitlichkeit des Unionsrechts bei der Auslegung und Anwendung zu sichern, grenzt der EuGH das Primärrecht gegenüber dem Völkerrecht ab und sucht sein Auslegungsprimat zu sichern.<sup>49</sup> Das Konfliktpotential ist nicht von der Hand zu weisen, ein Dialog der Gerichte verhindert aber zumeist erfolgreich die letzte Eskalation. So tun etwa die regelmäßigen Treffen der Verfassungsgerichte Europas das Ihrige, um den europäischen Verfassungsgerichtsverbund<sup>50</sup> auch zum Kommunikations-

44 D.-E. Khan, in: R. Geiger/D.-E. Khan/M. Kotzur, EUV/AEUV, Art. 218 AEUV, 6. Aufl. 2017, Rn. 19 ff.

45 Aus der durchaus kritischen Literatur M. Kotzur, Die Internationalisierung des europäischen Verwaltungsrechts durch die Unionsgerichtsbarkeit, EuR - Beiheft 1(2016), S. 105 ff.; M. Breuer, Wasch mir den Pelz, aber mach mich nicht nass! – Das zweite Gutachten des EuGH zum EMRK-Beitritt der europäischen Union, EuR 2015, S. 330 ff., (dort in Fn. 2 Nachweise auf zahlreiche Einträge unter [www.verfassungsblog.de](http://www.verfassungsblog.de), so von S. Douglas-Scott, W. Michl, T. Lock oder M. Wendel); Ch. Tomuschat, Der Streit um die Auslegungshoheit - Die Autonomie der EU als Heiliger Gral. Das EuGH-Gutachten gegen den Beitritt der EU zur EMRK, EuGRZ 2015, S. 133 ff.; J. M. y Pérez de Nanclares, Der judizielle Dialog im gemeinsamen europäischen Rechtsraum unter besonderer Betrachtung der unendlichen Geschichte des EU-Beitritts zur EMRK, in: FS Stein, 2015, S. 784 ff.; A. Lengauer, Beitritt der EU zur EMRK. Einige strukturelle Überlegungen, ZfRV 2015, S. 100 ff.; im Vorfeld des Gutachtens schon W. Michl, Die Überprüfung des Unionsrechts am Maßstab der EMRK. Individualgrundrechtsschutz im Anwendungsbereich des Unionsrechts unter den Vorzeichen des Beitritts der EU zur EMRK, 2014; U. Schmidt, Der Fall "Bosphorus Airways" vor dem Europäischen Gerichtshof und dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. Ein Wendepunkt im Verhältnis der beiden Gerichtshöfe und im europäischen Grundrechtsschutz?, 2014.

46 J. Sack, Die Europäische Gemeinschaft als Mitglied internationaler Organisationen, in: A. Randelzhofer/R. Scholz/D. Wilke (Hrsg.) GS Grabitz, 1995, S. 631 ff.

47 A. Proelß, Klimaschutz im Völkerrecht nach dem Paris Agreement: Durchbruch oder Stillstand?, ZfU 2016, S. 58 ff.

48 Allgemein zur Problematik nur H. Sauer, Jurisdiktionskonflikte im Mehrebenensystem. Die Entwicklung eines Modells zur Lösung von Konflikten zwischen unterschiedlichen Ebenen in vernetzten Rechtsordnungen, 2008; M. Klatt, Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz, 2014.

49 M. Kotzur, Die europäische Gerichtsbarkeit, in: S. Leible/J. P. Terhechte (Hrsg.), Europäisches rechtsschutz- und verfahrensrecht, EnzEuR, Band 3, § 5, Rn. 3 ff.

50 A. Voßkuhle, Der Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff.



und Lernverbund<sup>51</sup> reifen zu lassen. Oder es kommt, wie im EMRK-Beispiel, gar nicht erst zum Beitritt. Aller Völkerrechtsfreundlichkeit der Unionsrechtsordnung zum Trotz begegnet der EuGH der Spruchpraxis völkerrechtlicher Instanz mit einer gewissen *eigenständigkeitswahrenden* Skepsis. Die rechte Balance jenseits aller Schwarz-Weiß-Schemata auszutarieren bleibt, wie schon mit Blick auf monistische und dualistische Lesarten angesprochen, ein schwieriges, aber letztlich lohnendes Geschäft.<sup>52</sup>

#### 4. Völker- und unionsrechtliche Gemengelagen: Schengen und die Währungsunion

Zur abschließenden Verdeutlichung seien einige spezifische Beispiele aus der Gemengelage von Völker- und Europarecht herausgegriffen, die zeigen, wie das Europarecht sich einerseits seiner völkerrechtlichen Auffangordnung – „Hintergrundverfassung“ – bedient und wo andererseits die Mitgliedstaaten die Flucht ins Völkerrecht suchen, wenn sie dem unionalen Verfassungsrecht noch nicht die entsprechende Problemlösungskompetenz zutrauen. So konstitutiv das Schengen-System für den unionalen „Raum ohne Binnengrenzen“ wirkt – das gilt auch in Zeiten der Flüchtlingskrise –, beruht das Schengener Abkommen doch auf völkerrechtlichem Vertragsschluss jenseits des unionalen Verfassungsrahmens.<sup>53</sup> Bewirkt werden soll damit eine doppelte Flexibilität: Nicht alle Mitgliedstaaten müssen mitmachen, ohne dass gleich von einer Union der zwei Geschwindigkeiten die Rede wäre. Dafür können sich unproblematisch Drittstaaten beteiligen und den „Raum ohne Binnengrenzen“ territorial weiten. In den unionsrechtlichen Acquis übernommen, europäisiert das Unionsrecht den völkerrechtlichen Schengen-Standard und macht ihn für Beitrittsstaaten zur zwingenden Vorgabe.<sup>54</sup>

Die Währungsunion beruht als spezifische Form vertiefter Integration indes auf Vertragsschluss innerhalb des Unionsrechts. Ob sich letzteres als self-contained regime dabei dem Völkerrecht verschließt oder Maßgaben der WKV zulässt, bleibt eine spannende Frage. Erlauben Sie nur ein gewagtes Gedankenexperiment: Wie wäre mit dem Argument umzugehen, Griechenland sei nach WVK-Standards (Art. 48, Art. 49 WVK) niemals Mitglied der Währungsunion geworden, weil es über die Voraussetzungen des Beitritts getäuscht habe? In praxi wird sich diese verbotene Frage schon deshalb nicht stellen, weil die übrigen Mitglieder den Bei-

51 Der Terminus ist inspiriert von *F. Merli*, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen Verfassungsgerichten, Europäischem Gerichtshof und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte, VVDStRL 2007, S. 392 ff. Er spricht, bezogen auf das Miteinander von mitgliedstaatlicher und Unionsgerichtsbarkeit, von einem „höchstgerichtlichen Lernverbund, der im Zuge der europäischen Integration des letzten halben Jahrhunderts entstanden ist“ (S. 418).

52 Ob auch hier, wie von *M. Klatt* für Rechtsprechungskonkurrenzen vorgeschlagen (Die praktische Konkordanz von Kompetenzen. Entwickelt anhand der Jurisdiktionskonflikte im europäischen Grundrechtsschutz, 2014), die Figur der praktischen Konkordanz aktiviert werden kann, erscheint durchaus bedenkenswert.

53 *R. Bieher/A. Epiney/M. Haag/M. Kotzur*, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 13. Aufl. 2018, § 1, Rn. 25.

54 Vgl. *M. Kotzur*, in: *R. Geiger/D.-E. Khan/M. Kotzur*, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2017, Art. 77 AEUV, Rn. 2 ff.



tritt politisch wollten und die damit verbundenen Risiken mehr oder weniger sehenden Auges in Kauf nahmen.

### 5. Unionsverfassungs- oder Völkerrecht: Die „Causa Österreich“ vs. den Rechtsstaatsmechanismus

Ein nicht allzu rühmliches Kapitel in der Integrationsgeschichte markiert die „Causa Österreich“.<sup>55</sup> Als im Februar 2000 unter Beteiligung der von Jörg Haider geführten FPÖ in Wien eine Regierungskoalition geschmiedet wurde, sahen die übrigen damals 14 EU-Mitgliedstaaten die Werte der Union gefährdet und etablierten auf jeweils bilateraler Ebene ein „Sanktionssystem“ in Form einer Einschränkung der bilateralen Beziehungen. Dem schlossen sich dann auch Tschechien, Kanada, Israel und Norwegen an. Ohne vorliegend die politische Sinnhaftigkeit einer solchen Reaktion diskutieren zu wollen, hat sie durch ihre Flucht ins Völkerrecht jedenfalls der konstitutionellen Architektur geschadet und den unionalen Verfassungsanspruch diskreditiert.<sup>56</sup> Denn schon damals kannten die Verträge einen ähnlichen Sanktionsmechanismus, wie ihn Art. 7 EUV heute vorsieht. Mag die Sorge, einen Präzedenzfall zu etablieren, auch ein plausibles Motiv für die Fluchtbewegung „praeter constitutionem“ gewesen sein, bleibt sie doch rechtlich bedenklich und wirkt integrationspolitisch kontraproduktiv.

Seither hat sich die Welt geändert – leider nicht zum Besseren – und spätestens mit der „Causa Polen“ hat die EU ihren kontrovers diskutierten Präzedenzfall. Gegen Polen wurde Anfang des Jahres (2016) als eine Art konsensgeleitetes Vorschaltverfahren zu Art. 7 EUV der sog. Rechtsstaatsmechanismus in Gang gesetzt.<sup>57</sup> An der Wirksamkeit der gesamten Art. 7-Architektur mag man aus politischen Gründen berechtigte Zweifel hegen, der heute eingeschlagene Weg ist im Vergleich zum österreichischen Fall der rechtlich unzweifelhaft bessere, weil er die konstitutionellen Vorgaben des unionalen Verfassungsrechts ernst nimmt und seine – freilich begrenzten – Möglichkeiten auszuloten versucht.

55 Zur „causa“ zunächst P. Häberles Votum in VVDStRL 2001, S. 404 f.; aus der späteren Literatur dann: C.P. Wieland (Hrsg.), Österreich in Europa, 2001; W. Hummer/A. Pelinka, Österreich unter „EU-Quarantäne“, 2002; H. Schäffer, Europa – Raum des Rechts und Wertegemeinschaft, Der Fall Österreich (...), in: FS Kassimatis, 2004, S. 827 ff.

56 M. Gehler, Der Präventivschlag als Fehlschlag: Motive, Intentionen und Konsequenzen der EU-14 Sanktionsmaßnahmen gegen Österreich im Jahre 2000, in: W. Loth, Das europäische Projekt zu Beginn des 21. Jahrhunderts, 2001, S. 325 ff.

57 In der NZZ vom 13.01.2016 heißt es: „Die EU mischt sich ein. Überprüfung des Rechtsstaates in Polen. Die EU betritt Neuland und leitet ein Verfahren gegen Polen ein. Während Brüssel Entschlossenheit demonstriert, spielt die Regierung in Warschau die Angelegenheit herunter.“ Aus der Lit.: Th. Giegerich, Verfassungshomogenität, Verfassungsautonomie und Verfassungsaufsicht. Zum „neuen Rechtsstaatsmechanismus“ der Europäischen Kommission, in: FS Stein, 2015, S. 499 ff.

## 6. Art. 50 EUV: Zurück zum Völkerrecht

Eine spezifische Tür zum Völkerrecht stößt schließlich Art. 50 EUV auf.<sup>58</sup> Mag sein unterkomplexes Regelungsprogramm auch darauf hindeuten, dass er eher als Akt der symbolischen Gesetzgebung denn taugliches Verfahrensinstrument gemeint war und an Brexit- und sonstige Exit-Szenarien bei seiner Einführung noch niemand geglaubt hat, so macht er doch sehr bewusst deutlich, dass die konstitutionell verdichtete Union noch längst kein Bundesstaat ist. Für letzteren wäre das Ausscheiden eines Gliedstaates glatter Verfassungsbruch, ein revolutionärer Akt der Sezession, den auch das Völkerrecht nur unter sehr begrenzten Umständen – Stichwort „remedial secession“<sup>59</sup> – legitimieren wollte. Für eine internationale Organisation bleibt das Ausscheiden eines Mitgliedsstaates immer – wenn auch oft nicht gewollte – politische Option. Art. 50 konkretisiert damit ein rechtliches Können und Dürfen aus dem Völkerrecht europarechtlich. Und im nicht zu erhoffenden Fall, seit dem 29. März 2017 und angesichts der Politik von Premierministerin Theresa May aber auch nicht ganz unwahrscheinlichen Fall eines „harten Brexit“ muss vielleicht wieder einmal die völkerrechtliche Hintergrundverfassung – mit der WTO als Minimal-Auffangordnung – in die europäische Bresche springen.

