

Ludger Kühnhardt

Democracy and law.

Tensions in the European Union.

I. A continent composed of different legal areas

There has been no change in Europe since the birth of the Schuman Plan. The European Union repeatedly experiences profound crises. These are basically not so much about the European Union or the idea of Europe, but rather about the political concepts that exist in diverse forms and make unity difficult. Of course, this is not necessarily harmful. Yet it is worth rethinking the causes and context of the complex interplay between diversity and unity in order for the European Union to move forward on the right track.

Let us first examine the relationship between democracy and the rule of law. The relationship between democracy and the rule of law has always been characterized by a kind of tension. While democracy has meant the rule of many since ancient times, rule of law is based on the law and its interpretation by judges. The principle of democracy includes the idea of creating a majority, the decisions of which are accepted by the minorities, who in turn remain protected by the law. The principle of law includes the principle of equality and justice, which is guarded by judges who are not subject to the majority principle of democracy. Both concepts - that is, democracy and the rule of law - look back on a long and complex history that is neither free of contradictions nor uniform. The ancient philosophers simultaneously demanded democracy and accepted the slave-holding society of their age. Diverse forms of state-building and social development have led to different theories of the rule of law in different countries, not to mention the different constitutional practices. Therefore, translations between language groups always mean more than just translating terms: translations must also explain what is meant by presumably identical terms. Democracy does not always mean democracy, and the rule of law is not simply the equivalent of rule of law or *état légal*.

All this is linked to the specific traditions and experiences of each society, people and country. With the further development of Roman law, the French *code civil* emerged. The Anglo-Saxon tradition of the common law can still be found in all English-speaking countries of the world. The judicial interpretation of individual cases in these countries is more important than the scholastic dogma of legal principles, which is, however, decisive in Roman law and, to some extent, in the German-speaking area. German legal thinking starts from supranational legal concepts, that must be guaranteed by the state. The Anglo-Saxon legal mindset ensures the further development of the law through judicial judgments and the acts of parliament. The “guarantee of eternity” of the German Basic Law (Article 79.3) is due to the German experience with the enactments of Hitler in the National Socialist system. There is no need for a

Constitution in Britain to this day, but at the same time the country is very much aware of its own legal culture, which was reflected in the better moments of the Brexit debate. Since the Magna Carta of 1215, absolute domination has been curbed and constrained by parliamentary powers. Europe is a continent made up of different legal areas.¹ Only in the light of this rich, yet complex and contradictory legal history can the problems, to which the European Union as a whole is exposed, be understood. The EU wants to represent a Europe in which law has power and not power has a law. That might sound nice, but the EU must also take into account the diversity of traditions that exist in parallel in the societies and Member States of the European Union.

So far, however, we have only touched on the first aspect of the issue. The second can be traced back to the very special origin of European Community law. So-called European law was developed with and after the 1957 Treaty of Rome. Today it is taught at many universities of the EU, further developed at both levels at the European Court of Justice, yet it is in constant tension with the sovereignty claims of the EU member states and their own legal cultures. Just as we talk about multi-level governance in the European Union today, the system of justice has developed at several levels (multi-level jurisdiction) as well. In both areas - that of governance and case law in the EU - there is a mutual flow of information, inspiration and influence. This affects not only the setting of topics, but also decision-making processes and implementation channels. The overall structure is often intricate and complex – even more than would be necessary due to the given circumstances, since the challenges of different languages, language cultures and word meanings also have an impact.

II. Development of European law

The most important finding is that the development of European law has a different origin than the development of law in the current EU Member States. While on the one hand the state initially had a monopoly on the use of power - i.e. pure statehood existed - which had to be tamed via rules of law and political order but also to be filled with life, European integration on the other hand developed gradually through the pragmatic expansion of political goals, economic processes, executive structures and legal interpretations. In each state, the issues of power and the limitation of it were of central importance to the path to justice and democracy. In the EU, operational problems and the negotiated development of consensual positions have been a central element of the internal market and of the still undeveloped approaches to a political union.

A point of reference similar to the state's monopoly of power does not exist in the EU to this day. Compliance with the rulings of the European Court of Justice - not to mention the implementation of decisions by political institutions and other bodies of the EU - ultimately depends on their recognition by Member States. If decisions or rulings do not receive adequate support, a number of sanction mechanisms do not apply in Member States. If decisions are

¹ Legal areas in Europe can be found online at the following link: <https://commons.wikimedia.org/w/index.php?curid=26756779>. The determinative traditions: Roman legal area; Anglo-Saxon common law; a mixed system that includes a system of common law and Romano-Germanic law; German legal area; mixed Roman-German legal area; Scandinavian legal area.

reinterpreted politically, only good intentions can lead to ensuring the coherence of the European Union as a legal area and a political order. Political will is no less effective than the power of written law. As stated previously, a point of reference such as statehood with its specific monopoly of power to legitimize its actions, does not really exist at EU level at the moment. Especially where there are conflicts over goals, this is immediately apparent and, in many cases, leads to the rejection of solid-sounding decisions or decisions. This is particularly noticeable wherever conflicts in relation to certain goals arise and these lead to the rejection of solid-sounding decisions in numerous cases.

