

# Europa zwischen Erfahrung und Experiment – eine *rule-of-law*-Perspektive

von Daniel Thürer

*Ist Europa mit dem Schiffbruch des Verfassungsvertrages in eine Krise geraten? Hat die Europäische Union eine Verfassungschance – einen historischen „constitutional moment“ – verpasst? Kann der Vertrag von Lissabon hier noch Abhilfe schaffen? Nach dem heutigen Stand der Diskussion bietet sich zumindest die Chance, über die Natur des europäischen Integrationsprozesses erneut nachzudenken. Der vorliegende Beitrag versucht dies aus einer weiten Perspektive und fragt, ob wir nach der „Epoche Hallstein“ (Europa als Friedensordnung) und der „Epoche Delors“ (Europa des Binnenmarktes) an die Schwelle eines neuen, weiter ausgreifenden europäischen Denkens gelangt sind. Welche „großen Linien“ könnten – aus Erfahrungen und Experimenten hervorgehend – ein solches Denken konstituieren? Ist die Idee des Rechts ein klärender, ergiebiger Katalysator?<sup>1</sup>*

*Did Europe enter into a crisis with the failing of the Constitutional Treaty? Did the Union miss a historic “constitutional moment”? Is the Treaty of Lisbon to be seen as an adequate remedy? Given the present state of the debate, there might be a chance to rethink the nature of the integration process. In doing so, this contribution employs a broad perspective, asking whether we are presently, following the “Hallstein era” (Europe as an order of peace) and the “Delors era” (Europe as a common market), at the edge of a new, wider European perspective. What are the basic lines that, emanating from the various experiences and experiments, could constitute such a new thinking? Could the idea of the rule of law serve as a clarifying and at the same time productive catalyst?*

## I. Einleitung

Die Universität Cambridge, wo dieser Artikel über die Essenz der Idee „Europa“ entstand,<sup>2</sup> lasse sich – so ein altehrwürdiger Rechtsprofessor – nicht definieren. „*You can’t define it, you just feel it. It’s just there, without a centre*“, argumen-

- 1 Ich danke den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern am Institut für Völkerrecht und ausländisches Verfassungsrecht der Universität Zürich, insbesondere Frau lic. phil. *Karin Spinnler Schmid*, für ihre wertvolle Mitarbeit.
- 2 Viele Anregungen in diesem Beitrag gehen auf Gespräche mit meinen Kollegen *James R. Crawford*, *Philip A. Allott*, *Alan A. Dashwood*, *Christopher F. Forsyth*, Richter *Richard Plender* und Mitgliedern des *Lauterpacht Centre for International Law* in Cambridge zurück.

tierte der Völkerrechtsgelehrte, „*there are just colleges, faculty buildings and lecture halls; and there is a common spirit which shapes the identity of the entity which is called Cambridge. Our University has evolved over the centuries and will continue to change and to grow.*“ Lässt sich, *mutatis mutandis*, Ähnliches nicht auch von Europa sagen? Wachsen nicht auch Ideen, Ziele, Institutionen und Prozesse, die Europa seine heutige Form geben, im Laufe der Zeit in bunter Vielfalt heran? Ist Europa nicht auch ein vielgestaltiges Gebilde, dessen Zukunft offen bleibt? Sollten sich Wissenschaftler nicht bemühen, das „Phänomen Europa“ auch als Ganzes zu erfassen, so wichtig es natürlich bleibt, dass wir – ausgestattet mit unserer je spezifischen, professionellen Methodik – die einzelnen Elemente und Aspekte des Phänomens analysieren? Es besteht dabei zwar die Gefahr, in den Augen von Spezialisten allenfalls als dilettantisch zu erscheinen. Aber ist nicht das Ganze oft mehr als die Summe der Teile? Und wohnt der Überspezialisierung nicht auch die Gefahr inne, Umrisse und Strukturen des Gegenstands der Erkenntnissuche aus den Augen zu verlieren oder zu verzerren?<sup>3</sup>

Es ist also das Anliegen dieses Artikels, eine gewisse Tiefendimension und einen breiten Horizont zu gewinnen.<sup>4</sup> Dabei lassen wir uns von einem spezifischen Gesichtspunkt leiten, mit dessen Hilfe wir – wie durch ein Prisma – das Phänomen „Europa“ zu erfassen suchen, nämlich durch die Idee des Rechts. Recht verstehen wir allerdings nicht als Inbegriff positiver Rechtssätze, wie dies etwa dem konventionellen sprachlichen Rechtsgebrauch in England entspricht, sondern als „*rule of law*“, als „Gesetz und Recht“ (so das deutsche Grundgesetz) oder „Gerechtigkeit“. Ausgehen kann man dabei von einem Satz aus *Montesquieu*s „Persischen Briefen“, in welchem er – aus der Optik eines (fiktiven) persischen Besuchers – zum öffentlichen Recht in Europa bemerkt:

„So wie es heute ist, stellt dieses [...] eine Wissenschaft dar, die den Fürsten beibringt, bis zu welchem Punkt sie die Gerechtigkeit verletzen können, ohne ihren eigenen Interessen zu schaden. Was für ein Vorhaben ist es doch, [...] dass man, um

- 3 Richtungweisend *Hesse, J.J.*: Vom Werden Europas. Der Europäische Verfassungsvertrag: Konsentsarbeit, politische Konsensbildung, materielles Ergebnis, Berlin, 2007, insbes. 176 ff.; *ders./Wright, V.* (Hg.): *Federalizing Europe? The Costs, Benefits, and Preconditions of Federal Political Systems*, Oxford, 1996; *Schuppert, G.F./Pernice, I./Haltern, U.* (Hg.): *Europawissenschaft*, Baden-Baden, 2005. Vgl. zudem *Häberle, P.*: *Europäische Verfassungslehre*, 5. Aufl., Baden-Baden/Zürich, 2008, bei dem viele der hier aufgegriffenen Themen aufscheinen.
- 4 *Mittelstrass, J.*: Stichwort Interdisziplinarität, Mit einem anschließenden Werkstattgespräch, Basler Schriften zur europäischen Integration Nr. 22, Basel, 1996.

ihr Gewissen zu verhärten, die Ungerechtigkeit in ein System bringen, Regeln dafür aufstellen, Grundsätze davon bilden und Folgerungen daraus ziehen möchte.“<sup>5</sup>

Und der „Perser“ fährt fort:

„Man könnte sagen, [...] dass es zwei ganz verschiedene Arten von Gerechtigkeiten gibt: eine, die die Angelegenheiten zwischen Privatpersonen regelt und die im Zivilrecht herrscht, und die andere, die die Streitfragen zwischen den Völkern regelt und die im öffentlichen Recht tyrannisch herrscht, als ob das öffentliche Recht nicht selbst ein Zivilrecht, zwar nicht eines Einzellandes, aber der Welt wäre.“<sup>6</sup>

Von dieser Beobachtung ausgehend, versuchen wir zunächst, ein Panorama der großen Züge von Idee und Gestalt Europas zu entwickeln und dann das Phänomen der Kultur als Ferment des europäischen Prozesses zu thematisieren. Wir gehen in der Folge dem föderalistischen Prinzip, den Menschenrechten und der Demokratie als Gestaltungsformen der Rechtssysteme in Europa nach. Und schließlich soll ein Blick auf die Schweiz geworfen werden, die – scheinbar paradoxerweise – zwar eine Art Europa *en miniature* verkörpert, sich andererseits aber der Europäischen Union gegenüber äußerst reserviert verhält. Denn böte sie sich nicht gerade wegen ihrer Eigenschaft eines „Prototyps“ und „Sonderfalls“ als Maßstab an, Erfolg und Mängel europäischer Organisationsformen und ihre Tragfähigkeit zu messen?

## II. Panorama einer langen Entwicklung

Die meisten Europäer denken kaum darüber nach, dass sie Europäer sind und was es bedeutet, Europäer zu sein. Dies zumindest, solange sie in Europa leben. Sie assoziieren Europa vielleicht mit wirtschaftlichen und rechtlichen Technikalitäten. Viele sind sich aber kaum bewusst, dass hinter dem Begriff auch ideelle und rechtliche Entwicklungen von historischer Bedeutung stehen.

### 1. Europa als Idee und rechtliche Gestalt

Wer heute von Europa spricht, dürfte vor allem an die Europäische Union mit ihren nunmehr 27 Mitgliedstaaten und 500 Millionen Bewohnern denken. Dabei reicht Europa als Idee und Konzept viel weiter, ist tiefer und reicher. Es weist, als Gedanke und Prinzip und in seiner organisatorischen Ausgestaltung, eine

5 Montesquieu, C.-L. de: Persische Briefe, übersetzt und herausgegeben von Peter Schunck, Stuttgart, 1991, 175.

6 Ebd., 175.

lange Geschichte auf und umfasst neben der Europäischen Union auch Organisationen wie den Europarat, die Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) und in einem gewissen Sinne auch die NATO. Vorab aber bilden die Staaten, Völker und die einzelnen Bürger Bausteine, ja den Sockel Europas.

Bereits in der Antike sind verschiedene Aspekte des heutigen Europas angelegt,<sup>7</sup> Denker haben seit dem Mittelalter Konzepte und Modelle zur Organisation der europäischen Staatenwelt entworfen.<sup>8</sup> In der Zeit zwischen den beiden Weltkriegen begannen sich dann, inspiriert durch die „paneuropäische Bewegung“, zum ersten Mal auch die breiten Volksschichten mit der Europaidee zu befassen,<sup>9</sup> die Idee der europäischen Einigung senkte sich aus der Sphäre der Philosophie und der Literatur ins politische Bewusstsein der Öffentlichkeit. Und seit dem Zweiten Weltkrieg wurden schließlich, als Antwort auf Holocaust und Totalitarismus, in Europa Schritt für Schritt neue staatenübergreifende Organisationsformen geschaffen. Am Anfang stand dabei immer die Friedensidee: Bilder, an denen sich das Denken orientierte, waren etwa Dünkirchen, das im Zweiten Weltkrieg eine strategische Schlüsselrolle spielte und das im Laufe der Geschichte etwa alle zehn Jahre von fremden Truppen aufgesucht worden war, oder Straßburg, das – heute ein Zentrum des organisierten Europa darstellend – immer wieder, zuletzt 1871 und dann 1919, zwischen Deutschland und Frankreich die Hand gewechselt hatte. Und zudem sollten – als Symbol eines Versagens der europäischen Demokratien – ein „neues München“ und – Symbol des menschenverachtenden Horrors – ein „neues Auschwitz“ in Zukunft verhindert werden. Diese geistig-

7 Rom und die Poleis verkörperten je verschiedene Formen der europäischen Ordnung: die Poleis, die sich nie zu Großgebilden entwickelten, sondern, sobald sie eine gewisse Größe erreicht hatten, Ableger und Kolonien gründeten, die selbst wieder zu neuen Stammzellen wurden, und demgegenüber das *Imperium Romanum*, das aus *einem* Ursprung („*ab urbe condita*“) nach unitarischen Prinzipien aufgebaut und sukzessive auch rechtlich errichtet wurde. Vgl. *Revault d'Allonnes, M.*: Le Pouvoir des Commencements – Essai sur l’Autorité, Paris, 2004.

