

# **Ludger Kühnhardt**

## **Demokratie und Recht.**

### **Spannungsverhältnisse in der Europäischen Union**

#### **I. Kontinent unterschiedlicher Rechtsräume**

Seit den Tagen des Schuman-Plans hat sich ein Sachverhalt in Europa nicht geändert. Die Europäische Union geht immer wieder durch Perioden tiefgreifender Krisen. Im Kern hängen sie nicht so sehr mit der Europäischen Union oder mit der Europa-Idee zusammen, sondern mit denjenigen politischen Konzepten, die in Vielfalt bestehen und die Einheit beschweren. Das muss kein Schaden sein. Es ist aber nötig, die Ursachen und Zusammenhänge des komplexen Wechselspiels von Vielfalt und Einheit neu zu durchdenken, damit die Europäische Union einen guten weiteren Weg wird nehmen können.

Das Verhältnis von Demokratie und Recht muss als erstes betrachtet werden. Ein Spannungsverhältnis zwischen Demokratie und Recht besteht seit eh und je. Während Demokratie seit der Antike als Herrschaft der Vielen firmiert, zielt das Recht auf die Herrschaft der Gesetze und ihre Auslegung durch Richter. Im Demokratieprinzip ist der Gedanke der Mehrheitsbildung enthalten, dessen Votum von unterlegenen Minderheiten akzeptiert wird, die wiederum durch Gesetz und Recht geschützt bleiben. Im Rechtsprinzip ist das Prinzip der Gleichheit und Wahrheit angelegt, über das Richter wachen, die dem Mehrheitsprinzip der Demokratie entzogen sind. Beide Denkfiguren – Demokratie und Recht – weisen eine lange und komplexe Geschichte auf, die weder widerspruchsfrei noch einheitlich ist. Antike Philosophen konnten Demokratie fordern und gleichzeitig die Sklaverei ihrer Zeit akzeptieren. Unterschiedliche Formen der Staatsbildung und der gesellschaftlichen Entwicklungen haben in verschiedenen Ländern zu unterschiedlichen Ausprägungen der Rechtsstaatsidee geführt, von der unterschiedlichen Praxis des Rechtsstaates ganz zu schweigen. Übersetzungen zwischen Sprachgruppen sind daher immer mehr als nur ein Übersetzen von Begriffen geblieben: Übersetzungen verlangen Erklärungen zum Inhalt dessen, was mit dem vermeintlich gleichen Begriff gemeint ist. Demokratie ist nicht immer Demokratie und Rechtsstaat nicht einfach rule of law oder état légal.

Dies alles hat mit den spezifischen Traditionen und Erfahrungen einzelner Gesellschaften, Völker und Länder zu tun. Das römische Recht hat sich weiterentwickelt zum französischen code civile. Die angelsächsische Tradition des common law findet sich in allen englischsprachigen Staaten der Welt bis heute. Richterliche Rechtsinterpretation von Einzelfällen ist dort wichtiger als die scholastische Dogmatik von Rechtsgrundsätzen, wie sie im römischen Recht und auch in Maßen im deutschsprachigen Rechtsraum prägend ist. Deutsches Rechtsdenken geht von überstaatlichen Rechtsbegriffen aus, die der Staat

garantieren soll. Angelsächsisches Rechtsdenken sieht die Rechtsfortbildung durch Richterurteile vor und durch Rechtsakte des Parlaments. Die „Ewigkeitsgarantie“ des deutschen Grundgesetzes (Artikel 79,3) ist der deutschen Erfahrung mit dem nationalsozialistischen Unrechtsregime geschuldet. In Großbritannien benötigt man bis heute keine Staatsverfassung und ist sich doch der eigenen Rechtskultur sehr bewusst, wie die Brexit-Debatte in ihren besseren Stunden gezeigt hat. Seit der Magna Charta von 1215 wurde absolute Herrschaft gezähmt und durch parlamentarische Kompetenzen eingehegt. Europa ist ein Kontinent unterschiedlicher Rechtskreise.<sup>1</sup> Erst vor dem Hintergrund einer reichen, aber auch komplexen und nicht widerspruchsfreien Rechtsgeschichte sind die Probleme zu verstehen, denen sich die Europäische Union als Ganzes ausgesetzt sieht. Die EU will ein Europa repräsentieren, in dem das Recht die Macht und nicht die Macht das Recht hat. Das ist schön gesagt, muss aber die Vielfalt der Traditionen berücksichtigen, die in den Gesellschaften und Mitgliedsstaaten der Europäischen Union existieren.

