

§ 5 Krise des Europarechts, Europarecht in der Krise: Recht, Politik und Ökonomie

Alexandra Kemmerer

I.	Krise der Union, Krise des Unionsrechts, Unionsrecht in der Krise	90
II.	Zwischen Konsens und Kontestation	91
III.	Supranationale Integration und Demokratie: Konflikt und Balance	95
IV.	Jenseits der Rechtsgemeinschaft	98
V.	Recht, Politik und Ökonomie.....	102

In der Krise bedarf die Diskussion über die Zukunft des Rechts der Wirtschafts- und Währungsunion einer intra- und interdisziplinären Kontextualisierung. Dabei ist den Koordinaten Recht, Politik und Ökonomie besonderes Augenmerk zu widmen. Kontextualisierung hat es mit Distanz zu tun. Damit ist jedoch nicht die Äquidistanz der Vogelperspektive gemeint, sondern eine reflexive Disziplinarität, die Verortung erfordert und ermöglicht.¹ Der nachfolgende Beitrag bündelt fünf kurze Beobachtungen, die eine Kontextualisierung in diesem Sinne versuchen und dabei eine transdisziplinär europarechtliche Perspektive einnehmen. In diesen Beobachtungen geht es um das Verhältnis von Politik und Recht, aber auch von Politik, Recht und Ökonomie.² Auf diese Trias werde ich am Ende meiner Ausführungen zurückkommen.

¹ Zur Haltung einer reflexiven Disziplinarität in der Rechtswissenschaft: *D. Grimm, A. Kemmerer, C. Möllers*, Recht im Kontext. Ausgangspunkte und Perspektiven, in: Grimm/Kemmerer/Möllers (Hrsg.), Gerüchte vom Recht. Vorträge und Diskussionen aus dem Berliner Seminar Recht im Kontext (Recht im Kontext 1), Baden-Baden 2015, 11-22; *A. Kemmerer*, Dignified Disciplinarity: Towards a Transdisciplinary Understanding of Human Dignity, in: McCrudden (Hrsg.), Understanding Human Dignity, Oxford 2013, 649-658; *A. Kemmerer*, Sources in the Meta-Theory of International Law: Hermeneutical Conversations, in: Besson/d'Aspremont (Hrsg.), The Oxford Handbook on the Sources of International Law, Oxford 2017 (im Erscheinen). Zur reflexiven Rechtswissenschaft vgl. auch *S. Baer*, Rechtssoziologie, 2. Aufl., Baden-Baden 2014.

² S. den Beitrag von *T. Büttner*, Die europäische Finanzordnung aus ökonomischer Sicht (§ 4), S. 83.

I. Krise der Union, Krise des Unionsrechts, Unionsrecht in der Krise

Wenn wir über das Verhältnis von Politik und Recht in der Union sprechen, dann müssen wir von der Krise der Union sprechen, von der Krise des Unionsrechts und vom Unionsrecht in der Krise. Als Krise ist dabei eine Situation zu verstehen, „in der überkommene Institutionen und Selbstverständlichkeiten plötzlich fragwürdig werden, unerwartete Schwierigkeiten fundamentaler Bedeutung auftauchen, und in der offen ist, ‚wie es weitergeht‘“.³ In der Krise ist Zukunft zugleich vergangen und offen.

Die Krise, die wir gegenwärtig in Europa erleben, ist genau besehen ein Bündel von Krisen, vielfältig miteinander verflochten und in komplexen Wechselwirkungen befangen: Finanz- und Schuldenkrise, Eurokrise, Migrationskrise, Ukrainekrise, Brexit-Krise, Terrorkrise, die Krise zunehmender autoritärer Tendenzen in Polen und Ungarn.⁴

Die Union in der Krise, die Union nach der Krise ist ein anderes politisches Wesen als die, die wir kannten. Und sie ist dabei aus Sicht konventioneller Verfassungstheorie einmal mehr – in den oft zitierten, auf das Alte Reich gemünzten Worten des Heidelberger Völkerrechtsprofessors Samuel Pufendorf – ein *irregulare aliquod corpus et monstro simile*.⁵ Sie muss sich neu und in grundsätzlicher Weise, in so grundsätzlicher Weise wie nie in ihrer Geschichte, den Herausforderungen des Verhältnisses von Recht, Politik und Ökonomie stellen – und dabei ist neu die Rolle des Unionsrechts zu definieren.

³ C. Offe, Arbeitsgesellschaft. Strukturprobleme und Zukunftsperspektiven, Frankfurt am Main 1988, 7.

⁴ Über Krisen und Krisenzurechnung im europäischen Krisengeschehen: C. Möllers, Krisenzurechnung und Legitimationsproblematik in der Europäischen Union, *Leviathan* 43 (2015), 339-364.

⁵ Severini de Monzambano Veronensis De statu Imperii Germanici. A Laelium fratrem, dominum Trezolani. Liber unus, Genf 1667, 115. Zur Verwendung des Begriffs in späteren Auflagen der von Pufendorf unter Pseudonym publizierten Schrift vgl. K. von Arretin/N. Hammerstein, Reich, in: Brunner/Conze/Koselleck (Hrsg.), *Geschichtliche Grundbegriffe*, Band 5, Stuttgart 1984, 423-486, 472 f.

