Ulrich Haltern

Europarecht

Dogmatik im Kontext

Band I:
Entwicklung
Institutionen
Prozesse

3. Auflage

MOHR SIEBECK

Ulrich Haltern

Europarecht Band I

Ulrich Haltern

Europarecht

Dogmatik im Kontext

3., völlig überarbeitete
und ergänzte Auflage

Band I

Entwicklung
Institutionen
Prozesse

Mohr Siebeck

Ulrich Haltern, geboren 1967; Direktor des Instituts für Öffentliches Recht, Abt. 1: Europa- und Völkerrecht an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg.

e-ISBN PDF 978-3-16-154590-0
ISBN 978-3-16-150497-6

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über *http://dnb.dnb.de* abrufbar.

1. Auflage 2005 (UTB)
2. Auflage 2007 (neubearbeitet; UTB)

© 2017 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohr.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Vorwort zur 3. Auflage

Seit der 2. Auflage sind 10 Jahre vergangen. Die vorliegende 3. Auflage ist eine völlig überarbeitete Neuauflage; ich habe das Buch in wesentlichen Teilen neu verfasst. Es reagiert natürlich auch auf die Finanz-, Schulden- und Flüchtlingskrise und auf den Brexit, die die Union in einer Weise zu destabilisieren drohen, die ich mir vor zehn Jahren nicht hätte vorstellen können. Nicht nur Kompetenz- und Machtverschiebungen, sondern auch tiefe Verunsicherungen über Grund und Richtung der europäischen Integration sind die Folge. Gerade Letztere werden in den nächsten Jahren politisch und gesellschaftlich neu verhandelt werden müssen – bestenfalls vor dem Hintergrund eines Verständnisses dessen, was die „Rechtsgemeinschaft" bedeutet. Hier sehe ich die Rechtswissenschaft besonders gefordert, und dies nicht nur als Wissenschaft von der Rechtsdogmatik, sondern auch als Wissenschaft, die vom Recht und über das Recht spricht, die das Spannende der oszillierenden Beziehung zwischen Recht und Politik zur Sprache bringt und die einen Zugang zur gesellschaftlichen Debatte findet.

Hierzu soll die 3. Auflage einen Beitrag leisten. Band I behandelt die Entwicklung der Integration, das institutionelle Gefüge und die Prozesse zwischen den Akteuren (also das Unionsorganisationsrecht). Band II behandelt den Rechtsschutz, das Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Recht und den Grundrechtsschutz sowie die Unionsbürgerschaft (also das materielle Unionsverfassungsrecht). Band III, der sich noch in Vorbereitung befindet, wird das Binnenmarktrecht und weitere Wirtschaftsrecht der Union behandeln und im Kontext des internationalen Wirtschaftsrechts erklären.

Methodisch folgt das Lehrbuch den Vorauflagen; im hier abgedruckten Vorwort zur 1. Auflage (S. VII f.) kann man nachlesen, was ich wollte und noch will. Inhaltlich habe ich zwei Hoffnungen. Erstens versuche ich mit diesem Buch, einen Weg zurück zur Einheit von Forschung und Lehre zu finden. Es ist daher nicht „nur" ein Lehrbuch, sondern versteht sich zugleich als wissenschaftliche Suchbewegung. Ich versuche noch einmal, alles aus einer einzigen Hand zu präsentieren, zu kontextualisieren, zu analysieren und zu bewerten. Zweitens versuche ich mit diesem Buch, einen Weg zurück zur Gesellschaft zu finden – über Inhalte und eine möglichst jargonfreie und einfache Sprache. Die dahinterstehende Hoffnung ist, das Recht und seine Wissenschaft so weit wie möglich zugänglich zu machen und damit ein bisschen zu demokratisieren. Gegenüber den Vorauflagen habe ich die enorme Komplexität der europäischen Rechtsgemeinschaft für mich selbst und für die Leserinnen und Leser nochmals stärker gespiegelt und damit den Umfang meines Lehrbuchs auch deutlich ausgeweitet. Ich weiß, dass viele Geist und Maschine der europäischen Integration

– vielleicht heute mehr denn je – verstehen wollen, und ich hoffe, dass sie hier fündig werden.

Für Anspruch und Durchführung meines Projekts finde ich an der Universität Freiburg einen idealen Raum. Für mich ist die dortige Rechtswissenschaftliche Fakultät ein Hort der Wissenschaft; ich bin dankbar dafür, dort mit wunderbaren und klugen Kolleginnen und Kollegen, fantastischen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern und unglaublich begabten Studierenden zusammenarbeiten zu dürfen. Alle haben auf ihre Art zu diesem Buch beigetragen.

Der Verlag Mohr Siebeck hat meinem Experiment erneut zugestimmt und sich auf das neue Gewand und die Mehrteiligkeit eingelassen. Herzlich danke ich dessen Geschäftsführer und Cheflektor Jura Herrn Dr. Franz-Peter Gillig. Großen Anteil an der Form des Buchs hat auch Matthias Spitzner.

Und schließlich danke ich von Herzen meinen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Moritz Blenk, Nils Janson, Urs Pötzsch, Hans Christian Schmitz, Patrick Schultes und Sarah Katharina Stein sowie Anne Böttcher, Svenja Bonnecke, Verena Klee, Leo Roß, Mareike Sinz, Inga Twardy, Riccarda Weißenberger und Jonas Wieschollek. Ohne Heike Koger-Dilger, die das Sekretariat meines Instituts (und eigentlich auch das Institut) leitet, wäre dieses Buch nicht möglich gewesen.

Freiburg i.Br., März 2017 Ulrich Haltern

Aus dem Vorwort zur 1. Auflage

Das Staatsexamen und die Studien- und Prüfungsordnungen führen dazu, dass die Studierenden des Rechts immer mehr Stoff auswendig lernen und abrufbar haben müssen. Die Lehre hat damit reagiert, die wachsende Breite des Stoffes durch abnehmende Tiefe der Behandlung auszugleichen und auf schematische Aufbereitungen zum Zweck der Fallbearbeitung zu setzen. Ich halte das für den falschen Weg. Wir bilden Juristen aus, die Fallklausuren schreiben können und dann erfolgreich sind, wenn sie die Regeln kennen und anwenden können. Natürlich ist dies eine wichtige geistige Disziplinierung. Hat es hierbei aber sein Bewenden, verlassen die Studierenden die Universität bestenfalls als Regelanwender und gute Handwerker. Was dahinter steckt, bleibt ihnen verborgen. Das kann nicht das Ziel einer Universitätsausbildung sein.

In diesem Buch wähle ich eine andere Konzeption. Es geht mir um das *Verständnis* des Europarechts, nicht um die vollständige Vermittlung jeder einzelnen europarechtlichen Regel. Dies hat Effizienzvorteile und kommt den Studierenden zugute. Erstens lasse ich viele Einzelheiten weg und konzentriere mich auf den Kern des Gemeinschaftsrechts, den ich detailliert untersuche. Was fehlt, kann man sich aus meiner Argumentation zum hier Behandelten erschließen. Zweitens braucht man nichts mehr auswendig zu lernen, wenn man das System einmal verstanden hat. Hierin liegt ein großer Zeitgewinn. Drittens habe ich mich für eine Sprache entschieden, die, wie ich hoffe, so unprätentiös und einfach wie möglich ist und viele narrative Elemente enthält. Dadurch hat das Buch zwar viele Seiten, doch es lässt sich schnell lesen.

Verstehen kann man Europarecht nur unter zwei Voraussetzungen. *Zum einen* ist zu berücksichtigen, dass das Europarecht kein in sich widerspruchsfreies, zeitlos gültiges System ist, sondern eine gewachsene Rechtsmaterie, die durch in sich verschraubte Rechtstraditionen, Regelungsebenen und institutionelle Entwicklungen gekennzeichnet ist. Es gibt eine Vielzahl von Brüchen, Umstellungen, Präferenzverschiebungen, methodischen Problemen und Unsicherheiten. Man kann diese nicht wegargumentieren. Sie bleiben den Studierenden aber unverständlich, wenn man das Europarecht so behandelt wie den Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches – als kohärenten, in sich abgestimmten und zeitlosen Normkörper. Europarecht wird nur verständlich, wenn man die Entwicklung in der Dogmatik mitbehandelt, wenn man die verschiedenen Generationen der EuGH-Rechtsprechung diskutiert, wenn man also fallbezogen und genealogisch vorgeht und die zeitgebundenen Probleme thematisiert, die die Normen und Urteile anleiten. Diese Probleme sind nicht immer rein dogmatischer Natur, sondern hängen mit institutionellen, wirtschaftlichen, politischen oder kulturellen Kontexten zusammen. Diese Kontexte gehen uns Juristen an: Eine Rechtswissenschaft, die mehr

sein will als Formalismus, muss sie mitbehandeln. Manchmal ist man für ihre Analyse auf die Hilfe anderer Wissenschaften angewiesen; dennoch handelt es sich nicht um ein im eigentlichen Sinne interdisziplinäres Unternehmen, weil die Kontexte Inhalt der Rechtswissenschaft werden.

Zum anderen muss man die Primärquellen ernst nehmen. Wenn Europarecht inkrementalistisch und in Brüchen entstanden ist, kann man es auch nur inkrementalistisch durch die Lektüre der Urteile verstehen. Ich verwende daher viele Auszüge aus Entscheidungen des EuGH und anderer Gerichte, die ich auf ihre Ratio und ihre Kontexte befrage (welches Problem will der EuGH hier lösen?) und in ihren Wirkungen erläutere (gelingt dem EuGH die Lösung? Um welchen Preis? Wie reagieren die nationalen Gerichte/Regierungen/Unternehmen? Muss der EuGH hierauf wieder reagieren?). Die Urteilsauszüge sind Ausdruck meiner festen Überzeugung, dass das Studium des Europarechts ohne die Lektüre solcher Passagen scheitern muss.

Dieses Buch ist also ein Experiment, das sich aus einer doppelten Gewissheit speist. *Erstens* glaube ich, dass die Rechtswissenschaft ein anderes wissenschaftliches Selbstverständnis benötigt. Wenn sie sich vom geisteswissenschaftlichen Diskurs abkoppelt und sich nicht einmal marginal von anderen Disziplinen irritieren lässt, kann sie weder hoffen, als Geisteswissenschaft noch von den Geisteswissenschaften ernst genommen zu werden. Sie gibt auch jede informierte und integrierende Beschreibung politischer und gesellschaftlicher Prozesse auf; im Gemeinschaftsrecht lässt sich so nicht einmal die Dogmatik richtig begreifen.

Zweitens bin ich davon überzeugt, dass wir unsere Studierenden nicht unterschätzen dürfen. Sie wollen weder ausschließlich Schemata auswendig lernen noch die Universität als reine Rechtsanwender verlassen, sondern sie wollen wissen, was dahinter steckt – sie wollen verstehen, kritisch und informiert denken, Kontexte kennen und sich irritieren lassen. Sie wollen auch die Grenzen des deutschen Rechtsdenkens überschreiten, denn sonst würden sie nicht Europarecht studieren; daher deuten meine Literaturhinweise überwiegend auf nicht-deutsche Literatur. Ich wäre glücklich, wenn dieses Buch sie bei ihrer Gedankenreise ein wenig anleiten und begleiten könnte.

Hannover, Juli 2005 Ulrich Haltern

Inhaltsübersicht Band I

	Seite	Rn.
Teil 1 – Grundlagen: Methode und Entwicklung	1	
§ 1 Dogmatik und Kontext im Europarecht	3	1
A. Dogmatik im Kontext: Drei Kreise der rechtswissenschaftlichen Arbeit	10	16
B. Rechtswissenschaft als gesellschaftliche Reflexionswissenschaft	18	27
C. Transformation der Rechtswissenschaft	31	48
D. Konsequenzen, Konzeption und Lernziel	33	50
§ 2 Grundzüge der europäischen Integration	37	54
A. Worüber wir sprechen	37	54
B. Die Anfänge der Integration	40	61
C. Die Gründungsphase	50	88
D. Die Stagnationsphase	61	117
E. Die Phase der neuen Supranationalität	64	124
F. Verfassungsvertrag, Referenden und Vertrag von Lissabon	86	175
G. Post-Lissabon: Krisen und Muddling-Through	104	216
Teil 2 – Das politische System der EU: Institutionen und Prozesse	189	
§ 3 Institutionen und Akteure	191	402
A. Das politische System der EU	191	402
B. Die Kommission	206	441
C. Der Europäische Rat	258	551
D. Der Rat	274	593
E. Das Europäische Parlament	312	683
§ 4 Prozesse	351	745
A. Kompetenzen und Subsidiarität	352	745
B. Handlungsformen und Governance	400	855
C. Legislative Prozesse	472	1025
D. Demokratische Defizite	540	1188

Inhaltsübersicht Band II

	Seite	Rn.
Teil 3 – Die Rule of Law in Europa: EuGH und Rechtsschutz	1	
§ 5 Die Rechtsgemeinschaft und der EuGH	3	1
A. „Rechtsgemeinschaft“ und compliance	3	1
B. Der Gerichtshof der Europäischen Union als Organ	8	12
C. Der EuGH in der Kritik	27	50
§ 6 Rechtsschutzsystem: Grundlagen	45	87
A. Das System	45	88
B. Das Vertragsverletzungsverfahren	48	97
C. Das Vorabentscheidungsverfahren	56	117
D. EuGH und nationale Gerichte	63	137
E. Das Paradox des Erfolges	79	173
§ 7 Rechtsschutzsystem: Einzelheiten	83	178
A. Das Vorabentscheidungsverfahren	84	180
B. Die Nichtigkeitsklage	180	422
C. Weitere Homogenitätssicherungen	227	534
Teil 4 – Verbunddogmatik: Unionsrecht und nationales Recht	249	
§ 8 Unmittelbare Anwendbarkeit	251	573
A. Verbunddogmatik: Unionsrecht und nationales Recht	251	573
B. Unmittelbare Anwendbarkeit: Bedeutung	256	587
C. Unmittelbare Anwendbarkeit im Primärrecht	259	596
D. Unmittelbare Anwendbarkeit im Sekundärrecht	284	674
§ 9 Nationale Rechtsbehelfe, Sanktionen, Haftung	351	843
A. Erste Phase: Der Grundsatz der nationalen Verfahrensatonomie	352	848
B. Zweite Phase: Größerer Interventionismus des EuGH	357	864
C. Dritte Phase: Balance und Kontextorientierung	365	893
D. Die *Francovich*-Rechtsprechung	373	911
E. Versprechen und Grenzen	385	945
F. Judikatives Unrecht	390	958

	Seite	Rn.
§ 10 Vorrang	405	994
A. Die Urteile *van Gend en Loos* und *Costa/ENEL*	405	996
B. Die Dimensionen des Vorrangs	409	1009
C. Vorrang in den Verträgen	420	1036
D. Verhältnis Vorrang/unmittelbare Anwendbarkeit	423	1043
E. Die nationale Dimension des Vorrangs	425	1048
F. Deutschland	435	1068
G. Andere Mitgliedstaaten	519	1260
H. Fazit	529	1273
Teil 5 – „Civis europeus sum“: Grundrechte und Unionsbürgerschaft	543	
§ 11 Grundrechtsschutz	545	1296
A. Setting the Scene	545	1296
B. Die Landkarte der Grundrechte in den Verträgen	581	1376
C. Allgemeine Rechtsgrundsätze: Die Genealogie des Grundrechtsschutzes in der Union	585	1386
D. Grundrechtecharta: Verschriftlichung und Entwicklung	617	1455
E. Grundrechte, Unionsinstitutionen und die Grundrechteagentur	657	1531
F. Die Anwendung der Unionsgrundrechte auf die Mitgliedstaaten	669	1553
G. Der Beitritt der Union zur EMRK: Die verhakte Verschraubung	705	1638
H. Unionsgrundrechte und das Recht der Vereinten Nationen	764	1788
§ 12 Unionsbürgerschaft	817	1910
A. Politische Identität und Unionsbürgerschaft	818	1912
B. Rechte und Unionsbürgerschaft	856	1980

Inhaltsverzeichnis

Vorwort zur 3. Auflage		V
Vorwort zur 1. Auflage		VII
Inhaltsübersicht Band I		IX
Inhaltsübersicht Band II		X
Inhaltsverzeichnis		XIII
Abkürzungsverzeichnis		XIX
	Seite	Rn.
Teil 1 – Grundlagen: Methode und Entwicklung	1	
§ 1 Dogmatik und Kontext im Europarecht	3	1
A. Dogmatik im Kontext: Drei Kreise der rechtswissenschaftlichen Arbeit	10	16
I. Kreis 1: Dogmatik im engeren Sinne	11	17
II. Kreis 2: Kontext	12	20
III. Kreis 3: Kulturtheoretische Rechtswissenschaft	17	26
B. Rechtswissenschaft als gesellschaftliche Reflexionswissenschaft	18	27
I. Erster Diskurs: Formale Legitimität	19	30
II. Zweiter Diskurs: Europäisches Verfassungsrecht	24	35
III. Dritter Diskurs: Identität	25	39
IV. Vierter Diskurs: Verlustängste	28	42
C. Transformation der Rechtswissenschaft	31	48
D. Konsequenzen, Konzeption und Lernziel	33	50
§ 2 Grundzüge der europäischen Integration	37	54
A. Worüber wir sprechen	37	54
B. Die Anfänge der Integration	40	61
C. Die Gründungsphase	50	88
D. Die Stagnationsphase	61	117
E. Die Phase der neuen Supranationalität	64	124
I. Die Einheitliche Europäische Akte	65	128
II. Maastricht	69	137
III. Amsterdam	83	169
IV. Nizza	85	171

	Seite	Rn.
F. Verfassungsvertrag, Referenden und Vertrag von Lissabon	86	175
G. Post-Lissabon: Krisen und Muddling-Through	104	216
I. Institutionelle Verschiebungen	104	217
II. Erweiterung	109	228
III. Finanz- und Eurokrise	111	232
1. Verlauf der Krise	112	233
2. Spuren der Krise	118	251
IV. Flüchtlingskrise	132	276
V. Zentrifugale Entwicklungen und Verunsicherungen	153	321
1. Brexit	153	322
2. Schottland	165	345
3. Populismus	168	353
4. Ungarn und Polen	170	359
5. Deutschland in der Führungsrolle?	177	375
6. Terror	178	376
VI. Weiter mit dem „Muddling Through“?	184	395
Teil 2 – Das politische System der EU: Institutionen und Prozesse	189	
§ 3 Institutionen und Akteure	191	402
A. Das politische System der EU	191	402
B. Die Kommission	206	441
I. Präsident der Kommission	206	442
II. Kollegium der Kommissare	211	451
III. Kommissionsbürokratie	221	478
IV. Funktionen und Aufgaben	224	484
1. Agenda-Setting (1): Bedeutung	225	487
2. Agenda-Setting (2): Initiativmonopol	227	490
3. Agenda-Setting (3): Haushalt, Arbeitsprogramm, Kommunikationen	234	508
4. Exekutivische Normsetzung: Eigene Legislativrechte	237	512
5. Exekutivkompetenzen	247	527
6. Kontrollkompetenzen	249	531
7. Agenturen	253	541
8. Kommission und Finanzkrise	257	549
9. Schema	258	550
C. Der Europäische Rat	258	551
I. Ursprünge und Ratio	258	552
II. Zusammensetzung und Arbeitsweise	260	555
III. Aufgaben	264	565

	Seite	Rn.
1. Struktur- und formbildende Entscheidungen	264	567
2. Vertragsreform, Passerelle	264	568
3. Personal- und Organentscheidungen	268	575
4. Auflösung von Blockaden	268	578
5. Gemeinsame Sicherheits- und Außenpolitik	269	580
6. Agenda-Setting	269	581
7. Macht und Recht	271	588
8. Schema	273	592
D. Der Rat	274	593
I. Zusammensetzung	274	594
II. Der Ratsvorsitz	279	609
III. Vorbereitungsgremien, v.a. Ausschuss der Ständigen Vertreter (AStV, COREPER)	282	616
IV. Intergouvernemental oder supranational?	287	624
V. Entscheidungsfindung und Abstimmungsmodi	289	628
1. Einfache Mehrheit	290	628
2. Einstimmigkeit	290	629
3. Qualifizierte Mehrheit	292	633
a) Schwierigkeit der Stimmverteilung	292	634
b) Lösungen vor dem Vertrag von Lissabon	295	638
c) Lösung im Vertrag von Lissabon	297	642
d) Ioannina-Kompromisse	299	648
e) Verkomplizierung der Machtindizes	302	657
f) Praxis der Einstimmigkeit statt der qualifizierten Mehrheit	306	664
VI. Aufgaben des Rates	308	668
E. Das Europäische Parlament	312	683
I. Entwicklung	313	685
1. Haushaltsrechte	314	686
2. Anhörungsrecht	316	689
3. Legislative Ermächtigung	316	690
4. Unmittelbare Wahl	323	706
II. Zusammensetzung und Arbeitsweise	330	720
III. Zuständigkeiten und Machtbefugnisse	339	730
1. Legislativbefugnisse	339	730
2. Kontrollbefugnisse	339	732
IV. Parlamentskritik	342	737
§ 4 Prozesse	351	745
A. Kompetenzen und Subsidiarität	352	745
I. Grundlagen der vertikalen Kompetenzverteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten	352	746