## IV. Schlussbetrachtung

Die Schlussbetrachtung kann knapp ausfallen. Bei aller emanzipatorischen Loslösung, Autonomie und bei allem verfassungsgemeinschaftlichen Anspruch bleibt die Union ein Kind des Völkerrechts. Es weiß sich von seiner völkerrechtlichen Hintergrundverfassung mit ihren Maßstabsnormen normativ umhegt. Das mit der europäischen Verfassungsdebatte und zum Teil von dieser inspirierte auch eine völkerrechtliche Konstitutionalisierungsdebatte einherging bzw. einhergeht<sup>60</sup> und manche an ganz neue Varianten der „Europäisierung des Völkerrechts“<sup>61</sup> denken, ist indes eine andere Geschichte, die ein Andermal und von einem anderen erzählt werden mag. Festzuhalten aber bleibt, dass die EU um jenes rechte Maß an Realismus und Idealismus ringen muss, das sie zu einer glaubwürdigen Fürsprecherin der liberalen Moderne und ihres Völkerrechts macht – heute mehr denn je:

58 Weitere Nachweise bei M. Kotzur/M. Waßmuth, Do you „regrexit“? Die grundsätzliche Möglichkeit des (unilateralen) Widerrufs einer Austrittserklärung nach Art. 50 EUV, JZ 2017, S. 489 ff.

59 Dazu G. Gornig u.a. (Hrsg.), Selbstbestimmungsrecht und Sezession aus interdisziplinärer Sicht, 2015.

60 Th. Kleinlein, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, 2012; M. Avbelj/J. Komárek (Hrsg.), Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond, 2012.

61 Th. Weber, „Europäisierung“ des Völkerrechts – wer hat das letzte Wort im Gefüge von Völkerrecht, Unionsrecht und nationalem Recht?, abrufbar unter <https://www.juwiss.de/europaisierung-des-volkerrechts-wer-hat-das-letzte-wort-im-gefuege-von-volkerrecht-unionsrecht-und-nationalem-recht/> (letzter Stand: 07.04.2017); siehe auch K. Ziegler, International Law and EU Law: Between Asymmetrical Constitutionalization and Fragmentation, Law of Ukraine, 2013, Nr. 3, S. 5 ff.

*„By injecting a dose of realism into the idealistic view embedded in the Treaties, the ECJ deserves credit for starting a process of theoretical revision of the old schemes. Hopefully, this will lead to a development of more adequate models for the relations between international law and domestic law. Over-realistic misconceptions about political interests asserting themselves in the international arena may endanger the entire theoretical edifice and may pervert the wise aspiration of the EU to present itself as a promoter of international law around the globe.“*<sup>62</sup>

62 R. A. Wessels, Reconsidering the Relationship between International and EU Law: Towards a Content-Based Approach?, in: E. Cannizzaro/P. Palchetti/R. A. Wessels (Hrsg.), International Law as Law of the European Union, 2012, S. 7 ff., (34).



## „Präcedenzlos zu denken“? – Unionsverfassungsrecht zwischen Abgrenzung und Analogie zum Staatsrecht

Von Sebastian Unger, Bochum\*

### I. Einführung

Mit Nachdruck hält die Europarechtswissenschaft den Verdacht auf Abstand, der in seiner Finalität offene<sup>1</sup> Prozess der Europäischen Integration sei „auf eine Wiederholung der Nationalstaatswerdung im 19. Jahrhundert angelegt“. Die Europäische Union ist aus dieser Perspektive ein „Gegenentwurf zu der durch unzählige Kriege diskreditierten nationalen Idee“,<sup>2</sup> mithin auch perspektivisch kein Staat, sondern etwas „grundlegend Neues“.<sup>3</sup> Es bedarf dann – das konsequent zu Ende gedacht – auch einer „eigenständige[n], neue[n] Begriffsbildung“,<sup>4</sup> einer „Denkweise und Begrifflichkeit [...], die der Eigenart und dem Prozeßhaften der [Europäischen Union] Rechnung trägt“.<sup>5</sup> Tatsächlich orientiert sich die Europäische Union indes – durchaus gegenläufig<sup>6</sup> – in vielerlei Hinsicht am Staat als wirksamstem Vorbild einer Organisation politischer Herrschaft.<sup>7</sup> Besonders deutlich ist das im Bereich der Symbolik.<sup>8</sup> Wie ein Staat<sup>9</sup> verfügt die Europäische Union über eine Flagge, eine Hymne, einen Feiertag und ein Motto und damit über integrations- und identifikationsdienliche Symbole, deren verfassungskräftige Verankerung in Art. I-8 des geschiedenen Vertrags über eine Verfassung für

\* Prof. Dr. Sebastian Unger ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Wirtschafts- und Steuerrecht an der Juristischen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum.

- 1 Dazu C. D. Classen, Zur offenen Finalität der europäischen Integration, in: Hatje/Müller-Graff (Hrsg.), *EnzEuR*, Band 1, 2014, § 37; zur Finalitätsdiskussion ferner U. Haltern, Finalität, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl. 2009, S. 279 ff.; I. Pernice, Zur Finalität Europas, in: Schuppert/Pernice/Haltern (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, S. 743 ff.
- 2 C. Calliess, Die neue Europäische Union nach dem Vertrag von Lissabon. Ein Überblick über die Reformen unter Berücksichtigung ihrer Implikationen für das deutsche Recht, 2010, S. 44; ganz ähnlich I. Pernice, *Europarechtswissenschaft oder Staatsrechtslehre? Eigenarten und Eigenständigkeit der Europarechtslehre*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, S. 225, 225.
- 3 Calliess (Fn. 2), S. 48; gegenläufig W. Hallstein, Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse, 1969; in diese Richtung wieder G. F. Mancini, Europe: The Case for Statehood, *ELJ* 4 (1998), S. 29 ff.; dagegen J. H. H. Weiler, The Case Against the Case for Statehood, *ELJ* 4 (1998), S. 43 ff.
- 4 Calliess (Fn. 2), S. 47.
- 5 G. F. Schuppert, Zur Staatswerdung Europas. Überlegungen zu Bedingungsfaktoren und Perspektiven der europäischen Verfassungsentwicklung, *StWStP* 1994, S. 35, 60.
- 6 Dazu J. Shaw/A. Wiener, The Paradox of the 'European Polity', in: Green Cowles/Smith (Hrsg.), *The State of the European Union*, Volume 5: Risks, Reform, Resistance, and Revival, 2000, S. 64, 87: „paradoxical relationship between a non-state polity and a touch of stateness“.
- 7 Zum Staat als nur einer historischen Erscheinungsform politischer Herrschaft mit weiteren Nachweisen S. Unger, Das Verfassungsprinzip der Demokratie. Normstruktur und Norminhalt des grundgesetzlichen Demokratieprinzips, 2008, S. 8 f. mit Fn. 1.
- 8 Allgemein von einer verfassungsrechtlich nicht unbegrenzt zulässigen „staatsanaloge[n] Entwicklung der Europäischen Union“ spricht BVerfGE 123, 267, 420 – Lissabon.
- 9 Zu nationalen Symbolen wie insbesondere der durch Art. 22 Abs. 2 GG vorgegebenen Bundesflagge, aber auch der Nationalhymne und dem Nationalfeiertag sowie ihrer Funktion P. M. Huber, in: Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz. Kommentar*, 8. Aufl. 2018, Art. 22 GG, Rn. 6a ff.

Europa nicht zufällig als Schritt zu einem „Superstaat“ auf Kritik stieß. Und auch die Unionsbürgerschaft ist ein programmatischer<sup>10</sup> Versuch, ein der Staatsbürgerschaft immerhin vergleichbares<sup>11</sup> „rechtliches Band“ zu knüpfen, „das zwar nicht eine der gemeinsamen Zugehörigkeit zu einem Staat vergleichbare Dichte besitzt, dem bestehenden Maß existentieller Gemeinsamkeit jedoch einen rechtlich verbindlichen Ausdruck verleiht“.<sup>12</sup>

So neu ist also vieles nicht. Das wirft die Frage auf, ob es wirklich sinnvoll ist, im Verhältnis zum Staatsrecht „stärker auf begriffliche Diskontinuität zu setzen“,<sup>13</sup> das Unionsverfassungsrecht „präzedenzlos zu denken“<sup>14</sup> und also auf Abgrenzung zu zielen. Dabei geht es zugleich um die in der Überschrift zu diesem Abschnitt des Beihefts aufgeworfene Frage nach der Europarechtswissenschaft als einer eigenständigen Disziplin, konkreter: um die Frage nach dem „Ob“ und „Wie“ eines Selbststands gegenüber der Staatsrechtswissenschaft. Den Versuch einer Antwort unternehme ich in drei Schritten: Nach einer kurzen Bestandsaufnahme (unter II.) folgen ein eher konzeptioneller Blick auf das Verhältnis zwischen Europa- und Staatsrecht und damit zugleich zwischen Europa- und Staatsrechtswissenschaft (unter III.) sowie ein Fazit und ein kurzer Ausblick (unter IV.).

## II. Zwischen Abgrenzung und Analogie: eine Bestandsaufnahme

Die kurze Bestandsaufnahme blickt zunächst auf zwei Ereignisse des Jahres 1964, also die Frühphase der europäischen Integration und des Nachdenkens über eine „Verfassungsstruktur“<sup>15</sup> auf europäischer Ebene (unter 1. und 2.). Von hier aus springt sie sodann in die gegenwärtige europaverfassungsrechtliche Diskussion (unter 3.).

### 1. Unionsrecht als „eine eigene Rechtsordnung“

Das erste Ereignis des Jahres 1964 ist die vielzitierte Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache *Costa/E.N.E.L.* vom 15. Juli 1964. Be-

10 Zu den Vorschriften über die Unionsbürgerschaft als einem „symbolische[n] Normierungsakt“, der darauf zielt, „zu einer politisch-psychologischen Legitimierung der Union beizutragen“, C. Schönberger, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Art. 20 AEUV, Rn. 25 (Stand: August 2012).

11 Dazu näher C. Schönberger, *Unionsbürger. Europas föderales Bürgerrecht in vergleichender Sicht*, 2005, S. 22 ff. Deutlich lange vor Einführung der Unionsbürgerschaft für die konzeptionell inmitten stehende Freizügigkeit W. Hallstein, *Der Schuman-Plan*, 1951, S. 18: „Freizügigkeit der Montan-Facharbeiter“ Ausdruck des „Gedanken[s] einer gemeinsamen europäischen – fast hätte ich gesagt – ‚Staats‘angehörigkeit in einer besonderen Ausprägung“.

12 So BVerfGE 89, 155, 184 – Maastricht.

13 So T. Vesting, *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*, VVDStRL 2004, S. 41, 64.

14 So G. F. Schuppert, *Anforderungen an eine europäische Verfassung. Gründe und Grenzen europäischer Verfassungserwartungen*, in: Klingemann/Neidhardt (Hrsg.), *Die Zukunft der Demokratie. Herausforderungen im Zeitalter der Globalisierung*, 2000, S. 237, 249.

