

# Europas Einheit durch Recht

Eine politikwissenschaftliche Betrachtung der europäischen  
Rechtsgemeinschaft

SONJA PUNTSCHER-RIEKMANN\*

## *Einleitung*

Es war der erste europäische Kommissionspräsident Walter Hallstein, der für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft den Begriff der Rechtsgemeinschaft geprägt hat<sup>1</sup>. Das Wort ist Programm: Von der Kohle- und Stahlgemeinschaft bis zur Europäischen Union setzen die Europäer auf das Recht als Mittel zur Friedenssicherung durch zwischenstaatliche Kooperation und Integration in allen Politikfeldern. Aus dem Vertragsrecht wächst der Korpus des Sekundärrechts und auf der Grundlage beider die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs. Dieses Recht hat Vorrang vor nationalem Recht. Harmonisierung und gegenseitige Anerkennung von Rechtsnormen der Mitgliedstaaten sind Strategien der Integration des Rechts und durch das Recht. „Integration through Law“ heißt ein umfassend angelegter Vergleich des europäischen mit dem US-amerikanischen Integrationsprozess aus den achtziger Jahren des vorigen Jahrhunderts: „Integration is not a simple exercise in power-sharing, but goes deeper and aims at a fundamental restructuring of society and societal attitudes, and these changes are reflected in and promoted by the law“<sup>2</sup>, schreiben die Autoren in einem Kapitel, das Integration durch Recht mit dem Ziel einer europäischen Identitätsbildung verknüpft. Es ist das Leitbild einer modernen Vision von Politik, die nicht auf Gewalt, sondern wesentlich auf das Recht setzt. Das Bild rekuriert auf eine europäische Geschichte, in der von der hellenischen und besonders der römischen

---

\* Damalige Direktorin des Instituts für Europäische Integrationsforschung (EIF), Österreichische Akademie der Wissenschaften, Wien, Österreich.

<sup>1</sup> Jürgen GRUNWALD, Die EG als Rechtsgemeinschaft, in: Moritz RÖTTINGER/Claudia WEYRINGER (Hg), Handbuch der Europäischen Integration, Wien 1991, 15

<sup>2</sup> MAURO CAPPELLETTI/Monica SECCOMBE/Joseph WEILER, Integration through Law, vol 1, Book 1, Berlin-New York 1986, 43.

über die mittelalterliche bis herauf zur neuzeitlichen rechtsstaatlichen Praxis das Recht eine zentrale Rolle in der sozialen Ordnung spielt. Es ist geprägt von der Vorstellung einer Evolution von Gesellschaft als zivilisatorischem Prozess, in dem das Recht am besten dazu in der Lage ist, menschlichen Differenzen und deren historischer Kontingenz angemessen zu begegnen. In der Tat baut die seit mehr als einem halben Jahrhundert andauernde europäische Suche nach Einheit wesentlich auf das Recht, das sich vom klassischen Völkerrecht allmählich zu innerstaatlichem Recht entwickelt hat. In dieser Logik steht die heutige Debatte um eine europäische Verfassung. Damit konsistent ist das Insistieren der Europäer auf den Respekt des Völkerrechts in internationalen Krisen.

Ausgehend von einer bis zur Antike zurückreichenden europäischen Tradition, in der das Recht stets eine zivilisierende Rolle in den politischen und gesellschaftlichen Machtkämpfen beanspruchte, will dieser Artikel die Dimension des Rechts für den heutigen europäischen Einigungsprozess ausloten. Besondere Beachtung findet darin die Entstehung des europäischen Konstitutionalismus aus dem Primär- und Sekundärrecht der Union und dessen Infragestellung in der Auseinandersetzung um das Telos von Integration. Die folgenden philosophisch-historischen Skizzen sind nicht Selbstzweck, sie dienen der Erinnerung an eine europäische Tradition, die insofern identitätsstiftend sein könnte, als das Ringen um eine Rechtsordnung alle europäischen Gesellschaften und Staaten verbindet.

### *Zur Dialektik von Integration und Recht*

Recht gibt es, weil es Dissens gibt. Dissens ist die Folge der Pluralität von Menschen. Doch gilt diese an sich triviale Wahrheit nicht unabhängig von Gesellschaftsformationen und den darin dominierenden Menschenbildern und Ordnungsvorstellungen. In vormodernen Stammesgesellschaften mit ihren stabilen Verwandtschaftsbeziehungen, in denen das Individuum sich durch seinen Status in diesen Beziehungen definiert, existieren andere Rechtsvorstellungen als in komplexen Gesellschaften, deren zentrales Kennzeichen die soziale Mobilität der Einzelnen ist. Die britische Rechtshistoriker Sir Henry Sumner Maine hat die Entwicklung des Rechts von Stammesgesellschaften zum römischen Recht als „movement from status to contract“ bezeichnet. Der Mobilität der Menschen und der Steigerung der Komplexität von Beziehungen entspricht die Mobilisierung der Rechtsverhältnisse. Was die Römer „erfunden“ haben, ist in der Moderne zur kleinen Münze des Gesellschaftsverkehrs geworden: „Damit entfällt die Anknüpfung der Rechtsverteilung an eine zu konkret fixierte Gesellschaftsstruktur.