8 Gedacht ist etwa an *Dante Alighieri* (1265–1321) oder der *Herzog von Sully* (1560–1641). Letzterer schrieb: „Man wird, hoffe ich, nunmehr deutlich sehen, welches der Zweck dieses neuen Staatensystems war: nämlich ganz Europa in gleichem Verhältnis unter eine gewisse Anzahl von Mächten zu teilen, welche einander weder wegen ihrer Ungleichheit beneiden, noch in Absicht auf das zwischen ihnen nötige Gleichgewicht fürchten müssten.“ Weitere Vordenker sind der *Abbé de Saint-Pierre* (1658–1743), *Immanuel Kant* (1724–1804), *Victor Hugo* (1802–1885) oder *Johann Caspar Bluntschli* (1808–1881): „[E]in Blick auf die heutige europäische Lebensgemeinschaft zeigt uns ein naturgemäßes Wachstum des Verlangens nach einer besseren Organisation Europas, welche den europäischen Frieden sichere und stärke und die europäischen Interessen wirksam schütze.“

9 Vgl. die Schrift des Führers der damaligen paneuropäischen Bewegung *Coudenhove-Kalergi, R.N. Graf v.*: Pan-Europa, Wien/Leipzig, 1922.

moralische Welt der Gründungsjahre gab dem modernen Europa seine Gestalt und Kraft. Gerät sie in Vergessenheit, so verstehen wir nicht mehr, was die Identität Europas ausmacht und für die Welt so wertvoll macht.

Den politischen Impuls zur Organisation Europas gab *Winston Churchill* 1946 in seinen großen Reden von Fulton (Missouri) und Zürich.<sup>10</sup> Im Zuge der Entfaltung des europäischen Prozesses traten dann neben der Friedenssicherung vermehrt auch der Schutz von Menschenrechten und Demokratie sowie der Prosperität der Völker in den Vordergrund der gemeinsam zu organisierenden europäischen Staatenwelt. Zwei Rechtssysteme wurden entwickelt: Auf völkerrechtlicher Ebene wurde im Rahmen des Europarates die *Europäische Menschenrechtskonvention* (EMRK) angenommen, die einen Katalog klassischer Menschenrechte enthält und sie gegen Übergriffe durch die staatliche Gewalt schützt. Parallel entstand auf Initiative von *Jean Monnet* und *Robert Schuman* das supranationale Rechtssystem der *Europäischen Gemeinschaften*, das zunächst als wirtschaftliches Gebilde in Erscheinung trat, von Anfang an aber eine politische Finalität aufwies.<sup>11</sup> Beide Systeme – die internationalen Instrumente des Europarates und das supranationale Gemeinschaftsrecht – wirkten rechtsverbindlich und rechtsgestaltend in die Staaten hinein. Die Überwachung der Einhaltung der Europäischen Menschenrechtskonvention ist in letzter Instanz dem Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR, Straßburg) anvertraut, während als Hüter der Integrität des Systems des Europäischen Gemeinschaftsrechts der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (EuGH, Luxemburg) eingesetzt wurde. Diese beiden großen europäischen Rechtssysteme erwiesen sich zusehends als komplementär und konvergent und verschmolzen allmählich, zusammen mit nationalstaatlichen Ordnungssystemen, zu einem neuartigen Normenkomplex.

## 2. Wandel von Rechts- und Staatskonzeptionen

Unter dem Blickwinkel des *rule of law* erscheinen die Prozesse des Zusammenwachsens von internationalen, supranationalen und nationalen Rechtssystemen als riesiges, spannendes und innovatives Experiment. Dabei stechen im Gesamt-

<sup>10</sup> Vgl. *Jenkins, R.*: Churchill, London, 2002, 809 ff.

<sup>11</sup> In der Präambel des Vertrags zur Gründung einer Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl heißt es etwa: „IN DER ERWÄGUNG, dass der Weltfriede nur durch schöpferische, den drohenden Gefahren angemessene Anstrengungen gesichert werden kann, IN DER ÜBERZEUGUNG, daß der Beitrag, den ein organisiertes und lebendiges Europa für die Zivilisation leisten kann, zur Aufrechterhaltung friedlicher Beziehungen unerlässlich ist.“

bild der europäischen Entwicklung drei Phänomene hervor, die in dieser Kombination in der Geschichte der internationalen Beziehungen einzigartig sind: Es sind dies die neuen Formen eines überstaatlichen Konstitutionalismus, die Aufwertung der allgemeinen Rechtsprinzipien als Rechtsquelle und die Transformation überholter, missgestalteter Staatsordnungen zu Formen moderner Verfassungsstaatlichkeit.

- *Staatenübergreifende Verfassungsidee*: Der Verfassungsgedanke hatte den Integrationsprozess seit langem begleitet.<sup>12</sup> Die europäischen Verfassungsentwicklungen stellen eines der interessantesten Kapitel der Verfassungsgeschichte insgesamt dar. Die Idee der Schaffung einer formellen Verfassung für Europa hatte bereits die (von *Winston Churchill* präsierte) Haager Konferenz von 1948 inspiriert und wurde in der Folge vom Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften informell wieder aufgenommen.<sup>13</sup> Sie kulminierte schließlich im Projekt eines Europäischen Verfassungsvertrages,<sup>14</sup> der indessen – da mit der Symbolik eines nationalstaatlichen Verfassungsgebildes (Emblem, Hymne usw.) ausgestattet und vom Präsidenten des vorbereitenden Konvents *Valéry Giscard d'Estaing* als Werk eines neuen „Philadelphia“ in Szene gesetzt<sup>15</sup> – von Vielen als Hybris oder zumindest als den europäischen Gegebenheiten unangemessen und utopisch empfunden. Dies mag ein Hauptgrund gewesen sein, weshalb er im Mai und Juni 2005 von den Stimmbürgern in Frankreich und den Niederlanden abgelehnt wurde. Ob dem Reformvertrag (Lissabonner Vertrag) ein gnädigeres Schicksal beschieden sein wird, ist zur Zeit noch ungewiss. Er leidet jedenfalls unter der

12 Vgl. zum Konzept einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts zum Beispiel *Frowein, J. A.*: Konstitutionalisierung des Völkerrechts, in: Dicke, K. u. a.: Völkerrecht und Internationales Privatrecht in einem sich globalisierenden internationalen System. Referate und Thesen mit Diskussion der 26. Tagung der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht in Kiel im März 1999, Heidelberg, 2000, 427–447; *Wet, E. de*: The Chapter VII: Powers of the United Nations Security Council, Oxford/Portland, OR, 2004; *Oeter, S.*: Europäische Integration als Konstitutionalisierungsprozeß, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 59/4 (1999), 901–917.

13 Zum Phänomen eines „*constitutionalisme sans constitution*“ vgl. EuGH, Urteil vom 23. 04. 1986, Rs. 294/83 (Les Verts/Parlament), Slg. 1986, 1339.

14 Vgl. *Blanke, H.-J./Mangiameli, S.*: *Governing Europe Under a Constitution*, Berlin/Heidelberg, 2006; *Pernice, I./Poiars Maduro, M.* (Hg.): *A Constitution for the European Union: First Comments on the 2003-Draft of the European Convention*, Baden-Baden, 2004. Dazu etwa in dieser Zeitschrift die folgenden Abhandlungen: *Kirchhof, P.*: Europa auf dem Weg zu einer Verfassung, in: *ZSE*, 1/3 (2003), 358–382; *Robbers, G.*: Eine neue Verfassung für die Europäische Union, in: *ZSE*, 1/3 (2003), 383–399; *Wessels, W.*: Institutionelle Architektur für eine globale (Zivil-)Macht?, in: *ZSE*, 1/3 (2003), 400–429.

15 Der Konventspräsident sprach häufig von „*notre Philadelphia*“. Vgl. *Müller, J.-W.*: *Fin de la Constitution, fin du patriotisme constitutionnel?*, in: *Esprit*, 2/2006, 13–18, hier 15.

Schwäche, dass hier – zwar von aller Verfassungssymbolik befreit, aber in noch komplexerer Form – unter einem neuen Namen der Text des alten Verfassungsvertrages den Mitgliedstaaten erneut unterbreitet wird, diesmal aber im Wesentlichen von den Parlamenten und nicht von den Stimmbürgern beschlossen werden soll. Muss sich das europäische Projekt etwa vor den europäischen Stimmbürgern fürchten?

- *Allgemeine Rechtsprinzipien*: Sie stellen eine der drei klassischen Quellen des Völkerrechts dar.<sup>16</sup> In der völkerrechtlichen Doktrin und Praxis haben sie bisher eher ein Schattendasein geführt. Interessant und für den Verdichtungsgrad des europäischen Integrationsrechts symptomatisch ist aber, dass die allgemeinen Rechtsprinzipien im System des europäischen Rechtsprozesses eine wesentliche Aufwertung erfahren haben. Sie werden in einzelnen Bereichen des Gemeinschaftsrechts ausdrücklich herangezogen.<sup>17</sup> Aufschlussreich für die Art der Funktionsweise des europäischen Rechts ist indessen vor allem, wie der EuGH im Zuge seiner Rechtsprechung ein System eines (gegen die Gemeinschaften gerichteten) Grund- und Menschenrechtsschutzes aufbaute, wobei er sich bei der Herausbildung EG-eigener Grundrechtsstandards einerseits an der EMRK und andererseits an den Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten orientierte.<sup>18</sup>
- *Transformation nationaler Rechtsordnungen*: Eine historisch wohl einmalige Entwicklung fand schließlich im Gefolge des Falls der Berliner Mauer statt, als in einer ganzen Reihe von Staaten, die vorher unter sowjetischer Herrschaft standen, durch die Anziehungskraft europäischer Organisationen politische und staatsrechtliche Transformationsprozesse in großem Stil in die Wege geleitet wurden.<sup>19</sup> Europäische Organisationen wie der Europarat<sup>20</sup> oder die Europäische Union stehen grundsätzlich allen (europäischen) Staaten offen, wenn sie gewisse materielle Legitimationskriterien (wie Schutz von Menschenrechten, Rechtsstaatlichkeit, Demokratie und Minderheiten) erfüllen.<sup>21</sup> Begleitet und innerstaatlich gestützt durch neue Verfassungssys-

16 Vgl. Art. 38 Abs. 1 lit. c des Statuts des Internationalen Gerichtshofs von 1945.

17 So zum Beispiel in Bezug auf die Außenhaftung der EU (Art. 288 EGV).

18 Art. 6 Abs. 2 EUV.

19 Vgl. *Jacobs, F. G.*: *The Sovereignty of Law – The European Way*, Cambridge, 2007, 122 ff.

20 Vgl. Art. 3 des Statuts des Europarates von 1949: „Jedes Mitglied des Europarates erkennt den Grundsatz der Vorherrschaft des Rechts und den Grundsatz an, daß jeder, der seiner Hoheitsgewalt unterliegt, der Menschenrechte und Grundfreiheiten teilhaftig werden soll.“

21 Vgl. Art. 49 i. V. m. Art. 6 EUV.

teme und Verfassungsgerichtsbarkeit erlebten diese früheren Satellitenstaaten vor allem mit ihrem Beitritt zur Europäischen Union (2004, 2007) einen echten, tief greifenden Wandel, ja eine Revolution ihrer Strukturen und Identität.