15 So der erste Beratungsgegenstand der Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer in Kiel im Oktober 1964: „Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften“.

rühmt ist diese Entscheidung vor allem für die erstmalige ausdrückliche Formulierung einer vorrangigen „Anwendbarkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung“, der „nachträgliche einseitige Maßnahmen“ der Mitgliedstaaten nicht entgegenstehen.<sup>16</sup> Hier interessiert weniger dieser „Anwendungsvorrang“ als vielmehr seine Begründung durch den Europäischen Gerichtshof.<sup>17</sup> Diese Begründung verweist darauf, dass der Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 1957 „[z]um Unterschied von gewöhnlichen internationalen Verträgen [...] eine eigene Rechtsordnung geschaffen [hat], die bei seinem Inkrafttreten in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen worden und von ihren Gerichten anzuwenden ist“.<sup>18</sup> Die Behauptung einer „eigenen Rechtsordnung“ zielt dabei nicht nur auf die Abgrenzung zur Völkerrechtsordnung,<sup>19</sup> sondern auch auf das Postulat einer Eigenständigkeit gegenüber den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.<sup>20</sup> Davon unabhängig deutet die gleichzeitige Feststellung des Europäischen Gerichtshofs, dass die Mitgliedstaaten „durch die Gründung einer Gemeinschaft für unbegrenzte Zeit, die mit eigenen Organen, mit der Rechts- und Geschäftsfähigkeit, mit internationaler Handlungsfähigkeit und insbesondere mit echten [...] Hoheitsrechten ausgestattet ist, [...] einen Rechtskörper geschaffen [haben], der für ihre Angehörigen und sie selbst verbindlich ist“,<sup>21</sup> aber schon an, dass sich das Grundproblem des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts, die Begründung und Begrenzung politischer Herrschaftsgewalt, auch auf der europäischen Ebene stellt.

## 2. Demokratie und Rechtsstaat – aber „neu durchdacht“

Genau dieses Grundproblem wird in der frühen deutschen Diskussion nur wenige Monate später aufgenommen. Erster Beratungsgegenstand der im Oktober 1964 in Kiel stattfindenden Tagung der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer ist die „Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften“. Gemeint ist damit insbesondere die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft. Schon die Themenstellung setzt einiges voraus: Nicht nur wird hier schon lange vor der Diskussion über die

16 EuGH, Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L.), ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1253, 1269 f. Zum „Anwendungsvorrang“ des Unionsrechts nur T. Kruis, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis. Seine Durchsetzung in Deutschland. Eine theoretische und empirische Untersuchung anhand der Finanz- und Verwaltungsgerichte und Behörden, 2013, S. 5 ff.

17 Zu alternativen Begründungsansätzen knapp M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 1 AEUV, Rn. 17.

18 EuGH, Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L.), ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1253, 1269.

19 Deutlicher nur in diese Richtung noch EuGH, Rs. 26/62 (van Gend en Loos), ECLI:EU:C:1963:1, Slg. 1963, 3, 25: „Gemeinschaft eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts“. Zum Verhältnis zwischen Europarecht und Völkerrecht etwa R. Streinz, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 121 ff.

20 Dazu mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs bis zum EWR I- und zum EMRK-Gutachten hin W. Schroeder, Das Gemeinschaftsrechtssystem. Eine Untersuchung zu den rechtsdogmatischen, rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Systemdenkens im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 105 ff.; siehe auch D. Thym, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland, EuR 2015, 671, 690.

21 EuGH, Rs. 6/64 (Costa/E.N.E.L.), ECLI:EU:C:1964:66, Slg. 1964, 1253, 1269.



Verfassungsfähigkeit der Europäischen Union<sup>22</sup> der Verfassungsbegriff an die Ausübung von Herrschaft außerhalb des Staates herangetragen. Auch wird die – vom ersten Berichterstatter *Joseph Kaiser* gleichwohl zu Beginn seines Referats sofort aufgeworfene und bis heute thematisierte<sup>23</sup> – Frage, welchen Sinn es habe, „von Demokratie und Rechtsstaat in internationalen Gemeinschaften zu sprechen“, gar nicht erst gestellt. Vielmehr wird von vornherein vorausgesetzt, dass – wie *Kaiser* selbst feststellt – überall dort, „wo es eine öffentliche Gewalt gibt“ und „wo diese öffentliche Gewalt in den Rechtsbereich von natürlichen und juristischen Personen, von Gruppen oder von Rechtsgemeinschaften eingreifen kann“ und also auch „in jeder internationalen Gemeinschaft, wo das der Fall ist, [...] Demokratie und Rechtsstaat unabdingbare Postulate [sind]“.<sup>24</sup> Damit ist die grundsätzliche Richtung wenn auch nicht einer Analogie zum Staatsrecht, so doch zumindest einer Orientierung an den überkommenen staatsrechtlichen Figuren zur Begründung und Begrenzung von Herrschaft auch in den Europäischen Gemeinschaften vorgegeben. Umgekehrt ist allerdings auch von Anfang an klar, dass „die nationalstaatlich ausgeprägten Begriffe, Institutionen und Maßstäbe der Demokratie und des Rechtsstaats nicht unmittelbar auf die Rechtsordnung internationaler Gemeinschaften übertragen werden können“.<sup>25</sup> *Kaiser* spricht von „Maximen der praktischen Vernunft“. Diese seien „nicht Inhalte eines juristischen Apriori, aus dem sich leicht deduzieren und judizieren ließe“. Die Bestimmung ihres Inhalts in den internationalen Gemeinschaften könne vielmehr nur „aposteriori von den Phänomenen her unternommen werden“.<sup>26</sup>

Ganz ähnlich der zweite Berichterstatter *Peter Badura*:<sup>27</sup> Wie *Kaiser* geht *Badura* davon aus, dass Demokratie und Rechtsstaat als Ideen „einen Anspruch [verkörpern], der jeglicher Organisationsform zivilisierter Vergesellschaftung gegenüber erhoben ist“. In der Folge müsse „auch die europäische Wirtschafts- und Militärverwaltung, weil und soweit sie öffentliche Gewalt auszuüben imstande ist, vor den Postulaten von Demokratie und Rechtsstaat bestehen können“.<sup>28</sup> Freilich gehe es nicht um „eine Übertragung der geschichtlich konkreten Ausprägungen von

22 Überblick mit zahlreichen Nachweisen bei *Calliess* (Fn. 2), S. 54 ff.

23 Siehe aus jüngerer Zeit nur *U. Volkmann*, Setzt Demokratie den Staat voraus?, AöR 2002, S. 575 ff.; *U. Volkmann*, Die zwei Begriffe der Demokratie. Von der Übertragbarkeit staatsbezogener Demokratievorstellungen in überstaatliche Räume, in: Hofmann/Naumann (Hrsg.), Europäische Demokratie in guter Verfassung?, 2010, S. 14 ff.

24 *J. Kaiser*, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 1966, S. 1, 1 f.; siehe auch *P. Badura*, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, VVDStRL 1966, S. 34, 37 f.

25 *Kaiser* (Fn. 24), S. 2.

26 *Kaiser* (Fn. 24), S. 2.

27 Relektüre des Referats bei *U. Di Fabio*, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, AöR 2016, S. 106 ff.; *P. M. Huber*, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre danach, AöR 2016, S. 117 ff.; *T. Oppermann*, Europäische Hoffnungen und was nach 50 Jahren daraus wurde. Im Spiegel von *Peter Baduras* Gedanken, AöR 2016, S. 136 ff.; *F. De Quadros*, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften – 50 Jahre danach, AöR 2016, S. 144 ff.

28 *Badura* (Fn. 24), S. 38.

Demokratie und Rechtsstaat in den nationalen Verfassungsrechten auf die internationalen Einrichtungen“, sondern vielmehr um eine „selbständige und eigenartige Verwirklichung der allen nationalen Verfassungsrechten zugrundeliegenden Ideen von Demokratie und Rechtsstaat auf der internationalen Ebene“.<sup>29</sup> „Die andersartigen Bedingungen, unter denen dort Herrschaft begründet und ausgeübt wird, müssen“ – so *Badura* – „zur Folge haben, daß diese Ideen dort auch notwendig eine andersartige rechtliche Ausdrucksform annehmen als im nationalstaatlichen Rahmen“.<sup>30</sup> Im Ergebnis bedeutet das nach einer Formulierung in *Baduras* Referat: „Demokratie und Rechtsstaat [...] müssen für diese neuartigen Träger öffentlicher Gewalt neu durchdacht werden“.<sup>31</sup>

### 3. Unionsverfassungsrecht – „präzedenzlos zu denken“

Von diesem 1964 in Kiel durchaus konsensfähigen Mittelweg – eben: weder strikte Abgrenzung noch unreflektierte Analogie, sondern vielmehr ein „Neudurchdenken“ der überkommenen staatsrechtlichen Begriffe – ist die Diskussion in der Folgezeit eher wieder abgekommen. Betont worden sind demgegenüber die Unterschiede zwischen Staats- und Unionsverfassungsrecht. Überwiegend ist die Stoßrichtung integrationskritisch: Insbesondere Demokratie sei als Grundsatz der „Volksherrschaft“ oder „Volkssouveränität“ nur im staatlichen Kontext möglich. Eine Übertragung auf die Europäische Union, aber auch auf andere Anwendungsfälle nichtnationaler politischer Herrschaft scheide schon deshalb aus, weil insofern ein Volk, jedenfalls aber ein staatlich geeintes Volk fehle.<sup>32</sup> In der Folge zieht Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG der europäischen Integration über das Gebot ihrer Vereinbarkeit eben mit „demokratischen [...] Grundsätzen“ nicht nur enge Grenzen, sondern schließt sie – gegenläufig zum in der Vorschrift selbst enthaltenen Handlungsauftrag<sup>33</sup> zur Mitwirkung an der Europäischen Union<sup>34</sup> – streng genommen aus.<sup>35</sup> *Brun-Otto Bryde* spricht von einem „Zirkelschluss“, bei dem zunächst Verfassungsstaatlichkeit, Rechtsstaatlichkeit oder Demokratiestaatlichkeit postuliert

29 *Badura* (Fn. 24), S. 38.

30 *Badura* (Fn. 24), S. 38.

31 *Badura* (Fn. 24), S. 38; entsprechend noch einmal *P. Badura*, Das Staatsverständnis in deutscher Perspektive, in: Wollenschläger/De Lucia (Hrsg.), Staat und Demokratie, 2016, S. 1, 17.

32 Stellvertretend *J. Isensee*, Abschied der Demokratie vom Demos. Ausländerwahlrecht als Identitätsfrage für Volk, Demokratie und Verfassung, in: Schwab et al. (Hrsg.), FS Mikat, 1989, S. 705, 705: „Demokratie bedeutet staatliche Herrschaft durch das Volk. Daher kann die Volksvertretung ihr Mandat nur von den Mitgliedern des Volkes herleiten, das sie vertritt. Anders gewendet: Demokratie ist Selbstbestimmung des staatlich geeinten Volkes.“ Deutlich in diese Richtung auch BVerfGE 123, 267, 370 f. – Lissabon.

33 Dazu nur *F. Wollenschläger*, in: Dreier (Hrsg.), Grundgesetz. Kommentar, Band II, 3. Aufl. 2015, Art. 23 GG, Rn. 37.

34 Folgerichtig *H. Dreier*, in: Dreier (Fn. 33), Art. 20 GG (Demokratie), Rn. 54: „Annahme [...], Demokratie ließe sich nur im souveränen Nationalstaat realisieren [...] schwerlich mit Art. 23 I GG zu vereinbaren“; ähnlich *Volkman* (Fn. 23), S. 584: „Integrations- und Kooperationsoffenheit des Grundgesetzes [...] über das Vehikel des Demokratieprinzips ausgehebelt“.

35 In diese Richtung besonders deutlich BVerfGE 123, 267, 364 f. – Lissabon: „Ein nach Art. 23 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG nicht hinnehmbares strukturelles Demokratiedefizit läge vor, wenn der Kompetenzzumfang, die politische Gestaltungsmacht und der Grad an selbständiger Willensbildung der Unionsorgane ein der Bundesebene im föderalen Staat entsprechendes (staatsanaloges) Niveau erreichte“.

und sodann festgestellt werde, dass es das auf internationaler Ebene nicht geben könne.<sup>36</sup> Folge ist die Feststellung vor allem eines Demokratiedefizits auf europäischer Ebene, das der europäischen Integration Grenzen zieht.