Das neue Verteilungsmittel heißt Vertrag. Es setzt nach liberaler Auffassung nur noch klare Typen zur Erleichterung rascher Verständigung zwischen Unbekannten, Vorschriften gegen wechselseitige Schädigung und berechenbar funktionierende Gerichtsbarkeit voraus. In diesem Rahmen könne die Gesellschaft Beliebiges tolerieren.<sup>43</sup> Die Bewegung vom Status zum Vertrag ist eine zentrale Errungenschaft der westlichen Rechtskultur, die sowohl den Vertrag zwischen Privaten als auch den Vertrag zwischen Herrschern und Beherrschten durch die Konstituierung von öffentlicher Macht und Gewalt hervorbringt.

Wandel und Anpassung von Normen und Regeln ist nicht das Wesen, sondern das historische Schicksal des Rechts, dessen Logik eigentlich darin besteht, Menschen an gleiche und dauerhafte Regeln zu binden, um ihr Zusammenleben zu ermöglichen, zu zivilisieren und zu stabilisieren. Luhmann spricht von Erwartungssicherheit: „Die Funktion des Rechts hat es mit Erwartungen zu tun; und zwar wenn man auf Gesellschaften und nicht nur auf Individuen abstellt, mit der Möglichkeit, Erwartungen zu kommunizieren und in der Kommunikation zur Anerkennung zu bringen.“<sup>44</sup> Dies ist die Funktion, die das Recht auch im internationalen und noch viel mehr supranationalen Kontext erfüllt. Dass europäische Integration so eng mit der Rechtsentwicklung und schließlich mit dem Entstehen einer eigenen neuen Rechtsordnung verknüpft ist, beruht auf der Tatsache, dass die Mitgliedstaaten der Union einander besonders misstrauen, oder zumindest in der Vergangenheit misstrauten, und Kooperation nur dann einzugehen bereit sind, wenn ihre Souveränitätsabgabe an supranationale Institutionen mit der Erfüllung (oder wenigstens der Option auf Erfüllung) von Erwartungen kompensiert wird. Diese Erwartungen sind primär sozio-ökonomischer Natur, wie Moravcsik gezeigt hat<sup>5</sup>, doch gesellen sich heute mehr denn je auch sicherheitspolitische Aspekte dazu. In keinem Bereich ist europäische Politik so schnell gewachsen wie in der dritten Säule seit dem Gipfel von Tampere 1999.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> Niklas LUHMANN, *Rechtssoziologie*, Opladen 1987, 15.

<sup>4</sup> Niklas LUHMANN, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt a.M. 1997, 125.

<sup>5</sup> Andrew MORAVCSIK, *The Choice for Europe. Social Purpose and State Power from Messina to Maastricht*, London: UCL 1998.

<sup>6</sup> Jörg MONAR, *Decision-making in the Area of Freedom, Security, and Justice*, in Anthony ARNULL/Daniel WINCOTT (eds) *Accountability and Legitimacy in the European Union*, Oxford University Press 2002, 63–80 und Jörg MONAR, ‘Justice and Home Affairs’, *Journal of Common Market Studies* 2005/43, 131–46.

*Europäische Rechtstradition: „Von Bologna bis Brüssel“?*

Vielleicht ließe sich in einer weiteren Übertreibung von Jacques Le Goffs Übertreibung der Bedeutung des Mittelalters<sup>7</sup> für alle nachfolgenden Epochen die ewige Bedeutung der Antike hervorheben, zumal ja die mit einem Bein im Mittelalter stehenden Revolutionäre des Humanismus und der Renaissance ihre Position mit neuen Lektüren und Aneignungen der antiken Autoren begründeten. Die Autoren der amerikanischen und französischen Revolution des 18. Jahrhunderts schwelgen jedenfalls in Begeisterung für die athenische Polis und die römische Republik, wenn Thomas Paine hofft, „Amerika wird in vergrößertem Maßstab sein, was Athen in Miniatur war“, und Saint-Just theatralisch ausruft: „Seit den Römern war die Welt leer, erfüllt nur mit Erinnerungen an sie, die jetzt uns prophetisch die Freiheit ankündigen“.<sup>8</sup> Doch was wir von Übertreibung zu Übertreibung gewinnen können, ist vielleicht nur diese eine Erkenntnis: Dass die Europäer Entdecker und Wiederentdecker sind, dass ihre kulturelle Leistung in einer „permanenten Revolution“ des Gefundenen durch Selektion und Vermischung besteht, dass sie mit einer gewissen Nonchalance ältere und fremde Kulturen zu ihren Ahnen machen, ohne deren Setzungen je zur Gänze zu übernehmen. Im Gegenteil: „Die gleichen Formulierungen hatten ganz verschiedene Bedeutung“, schreibt Berman über die Wiederentdeckung des römischen Rechts und dessen Integration in das Rechtssystem der freien Stadt Pisa im 12. Jahrhundert.<sup>9</sup> In diesem Sinne ist wohl auch die von Coing auf die europäische Rechtsgeschichte gemünzte Formel von „Bologna bis Brüssel“ zu verstehen, mit der eine Kontinuität des Rechts und der Rezeptionspraxis beschworen wird: „Europa findet, gewinnt und verstärkt unbewusst seine Identität durch Wellen immer neuer auf das Recht bezogener Rezeptions- und Produktionsvorgänge, die wie Kraftlinien in die Welt ausgreifen“, schreibt Häberle in seiner Europäischen Rechtskultur, und weiter: „...Europa durchlebt heute selbst eine einzigartige *Europäisierung in der Weise des Rechts*, die den Blick auf ältere Perioden des ‚gemeinen Rechts‘ des europäischen Mittelalters vor der Zeit des klassischen Nationalstaates zurücklenkt.“<sup>10</sup> Dies ist eine Rede, die

<sup>7</sup> Jacques LE GOFF, *L'Europe est-elle née au Moyen Age?*, Paris 2003.