The third fundamental difference in the development of the legal culture of Member States on the one hand and at the EU level as a whole, is that in the individual states the issue was a struggle with absolute power, which was gradually de-emphasized. At the same time, this was accompanied by a change in the legitimacy of the state order - through the gradual involvement of society. This process began with the restriction of absolute monarchy by defending the integrity of the nobles of England, which led to the Magna Carta. Protective rights later expanded, as new groups of social diversity emerged as a result of economic development. These groups wanted to protect their wealth and expand their opportunities for political participation. The rule of law came into being in opposition to the police state, the arbitrary and “capricious” state. This was followed by a demand for political representation and participation - paving the way for the formation of a parliament. This process increasingly led to the formation of parties that became the driving forces of social processes and mapped the rather controversial worldviews in society. The constitutionalisation of the monarchy as an expression of the rule of law was followed by parliamentarism, and under the auspices of parliaments there was a growing politicization and expansion of the demand for democracy. The state parliaments were overcome, the three-class right to vote was abolished, and women’s right to vote was introduced.

Legislative constitutionality was a variant of the so-called Western state-nation model. This paved the way for the rule of law. In the process of becoming a nation, the romanticised way of referring to the states’ own culture and identity represents the second effective version of European state-building. From the path to German unity through the exercise of Central European self-determination to the struggle for statehood in Kosovo, Europe's youngest state – this process lasted for several centuries. Looking at Scotland, Catalonia or Corsica, we have to say that it is probably still not over yet.

Democracy came about at the end of a process that lasted for hundreds of years - in an independent state, above all in its Western European version. As an achievement of the 20th century, the principle of democracy was supplemented by the principle of the welfare state, thus a special form of Western democracy emerged. Many changes began in the periphery of the West, such as New Zealand - the first country to give women the right to vote out of economic necessity and social insight. Other achievements have long been the subject of heated social and political debate. The fundamental division of European political culture, which began with the Russian Revolution of October 1917, was inevitably a peculiar combination: the rule of law was reinstated as an authoritarian state, and the concept of the welfare state was revolutionized. The idea that the state not only protects rights but, above all, changes social realities has also gained popularity and spread in Western constitutional systems.

With the end of the east-west division of Europe, the dictatorships established in the spirit of National Socialism and Communism were finally defeated and abolished. However, the question of the identity and legitimacy of the new world order has not yet been answered. In the eyes of some of those living under former communist rule, state power lost its credibility. Thus, it is hardly surprising that in post-communist societies, after 1990, issues of national identity once again surfaced on social self-interpretation, interconnected and instrumentalized by various new political forces. For Central European societies, this has largely been in line with the aspiration for membership of the European Union. Many people in these countries have identified with the slogan 'Back to Europe!' - which basically meant: we want to be ourselves again. The dimensions of this desire for national identity have been underestimated in Western Europe since 1990 and are hardly understood today. Criticism of the “right-wing authoritarian” and “nationalist” tendencies in Central and South-Eastern Europe surface quickly - without looking closely at the region’s connections between political history and political culture.

However, in the meantime, the issue of identity has returned to Western Europe, an area of consolidated parliamentary democracies, as well. The need for one’s own identity arises in different national contexts in this globalized and Europeanized world. In this seemingly limitless globe, special attention is paid to Eurosceptic or even anti-EU versions of one's own search for identity. There are two reasons for this: Europe is particularly suitable as a punching ball, as the target of a diffuse mood of protest. Frustration with the establishment, fears of non-transparent political processes and anger over unclear accountability in the use of public funds, but also with the review of public responsibilities are issues which are the subject of much discussion in the EU nowadays. This is based, on the one hand, on some structural mistakes, but on the other the fact that the EU is still unfinished as a political project. The half-full glass can therefore be criticized as half-empty, and even denounced.

All this has to do with the fact that EU Member States are only half-heartedly willing to transfer their sovereignty to the EU institutions. As long as the EU's competences preclude a coherent European economic and social policy, EU bodies can hardly be expected to make a structural contribution to tackle the rise in youth unemployment in Europe. As long as the EU's foreign and security policy is based on the principle of unanimity, it is difficult to imagine ways to create a European army. As long as the EU has a budget that only encompasses one percent of the gross national product of all EU member states, it simply lacks the much wider playing field that individual Member States have, spending an average forty percent of their gross national product on public purposes - through appropriate tax collection mechanisms, which the EU has so far failed to even begin with. Criticisms of the 'EU' are therefore quickly articulated, but are often cheap and do not take into account the limited room for maneuver provided by EU Member States to EU bodies and institutions.