Umgekehrt wird aber auch aus einer prononciert integrationsfreundlichen Perspektive dafür plädiert, das Unionsverfassungsrecht ganz losgelöst vom Staatsrecht und also „präzedenzlos“ zu denken,<sup>37</sup> bei der Begriffsbildung auf europäischer Ebene jeden „touch of stateness“ zu überwinden<sup>38</sup> und also „stärker auf begriffliche Diskontinuität zu setzen“.<sup>39</sup> Hinter diesem Plädoyer steht dann nicht der Wunsch nach einer Bewahrung der aus dem 19. Jahrhundert überkommenen Welt der souveränen Nationalstaaten, sondern vielmehr das progressive Streben nach ihrer Überwindung. Das Projekt der europäischen Integration ist aus dieser Perspektive der „Versuch [...], die Exzesse des modernen Nationalstaates in Europa zu kontrollieren“, also ein „Gegenmittel zu den negativen Eigenschaften des Staates“.<sup>40</sup> Eine Orientierung gerade am Vorbild des Staates verbietet sich daher.<sup>41</sup>

## II. Zwischen Abgrenzung und Analogie: konzeptionelle Überlegungen

Abweichend von diesem teilweise integrationsfreundlich, überwiegend aber integrationsskeptisch geprägten Wunsch nach einem vielleicht nicht unbedingt begrifflichen, wohl aber inhaltlichen Neuanfang spricht viel dafür, die überkommenen Begriffe zwar „aus der staatlichen Fixierung zu lösen“, dabei aber doch „die in ihnen transportierten normativen Gehalte der europäischen Moderne mit Blick auf die Union und die sich in ihr ausbildende Form politischer und rechtlicher Herrschaft fortzuschreiben“.<sup>42</sup> Das wirkkräftige Vorbild des Staates darf keine „Zwangsjacke“ sein, umgekehrt dürfen die Verbindungen zu den überkommenen Begriffen und ihren Inhalten aber auch nicht gekappt werden.<sup>43</sup> Ich möchte dafür

36 B.-O. Bryde, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 2004, S. 94, 94.

37 So Schuppert (Fn. 14), S. 249 ff.

38 Shaw/Wiener (Fn. 6), S. 65 f.: „This chapter addresses the pitfalls of the often invisible touch of stateness and proposes a methodological perspective with a view to overcoming them“.

39 Vesting (Fn. 13), S. 64, der diesen Gedanken ebenda, S. 66, für den Begriff des „Rechtsstaats“ noch präzisiert; ähnlich Schuppert (Fn. 14), S. 252: „Europa ein präzedenzloses Gebilde mit einer präzedenzlosen Verfassung und einer präzedenzlosen Verfassungsstruktur“, so dass es „auch einer präzedenzlosen Begriffssprache [bedarf]“; in diese Richtung für das Projekt einer „Europäischen Verfassung“ auch N. Krisch, Die Vielheit der europäischen Verfassung, in: Becker et al. (Hrsg.), Die Europäische Verfassung – Verfassungen in Europa, 2005, S. 61, 62: „Sie [...] hält uns gefangen in den Kategorien der Vergangenheit, suggeriert deren Adäquanz für die Probleme der Gegenwart und verschleiert damit die Herausforderungen der Zukunft“.

40 So J. H. H. Weiler, Der Staat „über alles“. Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, JöR 1996, S. 91, 124; siehe auch Weiler (Fn. 3), S. 59 f.; in diese Richtung auch Calliess (Fn. 2), S. 44; Krisch (Fn. 39), S. 62.

41 Dazu exemplarisch Weiler (Fn. 3), S. 59 f.: „The dangers are inherent in statehood and that is why the Community has such a civilisatory potential [...] I prefer the banal status quo of a Supranational Community to the bold new world of another State“.

42 So A. von Bogdandy, Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union. Vom Nutzen der Gestaltidee supranationaler Föderalismus anhand des Demokratieprinzips, in: Brenner/Huber/Mösl (Hrsg.), FS Badura, 2004, S. 1033, 1034.

43 I. Pernice, Verfassungsverbund, in: Franzius/Mayer/Neyer (Hrsg.), Strukturfragen der Europäischen Union, 2010, S. 102, 102; ähnlich Pernice (Fn. 2), S. 225 ff.; Thym (Fn. 20), S. 690: „Man darf staatsrechtliche Kate-

in einem zweiten Teil zunächst Gründe nennen (unter 1.). Es folgen methodische Überlegungen zu dieser „Fortschreibung“ der staatsrechtlichen Begriffe (unter 2. bis 4.). Hintergründig geht es dabei stets zugleich um die Frage nach der Eigenständigkeit der Europarechtswissenschaft gegenüber der Staatsrechtswissenschaft.

### 1. Keine „begriffliche Diskontinuität“: zwei Gründe

Für die grundsätzliche Anknüpfung an die aus dem Staatsrecht und der Staatsrechtswissenschaft überkommenen Begriffe und die mit ihnen identifizierten Gehalte gibt es vor allem zwei Gründe.

#### a) Herrschaftsbegründung und -begrenzung als gemeinsames Thema

Erstens widerstreitet ein Vorgehen, dass die Übertragbarkeit staatsrechtlicher Begriffe und Konzepte auf die Europäische Union bereits im Ansatz ablehnt, der „Natur“ rechtswissenschaftlichen Denkens, das Problemlösungen in dogmatischen Konzepten speichert und sich angesichts neuer tatsächlicher Probleme an diesen Konzepten abarbeitet.<sup>44</sup> „Präzedenzloses Denken“, wie es für den Prozess der europäischen Integration gefordert wird,<sup>45</sup> ist vor diesem Hintergrund nicht gerade in die DNA der Rechtswissenschaft eingeschrieben. Eine vergleichende Vorgehensweise muss dabei nicht in bedingungslose Analogie münden, sondern kann im Ergebnis auch auf differenzierende Abgrenzung hinauslaufen, setzt aber jedenfalls voraus, dass ein Vergleich nicht von vornherein zurückgewiesen wird.<sup>46</sup> Folgerichtig ist schon früh herausgestrichen worden, dass die Europäischen Gemeinschaften und später die Europäische Union bei allen Unterschieden zum Staat mit der Ausübung von „öffentlicher Gewalt“ betraut sind, die „in den

gorien nicht unbesehen auf die EU-Integration übertragen, aber die ‚Sui-generis-Hypothese‘ kann eine erkenntnishindernde Wirkung entfalten, wenn sie in der Forschung den modifizierenden Rückgriff auf die Erklärungstraditionen und Theoriebestände des Völker- und/oder Staatsrechts abschneidet.“ Siehe aber auch zum Problem einer Erfassung der Europäischen Union „nur mit Analogien“ zum Staatsrecht und also als „staatsanaloger Nichtstaat“ C. Schönberger, Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas, AöR 2004, S. 81, 84; entsprechende Warnung bei R. Wahl, Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?, JZ 2005, S. 916, 917.

44 von Bogdandy (Fn. 42), S. 1034; A. von Bogdandy, Grundprinzipien, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.) (Fn. 1), S. 13, 31. Allgemein zur Funktion von Dogmatik M. Jestaedt, Phänomen Bundesverfassungsgericht. Was das Gericht zu dem macht, was es ist, in: Jestaedt et al. (Hrsg.), Das entgrenzte Gericht. Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, 2011, S. 77, 133: „Dogmatik fungiert als rechtswissenschaftliche Anwendungshilfe für die entscheidungsberufene Rechtspraxis, indem sie wissenschaftliches Verfügungswissen generiert und bereitstellt“; speziell zur „Speicherfunktion“ von Dogmatik M. Jestaedt, Wissenschaftliches Recht – Rechtsdogmatik als gemeinsames Kommunikationsformat von Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik? Was leistet und wie steuert die Dogmatik des Öffentlichen Rechts?, 2012, S. 117, 125 f.; für das Verwaltungsrecht E. Schmidt-Aßmann, Die Lehre von den Rechtsformen des Verwaltungshandelns – Ihre Bedeutung im System des Verwaltungsrechts und für das verwaltungsrechtliche Denken der Gegenwart, DVBl. 1989, S. 533, 533 f.; E. Schmidt-Aßmann, Zur Funktion des allgemeinen Verwaltungsrechts, Die Verwaltung 1994, S. 137, 139 f.

45 So etwa Schuppert (Fn. 14), S. 250.

46 Dazu auch J. Isensee, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 2004, S. 90, 91: „Die Wirklichkeit fließt. Begriffe aber sind etwas Festes. Wenn die Wissenschaft sie vorzeitig verabschiedet, verliert sie die Fähigkeit, notwendige Unterscheidungen zu treffen“.

Rechtsbereich von natürlichen und juristischen Personen [...] eingreifen kann“.<sup>47</sup> Es liegt daher nahe, im Ausgangspunkt auf Konzepte zurückzugreifen, die für die Verfassung einer solchen „öffentlichen Gewalt“ in der politischen Theorie entwickelt und im Verfassungsstaat in verfassungskräftige Rechtsbegriffe gegossen worden sind. Und das sind eben zunächst staatsrechtliche Konzepte und Begriffe, so dass das Staatsrecht und die Staatsrechtslehre natürliche erste Ansprechpartner des Europarechts und der Europarechtswissenschaft sind. Mit anderen Worten: Weil Staatsrecht und Staatsrechtswissenschaft auf der einen und Europarecht und Europarechtswissenschaft auf der anderen Seite mit dem identischen Problem der Begründung, Begrenzung und Organisation politischer Herrschaft befasst sind, ist eine hermetische Abgrenzung des Staatsrechts vom Europarecht und der relativ neuen Europarechtswissenschaft von der relativ alten Staatsrechtswissenschaft eher fernliegend.<sup>48</sup>

## b) Verklammerung der Verfassungsrechtsordnungen

Das führt zu einem zweiten – und noch wichtigeren – Grund: Einer echten begrifflichen und konzeptionellen Diskontinuität steht vor allem entgegen, dass das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten – also das Staatsrecht – und das Verfassungsrecht der Union – also das primäre Unionsrecht – nicht nur von den gleichen Begriffen ausgehen, sondern auch ausdrücklich Verbindungslinien zwischen den hinter den Begriffen stehenden Konzepten ziehen. Völlig autonome Begriffsverständnisse lassen sich daher auf europäischer Ebene und auch auf mitgliedstaatlicher Ebene kaum durchhalten. Ich möchte diesen konzeptionell zentralen Punkt etwas genauer erläutern: Zunächst trägt das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten Grundrechte, Demokratie und Rechtsstaat und damit die zentralen „Baugesetze“<sup>49</sup> der staatlichen Verfassungsordnung im „Außenverfassungsrecht“<sup>50</sup> an die Europäische Union heran, wenn es – wie es durchaus prototypisch<sup>51</sup> in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG heißt<sup>52</sup> – den Mitgliedstaaten aufgibt, an der Entwicklung einer Europäischen Union mitzuwirken, „die demokratischen, rechtsstaatlichen, sozialen und föderativen Grundsätzen und dem Grundsatz der Subsidiarität verpflichtet ist und

47 So *Kaiser* (Fn. 24), S. 2; ganz ähnlich *Badura* (Fn. 24), S. 37 f.: „Deshalb muß auch die europäische Wirtschafts- und Militärverwaltung, weil und soweit sie öffentliche Gewalt auszuüben imstande ist, vor den Postulaten von Demokratie und Rechtsstaat bestehen können“.

48 Zum Ganzen von *Bogdandy* (Fn. 44), S. 31, unter Hinweis auf *N. MacCormick*, *Questioning Sovereignty*, 1999, S. 138 f.; ebenso schon von *Bogdandy* (Fn. 42), S. 1042 f.

49 Zum Begriff *Dreier* (Fn. 34), Art. 20 GG (Einführung), Rn. 8.

50 Zum Begriff nur *A. Funke*, *Zur Einführung: Außenverfassungsrecht – Ordnungsprinzipien, Regelungsstruktur und normativer Kontext*, Jura 2010, S. 407, 407.

51 Zum deutschen Europaverfassungsrecht als einem „Bezugspunkt“ für die Entwicklung ungeschriebener Integrationsschranken in den Mitgliedstaaten, deren Verfassungsrecht keine ausdrücklichen Schranken enthält, *Wollenschläger* (Fn. 33), Art. 23 GG, Rn. 23.