	Seite	Rn.
II. Kompetenzkategorien: Differenzierungen der Zuständigkeit	362	774
1. Ausschließliche Zuständigkeit	364	777
2. Geteilte Zuständigkeit	365	780
3. Unterstützende, koordinierende oder ergänzende Zuständigkeit	368	788
4. Sonderzuständigkeit Wirtschafts-, Beschäftigungs- und Sozialpolitik	371	794
III. Flexibilitätsklausel, Art. 352 AEUV	371	795
IV. Rechtsangleichungskompetenz im Binnenmarkt, Art. 114 AEUV	375	803
V. Die Wahl der Rechtsgrundlage in der horizontalen Kompetenzverteilung	383	821
VI. Subsidiarität	388	830
1. Zwei Logiken: Föderalismus und kulturelle Identität	389	833
2. Rechtskontrolle durch den EuGH	392	840
3. Politische Kontrolle durch die nationalen Parlamente	396	848
B. Handlungsformen und Governance	400	855
I. Verordnungen	403	863
II. Richtlinien	404	868
III. Beschlüsse	406	873
IV. Relativierung der Unterschiede zwischen den rechtsverbindlichen Instrumenten	407	876
V. Gesetzgebungsakte und Rechtsakte ohne Gesetzescharakter	411	889
1. Rechtsakte ohne Gesetzescharakter: Delegierte Rechtsakte (Art. 290 AEUV) und Durchführungsrechtsakte (Art. 291 AEUV)	412	890
2. Kombination von Handlungsformen und Rechtsaktcharakter	416	901
VI. Soft Law	417	905
VII. Governance	422	915
1. Distributive, regulative und redistributive Politik	422	916
2. Internationalismus, Supranationalismus, Infranationalismus	426	924
3. Kategoriale Differenzierungen	428	928
a) „Alte“ supranationale Governance	428	929
b) „Neue“ supranationale Governance	429	931
c) Distributive Governance	431	934
d) Politikkoordinierende Governance	433	938
4. New Governance	435	942

	Seite	Rn.
5. Das Weißbuch „Europäisches Regieren“	443	955
VIII. Differenzierte Integration	446	965
1. Einheit und Differenz	447	966
2. Verstärkte Zusammenarbeit	453	974
3. Abgestufte Integration außerhalb der Verträge	456	984
a) Das Spannungsverhältnis	457	985
b) Maßstäbe	459	990
c) Ausfüllung der Maßstäbe	461	998
d) Unionsmethode vs. Gemeinschaftsmethode	465	1011
C. Legislative Prozesse	472	1025
I. „Law in the books“: Das ordentliche Gesetzgebungsverfahren	474	1031
1. Grundzüge	474	1031
2. Verfahrensablauf	478	1039
II. „Law in the books“: Die besonderen Gesetzgebungsverfahren	483	1051
III. „Law in action“: Legislative Verhandlungen	486	1059
1. Verhandlungsspiele im Legislativprozess und die Rolle der Kommission	487	1061
a) Verhandlungen im Schatten der vote: Mehrheitsabstimmung	489	1065
Grundlagen	489	1066
Verhandlungsspiel in vereinfachtem Kontext	490	1069
Verhandlungsspiel in realem Kontext	493	1079
b) Verhandlungen im Schatten des Vetos: Einstimmigkeit	507	1112
2. Interinstitutionelle Verschiebungen: Parlament und Kommission	520	1146
3. Halbformelle Einigungsmechanismen: Triloge	523	1153
IV. Unionsgesetzgebung und ihre demokratische Ambivalenz	532	1168
1. Gesetzgebung – Demokratie – Ambivalenz	532	1168
2. Das Ob und Wie der Gesetzgebung	534	1173
3. Demokratische Abänderungsmöglichkeiten	536	1176
4. Gesetzgeberischer Horizont	538	1182
5. Fazit	539	1187
D. Demokratische Defizite	540	1188
I. Komplexität der Demokratiefrage	540	1189
II. Die Standardkritik	545	1200
1. Umgekehrter Regionalismus	545	1202
2. Grundschwäche	547	1207

		Seite	Rn.
	3. Verzerrung von demokratischen Prozessen und Interessen auf mitgliedstaatlicher Ebene	548	1210
	a) Stärkung der Exekutive zulasten der Legislative	548	1211
	b) Schwächung der judikativen Kontrolle	552	1217
	c) Verfälschung materieller Präferenzen	552	1220
	4. Intransparenz	553	1221
III.	Herrschaftsmodi und Demokratiedefizite: Inter-, Supra- und Infranationalismus in der Demokratietheorie	558	1231
IV.	Vergleichende Betrachtung: Ambivalenz zwischen Staat und internationaler Organisation	562	1240
V.	Demokratische Selbstbestimmung: Bürger und politische Identität	567	1247
Entscheidungsregister		573	
Stichwortverzeichnis		593	

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
All ER	All England Law Reports
a.M.	am Main
Am. J. Soc.	American Journal of Sociology
American J. Comp. L.	American Journal of Comparative Law
American JIL	American Journal of International Law
American JPS	American Journal of Political Science
American Pol. Sci. Rev.	American Political Science Review
amtl. Slg.	amtliche Sammlung
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
ArbZG	Arbeitszeitgesetz
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
Ausg.	Ausgabe
AWD	Außenwirtschaftsdienst
Az.	Aktenzeichen
BaFin	Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht
BAG	Bundesarbeitsgericht
Bd.	Band
BErzGG	Gesetz zum Erziehungsgeld und zur Elternzeit (Bundeserziehungsgeldgesetz)
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BIP	Bruttoinlandsprodukt
BJPS	British Journal of Political Science
BJS	British Journal of Sociology
BND	Bundesnachrichtendienst
BR	Bundesrepublik

BRD	Bundesrepublik Deutschland
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
Cambridge LJ	Cambridge Law Journal
CCass.	Cour de Cassation (Frankreich)
CDT	Übersetzungszentrum für die Einrichtungen der Europäischen Union
CE	Conseil d'Etat (Frankreich)
CEDEFOP	Europäisches Zentrum für die Förderung der Berufsbildung
Chicago JIL	Chicago Journal of International Law
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJQ	Civil Justice Quarterly
CMLRep.	Common Market Law Reports
CMLRev.	Common Market Law Review
Col. L.Rev.	Columbia Law Review
Columbia JEL	Columbia Journal of European Law
Comp. Pol. St.	Comparative Political Studies
COREPER	Comité des représentants permanents
CV	Cheval Vapeur (Steuer-PS)
CYELP	Croatian Yearbook of European Law and Policy
CYELS	Cambridge Yearbook of European Legal Studies
DDR	Deutsche Demokratische Republik
DEP	Dépens
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
d.h.	das heißt
DM	Deutsche Mark
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Decisions and Reports (amtliche Sammlung der Entscheidungen der Europäischen Menschenrechtskommission)
DRK	Deutsches Rotes Kreuz
DSB	Dispute Settlement Body (WTO)
dt.	deutsch(e)
Duke LJ	Duke Law Journal
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EAG	Europäische Atomgemeinschaft
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft
EAR	Europäische Agentur für Wiederaufbau

EASA	European Aviation Safety Agency
East Eur. Const. Rev.	East European Constitutional Review
EBBD	Europäische Beobachtungsstelle für Drogen und Drogensucht
ebd.	ebenda
EC	European Community
ECHA	Europäische Agentur für chemische Stoffe
ECLRev.	European Constitutional Law Review
ECOFIN	Council for Economic and Financial Affairs
ed.	edition
EEA	Einheitliche Europäische Akte/ European Environment Agency
EEC	European Economic Community
EEELRev.	European Energy and Environmental Law Review
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EFSA	European Food Safety Authority
EFSF	Europäische Finanzstabilisierungsfazilität
EFSM	Europäischer Finanzstabilisierungsmechanismus
EFTA	European Free Trade Association
ESM	Europäischer Stabilitätsmechanismus
EG	EG-Vertrag/Europäische Gemeinschaft
EGKS	Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (Montanunion)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EHRLRev.	European Human Rights Law Review
EIB	Europäische Investitionsbank
EIoP	European Integration online Papers
EJIL	European Journal of International Law
EJLS	European Journal of Legal Studies
EJPR	European Journal of Political Research
EJPT	European Journal of Political Theory
EJST	European Journal of Social Theory
EKMR	Europäische Kommission für Menschenrechte
ELJ	European Law Journal
ELRev.	European Law Review
EMEA	Europäische Agentur für die Beurteilung von Arzneimitteln
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EMSA	European Maritime Safety Agency
endg.	endgültig
Engl.	England
engl.	englisch
ENISA	European Network and Information Security Agency
Entsch.	Entscheidung
EP	Europäisches Parlament
EPA	Europäische Polizeiakademie
EPG	Europäische Politische Gemeinschaft
EPL	European Public Law

EPSRev.	European Political Science Review
EPZ	Europäische Politische Zusammenarbeit
ERA	Europäische Eisenbahnagentur
ESB	Europäische Stiftung für Berufsbildung
ESVP	Europäische Sicherheits- und Verteidigungspolitik
ESZB	Europäisches System der Zentralbanken
EU	Europäische Union/EU-Vertrag
EUA	Europäische Umweltagentur
EUFA	Europäische Fischereiaufsichtsbehörde
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EUI	European University Institute
EUISS	Institut der Europäischen Union für Sicherheitsstudien
EUMC	Europäische Stelle zur Beobachtung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit
EUPol.	European Union Politics
EuR	Europarecht
Euratom	Europäische Atomgemeinschaft
EUROFOUND	Europäische Stiftung zur Verbesserung der Lebens- und Arbeitsbedingungen
EUROJUST	European Union's Judicial Cooperation Unit
EUROPOL	European Police Office
EUSC	Satellitenzentrum der Europäischen Union
EUV	EU-Vertrag
EUZBLG	Gesetz über die Zusammenarbeit von Bund und Ländern in Angelegenheiten der Europäischen Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EVA	Europäische Verteidigungsagentur
EVG	Europäische Verteidigungsgemeinschaft
EVP	Europäische Volkspartei/Christliche Demokraten
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWI	Europäisches Währungsinstitut/Europäisches Wirtschaftsinstitut
EWR	Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht/ Europäisches Währungssystem
EWU	Europäische Wirtschaftsunion
EZB	Europäische Zentralbank
EZPBS	Europäisches Zentrum für die Prävention und die Bekämpfung von Seuchen
f., ff.	folgende(n)
FAO	Food and Agriculture Organization
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FG	Finanzgericht
FGO	Finanzgerichtsordnung

Fn.	Fußnote
Fordham ILJ	Fordham International Law Journal
Fordham LRev.	Fordham Law Review
FPÖ	Freiheitliche Partei Österreichs
FRA	Europäische Agentur für Grundrechte
FRONTEX	Europäische Agentur für die operative Zusammenarbeit an den Außengrenzen
FS	Festschrift
GA/in	Generalanwalt/Generalanwältin
GAP	Gemeinsame Agrarpolitik
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GD	Generaldirektion
GEAS	Gemeinsames Europäisches Asylsystem
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GG	Grundgesetz
GLJ	German Law Journal
GRCh	Grundrechtecharta
GS	Gedenkschrift/Gedächtnisschrift
GZT	Gemeinsamer Zolltarif
G 8	Gemeinschaft der 8 führenden Industrienationen der Welt
HABM	Harmonisierungsamt für den Binnenmarkt (Marken, Muster und Modelle)
Harv. LRev.	Harvard Law Review
Harvard ILJ	Harvard International Law Journal
Hervorh.	Hervorhebung(en)
HessFG	Hessisches Finanzgericht
HRLRev.	Human Rights Law Review
Hrsg.	Herausgeber
HS	Halbsatz
ICC	International Chamber of Commerce
ICJ Rep.	International Court of Justice, Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
I-Con	International Journal of Constitutional Law
i.d.F.	in der Fassung
i.d.R.	in der Regel
i.E.	im Erscheinen
i.e.S.	im engeren Sinne
IGA	Intergovernmental Agreement
IGH	Internationaler Gerichtshof
ILJ	International Law Journal
Industrial LJ	Industrial Law Journal
insb.	insbesondere
int.	international

Int. Org.	International Organization
im Orig.	im Original
Int. Pol.	Internationale Politik
Int. Pol. Sci. Rev.	International Political Science Review
IRAS	International Review of Administrative Sciences
i.S.d.	im Sinne des/der
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IWF	Internationaler Währungsfonds
JCER	Journal of Contemporary European Research
JCMSt	Journal of Common Market Studies
JEI	Journal of European Integration/ Revue d'Intégration Européenne
JEnvL	Journal of Environmental Law
JEPP	Journal of European Public Policy
JLEO	Journal of Law, Economics, and Organization
JLSt	Journal of Legislative Studies
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
Jura	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JRP	Journal für Rechtspolitik
JTPol.	Journal of Theoretical Politics
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
Kfz	Kraftfahrzeug
KJ	Kritische Justiz
KN	Kombinierte Nomenklatur
KOM	Mitteilung der Kommission der EG
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft
LJ	Lord Justice
LSE Europp	London School of Economics – European Politics and Policy
LSQ	Legislative Studies Quarterly
lit.	litera (Buchstabe)
Ltd.	Limited
m.	mit
m.a.W.	mit anderen Worten
Maastricht JEL	Maastricht Journal of European Law
Mass.	Massachusetts
Math. Soc. Sci.	Mathematical Social Sciences
Michigan JIL	Michigan Journal of International Law
MJ	Maastricht Journal of International and Comparative Law
Modern LRev.	Modern Law Review
MoU	Memorandum of Understanding
Mrd.	Milliarden

MS	Mitgliedstaat(en)
m.w.Nachw.	mit weiteren Nachweisen
MZES	Mannheimer Zentrum für Europäische Sozialforschung
Nachw.	Nachweis(e)
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NATO	North Atlantic Treaty Organisation
n.F.	neue Fassung/neue Folge
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	numero
Nord. J. Int'l L.	Nordic Journal of International Law
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
o.	oben
o.ä.	oder ähnliches
OCVV	Gemeinschaftliches Sortenamt
OEEC	Organisation for European Economic Cooperation
o.g.	oben genannt
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OLG	Oberlandesgericht
OMK	Offene Methode der Koordinierung
OMT	Outright Monetary Transactions
Orig.	Original
OSHA	Europäische Agentur für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz
österr.	österreichisch
OVG	Oberverwaltungsgericht
PA	Public Administration
PJZS	Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen
PL	Public Law
Pol. Stud.	Political Studies
PPU	Procédure préjudicielle d'urgence
PVC	Polyvinylchlorid
PVS	Politische Vierteljahreszeitschrift
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Racc.Uff.Corte Cost.	Raccolta Uffiziale delle sentenze e ordinanze delle Corte costituzionale
RDI	Rivista di diritto internazionale
Rdnr.	Randnummer
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
rev. Aufl.	revidierte Auflage
RFSR	Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts

RGDIP	Revue générale de droit international public
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RK	Regierungskonferenz
RL	Richtlinie
Rn./Rdnr./Randnr.	Randnummer
Rs.	Rechtssache(n)
Rspr.	Rechtsprechung
RTDE	Revue trimestrielle de droit européen
Rz.	Randziffer
s.	siehe
S.	Seite
s.a.	siehe auch
SC	Security Council
Ser.	Serie/Series
Slg.	Amtliche Sammlung
SMP	Securities Markets Programme
SMU LRev.	Southern Methodist University Law Review
s.o.	siehe oben
sog.	so genannt
South. Cal. LRev.	Southern California Law Review
SPE	Sozialdemokratische Partei Europas
SRB	Single Resolution Board
SRF	Single Resolution Fund
SRM	Single Resolution Mechanism
SSM	Single Supervisory Mechanism
Stanford LRev.	Stanford Law Review
StV	Strafverteidiger
StW&StP	Staatswissenschaften und Staatspraxis
SubsP	Protokoll (Nr. 2) über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit
SWP	Stiftung Wissenschaft und Politik
SZIER	Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht
t	tempus (Zeit)
Texas LRev.	Texas Law Review
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
TzBfG	Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (Teilzeit- und Befristungsgesetz)
u.	und
u.a.	und andere/unter anderem
UAbs.	Unterabsatz
u.ä.	und ähnlich
Übers.	Übersetzung
UCLA LRev.	University of California Los Angeles Law Review
UEF	Union Eurpéenne des Fédéralistes
UEM	United Europe Movement
UfR	Ugeskrift for Retsvaesen

umfangr.	umfangreich(e)
UN/UNO	United Nations/United Nations Organization
UNHCR	United Nations High Commissioner for Refugees
unm.	unmittelbar
u.ö.	und öfter
U.S./USA	United States/United States of America
usw.	und so weiter
u.U.	unter Umständen
u.v.m.	und vieles mehr
UVP	Umweltverträglichkeitsprüfung
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
v.	vom/versus
v.a.	vor allem
verb.	verbundene
VerfBlog	Verfassungsblog
VerfO	Verfahrensordnung
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VK	Vereinigtes Königreich
VN	Vereinte Nationen
VO	Verordnung
Vol.	Volume
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
Washington LRev.	Washington Law Review
WEP	West European Politics
WEU	Westeuropäische Union
WTO	World Trade Organization
WVK	Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969
WWU	Wirtschafts- und Währungsunion
Yale LJ	Yale Law Journal
Yb.	Yearbook
Yb.EL	Yearbook of European Law
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
ZBJI	Zusammenarbeit in den Bereichen Justiz und Inneres
ZeuS	Zeitschrift für europarechtliche Studien
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZP	Zusatzprotokoll
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZPO	Zivilprozessordnung

ZPol	Zeitschrift für Politikwissenschaft
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSE	Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften/ Journal for Comparative Government and European Policy
z.T.	zum Teil
z.Zt.	zur Zeit

Hinweis zur Zitier- und Verweistechnik

Die Zitierweise von Entscheidungen des EuGH in diesem Buch orientiert sich an der vom Rat vorgeschlagenen ECLI-Zitation, die auch vom EuGH verwendet wird (Schlussfolgerungen des Rates mit einem Aufruf zur Einführung des European Case Law Identifier (ECLI) und eines Mindestbestands von einheitlichen Metadaten für die Rechtsprechung, ABl. C 127 v. 29.04.2011, 1); die von Kommissionsdokumente an Anhang C der Interinstitutionellen Regeln für Veröffentlichungen, http://publications.europa.eu/ code/. Ich zitiere die Gerichtsentscheidungen so genau wie möglich mit Datum (was die Einordnung auf dem Zeitstrahl und das Inbeziehungsetzen zu anderen Ereignissen ermöglicht) und Spruchkörper (etwa Große Kammer, Plenum, Erster Senat o.ä., was die black box „Gericht" auflöst und eine genauere Einordnung ermöglicht).

Die zahlreichen Querbezüge und der Umfang des Lehrbuchs mit der Einteilung in mehrere Bände haben die Einführung einer neuen Verweistechnik notwendig gemacht. Verweise werden mit einem → eingeleitet, der von einer Bandangabe in römischer Ziffer (etwa **II**) und einer Randnummer gefolgt wird (→ **I/1** verweist somit auf die erste Randnummer des ersten Bandes).

Teil 1

Grundlagen: Methode und Entwicklung

§ 1 Dogmatik und Kontext im Europarecht

1 Schwierigkeiten im Umgang mit Europarecht

Das Recht der Europäischen Union lohnt ein intensives Studium schon zur Befriedigung intellektueller Neugier. Die EU verfügt über ein einzigartiges, zunehmend wichtiges und hochinteressantes Rechtssystem. Immerhin erzählt das Unionsrecht die Geschichte einer europäischen Integration, durch die ein durch den Zweiten Weltkrieg physisch und moralisch verwüstetes Europa innerhalb einer Generation als weltgrößter Handelsblock und in wachsendem Maße auch als politische Einheit mit Gewicht hervortritt. Dennoch zeigt sich spätestens im Staatsexamen, dass es allzu häufig an einem umfassenden Verständnis der rechtlichen Grundlagen der europäischen Integration fehlt. Nach wie vor bereitet das Studium des Rechts der Europäischen Union nicht selten größere Schwierigkeiten als das Studium des nationalen Rechts.