<sup>8</sup> Beide zitiert bei Hannah ARENDT, *Über die Revolution*, München 1986, 253. John Adams reiht sich ebenfalls in diese Euphorie ein mit dem Satz „dass die römische Verfassung das edelste Volk geprägt und die größte Macht erzeugt hat, die je existierte.“ (ebda)

<sup>9</sup> Harold J. BERMAN, *Recht und Revolution. Die Bildung der westlichen Rechtstradition*, Frankfurt a.M. 1995, 17f.

<sup>10</sup> Peter HÄBERLE, *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt a.M. 1997, 11 (Hervorhebungen im Original). Vgl. auch Häberles Kommentar der Coingschen Formel „von Bologna bis

wohl gegen all jene gehalten wird, die diesen Prozess mit der Betonung der Verschiedenheit der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen in Frage stellen wollen. Die Insistenz auf diese Differenz war und bleibt unter anderem die *conditio sine qua non* der Nationalstaatlichkeit. Die rhetorisch-strategische Insistenz ist bis auf den heutigen Tag erfolgreich. Umso bemerkenswerter ist, dass ausgerechnet zwei englische Autoren weit vor der europäischen Einigung den „Isolationismus“ der englischen Juristen als unzulässige Übertreibung kritisierten: Edmund Burke im 18. und Frederic William Maitland im 19. Jahrhundert.<sup>11</sup> Doch die Behauptung der Unvergleichbarkeit der europäischen Rechtsordnungen durch unterlassenen Vergleich ist nicht nur eine britische Spezialität. Rechtsvergleichung ist überall eine unterrepräsentierte Disziplin. Dass Kimmel im Jahre 2000 in einer vergleichenden Untersuchung der Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten zu dem Schluss kommt, „dass hinsichtlich der wichtigsten Verfassungsprinzipien und grundlegenden Verfassungsstrukturen ein hohes Maß an Homogenität herrscht“<sup>12</sup>, kann den Historiker wohl kaum überraschen, resultieren diese Prinzipien doch aus der europäischen Revolutionsgeschichte, die in England nach der Magna Charta von 1215 im 17. Jahrhundert noch einmal beginnt, sich in Frankreich im 18. fortsetzt und von hier aus den ganzen Kontinent erfasst. Dass die

---

Brüssel“: „Er (Coing) zieht damit die Linie aus bzw. zurück bis Rom, und wenn wir heute von ‚Gemeineuropäischem Zivilrecht‘ bzw. ‚Gemeinsamen Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft‘, von ‚ius commune europaeum publicum‘ bzw. ‚Gemeineuropäischem Verfassungsrecht‘ sprechen, wenn allenthalben eine ‚Europäisierung‘ der juristischen Teilgebiete beobachtet und befördert wird (beginnend mit dem ‚Europäischen Verwaltungsrecht‘ bis hin zum Europäischen Sozial- und Arbeitsrecht und gipfelnd in dem Desiderat einer ‚europäischen Juristenausbildung‘), so zeigt sich darin ein Mehrfaches: In Europa hat eine neue Phase begonnen; die begrenzte Relativierung des Nationalstaates bzw. die Europäische Einigung geschieht im Wege des Rechts...“ (ebda, 10 f; siehe auch die dort angegebene Literatur).

<sup>11</sup> Burke sagte einmal: „Die Gesetze aller europäischen Nationen leiten sich aus denselben Quellen her“, während Maitland in seiner Antrittsvorlesung 1888 in Cambridge den Mangel einer englischen Rechtsgeschichte beklagte und diesen Mangel auf eine Unfähigkeit des englischen Juristen zum Vergleich zurückführte: „dem englischen Juristen, der nichts kannte und sich für nichts interessierte als sein eigenes System, (kam) der Gedanke der Rechtsgeschichte kaum in den Sinn...Einer der Gründe, warum man sich so wenig um unser mittelalterliches Recht gekümmert hat, ist nach meiner Überzeugung unsere gründliche und seit langem geheiligte Unkenntnis des französischen und deutschen Rechts. Die englischen Juristen haben in den letzten sechs Jahrhunderten die Unvergleichbarkeit unserer Rechtsgeschichte übertrieben...“ (beide zitiert nach Harold J. BERMAN (wie Anm 9) 40 f).

<sup>12</sup> Verfassungen der EU-Mitgliedstaaten. Textausgabe mit einer Einführung von Adolf KIMMEL und Christiane KIMMEL, 5. Aufl München 2000, xxxi.

neuen Freiheitsprinzipien mit der Idee der Nation verbunden wurden und diese sich auch in dialektischer Opposition zum napoleonischen Revolutionsexport entwickelte, macht es bis heute so schwierig, zu den gemeinsamen Wurzeln zurückzukehren.<sup>13</sup>