52 Zur Rechtslage in anderen Mitgliedstaaten *Wollenschläger* (Fn. 33), Art. 23 GG, Rn. 23; eingehender Vergleich des mitgliedstaatlichen Verfassungsrechts der offenen Staatlichkeit bei *P. M. Huber*, *Offene Staatlichkeit: Vergleich*, in: von *Bogdandy/Cruz Villalón/Huber* (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, Band II: *Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*, 2008, § 26; siehe ferner die Länderberichte ebenda, §§ 14 bis 25.

einen diesem Grundgesetz im wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz gewährleistet“.

Wichtiger noch ist, dass das Verfassungsrecht der Europäischen Union diese Baugesetze moderner Verfassungsstaatlichkeit seit dem Vertrag von Amsterdam<sup>53</sup> selbst aufgreift, wenn es heute in Art. 2 EUV als „Werte, auf die sich die Union gründet“, ausdrücklich „die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte“ nennt und dabei noch einmal daran erinnert, dass diese Werte eben nicht nur Werte der Europäischen Union sind, sondern „allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam“ sind. Der Europarechtswissenschaft ist es vor diesem Hintergrund durch das Unionsrecht selbst aufgegeben, die „im dogmatischen Fundus [der Staatsrechtswissenschaft] gespeicherte[n] Theorieleistungen“<sup>54</sup> zu rezipieren.

Das gewinnt besondere Überzeugungskraft vor dem Hintergrund, dass das Unionsrecht die in Art. 2 S. 1 EUV genannten Werte – also insbesondere: Grundrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit – über den ebenfalls durch den Vertrag von Amsterdam eingeführten Durchsetzungsmechanismus des Art. 7 EUV an die Mitgliedstaaten heranträgt.<sup>55</sup> Vor dem Hintergrund des Art. 2 S. 2 EUV ist das folgerichtig. Nach Art. 7 EUV kann zunächst der Rat in einem näher geregelten Verfahren feststellen, dass die eindeutige Gefahr einer schwerwiegenden Verletzung der in Art. 2 S. 1 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat besteht. Ob sich der Mitgliedstaat insoweit im Anwendungsbereich des Unionsrechts bewegt, ist ohne Bedeutung.<sup>56</sup> Über entsprechende „Vorfeldmaßnahmen“<sup>57</sup> hinaus kann ferner der Europäische Rat feststellen, dass der Mitgliedstaat diese Werte bereits schwerwiegend und anhaltend verletzt. In diesem Fall können bestimmte unionsvertragliche Rechte dieses Mitgliedsstaats einschließlich der Stimmrechte seines Regierungsvertreters im Rat ausgesetzt werden. Auch wenn dieser Durchset-

53 Art. 6 Abs. 1 EUV in der Fassung des Vertrags von Amsterdam lautete: „Die Union beruht auf den Grundsätzen der Freiheit, der Demokratie, der Achtung der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie der Rechtsstaatlichkeit; diese Grundsätze sind allen Mitgliedstaaten gemeinsam.“ Die Vorgängerregelung in Art. F Abs. 1 EUV in der Fassung des Vertrags von Maastricht bestimmte lediglich und eher deklaratorisch, dass die „Regierungssysteme“ der Mitgliedstaaten „auf demokratischen Grundsätzen“ beruhen. Zur Genese der heutigen Regelung in Art. 2 EUV *M. Hilff/F. Schorkopf*, in: Grabitz/Hilff/Nettesheim (Fn. 10), Art. 2 EUV, Rn. 1 ff. (Stand: September 2013).

54 Formulierung bei *W. Pauly*, Wissenschaft vom Verfassungsrecht: Deutschland, in: von Bogdandy/Cruz Vilalón/Huber (Fn. 52), § 27, Rn. 24.

55 Knapp zusammenfassend *A. von Bogdandy*, Prinzipien von Staat, supranationalen und internationalen Organisationen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band XI, 3. Aufl. 2013, § 232, Rn. 36. Um „eine Lücke im Vorfeld zu schließen“, sieht Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat: Ein neuer EU-Rahmen zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips, KOM (2014) 158 endg., bei einer „systemische[n] Gefährdung der Rechtsstaatlichkeit in einem Mitgliedstaat“ zur Ergänzung des Verfahrens nach Art. 7 EUV einen „strukturierten Dialog“ zwischen Kommission und Mitgliedstaat vor, der in die „Empfehlung rascher und konkreter Maßnahmen“ münden kann; dazu näher *H. Hofmeister*, Polen als erster Anwendungsfall des neuen „EU-Rahmens zur Stärkung des Rechtsstaatsprinzips“, DVBl. 2016, 869 ff.; ferner *F. Schorkopf*, Wertesicherung in der Europäischen Union. Prävention, Quarantäne und Aufsicht als Bausteine eines Rechts der Verfassungskrise, EuR 2016, S. 147, 152 f.

56 *Ruffert* (Fn. 17), Art. 7 EUV, Rn. 4: „auch im Rahmen mitgliedstaatlicher Kompetenzen“.

57 So *F. Schorkopf*, in: Grabitz/Hilff/Nettesheim (Fn. 10), Art. 7 EUV, Rn. 19 ff. (Stand: April 2017); abweichend *Schorkopf* (Fn. 55), S. 151 f.



zungsmechanismus in der Anwendung angesichts des komplexen Verfahrens und vor allem der Mehrheitserfordernisse<sup>58</sup> schwerfällig ist<sup>59</sup> und daher eher „eine symbolische Funktion“ hat,<sup>60</sup> verdeutlicht er doch, dass das staatliche und das europäische Verfassungsrecht nicht unverbunden nebeneinander stehen, sondern aufeinander Bezug nehmen und sich dabei – einerseits durch die Integrations-schranken des staatlichen Verfassungsrechts und andererseits durch die Art. 7 EUV zugrunde liegende Erwartung verfassungsstruktureller „Homogenität“<sup>61</sup> – wechselseitig stabilisieren.<sup>62</sup>

## 2. Verfassungsrechtswissenschaft im Verbund

Im „System wechselseitiger Verfassungsstabilisierung“ bilden die Verfassungsordnungen der Mitgliedstaaten und die Verfassungsordnung der Europäischen Union nach gängigem Verständnis einen Verbund.<sup>63</sup> Dieser Verbund der Verfas-

- 58 Die für die Aussetzung unionsvertraglicher Rechte erforderliche Feststellung einer schwerwiegenden und anhaltenden Verletzung der in Art. 2 S. 1 EUV genannten Werte durch einen Mitgliedstaat kann gemäß Art. 7 Abs. 2 EUV nur einstimmig erfolgen.
- 59 A. von Bogdandy, Zweierlei Verfassungsrecht. Europäisierung als Gefährdung des gesellschaftlichen Grundkonsenses?, Der Staat 2000, S. 163, 169; Ruffert (Fn. 17), Art. 7 EUV, Rn. 33.
- 60 So Schorkopf (Fn. 55), S. 150, mit Blick auf die Feststellung des früheren Kommissionspräsidenten José Manuel Barroso, das Verfahren nach Art. 7 EUV sei eine „atomare Option“.
- 61 Zum Begriff in diesem Zusammenhang insbesondere F. Schorkopf, Homogenität in der Europäischen Union. Ausgestaltung und Gewährleistung durch Art. 6 Abs. 1 und Art. 7 EUV, 2000; knapp zusammenfassend Hilf/Schorkopf (Fn. 53), Art. 2 EUV, Rn. 9 (Stand: September 2013): „Homogenität“ als Begriff des europäischen Verfassungsrechts meint die Gleichartigkeit – nicht Uniformität – bestimmter Rechtsprinzipien sowohl der Mitgliedstaaten untereinander als auch in deren Verhältnis zur Union“; ebenso etwa I. Pernice, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 2001, S. 148, 186; Ruffert (Fn. 17), Art. 7 EUV, Rn. 4 ff.; S. Schmahl, Die Reaktionen auf den Einzug der Freiheitlichen Partei Österreichs in das österreichische Regierungskabinett – Eine europa- und völkerrechtliche Analyse –, EuR 2000, S. 819, 821 ff.; K. Lenaerts/M. Hartmann, Der europäische Rechtsprechungsverbund in der Wirtschafts- und Währungsunion, JZ 2017, S. 321, 321; kritisch hingegen F. Hanschmann, Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft. Zur These von der Notwendigkeit homogener Kollektive unter besonderer Berücksichtigung der Homogenitätskriterien „Geschichte“ und „Sprache“, 2008, insbesondere S. 296 ff.: „Begriff der Homogenität aus dem begrifflichen und theoretischen Instrumentarium der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft zu entfernen“.
- 62 Zur Annahme eines durch die Struktursicherungsklauseln des staatlichen Außenverfassungsrechts und die Bestimmung der Werte der Europäischen Union in Art. 2 S. 1 EUV aufgespannten „System[s] wechselseitiger Verfassungsstabilisierung“ Pernice (Fn. 61), S. 186; I. Pernice, Der Schutz nationaler Identität in der Europäischen Union, AöR 2011, S. 185, 203.
- 63 Grundlegend I. Pernice, Bestandssicherung der Verfassungen: Verfassungsrechtliche Mechanismen zur Wahrung der Verfassungsordnung, in: Bieber/Widmer (Hrsg.), L'espace constitutionnel européen. Der europäische Verfassungsraum. The European constitutional area, 1995, S. 225, 261 ff.; Pernice (Fn. 61), S. 164 ff.; aus neuerer Zeit Pernice (Fn. 43), S. 102; ferner etwa P. M. Huber, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 2001, S. 194, 199 ff.; Wollenschläger (Fn. 33), Art. 23 GG, Rn. 17 f.; aufgegriffen durch BVerfG NJW 2016, 2473, 2477 – OMT-Programm: „Europäische Union [...] ein Staaten-, Verfassungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungsverbund“; kritisch etwa M. Jestaedt, Der Europäische Verfassungsverbund. Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, in: Calliess (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, 2007, S. 93, 127: „zahlreiche und gravierende verfassungs- und rechtstheoretische Ungereimtheiten“; siehe auch M. Nettesheim, Europäischer Verfassungsverbund? Zwischen Selbststand und Amalgamierung der verfassungsrechtlichen Grundordnungen in Europa, in: Depenheuer/Heintzen/Jestaedt/Axer (Hrsg.), FS Isensee, 2007, S. 733, 736: naheliegend, „gegenwärtig nicht von einem ‚Verfassungsverbund‘ zu sprechen“.



sungsordnungen bleibt für die mit ihnen befassten Akteure nicht folgenlos.<sup>64</sup> Anerkannt und ausbuchstabiert ist das für die mitgliedstaatlichen Verfassungsgerichte und den Europäischen Gerichtshof als das „Verfassungsgericht“ der Europäischen Union. Sie bilden einen „Verfassungsgerichtsverbund“.<sup>65</sup> Nichts anderes gilt für die Staatsrechtswissenschaft und die Europarechtswissenschaft. Ihre durch das Verfassungsrecht als gemeinsamen Gegenstand vermittelte Verbundenheit erschöpft sich dabei nicht im Vergleich voneinander unabhängiger verfassungsrechtlicher Strukturen, wie sie für die traditionelle Rechtsvergleichung charakteristisch ist.<sup>66</sup> Über die Struktursicherungsklauseln des nationalen und des europäischen Verfassungsrechts sind die Verfassungsrechtsordnungen vielmehr in einer Weise miteinander verklammert, die einer Eigenständigkeit nicht nur der Europarechtswissenschaft, sondern auch der Staatsrechtswissenschaft im Sinne echter Autonomie entgegensteht. Das gilt nicht nur für das vertikale Verhältnis zwischen den nationalen Verfassungsrechtsordnungen und der europäischen Verfassungsrechtsordnung, sondern über die „Bande“ des Unionsrechts – genauer: die „Architektur“ des Art. 2 EUV<sup>67</sup> – auch für das horizontale Verhältnis der nationalen Verfassungsrechtsordnungen untereinander. Ganz unabhängig vom begrifflichen Gleichlauf der Verfassungsrechtsordnungen können die hinter den Begriffen stehenden Gehalte – wie etwa die Bekenntnisse zu Rechtsstaat und Demokratie – in der Folge nicht völlig losgelöst vom Zugang in anderen Verfassungsrechtsordnungen formuliert werden.