Dies ist indessen nur der erste Aspekt des Problems. Der zweite resultiert aus der ganz eigentümlichen Genese des europäischen Gemeinschaftsrechts. Mit und seit den Römischen Verträgen von 1957 hat sich das sogenannte Europarecht entwickelt. Es wird heute an vielen Universitäten der EU gelehrt, es wird vom Europäischen Gerichtshof in seinen beiden Instanzen fortgebildet und es steht in ständiger Spannung mit den Souveränitätsansprüchen der EU-Mitgliedsstaaten und deren je eigenen Rechtskulturen. So wie im Bereich des Regierens in der Europäischen Union heute von einem System des Regierens auf mehreren Ebenen gesprochen wird (multi-level governance), so hat sich auch ein System der Rechtsprechung auf mehreren Ebenen entwickelt (multi-level jurisdiction). Dabei findet in beiden Bereichen – dem des Regierens in der EU und dem der Rechtsprechung in der EU – ein wechselseitiger Informations-, Inspirations- und Beeinflussungsprozess statt. Er wirkt auf die Themensetzungen ebenso ein wie auf Entscheidungsprozesse und Durchführungswege. Das Gesamtgefüge ist oft verschlungen und komplex – mehr als ohnehin bei den entsprechenden Sachverhalten unvermeidlich, da auch noch die Problematik unterschiedlicher Sprachen, Sprachkulturen und Wortbedeutungen einwirkt.

## **II. Sonderentwicklung des Europarechts**

Entscheidend ist: Die Entwicklung des Europarechts hat eine andere Genese genommen als die Entwicklung des Rechts und seiner Fortbildung in den heutigen Mitgliedsstaaten der EU. Während in den Staaten am Anfang das Gewaltmonopol des Staates, also Staatlichkeit pur, bestand, die es über Regeln des Rechts und Ordnungen der Politik zu bändigen, aber auch mit Leben zu füllen galt, entwickelte sich die europäische Integration über die pragmatische Ausweitung von politischen Zielen, wirtschaftlichen Prozessen, exekutiven Strukturen und rechtlichen Deutungen graduell. In den Staaten standen Fragen von Macht und Machtbegrenzung im Kern des Weges zu Recht und Demokratie. In der EU standen Probleme

---

<sup>1</sup> Rechtskreise in Europa, online unter: <https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=26756779>. Folgende Traditionen sind prägend: römischer Rechtskreis; angelsächsisches common law, Mischsystem common law und römisch-germanisches Recht; deutscher Rechtskreis; gemischt römisch-germanischer Rechtskreis; nordischer Rechtskreis.

der Funktionalität und das mühevolle Aushandeln von Konsenspositionen im Kern des Weges zum Binnenmarkt und hinein in die noch immer unvollendeten Ansätze einer Politischen Union. Einen analogen Referenzpunkt zum Gewaltmonopol des Staates gibt es bis heute in der EU nicht – die Einhaltung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes, von denen der politischen Institutionen und Organe der EU ganz zu schweigen, hängt letztlich von der Anerkennung in den Mitgliedsstaaten ab. Lassen sie Beschlüsse oder Entscheidungen ins Leere laufen, fehlen viele der Sanktionsmechanismen, die der Einzelstaat kennt. Deuten sie Beschlüsse politisch um, bleibt guter Wille erforderlich, um die Einheitlichkeit der Europäischen Union als Rechtsraum und politische Ordnung zu sichern. Politischer Wille ist nicht weniger wirkmächtig wie die Kraft des geschriebenen Rechts. Der Referenzpunkt einer gleichsam vorgegebenen Staatlichkeit mit der für ihr Handeln eigentümlichen Form des legitimen Gewaltmonopols ist auf der Ebene der EU noch immer kaum vorhanden. Vor allem dort, wo Zielkonflikte auftreten, wird dies sofort spürbar – und führt zu mancherlei Verwerfung wohlklingender Beschlüsse oder Entscheidungen.