In diesem Prozess sind nationale Gerichte ebenso gefordert wie der Europäische Gerichtshof und die Rechtswissenschaft, die in der Weiterentwicklung des Rechts der europäischen Integration von jeher eine prominente Rolle gespielt hat. Eine vermeintlich unpolitische, dabei aber zumeist vom Telos der *ever closer union* bestimmte Rolle. Eine Rolle, die auch in der Disziplin des Europarechts selbst heute grundlegend in Frage gestellt wird. Die Antworten auf diese Frage sind vielfältig – nicht nur, weil es eben keine einheitliche Disziplin des Europarechts gibt, sondern mindestens 28 – und dazu eine transnationale, ein gewissermaßen „europäische“ oder „europäisierte“ Perspektive des Europarechts.⁶

II. Zwischen Konsens und Kontestation

Eine Imagination der Europäischen Union als „Gemeinwesen [...], das Anlaß zur Hoffnung auf post-politische Integration und – auf lange Sicht – liberale, post-politische Identität gibt“⁷, ist an ihre Grenzen gekommen.

⁶ Zu den nationalen Europarechtswissenschaften und der Notwendigkeit eines europäisierten Europarechts: *A v. Bogdandy*, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht: Strukturen, Debatten und Entwicklungsperspektiven der Grundlagenforschung zum Recht der Europäischen Union, *Der Staat* 40 (2001), 3-43; *ders.*, National Legal Scholarship in the European Legal Area – A Manifesto, *International Journal of Constitutional Law* 10 (2002), 614-626, insbes. 623-626; angesichts weiter bestehender Sprachbarrieren, rechtskultureller Differenzen und institutioneller Beharrungskräfte bleiben transnationaler Diskurs und Verknüpfung nationaler und europäischer (Teil-)Debatten weiterhin Desiderat, vgl. *D. Thym*, Die Einsamkeit des deutschsprachigen Europarechts, *Verfassungsblog*, 29. Mai 2014, <http://verfassungsblog.de/die-einsamkeit-des-deutschsprachigen-europarechts/> (30. Mai 2017); zum „diskursiven Selbststand“ der „deutschen“ Europarechtswissenschaft eingehend *D. Thym*, Zustand und Zukunft der Europarechtswissenschaft in Deutschland, *Europarecht* 50 (2015), 671-702. Thym beschreibt neben Inhalten auch Struktur und Organisation der deutschen Europarechtswissenschaft und greift so ein Desiderat auf, das auch thematisiert wird von *B. de Witte*, *European Union Law: A Unified Academic Discipline?*, in: *Vauchez/de Witte* (Hg.), *Lawyering Europe. European Law as a Transnational Social Field*, Oxford 2013, 101-116.

⁷ *U. Haltern*, *Europarecht und das Politische*, Tübingen 2005, 222. *Haltens* Rekonstruktion und Analyse der Dimensionen von Wille, Vernunft und Interesse im europäischen Mehrebenensystem und seine Überlegungen zu den möglichen Folgen einer Dissonanz

Mit dem „europäischen Krisengeschehen“⁸ geht eine Politisierung einher, die sich zunehmend auch als scharfe Kritik an Prozess und Projekt der europäischen Integration artikuliert. Vorangetrieben wird diese Politisierung unter anderem durch die europarechtlichen Reaktionen auf die Finanz- und Staatsschuldenkrise, die zum Einsatz empfindlicher Zwangsinstrumente gegenüber Mitgliedstaaten führten.⁹

Ein Paradox: Motor der Politisierung ist so gerade jener technokratische Intergouvernementalismus, der als Phänomen tiefgreifender Depolitisierung der Union erfahren wird. Lange konsensual verdeckte nationale Interessengegensätze und transnationale soziale Konflikte brechen auf – es entsteht ein *cleavage*, der im gegenwärtigen rechtlichen und politischen System der EU nicht konstruktiv verarbeitet werden kann.¹⁰

Die Politisierung Europas ist jedoch nicht nur empirische Realität, sondern auch normatives Desiderat. Vielerorts wird noch immer – *Martin Nettesheim* hat darauf kritisch hingewiesen – am historisch scheinbar unausweichlichen *telos* einer „dichten Föderation“ festgehalten.¹¹ Gerade auch die Europarechtswissenschaft bindet sich in einer für die politische wie juristische Debatte kontraproduktiven Weise an die Zielvorgabe der *ever closer union* (dazu näher unter IV).

Doch selbst dort, wo auf europäischer Ebene eine Rückkehr zur klassischen Gemeinschaftsmethode, zum konsensualen europäischen *common law* forciert wird¹² und – wie uns Herr Präsident *Lenaerts* in seinem Vortrag in

von Wille und Interesse bleiben gerade in den gegenwärtigen Krisendiskursen bedenkenswert.

⁸ *Möllers* (Fn. 4), 352.

⁹ *A. von Bogdandy*, Von der technokratischen Rechtsgemeinschaft zum politisierten Rechtsraum. Probleme und Entwicklungslinien in der Grundbegrifflichkeit des Europarechts, MPIL Research Paper No. 2017-12, 6.

¹⁰ *M. Dawson/F. de Witte*, From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU, *European Law Journal* 22 (2016), 204-224, 207.

¹¹ *M. Nettesheim*, Die Fortentwicklung der Wirtschafts- und Währungsunion, S. 37.