### 3. Verfassungsprinzipien im Verfassungsverbund

Die Verklammerung von Staatsrecht und Unionsverfassungsrecht erfolgt dabei auf prinzipieller Ebene. Deutlicher noch als im staatlichen Außenverfassungsrecht kommt das in Art. 2 EUV zum Ausdruck, der Europäische Union und Mitgliedstaaten auf gemeinsame „Werte“ und damit – deontologisch gewendet – Prinzipi-

64 Zum Verbund als einer umfassenden „Ordnungsidee“ *Lenaerts/Hartmann* (Fn. 61), S. 321, unter Hinweis auf *E. Schmidt-Aßmann*, Europäische Verwaltung zwischen Kooperation und Hierarchie, in: Cremer et al. (Hrsg.), FS Steinberger, 2002, S. 1375, 1381 f.

65 So insbesondere *A. Voßkuhle*, Der europäische Verfassungsgerichtsverbund, NVwZ 2010, S. 1 ff., der ebenda, S. 3 ff. und 5 ff., unter Einbeziehung auch des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zwischen einem internationalen Verfassungsgerichtsverbund (Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte) und einem supranationalen Verfassungsgerichtsverbund (Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof) unterscheidet; in der Sache etwa schon *Huber* (Fn. 63), S. 231 f.; *I. Pernice*, Das Verhältnis europäischer zu nationalen Gerichten im europäischen Verfassungsverbund, 2006, insbesondere S. 53 ff.; siehe auch *M. Wendel*, Richterliche Rechtsvergleichung als Dialogform: Die Integrationsrechtsprechung nationaler Verfassungsgerichte in gemeineuropäischer Perspektive, Der Staat 2013, S. 339, 360 ff.

66 Dazu und zum Folgenden *C. Schönberger*, Verwaltungsrechtsvergleichung: Eigenheiten, Methoden und Geschichte, in: von Bogdandy/Cassese/Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band IV, Verwaltungsrecht in Europa: Wissenschaft, 2011, § 71, Rn. 52.

67 Zu diesem Bild mit Blick auf den Wert der Demokratie *Hilf/Schorkopf* (Fn. 53), Art. 2 EUV, Rn. 27: „Architektur“, nach der „das Demokratiegebot nicht nur horizontal zwischen den Mitgliedstaaten, sondern auch vertikal zwischen der Union und ihren Mitgliedern [wirkt]“.

en verpflichtet.<sup>68</sup> Folgerichtig sind Bemühungen um eine aus der Staatsrechtslehre bekannte und in der deutschen Rechtsordnung an Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG anknüpfende<sup>69</sup> Prinzipienlehre auch in der Europarechtswissenschaft.<sup>70</sup> Diese steht – das zeigen die vorstehenden Überlegungen<sup>71</sup> – nicht unverbunden und autonom neben den staatsrechtlichen Prinzipienlehren.<sup>72</sup> Umgekehrt ist sie mit diesen – allen „Annäherungen“ und „Lerneffekten“ zum Trotz<sup>73</sup> – auch nicht einfach gleichzusetzen.

Begreifen lässt sich dieses Verhältnis nur vor dem Hintergrund eines Verständnisses von Verfassungsprinzipien, das zwei Ebenen unterscheidet: Auf einer ersten Ebene findet sich der noch wenig konkrete rechtsprinzipielle Kerngehalt der Verfassungsprinzipien, der auf „Realisierung“ und „Fortentwicklung“ angelegt ist.<sup>74</sup> Erst auf einer zweiten Ebene wird dieser Kern in Form von Rechtsregeln konkretisiert.<sup>75</sup> Essentiell ist dabei ein „Selbststand“ der rechtsprinzipiellen Ebene: Werden die rechtsprinzipiellen Kerngehalte der Verfassungsprinzipien im Lichte ihrer Konkretisierungen ausgelegt, droht ihre „Verregelung“.<sup>76</sup> Die parlamentarische Demokratie des Grundgesetzes ist dann nicht eine denkbare Konkretisierung eines relativ entwicklungsoffenen Verfassungsprinzips der Demokratie, sondern „im richtig verstandenen Demokratiebezug des Art. 20 Abs. 1 GG mitenthalten“.<sup>77</sup> Das hat – wie gesehen<sup>78</sup> – Folgen für den Prozess der europäischen Integration, der über Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG an den entsprechend aufgeladenen Demokratiebegriff in Art. 20 Abs. 1 GG rückgebunden ist und damit auf das bislang nicht erreichte und auch kaum erreichbare Ideal einer parlamentarischen Demokratie verpflichtet wird.<sup>79</sup>

Geboten ist demgegenüber eine stärkere Besinnung auf den zunächst noch wenig spezifischen Kerngehalt der Verfassungsprinzipien. Sie ist infolge der Verklammerung der Verfassungsordnungen Staatsrechtslehre und Europarechtswissen-

68 Zur Möglichkeit einer Formulierung von Werten als Prinzipien und Prinzipien als Werten *R. Alexy*, Theorie der Grundrechte, 1986, S. 125; allgemein zum Zusammenhang zwischen Werten und Prinzipien mit weiteren Nachweisen *Unger* (Fn. 7), S. 119 ff.

69 Dazu nur *Dreier* (Fn. 34), Art. 20 GG (Einführung), Rn. 5 ff.

70 Aus jüngerer Zeit insbesondere von *Bogdandy* (Fn. 44); *J. P. Terhechte*, Prinzipienordnung der Europäischen Union, in: *Hatje/Müller-Graff* (Fn. 1), § 7; ferner von *Bogdandy* (Fn. 55), § 232, Rn. 35 ff.; entsprechend bereits *J. A. Frowein*, Die Herausbildung europäischer Verfassungsprinzipien, in: *Kaufmann/Mestmäcker/Zacher* (Hrsg.), FS Maihofer, 1988, S. 149 ff. Zur Rezeption *Dreier* (Fn. 34), Art. 20 GG (Einführung), Rn. 3: Anfänge einer „wissenschaftliche[n] Konzeptualisierung von Prinzipien auf [...] supranationaler Ebene“.

71 Siehe oben unter III. 1. und 2.

72 So auch *Terhechte* (Fn. 70), § 7, Rn. 59.

73 Dazu *Terhechte* (Fn. 70), § 7, Rn. 2.

74 So für Art. 20 Abs. 1 bis 3 GG *Dreier* (Fn. 34), Art. 20 GG (Einführung), Rn. 12.

75 Allgemein und für das grundgesetzliche Demokratieprinzip *Unger* (Fn. 7), S. 218 ff. und 249 ff.

76 Dazu für das grundgesetzliche Demokratieprinzip *Unger* (Fn. 7), S. 241 ff.

77 So *T. Oppermann*, Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes. Anlage – Erfahrungen – Zukunftseignung, VVDStRL 33 (1975), S. 7, 19.

78 Siehe oben unter II. 2.

79 Entsprechend vor allem BVerfGE 123, 267, 370 ff. – Lissabon.

schaft im Verbund aufzugeben.<sup>80</sup> Insbesondere die an ihre nationalen Verfassungsordnungen rückgebundenen nationalen Staatsrechtswissenschaften müssen dabei – jedenfalls in einem ersten Schritt – von nationalen Sonderwegen abstrahieren.<sup>81</sup> Es geht – so *Ulrich Scheuner* 1964 in Kiel – um „ein gewisses ‚Common Law‘ der Demokratie und des Rechtsstaates“,<sup>82</sup> also – in der heutigen Terminologie – um die Formulierung des gemeineuropäischen Fundaments einer Prinzipienordnung. Die einzelnen mitgliedstaatlichen Verfassungsordnungen und die Verfassungsordnung der Europäischen Union bauen dann konkretisierend auf diesem Fundament auf. Abstraktion und Konkretisierung lautet also das Programm.<sup>83</sup>

#### 4. Abstraktion und Konkretisierung: zwei Beispiele

Zwei Beispiele illustrieren diesen Vorgang der Abstraktion und Konkretisierung besonders gut: das Demokratieprinzip und der Grundsatz der Gewaltenteilung.

##### a) Demokratieprinzip

Als allgemeines verfassungsrechtliches Prinzip verlangt Demokratie nicht viel mehr als eine „hinreichende Relation“ zwischen der Ausübung politischer Herrschaft und den Betroffenen.<sup>84</sup> Nur diesem Gebot unterwirft Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG die Ausübung politischer Herrschaft durch die Europäische Union und ihre Organe, wenn er die Bundesrepublik Deutschland zur Mitwirkung an einer „Entwicklung der Europäischen Union“ verpflichtet, „die demokratischen [...] Grundsätzen [...] verpflichtet ist“.<sup>85</sup> Und nur dieses Gebot, in dem die mitgliedstaatlichen Ausprägungen von Demokratie bei allen Unterschieden „ihre gemeinsame Grundlage und damit zugleich auch ihren kleinsten gemeinsamen Nenner [...] finden“,<sup>86</sup> greift Art. 2 EUV als Wert, „auf [den] sich die Union gründet“ und der „allen Mitgliedstaaten in einer Gesellschaft gemeinsam [ist]“, auf. Jenseits dieses gemeinsamen rechtsprinzipiellen Fundaments beginnt die Respezifizierung: In der Verfas-

80 Ähnlich von *Bogdandy* (Fn. 55), § 232, Rn. 50: „Sowohl im deutschen Recht als auch im Unionsrecht und im Völkerrecht lassen sich also die Prinzipien des Menschenrechtsschutzes, der Rechtsstaatlichkeit und, wenn gleich eingeschränkt, der Demokratie identifizieren [...] Sie bilden Eckpunkte für einen übergreifenden Diskurs über das, worauf es im Kern ankommt. Dieser Gleichklang hat ein erhebliches Potential für eine überzeugende Entfaltung öffentlicher Gewalt in der zeitgenössischen Situation.“

81 Das ist einerseits schmerzhaft, beinhaltet andererseits aber auch die Möglichkeit, die eigenen Pfadabhängigkeiten zu hinterfragen und die nationale Verfassungsordnung – etwa im Bereich der Verwaltungslegitimation – lernend weiterzuentwickeln; dazu *F. Wollenschläger*, Verfassung im Allgemeinen Verwaltungsrecht: Bedeutungsverlust durch Europäisierung und Emanzipation?, VVDStRL 2016, S. 187, 240 ff.

82 *U. Scheuner*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 1966, S. 106, 109.

83 Dazu von *Bogdandy* (Fn. 55), § 232, Rn. 56: „unter dem Ansatz eines dialogischen Pluralismus die juristischen Kernkompetenzen der Abstraktion, der Spezifikation, des Vergleichs, des Transfers und nicht zuletzt der Konfliktlösung neu gefordert“.

84 So *D. Zacharias*, Verfassungsrechtliche Terminologie und Begrifflichkeit im europäischen Rechtsraum, in: von *Bogdandy/Cruz Villalón/Huber* (Fn. 52), § 40, Rn. 15.

85 Ausführlich *Unger* (Fn. 7), S. 290 ff.; *S. Unger*, Verwaltungslegitimation in der Europäischen Union, in: *Wollenschläger/De Lucia* (Fn. 31), S. 41, 70; gegenläufig über Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG i.V.m. Art. 79 Abs. 3 GG insbesondere BVerfG NJW 2016, 2473, 2475 ff. – OMT-Programm.

86 *Zacharias* (Fn. 84), § 40, Rn. 15.

sungsordnung der Bundesrepublik Deutschland erfolgt diese insbesondere<sup>87</sup> in Art. 20 Abs. 2 GG. Die Vorschrift schreibt den Grundsatz der Volkssouveränität fest und bestimmt die Ausübung der Staatsgewalt durch das Volk in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung. Das Grundgesetz errichtet damit – freilich: keineswegs änderungsfest – eine im Kern repräsentative und parlamentarische Demokratie.