Der dritte fundamentale Unterschied in der Entwicklung der Rechtskultur in den EU-Mitgliedsstaaten einerseits und auf Ebene der EU insgesamt: in den Einzelstaaten ging es um ein Ringen mit der absoluten Macht, die Zug um Zug zurückgedrängt wurde. Verbunden damit war ein Wandel in der Legitimität staatlicher Ordnung insgesamt – durch sukzessive Inklusion. Es begann mit der Begrenzung absoluter Monarchie durch den Schutz der persönlichen Integrität der Noblen Englands – die Magna Charta entstand. Später wurden die Schutzrechte ausgedehnt, während zugleich infolge ökonomischer Entwicklungen neue Trägergruppen der gesellschaftlichen Vielfalt in Erscheinung traten. Sie wollten ihr Eigentum schützen und ihre politischen Beteiligungsmöglichkeiten erweitert sehen. Der Rechtsstaat entstand – in Absage an den Polizeistaat, den Willkürstaat. Anschließend folgte der Ruf nach politischer Repräsentanz und Partizipation – der Weg zur Parlamentsbildung wurde geebnet, verbunden mehr und mehr mit der Entwicklung von Parteien, die gesellschaftliche Strömungen vorantrieben und die in der Gesellschaft durchaus kontrovers verbreiteten Weltbilder abbildeten. Der Konstitutionalisierung der Monarchie als Ausdruck von Rechtsstaatlichkeit folgten der Parlamentarismus und unter dem Dach der Parlamente eine zunehmende Politisierung und Ausdehnung der Forderung nach Demokratie. Die Ständeparlamente wurden überwunden, das Dreiklassenwahlrecht abgeschafft, das Frauenwahlrecht eingeführt.

Der rechtsregelbasierte Konstitutionalismus war die eine Variante des sogenannten westlichen Staatsmodells – das Modell der Staatsnation. Dadurch wurde der Weg zum rule of law geebnet. Der kulturell-identitäre Romantizismus im Prozess der Nationbildung stellt die zweite wirkmächtige Variante der europäischen Staatsbildung dar – das Modell der Kulturnation: Von dem Weg zur deutschen Einigung über die Durchsetzung des Selbstbestimmungsrechts in Mitteleuropa hin zum Ringen um Staatlichkeit im jüngsten Staat Europas, dem Kosovo, zog sich dieser Prozess ebenfalls über mehrere Jahrhunderte hin. Beim Blick auf Schottland, Katalonien oder Korsika muss man feststellen: er ist vermutlich noch nicht abgeschlossen.

Demokratie stand am Ende eines mehrhundertjährigen Prozesses – im Einzelstaat, vor allem in seiner westeuropäischen Variante. Dass sich zum Demokratieprinzip das Sozialstaatprinzip hinzugesellte, wurde eine Sonderform der westlichen Demokratie – eine Errungenschaft des

20. Jahrhunderts. Mancher Wandel nahm seinen Anfang an den Rändern des Westens, beispielsweise in Neuseeland – dem ersten Staat, der das Frauenwahlrecht aus ökonomischer Notwendigkeit und sozialer Einsicht einführte. Andere Errungenschaften waren lange Gegenstand heftigster sozialer und politischer Kontroverse. Die fundamentale Spaltung der europäischen politischen Kultur, die mit der russischen Oktoberrevolution 1917 einsetzte, bedeutete im Kern eine eigentümliche Kombination: Rechtsstaatlichkeit wurde zum Obrigkeits- und Willkürstaat zurückgeschraubt, während das Sozialstaatskonzept zugleich revolutioniert wurde. Die Idee, dass der Staat nicht nur Rechte schützt, sondern vor allem soziale Realitäten ändert, gewann auch in den westlichen Verfassungsstaaten Zuspruch und Verbreitung.