¹² Vgl. dazu *T. Tobin*, Uniting in Diversity. Koen Lenaerts LL.M. `78 on leading the EU's highest court, *Harvard Law Today*, April 8, 2016, <https://today.law.harvard.edu/koen-lenaerts-ll-m-78-leading-eus-highest-court/> (30. Mai 2017).

anschaulicher Weise mit Blick auf *Pringle*¹³ und *Gauweiler*¹⁴ und auch auf die soeben ergangene Entscheidung in den verbundenen Rechtssachen *Ledra Advertising u.a.*¹⁵ entfaltet hat – vom EuGH aktiv vorangetrieben wird, lässt sich hinter vorsichtigen Formulierungen das Desiderat einer politischen Auseinandersetzung auf europäischer Ebene erkennen.

Koen Lenaerts gesteht zu, dass „die angesprochenen Rechtssachen auch Schwachstellen eines Systems [kennzeichnen], das der EuGH gebilligt hat, ohne damit eine Entscheidung über die letztlich politische Fragestellung getroffen zu haben, ob das von den Mitgliedstaaten ins Werk gesetzte System eine wünschenswerte Lösung ist oder nicht doch nur das derzeit einzig ‚Machbare‘ widerspiegelt“.¹⁶ Der ESM solle „als pragmatisches Instrument bewertet werden“, das „nicht zum Standard politischen Handelns auf europäischer Ebene“ werden solle. Damit stellt Präsident *Lenaerts* die Rechtsprechung seines Gerichts gleichsam unter den Vorbehalt der Ausnahmesituation.¹⁷ Zugleich werden mit der Rede von der „Vermeidung eines politischen Stillstands“ implizit das alte Bild des Gerichtshofs als „Motor der Integration“ und die klapprig gewordene „Fahrradmetapher“ heraufbeschworen. Wann und wie die Instrumente europäischen Regierens in einer „sowohl unter demokratischen Gesichtspunkten als auch aus der Perspektive angemessenen Rechtsschutzes“ legitimen Form dauerhaft weiterentwickelt werden können, bleibt bei *Lenaerts* offen.

¹³ EuGH, Urteil vom 27.11.2012, Rs. C-370/12, EU:C:2012:756 (*Pringle*).

¹⁴ EuGH, Urteil vom 16.6.2015, Rs. C-62/14, EU:C:2015:400 (*Gauweiler*).

¹⁵ EuGH, Urteil vom 20. 9. 2016, Verb. Rs. C-8/15 P bis C-10/15 P, EU:C:2016:701 (*Ledra Advertising u.a.*).

¹⁶ *K. Lenaerts*, Rechtliche Herausforderungen der Wirtschafts- und Währungsunion, in diesem Band. Dort auch die weiteren in diesem Absatz zitierten Stellen.

¹⁷ Diese politische Ausnahmesituation ist auch eine Krise des Rechts. Deutlicher als *Lenaerts* insoweit *C. Joerges*, Constitutionalism and the Law of the European Economy, in: Dawson/Enderlein/Joerges (Hrsg.), *Beyond the Crisis. The Government of Europe's Economic, Political, and Legal Transformation*, Oxford 2015, 216-231, 223-228. Vgl. auch *A. Fischer-Lescano*, Human Rights in Times of Austerity Policy. The EU Institutions and the Conclusion of Memoranda of Understanding, Baden-Baden 2014, 15-17, mit Hinweis auf *P. Kirchhof*, Stabilität von Recht und Geldwert in der Europäischen Union, *Neue Juristische Wochenschrift* 66 (2013), 1-6, 1.

Bevor ich in einer nächsten Beobachtung weiter – in gebotener Kürze – auf Fragen demokratischer Legitimation und die konstruktive Einhegung politischer Spannungen durch erneuerte Strukturen demokratischer Deliberation und Kontestation eingehe, möchte ich eine Bemerkung von *Martin Nettesheim* aufgreifen und unterstreichen: „Positionen hängen wesentlich von Narrationen ab.“¹⁸ Es bedarf des genauen Blicks auf die Narrative der europäischen Integration, auf die wirkmächtigen Leitbilder und Imaginationen – und auf die Motive ihrer Urheber.¹⁹

Darum ist die beginnende Historisierung des Rechts der europäischen Integration gerade in Krisenzeiten von besonderer Relevanz. Sie wird nicht nur von Historikern, sondern auch von Europa- und Verfassungsrechtlern, Soziologen und Politikwissenschaftlern, in multidisziplinären Konstellationen und transdisziplinären Perspektiven betrieben.²⁰ Sie verspricht ein geschärftes „Möglichkeitsbewusstsein“,²¹ eine reflexive Sensibilisierung für die Potentiale des Rechts und der Politik in der Europäischen Union.

¹⁸ *Nettesheim* (Fn. 11).

¹⁹ Instruktiv kritisch *W. Streeck*, Narrative über Europa. Geschichten, Märchen, Sakralisierungen und andere dienliche Konstrukte, *Lettre International* 117 (Sommer 2017), 59-61. Zu Form, Inhalt und Funktion von Narrativen im Integrationsprozess vgl. auch die Beiträge in *C. Franzius/F. C. Mayer/J. Neyer* (Hrsg.), *Die Neuerfindung Europas. Bedeutung und Gehalt von Narrativen für die europäische Integration* (in Vorbereitung). Vgl. auch *F. Weber*, Formen Europas. Rechtsdeutung, Sinnfrage und Narrativ im Rechtsdiskurs um die Gestalt der Europäischen Union, *Der Staat* 55 (2016), 151-179, bei dem allerdings das Verhältnis von Begriff und Narrativ unklar und der im europarechtlichen Diskurs zentrale Begriff der Rechtsgemeinschaft ausgeblendet bleibt.