Auf Ebene der Europäischen Union etablieren die Art. 9 bis 12 EUV erstmals<sup>88</sup> ein anderes, auf den spezifischen Fall der Europäischen Union zugeschnittenes Modell demokratischer Legitimation.<sup>89</sup> Ablesen lässt sich das vor allem an der in Art. 10 Abs. 2 EUV angelegten dualen Struktur repräsentativ-demokratischer Input-Legitimation.<sup>90</sup> Einerseits sind die Bürgerinnen und Bürger – nicht in ihrer Verbundenheit als Volk, sondern als Individuen<sup>91</sup> – „auf Unionsebene unmittelbar im Europäischen Parlament vertreten“, andererseits müssen die Vertreter der Mitgliedstaaten im Europäischen Rat und im Rat ihnen gegenüber unmittelbar oder vermittelt durch die nationalen Parlamente „in demokratischer Weise [...] Rechenschaft ablegen“. Niederschlag finden hier die besonderen Anforderungen an die Strukturen demokratischer Legitimation in einer föderativen Demokratie.<sup>92</sup> Input-orientierte Legitimationsstränge verlaufen hier einerseits von den einzelnen „Staatsvölkern“ in die „Staatenkammer“ und andererseits vom „Bundesvolk“ in die „Bürgerkammer“.<sup>93</sup>

Die Verteilung der Legitimationslast richtet sich dabei nach dem Machtgefälle zwischen „Staatenkammer“ und „Bürgerkammer“. Wo wie in konsolidierten Bundesstaaten das Machtzentrum bei der „Bürgerkammer“ und also beim Parlament liegt, ist dieses die „Mitte der Demokratie“.<sup>94</sup> Der föderative Hintergrund des Legitimationsmodells (und damit: die demokratische Funktion der „Staatenkam-

87 Zu „Konkretisierungsstufen“ des Demokratieprinzips im Grundgesetz *H. Maurer*, Staatsrecht I. Grundlagen – Verfassungsorgane – Staatsfunktionen, 6. Aufl. 2010, § 7, Rn. 20.

88 Zur Entwicklungsgeschichte und zu Vorläufern nur *Ruffert* (Fn. 17), Art. 9 EUV, Rn. 17 ff.

89 *A. von Bogdandy*, The European Lesson for International Democracy: The Significance of Articles 9–12 EU Treaty for International Organizations, *EJIL* 2012, S. 315, 315 f., spricht vom vielversprechenden Versuch, ein Modell für die demokratische Legitimation internationaler Organisationen zu entwickeln. Um eine neue Erfindung der Demokratie handelt es sich aber, anders als es etwa bei *Wahl* (Fn. 43), S. 923, anklingt, nicht. Vielmehr wird der gemeineuropäische Grundgedanke demokratischer Legitimation für den Fall der Europäischen Union respezifiziert.

90 Zur Anreicherung durch nicht input-orientierte Formen demokratischer Legitimation insbesondere in Art. 11 EUV von *Bogdandy* (Fn. 89), S. 329 ff.; *Unger* (Fn. 85), S. 70 ff.

91 Zur individualistischen Legitimationskonzeption des Unionsverfassungsrechts von *Bogdandy* (Fn. 89), S. 322; *D. Fröhlich*, Die Gleichheit der Unionsbürger als Bezugspunkt europäischer Demokratie: Anmerkungen zu den Art. 9 ff. EUV, in: Schnabl/Scholz (Hrsg.), Aufgeschlossen für Wandel – verankert in gemeinsamen Grundwerten: Demokratie und Wirtschaft in Deutschland und in der Europäischen Union, 2013, S. 169, 171; *Ruffert* (Fn. 17), Art. 9 EUV, Rn. 24; *Unger* (Fn. 85), S. 70 f.; siehe auch *F. Wollenschläger*, Die Unionsbürgerschaft und ihre Dynamik für den Integrationsprozess jenseits des Marktes, *ZEuS* 2009, S. 1, 51: Bürger als „Legitimationssubjekt des europäischen Gemeinwesens“.

92 Zur entsprechenden Einordnung der Europäischen Union *S. Oeter*, Föderalismus und Demokratie, in: von Bogdandy/Bast (Fn. 1), S. 73, 81 ff.: „föderatives ‚Mischsystem‘“.

93 *Schönberger* (Fn. 10), Art. 9 EUV, Rn. 10 ff.; ausführlich bereits *Schönberger* (Fn. 11), S. 498 ff.

94 *P. Kirchhof*, Das Parlament als Mitte der Demokratie, in: Brenner/Huber/Möstl (Fn. 42), S. 237.

mer“)<sup>95</sup> „verblasst“ dann.<sup>96</sup> Wo das Machtzentrum wie in der Europäischen Union, auch nach dem Vertrag von Lissabon, bei der „Staatenkammer“ und also beim Europäischen Rat und beim Rat liegt, ist das anders. Demokratische Legitimation erfolgt hier vor allem über die Verantwortlichkeit der mitgliedstaatlichen Exekutivvertreter gegenüber den nationalen Parlamenten. Dieses Modell demokratischer Legitimation ist dabei nicht von vornherein defizitär. Es greift zu kurz, die parlamentarische Demokratie staatlicher Prägung zum Leitbild demokratisch legitimer Herrschaft zu erklären und dieses Leitbild der besonderen Ausprägung von Demokratie auf europäischer Ebene gegenüberzustellen, die dann zwangsläufig – nicht nur mit Blick auf die Stellung des Parlaments im Institutionengefüge, sondern auch mit Blick auf die gemessen an staatlichen Maßstäben nicht gewährleistete Gleichheit der Wahl<sup>97</sup> – „keine Ausgestaltung erreicht, die dem Legitimationsniveau einer staatlich verfassten Demokratie entspricht“.<sup>98</sup> Die Anforderungen an die demokratische Legitimation staatlicher Herrschaft sind für die Anforderungen an die demokratische Legitimation europäischer Herrschaft zwar nicht bedeutungslos. Dem steht ihre Bezogenheit aufeinander in Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG und vergleichbaren mitgliedstaatlichen Regelungen sowie Art. 2 EUV entgegen. Sie gelten umgekehrt aber auch nicht analog.

## b) Grundsatz der Gewaltenteilung

Ein zweites Beispiel ist der Grundsatz der Gewaltenteilung als ein Teilelement von Rechtsstaatlichkeit. Rechtsstaatlichkeit beinhaltet im europäischen Verfassungsrechtsvergleich jedenfalls zwei Elemente: die „rule of law“, also die Bindung „an Gesetz und Recht“, wie es in Art. 20 Abs. 3 GG heißt, und Gewaltenteilung.<sup>99</sup> Insbesondere im deutschen Staatsrecht wird der „Grundsatz der Gewaltenteilung“ dabei nach wie vor und allen verfassungsrechtlich angelegten Durchbrechungen<sup>100</sup> und tatsächlichen Verschiebungen zum Trotz<sup>101</sup> konzeptionell mit der funktionalen und organisatorischen Dreiteilung der Staatsgewalt in Legislative,

95 So wird der Bundesrat primär als „Konkretisierung der bundesstaatlichen Ordnung“ und nicht als Teil der Legitimationsordnung wahrgenommen: *H. Bauer*, in: Dreier (Fn. 33), Art. 50 GG, Rn. 19.

96 So für die Bundesrepublik Deutschland *Schönberger* (Fn. 10), Art. 9 EUV, Rn. 14; zu dieser „Leerstelle“ in BVerfGE 123, 267 ff. – Lissabon *C. Schönberger*, Die Europäische Union zwischen „Demokratiedefizit“ und Bundesstaatsverbot. Anmerkungen zum Lissabon-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, Der Staat 2009, S. 535, 544 ff.: „Bundesstaatsblindheit“.

97 Dazu im Überblick nur *Callies* (Fn. 2), S. 170 ff.

98 So BVerfGE 123, 267, 370 – Lissabon.

99 Dazu nur *Zacharias* (Fn. 84), § 40, Rn. 36, die darüber hinaus einen „Kernbestand grundrechtlicher Gewährleistungen“ als drittes Element von Rechtsstaatlichkeit im europäischen Rechtsraum identifiziert. Überzeugender erscheint es mir, jedenfalls verfassungsdogmatisch zwischen Rechtsstaatlichkeit und Grundrechten zu differenzieren, wie es auch Art. 2 S. 1 EUV nahelegt, der zwischen „Freiheit“ und „Gleichheit“ sowie „Rechtsstaatlichkeit“ unterscheidet; entsprechend für Deutschland *H. Dreier*, in: von Bogdandy/Cruz Vilalón/Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum Europaeum, Band I, 2007, § 1, Rn. 116 ff. und 133 ff.; gegenläufig etwa *H. Schulze-Fielitz*, in: Dreier (Fn. 33), Art. 20 GG (Rechtsstaat), Rn. 39.

100 Dazu etwa *Schulze-Fielitz* (Fn. 99), Art. 20 GG, Rn. 75.

101 Dazu *P. M. Huber*, Regierung und Opposition, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band III, 3. Aufl. 2005, § 47, Rn. 29 ff.; *A. Ingold*, Das Recht der Oppositionen. Verfassungsbegriff – Verfassungsdogmatik – Verfassungstheorie, 2015, S. 28 ff.

Exekutive und Judikative identifiziert.<sup>102</sup> Auf ein allgemeines Prinzip heruntergebrochen zielt er auf die Aufspaltung politischer Herrschaft zum „Schutz vor jeder Form totaler Machtkonzentration“.<sup>103</sup> In der Respezifizierung kann das dann – so Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG für das deutsche Verfassungsrecht – die Ausübung von Staatsgewalt „durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung“ bedeuten oder – so Art. 13 EUV für das europäische Verfassungsrecht – lediglich, dass jedes Organ „nach Maßgabe der ihm in den Verträgen zugewiesenen Befugnisse nach den Verfahren, Bedingungen und Zielen, die in den Verträgen festgelegt sind“, handelt und dabei alle Organe „loyal“ zusammenarbeiten.

Europarechtswissenschaft und Europäischer Gerichtshof verlangen auf dieser Grundlage ein „institutionelles Gleichgewicht“. Als „spezifische [...] Ausprägung der Gewaltenteilung“<sup>104</sup> ist der „Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts [...] für den organisatorischen Aufbau der Union kennzeichnend [...] und gebietet, dass jedes Organ seine Befugnisse unter Beachtung der Befugnisse der anderen Organe ausübt“.<sup>105</sup> Er aktualisiert damit die dem Gewaltenteilungsgrundsatz zugrunde liegende Idee einer Vermeidung von Machtkonzentration<sup>106</sup> für das spezifische institutionelle Gefüge der Europäischen Union.<sup>107</sup> Die historisch bedingte<sup>108</sup> Monopolisierung des Initiativrechts für Gesetzgebungsakte bei der Europä-

102 Entsprechend vor dem Hintergrund von Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG etwa *B. Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz. Kommentar, Art. 20 GG, Teil V, Rn. 78 ff. (Stand: Dezember 2013).

103 So *Dreier* (Fn. 99), § 1, Rn. 119: „unverlierbare[r] Sinn der Gewaltenteilung“; ähnlich *U. Di Fabio*, Gewaltenteilung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Band II: Verfassungsstaat, 3. Aufl. 2004, § 27, Rn. 2: „Der feste Kern liegt in dem Willen, daß der freie Mensch nicht imposanten Konzentrationen der Macht ausgeliefert sein soll.“

104 So *Wollenschläger* (Fn. 33), Art. 23 GG, Rn. 74; ähnlich *H. G. Dederer*, Zur Gewaltenteilung in der Union: Checks and Balances, institutionelles Gleichgewicht oder Konfusion?, in: Hofmann/Naumann (Hrsg.), Europäische Demokratie in guter Verfassung?, S. 89, 99 ff.; *Ruffert* (Fn. 17), Art. 13 EUV, Rn. 17; *T. Siegel*, Das Gleichgewicht der Gewalten in der Bundesrepublik Deutschland und in der Europäischen Gemeinschaft, DÖV 2010, S. 1, 1 ff.; jedenfalls im Ausgangspunkt auch *E. Schmidt-Aßmann*, Der Rechtsstaat, in: Isensee/Kirchhof (Fn. 103), § 26, Rn. 106: „in mancher Hinsicht [...] funktionales Äquivalent“; *Terhechte* (Fn. 70), § 7, Rn. 31: „funktional vergleichbares Prinzip“; gegenläufig *GA V. Trstenjak*, Schlussanträge v. 30.6.2009 in der Rs. C-101/08 (Audiolux), ECLI:EU:C:2009:410, Slg. 2009, I-9823, Rn. 104: „Das institutionelle Gleichgewicht innerhalb der Gemeinschaft beruht nicht auf dem Prinzip der Gewaltenteilung im staatsrechtlichen Sinne, sondern vielmehr auf einem Prinzip der Funktionsteilung, nach dem die Funktionen der Gemeinschaft von denjenigen Organen wahrgenommen werden sollen, die dazu vertraglich am besten ausgestattet worden sind. Anders als das Prinzip der Gewaltenteilung, das u. a. der Sicherung des Schutzes des Individuums durch eine Mäßigung der Staatsgewalt dient, bezweckt das Prinzip der Funktionsteilung eine effektive Erreichung der Gemeinschaftsziele“; ähnlich *A. Hatje/S. von Förster*, Organordnung der Europäischen Union, in: Hatje/Müller-Graff (Fn. 1), § 10, Rn. 27; gegen jede Bedeutung *R. Bieber/M. Haag*, in: Bieber/Epiney/Haag/Kotzur, Die Europäische Union. Europarecht und Politik, 12. Aufl. 2016, § 4, Rn. 16: „Leerformel“; dem zustimmend *M. Rossi*, Zur Entlastungsbefugnis des Europäischen Parlaments, EuR 2013, S. 170, 178 f. mit Fn. 51.