2 Gründe: Umfangreiche Materie und Dynamik

Hierfür lassen sich leicht Gründe finden. Zum Teil können die besonderen Schwierigkeiten im Umgang mit dem Recht der Europäischen Union mit der umfangreichen Materie erklärt werden, der noch keine entsprechende Ausdifferenzierung der Studiendisziplin entspricht. Auch Vorlesungen und Lehrbücher zum „Recht der Bundesrepublik Deutschland" müssten an der Oberfläche bleiben und würden auf Verständnisgrenzen stoßen. Daneben ändern sich der institutionelle Rahmen und das Normengefüge in regelmäßigen Abständen, so dass diesbezügliche Gewissheiten schnell zu Makulatur werden. Änderte sich in Deutschland das gesamte Staatsorganisationsrecht im Dekadenrhythmus, würde auch dies zu großen Unsicherheiten führen. Schließlich besteht keinerlei Einigkeit über all jene Grundlagen, die im staatlichen Rahmen für selbstverständlich gehalten werden, etwa Gestalt, Rechtsnatur und Finalität der Union.

3 Weitere Gründe: Mystische Natur

Dies allein aber erklärt die Schwierigkeiten im Umgang mit Unionsrecht noch nicht. Auch andere Rechtsgebiete ändern sich dynamisch und kontinuierlich, ohne dass Berührungsängste entstehen. Dennoch missverstehen sich Wissenschaftler und Studierende des Unionsrechts – in bemerkenswertem Kontrast zu dessen Praktikern – häufiger als in anderen Rechtsgebieten. Hieran ist die „mystische Natur des Europarechts" nicht ganz unschuldig. *Einerseits* legen Europarechtler Wert darauf, dass ihre Materie „anders" ist und bestehen auf dem *sui generis*-Ansatz der teleologischen Auslegungsmethode des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) bei der Interpretation von primärem und sekundärem Unionsrecht. Dadurch setzen sie eine Markierung, mit deren Hilfe sie sich von „anderen" Juristen abgrenzen, welche nicht in die Eigenarten des Europarechts eingeweiht sind. *Andererseits* legen sie Wert darauf, dass ihre Materie jedem anderen Recht vergleichbar ist, da es dogmatisch und beschreibend

angegangen und ausdifferenziert werden muss.[1] Hierdurch entsteht eine schwierige Gemengelage für diejenigen, die das Unionsrecht anwenden müssen – was in Anbetracht des sich ausweitenden Radius des europarechtlichen Normzugriffs immer häufiger der Fall ist. Obwohl das Unionsrecht „irgendwie" anders, komplizierter und dynamischer ist, unterliegt es der gleichen methodischen Strenge wie nationales Recht; obwohl es sich um eine deutlich stärker wirtschaftlich, politisch und kulturell kontextualisierte Rechtsordnung handelt, müssen ihre Regeln methodisch in diejenigen des nationalen Rechts eingepasst werden; obwohl es sich um eine Verschraubung von Rechtsregeln im Mehrebenensystem handelt, die Reibungen und Widersprüche erzeugt, muss die Klausurlösung reibungsfrei und ohne Widersprüche zielgenau dem eindeutigen Ergebnis zustreben.

4 Technische Herangehensweise

Der tiefere Grund für die Defizite im Verständnis des Unionsrechts liegt wohl in der didaktischen Herangehensweise, die wiederum in der Geschichte der wissenschaftlichen Herangehensweise wurzelt. Der französisch und deutsch beeinflussten Europarechtswissenschaft wurde vorgeworfen, das Europarecht zumindest über lange Zeit als „ausgesprochen technisches Regelwerk zu betrachten (und zu unterrichten), als dichtes dogmatisches Gebilde"[2], als „Verfassungsrecht ohne Politik …, die Gemeinschaft als rein juristische Idee; die geschriebene Verfassung als heiligen Text; den Kommentar der Rechtswissenschaftler als Rechtswahrheit; und das Verfassungsgericht als entkörperlichte Stimme der richtigen Vernunft und der Verfassungstechnologie".[3] Für diese Art des Europarechts sind bestimmte historische Kontexte – ein komplexes kulturelles Kaleidoskop – verantwortlich zu machen. Unionsrecht wurde zunächst ausschließlich von wenigen Spezialisten unterrichtet, die der Tradition des Verfassungs- oder Verwaltungsrechts entstammten. Viele von ihnen waren für den EuGH tätig.[4] Im Unterricht wurde regelmäßig dem institutionellen Recht der Vorrang vor dem materiellen Recht eingeräumt, was zu einer zusätzlichen Technisierung beitrug. Die „wissenschaftliche" Universitätsschulung war dadurch insgesamt stark durch die „handwerkliche" Anwaltsschulung[5] geprägt; dabei wurden Theorie und Kontext vernachlässigt.[6]

5 Formalistischer Rechtsdiskurs

Diese Vernachlässigung von Theorie und Kontext auch im deutschen Umgang mit Europarecht hängt mit den kulturellen Bedingungen wissenschaftlichen Selbstverständnisses zusammen. An der deutschen Rechtskultur ist ein umfassender Siegeszug von Bewegungen in der Tradition des Rechtsrealismus

---

[1] *Shaw*, European Union Legal Studies in Crisis?, OJLS 16 (1996), 231 (235).

[2] *Snyder*, New Directions in European Community Law, London 1990, 1 ff.

[3] *Shapiro*, Comparative Law and Comparative Politics, South. Cal. LRev. 53 (1980), 537 (538).

[4] Eine genauere Untersuchung der Struktur der europarechtlichen Forschungs- und Publikationsgemeinschaft jener Zeit findet sich bei *Schepel/Wesseling*, The Legal Community: Judges, Lawyers, Officials and Clerks in the Writing of Europe, ELJ 3 (1997), 165. Für die deutsche Debatte: *Mangold*, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, Tübingen 2011, 169 ff.

[5] *Weber,* Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen, 5. Aufl. 1980, 456 ff.

[6] *Snyder*, New Directions in European Community Law, London 1990, 11.

vorbeigegangen. Geprägt wird diese Kultur daher im Kern durch einen formalistischen Rechtsdiskurs. Seine *Form* entfernt das Subjekt und damit die Subjektivität aus dem Recht und lässt dieses vernünftig, rational und objektiv erscheinen. Seine *Substanz* besteht aus einem Verständnis, das von der klaren Unterscheidbarkeit von Recht und Politik ausgeht. Man findet häufig die Forderung, Recht müsse auf „kritische Distanz" zur Politik gehen, sich durch die „gesicherte juristische Methode", also durch „rationale, intersubjektiv vermittel- und nachprüfbare, insofern objektive Kriterien und Standards" von der Politik abgrenzen und so „integer bleiben".[7] Danach besitzen juristische Diskurse im Vergleich zu politischen Diskursen eine höhere Rationalitätsvermutung. Das Politische erscheint als etwas Dynamisch-Irrationales, während das Recht etwas Statisch-Rationales zu sein scheint.[8] Auf anderer Ebene spiegelt dies die Dichotomie von politischem Staat und unpolitischer Privatrechtsgesellschaft. Recht stellt insofern ein *aliud* gegenüber „sozialen" Phänomenen wie Konsens, Konkordanz oder Konkurrenz dar. Die Suche nach dem Recht wird zur Suche nach der Wahrheit, so dass von einem „Mythos der unbefleckten Wahrheit" gesprochen werden kann.[9]

6 Recht besitzt viele Dimensionen

Rechtswissenschaft aber ist keine formale Wissenschaft, und Recht ist nicht das, was es zu sein vorgibt: objektiv, neutral und deduktiv. Recht ist gewalttätig: „Legal interpretation takes place on a field of pain and death".[10] Recht ist auch ein Mechanismus, mit Hilfe dessen Macht zwischen gesellschaftlichen Akteuren aufgeteilt wird; Recht ist auch ein Speichermedium für Ereignisse und Geschichten, die im Gedächtnis einer politischen Gemeinschaft eine große Rolle spielen. Recht besitzt eine Vielzahl von Dimensionen, die sich in der Form nicht erschöpfen und die durch das Formale und Formalistische auch nicht eingefangen werden können.

7 Können diese Dimensionen in einem Lehrbuch unthematisiert bleiben?

Nun könnte man argumentieren, dass es sich hierbei um Außerrechtliches handelt, das den juristischen Diskurs lediglich von außen irritiert, nicht aber Teil von Rechtswissenschaft im engeren Sinne sein kann und darf. Aufgabe der Rechtswissenschaft, so könnte das Argument lauten, sei vielmehr die Analyse und Weiterentwicklung des dogmatischen Geflechts von Ordnungsbegriffen, Lehrsätzen, Typologien, Figuren, Leit- und Strukturgedanken, das von der Praxis geschaffen wird. In der Herausbildung eines kohärenten, einheitlichen Gefüges oder Systems liege die eigentliche Bestimmung von Rechtswissenschaft, da nur so ein dogmatisches Geflecht übersetzt und dadurch erlernbar und handhabbar werde. Angesichts des ständig anwachsenden Prüfungsstoffes im Staatsexamen könnte in der Logik dieses Arguments außerdem viel dafür sprechen, den Blick nicht über die engen dogmatischen Ränder des Rechts hinaus schweifen zu lassen und sich auf die allernötigsten dogmatischen Grundstrukturen und -begriffe zu konzentrieren. Studium an der Universität hin oder her

---

[7] Zitate bei *Böckenförde*, Die Eigenart des Staatsrechts und der Staatsrechtswissenschaft, in: *ders*., Staat, Verfassung, Demokratie, Frankfurt a.M. 1991, 11 (26 f., 19).

[8] *Leibholz,* Bericht des Berichterstatters an das Plenum des Bundesverfassungsgerichts zur „Status"-Frage (1952), JöR N.F. Bd. 6 (1957), 120 (121 f.).

[9] *March/Olsen,* Democratic Governance, New York 1995, 173.

[10] *Cover*, Violence and the Word, Yale LJ 95 (1986), 1601.

– Wissenschaft ist eben doch etwas anderes als juristische Ausbildung, und so mag es der Wissenschaft des Europarechts überlassen bleiben, von den Rändern des Rechts oder gar rechtsfremden Theorien Kenntnis zu nehmen.

8 Kontext wirkt auf Dogmatik zurück

Ich halte dieses Argument für nicht überzeugend. Richtig daran ist, dass die Arbeit am dogmatischen System eine wichtige Kernaufgabe der Rechtswissenschaft darstellt, die nicht nur auf die Form, sondern auch auf den Inhalt des Rechts zurückwirkt, indem sie beispielsweise Rechtssicherheit zur Verfügung stellt. Dennoch ist es undenkbar, dass sich die Wissenschaft vom Recht hierauf beschränken kann. Die Dimensionen des Rechts, die einen gegenüber dem systematischen, durch die Norm geleiteten dogmatischen Denken überschießenden Gehalt besitzen, lassen sich nicht von der engeren dogmatischen Arbeit isolieren. Wenn Recht z.B. ein Kommunikationsmedium zwischen verschiedenen Institutionen darstellt – etwa ein Gespräch zwischen Gerichten auf nationaler und Gerichten auf transnationaler Ebene sowie zwischen Gerichten und Regierungen – , liegt es nahe, dass der Inhalt der zwischen diesen Institutionen kommunizierten Botschaften auf den Inhalt der Dogmatik zurückwirkt. So ist denkbar, dass ein übernationales Gericht wie der EuGH ein Urteil u.a. deshalb in eine bestimmte Richtung fällt, um die nationalen Gerichte zur Zusammenarbeit zu motivieren, oder um den mitgliedstaatlichen Regierungen zu signalisieren, dass Kompetenzbeschränkungen der EU in Luxemburg ernst genommen werden und sich politische Initiativen daher erübrigen. Analysiert man ein solches Urteil allein aus einer eng verstandenen dogmatischen Perspektive, läuft man Gefahr, das Wesentliche der Rechtsprechung zu verpassen. Die dogmatischen Grundstrukturen und -begriffe lassen sich nicht begreifen, wenn man den Blick nicht ein wenig schweifen lässt.

9 Insbesondere Europarecht muss Kontexte thematisieren

Bereits bei einer rational durchdachten und geordneten Rechtsmaterie wie dem deutschen Zivilrecht ist zweifelhaft, ob ein enges dogmatisches Verständnis von Rechtswissenschaft hinreicht.[11] Für das Europarecht gilt dies erst recht. Europarecht ist kein kohärenter, in sich abgestimmter und zeitloser Normkörper. Es ist durch die in sich verschraubten Rechtstraditionen, Regelungsebenen und institutionellen Entwicklungen ganz anders entstanden als etwa das deutsche Bürgerliche Gesetzbuch. Die „Gründerväter" haben nie, von Expertenkommissionen beraten, für einen längeren Zeitraum zusammengesessen, um das in seiner heutigen Form existierende Recht der Union zu entwerfen. Was wir heute als supranationale Verfassungsstruktur kennen, ging hervor aus einer völkerrechtlichen internationalen Organisation, welche sich durch Regierungskonferenzen gebildet und weiterentwickelt hat. Das sekundäre Unionsrecht ent-

[11] Vgl. für kontextorientierte Vermittlung und Kritik des Zivilrechts etwa *Harris/Campbell/Halson*, Remedies in Contract and Tort, London, 2. Aufl. 2002; *Davies*, Perspectives on Labour Law, Cambridge (Engl.), 2. Aufl. 2009; *Cane*, Atiyah's Accidents, Compensation and the Law, Cambridge (Engl.), 8. Aufl. 2013. Beispielsweise wird zunehmend auf die wichtige Rolle von Narrationen im Urteil hingewiesen, etwa von *Amsterdam/Bruner*, Minding the Law: How Courts Rely on Storytelling, and How their Stories Change the Ways We Understand the Law and Ourselves, Cambridge (Mass.) 2001; *Bruner*, Making Stories: Law, Literature, Life, Cambridge (Mass.) 2002.

stammt einem Gesetzgebungsprozess, an welchem ein internationaler Beamtenkörper (die Kommission), nationale Vertreter der Mitgliedstaaten (der Rat) und ein international zusammengesetztes Parlament mitwirken. Allein aus dieser institutionellen Situation ergibt sich eine deutliche Gemengelage von Interessen und Einflüssen, die reiner Rationalität zuwiderlaufen. Schließlich ergibt sich der Zuschnitt der geltenden europarechtlichen Ordnung zu einem guten Teil aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union, der nicht zu Unrecht als „Motor der Integration" bezeichnet wird. Er hat seine wichtigsten dogmatischen Konstruktionen – unmittelbare Anwendbarkeit, Vorrang, Sperrwirkung – in einer Zeitspanne von der Mitte der 1960er Jahre bis zur Mitte der 1980er Jahre entworfen. Dies war genau die Zeitspanne, in der der Rechtsetzungsprozess der Union durch den Luxemburger Kompromiss und die Möglichkeit eines jederzeitigen nationalen Vetos geprägt war. Die Tätigkeit des EuGH ging also mit einer Untätigkeit der politischen Institutionen einher.[12] Aus diesem Grund ist es unmöglich, automatisch von einer Kohärenz von „Gesetzgebung" und Rechtsprechung auszugehen. Zudem gibt es auf beiden Seiten eine Vielzahl von Brüchen, Umstellungen und Präferenzverschiebungen. Am Ende steht das Europarecht in seiner heutigen Form, welche durch Inkonsistenzen und Schrullen gekennzeichnet ist. Blickt man nun auf das Europarecht in der Erwartung eines rational und widerspruchsfrei geordneten Normkörpers, sind diese Inkonsistenzen für den Studierenden unverständlich und für den Kommentierenden ein zu kritisierendes Ärgernis. Legt man aber diese Erwartung beiseite und denkt Europarecht nicht als in Raum und Zeit suspendierten Normkörper, so gelingt es, die Entwicklung der Rechtsregeln in ihrem historischen, politischen, wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Kontext nachzuzeichnen und zu verstehen.

10 Wachsende Kontextualisierung

Die Wissenschaft hat sich einer kontextualisierten Analyse gegenüber in wachsendem Maße offen gezeigt. Hierfür gibt es mehrere Gründe, von denen einige auf der Hand liegen.

11 Wissenschaftlicher Austausch

Erstens ist in der vergangenen Dekade der Austausch mit anglo-amerikanischen Formen des Rechtsdenkens stark angestiegen.[13] Insbesondere jüngere Wissenschaftler zeigen sich, durch Studien- und Lehrkontakte mit den USA

[12] *Weiler,* The Community System: The Dual Character of Supranationalism, Yb.EL 1 (1981), 267.

[13] Die anglo-amerikanische Europarechtsforschung hat gleichfalls einen Wechsel vollzogen. Bis in die 1980er Jahre hinein dominierten auch hier rein dogmatische Ansätze (etwa *Hartley*, The Foundations of European Community Law, Oxford, 2. Aufl. 1988; *Lasok/Bridge*, Law and Institutions of the European Communities, 4. Aufl. 1987; *Wyatt/Dashwood*, The Substantive Law of the EEC, 2. Aufl. 1987). Eine Änderung in Richtung Kontextorientierung dürften bereits die Aufsätze von *Stein*, Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution, AJIL 75 (1981), 1, und *Weiler*, The Community System: The Dual Character of Supranationalism, Yb.EL 1 (1981), 267, herbeigeführt haben. Vertieft wurde diese mit dem von *Cappelletti*, *Seccombe* und *Weiler* 1986 mehrbändig herausgegebenen Projekt Integration Through Law. Unumkehrbar wurde sie mit *Snyder*, New Directions in European Community Law, London 1990. Die großen Lehrbücher sind heute alle kontextorientiert; vorangegangen sind *Craig/de Búrca*, EC Law: Text, Cases, and Materials, Oxford 1995 (heute in der 6. Aufl.).

und Großbritannien geprägt, beeindruckt von der Faktenorientierung des Common Law, das das Richterrecht (mit seiner Sachverhaltszentriertheit) statt den Normtext in den Mittelpunkt rückt. Normen sind je nach individuellem oder institutionellem Normadressaten anders auszulegen und anzuwenden; eine einheitliche Methodenlehre, die für alle Rechtsbereiche gleich tauglich sein soll, muss sich dann jedenfalls manchmal als zu starr und klobig erweisen.[14] Eine Reihe von jüngeren Dissertationen zeigt explizit dieses neue methodische Verständnis.[15]

12 Verändertes wissenschaftliches Selbstverständnis

Zweitens ist die Rechtswissenschaft insgesamt in eine methodische Krise geraten, die auf das Selbstverständnis der Wissenschaft zurückgeschlagen ist. Der Streit hierüber ist medienwirksam ausgetragen worden, hat noch kein Ende gefunden und erstreckt sich auch auf das Studium des Rechts.[16] Verstärkt wird er durch die Forderung von Institutionen wie dem Wissenschaftsrat nach einer Verstärkung von Interdisziplinarität, Internationalität und Grundlagenorientierung im Recht.[17] Es ist daher wenig verwunderlich, dass überall der Begriff „Kontext" aufblüht, von Seminaren über Blogs bis zu Sonderforschungsbereichen. Auch wenn hier nicht alles Gold ist, was glänzt, und manchmal nur die Überschrift geändert wurde über dem, was auch früher genau so hätte veröffentlicht werden können, ist die Lage der deutschen Rechtswissenschaft heute doch eine fundamental andere als z.B. vor zwölf Jahren, als dieses Lehrbuch zum ersten Mal erschienen ist.

13 Verschraubung von Rechtsordnungen

Drittens – vielleicht am banalsten – wird in dem Moment, in dem mehrere Rechtsordnungen miteinander verschraubt werden, die Notwendigkeit der Kontextualisierung unumgehbar. Es ergeben sich nicht nur historisch bedingte, pfadabhängig geschärfte und kulturell eindrückliche Reibungen, sondern auch und vor allem institutionelle Bündnisse und Konkurrenzen. Wer darf was, wenn es um die Übersetzung unionsrechtlicher Pflichten in nationale Dogmatik geht? Wer hat das letzte Wort, wenn Grundrechte sowohl durch die Grundrechtecharta der Union als auch durch die EMRK geschützt sind? Wer trifft die Entscheidung darüber, ob Umsetzungsakte von Maßnahmen des UN-Sicher-

---

[14] *Lepsius*, Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen?, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, Die Verwaltung 2007, Beiheft 7, 319 (325).

[15] Etwa *Mangold*, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, Tübingen 2011; *Delfs*, Komplementäre Integration, Tübingen 2015; *Bergmann*, Zur Souveränitätskonzeption des EuGH, Diss. 2017.