²⁰ Exemplarisch *A. Vauchez*, *Brokering Europe: Euro-Lawyers and the Making of a Transnational Polity*, Cambridge 2015; *H. Delfs*, *Komplementäre Integration. Grundlegung und Konstitutionalisierung des Europarechts im Kontext*, Tübingen 2015; *F. Nicola/B. Davies* (Hrsg.), *EU Law Stories: Contextual and Critical Histories of European Jurisprudence*, Cambridge 2017. Zur Europäisierung nationaler Rechtsordnungen vgl. *A. K. Mangold*, *Gemeinschaftsrecht und deutsches Recht. Die Europäisierung der deutschen Rechtsordnung in historisch-empirischer Sicht*, Tübingen 2011; *J. Bailleux*, *Penser l'Europe par le droit: L'invention du droit communautaire en France*, Paris 2014.

²¹ *F. Schorkopf*, Rechtsgeschichte der europäischen Integration. Ein Themengebiet für Grundlagenforschung in der Rechtswissenschaft, *Juristenzeitung* 69 (2014), 421-431, 422.

III. Supranationale Integration und Demokratie: Konflikt und Balance

Wie lässt sich nun die Politisierung der Europäischen Union institutionell einhegen und für eine Stärkung der europäischen Demokratie fruchtbar machen? Wie lassen sich auch die potentiell destruktiven Kräfte des Politischen zähmen? Und was, wenn sie zu Fliehkräften werden? Wenn demokratische Weichenstellungen in soziale, politische und rechtliche Desintegration umzuschlagen drohen?

Martin Nettesheim ist zuzustimmen: „Demokratie bedeutet auch Reversibilität“. ²² Darum braucht Europa Räume demokratischen Diskurses, in denen Analyse, Bewertung und Diskussion „alternativer Szenarien“ (*Nettesheim*) möglich sind.

Lange dominierte im europa(rechts)wissenschaftlichen Diskurs die Verrechtlichung des Politischen: „Nicht das demokratische Prinzip, sondern das der Rechtsstaatlichkeit bestimmte über Jahrzehnte den Fokus der Europarechtswissenschaft.“ ²³ Zugleich war jedoch die Sorge um die Demokratie, um die demokratische Legitimation von Anfang an präsent. ²⁴ Auch bei *Eric Stein*, einem frühen Beobachter der Konstitutionalisierung des Europarechts, verbindet sich die Verrechtlichungsperspektive früh mit einer Sensibilität für demokratische Desiderata. ²⁵

Die Konstitutionalisierungsdynamik des Rechts der Europäischen Union, die ihren Ausgang von *van Gend en Loos* und *Costa Enel* nahm, hat, wie *Dieter Grimm* formuliert, durch die umfassende Konstitutionalisierung der Verträge wesentliche politische Gestaltungsfragen rechtlich verfestigt

²² *Nettesheim* (Fn. 11).

²³ *A. von Bogdandy*, Grundprinzipien, in v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2009, 13-71, 62; vgl. auch *U. Haltern*, Europarecht und das Politische, Tübingen 2005, 104-195.

²⁴ *B. Rittberger*, Building Europe's Parliament. Democratic Representation Beyond the Nation State, Oxford 2004, 204.

²⁵ Systematisch und komparativ aufgearbeitet von *E. Stein*, International Integration and Democracy. No Love at First Sight, *American Journal of International Law* 95 (2001) 489-534.

und dem demokratischen Prozess entzogen.²⁶ Parallel verlief schrittweise aber ein Prozess der „normativen Rekalibrierung des Demokratischen in Europa“²⁷ und führte zur Ausformung einer dualen Legitimationsstruktur: Zwei Legitimationsstränge vermitteln demokratische Legitimation, sie verlaufen einerseits von der Gesamtheit der Unionsbürger über das europäische Parlament, andererseits von den mitgliedstaatlich verfassten Völkern über den Rat, welcher über eine „Legitimationskette“ mit den demokratisch verfassten Völkern der Mitgliedstaaten verbunden ist.²⁸

Ausgehend von dieser dualen Legitimationsstruktur formuliert *Jürgen Habermas* eine Theorie geteilter Souveränität, in der die Bürger das eigentliche Subjekt der europäischen öffentlichen Gewalt sind und diese in doppelter Rolle ausüben: „als Unionsbürger wie auch als Angehöriger eines Staatsvolkes“.²⁹ Die von *Habermas* vorgeschlagene strukturelle Disaggregation des europäischen Bürgers, die sich eng an Überlegungen aus der Rechtswissenschaft orientiert, inspiriert ihrerseits einen von den Europarechtlern *Mark Dawson* und *Floris de Witte* vorgelegten Entwurf eines europäischen Zweikammer-Systems.³⁰

Dawson und *de Witte* setzen auf Kontestation und politischen Wettbewerb, lehnen eine Stärkung der nationalen Parlamente als Kontrollinstanzen transnationaler demokratischer Selbstbestimmung als institutionelle Lö-

²⁶ *D. Grimm*, Die Rolle der nationalen Verfassungsgerichte in der europäischen Demokratie, in ders., *Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie*. München 2016, 199-224, 219.

²⁷ *D. Halberstam*, The Bride of Messina. Constitutionalism and Democracy in Europe, *European Law Review* 30 (2005) 775-801, 801.