Critics, often coming from Member States, are at the forefront again and again when it comes to determining who violates, circumvents or denies EU legislation and hardly any of the Member States can boast that they are the exception to the rule. The reason for this is not superficial malice or cunning cynicism about the work that has been done. The first reason behind this is the weak system of sanctions and the even weaker system of incentives, which could promote compliance with self-imposed standards in the EU. The other reason is the specific and unstable legal understanding that still prevails in Member States with regard to the importance of European legal norms and their possible violation. This, in turn, is linked to the

original history of European law and the weak framework conditions in which European law must prove itself.

The nature of European law and its relationship to the form of democracy exercised in the EU is as specific as the whole process of development of the supranational European Union itself. The EU is a specific form of federation whose internal processes, schemes of competence and results are subject to constant change and partially to fundamentally different interpretations. In the case of the EU, there has never been a blueprint from which the route and goals of the journey taken can be read. The EU is essentially a learning community. Occasional crises accelerate its development and reform more intensively than through a number of well-intentioned and well-articulated endeavours. So far, however, it has always followed a path in relation to democracy that is almost an inverted mirror-image compared to the path of the relationship between state power and democratic order in most EU member states.

III. Legal principles and balance of power in the EU

The development of law and the interpretation of rights have taken a special path in the process of European integration so far. With the Treaty of Rome (1957), people as market participants were placed in the centre of the desired unification. The four freedoms launched within the European Single Market saw the individual as the implementer of work and capital and the organizer of goods and services. The market regulations that followed served to overcome economic monopolies while continuing inequality in power between the states involved. As market participants, people have been protected legally in order to be able to contribute to the balance between previously hostile states. This process was extremely efficient and successful. The regulatory conditions and obligations of the common market led to a balance and at the same time to the strengthening of all participating states in post-war Europe. From the 1970s onwards, there was a growing demand for a Europe of citizens alongside a European common market. The human being as a citizen willing to participate was discovered by the actors of European politics: In 1979 the first direct election of the European Parliament took place. Even if at that time the European Parliament had virtually no rights that even approximated those of a national parliament, the path of institutional participation became the driving force for the politicization of the European project. Step by step, the European Parliament gained decisive rights. Since the Lisbon Treaty in 2009, the European Parliament as a legislator has been on an equal footing with the European Council, which is the representing body of the Member States, in *almost* all matters. In *almost* all matters, because the European Parliament lacks the powers of consolidated parliamentary democracies - it does not have the right to establish its own budget. Reversing the motto of the American War of Independence, the EU is essentially a representation without taxation. Above all, however, the parties that make up the European Parliament remain bound by national suffrage and thus by national and social conditions for party formation. Nonetheless, the European Union has strengthened the determination of individuals: European citizenship has been introduced that made market citizens European citizens. The Charter of Fundamental Rights of the European Union - which, together with the Treaty of Lisbon since 2009 has been a primary criterion for the revision of European legislation - has given EU citizens the opportunity to appeal legally against EU institutions and bodies.

Seventy years after the announcement of the Schuman Plan, the following can still be said: political processes and legal regulations are still out of hand. There is a system of high-level, often divergent or even contradictory political expectations between EU bodies and EU Member States, in addition to differences in political decision-making processes and competences. At the same time, there is an inconsistency of the monopoly on law-making and power: functional forms of coordination, cooperation and entanglement in law-making stand alongside a dysfunctional system of perforated national legal sovereignty with an EU legal framework that is not sovereign in the sense of the monopoly on power. The consequences of this paradox are reflected in the subject of the most intense, emotionally particularly polarizing debates taking place in the European Union today, which considerably complicate the search for common ground and compromises in the area of identity issues.

As long as the political formations that support, strengthen and further develop the European Union are not seen as an expression of a supranational European society - and continue to make as little effort as before - the problem of identity remains an issue of democracy, the rule of law and an issue for the progress of the EU as well. The counter-strategy to the current situation can be pointed out: the aim is to “socialize” the political discussions in the EU. These should be taken away from EU bodies and institutions and, in addition to fragmented parties and media in nation states, should be made public in a way that is consistent with the EU's institutional structure. It is clear that this pious wish currently enjoys little popular support. The bills appear to have been shifted towards a return under the protective mantle of the nation-state. The European Single Market, which embodies the success story of European unification, is compelled to prove that it reflects a European economy that has not only been created but also lived together.

All of this does not necessarily lead to paralysis, regression, and self-destruction. However, honesty in the diagnosis, farsightedness in the therapy proposals and credibility in action are essential. It is an open question whether a looser or tighter European society will eventually emerge, whether more or less European identities, law and democracy will become possible. One day, depending on the answer to these questions, we will know whether we are currently experiencing a temporarily faltering or a lasting crisis of European integration. After all, anything and its opposite can happen.

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.² 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 der Funktionalität und das mühevoll Aushandeln von Konsenspositionen im Kern des Weges

² 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.

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 siebenzig 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 halbsoveränen 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 Selbstzerstörung 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.