Zum ersten Mal in der internationalen Geschichte des *institution building* entstand also in Europa ein komplexes, zwar nicht staatliches, aber zwischen- und überstaatliches Gebilde, das nicht mehr auf militärischer Macht oder diplomatischen Verhandlungen gründete, sondern auf dem *rule of law*. Krieg und Totalitarismus, wie sie im 20. Jahrhundert die meisten Staaten Europas beherrschten, wurden durch neuartige, die Staaten durchdringende und übergreifende Organisationen und effektive, durchsetzbare Rechtsregime ersetzt. Der Gedanke des *rule of law*, wie er etwa im Statut des Europarates niedergelegt ist,<sup>22</sup> hatte eine präzedenzlose, spektakuläre Verwirklichungsform gefunden. Dazu gehörte, dass sich Europa von dem über Jahrhunderte herrschenden Westfälischen System gelöst hatte und zu einer in vielfacher Hinsicht der modernen innerstaatlichen Ordnung vergleichbaren Wertegemeinschaft herangewachsen war.<sup>23</sup> In diesem neuen Typus internationaler Ordnungsstrukturen hat neben Politik, Diplomatie und Strategie nun auch die Justiz einen wichtigen Platz gefunden.

### III. Kultur als Basis

Wir versuchen nun, einzelne Grundlagen des neuartigen (gegebenen und werdenden) Rechtsphänomens „Europa“ zu erfassen. Dabei beginnen wir bewusst mit der Kultur, soll doch *Jean Monnet*, der „Erfinder“ der funktionalen Integrationsmethode, selbst gesagt haben, er würde, könnte er den Einigungsprozess Europas erneut einleiten, mit der Kultur beginnen.

Kultur ist ein vielgestaltiges, diffuses Phänomen. Ein Jurist würde den Begriff wohl zunächst anhand von Kategorien des gegebenen Rechts (Kulturauftrag des Staates, Kunstförderung usw.) näher definieren. Wir wollen hier von der Kultur als öffentlich-schöpferischer Kraft ausgehen; denn durch Kreativität hat sich Europa, wie *Philip Allott* hervorhob, in der Geschichte besonders hervorgetan.<sup>24</sup> So hatte der Historiker *Jacob Burckhardt* die Kultur, die er neben dem Staat und der Religion als eine der drei großen „Potenzen“ der Weltgeschichte betrachtete,

22 Vgl. oben FN 20.

23 Vgl. *Ferry, J.-M.*: Europe: La Voie Kantienne, Paris, 2005.

24 *Allott, P.*: Internalising an Idea of Europe, Istituto Regionale di Ricerca della Lombardia, Milan, 2007.

als die ganze Summe der Kräfte und Entwicklungen des Geistes bezeichnet, die spontan geschehen, eine Welt des Beweglichen und Freien; an der Spitze aller Kulturen stehe „ein geistiges Wunder“: die Sprachen. Auch trage die Kultur dazu bei, dem Menschen seine Beziehungen zu Mitmenschen, Umwelt und Geschichte bewusst zu machen.<sup>25</sup> Der britische Soziologe *Matthew Arnold* erblickte in der Kultur interessanterweise nicht ein Erbe, das es zu bewahren gilt, sondern vor allem ein Potenzial der Erneuerung der gegebenen Verhältnisse.<sup>26</sup> Aus dem Blickwinkel einer geistig-gesellschaftlichen Kulturidee seien drei Aspekte hervorgehoben, die Europa auch als Rechtsgemeinschaft sein unverwechselbares Gesicht verleihen: Vielfalt der Sprachen, Hort der Wissenschaften und – aktuell angesichts der Frage eines allfälligen zukünftigen EU-Beitritts der Türkei – sein Verhältnis zur Religion.

### 1. Sprachliche Vielfalt

Die Europäische Union umfasst 27 Mitgliedstaaten und hat 23 Amtssprachen. Zieht man den Kreis weiter und erfasst auch die 46 Länder des Europarates, sind es viele mehr. Die Vielsprachigkeit ist natürlich kein Spezifikum Europas. Die meisten Länder der Welt sind vielsprachig: In Malaysia etwa gibt es mehr als zehn oder in Nigeria 434 Sprachen, um nur diese zwei Beispiele zu nennen. Dennoch gehört die Vielsprachigkeit vielleicht zu den besonders typischen Eigenarten der europäischen Kultur und insbesondere auch Rechtskultur. „Europa ist“ – so *Péter Esterházy* – „die Heimat der Vielen.“<sup>27</sup> Vielsprachigkeit wird als Reichtum geschätzt, Andersartigkeit als ein Ansporn zur Anerkennung des Anderen und zum Dialog mit dem Anderen, zum Bewusstwerden des Eigenen und zur Kreativität. Sollte nicht – wie der schweizerische Schriftsteller *Iso Camartin* angeregt hat – jeder Europäer ein schlechtes Gewissen haben, wenn er einen

25 *Burckhardt, J.*: Weltgeschichtliche Betrachtungen (1870/71), Stuttgart, 1978, 57 ff.

26 „*The whole scope of this essay is to recommend culture as the great help of our present difficulties; culture being a pursuit out of our total perfection by means of getting to know, on all the matters, which most concern us, the best which has been thought and said in the world, and through this knowledge, turning a stream of fresh and free thought upon our stock of notions and habits, which we now follow staunchly but mechanically, vainly imagining that there is a virtue in following them steadily which makes up for the mischief of following them mechanically*“ (*Arnold, M.*: Culture and Anarchy (1869), Cambridge, 1971, 5). *Arnold* fasst Kultur auf als „*an active principle of engagement*“ und „*principle of action*“ (XV) und „*a culture and reflective process: Not having and resting, but growing and becoming*“ (XVII).

27 Eröffnungsrede des Lucerne Festival vom 10.08.2007. Abrufbar auf <http://www.lucernefestival.ch/platform/content/element/5293/Esterhazy%20Rede%20DE.pdf>.

anderssprachigen Europäer nicht versteht? Sollten nicht eigentlich – so *György Konrád* – die Behörden dafür sorgen, dass Europäer auch die Sprache ihrer Nachbarn lernen und junge Gastlehrer über den ganzen Kontinent ausgesandt werden? Sollte es nicht im Kulturleben, aber auch in Gesellschaft und Wirtschaft zur Selbstverständlichkeit werden, dass Europäer mehrsprachig kommunizieren? „Wer andere Sprachen lernt“, meint *Otfried Höffe* und nennt damit einen wichtigen Gerechtigkeitsgesichtspunkt, „achtet andere Kulturen als so weit gleichberechtigt, dass er sie einer sprachlichen Kenntnis wert hält.“<sup>28</sup>

Die Vielsprachigkeit in Europa findet in völkerrechtlichen Abkommen expliziten Schutz.<sup>29</sup> Sie hat aber auch in den Regelungen europäischer Organisationen zu den Amtssprachen ihren Niederschlag gefunden, so dass in ihrem Rahmen eine Vielzahl von Formen und Foren der mehrsprachigen Kommunikation gedeihen kann. Aber auch indirekt – etwa in transnationalen Regionen wie dem Tirol – haben sich zwar nicht im Rahmen, aber gewissermaßen im Schatten internationaler Organisationen Zonen der Vielsprachigkeit und des Sprachenfriedens, ja des bewussten multikulturellen Zusammenlebens zu entfalten vermocht.<sup>30</sup> Viele weitere Foren zur Darstellung und Aktualisierung des sprachlich-kulturellen Pluralismus (Museen, Universitätsinstitute usw.) ließen sich erwähnen. Doch sind mit dem Schutz, ja überhaupt der Etablierung von Mehrsprachigkeit auch Schwierigkeiten verbunden. *Pierre Pescatore* beschreibt diese Hindernisse eindrücklich:

*„Essayant de caractériser les manifestations observables dans des politiques linguistiques, on est frappé par trois phénomènes. Premièrement, l’ignorance linguistique profonde des populations noyées dans les grands ensembles homogènes, leur autosatisfaction culturelle, le missionarisme culturel de leurs élites et l’intolérance des mêmes à l’égard des minorités. Deuxièmement, dans les zones linguistiques non homogènes, l’application rigoureuse du principe de territorialité, en méconnaissance des phénomènes naturels de bilinguisme et de plurilinguisme. Toutes ces incompréhensions sont à l’origine de conflits linguistiques, ouverts et latents, qui subsistent de toutes parts, même en Europe. Ces conflits, et c’est un troisième phénomène typique,*

28 *Höffe, O.*: Europa ist nicht mit der Europäischen Union identisch – Ein Plädoyer für die Fortsetzung einer Erfolgsgeschichte, in: Neue Zürcher Zeitung vom 23. 10. 2006, 23.

29 Vgl. das Rahmenübereinkommen zum Schutz nationaler Minderheiten vom 01. 02. 1995, in Kraft seit 01. 02. 1998 und die Europäische Charta der Regional- oder Minderheitensprachen vom 05. 11. 1992, in Kraft seit 01. 03. 1998.

30 Man gehe etwa durch die Städte und Dörfer Südtirols: Wo sich vor noch nicht langer Zeit deutsch-, italienisch- und romanischsprechende Bürger misstrauisch und feindlich gegenüberstanden, wechseln sie heute fast spielerisch, fast von Satz zu Satz die Sprache der Kommunikation.

*provoquent à leur tour non seulement des réactions défensives de la part des groupes minoritaires, ce qui se comprend, mais encore, sous prétexte de défense, des prétentions qui dépassent largement les capacités des langues mineures, spécialement lorsqu'il s'agit en réalité de dialectes artificiellement promus au rang de langues. La prise en considération de tous ces excès et contre excès permet de formuler quelques revendications de bon sens.*<sup>31</sup>

## 2. Hort der (Rechts-)Wissenschaften

Eine herausragende Rolle bei der Ausgestaltung einer europäischen Identität spielen die Universitäten. In Europa entstanden bereits im 12. Jahrhundert die ersten Universitäten in Bologna und Paris, und in kurzer Folge wurden dann die Universitäten Oxford, Cambridge, Montpellier, Lissabon, Neapel und Salamanca gegründet.<sup>32</sup> Fester Bestandteil dieser ersten Universitäten waren auch berühmte Rechtsfakultäten. Bemerkenswert ist aus unserer heutigen Sicht, dass das Recht seinerzeit primär aus einer universalistischen, experimentellen Perspektive gelehrt wurde. Die zwei Disziplinen des *ius commune* und des kanonischen Rechts standen im Vordergrund. So gehörten zum Personal der Universität Salamanca bei ihrer Gründung zunächst drei Professoren des kanonischen und ein Professor des römischen Rechts.<sup>33</sup> Die Studenten wanderten in fremde Länder: so viele Deutsche nach Bologna, der damals angesehensten Rechtsfakultät. Recht, Rechtswissenschaft und Rechtsausbildung erlangten, unter der Führung Bolognas, einen einheitlichen Charakter. Im Vordergrund stand nicht so sehr das (enzyklopädische) Aneignen von positiv geltendem lokalem Recht mit seinen je verschiedenen Regeln und Rechtsverfahren, sondern die normative Argumentation, was wir heute als *judicial reasoning* (also etwa Methodik der Argumentation oder der Interpretation) bezeichnen würden. Gestützt auf die gemeinsame Sprache des Latein und die Mobilität von Lehrern und Schülern entstand in Europa eine gemeinsame Rechtswissenschaft und – über weite Strecken hinweg – Rechtspraxis, die noch keine Unterteilung in öffentliches und privates Recht und andere Disziplinen kannte.<sup>34</sup> Erst ab dem 16. Jahrhundert und dann mit Wucht

31 *Pescatore, P.*: Sur les dérives linguistiques de l'Union Européenne et quelques moyens d'en sortir, in: Burr, I./Gréciano, G. (Hg.): La construction européenne: aspects linguistiques et juridiques, Baden-Baden, 2003, 205–210, hier 208.

32 *Le Goff, J.*: The Birth of Europe 400–1500, Oxford, 2007, 121 ff.