²⁸ *A. Kemmerer*, Legitimationssubjekte: Staatsbürger – Unionsbürger, in: *Franzius/Mayer/Neyer* (Hrsg.), *Strukturfragen der Europäischen Union*, Baden-Baden 2010, 204-217. Vgl. auch *von Bogdandy* (Fn. 23), 64-66; *J. von Achenbach*, Theoretische Aspekte des dualen Konzepts demokratischer Legitimation, in: *Vöneky/Hagedorn/Clados/dies.* (Hrsg.), *Legitimation ethischer Entscheidungen im Recht – Interdisziplinäre Untersuchungen*, Berlin 2008, 191-208; *A. Peters*, *Elemente einer Theorie der Verfassung Europas*, Berlin 2001, 556-566.

²⁹ *J. Habermas*, *Zur Verfassung Europas*, Berlin 2011, 48-82 (hier zitiert: 69).

³⁰ *M. Dawson/F. de Witte*, From Balance to Conflict: A New Constitution for the EU, *European Law Journal* 22 (2016), 204-224.

sungsstrategie aber ab, da die politische Auseinandersetzung sonst transnationalen Foren entzogen würde und es auch an einer fruchtbaren Einbindung in die institutionellen Strukturen der EU fehle.³¹ Stattdessen forcieren *Dawson* und *de Witte* eine Machtverschiebung von bestehenden Foren politischen Verhandeln und Aushandeln in neu zu konturierende Foren politischer Auseinandersetzung.³² Ihr Vorschlag, der eine auf Konflikt statt Konsens gegründete europäische Verfassungsordnung im Blick hat, zielt auf eine Ergänzung des Europäischen Parlaments (als Repräsentativorgan der Bürger) durch die Umgestaltung des Rates in einen Europäischen Senat (als Vertretung der Mitgliedstaaten, besetzt mit Vertretern der Regierungen und Parlamente).

Angesichts gegenwärtiger Renationalisierungstendenzen lässt sich dieser Ansatz punktueller institutioneller Reform mit guten Gründen als romantischer Tagtraum supranationaler Demokratisierungsbestrebungen belächeln – oder als brandgefährliches Spiel mit dem Feuer politischer Interessengegensätze kritisieren. Bedenkenswert bleibt indes der Versuch, das Selbstverständnis des Individuums mit den beiden verschiedenen normativen Projekten in Einklang zu bringen, an denen es beteiligt ist – dem nationalen und dem europäischen.³³

Die von *Habermas* entfaltete duale Konstruktion spiegelt in der Tat nicht den verfassungsrechtlichen Status quo nach dem Vertrag von Lissabon; die Eigenlegitimation der EU bleibt weiterhin deutlich schwächer ausgeprägt als die Legitimationszufuhr durch die Mitgliedstaaten als „Herren der Verträge“.³⁴ Durch die reflexive Verflechtung von Staats- und Unionsbürgerschaft wurde aber ein politischer „Resonanzraum für Antworten auf Legitimationsbedürfnisse“ eröffnet, „die sich aus neuen Formen hoheitlicher

³¹ Ibid., 219-221.

³² Ibid., 204-205.

³³ Ibid., 219, mit Verweis auf *Habermas*.

³⁴ *D. Grimm*, Souveränität in der Europäischen Union, in: id., Europa ja – aber welches? Zur Verfassung der europäischen Demokratie. München 2016, 49-69, 58-63; vgl. aber auch *von Bogdandy* (Fn. 23), 63-66, der einen „neuen kognitiven Rahmen“ konstatiert (66).

Aufgabenerfüllung und Kooperation ergeben, welche die Grenzen der nationalen politischen Gemeinschaften überschreiten“.³⁵

IV. Jenseits der Rechtsgemeinschaft

Wie nun kann der damit eröffnete transnationale Verfassungsraum so gestaltet werden, dass er nicht nur die Diskussion „von Visionen und Wünschen, sondern auch (...) Analyse und Bewertung alternativer Szenarien“³⁶ zulässt und ermöglicht?

Bei der Auseinandersetzung mit dieser Frage ist natürlich, wie im Vortrag von *Koen Lenaerts*, über Auslegungsmethodik zu sprechen.³⁷ Doch es geht auch um das Europarecht selbst, um den Begriff des Europarechts und um seine begrifflichen Kontexte und Prägungen.³⁸

Für die deutsche Juristin ist Europarecht noch immer das Recht der europäischen Rechtsgemeinschaft – von der ersten Vorlesungsstunde an. Dort wird eingangs rituell *Walter Hallsteins* einflussreiche Deutung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft aufgerufen, die den Begriff einer Rechtsgemeinschaft als „Schöpfung des Rechts“, „Quelle des Rechts“ und „Verwirklichung einer Rechtsidee“ entfaltet.³⁹ *Hallsteins* Rechtsgemeinschaft

³⁵ *Kemmerer* (Fn. 28), 217.

³⁶ *Nettesheim* (Fn. 11).

³⁷ Ein Gespräch über „Auslegungsmethodik in der europäischen Rechtsgemeinschaft“ wird eingefordert von *H. Kube*, *Auslegungsmethodik und ultra vires Kontrolle*, in: *Steinbeis/Kemmerer/Möllers* (Hrsg.), *Krise und Konstitutionalisierung in Europa. Verfassungsblog I (Recht im Kontext 3)*, Baden-Baden 2015, 93-94, 93.

³⁸ Dazu eingehend *von Bogdandy* (Fn. 9); *A. von Bogdandy*, *Was ist Europarecht? Eine Fortschreibung von Begriff und Disziplin*, *Juristenzeitung* 72 (2017), 589-597.