Mit dem Ende der Ost-West-Teilung Europas wurden die totalitären Willkürherrschaften im Geiste des Nationalsozialismus und des Kommunismus endlich besiegt und beseitigt. Die Frage nach der Identität und Legitimität der neuen Ordnung war damit aber noch keineswegs beantwortet. Staatliche Ordnung war für viele Menschen in den ehemaligen kommunistisch regierten Staaten diskreditiert. Es ist kaum überraschend, dass nach 1990 in den postkommunistischen Gesellschaften nationalidentitäre Fragen wieder an die Oberfläche der gesellschaftlichen Selbstdeutung gelangten – und von diversen neuen politischen Kräften gebündelt, aber auch instrumentalisiert wurden. Für die mitteleuropäischen Gesellschaften ging dies weithin ohne Bruch einher mit dem Streben nach Mitgliedschaft in der Europäischen Union. Viele Menschen identifizierten sich dort mit dem Schlachtruf „Zurück nach Europa“ – was im Grunde hiess: wir wollen wieder wir selber sein. Die nationalidentitäre Dimension dieses Wunsches wurde im westlichen Europa nach 1990 unterschätzt und wird bis heute nur wenig verstanden. Rasch ist man bei der Hand mit Kritik an „rechtsautoritären“ und „nationalistischen“ Tendenzen in Mittel- und Südosteuropa – ohne genau auf die Zusammenhänge der dortigen politischen Geschichte und politischen Kultur zu schauen.

Aber auch in Westeuropa – im Raum konsolidierter parlamentarischer Demokratien – ist unterdessen die Identitätsfrage mit großer Wucht zurückgekehrt. In je unterschiedlichem nationalen Kontext wird nach der eigenen Identität in einer globalisierten und europäisierten Welt gefragt. Die euroskeptischen oder gar EU-feindlichen Varianten dieser Suche nach der eigenen Identität in einer vordergründig grenzenlos gewordenen Welt finden große Aufmerksamkeit. Dies hat nicht zuletzt zwei Gründe: Europa eignet sich in besonderer Weise als punching ball, als Widerlager einer diffusen Stimmung des Protests. Frustration über das Establishment, Ängste vor intransparenten politischen Prozessen und Wut über die unklare Rechenschaftspflichtigkeit in der Verwendung öffentlicher Mittel, aber auch bei der Überprüfung öffentlicher Verantwortlichkeiten finden in der EU ein besonders beliebtes Zerrbild. Das hat mit mancher strukturellen Fehlentwicklung in der EU zu tun, aber auch damit, dass die EU als politisches Projekt noch immer unvollendet ist. Das halbvolle Glas kann daher rasch als halbleeres Glas kritisiert, ja auch denunziert werden.

Dies alles hat zu tun mit der nur halbherzigen Bereitschaft des Souveränitätstransfers aus den EU-Mitgliedstaaten auf die Organe der EU: Solange die EU-Kompetenzen eine einheitliche europäische Wirtschafts- und Sozialpolitik ausschliessen, kann man von den EU-Organen kaum strukturelle Beiträge zur Lösung der in Europa grassierenden Jugendarbeitslosigkeit erwarten. Solange die EU Außen- und Sicherheitspolitik auf dem Prinzip der Einstimmigkeit aufgebaut

ist, kann man sich kaum Wege zu einer europäischen Armee vorstellen. Solange die EU über ein Budget verfügt, das nur ein Prozent des Bruttosozialproduktes aller EU-Mitgliedsstaaten umfasst, fehlen einfach die weit größeren Spielräume der Einzelstaaten, die im Durchschnitt vierzig Prozent des jeweiligen nationalen Bruttosozialproduktes für öffentliche Zwecke verwenden – über den jeweiligen Steuererhebungsmechanismus, der der EU bisher auch nur im Ansatz versagt geblieben ist. Kritik an „der EU“ ist damit rasch formuliert, oft aber wohlfeil und ohne Anerkennung der begrenzten Handlungsspielräume, die die EU-Mitgliedsstaaten den EU-Organen und Institutionen noch immer vorgeben.