Die Skeptiker des europäischen Integrationsprozesses begreifen jedenfalls, dass es sich hierbei um eine zwar leise, aber doch auch um eine Revolution handelt, die Europa grundlegend verändert und sich dafür des Rechts bedient. Vorrang und Direktwirkung des europäischen Rechts, dessen Adressat nicht nur der Mitgliedstaat, sondern auch der Bürger und die Bürgerin ist, sind der prominenteste Ausdruck dieser Revolution, die in Form von EU-GH-Judikaten und nicht von vertraglichen Abkommen der Mitgliedstaaten daherkommt<sup>14</sup>. Aus diesem Grunde ist die Beschwörung der Vergangenheit durch die „Revolutionäre“ eine strategische Operation, die sich durchaus in eine Tradition europäischer Revolutionsdiskurse einordnet. Mit Blick auf die gregorianische Revolution schreibt Berman: „Der Mythos von der Rückkehr zu einer älteren Zeit ist freilich das Kennzeichen aller europäischen Revolutionen“.<sup>15</sup> Interessant ist jedenfalls, dass in Häberles oder Coings Argumentation die Vergangenheit zum Fundus der neuen europäischen Rechtsordnung wird, so wie im frühen Mittelalter die Kanonisten im Rückgriff auf den *Corpus Iuris Iustiniani* als „ratio scripta“ das „ius novum“ der Kirche rechtfertigten. Dieser Rückgriff diente zunächst der Kirche zur Systematisierung des eigenen Rechts, während die Kaiser des heiligen römischen Reiches den *Corpus iuris* als Legitimationsquelle ihrer Reichsidee gegen die widerstrebenden Fürsten benutzten. Und diese wiederum verwendeten aus demselben Korpus, was ihnen in der Abwehr des kaiserlichen Machtanspruchs brauchbar erschien.<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Nur als Anekdote sei hier erwähnt, dass ich mich zu Beginn eines Seminars zum Vergleich der europäischen Verfassungen an der Humboldt-Universität zu Berlin im Wintersemester 2000 mit gänzlich ungläubigen Studierenden konfrontiert sah, die am Ende der gemeinsamen Lektüre und Diskussion über die Verfassungen der 15 EU-Mitgliedstaaten und ausgewählter osteuropäischer Beitrittskandidaten durchaus von unseren gemeinsamen Wurzeln überzeugt waren.

<sup>14</sup> Siehe dazu Maurizio BACH, Eine leise Revolution durch Verwaltungsverfahren, Bürokratische Organisationsprozesse in der Europäischen Gemeinschaft, in: Zeitschrift für Soziologie 21, 1, 16–30; Anne-Marie BURLEY/Walter MATTLI, Europe before the Court, A Political theory of Legal Integration, in: International Organization 47/1, 41–76; Sonja PUNTSCHER RIEKMANN, Die kommissarische Neuordnung Europas. Das Dispositiv der Integration, Wien-New York 1998.

<sup>15</sup> Harold J. BERMAN (wie Anm 9) 37.

<sup>16</sup> Paul KOSCHAKER, Europa und das römische Recht, München-Berlin 1966.

Ein weiterer aus heutiger Sicht bemerkenswerter Aspekt der gregorianischen Revolution ist die Idee verschränkter oder besser einander beschränkender Souveränitäten, die keinem, weder dem weltlichen, noch dem geistlichen Herrscher höchste und absolute Macht zugestand. Jeder fand seine Grenze an der Jurisdiktion des anderen, soweit diese rechtmäßig war, und „jeder Staat existierte in einem System pluraler Jurisdiktionen“.<sup>17</sup> Noch war das später alles dominierende Dogma der unverletzlichen Souveränität des Staates nach innen wie nach außen gebannt. Ebenso die Idee der absoluten zentralistischen Macht des Königs oder des Staates. Innerstaatlich wie zwischenstaatlich wohnte diesen Rechtsvorstellungen zivilisatorisches, weil befriedendes Potential inne.

Doch die Geschichte Europas, die nach der Renaissance immer deutlicher eine Geschichte der säkularen, sich nach innen zentralisierenden und nach außen abgrenzenden Staaten mit imaginierten homogenen Volksgemeinschaften sein wird, ist eine Geschichte von Aufbruch und Niedergang, von großen Anstrengungen auf der Suche nach Wegen, die Menschen aus Unmündigkeit und Unterdrückung zu befreien, um sie dann umso grausamer in tiefste Abhängigkeit und unter das Joch totaler Herrschaft zurückzustoßen. Es ist Europas Geschichte mit ihren hellen und dunklen Seiten. Das Recht blieb davon nicht verschont: Es hatte seine Rolle in hellen wie in dunklen Zeiten und Juristen fanden ihre Rolle in allen Regimen.

Bedeutsam ist aber, dass Europa im Laufe der Geschichte immer wieder von einem Pluralismus geprägt war, der trotz aller Verengungen und Totalitätsansprüche sich auch durch die dunkelsten Zeiten Europas erhalten hat und stets eine (wenn auch manchmal nur ideelle) Quelle von Freiheit blieb. Berman jedenfalls sieht in der Koexistenz und Konkurrenz verschiedener Rechtsprechungen und Rechtssysteme in derselben Gesellschaft die vielleicht „kennzeichnendste Eigenschaft der westlichen Rechtstradition...Und diese Pluralität ... macht die Herrschaft des Rechts einmal notwendig und zum anderen auch möglich.“<sup>18</sup>

*Pluralität und Einheit durch Recht und Demokratie: Die Europäische Union als „constitutio libertatis“*

Die Europäische Union ist auch Erbin dieser Tradition. Christian Joerges beschreibt die europäische Verfassungsordnung als Unitas in Pluralitate. Sie ist ihm das zentrale Merkmal des europäischen Rechts als Konsequenz

<sup>17</sup> Harold J. BERMAN (wie Anm 9) 468.