[16] Statt vieler *Oestmann*, Das freie Denken kommt zu kurz, FAZ.net v. 03.12.2014; *Wissmann*, Hier geht es um Indianer, nicht um Häuptlinge, FAZ.net v. 14.12.2014; *Jansen*, Bildet Anwälte des Rechts, nicht Rechtstechniker, FAZ.net v. 11.01.2015; zuvor etwa (ausgelöst durch die Plagiatsaffäre von zu Guttenberg) *Heinig/Möllers*, Kultur der Kumpanei, FAZ.net v. 23.02.2011 und Kultur der Wissenschaftlichkeit, FAZ.net v. 20.04.2011; *Canaris/Schmidt*, Hohe Kultur, FAZ.net v. 06.04.2011; *Huber/Radtke*, Leistungsfähig und vorbildlich, FAZ.net v. 06.04.2011; *Lepsius*, Nie war sie so dogmatisch wie heute, FAZ.net v. 18.05.2011.

[17] *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, 2012, Drs. 2558-12.

heitsrates nach Kapitel VII der UN-Charta den Anforderungen eines fairen Verfahrens noch entsprechen? Das Austarieren von juristischer (und politischer) Entscheidungshoheit in Mehrebenensystemen ist keine Aufgabe, die einer juristischen Methodenlehre überantwortet werden kann, sondern sie muss – dogmatisch vertretbar – kontextualisiert getroffen und verstanden werden. Allein die Praxis der sich immer weiter anlagernden, ineinander schiebenden Rechtsordnungen hat die Wissenschaft des Rechts verändert.

14 Politisierung der Integration und des Rechts

Viertens schließlich hat die europäische Integration ein Stadium erreicht, in dem sich die Vorstellung, Verteilungsfragen (von Waren über Geld bis hin zu Flüchtlingen) technokratisch beantworten zu können, als Illusion herausgestellt hat und man zur Kenntnis nehmen musste, dass die Antworten an gesellschaftliche Diskurse zu Sinn und Zweck der Integration, zu Legitimation und Legitimität, zu rechtlichem Können und demokratischen Wollen, zum Selbstverständnis und zur politischen Identität angebunden werden müssen. Die europäische Integration ist m.a.W. inzwischen massiv politisiert. Offenkundig ist dies bei – inzwischen öffentlich diskutierten – Personalentscheidungen; doch besitzt auch und gerade der Binnenmarkt eine eminent politische, soziale, demokratische und kulturelle Dimension.[18] Dementsprechend überzeugt die Pose des objektiv-neutralen Binnenmarkt-Administrators, die die Kommission lange eingenommen hat, nicht mehr. Während sie einerseits mit neuem Selbstbewusstsein ihr politisches Rollenverständnis vorträgt, hält sie andererseits an der Attitüde des Experten fest; dieser besitzt aber bekanntermaßen ein spannungsreiches Verhältnis zur Demokratie. Expertentum lässt politischen Willen zu einem fast archaischen, angesichts der Sachzwänge gegenstandslosen Begriff verkommen. In einer politisierten Union ist dies ein immer weniger überzeugendes Herrschaftskonzept. Mit dem Experten-Administrator unterfällt aber auch der Experten-Rechtsentscheider zunehmend einer politischen Logik, deren praktische Wirkkraft sich nicht länger theoretisch verbergen lässt. Recht ist (auch) politisch, so wie es sozial und kulturell relevant ist. Hierauf muss die Wissenschaft des Rechts reagieren. Ein rechts-expertokratischer Modus der rein methodenorientierten, objektiven und neutralen Interpretation und Anwendung von Recht ist den Anforderungen eines solchen *law in action* nicht länger gewachsen. Nicht nur die Kommission und der Rat, sondern auch der EuGH und die nationalen Gerichte sind in diesem Sinne politische Akteure, deren Entscheidungen im Kontext ihres politischen, sozialen und kulturellen Umfeldes gelesen werden müssen.

15 Auch die Lehre muss reagieren

Wenig geändert hat sich freilich die Welt des juristischen Lehrbuches. Nach wie vor ist diese durch entkontextualisierte Dogmatik gekennzeichnet, die ein Universum jenseits der vermeintlichen Kontaminierungen durch politische, soziale und kulturelle Bedeutungen errichtet. Das mag daran liegen, dass das erklärte Ziel darin besteht, den Studierenden zunächst das „juristische" Denken beizubringen, das sich durch andere Logiken und Grammatiken als das nichtjuristische Denken auszeichnet. Zudem handelt es sich nicht selten um erweiterte Vorlesungsskripte, die Veranstaltungen begleiten, an deren Ende eine

[18] Dazu *Haltern*, Soziokulturelle Präferenzen als Grenze des Marktes, Tübingen 2016.

Falllösungsklausur steht. Auch das Juristische Examen prüft „juristisches" Denken am Maßstab einer gelungenen Falllösung. Die Kombination dieser Umstände resultiert in einer Stoffvermittlung durch Lehrbücher, aus denen Studierende die Klausurformulierung erlernen, nicht aber ein vertieftes Verständnis für den Stoff. Dogmatische Lösungen sind immer Antworten auf Probleme, die der konkrete Sachverhalt, eine konkrete Konstellation und ein konkreter Kontext aufwerfen. Manche dogmatischen Schritte – etwa die Prüfung der *Keck*-Formel im Rahmen der Maßnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen – sind ohne detaillierte Kenntnis des Kontextes schlicht unverständlich. Andere – etwa die Judikatur zum judikativen Unrecht – sind zwar als solche verständlich, lassen ihren tieferen Sinn aber nur bei Kenntnis des institutionellen Kontextes erkennen. Viel häufiger als seltener wird die eigentliche Bedeutung einer dogmatischen Figur verfehlt, wenn man sie „prinzipienhaft" – im von Umwelteinflüssen bereinigten Labor – kontextfrei betrachtet. Der Kontext beeinflusst die Dogmatik; die Urteile fallen nicht nur in „Anwendung" textlicher Vorgaben oder in „Ableitung" aus bestimmten Prinzipien, sondern auch in einem konkreten zeitlichen und räumlichen Umfeld, das durch institutionelle Konkurrenzen, politische Machtkämpfe, kulturelle Bedeutungsverschiebungen und soziale Konsequenzen geprägt ist. Diese sind oft nicht weniger bedeutend für das Urteil als die textliche Vorgabe oder das Präjudiz. Dass der EuGH solche Kontexte nicht selten verschweigt, entlastet weder die Wissenschaftler noch die Lehrenden davon, sie aufzudecken und plausibel zu machen. Gerichte leiten ihre Legitimation u.a. daraus ab, dass sie dem demokratischen Gesetz zur Durchsetzung verhelfen und die rechtliche Eigenlogik somit auf den Schultern des Politischen steht. Die Gesetze – die Verträge, Richtlinien, Verordnungen – sind Quelle gerichtlicher Autorität, die ein Spruchkörper nicht einfach aufgrund bestimmter Kontextanforderungen über Bord werfen kann. Es liegt daher nahe, dass in der Sprache der Gerichte bestimmte Kontextsensibilitäten verschwiegen werden. Das aber bedeutet natürlich nicht, dass sie nicht vorhanden wären, und es liegt an uns, den Studierenden des Unionsrechts, sie offenzulegen und einer Bewertung zuzuführen.[19] Deutlich ist jedenfalls, dass kein Studierender hoffen kann, ein vertieftes Verständnis vom Europarecht zu erlangen, ohne diesen Kontext ernst zu nehmen.

A. Dogmatik im Kontext: Drei Kreise der rechtswissenschaftlichen Arbeit

16 Drei Ebenen der Analyse

Wenn das Recht der Europäischen Union kein in Raum und Zeit suspendierter Rechtskörper ist, den man losgelöst von institutionellen und anderen Kontextüberlegungen analysieren kann, stellt sich die Frage, wie im Idealfall eine

[19] *Haltern/Bergmann*, Einleitung: Der EuGH in der Kritik, in: dies. (Hrsg.), Der EuGH in der Kritik, Tübingen 2012, 1.

der Komplexität ihres Gegenstandes angemessene Wissenschaft vom Europarecht aussehen soll. Mein Vorschlag besteht darin, drei Analyseebenen zu berücksichtigen, die sich wie konzentrische Kreise zueinander verhalten.

I. Kreis 1: Dogmatik im engeren Sinne

17
Aufgabe und Ziel dogmatischen Arbeitens

Der innere Kreis bezeichnet die Dogmatik als begrifflich-konstruktives Arbeiten am dogmatischen Geflecht und ist in erster Linie Arbeit am Begriff. Ziel ist es, „das dogmatische Geflecht als ein aus möglichst klar umrissenen Bausteinen zusammengesetztes Gefüge abzubilden, das innere Widerspruchsfreiheit aufweist und eine möglichst weit reichende Erklärungskraft besitzt (Kohärenz des Gefüges).“[20] Aufgabe der Arbeit in diesem Kreis ist also die Analyse des dogmatischen Geflechts, das aus einer Vielzahl von miteinander verbundenen Ordnungsbegriffen, Typologien, Strukturgedanken und einer Gemengelage diffus-offener Überzeugungen und Anschauungen gebildet ist. Die möglichst präzise Entwicklung und kohärente Inbeziehungsetzung dieser Bausteine durch die Rechtswissenschaft macht das dogmatische Geflecht erst verstehbar und handhabbar. Hierfür bedarf es keinerlei interdisziplinären Wissens, sondern es reicht die Beherrschung dogmatischer Strukturen und juristischer Methode, also das Handwerkliche des Rechts.

18
Tugenden des dogmatischen Diskurses

Dieses rechtswissenschaftliche Wissen wird an juristischen Fakultäten und in Repetitorien vermittelt. Es besitzt großen Einfluss auf das juristische Denken, und dies auch mit gutem Grund. Die juristische Methode hat ungewöhnlich stabilisierende und konfliktvermeidende Wirkung. Sie zivilisiert die Diskussion und reduziert in erheblichem Maße das Potential für Konflikt, Konfrontation und Gewalt, indem sie die Sprache des Konflikts durch diejenige wissenschaftlicher Untersuchung ersetzt. Formalistischer Diskurs stellt außerdem eine Verknüpfung mit dem Gerechtigkeitsideal her, indem er vorgibt, der Wahrheit oder der Gerechtigkeit, nicht aber der Macht oder dem Mammon zu dienen. Er reduziert darüber hinaus Komplexität, indem er die Welt auf die Frage nach dem Sachverhalt und die Frage nach der Rechtslage reduziert. Hierdurch schafft die juristische Methode auch eine gewisse Anschlussfähigkeit. Gemeinsam mit der gerade genannten Aufgabe dogmatischer Arbeit sind dies die Gründe dafür, warum deutsche Juristen, die an internationalen oder interdisziplinären Diskursen teilnehmen, ein Sendungsbewusstsein für die Tugenden von Dogmatik entwickeln. Deutsche Rechtswissenschaft gerät unter Rechtfertigungsdruck, wenn Amerikanern oder Politologen der Sinn solider dogmatischer Arbeit nahe gebracht werden soll.[21] Letzteres geschieht nicht grundlos. Dogmatische Arbeit ist der Kern juristischen Arbeitens und in hohem Maße zu

---

[20] *Bumke,* Der Grundrechtsvorbehalt, Baden-Baden 1998, 30.

[21] *Jestaedt*, Wissenschaft im Recht: Rechtsdogmatik im Wissenschaftsvergleich, JZ 2014, 1. Beispiel im Europarecht: *Classen*, Wie deutsch ist das Europarecht? Zum deutschen Einfluss auf das Unionsrecht und seine Grenzen, in: Kischel (Hrsg.), Der Einfluss des deutschen Verfassungsdenkens in der Welt: Bedeutung, Grenzen, Zukunftsperspektiven, Tübingen 2014, 93.

wertschätzen; dass eine wissenschaftliche Nabelschau eingesetzt hat, ist vor diesem Hintergrund nur zu begrüßen.[22]

19
Auch zunehmende Berechtigung des dogmatischen Diskurses

In vielen Bereichen hat sich das Recht der Europäischen Union derartig etabliert, dass die Verschraubung mit den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten keine größeren Verwerfungen mehr nach sich zieht. Dadurch ist es dem EuGH möglich, weniger wie ein Verfassungs- und mehr wie ein Obergericht zu agieren. Er ist auch nicht genötigt, beständig die Sensibilitäten der nationalen Gerichte zu beobachten, um ihre Befolgungsbereitschaft und freiwillige Kooperation sicherzustellen. Dann rücken die Kontexte etwas zur Seite und geben den Blick frei auf die Notwendigkeit, das Recht wissenschaftlich zu ordnen und dogmatisch zu strukturieren. Ist der institutionelle Kampf gekämpft und hat sich der Pulverdampf verzogen, kann geordnet werden. Das ist nötig, denn im Getümmel der Schlachten um Vorrang, unmittelbare Anwendbarkeit, Letztentscheidungsrechte und Kompetenzen blieb eine Strukturierung und Rationalisierung des Rechtsstoffes, die autonom juristisch vorgeht, naturgemäß unterentwickelt. Befriedung bringt immer Ordnung mit sich, und man sieht entsprechende eigennormative Entwicklungen – sowohl seitens des EuGH als auch seitens der Wissenschaft – überall dort, wo die alltägliche Akzeptanz der EuGH-Entscheidungen vor allem durch die mitgliedstaatlichen Gerichte den Ausnahmezustand souveränitätsschützender Verteidigungskämpfe ersetzt hat; weite Teile des Binnenmarktrechts etwa gehören dazu. Hier besitzt der im engeren Sinne dogmatische Diskurs Raum und gute Berechtigung – wobei auch hier Kontexterwägungen nach wie vor eine Rolle spielen und zudem jeder Akzeptanzzustand durch eine einzige kontextunsensible Entscheidung in einen Aversionszustand umschlagen kann (weiter zum grundlegenden Verhältnis von Dogmatik und Kontext sogleich → I/23 ff.).

II. Kreis 2: Kontext

20
Was ist „Kontext"?

Rechtswissenschaftliche Arbeit darf sich daher nicht allein auf dogmatische Arbeit im engeren Sinne beschränken. Um die europäische Integration in ihrer rechtlichen Dimension verstehen zu können, benötigt man sowohl eine solide Kenntnis des geltenden Rechts (also dessen, was im anglo-amerikanischen Sprachraum als „black-letter law" bezeichnet wird und am besten mit „Dogmatik" wiedergegeben werden kann) als auch ein Verständnis des das Recht umgebenden Kontextes. Erst diese Kombination macht ein sinnvolles, vertieftes Studium des Europarechts möglich, und zwar sowohl in praktischer als auch theoretischer Hinsicht. Es soll das zentrale Anliegen der rechtswissenschaftlichen Ausbildung sein, dazu beizutragen, dass schwierige Rechtsprobleme analysiert und die Rolle des Rechts in seinem breiteren Kontext verstanden

[22] Etwa *Hilgendorf/Schulze-Fielitz* (Hrsg.), Selbstreflexion der Rechtswissenschaft, Tübingen 2015; *Kirchhof/Magen/Schneider* (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, Tübingen 2012; *Bumke* (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, Tübingen 2012; *Krüper/Merten/Morlok* (Hrsg.), An den Grenzen der Rechtsdogmatik, Tübingen 2010; *Jestaedt/Lepsius* (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, Tübingen 2008.

werden können.[23] Es handelt sich bei Dogmatik und Kontext also um zwei sich gegenseitig ergänzende Komplexe. „Law in the Books" und „Law in Action" generieren in ihrer Komplementarität Wissen, dessen es zum Verständnis des Europarechts und der europäischen Integration unerlässlich bedarf. Neben dem weiterzuführenden Projekt, Dogmatik zu entwickeln, zu verfeinern und auszudifferenzieren, besteht das zweite, hierauf aufbauende Projekt aus der Situierung des Europarechts in seinem sozialen, wirtschaftlichen, politischen und kulturellen Kontext. Es handelt sich hierbei um ein (freilich beschränkt) interdisziplinäres Unternehmen, da auch Einsichten aus den Sozial-, Wirtschafts- und Politikwissenschaften fruchtbar zu machen sind. Solche Einsichten werden aber rückübersetzt in einen genuin rechtswissenschaftlichen Diskurs.

21
Beispiel: Dogmatik und Kontext im Europarecht

Ein Beispiel soll dies verdeutlichen.[24] Richtlinien – eine Rechtsaktform des sog. Sekundärrechts, die vom Rat auf Vorschlag der Kommission erlassen wird und in Art. 288 AEUV normiert ist – müssen von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden. Manchmal versäumen Mitgliedstaaten diese Umsetzung innerhalb der gesetzten Frist. Dann stellt sich für Bürger, denen eine solche rechtswidrig nicht umgesetzte Richtlinie Rechte verleiht, die Frage, ob sie sich auf die Richtlinie selbst berufen können, wenn sie vor ihren nationalen Gerichten prozessieren (sog. unmittelbare Anwendbarkeit). Diese Frage musste der EuGH entscheiden. In einem grundlegenden Urteil (Rs. *van Duyn*[25]) sprach er sich für die unmittelbare Anwendbarkeit von Richtlinien in diesen Fällen aus, und zwar zunächst unabhängig davon, ob der Bürger sich gegenüber anderen Bürgern oder gegenüber dem Staat auf die Richtlinie berufen will. *Rechtspolitisch* war dies sinnvoll, da Richtlinien in politisch brisanten Materien wie etwa Verbraucherschutz eingesetzt werden und es daher darauf ankommt, sie so durchsetzungsfähig wie möglich zu machen (sog. *effet utile*). *Juristisch* war dies heikel, da Art. 288 AEUV seinem Wortlaut nach wohl die unmittelbare Anwendbarkeit von Verordnungen, nicht aber von Richtlinien vorzusehen schien: Richtlinien sind laut dieser Vorschrift nur „hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich", überlassen jedoch „den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel" (Art. 288 Abs. 3 AEUV). Der Ausspruch des EuGH, Richtlinien seien unmittelbar anwendbar, schien also der Tatsache zu widersprechen, dass den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung Ermessen eingeräumt war: Wie kann dann die noch nicht umgesetzte Richtlinie unmittelbar, ohne Umsetzung, anwendbar sein? Außerdem schien der EuGH in seinem Urteil zu übersehen, dass damit der Unterschied zwischen Richtlinien und Verordnungen, die laut Art. 288 Abs. 2 AEUV „unmittelbar in jedem Mitgliedstaat" gelten, eingeebnet war. Das *van Duyn*-Urteil schien damit in dogmatischer Perspektive ein äußerst problematisches Urteil zu sein. Die mitgliedstaatlichen Gerichte fühlten sich dementsprechend in ihren juristischen Sensibilitäten verletzt und kündigten die Kooperation mit dem EuGH auf. Die Vertrauenskrise manifestierte sich in einem Einbruch der Vorlagezahlen im

[23] *Snyder,* New Directions in European Community Law, London 1990, 1 ff.
[24] Ich behandele diesen Komplex ausführlich in → **II/687 ff.**
[25] Urteil van Duyn v. 04.12.1974, Rs. 41/74, EU:C:1974:133.

Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 AEUV. Eine solche Rebellion drohte das gesamte Rechtsschutzsystem der Union zu gefährden. Der EuGH reagierte prompt und schränkte seine zum Stein des Anstoßes gewordene Rechtsprechung in seinem nächsten Urteil (Rs. *Ratti*[26]) deutlich ein. Hier judizierte er, dass Richtlinien zwar in vertikalen Beziehungen – also in Konstellationen, in denen sich der Bürger gegenüber dem Staat auf eine nicht umgesetzte Richtlinie beruft – unmittelbar anwendbar sind, nicht aber in horizontalen Beziehungen – also in Konstellationen, in denen sich der Bürger gegenüber anderen Bürgern auf eine nicht umgesetzte Richtlinie beruft. Rechtspolitisch ist dies sinnlos, da vom Zufall abhängig ist, gegenüber wem sich der Bürger auf eine Richtlinie berufen will. Handelt es sich um einen Lehrer an einer privaten Schule, ist ihm die Berufung auf das in der nicht umgesetzten Richtlinie verbriefte Recht gegenüber seinem Arbeitgeber verwehrt; handelt es sich hingegen um einen Lehrer an einer öffentlichen Schule, steht ihm das Recht aus der nicht umgesetzten Richtlinie zu. Erklärbar ist dieser Schwenk allein dadurch, dass der EuGH die mitgliedstaatlichen Gerichte wieder besänftigen musste, um nicht das Vorabentscheidungsverfahren und damit das gesamte Rechtsschutzverfahren der Gemeinschaft zu gefährden. Offen bleibt die Frage, wie das Dilemma des vom Zufall abhängigen Rechtsschutzes gelöst wird. Hier ist zu ergänzen, dass der EuGH zwar an der *Ratti*-Rechtsprechung festhielt (*Faccini Dori*-Urteil[27]), die Rechtsschutzproblematik jedoch auf der Ebene des Sekundärrechtsschutzes, also über Schadensersatzfragen (*Francovich*-Rechtsprechung[28]), und weitere Strategien (wie die richtlinienkonforme Auslegungspflicht für nationale Richter, die beiläufig belastende Wirkung von Richtlinien und die richtlinienidentischen Grundrechteinhalte) zu lösen versuchte.[29] Dadurch ist das Problem horizontaler unmittelbarer Anwendbarkeit heute zwar nicht gelöst, stellt sich jedoch nicht mehr so dringlich.