³⁹ *W. Hallstein*, *Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft* (Rede zur Ehrenpromotion, Universität Padua, 12. März 1962), in: id., *Europäische Reden*. Herausgegeben von Thomas Oppermann unter Mitarbeit von Joachim Kohler. Stuttgart 1979, 341-348, 343. Später ersetzt er die „Verwirklichung der Rechtsidee“ durch die „Rechtsordnung“, vgl. *W. Hallstein*, *Die Europäische Gemeinschaft*. Düsseldorf 1973, 33. Zur Hallsteins Begriffsbildung ausführlich *F. C. Mayer*, *Europa als Rechtsgemeinschaft*, in: *Schuppert/Pernice/Haltern* (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, 429-487.

spiegelt die transnationale Konstitutionalisierung Europas, die *Transformation of Europe*.⁴⁰ Sie wurde eine *idée directrice* der rechtlichen Integration Europas⁴¹ – und bleibt doch mit ihrer an der deutschen Verfassungspraxis orientierten starken Normativität nur bedingt unionsweit begrifflich kompatibel.⁴² Mit ihrem funktionalistischen Grundzug, ihrer konstitutiven Ausrichtung auf eine *ever closer union* kann *Hallsteins* Rechtsgemeinschaft „heute kein adäquates Grundverständnis des Europarechts mehr vermitteln“.⁴³

Gleiches gilt auch für den ab 1978 am Europäischen Hochschulinstitut im Projekt *Integration Through Law (ITL)* entwickelten, von einer *federal vision* geprägten Deutungsrahmen.⁴⁴

Die teleologische Agenda, die Normativität des Unternehmens entpuppte sich als seine Achillesferse.⁴⁵ Von den Herausgebern und Autoren der sieben Bände, die als *deliverables* des vor allem von der *Ford Foundation* geförderten Projekts erschienen, wurde ebenso wenig explizit auf *Hallsteins* Rechtsgemeinschaft Bezug genommen wie in den Erträgen des parallel von

⁴⁰ E. Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, *American Journal of International Law* 75 (1981), 1-20; J. H. H. Weiler, *The Transformation of Europe*, *Yale Law Journal* 100 (1991), 2403-2483.

⁴¹ A. Vauchez, *L'Union par le droit. L'invention d'un programme institutionnel pour l'Europe*, Paris 2013; Vauchez (Fn.16).

⁴² von Bogdandy (Fn. 9), 8-10.

⁴³ von Bogdandy (Fn. 9), 10. Zum Ganzen *ibid.*, 2-10.

⁴⁴ Dazu einleitend M. Cappelletti/M. Seccombe/J.H.H. Weiler, *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience – A General Introduction*, in: dies. (Hrsg.), *Integration Through Law. Europe and the American Federal Experience. Methods, Tools, and Institutions*, Bd. 1, Berlin/New York 1986, 3-68. Einen rechtswissenschaftlichen Rückblick auf das Projekt ITL bieten die Beiträge in D. Augenstein (Hrsg.), *'Integration Through Law' Revisited. The Making of the European Polity*, London/New York 2012; kritisch schon früher U. Haltern, *Integration Through Law*, in: Wiener/Diez (Hrsg.), *European Integration Theory*, Oxford 2004, 177-196. Vgl. jetzt die Studie der Historikerin R. Byberg, *The History of the Integration Through Law Project. Creating the Academic Expression of a Constitutional Legal Vision for Europe*, *German Law Journal* 18 (2017), im Erscheinen.

⁴⁵ J.H.H. Weiler, *Epilogue*, in: Augenstein (Fn. 44), 175-179, 178.

Eric Stein und *Terrance Sandalow* realisierten, ebenfalls von der *Ford Foundation* als transatlantisches Projekt geförderten Vorhabens *Courts and Free Markets*.⁴⁶ Dennoch fügten sich beide Projekte und die daraus resultierenden Publikationen und Netzwerke in den größeren Zusammenhang einer auf Verdichtung, Vertiefung und Erweiterung angelegten transnationalen Integration durch Recht und Rechtswissenschaft, für deren Verständnis auch über den deutschsprachigen Raum hinaus *Hallsteins* Begriffsprägung Grund und Rahmen bot. *Tempi passati*.

Um die „konfliktvolle Politisierung zu hegen, ja konstruktiv zu wenden“, hat *Armin von Bogdandy* daher vorgeschlagen, „den Begriff des Europarechts so umzustellen und fortzuschreiben, dass er seinen politisierten Gegenstand überzeugender fasst“.⁴⁷ Dabei schließt *von Bogdandy* an einen von *Hermann Mosler* geprägten Europarechtsbegriff⁴⁸ an, der zwar ebenfalls auf einen immer engeren Zusammenschluss gerichtet ist, dem er aber „dank der spektakulären Entfaltung des europäischen transnationalen Rechts (EU und Europarat), der vertikalen wie horizontalen Öffnung der staatlichen Rechtsordnungen und deren Europäisierung ein weit höheres rekonstruktives Potential für geltendes Recht“ bescheinigt als dem Ansatz von *Hallstein* und der Perspektive der ITL.⁴⁹ Inspiriert von Moslers weitem

⁴⁶ *M. Cappelletti/M.Secombe/J.H.H. Weiler* (Hrsg.), *Integration Through Law: Europe and the American Federal Experience*, 7 Bde., Berlin/New York 1985-1988; *Terrance Sandalow/Eric Stein* (Hrsg.), *Courts and Free Markets. Perspectives from the United States and Europe*, 2 Bde., Oxford 1982.