<sup>18</sup> Harold J. BERMAN (wie Anm 9) 28f.

enz der Komplexität europäischen Regierens, „in which decisions are neither delegated to supranational expert bodies nor entrusted to the European Commission, but cannot be referred back to national parliamentary bodies either, or brought under the ultimate responsibility of the European Parliament.“<sup>19</sup> Man mag dem phänomenologisch zustimmen, doch gerade diese schillernde Situation von komplexen Zuständigkeiten und Verantwortlichkeiten schafft Probleme der politischen Akzeptanz. Der 2007 zur Verhandlung vorliegende Vertrag, der an Stelle des gescheiterten Verfassungsvertrages EUV und EGV ändern soll, wird die Komplexität nicht reduzieren, sondern durch eine Reihe von wichtigen Bestimmungen wie etwa jene zum Vorrang des europäischen Rechts oder zum unverfälschten Wettbewerb in Protokolle verschieben. Natürlich kann und muss man fragen, ob die zahlreichen europäischen Differenzen, die man etwas euphemistisch als Vielfalt bezeichnet, eine Komplexitätsreduktion überhaupt zulassen. Doch hätte der Verfassungsvertrag im Bereich der Institutionenordnung und der Grundrechte ein größeres Maß an Klarheit gebracht, die nun wieder geopfert wird. Es bleibt offen, ob jene Bevölkerungen, die auch in Falle des neuen Vertrages zum Referendum aufgerufen sind, diesem ihre Zustimmung erteilen werden.

Die Union steht an einem Wendepunkt, der, so die These dieses Artikels, nach einem Gründungsakt verlangt, um ihre Macht nach innen zu legitimieren und nach außen zu beweisen, in dem die oben skizzierte Geschichte europäischer Politik- und Rechtstraditionen inspirierend sein mag, der Akt selbst bedarf des politischen Willens, der nicht aus dem Recht kommt. Der Wille aber wird nur aus der Not geboren. Die Not, die Europa heute treibt, ist die Erweiterung der Union auf 27 Mitglieder und deren Integration. Der Ausweg wurde zuletzt in einem Verfassungskonvent gesucht. Er hat im Juni 2003 einen neuen Verfassungsentwurf vorgelegt, doch blieb ihm bis jetzt der endgültige Erfolg versagt. Doch die Geschichte lehrt uns, dass Verfassungsgebungen noch stets zu den größten und daher gefährlichsten Unternehmen politischer Gemeinschaften gehörten. Wir vergessen oder verdrängen nicht nur die Tatsache, dass die nationalen Verfassungsprozesse in Europa großen Auseinandersetzungen und oft blutigen Kämpfen geschuldet waren, sondern auch jene, dass die allgemein bewunderte US-Verfassung nach den Worten von John Adams nur mit äußerster Mühe „unter dem Druck bitterster Notwendigkeit einer höchst widerwilligen Nation hat abgezwungen“ werden

---

<sup>19</sup> Christian JOERGES, Integration through de-legalisation? An irritated heckler. European Governance Papers (EUROGOV) No N-07-03, <<http://www.connex-network.org/eurogov/pdf/egp-newgov-N-07-03.pdf>> 17.

können.<sup>20</sup> Wohl deshalb wurde das einmal vollbrachte Werk über Nacht zum Gegenstand „einer unkritischen und fast blinden Anbetung“, wie Wilson später sagen würde.<sup>21</sup> Warum soll dies in Europa nicht möglich sein?

Ein Ziel dieses Artikels ist es zu zeigen, dass die europäische Zivilisationsgeschichte engstens mit ihrer Rechtsgeschichte verknüpft ist. Ein wesentlicher Aspekt dieser Rechtsgeschichte ist das Verfassungsrecht. Die großen europäischen Auseinandersetzungen fanden um die Verfassung, die *constitutio libertatis*, statt, nicht um das Privatrecht. Letzteres entwickelte sich auch aus Differenzen, jener von Privaten, und sorgte für geordnete Verkehrsformen zwischen diesen, aber es war nicht Thema und Motiv von Revolutionen. Es entstand „organischer“, als Antwort auf Erfahrungen, die mit ökonomischen Entwicklungen zu tun hatten und meinte eine Sicherheit des Vertrags mit dem Partner. Der Verfassungskampf war dagegen auf die Alles andere grundlegende Ordnung gerichtet. Noch der Kampf um soziale Rechte richtet sich auf die Herrschaft, mithin auf den Staat, weil es zunächst um die Berechtigung von Bürgern ging, diesen Kampf überhaupt zu führen. Auch der Kampf des bürgerlichen Dritten Standes im 18. Jahrhundert ist nicht ein Kampf der neuen Reichen aus ökonomischen Motiven (sie waren ja trotz der illiberalen Ordnung reich geworden), sondern einer aus politischen Gründen um Repräsentations- und Mitspracherechte im Entscheidungsprozeß. Der *homo oeconomicus* hat den *homo politicus* wenn nicht zur Voraussetzung, so doch zum notwendigen Korrelat. Das Schlagwort „No taxation without representation“ der amerikanischen Revolutionäre meint Repräsentation im englischen Parlament. Hätte die englische Krone nachgegeben, wäre es vielleicht nie zum Unabhängigkeitskrieg gekommen, wenigstens nicht an diesem Punkt der Geschichte.