33 Vgl. ebd., 124: „The *carta magna* created one chair of civil law, three of canon law [...], two of logic, two of grammar, two of physics (medicine), a post for a librarian, to provide the students with the necessary books, one for a master paganist, and one for an apothecary.“

34 Vgl. dazu *Delmas-Marty, M.*: Vers un droit commun, Paris, 1998, 60.

durch die nationalen Kodifikationswerke (beginnend mit dem *Code Napoléon*, 1804) erhielten die Rechtsfakultäten allmählich einen nationalen, mancherorts provinziellen Charakter und drohten oft mangels Internationalität und Intellektualität ihre Anschlussfähigkeit an die großen Fragen der Humanwissenschaften zu verlieren.

Die prägende Kraft von Recht und Rechtslehre auf die europäische Identität kann nicht überschätzt werden. Eine große Herausforderung des europäischen Prozesses wird es heute sein, durch vermehrtes Studium des internationalen und supranationalen Rechts und mit den Methoden der Rechtsvergleichung und der transdisziplinären Arbeit ihren allgemeinen Charakter als Teil einer globalen Rechtskultur zurückzugewinnen.<sup>35</sup> Nicht ohne Grund trägt das Projekt, die Universitätsausbildung in Europa zu vereinheitlichen, den Namen „Bologna“! Kristallisationspunkte dieser Idee mit großer Ausstrahlung sind heute etwa das Hochschulinstitut in Florenz und das Europakolleg in Brügge<sup>36</sup>, dann die vielen in Europa und außerhalb errichteten *Monnet*-Lehrstühle, im Grunde genommen aber auch jeder und jede Lehrende und Lernende, die sich bei aller Anstrengung zur Meisterung des geltenden Rechts auch bemühen, aus den (nationalen) Eingenungen des positiven Rechts auszubrechen und dem Geist des Rechts in seinen großen methodischen Zusammenhängen nachzugehen, so wie dies die bedeutenden Universitäten Europas seinerzeit getan hatten.

*Mireille Delmas-Marty* beschrieb den uns hier interessierenden, für die Ausformung Europas so wichtigen Geist der ersten Rechtsfakultäten mit folgenden Worten:

*„Je ne sais pas s'il faut parler d'idée fondatrice, il s'agit plutôt d'un processus historique qui couvre toute l'Europe – de la Sicile à l'Islande, du Portugal à la Pologne – et court du Moyen Âge aux temps modernes. Pendant cette période, la plupart des universités d'Europe n'enseignent pas le droit local, qui est le droit en vigueur, mais un jus commune à vocation universelle. Il est issu du droit romain et consubstantiel-*

35 Vgl. *Reimann, M.*: From the Law of Nations to Transnational Law: Why We Need a New Basis Course for the International Curriculum, in: *Penn State International Law Review*, 22/3 (2004), 397–415; *ders.*: The End of Comparative Law as an Autonomous Subject, in: *Tulane European & Civil Law Forum*, 11 (1996), 49–72. Für die Entwicklung von mehr Verständnis für das Recht anderer (europäischer) Staaten plädieren auch *Bogdandy, A. v./Cruz Villalón, P./Huber, P. M.* (Hg.): *Handbuch Ius publicum europaeum*, Bd. I und II, Heidelberg, 2007/2008.

36 Die Ursprünge dieser beiden Hochschulinstitute gehen auf den Haager Kongress von 1948 zurück. Sie befassen sich transdisziplinär mit dem Studium und der Lehre europäischer Angelegenheiten, wobei der Akzent in Brügge stark bei der (Rechts-)Ausbildung, derjenige von Florenz im Bereich der Forschung liegt.

*lement lié à l'autre droit commun de la chrétienté, le droit canonique, et cet ensemble romano-canonique est enseigné comme une méthode de raisonnement, une sorte de guide pour l'interprète. Il faut souligner que, par nature, ce jus commune est supranational, alors que le droit appliqué est local, c'est-à-dire infranational. Entre les deux, il n'y a pas de droit national, sauf en Angleterre où va se constituer rapidement un droit anglais autour du common law, ou droit commun du royaume. [Sans doute parce que le processus de réception du droit romain ne fonctionne pas de la même manière en Angleterre: on enseigne le droit romain, mais à titre historique, sans l'intégrer aux méthodes de raisonnement et sans s'y référer en cas de lacune.]*

*Cela dit, sur le continent même, la place du jus commune est évolutive. Au Moyen Âge, elle est considérable en raison du double fondement qui lui est reconnu. D'abord un fondement politique: l'imperium, le caractère impérial de ce droit qui s'incorpore encore au droit positif. Le second fondement est l'auctoritas, l'autorité, qui repose sur la valeur, à la fois technique et morale, du droit romain et du droit canonique. [Cette autorité les place au-dessus des droits locaux et Portalis, l'un des grands rédacteurs du code civil, soulignera ainsi la valeur du droit romain: «C'est à cette époque que nos tribunaux prirent une forme plus régulière et que le terrible pouvoir de juger fut soumis à des principes.» Il utilise à ce propos un langage presque religieux: «La découverte que nos aïeux firent de la Compilation de Justinien fut pour eux une sorte de révélation.» De même, pour condamner ceux qui rejettent le droit romain: ceux qui critiquent «blasphémement ce qu'ils ignorent». Pourtant, progressivement à partir du XIVe siècle, la doctrine française avait contesté le premier fondement, l'imperium, et lancé la formule qui deviendra célèbre: «Le roi de France est empereur en son royaume.»] Au XVIe siècle, les juristes français (dont Du Moulin) refusent au droit romain tout caractère impérial. Mais ils conservent l'inspiration scientifique du jus commune pour des raisons qui restent les mêmes: sa valeur technique et morale. D'où cette formule, reprise par plusieurs auteurs: le jus commune s'applique non ratione imperii sed imperio rationis, c'est-à-dire non pas pour son caractère impérial, mais sous l'empire de la raison.<sup>37</sup>*

### 3. Religiöse Neutralität

Schwierige Fragen wirft die Religion auf. Die gemeinsame christliche Kultur hat, trotz Schismen und Spaltungen, die europäische Identität geprägt wie keine andere Kraft. Denkmäler der Architektur, der bildenden Künste oder der Musik zeugen auf Schritt und Tritt von Europas christlichem Erbe. Europa sei – so

37 Delmas-Marty, M., a. a. O., 60.

schrieb *Joseph Weiler* – wesensgemäß christlich.<sup>38</sup> Doch stimmt dieser Befund wirklich? Ist es nicht so, dass immer mehr Europäer keiner oder bloß *pro forma* einer Kirche angehören oder Mitglied einer nichtchristlichen Glaubensgemeinschaft sind? Stehen wir in Europa, zumindest in einigen Ländern, nicht an der Schwelle zu einer post-christlichen Gesellschaft, während außerhalb Europas und auch unter der Migrantenbevölkerung die Religion und der religiöse Eifer eine Renaissance zu erleben scheinen? Doch nicht die faktische, sondern die normative Frage steht hier im Zentrum. Definiert sich – das ist unser Anliegen – Europa als Wertegemeinschaft<sup>39</sup> über das Christentum? In welchem rechtlichen Rahmen?

Europa hat sich, sprachlich-kulturell, nie als Schmelztiegel verstanden, dies im Unterschied etwa zu den Vereinigten Staaten und den meisten Staaten Lateinamerikas. Europa ist vielfältig und will die Differenz. Es erachtet, wie dargelegt, Diversität als Reichtum. Gilt dies auch für die Religion?<sup>40</sup> Der Kontinent wurde schließlich im Laufe der Jahrhunderte auch gespalten und verwüstet durch Glaubenskriege, die als Ausdruck von Hass und Grausamkeit verheerende Wirkungen hatten. Die Problematik der Rolle der Religion in der modernen Rechtsordnung spitzt sich zurzeit zu im Zusammenhang mit der Türkenfrage,<sup>41</sup> d. h. mit der Zuwanderung und gesellschaftlich-rechtlichen Integration nichtchristlicher Ausländer im großen Stil, und der Frage, ob die zwar rechtlich säkularisierte, aber traditionell islamische Türkei in die Europäische Union gehört.

*Zum Sachverhalt:* Es leben zurzeit 3,85 Millionen Türken in Europa, allein in Deutschland etwa 3,2 Millionen. Sie sind meist Muslime, wie viele andere Migranten auch. Wichtiger: Die Türkei, seit 1964 mit der Europäischen Gemeinschaft assoziiert, wurde 1999 von den Staats- und Regierungschefs der Europäischen Union in Helsinki zum möglichen Beitrittsland erklärt, das auf der Grundlage derselben Kriterien, die auch für die übrigen beitragswilligen Länder gelten, Mitglied der Union werden soll.<sup>42</sup> Die Türkei hat durch die Verfassungsänderung

38 *Weiler, J. H. H.*: Ein christliches Europa – Erkundungsgänge, Salzburg, 2004.

39 Vgl. *Kirchhof, P.*: Der Staat – Eine Erneuerungsaufgabe, Freiburg/Br., 2005, 93 ff.

40 *Pascal, B.*: Pensées, Paris, 2004, 168.

41 Vgl. *Biegala, E.*: Faut-il intégrer la Turquie? Paris, 2005; *Adler, A.*: Rendez-vous avec l'Islam, Paris, 2005.

42 Jedes Land, das einen Antrag auf Mitgliedschaft stellt, hat die in Art. 49 EUV festgelegten Bedingungen einzuhalten und die in Art. 6 Abs. 1 EUV genannten Grundsätze zu achten. Im Jahr 1993 hat der Europäische Rat auf seiner Tagung in Kopenhagen Beitrittskriterien festgelegt, die 1995 vom Europäischen Rat in Madrid bestätigt wurden. Dazu gehören: institutionelle Stabilität als Garantie für demokratische

vom Oktober 2001 und den nachfolgenden drei Paketen zur Anpassung des Gesetzestextes im Hinblick auf die Entscheidung des Europäischen Rates über eine Aufnahme der Beitrittsverhandlungen Vorleistungen erbracht, die noch vor kurzem als unmöglich gegolten hätten: Abschaffung der Todesstrafe, der Sicherheitsgerichte, umfassende Strafrechtsreformen unter Einschluss des Folterverbots, Zurückdrängung der Rolle des Militärs und der Sicherheitsdienste, Ermöglichung kurdischer Rundfunk- und Fernsehsendungen sowie kurdischen Unterrichts an privaten Lehranstalten. Aufgrund allein der Kopenhagener Kriterien, welche die Grundbekenntnisse der europäischen Integration beinhalten und für das Aufnahmeverfahren maßgebend sind, müsste der Beitritt der Türkei, falls diese die eingeleitenden Maßnahmen glaubhaft umsetzt, an sich begrüßt und das Verfahren mit allen Mitteln vorangetrieben werden.<sup>43</sup>

Europa wird nicht nach irgendwelchen territorialen Grenzen, sondern nach Maßgabe der Reichweite seiner Ideen definiert. Nehmen wir die europäische Integration als Projekt und Prozess des aufklärerischen, universalistischen Gedankenguts und der Erhaltung des Friedens, dürfte man gegen Migration und türkische Mitgliedschaft in der EU nicht opponieren. *Walter Hallstein* hatte denn auch in der Aufnahme der Türkei einen Höhepunkt in der Entwicklung der Europäischen Union erblickt. „Die Türkei gehört“, meinte er, „zu Europa. Eines Tages sollte dieser Schritt vollzogen werden. Die Türkei soll vollberechtigtes Mitglied der Gemeinschaft sein.“<sup>44</sup> Andererseits wird geltend gemacht, die eigenen Errungenschaften Europas seien zu kostbar, verstünden sich in keiner Hinsicht von selbst und dürften um nichts in der Welt verspielt und Europa nicht „kaputtgedehnt“ werden.<sup>45</sup> Gerade um dessen besondere Identität zu erhalten, dürfe es nicht überlastet werden.<sup>46</sup> Was türkische (und nicht-türkische) Zuwanderer aus außereuropäischen Kulturkreisen betrifft, scheinen sich die in europäischen Ländern ent-

und rechtsstaatliche Ordnung, Wahrung der Menschenrechte sowie Achtung und Schutz von Minderheiten.