22 Der *effet utile*-Gesichtspunkt ist ebenso wenig ein im strengen Sinne juristischer Punkt wie das inter-institutionelle Rechtsgespräch zwischen dem EuGH und den mitgliedstaatlichen Gerichten. Für Ersteres ist es notwendig zu wissen, in welchen Bereichen Richtlinien verwendet werden, um die Ratio des EuGH für seine mutige Rechtsprechung erkennen zu können. Für Letzteres bedarf es des Wissens darüber, dass der EuGH auf die freiwillige Kooperation nationaler Gerichte angewiesen ist, dass diese aber auf *van Duyn* mit einer Kooperationsverweigerung in Form einer Vorlagerebellion reagierten. Hierfür muss man Statistiken der Vorabentscheidungsersuche von mitgliedstaatlichen Gerichten in der Zeit unmittelbar nach *van Duyn* studieren. Obwohl eine im engsten Sinne dogmatische Analyse beide Gesichtspunkte ausblenden und stattdessen nach der „richtigen" Interpretation von Art. 288 AEUV fragen würde, erscheinen

---

[26] Urteil Ratti v. 05.04.1979, Rs. 148/78, EU:C:1979:110, Rz. 22.

[27] Urteil Faccini Dori v. 14.07.1994, Rs. C-91/92, EU:C:1994:292.

[28] Urteil Francovich v. 19.11.1991, verb. Rs. C-6/90 und C-9/90, EU:C:1991:428; Urteil Brasserie du pêcheur/Factortame III v. 05.03.1996, verb. Rs. C-46/93 und C-48/93, EU:C:1996:79.

[29] Vgl. etwa *Haltern*, Eine Lanze für Mangold, in: ders./Bergmann (Hrsg.), Der EuGH in der Kritik, Tübingen 2012, 25.

diese Aspekte wichtig, um die Vorzüge und Nachteile der EuGH-Rechtsprechung verstehen und umfassend beurteilen zu können. Dogmatik im ersten Kreis ernst zu nehmen bedeutet, im zweiten Kreis die Entstehungs- und Wirkbedingungen des Europäischen Unionsrechts in seiner Genealogie ernst zu nehmen. Der EuGH reagiert in seiner Arbeit auf zeitgebundene Irritationen sowohl rechtlicher als auch außerrechtlicher Natur. Er ist keineswegs nur ein autonom entscheidender Spruchkörper. Vielmehr ist das Rechtsschutzsystem der Union ein Tandem-System, welches die freiwillige Vorlagetätigkeit der mitgliedstaatlichen Gerichte zur Funktionsbedingung der EuGH-Rechtsprechung macht. Die Konsequenz ist, dass man die Urteile aus Luxemburg missversteht, wenn man sie als durch richterliche Machtfülle charakterisierte Rechtsmonologe begreift. Vielmehr handelt es sich um einen Teil des „Verfassungsdialogs" zwischen dem Gerichtshof und nationalen Richtern (und manchmal auch nationalen Gesetzgebern). Wenn dies die Folie ist, vor der EuGH-Urteile zu analysieren sind, ist selbstverständlich, dass sich eine Interpretation, welche ausschließlich die Norm und das Luxemburger Urteil in den Blick nimmt, lückenhaft bleiben muss. Es gehört zur genuinen rechtswissenschaftlichen Aufgabe im engeren Sinne, die Reaktionen und Irritationen der Rechts- und Politiksysteme der Mitgliedstaaten in die Überlegungen miteinzubeziehen. Eine Ebene, auf der dies möglich ist, ist die des juristischen Dialogs zwischen Gerichten. Eine weitere, mindestens ebenso plausible Ebene besteht darin, sich mit der Anreizstruktur sowohl der nationalen als auch der europäischen Richter auseinanderzusetzen und die institutionellen, politischen und sozialen Bedingungen zu analysieren, unter denen die Akteure der Union und der Mitgliedstaaten bei der Förderung des Integrationsprozesses operieren. An diesem Beispiel wird deutlich, in welchem Maße gute rechtswissenschaftliche Dogmatik auf Hilfestellungen seitens der Politikwissenschaft – seien sie nun neo-funktionaler, neo-institutioneller oder liberal-intergouvernementalistischer Natur – angewiesen ist.

23
Untrennbarkeit von Dogmatik und Kontext

Es handelt sich bei diesen im zweiten Kreis zu berücksichtigenden Überlegungen keineswegs um außerrechtliche Gesichtspunkte, wie etwa Fragen der politischen Wünschbarkeit. Das Funktionieren des europäischen Rechtsschutzsystems ist keine politische Frage, sondern der Garant für die Rule of Law, die der EuGH nach Art. 19 Abs. 1 EUV zu wahren hat. Das Verhältnis zwischen EuGH und mitgliedstaatlichen Gerichten wird somit zu einem rechtlichen Gesichtspunkt, den nicht nur der EuGH in seinen Entscheidungen zu bedenken hat, sondern den auch seine Beobachter und Kritiker berücksichtigen müssen und der zu einer vollständigen rechtlichen Analyse dazugehört. Mit anderen Worten ist der zweite Kreis mit dem ersten Kreis so eng verbunden, dass eine Trennung unmöglich ist. Wer dogmatisch denkt, muss (auch) in Kontexten denken. Das vorliegende Lehrbuch will mit der Erkenntnis, dass Kreis eins und Kreis zwei ineinander übergehen und an einer unübersehbaren Vielzahl von Stellen ineinander verschraubt sind, ernst machen. Es verabschiedet sich nicht vom dogmatischen Denken, im Gegenteil. Dogmatik ist das eigent-

liche Thema dieses Lehrbuches. Jedoch können Ordnungsbegriffe und Strukturprinzipien sowie ihre Typologien nur dann richtig entfaltet werden, wenn der institutionelle, politische, wirtschaftliche, soziale, kulturelle und historische Kontext mitbedacht wird.[30]

24
Recht im Kontext ersetzt nicht, sondern ergänzt Dogmatik

Manchmal werden die beiden Kreise als diametrale Positionen auf einer Skala verstanden, die von Dogmatik bis zu „Recht im Kontext", von „reinem Recht" zu Interdisziplinarität, manchmal von konservativem Methodenzwang zu progressivem Methodenfortschritt reicht. Diese Dichotomie – die auch in die Sackgasse einer Lagermentalität führt, in der die einen auf die anderen herabschauen – ist aber unzutreffend. *Zum einen* baut „Recht im Kontext" auf dogmatischen Überlegungen und Vorarbeiten auf. „Law in Action" ersetzt nicht, sondern ergänzt das Studium des Unionsrechts als „Law in the Books". Dogmatische Arbeit ist weder intellektuell leer noch systematisch folgenlos; vielmehr ist dogmatische Arbeit am Europarecht die Grundlage der Konstitutionalisierung Europas gewesen. Ein Archäologe kann aus Scherben und Ruinen eine Theorie der Gesellschaft und des täglichen Lebens ableiten; jedoch muss man die Scherben und Ruinen zunächst ausgraben und freilegen. Dieses Verdienst kommt der dogmatischen Arbeit am Europarecht zu;[31] Kontextüberlegungen sind nicht nur eingebettet in, sondern stehen auch auf den Schultern von dogmatischer Arbeit.[32] *Zum anderen* wird heute international ohnehin kaum noch eine Rechtswissenschaft betrieben, die sich den Ansprüchen des einen oder anderen „Lagers" vollständig verschließen kann. Die wichtigsten Zeitschriften im unionsrechtlichen Bereich – darunter die *Common Market Law Review* oder die *European Law Review (ELJ)* – veröffentlichen fast ausschließlich Beiträge, deren Zuschnitt sich nicht mehr klar dem einen oder dem anderen Schwerpunkt des Forschungsinteresses zuordnen lässt. Ähnliches gilt für das *European Law Journal*, das den Untertitel *Review of European Law in Context* trägt und sich dadurch programmatisch als Organ der „Recht im Kontext"-Bewegung positionieren will. Aber auch das *ELJ* veröffentlicht Beiträge schwerpunktmäßig dogmatischen Zuschnitts. Zu Beginn hatte es noch regelmäßig die Unterscheidung von eigentlichen Beiträgen einerseits und von Beiträgen in der ein wenig diskriminierenden Rubrik „Law As It Stands" andererseits postuliert. Diese Unterscheidung wurde praktisch aufgegeben, denn sie hat zunehmend an Überzeugungskraft und Sinn verloren. Es hat vielmehr den

---

[30] Dagegen entscheiden sich viele für einen engeren Dogmatik-Begriff und verabschieden sich vom Projekt einer kontextorientierten, interdisziplinär gestützten Rechtswissenschaft; vgl. etwa *Kühling/Lieth,* Dogmatik und Pragmatik als leitende Parameter der Rechtsgewinnung im Gemeinschaftsrecht, EuR 38 (2003), 371; *Pechstein/Drechsler*, Die Auslegung und Fortbildung des Primärrechts, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, Berlin u.a., 3. Aufl. 2015, 126.

[31] *Weiler,* The Reformation of European Constitutionalism, JCMSt 35 (1997), 97 (101).

[32] Lesenswert – auch zur ganz unangemessenen Herablassung von kontextorientierten Wissenschaftlern – *Arnull*, The Americanization of EU Law Scholarship, in: ders./Eeckhout/Tridimas (Hrsg.), Continuity and Change in EU Law: Essays in Honour of Sir Francis Jacobs, Oxford 2008, 415.

Anschein, als finde sich die Wissenschaft des Europarechts international in einem konsensualen Raum wieder, in dem weder dogmatische Arbeit noch Anschlüsse an fachfremde Disziplinen gescheut werden.

25 Recht im Kontext bedroht nicht die Autonomie des Rechts

Solche Anschlüsse bedrohen weder die Autonomie des Rechts noch die Ausdifferenzierung der Rechtswissenschaft als Wissenschaft. Selbstverständlich gilt auch für die Rechtswissenschaft, dass Ausdifferenzierung eine evolutionäre Errungenschaft ist und dass Disziplinarität der Kern einer wissenschaftlichen Arbeitsteilung ist, deren erhofftes Ziel größtmögliche Genauigkeit und Scharfsinnigkeit in der Generierung von Wissen ist. Insoweit ist die Rechtswissenschaft keine Ausnahme, sondern liegt auf einer Linie mit anderen Wissenschaften, wenn sie auf der Grenze zwischen sich selbst und der wissenschaftlichen Umgebung beharrt und diese beständig verstärkt. Nicht auf einer Linie mit anderen Wissenschaften hingegen liegt sie, wenn sie sich nicht von ihrer wissenschaftlichen Umgebung irritieren lässt. Abgekoppelt vom geisteswissenschaftlichen Diskurs kann sie weder hoffen, als Geisteswissenschaft, noch von den Geisteswissenschaften ernst genommen zu werden.[33]

III. Kreis 3: Kulturtheoretische Rechtswissenschaft

26 Kulturtheoretischer Ansatz

Ein dritter Analysekreis ist die kulturtheoretische Untersuchung des Rechts. In diesem Kreis emanzipiert sich das Studium des Rechts vom Zwang zu immer weiterer Reform, indem ein Platz zur Entflechtung von Rechtswissenschaft und Praxis geschaffen wird. Recht wird hier in seinen Bedeutungen als kulturelle Form und Symbol verstanden. Recht ist ja keineswegs nur ein Normenkörper, der von außen auf den Gesellschaftskörper einwirkt. Recht ist vielmehr eine bestimmte Art, die Welt zu beobachten und zu verstehen. Recht ist kein Ding, sondern eine Perspektive. Es ist eine Imaginationsform, deren Macht nicht in objektivierbaren Fakten, sondern in seiner Möglichkeit liegt, die auf die Bedeutung des Gesellschaftlich-Politischen bezogene Imagination zu stabilisieren. Während es immerhin ausreichend Ansätze für den zweiten Analysekreis gibt, ist der dritte, kulturtheoretische Kreis weitgehend unterbelichtet. Ich habe mich im Anschluss an US-amerikanische Theorien[34] daran gemacht, diesen Kreis gerade im Hinblick auf die europäische Integration für die Rechtswissenschaft zu erschließen.[35] Es handelt sich bei diesem Versuch, einen *cultural turn*

---

[33] *Möllers/Voßkuhle*, Die deutsche Staatsrechtswissenschaft im Zusammenhang der internationalisierten Wissenschaften, Die Verwaltung 36 (2003), 321.

[34] *Kahn,* The Cultural Study of Law, Chicago 1999; *ders*., The Reign of Law, New Haven 1997; *ders*., Putting Liberalism in Its Place, Princeton 2005.

[35] *Haltern,* Europarecht und das Politische, Tübingen 2005; *ders*., Rechtswissenschaft als Europawissenschaft, in: Schuppert/Pernice/Haltern (Hrsg.), Europawissenschaft, Baden-Baden 2005, 37; *ders*., Europarechtswissenschaft und ihre politisch-kulturellen Voraussetzungen, ZSE 4 (2006), 364; *ders*., Finalität, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Berlin u.a., 2. Aufl. 2009, 279; *ders*., Pathos and Patina, ELJ 9 (2003), 14; *ders*., Europa als Kulturgemeinschaft, in: Kadelbach (Hrsg.), Europa als kulturelle Idee, Baden-Baden 2010, 13; *ders*., Politik der Kultur als Selbstvergewisserung? Zur

der Rechtswissenschaft herbeizuführen, um ein genuin *rechtswissenschaftliches* Projekt. Dennoch ist dieser Analysekreis nicht untrennbar mit Dogmatik im engeren Sinne verknüpft. Um das Lehrbuch nicht zu überladen, habe ich davon abgesehen, diesen Kreis hier zu stark zu thematisieren. Das Lehrbuch zum Europarecht im Kontext beschränkt sich also im Wesentlichen auf die zuerst genannten beiden Kreise und greift auf den kulturtheoretischen Ansatz nur im Ausnahmefall zurück.

B. Rechtswissenschaft als gesellschaftliche Reflexionswissenschaft

27
Gestaltende Begleitung politischer und gesellschaftlicher Entwicklungen

Geklärt ist damit, dass man eine sich rein dogmatisch verstehende Rechtswissenschaft aufgeben muss, um Dogmatik überhaupt angemessen verstehen zu können. Daneben gibt es einen weiteren wichtigen Grund für das Studium des Unionsrechts im Kontext. Eine Rechtswissenschaft in enger dogmatischer Isolation gibt die informierte und integrierende Begleitung politischer und gesellschaftlicher Prozesse auf und beschränkt sich stattdessen darauf, lediglich die äußeren Ränder politischer und gesellschaftlicher Entwicklungen mit Hilfe der Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht zu bewachen. Im nationalen Kontext ist dies ein Problem; im transnationalen Zusammenhang ist es mehr als das. Der europäische Integrationsprozess zeichnet sich durch eine Vielfalt von Interessen und Logiken aus, die deutlich antagonistischer zueinander stehen als im Rahmen nationalstaatlicher Entwicklungen. Daneben verlaufen europäische Prozesse in Qualität und Quantität ungleich dynamischer als staatliche. Retrospektiv wird dies an der zunehmend gewichtigen Rolle der EU in der Welt deutlich; prospektiv zeigt es sich in der Tatsache, dass die Europäische Union zunehmend zu einem Experimentierfeld für Demokratietheorien und Governance-Prozesse von großer Innovationskraft wird. Will die Rechtswissenschaft solche Entwicklungen nicht nur nachvollziehen, sondern gestaltend begleiten, muss sie sich anschlussfähig zeigen und Kontexte ernst nehmen.

28
Anschlüsse des Rechtsdiskurses an rechtsfremde Diskurse

Die Anschlussfähigkeit wird durch genau jene Begriffe hergestellt, die das Zentrum der gegenwärtigen Debatte ausmachen: Verfassung, Demokratie, Staat, Legitimation, Volk, Bürger, Kultur, Werte, Supranationalität, politische Gemeinschaft, Identität, Zugehörigkeit und Fremdheit. Wenn „Verfassung" beispielsweise nur auf den Staat bezogen definiert wird und Verfassungsrecht daher nur nationales Recht sein kann, ergeben sich hieraus Konsequenzen für die rechtliche Diskussion des Institutionengefüges der Union. Wenn dieses von vornherein am Maßstab nationalstaatlicher Gewaltenteilung gemessen wird, lässt sich an die politikwissenschaftlich orientierten Studien des Neo-Institutionalismus oder der Mehrebenen-Systeme anschließen, entweder affirmativ oder kritisch. Wenn Demokratie nur im Hinblick auf ein „Volk" vorstellbar ist, bricht der umfangreiche sozialwissenschaftliche Diskurs darüber in das

---

Suche nach Eigenem und Fremdem in Europa, EuR 46 (2011), 512. Außerhalb des Europarechts: *ders*., Was bedeutet Souveränität?, Tübingen 2007; *ders*., Obamas politischer Körper, Berlin 2009.

Recht ein, was ein Volk ausmacht. Über die These, eine verfasste Demokratie setze eine Öffentlichkeit voraus, kann man diskurstheoretische Annahmen ins Normative übersetzen. Diese Beispiele könnten beliebig verlängert werden. Die Unschärfe der Begriffe erweist sich als Möglichkeit, Kopplungen zu anderen Disziplinen herzustellen und rechtsfremde Debatten für das Recht operationalisierbar zu machen. Damit wird etwa die juristische Debatte zur Verfassung der Europäischen Union zu einer Folie für all jene Diskussionen, die in den benachbarten Disziplinen über Form, Inhalt und Zukunft der EU geführt werden. In der Frage, ob die Union eine Verfassung braucht, kristallisieren sich Fragen nach der Identität, nach dem Wesen von Supranationalität, nach Gestalt und Finalität der Union, nach sozialer Konstruktion, nach Fremdheit und Zugehörigkeit, Homogenität und Multikulturalismus, nach Regionalisierung und Globalisierung, Politik und Kultur. „Verfassung" ist Teil eines Netzwerks von Begriffen, die den Rahmen dessen abstecken, was „Europa" bedeutet hat und bedeuten kann. Im Begriff der Verfassung eröffnet sich für den Juristen ein Jahrmarkt der Disziplinen und Bezüge; Europa ist keineswegs ein Gegenstand, welcher der wissenschaftlichen Entdeckung bedarf.

29 Kontexte sind nicht beliebig

Diese Vielfalt ist nicht gleichbedeutend mit Beliebigkeit. Anschlüsse werden nicht willkürlich gesucht und gefunden, sondern ergeben sich aus den gesellschaftlich und politisch relevanten Themen. Nicht alles ist gleich wichtig; auch ist nicht alles, was gestern relevant erschien, auch heute noch wichtig. Europa verändert sich im Laufe der Zeit, so dass sich die Antworten des Rechts ebenfalls wandeln müssen. Ging es gestern, als der Verfassungsvertrag erst aufgelegt und dann abgelehnt wurde, um die Form der Verfassung als geschriebenes Dokument, geht es heute, vor dem Hintergrund der Schulden- und Flüchtlingskrise, um die normative Stabilität und Nachhaltigkeit der verfassungsförmigen Regeln und die sich anschließende Frage, wie Stabilität und Flexibilität in Einklang gebracht werden können. Eine Rechtswissenschaft, die für ihre Kontexte sensibel ist, statt sich gegen sie zu imprägnieren, kann diese Entwicklungen abbilden und formen. Im glücklichsten Fall wird es möglich, Kreuzungen und Überschneidungen von Europadiskurs und Rechtsdiskurs in produktive Übereinstimmung zu bringen und damit ein Fenster zum Integrationsprozess als solchem zu öffnen. Ich will dies anhand der unterschiedlichen Phasen, die der Europadiskurs bisher durchlaufen hat, verdeutlichen. Es lassen sich vier voneinander abgrenzbare Diskursphasen unterscheiden, auf die die Rechtswissenschaft in unterschiedlicher Weise reagiert hat. Spielt man die juristischen Themen den Themen des Europadiskurses zu, stellt sich heraus, dass Rechtswissenschaft keineswegs das Gesellschaftliche verschattet, sondern es gerade darzustellen vermag.

I. Erster Diskurs: Formale Legitimität

30 Integration durch Recht

Der erste Europadiskurs entstand in der Gründungsphase der damaligen Europäischen Gemeinschaften und hatte die Entwicklung der Gemeinschaftsrechtsordnung zu einer supranationalen Ordnung zum Inhalt. Die Rechtswissenschaft

musste in Auseinandersetzung mit untereinander konkurrierenden politikwissenschaftlichen Integrationstheorien erklären, inwiefern dies als Schritt in Richtung einer Konstitutionalisierung der Gemeinschaftsverträge zu verstehen war. Hier hat die „Integration durch Recht"-Bewegung ihre bleibenden Verdienste.[36] Drei Themen standen im Vordergrund: die neue Qualität des Rechts und seiner dogmatischen Strukturen; die neue Qualität der Rechtsinstitutionen und ihres institutionellen Dialogs; und die neue Qualität des Zusammenhangs von Recht und Politik.