Ein weiteres Ziel dieses Artikels ist zu zeigen, dass europäische Zivilisationsgeschichte engstens mit ihrer Demokratiegeschichte verknüpft ist und dass diese von höchster Bedeutung für ihre Rechtsgeschichte ist. Von der athenischen Polis über die römische Republik und die italienischen Stadtrepubliken bis zur modernen Demokratien gibt es einen Entwicklungsfaden, der nie abreißt, sondern verschwindet im Knäuel anderer Herrschaftsdiskurse. Tyrannis, Absolutismus, Totalitarismus: in dieser dunklen europäischen Geschichte setzt sich der Wille zur Freiheit als *basso continuo* fort, um an entscheidenden Stellen als *forte* und *fortissimo* hervorzubrechen. Immer wieder in Revolutionen, die nicht nur glücklich endeten. Im Gegenteil. Es ist wichtig, die europäischen Revolutionen und ihre Schrecken zu studieren,

---

<sup>20</sup> Zitiert nach Hannah ARENDT (wie Anm 8) 255.

<sup>21</sup> Ebda.

um zu begreifen, wie groß die Aufgabe der heutigen Europäischen Union ist, ihr Verfassungsfundament zu erneuern. Nicht mehr aber auch nicht weniger war der Entwurf des Verfassungskonvents: Er ist eine maßvolle Fortentwicklung der Verträge.

Die Qualität einer politischen und rechtlichen Gemeinschaft entsteht nicht aus der Beschwörung der Vergangenheit und man könnte auch die „Vergesslichkeit“ der europäischen Staats- und Regierungschefs als angenehme Nüchternheit willkommen heißen. Doch zeigen die Debatte um die Erwähnung des Christengottes in der Verfassung und die Betonung der kulturellen Vielfalt und des Stolzes auf die nationale Identität in der Präambel, dass von Nüchternheit keine Rede sein kann. Dagegen klingt die Wiederaufnahme antiker Politik- und Rechtsdiskurse weit nüchterner und der Realität der europäischen Rechtsgemeinschaft angemessener. Sowohl der griechische Begriff „nomos“ als auch der römische Begriff „lex“ zeigen Argumentationslinien auf, die auf den künstlichen, weltlichen Charakter des Gesetzes verweisen. Etymologisch meint „lex“ die Bindung zwischen Dingen oder Menschen. In diesem Sinne gebraucht auch Montesquieu das Wort „loi“ als „rapport“. Und darum geht es im heutigen Europa wie in allen politischen Gemeinschaften: die Bindung von Verschiedenen zu einem Ganzen. Das Bündnis der Europäer kann sich weniger denn je auf irgendeiner, wie immer imaginierten Volksgemeinschaft, sondern nur auf dem freiwillig geschlossenen Vertrag gründen. Der Zirkelschluss der Integrations- und Verfassungsgegner, es könne keine Verfassung geben, weil es kein europäisches Volk gibt, entsteht aus der Leugnung des „Natur“ des Politischen wie des Rechts: Dass beide ihre Notwendigkeit der Verschiedenheit von Menschen und ihrem Dissens schulden.

Die eigentliche Problematik der Verfassungsdebatte liegt woanders, nämlich in der Frage, wie wir den Verschiedenen Stimme und Repräsentanz im europäischen Entscheidungsprozeß geben, ob dies besser durch den Rat oder das Parlament oder durch welches interinstitutionelle Zusammenspiel gewährleistet ist. Auf diese Frage hätte der Konvent eine tragfähige Antwort gefunden, die den Rat und das Parlament zum gemeinsamen Gesetzgeber für alle europäischen Gesetze (zum ersten Mal werden Rechtsakte der Union auch in einem Vertrag so bezeichnet) machte (Artikel 33 des Entwurfs). Dennoch ist der Mangel an Vertrauen der europäischen Bürger und Bürgerinnen in die europäischen Institutionen ein Stachel im Fleisch der Union. Das drückt sich vor allem in den niedrigen Beteiligungsraten in den Wahlen zum Europäischen Parlament aus. Eine jüngste Umfrage in Österreich zeigt, dass die Bürger dieses Landes in der Bedeutungshierarchie von Wahlen jene zum Europäischen Parlament mit 27% ganz unten reihen, während sie den

Gemeinderatswahlen die höchste Priorität einräumen. Die europäischen Eliten können bei der Konstruktion der Union bis jetzt nicht auf das bauen, was für John Adams in der amerikanischen Revolution und Verfassungsgebung ausschlaggebend war: Was „den Vereinigten Staaten ermöglichte, durch eine Revolution zu gehen, war das Vertrauen zwischen uns und in das gemeine Volk“.<sup>22</sup>

In Europa misstrauen die Eliten dem Volk und dieses den Eliten. Das hat auch mit der europäischen Revolutionsgeschichte zu tun, in der das Volk zunächst heilig gesprochen und, dann, als man die Gewalt der barrikadenstürmenden Massen sah, verdammt wurde. So folgte auf die Befreiung stets die neuerliche Unterwerfung, auf die Revolution die Restauration. Wir sind jedoch heute in Europa gar nicht mit stürmenden Massen konfrontiert, weit eher mit Bürgern, die sich auf immer kleinere Welten zurückziehen. Die oben zitierte Umfrage, in der den Gemeinderatswahlen größte Bedeutung zukommt, zeugt davon. Diese Welt ist überschaubar, in ihr glaubt man noch eine Stimme zu haben, während man nicht nur Europa, sondern auch der Nation den Rücken kehrt. Doch die Stadt und die Gemeinde, jene Keimzellen der europäischen Demokratie seit der griechischen Antike, verlieren zunehmend an Steuerungsfähigkeit in sich globalisierenden Märkten. Ihre Renaissance als kulturelle Einheiten kann nur in einem größeren Rahmen gelingen.<sup>23</sup> Doch die Konstruktion des größeren Ganzen bedarf des Vertrauens zwischen Eliten und Volk. Nur aus diesem kann der „religiöse“ Gründungsakt der neuen Einheit entstehen und auf Dauer gestellt werden.

