

DAS ÖFFENTLICHE RECHT DER GEGENWART

JAHRBUCH DES  
ÖFFENTLICHEN RECHTS  
DER GEGENWART

NEUE FOLGE / BAND 68

herausgegeben von

Oliver Lepsius, Angelika Nußberger,  
Christoph Schönberger, Christian Waldhoff  
und Christian Walter



Mohr Siebeck

Prof. Dr. OLIVER LEPSIUS, LL.M., Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Verfassungstheorie, Universität Münster, Bispinghof 24/25, D-48143 Münster

Prof. Dr. Dr. h.c. ANGELIKA NUSSBERGER, Universität zu Köln, Institut für Osteuropäisches Recht und Rechtsvergleichung, Klosterstraße 79d, D-50931 Köln

Prof. Dr. CHRISTOPH SCHÖNBERGER, Universität Konstanz, Fachbereich Rechtswissenschaft, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Europarecht, Vergleichende Staatslehre und Verfassungsgeschichte, D-78457 Konstanz

Prof. Dr. CHRISTIAN WALDHOFF, Humboldt-Universität zu Berlin, Juristische Fakultät, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Finanzrecht, Unter den Linden 6, D-10099 Berlin

Prof. Dr. CHRISTIAN WALTER, Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München (LMU), Prof.-Huber-Platz 2, D-80539 München

ISBN 978-3-16-159391-8 / eISBN 978-3-16-159392-5

DOI 10.1628/978-3-16-159392-5

ISSN 0075-2517 / eISSN 2569-4103

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

© 2020 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohrsiebeck.com](http://www.mohrsiebeck.com)

Die Annahme zur Veröffentlichung erfolgt schriftlich und unter dem Vorbehalt, dass das Manuskript nicht anderweitig zur Veröffentlichung angeboten wurde. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließende Verlagsrecht. Das Verlagsrecht endet mit dem Ablauf der gesetzlichen Urheberrechtsfrist. Der Autor behält das Recht, ein Jahr nach der Veröffentlichung einem anderen Verlag eine einfache Abdruckgenehmigung zu erteilen. Bestandteil des Verlagsrechts ist das Recht, den Beitrag fotomechanisch zu vervielfältigen und zu verbreiten und das Recht, die Daten des Beitrags zu speichern und auf Datenträger oder im Online-Verfahren zu verbreiten.

Dieses Jahrbuch einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Vervielfältigung und Verbreitung in gedruckter oder elektronischer Form, die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen sowie die Übersetzung.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Bembo-Antiqua gesetzt, auf alterungsbeständiges Papier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

# Inhaltsverzeichnis

## *Schwerpunktthema: Präjudizien*

MEHRDAD PAYANDEH: Die Präjudizienwirkung der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte . . . . .	1
DANIEL EFFER-UHE: Präjudizienbindung, Rechtssicherheit und Vertrauensschutz . . . . .	37
MATTHIAS K. KLATT: Autoritative und diskursive Instrumente des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	63
MICHAEL HOLOUBEK: Bedeutung und Funktion von höchstgerichtlichen Präjudizien. Einige Überlegungen aus österreichischer Perspektive . . . . .	89
MATTIAS WENDEL: Auf dem Weg zum Präjudizienrecht? Zur Maßstabsetzung durch den Europäischen Gerichtshof . . . . .	113
JAMES FOWKES: Something in Common. A perspective on precedent in Germany . . . . .	147
KONRAD LACHMAYER: „... zu Recht erkannt:“ Österreichische Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Methodeninnovationen und Methodenadaptionen . . . . .	179
BRUN-OTTO BRYDE: Vom richtigen Umgang mit Richterrecht . . . . .	201