43 *Orhan Pamuk* sagte in seiner Dankesrede, die er anlässlich der Zuerkennung des Friedenspreises des Deutschen Buchhandels hielt, dass es hier um eine Alternative zwischen Frieden und Nationalismus gehe, und *Ralf Dahrendorf* meinte, Offenheit der EU heiße auch Einbeziehung der Türkei.

44 Zitiert nach *Fischer, J.*: Die Rückkehr der Geschichte. Die Welt nach dem 11. September und die Erneuerung des Westens, Köln, 2005, 189 ff.

45 *Muschg, A.*: Was ist europäisch? Reden für einen gastlichen Erdteil, München, 2005, 76.

46 Das EU-Parlament kritisierte den mangelnden Reformwillen, die ungelöste Zypernfrage, die konstante Weigerung, den Genozid an den Armeniern einzugestehen und verlangte die Abschaffung von Art. 301 des türkischen Strafgesetzbuches („Verunglimpfung des Türkentums“). Auch wird argumentiert, die Union sei noch zu schwach, um – vor allem in Krisensituationen – dem Druck eines 50-Millionen-Landes standzuhalten (Neue Luzerner Zeitung vom 28. 09. 2006, 11).

wickelten Rechts- und Gesellschaftsmodelle zwischen dem Gebot pluralistischer Toleranz (z.B. Großbritannien) und demjenigen der umfassenden Integration der Zuwanderer in die Rechtsordnungen der Gastländer (z.B. Frankreich) zu bewegen.

Die Lehre aus den europäischen Erfahrungen ist, dass es gerade zur Erhaltung des religiösen Friedens und als Gebot der Gerechtigkeit wichtig ist, am säkularen Charakter des öffentlichen Raumes in Europa festzuhalten. Ein Mittel zur Sicherung der Säkularität öffentlicher Institutionen ist die Religionsfreiheit (Freiheit des Glaubens und Bekenntnisses). Staat und überstaatliche Institutionen sollten den Menschen Freiheit zur Religion, aber auch von der Religion garantieren. Die Religionsfreiheit ist die älteste der klassischen Freiheiten. Sie ruft nach Säkularität des Staates, die zwei Formen annehmen kann: diejenige der strikten Separation wie in Frankreich<sup>47</sup> oder diejenige der religiösen Neutralität wie in Deutschland, der Schweiz und anderen Staaten.<sup>48</sup> Die Laizität ignoriert den religiösen Faktor im öffentlichen Raum, die Neutralität lässt ihn zu, wahrt aber Distanz. Wie immer: Der säkulare Charakter der öffentlichen Institutionen ist der beste Garant dafür, Pluralität der Kulturen sowie öffentlichen Frieden und Toleranz zusammenzubringen und in Europa zu demonstrieren, wie abwegig *Huntingtons* Formel von einem „*Clash of Civilisation*“ ist. *Jacques Delors* hielt zu Recht fest:

*„Bien sûr, l'Europe, c'est en partie le christianisme, mais c'est aussi le libre examen, l'agnosticisme ou l'athéisme. Et j'ajouterais, n'en déplaise à certains: désormais l'Europe, c'est aussi un peu l'Islam. En réalité, le pluralisme s'impose car la première des caractéristiques de l'Europe, c'est son extraordinaire diversité. C'est une identité multiple qui ne naît qu'en liaison avec d'autres identités. Diversité qui est loin de s'affaiblir aujourd'hui comme le craignent certains.“*<sup>49</sup>

#### IV. Föderalismus

Europa ist ein föderalistisches Gebilde, das Vielfalt mit Einheit verbindet. Was ist gemeint? Das föderalistische Denken in Europa war seit jeher beherrscht von

47 Art. 1 der französischen Verfassung von 1958 lautet: „Frankreich ist eine unteilbare, laizistische, demokratische und soziale Republik. Sie gewährleistet die Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetz ohne Unterschied der Herkunft, Rasse oder Religion. Sie achtet jeden Glauben.“

48 Näheres bei *Böckenförde, E.-W.*: Der säkularisierte Staat – Sein Charakter, seine Rechtfertigung und seine Probleme im 21. Jahrhundert, München, 2006, insbes. 15 ff.

49 *Notre Europe/Delors, J.*: L'Europe tragique et magnifique – Les grands enjeux européens, Paris, 2006, 121.

zwei Idealen: Geborgenheit der Menschen in der überblickbaren und erlebbaren, eigenen (demokratischen) Gemeinschaft einerseits und (liberaler) Schutz des Einzelnen gegen Übergriffe dieser Gemeinschaft andererseits. Lässt sich dieses Spannungsverhältnis, um auf die griechische Ideenwelt als Ursprung des europäischen politischen Denkens zurückzugreifen, vielleicht veranschaulichen mit der Grabrede des Perikles, in der *Thukydides* das Loblied der starken, sich selbst bewussten und sich weitgehend selbstgenügenden Gemeinschaft freier Bürger singt,<sup>50</sup> und *Platons* Höhlengleichnis, wonach die Menschen, einmal befreit von der Schattenwelt (behütetes Gemeinwesen), in die sie eingekettet sind, das Licht der Wahrheit (Freiheit im weiteren Sinne) erfassen?<sup>51</sup> Föderalismus bedeutet eben eine Balance von (politischer) Freiheit durch Einbindung in den kleinen Kreis und Distanzierung vom Partikularismus durch übergreifende Freiheit und Gleichheit (Entbindung).

Zum (organisatorischen) Kern der europäischen Konstruktion gehört nun also der Föderalismus mit diesen zwei „Seelen“. Dogmatisch gesehen beinhaltet jede föderalistische Ordnung eine Verbindung von verschiedenen politischen Gemeinwesen im Rahmen eines übergeordneten Gebildes, so dass – in der Regel unter der Kontrolle eines richterlichen Systems – Selbstbestimmung der konstituierenden Einheiten und Mitbestimmung auf der übergreifenden Ebene in einer Weise garantiert werden, dass die Menschen unmittelbar Bürger beider Ordnungen sind.<sup>52</sup> Als Grundlage für die rechtlich-politische Konstruktion bedarf es aber, soll das Gebilde erfolgreich wirken, auch eines „*esprit fédéraliste*“, nämlich eines vertrauensvollen Zusammenlebens der Menschen („*vivre ensemble*“) und des Zusammenwirkens von Behörden verschiedener Stufen und Teile des institutionellen Gebildes unter sich (Bundestreue, Gemeinschaftstreue).<sup>53</sup> Wichtig ist in unserem Zusammenhang zu erkennen, dass sich in Europa ein föderalistisches Gebilde als Idee und Prinzip entwickelt hat, das weiter reicht als die bisherigen, klassischen Erscheinungsformen wie Konföderation oder Föderation.

50 „Wir leben nämlich unter einer Verfassung, die nicht die Einrichtungen anderer nachäfft; vielmehr dienen wir selber eher als Vorbild als dass wir andere nachahmen sollten“ (*Thukydides*: Der Peloponnesische Krieg, 2, 34–46).

51 *Platon*: *Politeia*, VII, 517 b1–7.

52 Vgl. zur Begriffsfassung *Watts, R. L.*: *Comparing Federal Systems*, 2. Aufl., Montreal u. a., 1999, 6 ff.; *Simeon, R.*: *Managing Conflicts of Diversity*, Paper submitted to the 4<sup>th</sup> International Conference on Federalism, organised by the Forum of Federations, New Delhi, November 2007; *Saunders, C.*: *Federalism and European Integration*, Ms., Cambridge, 2007.

53 Zur Zeit sind diese Grundsätze für die Schweiz in Art. 34 BV, für die EU in Art. 10 EGV rechtlich verankert.

Noch anlässlich der Haager Konferenz von 1948 und dann wieder beim gescheiterten Projekt einer Europäischen Verteidigungsgemeinschaft und Europäischen Politischen Gemeinschaft (1952/53) hatten Staatsmänner das Ziel verfolgt, sich von völkerrechtlichen Organisationsformen der Konföderation von Staaten abzuwenden und einen Europäischen Bundesstaat nach dem staatsrechtlichen Modell der Vereinigten Staaten oder der Schweiz zu kreieren. In der Folge – und vor allem mit dem Scheitern des Verfassungsvertrages im Jahr 2005 – hat sich aber gezeigt, dass das föderalistische Prinzip in Europa neuartige Formen angenommen hat respektive annehmen muss. Im Feld zwischen Bundesstaat und Staatenbund haben sich nun neuartige Felder der föderativen Gestaltung eröffnet (*tertium datur?*).

Föderalismus ist Struktur und Prozess, und es ist zu hoffen, dass Föderalismus „à l'Européenne“ sich mehr und mehr fortbewegt von einem „intergouvernemental-funktionalen“ zu einem am Willen der Bürger orientierten politischen Gebilde. Im föderalistischen Prinzip findet sich auch der Gerechtigkeitsgedanke verkörpert, soll er doch so vielen Menschen wie möglich die Chance eröffnen, ihren Daseinsraum nach Maßgabe ihrer eigenen Wertvorstellungen zu gestalten.

## V. Transnationaler Raum des Rechts: Menschenrechte und Demokratie

Recht besteht nicht nur aus einer Summe von Instrumenten zur sozialen Gestaltung, sondern auch aus Idealen, einem Telos, einem Ethos. Ein zentrales Referenzsystem der Rechtsordnungen Europas sind die Menschenrechte. Sie sind Symbol für das Europa der Ideale, so wie der Euro Europa als Markt symbolisiert. Es handelt sich hier um den universalistischen Kern des europäischen Rechts. Es wird zurückgegriffen auf die Amerikanische Revolution (*Virginia Bill of Rights* von 1776) und die Französische Revolution (Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte von 1789). Während diese Erklärungen noch einen naturrechtlichen Charakter hatten, wurden die Menschenrechte in Europa zum Bestandteil des Rechts und durch besondere rechtliche Institutionen geschützt. Es gehört vielleicht zu den besonderen Eigenheiten des europäischen Rechts, dass hier ein Recht „*sans Etats*“ geschaffen<sup>54</sup> und selbst die (vormals souveränen) Staaten dem neuen Rechtssystem, in dessen Zentrum der Mensch steht, unterworfen

54 *Cohen-Tanugi, L.*: Le droit sans l'Etat – Sur la démocratie en France et en Amérique, Paris, 1994; *Laidi, Z.*: La norme sans la force. L'énigme de la puissance européenne, Paris, 2005.

wurden.<sup>55</sup> Materiell fanden die Menschenrechte im europäischen Recht ihre erste Konsolidierung in der Europäischen Menschenrechtskonvention von 1950 und, im Rahmen der Europäischen Union, in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes, deren Kern schließlich in Art. 6 des Vertrages über die Europäische Union verankert wurde und eine Fortentwicklung in der (noch nicht rechtskräftigen) Europäischen Grundrechte-Charta<sup>56</sup> fand.