Hannah Arendt hat das Problem des Bedarfs an Transzendenz auch für die amerikanische und französische Revolution dargestellt, ein Problem, das sie in der *petitio principii* erkennt: nämlich, dass die, die zusammenkommen, um den neuen Verfassungsstaat zu errichten, selber über keine verfassungsrechtliche Autorität verfügen.<sup>24</sup> Und sie beschreibt die Anstrengungen der Revolutionäre, nach einem „Gott“, Robespierres „Höchstem Wesen“ oder Adams „großem Gesetzgeber des Alls“<sup>25</sup> zu suchen, der ihr Unternehmen legitimieren könnte. Diese Suche blieb in diesem Sinne erfolglos, wengleich „Vergöttlichung“ des Volkes, der Nation oder des Staates der europäischen

---

<sup>22</sup> Zitiert nach Hannah ARENDT (wie Anm 8) 236.

<sup>23</sup> Sonja PUNTSCHER RIEKMANN, *Urbanity and Citizenship: Essentials of European Culture*, in: *Kultur der Demokratie. Festschrift für Manfred Welan zum 65. Geburtstag*, Wien 2002, 83 f.

<sup>24</sup> Hannah ARENDT (wie Anm 8) 238ff.

<sup>25</sup> Womit hier nicht eine Gleichstellung von Robespierre, dessen Humanismus in der „Terreur“ endete, mit Adams intendiert ist, sondern nur ein Verweis auf eine gleiche Problematik.

Revolutionäre sehr wohl als säkulares Substitut funktionierte. Aber vor allem mussten sie darauf bauen, dass die von ihnen gestiftete Ordnung sich schon durchsetzen und durch Erfolg legitimieren würde. Im heutigen Europa stellt sich die Legitimationsfrage der Verfassungsgründer anders. Obwohl die Legitimität des Konvents immer wieder bezweifelt wurde, ist sie durch die Entscheidung des Europäischen Rates in Laeken (2001) durchaus gewährleistet. Der Konvent ist außerdem nur zur Ausarbeitung, nicht zur Verabschiedung der neuen Verfassung aufgerufen worden. Die Entscheidung erfolgt nach Artikel 48 des geltenden Unionsvertrages, das heißt durch Zustimmung der Staats- und Regierungschefs in einer Regierungskonferenz, durch Ratifikation in den nationalen Parlamenten und in manchen Staaten durch Referenda. Zwar handelt es sich auch in Europa um einen Konstitutionsakt, der vieles ändern wird, aber er entsteht nicht auf der tabula rasa der alten Ordnung, schon gar nicht unter dem Druck revolutionärer Bajonette. Man sollte das begrüßen.

Doch leidet dieser Vorgang zweifelsohne an einem Begeisterungsmangel. Die Bürger konnten sich mit dem Entwurf nicht identifizieren, ja sie wussten gar nichts davon. Schon der Bekanntheitsgrad des Konvents war in den meisten Staaten relativ gering und das im Zeitalter nie da gewesener medialer Kommunikation. Dass der Konvent in Artikel 1 erstmals den „Willen der Bürgerinnen und Bürger“ noch vor die Staaten als Legitimationsquelle der neuen Verfassung stellt, blieb weitgehend unbekannt. Dort wo eine Verfassungsdebatte geführt wurde, dominierte die Frage, ob jeder Staat weiterhin über einen Kommissar verfügen wird oder ob die doppelten Mehrheiten im Rat zu Lasten der kleinen Staaten gehen werden. Die Debatte ist wesentlich eine um die Rolle der Nationen in Europa, nicht um Europa und seine Rolle in der Welt. Dafür bedürfte es in der Tat eines „religiösen“ Bekenntnisses zur Union. Religiös im Sinne jenes römischen Verständnisses von „Religion“, das „ursprünglich nicht anderes meint als das *religare*, das Sich-Zurückbinden an einen Anfang ... so dass die römische *Pietät* in der Tat darin bestand, dass man sich an den Anfang römischer Geschichte, die Gründung einer ewigen Stadt, gebunden und ihm verpflichtet fühlte.“<sup>26</sup>

Damit allerdings die Bürger und Bürgerinnen diesen Akt des „religare“ (hier muss nochmals auf die gleiche etymologische Wurzel von „lex“ verwiesen werden) als eigenen betrachten, müssen sie an der Verfassung beteiligt werden, indem man diese einem europäischen Referendum unterwirft. Es wäre einfach gewesen, dies mit der Europawahl im Juni 2004 zu verknüpfen, doch man hat sich dieser Chance begeben. Aber wie sonst will

---

<sup>26</sup> Hannah ARENDT (wie Anm 8) 255 (Hervorhebungen im Original).