31
Rechtsqualität

Die neue Rechts- oder Verfassungsqualität hat der EuGH durch die Dogmatik der unmittelbaren Anwendbarkeit des EG-Rechts ab dem Jahre 1963 entwickelt. Ergänzt wurde sie durch die Vorrangrechtsprechung ab 1964 sowie der Entscheidung, dass dem Unionsrecht eine Sperrwirkung gegenüber nationaler Gesetzgebung zukommt, sobald ein Regelungsfeld vom Unionsrecht erfasst ist. Der EuGH hat die Unionsrechtsordnung damit zielstrebig aus dem klassischen Völkerrecht herausgehoben und in die Nähe von Konstitutionalismus gerückt. Daher waren die genannten Prinzipien auch von weitreichenden Annahmen über die Natur des Unionsrechts begleitet, das nun vom EuGH als „grundlegende Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft" bezeichnet wurde.[37] Dies warf die Frage der formalen Legitimität auf. Der Gerichtshof konnte sich für seine Leitentscheidungen weder der Zustimmung der europäischen Staaten versichern noch auf Zwangsmittel oder Durchsetzungsgarantien eines supranational institutionalisierten Machtapparates stützen. Der Begründungsmodus auch bei den großen Leitentscheidungen rekurriert allein auf juristische Argumentationskultur. Seine Aussagen zu Qualität und Inhalten des Unionsrechts hat der EuGH allein durch streng juridische Operationen abgesichert. Insofern drängt sich die Frage nach den Gründen für den Erfolg des Rechts im Integrations- und Konstitutionalisierungsprozess auf: „Der EuGH kann sagen, was immer er will; die eigentliche Frage ist, warum irgendjemand darauf hören sollte"[38]. Die Antworten können nicht allein in einem engen dogmatischen Dis-

---

[36] Klassisch *Weiler,* The Transformation of Europe, Yale LJ 100 (1991), 2403; daneben etwa *Weatherill,* Law and Integration in the European Union, Oxford 1995; *Craig/de Búrca,* EU Law: Text, Cases, and Materials, Oxford, 6. Aufl. 2015; *dies*. (Hrsg.), The Evolution of EU Law, Oxford, 2. Aufl. 2011; *Shaw*, Law of the European Union, Basingstoke u.a., 3. Aufl. 2000. Überblick über „Integration durch Recht" bei *Haltern*, Integration durch Recht, in: Bieling/Lerch (Hrsg.), Theorien der europäischen Integration, Wiesbaden, 3. Aufl. 2012, 339.

[37] Gutachten 1/91 v. 14.12.1991 – EWR I, EU:C:1991:490, Rz. 21. Freilich ist hier eine Relativierung anzubringen. Die (wichtige) französische Fassung sprach von „charte constitutionnelle" und assoziiert damit die Charte Constitutionnelle von Juni 1814, die in der französischen Verfassungsgeschichte gerade keine Verfassung, sondern ein Minus ist. Hier zeigen sich die Tücken der Übersetzung ebenso wie die Kompromissformeln Luxemburgs. Ausf. *Möllers*, Verfassunggebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, Heidelberg/Berlin, 2. Aufl. 2009, 227 (256 f.).

[38] *Alter*, The European Court's Political Power, WEP 19/3 (1996), 458 (459).

kurs gesucht werden, sondern verlangen das Verständnis des Kontexts und damit eine interdisziplinäre Neugier.[39] Der Grund für die überwiegende Kooperation der Exekutiven und Legislativen der Mitgliedstaaten könnte etwa darin liegen, dass aus Sicht der mitgliedstaatlichen Gewalten die Rechtsprechung des EuGH die Einhaltung von im Rahmen des politischen Entscheidungsprozesses einmal gefundenen Verhandlungslösungen sicherstellte; dadurch wurde ein gemeinsames Interesse daran erzeugt, die dogmatischen Konstruktionen des Gerichtshofes aufrechtzuerhalten und den Gerichtshof zu stützen.[40] Eine weitere, ebenso überzeugende Erklärung liegt in der Einsicht, dass die europäische Integration den Staat stärkt und gerade nicht einschränkt und schwächt; dadurch werden Anreize für die politischen Akteure der Mitgliedstaaten geschaffen, den Integrationsprozess zu stützen und zu nutzen.[41] Denkbar ist auch, dass die Regierungen der Mitgliedstaaten möglicherweise nicht rechtzeitig das volle Ausmaß der Konsequenzen der EuGH-Rechtsprechung erkannten. Ein Grund dafür könnte darin liegen, dass der Rechtsdiskurs anders geartet ist als der für Politiker gewohnte, auf Macht und Interesse basierende politische Diskurs.[42] Europarechtlicher Diskurs jedenfalls greift zu kurz, wenn er diese Gedanken ausblendet.

32
Rechts-institutionen

Einer der interessantesten Aspekte an der Konstruktion des europäischen Rechtssystems ist die Tatsache, dass die mitgliedstaatlichen Gerichte die Entscheidungen des EuGH akzeptiert haben; sie wurden zum Zünglein an der Waage des Gemeinschaftsrechtssystems. Die Gründe dafür sind vielschichtiger Natur und werfen ein Licht auf die institutionelle Komplexität des Integrationsprozesses. Das Rechtsschutzsystem der EG ist auf die freiwillige Kooperation der mitgliedstaatlichen Gerichte mit dem EuGH angewiesen. Die Frage, warum diese tatsächlich kooperiert haben, lässt sich verschieden beantworten.[43] Eine Erklärung mag die dem Rechtsdiskurs eigene Logik und Argumentations-

[39] Aus dem wissenschaftlichen Schrifttum etwa *Weiler,* Journey to an Unknown Destination, JCMSt 31 (1993), 417; *ders.*, A Quiet Revolution, Comp. Pol. St. 26 (1994), 510; *Alter*, Explaining National Court Acceptance of the European Court Jurisprudence, in: Slaughter/Stone Sweet/Weiler (Hrsg.), The European Courts and National Courts, Oxford 1998, 227; *dies.,* Establishing the Supremacy of European Law, Oxford 2001; *Garrett,* The Politics of Legal Integration in the European Union, Int. Org. 49 (1995), 171; *Slaughter/Mattli,* Law and Politics in the European Union, Int. Org. 49 (1995), 183; *de Búrca/Weiler* (Hrsg.), The European Court of Justice, Oxford 2001; *Stone Sweet,* Governing With Judges: Constitutional Politics in Europe, Oxford 2000. Auf Deutsch jetzt *Mangold*, Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht, Tübingen 2011.

[40] *Weiler*, Journey to an Unknown Destination, JCMSt 31 (1993), 428 f.; *ders.*, A Quiet Revolution, Comp. Pol. St. 26 (1994), 526 f.

[41] *Moravcsik,* Why the European Community Strengthens the State, Center for European Studies, Working Paper # 52, Harvard University 1994.

[42] *Burley/Mattli,* Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration, Int. Org. 47 (1993), 41.

[43] Etwa *Mattli/Slaughter,* The Role of National Courts in the Process of European Integration, 253; *Alter,* Establishing the Supremacy of European Law, Oxford 2001.

form sein, was EuGH und nationale Gerichte in eigener gerichtlicher Grammatik zusammenbindet.[44] Daneben seien nationale Gerichte sensibel für transnationale Rechtsprechungstrends, was die Akzeptanz der dogmatischen Konstruktionen aus Luxemburg erleichtert, wenn Gerichte in anderen Mitgliedstaaten dem EuGH zu folgen beginnen.[45] Man findet auch die Theorie der „Verfassungsdialoge" zwischen dem Gerichtshof und nationalen Richtern (und manchmal auch den nationalen Gesetzgebern)[46] oder die These des Wettbewerbs zwischen den Gerichten verschiedener Instanzenzüge innerhalb der Mitgliedstaaten.[47] Ich werde im Einzelnen im Kapitel über den Rechtsschutz in der Europäischen Union auf diese Überlegungen eingehen (→ § 7). Hier reicht die Feststellung aus, dass erst der Kontext die Begleitung eines streng juristischen Themas, nämlich des Prozessrechts in der EU, ermöglicht.

33
Recht und Politik

Bereits frühzeitig entdeckte man einen Zusammenhang zwischen der Tätigkeit des EuGH und der Untätigkeit der politischen Institutionen.[48] Es fiel auf, dass der Gerichtshof seine wichtigsten dogmatischen Konstruktionen in einer Zeitspanne von der Mitte der 1960er bis zur Mitte der 1980er Jahre entworfen hatte. Dies war genau die Zeitspanne, in der der Rechtsetzungsprozess der damaligen Gemeinschaft durch den Luxemburger Kompromiss und die Möglichkeit eines jederzeitigen nationalen Vetos geprägt war. Das Gemeinschaftssystem operierte in einem Entscheidungsmodus, der auf Konsens gestützt war. Dadurch schien viel Integrationsenergie verloren zu gehen: Verfassungsrechtliche und institutionelle Charakteristika der Gemeinschaft schienen zu versanden, neue Handlungsfelder blieben der Gemeinschaft damit verschlossen. Dieser Erosion von „Entscheidungssupranationalismus" stand jedoch eine Intensivierung von „normativem Supranationalismus" – dogmatischen Entwicklungen durch den Gerichtshof – gegenüber. Die Entwicklung dieser komplementären Seiten des Supranationalismus war mithin gegenläufig, nicht parallel. Der Grund dafür war eine Art Gleichgewicht zwischen weitgehender und effektiver transnationaler Integration auf der einen Seite (EuGH-Rechtsprechung) und der Bewahrung starker Staatlichkeit auf der anderen (Veto-Recht im politischen Prozess).[49] Mit anderen Worten waren die Mitgliedstaaten in der Lage, die gewagten dogmatischen Konstruktionen des EuGH hinzunehmen, *weil* sie über ein Veto im Hinblick auf die Maßnahmen verfügten, die von den Verfassungselementen des Gerichtshofes betroffen waren. Die Mitgliedstaaten besaßen sogar zusätzlichen Anreiz, die Entstehung solcher verfassungsförmiger Charak-

---

[44] Nachw. bei *Weiler*, Journey to an Unknown Destination, JCMSt 31 (1993), 423 f.

[45] *Weiler*, A Quiet Revolution, Comp. Pol. St. 26 (1994), 521 ff.

[46] *Stone Sweet,* Constitutional Dialogues in the European Community, in: Slaughter/Stone Sweet/Weiler (Hrsg.), The European Courts and National Courts, Oxford 1998, 305.

[47] *Alter*, Explaining National Court Acceptance of the European Court Jurisprudence, in: Slaughter/Stone Sweet/Weiler (Hrsg.), The European Courts and National Courts, Oxford 1998, 227.

[48] *Weiler,* The Community System: The Dual Character of Supranationalism, Yb.EL 1 (1981), 267.

[49] Ebd., 292.

teristika zu stützen, sicherten diese doch die Durchsetzbarkeit schwer errungener Kompromisse im Rat ab. „Normativer Supranationalismus und Entscheidungs-Intergouvernementalismus hielten sich in einer dynamischen Balance".[50]

Dies änderte sich mit der Einführung der Mehrheitsabstimmung in der Ein- 34
heitlichen Europäischen Akte. Die Mitgliedstaaten verfügten nun in zunehmenden Bereichen nicht mehr über ein individuelles Veto. Das grundlegende Gleichgewicht zwischen normativem Supranationalismus und Entscheidungs-Intergouvernementalismus war dadurch erschüttert, da nun normativ *und* legislativ supranationale Methoden zur Anwendung kamen.[51] Die Mitgliedstaaten sahen sich jetzt der verfassungsförmigen Normativität von Maßnahmen, die manchmal gegen ihren Willen angenommen wurden, sowie der Operationalisierung dieser Normativität in sich immer weiter ausdehnenden politischen Handlungsfeldern gegenüber. Dies kann durchaus destabilisierende Wirkung zeitigen. Als solche mag etwa die mangelnde Bereitschaft in den Mitgliedstaaten gelten, Unionsrecht pünktlich und rechtstreu umzusetzen: Loyalität wird prekär. Es gibt eine Vielzahl von Hinweisen darauf, dass die Verfassungsarchitektur der Union unter Druck gerät und angezweifelt wird – etwa von den Mitgliedstaaten (einzeln oder als Kollektiv), von anderen Akteuren auf nationaler Ebene (insbesondere Verfassungsgerichten) und von der öffentlichen Meinung.[52] Die Anzeichen hierfür sind nicht erst seit den großen Krisen der letzten Zeit sichtbar; doch haben die Krisen zusätzlichen Druck auf die Verfassungsarchitektur ausgeübt (normativ etwa durch die mangelnde Stabilität von Rechtssätzen, institutionell etwa durch die zunehmende „Vergipfelung", die supranationalen Organen und Prozessen Macht zugunsten der intergouvernemental agierenden Mitgliedstaaten entzieht). Hierin mag auch eine Infragestellung von Leistungsfähigkeit und Legitimität der Verfassungspräferenzen des Gerichtshofes liegen. Ein weiterer destabilisierender Effekt ist das Demokratie- und Legitimitätsproblem. Das Mehrheitsprinzip verschärft das Demokratiedefizit u.a. dadurch, dass es die mitgliedstaatliche parlamentarische Kontrolle des Rates schwächt und das schwierige Problem neugezogener politischer Grenzen in den Vordergrund rückt:[53] Wie groß ist der akzeptable Radius des Mehrheitsprinzips? Wann glauben wir an unsere „Zugehörigkeit" zu einem Gemeinwesen? Was macht politische Gemeinschaft aus? Wo genau liegt die Grenze zwischen einer willentlichen Unterwerfung unter das Mehrheitsprinzip (mit der Konsequenz, an Entscheidungen gebunden zu sein, die man selbst ablehnt) und dem Aufbegehren gegen Entscheidungen, die man ablehnt, weil „jene" nicht „uns" sagen sollten, was zu tun ist? Die Verteilungskämpfe in Flüchtlingsfragen haben diese zuvor eher subtil laufenden Gefechte mit voller Wucht aufbrechen lassen. Die Frage mitgliedstaatlicher Loyalität ist keine, die

[50] *Weatherill,* Law and Integration in the European Union, Oxford 1995, 65.
[51] *Weiler,* The Transformation of Europe, Yale LJ 100 (1991), 2462.
[52] *Weiler,* The Constitution of Europe, Cambridge (Engl.) 1999, 99 ff.
[53] *Weiler/Haltern/Mayer*, European Democracy and its Critique, WEP 18/3 (1995), 4.

sich rein dogmatisch beantworten lässt. Auch hier bedarf es zur Begleitung der Kenntnis des Kontexts.

II. Zweiter Diskurs: Europäisches Verfassungsrecht

35 Der Europadiskurs bewegte sich bald über Fragen der formalen Legitimität hinaus und wandte sich tiefen verfassungsrechtlichen und -theoretischen Themen zu. Die Rechtswissenschaft geriet in Schwierigkeiten, da es nunmehr um die Selbstvergewisserung von Staatlichkeit ging. Inhaltlich musste sie sich mit den Problemen der Gestalt der Union und dem Grundrechtsschutz auseinandersetzen.

36 Gestaltdebatte

Die EU löst die Einheit von Politik und Recht auf, die bisher durch Verfassungen gewährleistet war, und stellt daher die gegenseitige Verwiesenheit von Recht und Politik in Frage.[54] Mit diesem Befund wurde auf unterschiedliche Weise umgegangen; die verschiedenen Konzeptionen des Verhältnisses von Staat und Recht spiegelten sich in den Entwürfen zur Gestalt der Union und ihrer Finalität wider. Im Wesentlichen handelte es sich um vier Positionen: eine Staatenverbunds-, eine Bundesstaats-, eine Zweckverbands- und eine *sui generis*-Konzeption.[55] Diesen Auffassungen kann man Legitimationskonzeptionen zuordnen. Die Staatenverbundskonzeption stellte gemäß ihrer staatsrechtlichen Ausrichtung auf die hinter der Union stehenden nationalen Parlamente ab. Die Bundesstaatskonzeption setzte auf Parlamentarismus und dementsprechend auf das Europäische Parlament. Die Zweckverbandslehre rückte den Sachverstand und dementsprechend die Kommission in den Mittelpunkt der Legitimation.[56] Für die vierte Konzeption galt eine differenzierte Sichtweise, die zwischen verschiedenen Bereichen unterschied und somit auch das Demokratiedefizit der Union pluralisiert diagnostizieren und lösen wollte.[57]

37 Nirgends wird deutlicher als hier, wie sehr die Rechtswissenschaft durch die europäische Integration zum Anschluss an Staats- und Demokratietheorien gezwungen wurde. Bereits die scheinbar einfache Frage danach, in welcher Form sich Europa integriert, ließ sich nicht mehr ohne Zugriff auf schwierige Grundlagen- und Kontextüberlegungen beantworten. Im Gespräch über die Form kanalisierten sich die ganz unterschiedlichen Vorstellungen davon, was Inhalt der europäischen Integration war und sein sollte.

38 Grundrechtsgemeinschaft

Die zweite Ausprägung des tiefen verfassungsrechtlichen Diskurses war eine Investition in das Projekt einer Grundrechtsgemeinschaft. Obwohl die Verträge zunächst keinerlei Grundrechtsvorschriften enthielten, entschloss sich

---

[54] *Grimm*, Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung, in: Brenner u.a. (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes, FS Badura, Tübingen 2004, 145; *ders*., Integration durch Verfassung, Leviathan 32 (2004), 448.

[55] Ich folge hier *von Bogdandy,* Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht, Der Staat 40 (2001), 3 (25 ff.).

[56] Hierzu v.a. *Kaufmann,* Europäische Integration und Demokratieprinzip, Baden-Baden 1997.

[57] *Weiler/Haltern/Mayer*, European Democracy and its Critique, WEP 18/3 (1995), 4.

der EuGH nach anfänglichem Widerstreben 1969 zu einer Grundrechts-Jurisprudenz und begann, Unionsrecht, welches gegen Unionsgrundrechte verstieß, für nichtig zu erklären. Die Rechtswissenschaft musste die erstaunliche Tatsache erklären, warum der EuGH Grundrechte „erfand", und sich mit dem Dialogmuster zwischen mitgliedstaatlichen Gerichten (insbesondere dem Bundesverfassungsgericht und der Corte Costituzionale) auseinandersetzen. Zugleich musste sie funktionale statt dogmatische Erklärungen für Grundrechtsrechtsprechung akzeptieren, nämlich die Tatsache, dass nicht Individualrechtsschutz, sondern Vorrang die den EuGH anleitende Ratio war.[58] Ebenso musste die Rechtswissenschaft erklären, warum die mutige EuGH-Rechtsprechung nie auf größere Opposition seitens der Mitgliedstaaten stieß, und sich hierbei auf demokratietheoretische (keine *counter-majoritarian difficulty*) und diskurs- und zeitspezifische (Atmosphäre in den späten 1960er Jahren; Medienaufmerksamkeit) Überlegungen einlassen. Bereits hierin offenbart sich die Notwendigkeit einer Öffnung der Rechtswissenschaft für Argumente politik- und sozialwissenschaftlicher Provenienz, die eine deutliche Schwerpunktverlagerung weg von zu eng verstandener Dogmatik verlangen. Hinzu kommt, dass dem Grundrechtediskurs eine ethische Fundierung der Union zugetraut wurde, so dass die dogmatischen Rechtsfiguren durch moralische und politikphilosophische Nuancen angereichert wurden. Auch dies kann eine im engen Sinne juristische Perspektive weder erklären noch begleiten. Der Grundrechtediskurs hat darüber hinaus sein Versprechen nicht erfüllt:[59] Europa jedenfalls gewann weder an zusätzlicher sozialer Legitimation noch an geistigen Grundlagen. Das Werteproblem entlud sich vielmehr in einer aufgeregten Finalitätsdebatte, zu der die Rechtswissenschaft Stellung nehmen musste. Sie tat dies wiederum formgebunden, indem sie den vertrauten Verfassungsbegriff nutzbar zu machen versuchte und, daraus abgeleitet, Verfahrens- und Institutionenvorschläge machte. Höhepunkt dieser Debatte waren die Grundrechtecharta der Union und der Verfassungsvertrag. Das Scheitern des Verfassungsvertrages bedeutete nicht das Ende der formgebundenen Kanalisierung der Wertedebatte, denn der Vertrag von Lissabon ließ zwar einerseits das gesamte Verfassungspathos fallen, übernahm aber andererseits fast alle institutionellen und prozeduralen Neuerungen des Verfassungsvertrages. Was manchen als guter Kompromiss gilt, ist anderen weder Fisch noch Fleisch, so dass die Diskussion fortgeführt wird.