Am Beispiel der Menschenrechte zeigt sich auch plastisch die neuartige, spezifische Ausgestaltung des europäischen Rechtsraumes. Die beiden bereits genannten europäischen Gerichte (EGMR, EuGH) und die staatlichen Gerichte – vor allem die nunmehr in fast allen europäischen Staaten bestehenden Verfassungsgerichte – stehen in einem ständigen Dialog. Sie teilen sich in ihre Aufgaben und weisen einen transnationalen Charakter auf.<sup>57</sup> Diese Instanzen bilden zusammen ein Ensemble und Laboratorium des Menschenrechtsschutzes von einzigartiger Gestalt.<sup>58</sup> Dies eröffnet auch Perspektiven über den europäischen Raum hinaus, wie *Mireille Delmas-Marty* beobachtet hat:

*„Enfin, l'image du «laboratoire» renvoie aussi à la façon dont on peut utiliser les résultats de cette expérimentation. Si l'Europe démontre, ce qui n'est pas encore fait, qu'il est possible de construire un ordre juridique pluraliste, un pluralisme ordonné, elle pourra contribuer à l'élaboration d'un droit commun à vocation planétaire. Autant par ses échecs que par ses succès, le droit commun européen pourrait baliser le chemin pour un droit commun à l'échelle de la planète.“<sup>59</sup>*

Zu Recht kritisiert indessen *Joseph Weiler*, dass der moderne Menschenrechtsschutz in Europa zu einseitig auf die Verteidigung der Rechte der Menschen gegen die Staatsmacht ausgerichtet und nur unzureichend auf den Aktivbürger

55 *Quermonne, J.-L.*: L'Europe en quête de légitimité, Paris, 2001, 8.

56 Die Europäische Grundrechte-Charta, die von einem besonders zu diesem Zweck einberufenen Konvent erarbeitet wurde, fand im Jahr 2000 die Zustimmung der Staats- und Regierungschefs am Gipfel von Nizza, doch wurde sie nicht in den Vertrag von Nizza integriert. Sie wurde in der Folge aber als integralen Bestandteil in die Texte des Verfassungsvertrages und des Reformvertrages aufgenommen. Vgl. zum Ganzen etwa *Schwarze, J.*: Die Entwicklung einer europäischen Grundrechtearchitektur – Symposium aus Anlass des 80. Geburtstags von Ulrich Everling, Freiburg/Br., 2005; *ders.* (Hg.): Europäische Verfassung und Grundrechtscharta, Baden-Baden, 2006. Zum Ganzen siehe auch *Peters, A.*: Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, Berlin, 2001.

57 Vgl. *Ost, F./Kerchove, M. van de*: De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, Bruxelles, 2002, 183 ff.

58 Vgl. hierzu etwa *Pernice, I./Kokott, J./Saunders, C.* (Hg.): The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective, Baden-Baden, 2006.

59 *Delmas-Marty, M.*: Vers un droit commun de l'humanité, Neuauflage, Paris, 2005, 59.

und seine politischen Rechte zugeschnitten sei und in Europa gerade in dieser Hinsicht Handlungsbedarf bestünde:

„[Es] werden die Menschenrechte zu einem Ersatz der politischen Rechte, eine Ware, die man dem Individuum verkauft, damit es sich wichtig und geschützt fühlt – aber geschützt gegen wen? Gegen eben die politische Autorität, in deren Entscheidungsprozessen seine Rolle so minimiert ist. Welche Würde hat eine Person, wie sehr sie auch von Kopf bis Fuß geschützt sein mag, wenn sie nicht die Entscheidungen und normativen Prozesse kontrolliert, die für ihr Leben bestimmt sind! Sokrates nannte dies ‚Aristokratie mit Zustimmung der Masse‘; wir nennen es konsumistische Mentalität, auf die politische Arena übertragen.“<sup>60</sup>

Ähnlich beobachtete der französische Politologe *Renaud Dehousse*:

„*En forçant un peu le trait, on pourrait dire qu'à l'instar des sociétés bourgeoises du siècle passé, qui auraient combattu l'arbitraire en ignorant aussi bien les femmes que les pauvres, la société européenne doit maintenant parfaire sa révolution constitutionnelle par une révolution démocratique. Cela demande un saut qualitatif: une Europe basée non plus sur la défense des droits subjectifs, mais sur la possibilité pour les citoyens de peser sur les décisions qui sont prises au niveau européen. Dans cette optique, l'apport d'une Charte des droits fondamentaux, par exemple, ne peut être que limité. A quoi bon proclamer en grande pompe des nouveaux droits qui, dans le meilleur des cas, ne seront effectivement invoqués que par une infime minorité de personnes?*“<sup>61</sup>

*Jean-Louis Quermonne* fordert im gleichen Sinne lakonisch:

„[...] *la légitimité politique de l'Union dans les années à venir sera démocratique ou ne sera pas.*“<sup>62</sup>

Insgesamt vielleicht ebenso wichtig wie der gerichtsformige Menschenrechtsschutz ist eine informelle praktische Menschenrechtspolitik.<sup>63</sup> Aus dieser Sicht ist bedeutsam, dass am 15. Februar 2007 in Wien eine europäische Menschenrechtsagentur geschaffen wurde mit dem Auftrag, menschenrechtlich relevante Informationen und Daten zu sammeln und aufzubereiten, um damit die Institutionen und Mitgliedstaaten der EU in ihren politischen und rechtlichen Entschei-

60 *Weiler, J.H.H.*, a. a. O., 144 f.

61 *Dehousse, R.*: *La fin de l'Europe*, Paris, 2005, 71.

62 *Quermonne, J.-L.*, a. a. O., 26.

63 Gedacht ist in diesem Zusammenhang an die Arbeiten der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz oder die Antifolterkommission, um nur zwei Beispiele aus dem Europarat zu nennen. Vgl. hierzu etwa *Thürer, D.*: *L'Europe, une expérience – l'ECRI, une illustration*, in: *Bovay, B./Nguyen, M. S.* (Hg.): *Mélanges en l'honneur de Pierre Moor: théorie du droit, droit administratif, organisation du territoire*, Bern, 2005, 543–551.

dungen zu unterstützen. Ziel ist eine Verbesserung der Kohärenz und Konsistenz der EU-Menschenrechtspolitik.

## VI. Paradox Schweiz

Wir haben uns mit Legitimationsprinzipien der öffentlichen Ordnung in einiger Abstraktheit befasst. Ist es nun nicht sinnvoll, unsere Suche nach Erfahrung und Experiment fortzusetzen, indem wir uns in Europa einem Land zuwenden, das allein schon kraft seines konkreten, historisch gewachsenen Daseins die Themen mit ihren Licht- und Schattenseiten beleuchtet: dem paradoxen Fall der Schweiz. *Montesquieu* fragte sich, was der „*esprit général*“ einer Nation sei. „*Plusieurs choses gouvernent les hommes*“, fand er, „*le climat, les religions, les lois, les maximes du gouvernement, les exemples des choses passées, les mœurs, les manières d’où se forme un esprit général qui en résulte.*“<sup>64</sup> Was macht den „*esprit général*“ eines Landes wie der Schweiz aus?

Die Schweiz hat sich, um ihre aktuelle Gestalt anzudeuten, 1999 eine neue Verfassung gegeben und besitzt somit unter den europäischen Staaten wohl das jüngste Grundgesetz. Sie verstand ihre Verfassungsreform als eine „Nachführung“, also im Wesentlichen als Bereinigung und Systematisierung des geltenden Rechtszustandes, ähnlich wie auch der in Laeken ins Leben gerufene „Konvent zur Zukunft der Europäischen Union“ das Ziel einer Bestandesaufnahme und Ordnung des Bestehenden verfolgte. Auch war die Schweiz in jüngster Zeit bestrebt, mit Hilfe einer unabhängigen, international zusammengesetzten Expertenkommission ihre Geschichte im Zweiten Weltkrieg aufzuarbeiten, so wie auch Frankreich und andere Staaten sich offiziell mit dem Gedächtnis der jüngsten Geschichte befassten. In der Bundesverfassung fehlt – im Gegensatz zu einigen Kantonsverfassungen<sup>65</sup> – eine Bezugnahme auf Europa, und auch der Prozess der Aufarbeitung ihrer neusten Geschichte stand – so verdienstvoll viele Erkenntnisse und auch das Gesamtergebnis waren<sup>66</sup> – vielleicht zu stark im nationalen Lichte der Abrechnung einer jüngeren Historikergeneration mit der Kriegsgeneration.<sup>67</sup>

64 *Montesquieu, C.-L. de: De l’esprit des lois, XIX 4.*

65 Vgl. *Häberle, P., a. a. O., 83 f.*

66 Vgl. Unabhängige Expertenkommission Schweiz – Zweiter Weltkrieg. Die Schweiz, der Nationalsozialismus und der Zweite Weltkrieg – Schlussbericht, Zürich, 2002.

67 Sie erzählen verschiedene Geschichten über die Geschichte und mit den Fakten und Mythen der Geschichtsschreibung machen sie in einem gewissen Sinn auch selber Geschichte. Dies war jedenfalls der

Mit einer aktiven Beteiligung am Prozess der europäischen Integration tut sich die Schweiz schwer.<sup>68</sup> 1992 lehnte sie in einer Volksabstimmung mit einem relativ knappen Volksmehr und einem klaren Ständemehr und bei großer Stimmbeteiligung einen Beitritt zum Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) ab,<sup>69</sup> doch ist sie nun durch ein Netz bilateraler Verträge mit der Europäischen Union verbunden.<sup>70</sup> Erscheint es also angesichts der euroskeptischen Haltung der Schweiz nicht merkwürdig, die Frage aufzuwerfen, ob in der gegenwärtigen Phase des Nachdenkens über den Fortgang des europäischen Projekts ihre Erfahrungen allenfalls lehrreich sein könnten?

Nein. Es sei an eine Zeit erinnert, in der Inspiratoren und Architekten eines neuen Europa gleichsam selbstverständlich auf die Schweiz als Modell und Vorbild verwiesen. Gedacht ist etwa – um nur drei Beispiele zu nennen – an den europäischen Vordenker *Graf Coudenhove-Kalergi*<sup>71</sup> oder an *Tomáš G. Masaryk*, Präsident der Tschechoslowakei (1920–1938), nach dessen Vorstellungen Europa „eine höhere Schweiz“ sein sollte.<sup>72</sup> *Churchill* fand in seiner Zürcher Rede von

Eindruck des Verfassers, des einzigen Nichthistorikers in dieser Kommission. Vgl. hierzu etwa *Thürer, D.*: Kosmopolitisches Staatsrecht – Grundidee Gerechtigkeit, Zürich/Berlin, 2005, 323 ff.

68 In Kreisen des Bundeshauses zirkuliert der Scherz, Gottvater hätte den Präsidenten der Republik Frankreich, der Bundesrepublik Deutschland und der Schweizerischen Eidgenossenschaft ein Interview gegeben. Auf die Frage des französischen und deutschen Präsidenten, wann die Europäische Union zu einem Staat würde, habe Gott geantwortet: „Nicht in Ihrer Amtszeit“. Auf die Frage des schweizerischen Bundespräsidenten, wann die Eidgenossenschaft Mitglied der Europäischen Union würde, lautete die Antwort Gottes: „Nicht in *meiner* Amtszeit.“

69 Der Bundesrat und die beiden Parlamentskammern hatten einem Beitritt zugestimmt, doch in dem (obligatorischen) Referendum vom 6. Dezember 1992 sprachen sich 50,3 % der Abstimmenden gegen und 49,7 % Prozent für eine EWR-Mitgliedschaft aus; die Stimmbeteiligung betrug 78,73 % Prozent. Die anderen EFTA-Länder Island, Liechtenstein und Norwegen sind dem EWR, aber noch nicht der Europäischen Union beigetreten.