Sie selber aber sind wieder und wieder Spitzenreiter, wenn es darum geht festzustellen, wer das mühsam entwickelte EU-Recht bricht, beugt oder negiert: Es sind Mitgliedsstaaten der Europäischen Union und kaum einer darf sich rühmen, die Ausnahme von der Regel zu sein. Der Grund liegt nicht in vordergründiger Böswilligkeit oder ausgebufftem Zynismus gegenüber dem eigenen Werk. Die Ursache hat zu tun mit dem schwachen System von Sanktionen und dem noch schwächeren System von Anreizen, die die Einhaltung der selbstgesetzten Normen in der EU befördern könnten. Die Ursache hat aber auch zu tun mit dem spezifischen und darin labilen Rechtsverständnis, das noch immer hinsichtlich der Bedeutung europäischer Rechtsnormen und ihrer etwaigen Verletzung in den Mitgliedsstaaten der EU herrscht. Dies wiederum hat zu tun mit der originären Evolutionsgeschichte des Europarechts und mit den schwachen Rahmenbedingungen, in denen sich das Europarecht bewähren muss.

Der Charakter des Europarechts und seines Verhältnisses zu der in der Europäischen Union praktizierten Form der Demokratie ist so eigenwillig wie der Gesamtprozess der Entwicklung der supranationalen Europäischen Union selbst. Die EU ist die spezifische Form einer Föderation, deren innere Prozesse, Kompetenzordnungen und Resultate beständigem Wandel und teilweise grundlegend unterschiedlichen Interpretationen unterliegen. Für die Europäische Union gab es niemals eine Blaupause, aus der man den Verlauf und die Zielvorgaben des Weges hätte ablesen können, den die EU bisher genommen hat. Die EU ist im Kern eine Lerngemeinschaft. Sie wird von Krisen gelegentlich stärker beschleunigt und reformiert als von vielen wohlmeinenden und wohlgesetzten Absichten. Sie ist in ihrem Bezug zur Demokratie aber bisher immer einen Weg gegangen, der geradezu spiegelverkehrt ist gegenüber dem Weg des Verhältnisses von staatlicher Macht und demokratischer Ordnung in den allermeisten der EU-Mitgliedsstaaten.

### **III. Rechtsprinzipien und Machtausgleich in der EU**

Die Entwicklung des Verständnisses von Recht und Rechten hat im bisherigen Prozess der europäischen Integration einen eigentümlichen Verlauf genommen. Mit den Römischen Verträgen (1957) wurde der Mensch als Marktteilnehmer in die Mitte des angestrebten Einigungswerkes gehoben. Die vier Freiheiten, die im europäischen Binnenmarkt auf den Weg gebracht wurden, sahen den einzelnen als Träger von Arbeit, Kapital oder als Organisator von Gütern und Dienstleistungen. Die Marktregulierungen, die folgten, dienten der Überwindung ökonomischer Monopole bei anhaltender Ungleichheit in der Macht zwischen den beteiligten Staaten. Als Marktteilnehmer sollte der Mensch geschützt werden, um durch eine rechtliche

geschützte Teilnahme am Marktgeschehen seinen Beitrag zum Ausgleich zwischen vormals verfeindeten Staaten zu leisten. Dieser Prozess war ungeheuer wirkungsvoll und erfolgreich. Die regulatorischen Bedingungen und Verpflichtungen des gemeinsamen Marktes führten zum Ausgleich und gleichzeitig zur Stärkung aller beteiligten Staaten des Nachkriegs-Europas. Ab den siebziger Jahren wuchs die Forderung, neben das Europa des Marktes auch ein Europa der Bürger zu stellen. Der Mensch als partizipationswilliger Bürger wurde von den Akteuren der europäischen Politik entdeckt: 1979 kam es zur ersten Direktwahl des Europäischen Parlaments. Auch wenn seinerzeit das Europäische Parlament so gut wie keine Rechte hatte, die auch nur annähernd denen eines nationalen Parlaments entsprachen, wurde der Weg der institutionellen Partizipation zum Antrieb für die Politisierung des europäischen Projektes. Zug um Zug eroberte sich das Europäische Parlament entscheidende Rechte. Seit dem Vertrag von Lissabon 2009 steht es als Gesetzgeber in fast allen Belangen gleichberechtigt neben dem Europäischen Rat, der Vertretung der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union. In fast allen Belangen, denn in der zentralen Frage konsolidierter Parlamentsdemokratie fehlt es an Befugnis des Europäischen Parlaments: Es verfügt nicht über das Recht, ein eigenes Budget der EU zu etablieren. In Umkehrung des Schlachtrufs der Amerikanischen Revolution gilt in der EU: Representation without taxation. Vor allem aber bleiben die das Europäische Parlament tragenden Parteien weiterhin gebunden an ein jeweils nationales Wahlrecht und damit an die jeweiligen nationalen und gesellschaftlichen Voraussetzungen der Bildung von Parteien. Dessen ungeachtet hat die Europäische Union die europäische Bestimmung der Individuen gestärkt: Eine Unionsbürgerschaft wurde eingeführt, die aus Marktbürgern Unionsbürger machte. Mit der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (seit 2009 mit dem Vertrag von Lissabon europäisches Primärrecht als Kriterium für die Überprüfung europäischer Rechtsakte) erhielten Unionsbürgerinnen und Unionsbürger rechtliche Anspruchsmöglichkeiten gegenüber den Organen und Institutionen der EU.