III. Dritter Diskurs: Identität

39
Identität, Gründungsmythen, Volk

Von großer intellektueller Kraft oder Wirkung ist der verfassungsrechtliche Diskurs aber heute nicht mehr geprägt. War er in den 1960er und 1970er Jahren noch riskant und revolutionär, in den 1980er Jahren prekär, in den 1990er Jah-

[58] *Weiler,* Eurocracy and Distrust, Washington LRev. 61 (1986), 1103.

[59] Hierzu ausführlich *Haltern*, Europarecht und das Politische, Tübingen 2005, 351 ff.; ebenfalls kritisch *von Bogdandy*, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, JZ 2001, 157; *Williams*, EU Human Rights Policies: A Study in Irony, Oxford 2004.

ren auf dem Weg zum führenden Europadiskurs und in den 2000er Jahren jedenfalls funktional kaum noch bestritten, so ist nunmehr seine vorwärtsdrängende Energie fraglich geworden. Er erscheint vielmehr als substantiell entkernt: Die Verfassungsqualität des im Kern der Integration Erreichten steht insgesamt außer Frage; die Nachhutgefechte über Vertrag oder Verfassung besitzen entweder eine eher prinzipienhafte, theoretische Qualität[60] oder eine querulatorische Note, die sich mit dem Scheitern des Verfassungsvokabulars, das gerade noch in greifbarer Nähe schien, nicht wirklich abfinden will.[61] Die eigentlichen Probleme scheinen ohnehin woanders zu liegen und werden daher auch an anderer Stelle diskutiert. Viele sahen bald die Themen Identität, Gründungsmythen, Volk und normative Legitimität im Zentrum.[62] Andere beobachteten einen Wandel weg von der Integrationsforschung hin zu einer Governance-Theorie der Union[63] oder verlangten nach einer politischen Imagination für die EU.[64] Rechts- und Politikwissenschaften näherten sich weiter einander an. Wie sehr die Rechtswissenschaft eine weitere Öffnung mitmachte, lässt sich am Beispiel der Überlegungen Weilers zeigen, der schnell erkannte, dass sich die Identitätsproblematik nicht mehr mit dem klassischen Instrumentarium lösen ließ. Er zog die Konsequenzen, indem er sich zunehmend von dogmatischer Analyse verabschiedete und sich den nicht-rechtlichen Grundlagen der Integration zuwandte. Er widmete sich zunächst den „Idealen" der europäischen Integration[65], entwarf dann ein moralphilosophisches Fundament der Union, das er das „Prinzip der Verfassungstoleranz" nannte[66], und veröffentlichte schließlich ein Buch, das nach einem Europa ruft, welches nicht nur sein humanistisches Erbe feiern, sondern auch das Christentum als zentralen Bestandteil in der Entwicklung der eigenen Zivilisation anerkennen solle.[67]

---

[60] Dazu etwa *Grimm*, Verfassung – Verfassungsvertrag – Vertrag über eine Verfassung, in: Beaud (Hrsg.), L'Europe en voie de constitution, Brüssel 2004, 279.

[61] *Mayer*, Wege aus der Verfassungskrise: Zur Zukunft des Vertrags über eine Verfassung für Europa, JZ 2007, 593.

[62] *Weiler,* Epilogue, The European Courts of Justice: Beyond 'Beyond Doctrine' or the Legitimacy Crisis of European Constitutionalism, in: Slaughter/Stone Sweet/Weiler (Hrsg.), The European Courts and National Courts, Oxford 1998, 365 (377 f.); *Haltern*, Europarecht und das Politische, Tübingen 2005.

[63] *Joerges,* The Law in the Process of Constitutionalizing Europe, EUI Working Paper LAW 2002/4, 26.

[64] *Ward,* Beyond Constitutionalism: The Search for a European Political Imagination, ELJ 7 (2001), 24; *Olsen*, Europe in Search of Political Order, Oxford 2007; *Haltern*, Pathos and Patina: The Failure and Promise of Constitutionalism in the European Imagination, ELJ 9 (2003), 14.

[65] *Weiler,* The Constitution of Europe, Cambridge (Engl.) 1999, 238 ff.

[66] *Weiler*, Federalism Without Constitutionalism: Europe's Sonderweg, in: Nicolaidis/Howse (Hrsg.), The Federal Vision, Oxford 2001, 54; *ders*., In Defence of the Status Quo: Europe's Constitutional Sonderweg, in: ders./Wind (Hrsg.), European Constitutionalism Beyond the State, Cambridge (Engl.) 2003, 7.

[67] *Weiler,* Ein christliches Europa, Salzburg/München 2004.

40 Die gesellschaftsbegleitende Aufgabe von Juristen

Gegenüber den konkreten Inhalten dieser Entwürfe kann man mit guten Gründen skeptisch sein.[68] Aber das ist ja gerade der Punkt: Skepsis, Kritik, Debatte und Streit sind gute Eigenschaften einer demokratischen Kultur, zu der auch der Rechtswissenschaftler mit seiner eigenen Expertise gehört. Will er seine demokratische Rolle ausfüllen, gehört es auch zu seinen Aufgaben, die Fragen der rechtsgeleiteten europäischen Integration in den nicht-rechtlichen Kontexten zu testen und mitzubehandeln. Die Versuchung hingegen besteht darin, den politischen Diskurs durch den rechtlichen zu ersetzen. Dies liegt insbesondere in Deutschland nicht ganz fern, da hier Souveränität und Recht – vereinfachend könnte man formulieren: Staat und Rechtsstaat – in eins zu fallen scheinen. Das Rechtliche prägt das Gemeinwesen derart stark, dass rechtliches Dürfen Erwägungen zum politischen Wollen manchmal ersetzt. Man kann dies auf beiden Seiten der Unterscheidung von Recht und Politik beobachten. Das Recht nimmt sich der politischsten Entscheidungen etwa in Karlsruhe an; die Politik nutzt zentrale rechtliche Bausteine (beispielsweise das Verhältnismäßigkeitsprinzip) als eigenen Argumentationskern. Für Deutsche gibt es keinen rechtlich ungeregelten Raum, handele es sich um kleinste Verwaltungsentscheidungen auf kommunaler oder größte politische Entscheidungen auf zwischenstaatlicher Ebene. Dadurch kollabieren Recht und Politik häufig auf eigenartige Weise ineinander, und es gelingt dem Recht, den politischen Diskurs stellenweise zu kapern. So spielen Juristen zwar eine bemerkenswert öffentliche Rolle, aber eben nur in ihrer sehr eigenen, expertenhaften Grammatik und Attitüde. Eine wahrhaft gesellschaftliche Deutung und Begleitung fehlt hingegen.

41 Juristen als *public intellectuals*

Dies wird weder dem Politischen noch dem Rechtlichen gerecht: Das Politische wird seiner gestalterischen Autonomie und seiner eigenen Legitimation teilentkleidet; das Rechtliche hingegen bleibt dogmatisch begrenzt, und diese Grenzen spielen sich als Grenzen des Politischen auf. Die eigentliche Komplexität des Verhältnisses von Recht und Politik, das Interessante und Spannende ihrer oszillierenden Beziehung, kommt dadurch nicht wirklich zur Sprache. Nicht nur für das Politische, sondern auch für das Recht ist das eine Verarmung. Vorstellbar und m.E. jedenfalls für Europa notwendig ist eine Rechtswissenschaft, die über einen Korridor zu den die Integration umtreibenden Themen verfügt. Gerade am Identitätstopos kristallisiert sich heraus, dass nicht nur Dogmatik im engen Sinne dieser Aufgabe nicht gewachsen ist, sondern dass auch ein politikwissenschaftlich informierter Diskurs nicht mehr hinreicht. Wir müssen uns auf die Suche nach einer Rechtswissenschaft machen, die ihren Gegenstand nicht nur als instrumentell für die Integration begreift, sondern auch einen inneren Zusammenhang mit den gegenwärtigen Fragen nach den Grenzen der Erweiterung, nach prä-politischen Integrationsvoraussetzungen und nach dem Zuschnitt kollektiver Identität und Vergemeinschaftung herstellt. Die Rechtswissenschaft kann und darf diese Fragen nicht allein der Politik oder den anderen Wissenschaften überlassen. Sie tut dies zunehmend

[68] Vgl. statt vieler meine Kritik in *Haltern*, Rechtswissenschaft als Europawissenschaft, in: Schuppert/Pernice/Haltern (Hrsg.), Europawissenschaft, Baden-Baden 2005, 37.

weniger, und das ist ein gutes Zeichen. Kein gutes Zeichen ist hingegen, dass die Deuter der Gegenwart, die in Deutschland als *public intellectuals* auftreten, nach wie vor entweder Philosophen, Soziologen oder zunehmend Kunst- und Kulturwissenschaftler, nicht aber Juristen sind. Ein noch viel schlechteres Zeichen ist, dass der Begriff des Intellektuellen selbst zunehmend in Verruf gerät seine Verachtung sogar politisches Kapital verspricht.

IV. Vierter Diskurs: Verlustängste

42 Spannungsreicher Diskurs: Hoffnungen

Die ersten 17 Jahre des neuen Jahrtausends haben eine gesellschaftliche Diskussion über die europäische Integration hervorgebracht, die durch zahlreiche Spannungen gekennzeichnet ist und das gesamte Spektrum – von höchstem Triumphalismus bis zu tiefstem Defaitismus – abdeckt. Die große Osterweiterung des Jahres 2004, in der zehn neue Mitgliedstaaten der Union beigetreten sind, die Charta der Grundrechte und der Verfassungsvertrag waren Ausdruck einer rechtsgeleiteten, demokratischen Ordnungshoffnung, die eine Verlängerung der Annahme eines Endes der ideologischen Gegensätze, ja des „Endes der Geschichte" (Francis Fukuyama) nach dem Fall des Eisernen Vorhangs 1989 darstellten. Selbst die Anschläge des 11. September 2001, die diese Hoffnungen in den internationalen Beziehungen als ungedeckten Scheck entlarvten, konnten die Annahme nicht verdrängen, dass Europa eine Sonderstellung einnehmen könnte. Alle bisherigen Diskursthemen – Legitimität, Verfassungsförmigkeit, gemeinsame politische Identität – kulminierten in einer Erfüllungsphantasie, in der die europäischen Nationen unter dem demokratischen Dach einer friedfertigen Verfassungsrechtsgemeinschaft zu einer politischen Gemeinschaft mit gemeinsamer europäischer Identität werden würden, ohne dass die eigenen Besonderheiten dadurch verloren gingen.

43 Probleme

Das Jahr 2004 markierte aber eine deutliche Zäsur, die zu einem Umdenken im Hinblick auf jeden einzelnen Parameter führte. Der Verfassungsvertrag wurde von zwei Gründungsmitgliedstaaten im Referendumswege abgelehnt; der Terror erreichte mit dem Anschlag von Madrid Europa; es stellte sich heraus, dass sich Griechenland den Beitritt zur Eurozone durch gefälschte Zahlen erschwindelt hatte; links- und rechtspopulistische Strömungen waren 2004 nicht länger zu übersehen. In der Folge vervielfältigen und vertiefen sich die Probleme. Der Beitritt Rumäniens und Bulgariens 2007, spätestens Kroatiens 2013 wirft die Frage nach den Grenzen der Integration und nach politischer Gemeinschaftlichkeit auf; auch die Entscheidungsprozesse in der Union werden nicht einfacher. Ab 2007 gerät Europa in den Sog der Finanzkrise, die sich zu einer veritablen Eurokrise ausweitet, 2015 mit den schwierigen Verhandlungen über Griechenland ihren vorläufigen Höhepunkt erreicht und die Union, die Gipfel um Gipfel den Problemen hinterherhetzt, vor sich hertreibt und dadurch ihren politischen Gestaltungsanspruch mit Fragezeichen versieht. Die Flüchtlingskrise, die 2015 ebenfalls mit Macht in den Blickpunkt der Öffentlichkeit rückt, legt weitere tiefe Risse zwischen den Mitgliedstaaten und unbeantwortete moralische und geopolitische Fragen offen. Die Beitrittsperspektive

der Türkei schien zunächst aufgrund der neuen, durch die Flüchtlingssituation entstandenen türkischen Verhandlungsstärke trotz der demokratischen Bedenken wiederbelebt; nachdem die Türkei sich aber immer schneller in Richtung eines autoritären Regimes entwickelt, kann davon keine Rede mehr sein. Das Vereinigte Königreich hat sich für einen harten Austritt aus der Union entschieden und damit Schockwellen durch Europa gesendet; ob es selbst intakt bleibt oder auseinanderbricht (Schottland droht mit einem zweiten Referendum, nordirische Nationalisten üben Druck aus), ist nicht klar. Sicher und unverrückbar geglaubte Zugehörigkeit ist brüchig. Auch die Unionsbürger selbst zeigen keine größere Zugehörigkeit: Die Wahlbeteiligung an den Wahlen zum Europaparlament 2014 bleibt trotz intensiver Werbemaßnahmen unverändert auf niedrigem Niveau und sinkt sogar unter 43 %. Die rechtspopulistischen Parteien (Lega Nord, Front National, AfD, FPÖ, Ukip, Dansk Folkeparti) schneiden erneut aufwärtstrendig ab und sind zunehmend auch innerstaatlich erfolgreich; das gilt z.T. auch für die linkspopulistischen Parteien (Syriza, Podemos). Ungarn und Polen ergreifen Maßnahmen, die sich mit dem hergebrachten Verständnis demokratischer Rechtsstaatlichkeit nicht mehr in Einklang bringen lassen. Die US-amerikanische Präsidentenwahl macht zudem deutlich, dass die liberale westliche Welt für Populismus anfälliger als gedacht ist; Europa bekommt dies von innen und außen zu spüren.

44 Verfalls- und Verlustgeschichten

Vor diesem Hintergrund geraten Errungenschaften, die als in Stein gemeißelt angesehen wurden, ins Wanken. Die Rechtswissenschaft registriert dies insbesondere dann, wenn Normen oder Grundsätze scheinbar oder tatsächlich gebrochen werden. In Krisen steigt die Versuchung zum Rechtsbruch, und die Europäische Union hat nun gezeigt, dass sie – handele es sich nun um die Euro- oder die Flüchtlingskrise – in dieser Beziehung keine Ausnahme ist. Für eine „Rechtsgemeinschaft", als die sich die EU nach wie vor versteht, ist dies hoch problematisch; das juristische Schrifttum reagiert entsprechend. Es sieht nicht nur einzelne Vorschriften (etwa Art. 125 AEUV) oder Bereiche (etwa die Dublin-Verordnung), sondern eherne Grundsätze wie die einheitliche Anwendung des Unionsrechts[69] oder Grundrechtsschutz[70], sogar Verfassungsförmigkeit als solche[71] bedroht.

45 Zweifel in jedem einzelnen der bisherigen Diskurse

Dementsprechend kulminiert im Schrifttum eine Auseinandersetzung mit allen bislang geführten Diskursen in der Rückwärtsperspektive. Jede neue Entwicklung, jede Gerichtsentscheidung wird eingebettet in eine (je nach Perspektive unterschiedliche) Erzählung der europäischen Integration, in der das Erreichte vor der Folie seiner Entstehung getestet wird.[72] Die durch die Krisen

---

[69] Etwa *Piris*, The Future of Europe, Cambridge (Engl.) 2012; *Kukovec*, Law and the Periphery, ELJ 21 (2015), 406.

[70] Etwa *Salomon*, Of Austerity, Human Rights and International Institutions, ELJ 21 (2015), 521.

[71] *Everson*, An Exercise in Legal Honesty, ELJ 21 (2015), 474; *Fabbrini*, After the Euro Crisis: A New Paradigm on the Integration of Europe, ARENA Working Paper 05/2014.

[72] Die Rechtswissenschaft zeigt hier eine im Europarecht so noch nicht gekannte Wendung zur Geschichte, die zu einer erstaunlichen Publikationsflut geführt hat und die rechtliche Entwicklung erstmals historisiert. Statt vieler: *Maduro/Azoulai* (Hrsg.), The Past and

hervorgebrachten Verfalls- und Verlustgeschichten lassen das Bild einer Union entstehen, die wie ein kunstvoll gestrickter Pullover von der Gefahr des Aufribbelns bedroht ist. Europäische politische Identität (der dritte Diskurs) gerät im Angesicht der Wiederkehr des (teilweise aggressiv vorgetragenen) Nationalen unter Druck; die Verfassungsförmigkeit des Unionsrechts (zweiter Diskurs) wankt und reißt in ihrem Verschleißprozess die formale Legitimität (erster Diskurs) von Unionsrecht und -institutionen mit sich in den Abgrund. Überall scheinen sich die Nähte zu öffnen mit der Folge, dass die Rechtswissenschaft zu den Anfängen und Grundlagen ihrer Annahmen zurückkehrt. Institutionen werden Legitimitätsprüfungen unterzogen (etwa die EZB oder die Kommission, die einerseits nach wie vor als neutraler Binnenmarktadministrator und objektiver Hüter der Verträge auftritt und andererseits mit zunehmender Verve die politische Bühne mit genuin politischem Selbstverständnis bespielt); Rechtsetzungsprozesse werden im Hinblick auf ihre Legalität und Legitimität bewertet (etwa die Herausnahme der Regelungen zur Übertragung von Beiträgen auf den einheitlichen Abwicklungsfonds aus der SRM-Verordnung und ihre Konzipierung als völkerrechtliches Abkommen); gerichtliche Dialoge werden anhand aller Dimensionen der bisherigen Diskurse geprüft (etwa der OMT-Vorlagebeschluss des Bundesverfassungsgerichts). Jeder Punkt der Rechtsentwicklung ist Anlass zur Thematisierung der Grundlagen, alles kann vor diesem Hintergrund ein Fenster auf den stattfindenden Abgesang der Integration werden.

46
Positivgeschichten

Die Perspektiven unterscheiden sich natürlich, je nach Interpretation. Man kann den OMT-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts eben nicht nur als Verfassungsbedrohung oder inkompetente Richterarroganz[73], sondern auch als Eingemeindung Karlsruhes in das Vorabentscheidungssystem und damit als Befriedung lesen[74]; man kann den Grundrechtsschutz nach der Rs. *Pringle*[75] und dem *Gutachten 2/13* zum EMRK-Beitritt[76] der Union als gefährdet oder nach den Rs. *Åkerberg Fransson*[77] und *Digital Rights Ireland u.a. (Vorrats-*

Future of EU Law: The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty, Oxford/Portland 2010; *Ott/Voss* (Hrsg.), Fifty Years of European Integration: Foundations and Perspectives, Den Haag 2009; *Meunier/McNamara* (Hrsg.), Making History: European Integration and Institutional Change at Fifty, The State of the European Union Vol. 8, Oxford 2007; *Barnard* (Hrsg.), The Fundamentals of EU Law Revisited, Oxford 2007. In nicht untypischem Selbstbewusstsein hat sich der EuGH in diesem Zusammenhang selbst eine Festschrift herausgegeben: *Court of Justice of the European Union* (Hrsg.), The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law, Den Haag 2013.

[73] *Mayer*, Rebels without a cause? Zur OMT-Vorlage des Bundesverfassungsgerichts, EuR 2014, 473 m.w.Nachw.

[74] *Haltern*, Das Machtspiel der Gerichte, NZZ v. 31.07.2014, 15.

[75] Urteil Pringle v. 27.11.2012 (Plenum), Rs. C-370/12, EU:C:2012:756.

[76] Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 (Plenum) – EMRK II, Rs. 2/13, EU:C:2014:2454.

[77] Urteil Åkerberg Fransson v. 26.02.2013 (Große Kammer), Rs. C-617/10, EU:C:2013:105.

datenspeicherung II)[78] als gestärkt ansehen. Zudem ist neben den Verlust- und Krisennarrationen unbestreitbar zugleich eine große Dynamik und Politisierung entstanden, die im Euroraum einen erheblichen Integrationsschub auslöste. „Never waste a good crisis", soll Hilary Clinton gesagt haben, und jedenfalls die EZB nutzte die Krise, um ihr ursprünglich restriktives Mandat expansiv zu interpretieren. Auch die Mitgliedstaaten fanden sich zusammen in einem überragenden Interesse an der Rettung und Konsolidierung der Eurozone. Sie stärkten zudem die Rolle der EZB bei der Bankenaufsicht und die Rolle der Kommission bei der Kontrolle der Staatshaushalte. Hier ist eine politische Europäisierung sichtbar geworden, die wiederum eine lebhafte Reformdebatte in Gang gebracht hat. Sie kreist um die Achsen „mehr oder weniger Europa" (und setzt sich mit der Frage auseinander, ob weitere Kompetenzen nach Brüssel abgegeben werden müssen) sowie „welches Europa" (und thematisiert in der Folge des links/rechts-Schemas die soziale vs. die ökonomische Dimension der Integration).[79]

47 Neupositionierung der Rechtswissenschaft

Die Rechtswissenschaft mischt in diesem Getümmel mit und bezieht Stellung. Sie bewacht nicht länger nur die Grenzen des Politischen oder differenziert Dogmatik aus, sondern nimmt juristisch an der politischen Debatte teil.[80] Die Union ist unhintergehbar politisiert, und mit ihr die Wissenschaft von ihrem Recht. Ich deute dies als Fortschritt, denn die Rechtswissenschaft nimmt damit ihre Aufgabe als gesellschaftliche Reflexionswissenschaft wahr. Umso wichtiger ist, dies auch explizit zu machen und die juristische Methode kontextorientiert zu erweitern. Dass die Rechtswissenschaft damit ihr Proprium, die dogmatische Arbeit am Begriff, aufgeben würde, ist nicht zu befürchten – dies zeigen die Konsolidierungsarbeiten etwa im dogmatischen Universum der Grundfreiheiten, in dem eine zunehmende Stringenz und Präzision erreicht wird (→ I/19). Auch dies geschieht freilich nie ohne Kontextsensibilität.