⁴⁷ *A. von Bogdandy*, Was ist Europarecht? Eine Fortschreibung von Begriff und Disziplin, *Juristenzeitung* 72 (2017), 589-597, 593. Eine frühere englischsprachige Fassung erschien im *European Law Journal* 22 (2016), 519-538.

⁴⁸ *H. Mosler*, Gegenstand und Begriff des Europarechts, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 28 (1968), 480-502. Dass *Mosler* dem Begriff der (Rechts-)Gemeinschaft zunächst wenig abgewinnen konnte, sich dann aber zunehmend dafür begeisterte und schließlich den Versuch einer Übertragung des Begriffs auf die internationale Ebene unternahm zeigt *F. Lange*, *Praxisorientierung und Gemeinschaftskonzeption. Hermann Mosler als Wegbereiter der westdeutschen Völkerrechtswissenschaft nach 1945*, Berlin 2017, 318-323.

⁴⁹ *von Bogdandy* (Fn. 47), 590.

Europarechtsbegriff vollzieht von *Bogdandy* einen transdisziplinär informierten *spatial turn*.⁵⁰ Er arbeitet den sozialen wie geographischen Raumbezug des Europarechts, seine territoriale Dimension, heraus und schlägt als neuen rechtswissenschaftlichen Grundbegriff den Begriff des *europäischen Rechtsraums* vor.

Damit wird auch eine Historisierung der Rechtsgemeinschaft möglich, die *Hallsteins* wirkmächtigen Begriff nicht einfach auf den Müllhaufen der Integrationsgeschichte entsorgt, sondern ihn überschreitet und aufhebt.⁵¹ Jenseits der Rechtsgemeinschaft lässt sich dann *Hallsteins* Kerneinsicht neu aufnehmen, „wonach die eigentliche Prämisse europäischer Einheit darin liegt, das Zusammenleben in Europa rechtsförmig und durch gemeinsame Institutionen zu gestalten, nicht einseitig, nicht durch Zwang, und schon gar nicht durch Gewalt“.⁵²

Ein so gedachter transnationaler Rechtsraum lässt, wie von *Martin Nettesheim* gefordert, „Analyse und Bewertung alternativer Szenarien“⁵³ zu – auch wenn fraglich ist, ob im Zeichen der Einheitsidee, die von *Bogdandy* fortschreibt, bei allem Bekenntnis zu Differenz und Komplexität Desintegration als Option, als Ernstfall eines alternativen Szenarios, überhaupt denkbar wäre.

In seiner Mehrebenenendimension lässt der *europäische Rechtsraum* die genaue Zuordnung der verbundenen Rechtsordnungen offen und ermöglicht einen konstitutionellen Pluralismus,⁵⁴ der auf Balance und Kooperation

⁵⁰ von *Bogdandy* (Fn. 47), 594-596; (Fn. 9), 12-18.

⁵¹ von *Bogdandy* (Fn. 9), 17-18; auf S. 8 in Fn. 8 Hinweis auf die Verwendung der dort etwas anders nuancierten Formulierung „Jenseits der Rechtsgemeinschaft“ bei *Matthias Kottmann* bzw. „Diesseits der Rechtsgemeinschaft“ bei *Karl-Heinz Ladeur*.

⁵² von *Bogdandy* (Fn. 47), 597, mit Verweis auf *Hallstein*, Die EWG – Eine Rechtsgemeinschaft (Fn. 39), 343-344.

⁵³ *Nettesheim* (Fn. 11).

⁵⁴ Vgl. zum konstitutionellen Pluralismus in der EU: *M. Avbelj/J. Komárek* (Hrsg.), *Constitutional Pluralism in the European Union and Beyond*, Oxford 2012; einen ersten Systematisierungsversuch unternimmt *K. Jačlic*, *Constitutional Pluralism in the EU*, Oxford 2014.

setzt, aber auch Raum für Konflikt und Kontestation eröffnet.⁵⁵ Von *Bogdandys* europäischer Rechtsraum ist Ort eines „intrajudikativen Systems von checks und balances“, wie es *Koen Lenaerts* charakterisiert hat.⁵⁶ Tatsächlich kann man in dieser Perspektive das erste Vorlageverfahren des Bundesverfassungsgerichts mit guten Gründen, so wie es *Matthias Goldmann* formuliert hat, als „Meisterstück eines wahrhaften kooperativen Verfassungspluralismus“ bezeichnen.⁵⁷

V. Recht, Politik und Ökonomie

Ein Zusammenhang, der besonderer Aufmerksamkeit bedarf, ist das Verhältnis zwischen Recht, Politik und Ökonomie. In der Staatsschuldenkrise ist die Ökonomie zu einem primären Impulsgeber geworden.⁵⁸ Am Umgang mit ökonomischer Expertise scheiden sich dabei die Geister. Exemplarisch lässt sich dies an der unterschiedlichen Bewertung der ökonomischen Aspekte des OMT-Programms durch das Bundesverfassungsgericht und den EuGH zeigen, welche *Koen Lenaerts* in seinem Vortrag dargelegt hat.⁵⁹ Während der EuGH der EZB einen weiten Beurteilungs- und Einschätzungsspielraum einräumte, ließ sich das Bundesverfassungsgericht auf eine detaillierte Auseinandersetzung mit den relevanten ökonomischen Fragen ein.