70 Vgl. *Kaddous, C./Jametti Greiner, M.* (Hg.): Accords bilatéraux II Suisse–UE, Genève u. a., 2006, mit einem Beitrag von *Ambühl, M.*: Bilaterale Abkommen II – Politische Würdigung, 5–13; *Thürer, D.* u. a. (Hg.): Bilaterale Verträge I & II Schweiz–EU, Zürich, 2007.

71 „Die Schweizer selbst haben ihr Schicksal in die Hand genommen: durch Vernunft und Fleiß können sie auf ein Jahrhundert ungestörten Friedens zurückblicken; das Problem eines einvernehmlichen und gleichberechtigten Zusammenlebens von Menschen verschiedener Zunge. Auf diese Erfindung hat die Schweiz kein Patent. Ganz Europa steht es frei, sie nachzuahmen. Die Schweizer Bundesverfassung ist kein Buch mit sieben Siegeln. Jedermann kann hier die einfachen und vernünftigen Formeln nachlesen, die der Schweiz zu Frieden, Freiheit und Wohlstand geführt haben. Die Formel für die Vereinigten Staaten von Europa braucht nicht erst erfunden zu werden. Neunzig Prozent der Fragen, die in Europa als unlösbar gelten, haben hier vernünftige und praktische Lösungen gefunden. [...] In Wahrheit ist die Schweiz das Gegenbild des nationalistischen Europa. Sie zeigt den anderen Völkern, was Europa sein könnte, wenn es wollte“ (*Coudenhove-Kalergi, R. N. Graf v.*: Eine Idee erobert Europa, München u. a., 1958, 186 f.).

72 Vgl. *Bondy, F.*: Wer Europa sagt... – Essays und Ehrungen von und für François Bondy, herausgegeben von Iso Camartin, München/Wien, 1995, 36.

1946, die (kontinental-)europäischen Staaten sollten sich zusammenschließen zu einer „*kind of United States of Europe*“, und er sagte:

„*Yet all the while there is a remedy which, if it were generally and spontaneously adopted by the great majority of people in many lands, would as if by a miracle transform the whole scene, and would in a few years make all Europe, or the greater part of it, as free and as happy as Switzerland is today.*“<sup>73</sup>

Diese Phase der Vorbildnahme ist, angesichts der schwachen Präsenz der Schweiz in Europa, mittlerweile beinahe in Vergessenheit geraten, tauchte aber gerade etwa unlängst in einer Debatte des Europäischen Parlamentes wieder auf.<sup>74</sup> Dennoch steckt, unabhängig von der gegenwärtigen europapolitischen Stellung des Landes, in den Anspielungen an Parallelen zwischen den geistigen und strukturellen Prinzipien der Binnenintegration der Schweiz und Europas ein wahrer Kern. Dieser soll in einigen Stichworten illustriert werden.

Auffallend ist zunächst das Vokabular der Schweiz, das auch in Europa bei denjenigen unmittelbar Resonanz finden müsste, die über die ideale Form eines Europa als Wertegemeinschaft nachdenken. Begriffe wie „Ethnie“ existieren im politischen Wortschatz des Landes nicht, und „Nation“, „Zivilgesellschaft“, „Verfassungspatriotismus“ (*Dolf Sternberger*) oder „postnationaler Verfassungsstaat“ (*Jürgen Habermas*) haben einen fremden Klang. Die Schweiz ist ein vielsprachiges Land und versteht sich nicht als „Sprachnation“, sondern – wenn man den etwas altmodischen Begriff überhaupt verwenden will – als „politische“ Nation und nicht so sehr als „civil“, sondern als „*civic society*“ von Bürgern, als (Eid-)Genossenschaft, als liberale Demokratie. In der schweizerischen Umgangssprache ist auch der Begriff der „politischen Elite“ noch wenig geläufig. Maßgeblich ist im Selbstverständnis der Schweizerinnen und Schweizer der „politische Wille“, wie er in den vielen Abstimmungen, die laufend auf allen Stufen des Staates stattfinden, zum Ausdruck kommt. Die Schweizer identifizieren sich denn auch mit ihrer Verfassung nicht so sehr im Sinne eines erhabenen, statischen Systems von Grundnormen („höheres Recht“), sondern vielmehr eines Instrumentes und einer Plattform der politischen Gestaltung und Veränderung in den Händen der Behörden und der Bürger. Ein früherer Entwurf für eine neue, total revidierte Bundesverfassung von 1977 scheiterte mitunter daran, dass in

73 Abgedruckt etwa in *Thürer, D./Jennings, C.* (Hg.): *Churchill Commemoration 1996 – Europe Fifty Years on: Constitutional, Economic and Political Aspects*, Zürich, 1997, 155 ff.

74 Plenardebatte des Europäischen Parlaments vom 26. 04. 2007, Beziehungen EU/Schweiz (Aussprache).

ihm der Begriff des schweizerischen „Staates“ („*Etat Suisse*“) verwendet wurde, der denn auch in der geltenden Bundesverfassung von 1999 nicht erscheint.<sup>75</sup>

Die Schweiz ist auch, als einziges Land in Europa, keine parlamentarische oder parlamentarisch-präsidentiale Demokratie, sondern ein vom Bundesrat „kollegial“ gestaltetes und verwaltetes Land. Besonders interessant sind wohl auch aus der europäischen Perspektive ihre föderalistischen Strukturen, die sprachlichen und konfessionellen Minderheiten eine Chance geben, Mehrheiten zu sein, weshalb mit Grund gesagt wurde, die Schweiz bestehe aus lauter Minderheiten, so dass auch der Terminus der Minderheit im schweizerischen Sprachgebrauch kaum aufscheint. Kernelemente der schweizerischen Identität sind sodann ihre direkt-demokratischen Institutionen. Die Schweizer haben – wie der Staatsrechtler *Jean-François Aubert* ausführte<sup>76</sup> – seit der Gründung des Bundesstaates im Jahr 1848 nicht weniger als 550 Mal abgestimmt, davon 330 Mal seit 1970, wobei es zur Gewohnheit der Bürger geworden ist, zu verlieren und Niederlagen hinzunehmen. Zum schweizerischen Selbstverständnis, zu dessen europapolitischen Vordenkern *Dietrich Schindler*<sup>77</sup> zählt, gehört auch die dauernde Neutralität. Das Land will nach außen keine Machtpolitik, sondern – so wird die Neutralität oft legitimiert – eine aktive, an Menschenrechten, Demokratie, sozialer Gerechtigkeit und Erhaltung der Lebensgrundlagen orientierte Friedenspolitik betreiben.<sup>78</sup>

Lässt sich das schweizerische Modell exportieren? Insbesondere in gewissen Teilen auf die Institutionen der Europäischen Union transponieren? Viele Institutionen, die in der Schweiz heranwuchsen, sind gewiss rechtsvergleichend und europapolitisch interessant. So etwa, dass in der Schweiz die Bundesräte vom (zweikammerigen) eidgenössischen Parlament gewählt (nicht wie bei Konföderationen durch die Mitgliedstaaten bestellt) werden, wobei jeder Bundesrat (Kollegial-)Mitglied der Landesregierung und Chef eines Departements ist und das Präsidium von Jahr zu Jahr rotiert. Interessant ist aus europapolitischer Sicht vielleicht auch, dass die Bundesverfassung den Begriff der „Souveränität“ mei-

75 Einige französischsprachige Kantone bezeichnen sich allerdings als „*Canton et République*“.

76 *Aubert, J.-F.*, Interview in: *Tribune de Genève* vom 27.06.2005, 22.

77 Vgl. etwa, um nur beispielsweise einige wenige Schriften herauszugreifen, *Schindler, D.*, in: *Hilf, M.* u. a.: *Europäische Union: Gefahr oder Chance für den Föderalismus in Deutschland, Österreich und der Schweiz?*, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer 53, Berlin, 1994, 70 ff.; *ders.*: *Die EU und das schweizerische Demokratie-Verständnis*, in: *Forstmoser, P.* u. a. (Hg.): *Der Einfluss des europäischen Rechts auf die Schweiz: Festschrift für Professor Roger Zäch*, Zürich, 1999, 791 ff.

78 Vgl. Präambel Abs. 4, Art. 2 Abs. 4 und Art. 54 Abs. 2 der Schweizerischen Bundesverfassung.

det, außer dass die Kantone (!) als „souverän“ bezeichnet werden.<sup>79</sup> Vor allem stechen aber die föderalistischen Verfassungsstrukturen mit ihrer Vielzahl von kleinen Einheiten oder Zellen von beschränkter, überblickbarer Größe ins Auge. Auch ist die Schweiz den europäischen Institutionen in punkto Demokratie voraus. So schrieb der französische Politologe *Renaud Dehousse* mit Bezug auf die Verfassungsentwicklungen in Europa:

*„Les réflexions sur la démocratisation du système européen doivent emprunter une autre voie, incontestablement plus étroite et moins familière. Il faut par exemple explorer les formes de démocratie directe qui pourraient être compatibles avec le logique antimajoritaire du système. L'«initiative citoyenne» prévue pour le projet de constitution, qui permettrait à un million de citoyens «issus d'un nombre significatif d'Etats-membres» d'inviter la Commission à présenter une proposition législative, va dans ce sens. L'expérience suisse montre également que le référendum abrogatif, par lequel les citoyens peuvent décider la suppression d'un texte législatif, n'a rien d'incompatible avec le caractère consensuel de la prise de décision, les plus faibles pouvant utiliser la menace d'un référendum pour inciter les autres à accepter un compromis.“<sup>80</sup>*

Allerdings wäre als direktdemokratisches Institut eher die Volksinitiative als das Referendum von Interesse. So sehr auch zu bedauern ist, dass beim Lissabonner Reformvertrag den Volksabstimmungen in den Mitgliedstaaten nun systematisch aus dem Wege gegangen wird, so gefährlich könnte es m. E. sein, europaweit Referenden etwa über Fragen der Todesstrafe, der Abtreibung oder der Besteuerung durchführen zu wollen. Im gegenwärtigen Zeitpunkt, da der Europäische Verfassungsvertrag gescheitert und das Schicksal des Reformvertrages höchst ungewiss ist, ist es vielleicht auch interessant, sich daran zu erinnern, wie langwierig sich die Schaffung des schweizerischen Bundesstaates ausgestaltet hat. Die (weitgehend nach Maßgabe des amerikanischen Vorbildes und unter starken französischen Einflüssen ausgestaltete) Bundesverfassung von 1848 – das Glanzstück der schweizerischen Geschichte – ist zwar in nur neun Monaten, nämlich vom 15. Februar bis 16. November 1848, ausgearbeitet worden, doch gingen ihr 50-jährige Verfassungskämpfe mit einem 1833 gescheiterten Verfassungsentwurf voraus, und das Land war schon vorher durch die Jahrhunderte hindurch

79 In der Lehre, die dem etwa im monarchischen Deutschland leidenschaftlich ausgefochtenen Streit, ob die Souveränität beim Reich (Kaiser) oder den Ländern liege, stets aus dem Wege ging, wurde gelegentlich von „geteilter“ Souveränität gesprochen. Weitsichtig war es auch von den amerikanischen Verfassungsgründern, dass sie die Souveränität in dem von ihnen geschaffenen Bundesstaat nie „lokalisiert“ hatten.