Europa je die Macht des amerikanischen Bewusstseins vom eigenen „novus ordo saeculorum“ begreifen. Es entstand im Gründungsakt der Verfassung, dessen Prinzip das Vertrauen auf Teilhaberschaft im Bündnis war. Alle Machtfragen sozio-ökonomischer und außenpolitischer Natur lassen sich nur auf dieser Grundlage legitimerweise entscheiden, ob es sich um eine europäische Wirtschafts- und Sozialpolitik oder um die Intervention in einem internationalen Konflikt handelt.

Solange „Europa im Nirgendwo“ liegt und seine „Identität durch die Abwesenheit jeglicher Identität“ gestiftet werden soll, wie Peter Sloterdijk und Régis Debray angesichts einer Diskussion über das abstrakte Design der Euro-Noten im Gegensatz zu den bedeutungsschwangeren Dollarnoten kritisierten<sup>27</sup>, bleibt eine Teilhabe Europas an den großen internationalen Machtfragen prekär. Ich habe selbst vor einiger Zeit die Gesichts- und Geschichtslosigkeit des europäischen Geldes kritisiert<sup>28</sup>. Doch sind sie nur Epiphänome eines tieferen Dilemmas: Der Weltmachtanspruch (Laqueur) kann nicht gelingen ohne demokratisch legitimierte Vertiefung im Inneren und diese nicht ohne Identifikation der Unionsbürger mit „ihrer“ Union. Die Nicht-Identifikation der Europäer mit der neuen Polity ist Konsequenz ihrer Nicht-Beteiligung, ihrer relativen Bindungslosigkeit. Daher empfinden sie das europäische Recht oft als Oktroi (vor allem wenn es durch Mehrheitsentscheidung zustande kommt)<sup>29</sup> oder als übertriebenen Legalismus<sup>30</sup>, jeden-

---

<sup>27</sup> Lorenz JÄGER, Europa liegt im Nirgendwo. Peter Sloterdijk und Régis Debray lesen Nicht-Texte, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 19.2.2004, Nr. 42, 33.

<sup>28</sup> Sonja PUNTSCHER RIEKMANN (wie Anm 23) 85 ff.

<sup>29</sup> Man erinnere sich an die Empörung in Österreich über die Entscheidungen von Rat und Parlament in der Transitfrage, die medial als Empörung einer Nation über das Ausland dargestellt wurde und nur ein weiteres Schlaglicht auf die Nicht-Identifikation mit der Union, der man doch angehört, wirft. Ein anderes Problem, das wegen seiner Komplexität hier nicht behandelt werden konnte, ist jenes der Implementierung von Gemeinschaftsrecht in den nationalen Rechtsordnungen. Siehe dazu Peter SLOMINSKI, Die Implementierung des Telekommunikationsrechts in Österreich, Wien 2002 und Bedanna BAPULY/Gerhard KOHLEGGGER, Die Implementierung des EG-Rechts in Österreich. Die Gerichtsbarkeit, Wien 2003, in der von mir und Michael SCHWEITZER herausgegebenen Reihe „Institutioneller Wandel und Europäische Integration“, Wien 2002/2003.

<sup>30</sup> Siehe dazu Paul CRAIG, The Nature of the Community: Integration, Democracy and Legitimacy, in: Paul CRAIG, Gráinne DE BÚRCA, The Evolution of EU Law, Oxford 1998, 1–54. Nun ist der Vorwurf des Legalismus nicht nur gegen die EU, sondern oft auch gegen die Nationalstaaten gerichtet. Dabei ist die Problem der EU als „regulatory state“ (Majone), dass das Recht ihr wesentliches Regulationsinstrument ist, da sie über nur sehr geringe andere, vor allem Budgetmittel verfügt, die sie mit bestimmten Steuerungsabsichten einsetzen kann. Dabei ist in den letzten Jahren ohnehin ein Form des Regierens entstanden, die stärker auf „soft law“ oder „soft modes of governance“ setzt

falls kaum als Errungenschaft einer zivilisierenden Anstrengung, Frieden und Freiheit auf diesem Kontinent qua Recht zu garantieren. Dies ist für die Gemeinschaft und ihr Recht nicht ohne Gefahren, denn wenn Luhmanns Argument von der vertrauensschaffenden Funktion des Rechts richtig ist, dann ist ihm auch darin zuzustimmen, dass „damit das Recht auch anfällig für symbolische Vertrauenskrisen (ist)“<sup>31</sup>. Die Konstrukteure, vor allem aber die Dekonstrukteure Europas sollten dieser Gefahr ins Auge sehen. Doch sollten wir zugleich die von Michael Stolleis zuletzt aufgeworfene Frage, ob wir denn nicht zu hohe Erwartungen an das Recht stellen<sup>32</sup>, ernsthaft diskutieren. Denn politische Dissense bedürfen einer politischen Antwort, die wir nicht an das Recht und die Gerichte abschieben können.

---

und damit ein Recht schafft, dass rechtlich nicht bindend ist, sondern als Empfehlung seine Wirkung entfalten soll. Doch die Forschung über die tatsächlichen Wirkungen steht noch am Anfang. Siehe dazu Kenneth W. ABBOTT/Duncan SNIDAL, *Hard and Soft Law in International Governance*, in: *International Organization* 54 (3) 2000, 421–456.

<sup>31</sup> Niklas LUHMANN (wie Anm. 4) 132.

<sup>32</sup> Michael STOLLEIS, *Erwartungen an das Recht*, in: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 30.12.2003, Nr. 302, 7.