C. Transformation der Rechtswissenschaft

48

Die europäische Integration hat auf die Rechtswissenschaft einen stark transformierenden Einfluss ausgeübt. Dieses Lehrbuch muss nicht in einem kontextlosen Vakuum beginnen, sondern kann sich auf umfangreiche Forschungen stützen. Es will aber eine Brücke zwischen Wissenschaft und Lehre schlagen, über die auch der das Europarecht Erlernende unmittelbar Zugang zu kontextorientierter Rechtswissenschaft erhält. Die Transformation der Rechtswissenschaft lässt sich als Öffnung beschreiben und wie folgt zusammenfassen.

---

[78] Urteil Digital Rights Ireland u.a. (Vorratsdatenspeicherung II) v. 08.04.2014 (Große Kammer), verb. Rs. C-293/12 und C-594/12, EU:C:2014:238.

[79] *Schimmelfennig*, Mehr Europa – oder weniger? Die Eurokrise und die europäische Integration, APuZ 52/2015 v. 21.12.2015, 28.

[80] Dies ist keine rein deutsche Tendenz. Zur Schweiz etwa *Gerny*, Rechtsprofessoren werden politischer, NZZ online v. 14.01.2016, http://www.nzz.ch/schweiz/rechtsprofessoren-werden-politischer-1.18677420.

49
Transformationsfelder

Erstens wurde der stark formalisierte und allein auf dogmatische Inhalte zugeschnittene Diskurs zugunsten einer für politische und wirtschaftliche Kontexte sensiblen Umfeldforschung verabschiedet. *Zweitens* bedingte diese Disziplinen übergreifende Kontextualisierung eine Grenzen überschreitende rechtsvergleichende Forschungstätigkeit. Wenn etwa die Rechtsprechung des EuGH oder der nationalen Gerichte als Dialog verstanden werden muss, ist die Kenntnis vom Kontext der Rechtsprechung in den anderen Mitgliedstaaten unabdingbar. *Drittens* ermöglichte diese Öffnung zugleich verstärkte Anschlüsse an das Rechtsdenken des anglo-amerikanischen Raumes. Wenn das Unionsrecht nicht als kohärentes System (wie etwa das deutsche BGB), sondern im Rahmen des stetigen Entwicklungsprozesses der europäischen Integration begreifbar ist, ermöglicht das topische, genealogische und inkrementalistische Falldenken einen privilegierten Zugang, jedenfalls aber ein zusätzliches, bereicherndes Verständnis des Rechts. *Viertens* öffneten sich damit auch Einfallstore für rechtstheoretisches, sozial- und politikwissenschaftliches sowie politiktheoretisches Gedankengut, das die Wissenschaft des Rechts v.a. in Großbritannien und den USA in stärkerem Maße als auf dem europäischen Kontinent prägt. *Fünftens* trug die europäische Integration zu einer Selbstvergewisserung ebenso wie einer Selbstverunsicherung der Rechtswissenschaft bei. Gerade die Bundesrepublik Deutschland hatte sich nach dem Zweiten Weltkrieg in einem Selbstverständnis als durch Recht, nicht durch kollektiven Willen oder gar prä-politische Homogenitätselemente integriertes Gemeinwesen eingerichtet. Die EU als Rechtsgemeinschaft erlaubte eine Beglaubigung dieses Selbstverständnisses. Zugleich aber arbeitete die europäische Integration in die Gegenrichtung. Zum einen schwanden die für sicher gehaltenen Überzeugungen in die ausreichende Integrationskraft des Rechts; zum anderen entstand ein ebenfalls im Recht eingerichtetes und zumindest funktional bald konkurrierendes Gemeinwesen, so dass sich Abgrenzungsprobleme stellten. *Sechstens* ging mit der inhaltlichen Neuausrichtung auch eine semantische Wende einher. Das überkommene Vokabular von Staatlichkeit, Legitimität und Demokratie musste angesichts der europäischen Integration neu überdacht werden. War es überhaupt möglich, die Union mit Hilfe von Begriffen zu verstehen, die im Kontext der Entwicklung des Nationalstaates entstanden waren? Diese semantische Verunsicherung wirkte auf den Inhalt der Rechtswissenschaft zurück. Man begann, die europäische Integration in einen internationalen Zusammenhang einzuordnen (und auch von dort abzugrenzen), der ähnliche oder andere Entwicklungen durchlief, jedenfalls aber immer wichtiger zu werden schien. Damit ging *siebtens* einher, dass früher bestehende Trennungen von Europa-, Völker- und Verfassungsrecht aufgebrochen wurden. Es wurde nicht nur deutlich, dass sich aufgrund der unmittelbaren Einwirkung der Unionsrechtsordnung auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten die staatlichen Rechtsgebiete wie etwa Verwaltungs- oder Vergaberecht unmöglich unabhängig vom Europarecht lehren und erforschen ließen. Daneben erwachte auch das Staatsrecht aus seinem nationalen Dornröschenschlaf; die europäische Integration verband sich Anfang der 1990er Jahre mit anderen zwischenstaatlichen Entwicklungen höchster Wichtigkeit (Gründung der WTO mit funktionierendem Streit-

schlichtungsmechanismus; 11. Zusatzprotokoll zur EMRK mit neuen Möglichkeiten zur Durchsetzung der Menschenrechte; zunehmende Tendenz zur Entwicklung und Durchsetzung von Völkerstrafrecht). Dieser Prozess entwickelte zwei komplementäre Richtungen: Das nationale Verfassungsrecht wurde internationalisiert; das internationale Recht wurde verstärkt verfassungsförmig gedacht.[81] *Achtens* schließlich hat die europäische Integration durch die Fragen, die sie seit Maastricht stellte, dazu geführt, den Weg für eine zusätzliche Dimension der Rechtswissenschaft zu bereiten. Diese kann man *cultural turn* nennen; sie deckt sich mit dem zuvor beschriebenen dritten Analysekreis rechtswissenschaftlichen Arbeitens. Hierdurch wird die Rechtswissenschaft in die Lage versetzt, die Bedeutungsgewebe, die aus Kultur und Symbolen gesponnen sind, zu thematisieren und die symbolischen Formen, ästhetischen Verweise und imaginativen Tiefenstrukturen, die dem Recht zugrunde liegen, aufzudecken.

D. Konsequenzen, Konzeption und Lernziel

50
Begleitung des neuen Diskurses nur möglich in Kenntnis der alten Diskurse

Das Studium des Europarechts muss sich auf die Suche nach verstärkter Anschlussfähigkeit und einem angemessenen Begriff des Rechts und des Politischen einlassen. Diese Suche, deren Beginn die Europäische Grundrechtecharta, der (gescheiterte) Vertrag über eine Verfassung für Europa, das „soziale Europa“ sowie die Debatte über einen Beitritt der Türkei zur EU war und die mit der Euro- und der Flüchtlingskrise kulminiert, findet nicht abgekoppelt vom gegenwärtigen Zuschnitt der europäischen Rechtsgemeinschaft statt. Wer als Jurist auf die Suchbewegungen der Europäischen Union Einfluss nehmen will, muss die Quellen kennen, aus denen sich die gegenwärtige Debatte speist. Hierzu gehört insbesondere die durch den EuGH herbeigeführte zunehmende Verfassungsförmigkeit der Union, die zu dogmatischen Brüchen im System führte. Ein supranationales Recht, das nicht nur unmittelbare Anwendbarkeit, sondern auch Vorrang beanspruchen kann, über exklusive Rechtsetzungszuständigkeiten verfügt und einen eigenen Grundrechtsschutz besitzt, muss notwendig zu Verschiebungen in den nationalen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten führen. Diese Verschiebungen betreffen nicht nur „kleinere“ Frist- und Vertrauensschutzprobleme, sondern auch und gerade die großen Linien des Staatsorganisationsrechts und der Demokratietheorie sowie zunehmend auch die großen politischen Richtungsentscheidungen.

51
Konsequenz der neuen europarechtlichen Konstellation: Verunsicherungen

Die Konsequenzen dieses Kontextes europarechtlicher Dogmatik haben gerade in den letzten Jahren zu einer steigenden Verunsicherung über Grund und Grenzen politischer Gemeinschaft geführt. Brüsseler Majorisierung bedeutet, dass es einen europäischen Legitimitätsanspruch geben muss, „uns“ als europäische Bürger zu repräsentieren. Sichtbarster Ausdruck dieses Anspruches war die Einführung einer Unionsbürgerschaft im Vertrag von Maastricht. Die

[81] Ausf. etwa *Franzius*, Europäisches Verfassungsrechtsdenken, Tübingen 2010; *Kleinlein*, Konstitutionalisierung im Völkerrecht, Heidelberg u.a. 2012; *Haltern*, Internationales Verfassungsrecht?, AöR 128 (2003), 511.

Union bewegte sich zunehmend in einem Umfeld, in dem nationale Identitäten instabil und prekär zu werden drohten, ohne dass auf der anderen Seite ein kohärentes europäisches Identitätskonzept sichtbar würde. Die Entscheidung über Inklusion/Exklusion als Pfeiler von Staatlichkeit wurde mitgliedstaatlicher Autonomie teilweise entzogen; Grenzen als Verortung und Radizierung staatlich organisierter politischer Gemeinschaft verloren zunehmend ihre Funktionen; staatlicher Raum büßte verstärkt an Präzision und konstituierender Kraft ein. Dies galt zunächst nach innen; seit 2015 gilt dies auch für alle sichtbar nach außen. Damit musste eine große Verunsicherung einhergehen, weil umgekehrt die Radizierung und Verortung der EU, die sich in immer neuen und immer ambitionierteren Erweiterungsrunden ausdehnte, uneinsichtig blieb. Zugleich wurden die Entscheidungen hierüber häufig in Gremien getroffen, denen Vertrauen, Zuspruch, Transparenz und möglicherweise Legitimation fehlten. Die Entwurzelung von politischer Gemeinschaft, verstärkt durch die nach wie vor so wahrgenommene, überwiegend ökonomische Rationalität der Union und damit die Liquidierung und Kommerzialisierung traditioneller Werte, ließ die Selbstbeglaubigung des nationalen Rechts prekär werden. Zusätzlich bediente sich die Union verstärkt aus dem Arsenal staatlicher kultureller Artefakte, indem sie sich etwa eine Flagge, eine Hymne, eine Währung, standardisierte Pässe, eine Grundrechtecharta und sogar eine Verfassung gab. Damit schienen Identitäten individueller, kollektiver und staatlicher Art zu erodieren, ohne dass das ökonomische Integrationsprojekt in der Lage zu sein schien, diese Erosion aufzufangen. Dieser Identitätsverlust stellte die Rechtswissenschaft vor Herausforderungen, auf die eine angemessene Reaktion in der Lehre noch fehlt.[82] Die aktuellen politischen Entwicklungen verstärken die Dringlichkeit von reformierenden Kontextüberlegungen noch. Denn so wie sich ein einmal ausgeplappertes Geheimnis nicht wieder geheim stellen lässt, bedeutet eine mögliche Erosion der Erosion nicht, dass man sich wieder in alten Befindlichkeiten einrichten kann. Ein guter Anfang ist die Relativierung des juristischen Denkens in zeitlosen und widerspruchsfreien „Systemen". Der Jurist – auch der das Europarecht erst erlernende – kann auf die Kontexte der Entwicklung des Europarechts nicht verzichten, weder im retrospektiven Studium der dogmatischen Strukturen der Europäischen Union noch im Hinblick auf die prospektive Teilnahme an der Diskussion über die Zukunft Europas.

52
Vermittlung des Kontextes gemeinsam mit der Dogmatik

Ebenso wenig wie der zweite, kontextbezogene Kreis vom ersten dogmatischen Kreis getrennt werden kann, kann die Vermittlung der dogmatischen Strukturen des Europarechts von ihren Kontexten abgekoppelt werden. In den folgenden Kapiteln, deren Themen den traditionell in europarechtlichen Lehrbüchern behandelten Themen entsprechen, werden daher Dogmatik im engeren Sinne und Kontext unmittelbar zusammengezogen. So wie sie im tatsächlichen Rechtsleben eine Einheit darstellen, sollen sie auch hier organisch zusammen behandelt werden. Ich verzichte also auf die Ausflaggung gesonderter

[82] *Voßkuhle/Bumke/Meinel* (Hrsg.), Verabschiedung des Staates im Spannungsfeld der Disziplinen, Der Staat 2013, Beiheft 21; *Jestaedt*, Die deutsche Staatsrechtslehre im europäisierten Rechtswissenschaftsdiskurs, JZ 2012, 1.

„Kontextabschnitte", so dass Redundanzen vermieden und Kontexte unmittelbar dort thematisiert werden, wo sie relevant sind.

Die Lernziele, die durch ein kontext-sensibles Studium des Europarechts erreicht werden sollen, sind doppelter Natur. Zum einen geht es um die ganz zu Anfang erwähnte Befriedigung intellektueller Neugier, die bereits ein ernsthaftes und intensives Studium des europäischen Rechts rechtfertigt. Zum anderen geht es darum, eine professionelle Souveränität im Umgang mit den Normen des Europarechts zu vermitteln. Hierzu gehört solide dogmatische Kenntnis. Vor allem gehört hierzu aber die Kenntnis von den juristischen Sensibilitäten der relevanten Spruchkörper. Der Europäische Gerichtshof beispielsweise legt nicht nur wenig Wert auf grammatische und viel Wert auf teleologische Auslegung, sondern ist sich auch des institutionellen, politischen und wirtschaftlichen Umfelds, in dem er judiziert, sehr bewusst. Wer sich in Luxemburg allein auf den Wortlaut einer Norm beruft, wird weniger erfolgreich sein als derjenige, der dieses Umfeld in seine Argumentation einbezieht. Hier verbindet sich das Handwerkliche mit dem intellektuell Herausfordernden. Der gute Anwalt verfolgt vor Gericht zwei Ziele: Erstens will er dem Spruchkörper das Ergebnis zeigen und plausibel machen; zweitens will er dem Spruchkörper zeigen, wie er dort hinkommt, ohne seine juristischen Sensibilitäten zu verletzen. Er steckt zunächst einen Pfeil in die Wurfscheibe; danach zieht er um den Pfeil herum konzentrische Kreise. Europarecht im Kontext soll den Studierenden in die Lage versetzen, diese juristische Kunst zu beherrschen.

Literatur

Haltern, Rechtswissenschaft als Europawissenschaft, in: Schuppert/Pernice/Haltern (Hrsg.), Europawissenschaft, Baden-Baden 2005, 37.

Ders., Europarechtswissenschaft und ihre politisch-kulturellen Voraussetzungen, ZSE 4 (2006), 364.

Müller/Christensen, Juristische Methodik II: Europarecht, Berlin, 2. Aufl. 2007.

Snyder, New Directions in European Community Law, London 1990.

Ward, A Critical Introduction to European Law, Cambridge (Engl.), 3. Aufl. 2009.

Weiler, The Constitution of Europe. "Do the New Clothes Have an Emperor" and Other Essays on European Integration, Cambridge (Engl.) 1999.

Whittington/Kelemen/Caldeira (Hrsg.), The Oxford Handbook of Law and Politics, Oxford 2008.

Williams, The Ethos of Europe: Values, Law and Justice in the EU, Cambridge (Engl.) 2010.

Lehrbücher im Kontext (Auswahl)

Chalmers/Davies/Monti, European Union Law: Text and Materials, Cambridge (Engl.), 3. Aufl. 2014.

Craig/de Búrca, EU Law: Text, Cases, and Materials, Oxford, 6. Aufl. 2015.

Schütze, European Union Law, Cambridge (Engl.) 2015.

Weatherill, Law and Integration in the European Union, Oxford 1995.
Weatherill, Cases and Materials on EU Law, London, 11. Aufl. 2014.

Aus der Politikwissenschaft:

Bieling/Lerch (Hrsg.), Theorien der europäischen Integration, Wiesbaden, 3. Aufl. 2012.
Grimmel, Europäische Integration im Kontext des Rechts, Wiesbaden 2013.
Grimmel/Jakobeit (Hrsg.), Politische Theorien der Europäischen Integration, Wiesbaden 2009.
Hix/Høyland, The Political System of the European Union, Houndmills, 3. Aufl. 2011.
Holzinger/Knill/Peters/Rittberger/Schimmelfennig/Wagner, Die Europäische Union: Theorien und Analysekonzepte, Paderborn u.a. 2005.
Lelieveldt/Princen, The Politics of the European Union, Cambridge (Engl.), 2. Aufl. 2015.
Rosamond, Theories of European Integration, Basingstoke 2000.
Wiener/Diez (Hrsg.), European Integration Theory, Oxford, 2. Aufl. 2009.

§ 2 Grundzüge der europäischen Integration

A. Worüber wir sprechen

54 Unterschiedliche Geschichten der europäischen Integration

Die Geschichte der europäischen Integration ist häufig erzählt worden, von Historikern, Politikwissenschaftlern, Ökonomen, Kulturwissenschaftlern und Juristen. Auch wenn man diese Erzählungen nebeneinander liest, lassen sie sich kaum miteinander vereinbaren. Dies gilt nicht nur für die verwendete Sprache, sondern vor allem für den Inhalt. Der Historiker spricht von Sozialgeschichte, der Politikwissenschaftler vom Verhandeln nationaler Interessen, der Ökonom von Liberalisierung, Skaleneffekten und Marktintegration, der Kulturwissenschaftler von Kommunikationsräumen und der Jurist von Verfassungsförmigkeit und Proto-Föderalismus. Die Arbeitsteiligkeit der wissenschaftlichen Disziplinen führt unweigerlich dazu, dass man sich an den für die eigene Wissenschaft entscheidenden Knotenpunkten orientiert. Wie Blinde tasten wir an verschiedenen Stellen einen Elefanten ab, um dann zu verkünden, ein Elefant sehe aus wie ein Rüssel, ein Ohr, ein Stoßzahn oder ein dickes Bein.

55 Disziplinäres Problem

Dieses Problem ist strukturell bedingt und möglicherweise nicht vermeidbar. Die heutige Wissenschaftslandschaft lässt zumeist nur Pluridisziplinarität zu, in der die Eigenständigkeit der Disziplinen agonal bestehen bleibt und ein wissenschaftliches Thema lediglich unter unterschiedlichen Blickwinkeln bearbeitet wird. Nicht erreicht ist damit Interdisziplinarität, also die Formulierung einer disziplinübergreifenden Terminologie oder einer gemeinsamen Methodologie, oder gar Transdisziplinarität, die dann entsteht, wenn die Forschung quer über die disziplinäre Landschaft auf einer gemeinsamen Axiomatik und einer gegenseitigen Durchdringung disziplinärer Erkenntnismethoden beruht. Eine solche Form der Kooperation könnte zu einer Bündelung (einem *clustering*) von disziplinär unterschiedlich verorteten Problemlösungen, die aus einem Theorien-Pool schöpft, führen.[1]

56 Eigene Version

Ich werde dieses Problem nicht lösen können, sondern nur meine eigene Version des Elefanten präsentieren können. Der disziplinäre Hintergrund ist notwendiger- und gewollterweise das Recht. Ich werde jedoch versuchen, über eine rein juristische (oder vulgär-historische) Beschreibung hinauszukommen und zumindest im Überblick einen Kontext zu etablieren, in dem das Recht dann einen prominenten Platz hat und von den nicht im engeren Sinne juristischen Markierungen profitiert. Freilich wird selbst dieses Unterfangen eine sehr grobe Skizze bleiben, auch weil viele wichtige juristische Informationen – z.B. die unmittelbare Anwendbarkeit, das System des Rechtsschutzes, die

[1] *Jantsch*, Technological Planning and Social Futures, London 1972.