80 *Dehousse, R.*, a. a. O., 183 f.

allmählich zusammengewachsen.<sup>81</sup> Die Verfassung fiel dann, so ein Autor, wie eine reife Frucht 1848 fast unbemerkt vom Baum. Ein anderer Beobachter schrieb, die Schweizer hätten seinerzeit nach so langen Kämpfen voller Unmut zum neuen Text gegriffen wie ein Patient zum seltsamen, rettenden Medikament, nachdem er lange vergeblich versucht hatte, mit vertrauenswürdigeren Haushaltsmedikamenten seine Schmerzen zu lindern.<sup>82</sup> Ist es denkbar, dass ein (wie auch immer) integriertes Europa eines Tages „einfach da ist“?

Vergessen wir schließlich die Außenpolitik nicht! Auch im Außenprofil springen Parallelen ins Auge. Die Schweiz hat zur Zeit, als sie noch ein Staatenbund war, eine (zugeschnittene) pragmatisch und organisatorisch auf die einzelnen Fälle abgestimmte Erweiterungspolitik betrieben, um den Bestand des Bündnisses und sein sensibles Gleichgewichtsverhältnis nicht zu gefährden.<sup>83</sup> Auch will Europa gegen außen nicht vor allem als „*Europuissance*“ in Erscheinung treten, sondern soll als Wertegemeinschaft eine Vorbildrolle spielen.

Soweit so gut: Die Schweiz ist ein zutiefst europäisches Land. Ein Land voller Widersprüche, deren Söldner an der Bastille in Paris für die Rettung der Monarchie ihr Leben geopfert hatten, das aber auch etwa *Jean-Jacques Rousseau* geprägt hatte und in dem sich einst im Schloss Coppet bei Genf viele große Geister der Aufklärung getroffen hatten, ein Land der vielen „kleinen Kreise“, in denen sich die Menschen wohl fühlen, aber auch von engstirnigen außenpolitischen Entscheidungen. Ein Land der Offenheit, aber auch mit xenophoben, intoleranten Stimmen gegenüber Menschen, die aus anderen Kulturkreisen einwandern. *Denis de Rougemont* schrieb zum Lobe der Kleinstaatlichkeit:

81 Interessant ist, dass bereits 1832 ein viel beachteter Entwurf entstanden ist. Der Jurist *Pelegrino Rossi*, der 1816 Italien (zwangsläufig) verlassen hatte und nach Genf ging, wo er ab 1819 römisches Recht lehrte, war seit 1820 Mitglied des Rates und erarbeitete den unter dem Namen „*Pacte Rossi*“ bekannten Entwurf einer neuen Verfassung aus. Dieser Vorschlag wurde abgelehnt. 1833 wurde der Entwurf Richtung einer föderalistischeren und konservativeren Strömung revidiert. Auch dieser Entwurf fand keine Mehrheit der Kantone.

82 So *William Rappard*, zitiert bei *Thürer, D.*: Perspektive Schweiz, Zürich, 1998, 24 f.

83 Wären die europäischen Organisationen nicht aus dem Schock des Zweiten Weltkrieges entstanden, hätten sie sich vielleicht nach dem Modell von evolutiven, variablen Partnerschaften entwickelt, wie sie etwa zurzeit bei der Regelung des Verhältnisses von Schweiz und Europa in Erscheinung tritt. Diese wären weniger rigide als das Beitrittsmodell der Europäischen Union, das die vollumfängliche Übernahme des *acquis* fordert und ein *tertium* nicht zulässt. Eine solche Zwischenlösung im Sinne eines „zugewandten Ortes“, um die alteidgenössische Assoziationsform zu nennen, könnte aber nicht nur im Falle der Türkei diskutiert werden. Ließen sich allenfalls die Rechtsbeziehungen der Schweiz zur Europäischen Union so ausbauen, dass sie als Modell für einen solchen dritten Weg in Frage kämen?

*„Les petits ruisseaux font les grandes rivières et semblent y trouver leur justification dans l'esprit des adorateurs du grand et du violent. Mais non, les petits ruisseaux ont mieux à faire! Les grandes rivières emportent tout, brutalisant tout sur leur passage. Elles ne créent pas de vie mais réveillent la violence. Les grandes rivières, Rhin, Vistule ou Danube, sont avant tout des lignes de démarcation entre Etats-nations belliqueux. «Frontières naturelles» que le plus fort annule. Séparations des races, par exemple entre Francs et autres Germains. Ou, au contraire, lieu de parenté – comme entre Languedoc et Provence. Les grandes rivières sont des catégories d'état-major.*

*Mais les petits ruisseaux, si l'on veut qu'ils arrosent les territoires qu'ils traversent, il s'agit non de les réunir en une seule masse, mais au contraire, de les diviser en millions et milliards de gouttelettes, et cela s'appelle arroser – qui est une technologie douce et porteuse de vie.“<sup>84</sup>*

## VII. Schlusswort

Was hat das alles mit Gerechtigkeit zu tun? Nach *Montesquieus* Gerechtigkeitsvorstellungen sollte sich die Staatenwelt so gestalten, wie dies der inneren Ordnung der Staaten entspricht. Es war das Ziel der Pioniere der Europaidee und der Gründungsväter des organisierten Europas, die Wirklichkeit dieser Vision ein großes Stück näher zu bringen. Und hierin liegt das Faszinierende, Großzügige des europäischen Integrationsprozesses, ganz unabhängig vom Schicksal des Verfassungs- und Reformprozesses der Europäischen Union. Es ist unhistorisch gedacht und widerspricht den genuinen Verläufen der europäischen Integration, von „Krise“, „Stunde Null“, einem verpassten „*constitutional moment*“ etc. zu sprechen. Europa hat sich sukzessive als Wertegemeinschaft entfaltet und konstituiert, wie sie in Präambeln, Zweck- und Prinzipienbestimmungen, aber auch in Aufnahme- und Ausschlussklauseln der europäischen Verträge ihren Niederschlag gefunden hat. Europa findet seine Gestalt nicht mit einem „*big bang*“, sondern auf Grund von Erfahrungen und Experimenten. Es ist der Weg der größeren und kleineren Schritte in einem offenen Prozess. In Zukunft wird *rule of law* seine Anziehungskraft vor allem auch nach außen entwickeln.<sup>85</sup> Als eine Methode zur Domestizierung „wilder“ Prozesse der (wirtschaftlichen) Globalisierung und als Vorbild für andere mit Themen wie Klimawandel, Nichtprolife-

84 *Rougement, D. de: L'avenir est notre affaire*, Paris, 1977, 265.

85 Vgl. *Tomuschat, C.: Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung*, Bonn, 2007; *Dashwood, A./Maresceau, M.: Law and Practice of EU External Relations: Salient Features of a Changing Landscape*, Cambridge, 2008.

ration von Atomwaffen, Abrüstung, Umweltschutz, Menschenrechte und humanitäres Völkerrecht usw. *Václav Havel* schrieb hierzu in dieser Zeitschrift:

*„The technical civilisation which now extends all over our planet has its earliest origins on European soil, and was decisively influenced by the Euro-American sphere of civilisation. Europe thus has a special responsibility for the condition of this civilisation. But this responsibility must never again take the form of a forcible exportation of our own values, ideas or properties into the rest of the world. Just the opposite: Europe should, finally, start with itself, influencing others solely by setting an example that others may follow if they want to, but without having any such obligation. The entire modern understanding of life as constant material progress and growth, based on humanity’s self-confidence in its alleged position as the master of the universe, is the reverse, and adverse, side of the European spiritual tradition. This concept of life also co-determines the nature of the contemporary threats to our civilisation. Who, therefore, should be the one to confront these threats most energetically, if not that part of the world which once set in motion this major, and entirely one-sided, self-movement of the world’s civilisation?“<sup>86</sup>*

Europa ist vielgestaltig. Kein Land und nur wenige Bürger sind gegen Europa eingestellt. Es gibt die Europaenthusiasten. Vor allem Länder des nördlichen Europa und die Schweiz, die nie Diktaturen oder von solchen besetzt waren, haben eine nüchterne, freiheitlichere Sicht Europas. *„The salt tang of the ocean is in the blood“*, so stilisierte der *Economist* den freiheitsliebenden Briten, *„with a yearning to roam the world unfettered by continental sloth and red tape.“<sup>87</sup>* Großbritannien und in einem gewissen eingeschränkten Sinn auch die Schweiz sind (politisch und moralisch) unversehrt aus dem Zweiten Weltkrieg hervorgegangen, und das mag wohl mit ein Grund dafür sein, dass sie die Europafrage in einem praktischen, pragmatischeren Sinn angehen als andere Länder und besonders argwöhnisch darüber wachen, dass die Souveränität von Parlament bzw. Volk nicht unnötig eingeschränkt wird. Dennoch und trotz Verwurzelung der demokratischen Politik in den Alltagsbedürfnissen der Menschen dürfen die großen Ideen, die zusammen mit wirtschaftlichen Notwendigkeiten hinter dem Einigungsprozess Europas stehen und diesen Schritt für Schritt vorangetrieben haben, nicht aus den Augen verloren werden. Vielleicht trifft für die historische Phase, in der wir heute stehen, die Betrachtung zu, die *Johan Huizinga* zum

86 *Havel, V.*: Reflections on “Europeanism”, in: ZSE, 2/3 (2004), 323–329.

87 The in and out club – The dangerous approach of a semi-detached status for Britain, in: The Economist vom 24. 01. 2008.

Übergang vom Mittelalter auf die Renaissance machte, dass nämlich die Formen, die das Denken entwickelte, den Realitäten des Lebens weit vorangingen.<sup>88</sup>

Würde der Fremde aus Persien Europa mit seinen vielfältigen und dynamischen Prozessen der politischen, geistigen und wirtschaftlichen Konsolidation erneut besuchen, könnte er mit Genugtuung bemerken, dass in Europa enorme historische Schritte zur Ausweitung der friedlichen Beziehungen zwischen den Staaten und Völkern unternommen worden sind. Die Willkür der Machthaber ist einem von Richtern behütetem weltweiten „Zivilrecht“ gewichen. Wir sind verschiedenen einschlägigen „Topoi“ gefolgt: etwa den neuartigen Verfassungsgebilden, den allgemeinen Rechtsprinzipien, kulturellen Besonderheiten, Entwicklungen im Bereich der Sprachen, Wissenschaft und Religion, neuen Varianten des föderativen Prinzips oder dem Menschenrechtsschutz als Zentrum des europäischen Rechtsraumes, die alle eine „transnationale“ Gestalt annahmen. Aus Sicht der Gerechtigkeit ist aber vor allem interessant – wiewohl in europarechtlichen Texten kaum angesprochen<sup>89</sup> –, dass sie in institutioneller und prozessualer Form Ausdruck und Verfestigung erfahren hat.

88 „Bemerkenswert ist [...], dass das Neue als *äußere Form* da ist, ehe es wirklich neuer Geist wird“ (Huizinga, J.: Herbst des Mittelalters, 12. Aufl., Stuttgart, 2006, 470). Vgl. hierzu auch Geary, P.J.: Quand les nations refont l’histoire – L’invention des origines médiévales de l’Europe, Paris, 2001.

89 Immerhin zählt die Präambel des Verfassungsvertrags „Frieden, Gerechtigkeit und Solidarität“ zu ihren Zielen.