⁵⁵ *D. Halberstam*, Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States, in Dunoff/Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge 2009, 326-355.

⁵⁶ *Lenaerts* (Fn. 16).

⁵⁷ *M. Goldmann*, Mutually Assured Discretion: The ECJ on the ECB's OMT Policy, *Verfassungsblog* 18 Juni 2015, erreichbar unter <http://verfassungsblog.de/mutually-assured-discretion-the-ecj-on-the-ecbs-omt-policy/> (30. Mai 2017).

⁵⁸ *C. Joerges/C. Kreuder-Sonnen*, European Studies and the European Crisis: Legal and Political Science between Critique and Complacency, *European Law Journal* 23 (2017), forthcoming (Fußnote 1).

⁵⁹ *Lenaerts* (Fn. 16).

Auf eine vertiefte Erörterung dieser Problematik möchte ich an dieser Stelle verzichten, sie kann in der Diskussion nachgeholt werden. Hingewiesen sei allerdings auf ein Desiderat, das die Politikwissenschaftlerin *Petra Dobner* prägnant formuliert hat:

„So offenkundig es auch ist, dass die Ökonomie als Wissenschaft und als Handlungsfeld einen entscheidenden Einfluss auf Politik und Recht ausübt, so wenig ist zugleich über die strukturellen Folgen dieser Tatsache für Politik und Recht als wissenschaftliche Disziplinen einerseits und als Felder gesellschaftlicher Gestaltung andererseits bekannt. Tagespolitische Kommentare und punktuelle Erkundungen dieser Folgen dominieren die Diskussion, doch ein systematischer Zugriff auf die verwobenen Verhältnisse von Politik, Recht und Ökonomie fehlt weitgehend. Gerade dieser wäre aber aus politik- und rechtswissenschaftlicher Perspektive wichtig, um die eigenen Forschungsgegenstände unter den Bedingungen der ökonomischen Krise noch adäquat erfassen zu können.“⁶⁰

Der von *Dobner* konstatierten „Ökonomisierung der Politik“ in der Finanz- und Schuldenkrise steht vielfach eine „Politikwissenschaft ohne Ökonomie“ gegenüber.⁶¹ In der Rechtswissenschaft hingegen gibt es reichlich Ökonomie – es fehlt aber häufig an einem reflexiven Umgang mit ökonomischem Wissen und bestehenden institutionellen Arrangements.⁶² Diese werden mitunter unhinterfragt in die Rechtswissenschaft „importiert“ und stehen dadurch – wie *Isabel Feichtner* am Beispiel der im deutschen öffentlichen Recht und von dort ausgehend in der rechtlichen Architektur der europäischen Wirtschafts- und Währungsunion

⁶⁰ *P. Dobner*, Politik und Recht in der Schuldenkrise, in: Grimm/Kemmerer/Möllers (Hrsg.), Gerüchte vom Recht. Vorträge und Diskussionen aus dem Berliner Seminar Recht im Kontext (Recht im Kontext 2), Baden-Baden 2015, 23-48, 25-26.

⁶¹ *Ibid.*, 45.

⁶² Dazu *I. Feichtner*, Public Law's Rationalization of the Legal Architecture of Money: What Might Legal Analysis of Money Become? *German Law Journal* 17 (2016), 875-906.

konstitutionalisierten und damit gegen Kritik und politische Umgestaltung immunisierten Trennung von Wirtschafts- und Währungspolitik gezeigt hat – einem konstruktiven, ideenreichen, demokratisch rekalibrierten Umgang mit der ohnehin stattfindenden „Experimentation“ oder „exploratory governance“⁶³ im Wege.

Politikwissenschaft, Rechtswissenschaft und Ökonomie können einen – wirtschaftlichen wie politischen – Konsolidierungskurs in der Europäischen Union nur dann konstruktiv gestalten, „wenn sie das brachliegende Feld der politischen Ökonomie (und ihrer Kritik) neu bestellen“.⁶⁴

Doch das Gespräch über Disziplingrenzen hinweg bleibt meist Desiderat. Statt den Problemen strukturell auf den Grund zu gehen, klagt es sich leichter über die „anhaltenden interdisziplinären Kompetenzüberschreitungen der ökonomischen Kollegen“.⁶⁵

Ein besonnener und konstruktiver Austausch ist dringend angezeigt. Transdisziplinarität ist geboten.⁶⁶ Tradition und Potential eines kontextsensiblen, transdisziplinär aufgeschlossenen Finanz- und Steuerrechts mögen an diesem Institut dazu auch künftig hilfreiche Impulse geben.

⁶³ H. Enderlein, Towards an Ever Closer Economic and Monetary Union? The Politics and Economics of Exploratory Governance, in: Dawson/Enderlein/Joerges (Hrsg.), Beyond the Crisis. The Government of Europe's Economic, Political, and Legal Transformation, Oxford 2015, 13-23.

⁶⁴ Dobner (Fn. 60), 45. Zum kritisch-konstruktiven Potential politischer Ökonomie vgl. D. Kennedy, A World of Struggle. How Power, Law, and Expertise Shape Global Political Economy, Princeton 2016, 21-86. Siehe auch Feichtner (Fn. 62), 898-905.

⁶⁵ C. Hermann, Was nun, Herr Voßkuhle? Verfassungsblog, 17. Juni 2015, <http://verfassungsblog.de/was-nun-herr-vosskuhle/> (30. Mai 2017)

⁶⁶ Dobner (Fn. 60), 32.