Auch siebzig Jahre nach Verkündung des Schuman-Plans muss konstatiert werden: Die politischen Prozesse und die rechtlichen Regelwerke fallen noch immer auseinander. Zwischen den EU-Organen und den EU-Mitgliedsstaaten besteht ein System hoher, häufig unterschiedlicher oder sich sogar widersprechender politischer Erwartungen bei gleichzeitiger Uneinheitlichkeit der politischen Entscheidungsabläufe und Kompetenzbestimmungen. Zugleich besteht ein uneinheitliches System des Rechtssetzungs- und Gewaltmonopols: Funktionale Formen der Koordination, Kooperation und Verschränkung in der Rechtssetzung stehen neben einem dysfunktionalen System durchlöcherter nationaler Rechtssouveränität bei einem gleichzeitig nicht im Sinne des Gedankens des Gewaltmonopols halbsouveränen EU-Rechtsrahmen. Die Folgen dieser Paradoxien zeigen sich in dem Themenfeld, auf dem heute in der Europäischen Union die intensivsten, emotional besonders polarisierenden und die Suche nach Gemeinsamkeiten und Kompromissen erheblich erschwerenden Dispute stattfinden: Im Bereich von Identitätsfragen.

Solange die politischen Formationen, die die Europäische Union befürworten, tragen und weiterentwickeln, nicht als Ausdruck einer supranationalen europäischen Gesellschaft verstanden werden – und sich darum weiterhin so wenig bemühen wie bisher – wird das Identitätsproblem ein Problem von Demokratie und Recht und infolgedessen ein Problem für den Fortgang der Europäischen Union bleiben. Die Gegenstrategie zur derzeitigen Lage lässt

sich pointieren: Es ginge darum, die politischen Diskussionen in der EU sozusagen zu „vergesellschaften“. Sie müssten heraus aus den Organen und Institutionen der EU und zugleich über die nationalstaatlich fragmentierten Parteien und Medien hinaus in eine der EU-Organstruktur adäquate Öffentlichkeit. Dass dieser fromme Wunsch derzeit wenig Konjunktur hat, ist eindeutig. Die Weichen scheinen in Richtung eines Rückzugs in den Schutzmantel des Nationalstaates gestellt zu sein. Selbst der Europäische Binnenmarkt, der Inbegriff der Erfolgsgeschichte der europäischen Einigung, steht unter Beweisdruck um zu erklären, dass er tatsächlich eine nicht nur gemeinsam verfasste, sondern auch eine gemeinsam gelebte europäische Volkswirtschaft widerspiegelt.

Dies alles muss nicht naturnotwendig in Paralyse, Rückbau und Selbsterstörung einmünden. Gefragt aber sind Ehrlichkeit in der Diagnose, Weitsichtigkeit bei den Therapieansätzen und Glaubwürdigkeit im Handeln. Ob am Ende mehr oder weniger europäische Gesellschaft entsteht, mehr oder weniger europäische Identität möglich wird und mehr oder weniger europäisches Recht und europäische Demokratie – das ist eine offene Frage. Je nachdem, wie sie eines Tages beantwortet wird, wird man wissen, ob wir derzeit durch eine Krise in der europäischen Integration gehen oder eine Krise der europäischen Integration erleben, nach der alles möglich ist und auch das Gegenteil.