105 Exemplarisch aus jüngerer Zeit EuGH, Rs. C-409/13 (Rat/Kommission), ECLI:EU:C:2015:217, Rn. 64; Rs. C-425/13 (Kommission/Rat), ECLI:EU:C:2015:483, Rn. 69; grundlegend bereits EuGH, Rs. 9/56 (Meroni), ECLI:EU:C:1958:7, Slg. 1958, 11, 44: „Gleichgewicht der Gewalten“; in der Folge insbesondere EuGH, Rs. C-70/88 (Parlament/Rat), ECLI:EU:C:1990:217, Slg. 1990, I-2041, Rn. 21 ff.

106 So auch *Terhechte* (Fn. 70), § 7, Rn. 31: „Die dem Gewaltenteilungsprinzip innewohnende Machtbegrenzungsfunktion kommt hier [...] auch zum Ausdruck“.

107 Zutreffend *Ruffert* (Fn. 17), Art. 13 EUV, Rn. 18: „Das Ziel der Gewaltenteilung [...] ist ein Strukturprinzip, welches das Unionsrecht durch ein neuartiges, der Integration adäquates System mehrerer Mittel erreicht.“

108 Dazu näher *T. Hieber*, Die Europäische Bürgerinitiative nach dem Vertrag von Lissabon. Rechtsdogmatische Analyse eines neuen politischen Rechts der Unionsbürger, 2014, S. 27 f.



ischen Kommission ist dabei als primärrechtlich durch Art. 17 Abs. 2 S. 1 AEUV<sup>109</sup> vorgegebener verfassungsrechtlicher Sonderweg<sup>110</sup> hinzunehmen. Einer staatsrechtlich etwa durch Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG aufgegebenen Gesetzgebung „durch besondere Organe“, die ein flächendeckendes Initiativmonopol der Bundesregierung ausschließt, bedarf es nicht. Der Gewaltenteilungsgrundsatz dringt allerdings auf Ventile, die sich dann auch tatsächlich in den Aufforderungsrechten des Rates nach Art. 241 S. 1 AEUV, des Europäischen Parlaments nach Art. 225 S. 1 AEUV und neuerdings der Europäischen Bürgerinitiative nach Art. 11 Abs. 4 Unterabs. 1 EUV finden. Folgerichtig gelten diese Aufforderungsrechte als „Gegengewicht im institutionellen Gleichgewicht“.<sup>111</sup> Zwar begründen sie kein eigenes Initiativrecht, wohl aber die Möglichkeit, die Europäische Kommission im Regelfall zur Vorlage eines eigenen Vorschlags und im Ausnahmefall – immerhin – zur Begründung der Ablehnung eines solchen Vorschlags zu verpflichten.<sup>112</sup>

Auch der Grundsatz der Gewaltenteilung zeigt damit exemplarisch, wie ein universal auf die Ausübung politischer Herrschaft bezogener Gedanke im staatlichen und im unionalen Kontext unterschiedlich ausbuchstabiert wird. Freilich: In dem Maße, in dem sich das institutionelle Gefüge der Europäischen Union dem staatlichen Institutionengefüge (insbesondere durch eine Aufwertung des Europäischen Parlaments zu einem Parlament nach staatlichem Vorbild)<sup>113</sup> annähert, gerät auch der Grundsatz des institutionellen Gleichgewichts als spezifische Ausprägung des Gewaltenteilungsgrundsatzes für eine supranationale Organisation unter Druck.<sup>114</sup> So wird schon heute, auf Grundlage des Vertrags von Lissabon, die Frage nach einem echten Initiativrecht des Europäischen Parlaments aufgeworfen. Vorbild ist – offensichtlich – das Initiativrecht der mitgliedstaatlichen Parlamente.<sup>115</sup>

109 Näher *Streinz* (Fn. 19), Rn. 394.

110 Dazu *Hieber* (Fn. 108), S. 26 f.

111 So für das Aufforderungsrecht des Rates *Ruffert* (Fn. 17), Art. 241 AEUV, Rn. 1; ebenso *Hieber* (Fn. 108), S. 28 f.; ähnlich *C. Ziegenhorn*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 241 AEUV, Rn. 2 (Stand: Januar 2015); entsprechend für das Aufforderungsrecht des Europäischen Parlaments *P. M. Huber*, in: Streinz (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 3. Aufl. 2018, Art. 225 AEUV, Rn. 1.

112 Dazu für das Aufforderungsrecht des Rates *Ziegenhorn* (Fn. 111), Art. 241 AEUV, Rn. 10; für das Aufforderungsrecht des Europäischen Parlaments *W. Kluth*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 17), Art. 225 AEUV, Rn. 4; für das Aufforderungsrecht der Europäischen Bürgerinitiative *Ruffert* (Fn. 17), Art. 11 EUV, Rn. 21; schwächer *M. Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 10), Art. 11 EUV, Rn. 27 (Stand: Januar 2015); in diese Richtung auch Art. 10 Abs. 1 lit. c VO (EU) Nr. 211/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.2.2011, ABl. EU 2011 L 65/1; weitergehend *Hieber* (Fn. 108), S. 42 ff.; *Huber* (Fn. 111), Art. 11 EUV, Rn. 42: Verpflichtung zur Vorlage eines Gesetzentwurfs.

113 Zum Stand *M. Ruffert*, Parlamentarisierung von Herrschaft im Mehrebenensystem, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Hrsg.), Parlamentsrecht. Praxishandbuch, 2016, § 42, Rn. 12 ff.

114 Zutreffend *Terhechte* (Fn. 70), § 7, Rn. 31; siehe auch *Siegel* (Fn. 104), S. 2.

115 Exemplarisch *S. Hölscheidt*, Gouvernentalisierung und Entparlamentarisierung im Mehrebenensystem, in: Morlok/Schliesky/Wiefelspütz (Fn. 113), § 50, Rn. 26 ff.



#### IV. Fazit und Ausblick

Beide Beispiele verdeutlichen noch einmal, dass sich das Unionsverfassungsrecht angesichts seiner Verklammerung mit dem Staatsrecht nicht präzedenzlos denken lässt. Umgekehrt bedeutet eine Orientierung am Staatsrecht bei der Begriffsbildung aber auch nicht, „das Öffentliche Recht ein für alle Mal als Staatsrecht zu begründen“.<sup>116</sup> Die Staatsrechtslehre kann ihren „Anspruch [...], das Ganze einer Disziplin [eben: des Öffentlichen Rechts] zu repräsentieren“, nicht durchhalten.<sup>117</sup> Sind politische Herrschaft und ihre Legitimation das „Proprium“ des Öffentlichen Rechts,<sup>118</sup> führt die „Entstaatlichung“ politischer Herrschaft zwangsläufig dazu, dass öffentlich-rechtliche Fragen nicht mehr ausschließlich in den Zuständigkeitsbereich der Staatsrechtslehre fallen. Sie sind vielmehr, soweit politische Herrschaft außerhalb des Staates durch internationale Organisationen wie insbesondere die Europäische Union ausgeübt wird,<sup>119</sup> Gegenstand auch der Völker- und insbesondere der Europarechtswissenschaft. Nimmt man hinzu, dass auch außerhalb des politischen Systems und also in anderen gesellschaftlichen Funktionssystemen gesamtgesellschaftlich relevante Entscheidungen ohne abschließende inhaltliche Anleitung getroffen werden<sup>120</sup> und sich daher auch hier die Frage nach der Begründung und Begrenzung „politischer“ Herrschaft stellt,<sup>121</sup> treten öffentlich-rechtliche (genauer: verfassungsrechtliche) Fragen – so paradox das klingt – auch im Zuständigkeitsbereich der Privatrechtswissenschaft auf.<sup>122</sup> Die Europarechtswissenschaft ist mithin zwar auch in verfassungsrechtlichen Fragen eine eigenständige Disziplin. Ihre Aufgabe, Konzepte für die Begründung und Begrenzung politischer Herrschaft zu entwickeln, kann sie aber nur im Verbund mit der Staatsrechtswissenschaft – genauer: den einzelnen mitgliedstaatlichen Staatsrechtswis-

116 Dagegen zu Recht *Vesting* (Fn. 13), S. 65.

117 Entsprechende Aufforderung bei *Vesting* (Fn. 13), S. 65; zur überkommenen Staatszentrierung der deutschen Wissenschaft vom Öffentlichen Recht und ihrer Überwindung unter dem Eindruck der Öffnung des Staates für die Ausübung nichtstaatlicher und hier insbesondere europäischer und internationaler Herrschaft in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts mit weiteren Nachweisen S. Unger, *Verfassung im Nationalstaat: Von der Gesamtordnung zur europäischen Teilordnung?*, DVBl. 2015, S. 1069, 1069; siehe auch F. Günther, *Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949 bis 1970*, 2004.

118 Dazu C. Engel, *Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition. Das Proprium des Rechts aus der Perspektive des öffentlichen Rechts*, in: Engel/Schön (Hrsg.), *Das Proprium der Rechtswissenschaft*, 2007, S. 205, 236 ff.; siehe auch D. Grimm, *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität*, 2012, insbesondere S. 57 ff.

119 Dazu nur von *Bogdandy* (Fn. 55), § 232, Rn. 12 ff.

120 Zu diesem Herrschaftsbegriff U. Di Fabio, *Das Recht offener Staaten. Grundlinien einer Staats- und Rechtstheorie*, 1998, S. 25. Zur „Politisierung“ gesellschaftlicher Funktionssysteme am Beispiel des Wirtschaftssystems G. Teubner, *Verfassungen ohne Staat? Zur Konstitutionalisierung transnationaler Regimes*, in: Kadelbach/Günther (Hrsg.), *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtsetzung*, 2011, S. 49, 92 ff.; zusammenfassend Unger (Fn. 117), S. 1070 f.

121 Dazu Unger (Fn. 117), S. 1070 f.

122 So hält BGHZ 93, 151, 152; 140, 74, 77, Verbände mit einer überragenden Machtstellung im wirtschaftlichen oder sozialen Bereich für verpflichtet, Beitrittswillige aufzunehmen. Das häufig nicht nur durch die individuelle Vereinigungsfreiheit, sondern auch durch ein spezielles Freiheitsrecht gestützte Interesse am Erwerb der Mitgliedschaft überwiegt hier das aus der kollektiven Vereinigungsfreiheit resultierende Recht der Vereinigung auf autonome Ausgestaltung ihres Innenlebens, so dass die Vereinigung nicht mehr frei darüber entscheiden kann, ob sie einen Mitgliedschaftsbewerber aufnehmen will oder nicht.

senschaften – erfüllen.<sup>123</sup> Vielleicht ist es tröstlich, dass es der Staatsrechtswissenschaft angesichts der Entwicklung nationaler Verfassungen zu Teil- und Parallelverfassungen<sup>124</sup> nicht anders ergeht.

123 So auch der Tenor bei *Pernice* (Fn. 2), S. 225 f.

124 Unger (Fn. 117), S. 1070 ff. und 1074 f.