## *Abhandlungen und Aufsätze*

CLAUS DIETER CLASSEN: Französisches Grundrechtsverständnis: kaum Dogmatik, objektiv-rechtliche Traditionen, subjektiv-rechtliche Perspektiven? . . . . .	213
SIMON PIELHOFF: Denken mit Geländer. <i>Scott Shapiros Planning Theory of Law</i> als Beitrag zur Kontextualisierung verfassungsgerichtlicher Maßstäbe . . . . .	241
FLORIAN ALBRECHT: Der Zugriff auf das Vermögen verbotener Vereine . . . . .	271

FABIAN MICHL: Das Sondervotum zum Apothekenurteil. Edition aus den Akten des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	323
---	-----

*Debatte: Selbstverständnis und Zukunft der Wissenschaft vom Europarecht*

ARMIN VON BOGDANDY: Die heutige Lage der europäischen Rechtswissenschaft im Spiegel von Schmitts Schrift. Grundfragen in einer irreführenden, aber erkenntnisträchtigen Perspektive . . . . .	409
ULRICH HALTERN: Europarecht und ich . . . . .	439
THOMAS ACKERMANN: Eine „ungeheure Jurisprudenz“? Die Europarechtswissenschaft und die Europäisierung des Rechts . . . . .	471
CLAUS DIETER CLASSEN: Unionsrecht als Integrationsrecht verstehen! Zu Selbstverständnis und Perspektiven der Europarechtswissenschaft . . . . .	489
MATTHIAS RUFFERT: Eine Binnenperspektive auf die deutsche Europarechts- wissenschaft – zehn Jahre nach der großen Erschütterung . . . . .	515
FRANK SCHORKOPF: Selbstverständnis und Perspektiven der Europarechts- wissenschaft. Eine Rechtswissenschaft für das organisierte Europa . . . . .	527
GERNOT SYDOW: Die Europarechtswissenschaft europäisieren? Überlegungen zur Strukturentwicklung der juristischen Fakultäten und zur Lehre des Europarechts . . . . .	545
PAUL CRAIG: Self-definition and Research on European Law: The UK Perspective . . . . .	561

*Porträts und Erinnerungen*

KONRAD SCHIEMANN: A cheerful judge in tears . . . . .	569
VASSILIOS SKOURIS im Gespräch mit ANGELIKA NUSSBERGER: Rückblick und Ausblick . . . . .	579

*Entwicklungen des Verfassungsrechts*

*I. Verfassungsrecht in Europa*

GUSTAVO MANUEL DÍAZ GONZÁLEZ: Verfassungsrechtliche Grenzen „Kommunaler Außenpolitik“ im staatlichen Interesse . . . . .	587
---	-----

HÜSEYİN YILDIZ: Die Türkische Verfassung im Spagat zwischen Paternalismus und Autonomie der Person . . . . .	615
TOMASZ TADEUSZ KONCEWICZ: Polish Counter-Revolution 2015–2019 and beyond. Of Constitutional Designs, Regime Trajectories, Institutions and Constitutional Fidelities . . . . .	641
JAN MUSZYŃSKI: Comparative legal argument in the Polish discussion on changes in the judiciary . . . . .	705
TAMÁS SULYOK und GERGELY DELI: Perspektiven des Europarechts aus der Sicht des ungarischen Verfassungsgerichts . . . . .	721

## *II. Verfassungsrecht außerhalb Europas*

HERMANN-JOSEF BLANKE und YASSER ABDELREHIM: Die Universalität der Menschenrechte im Zeichen der Verfassungsentwicklungen in islamischen Staaten . . . . .	735
AMR HAMZAWY: Ägypten zwischen 2014 und 2019. Zur Instrumentalisierung von Verfassung und Gesetz . . . . .	771
FRANZ XAVIER BARRIOS-SUVELZA: Der Coup d'État, der keiner war. Wie die letzte Revolte in Bolivien die Unzulänglichkeit mancher konventioneller Begriffe aufzeigt . . . . .	805



# Europarecht und ich

von

Prof. Dr. Ulrich Haltern, LL.M. (Yale) (München)

*Was wissen wir? Was blökt die hehre Wissenschaft?*

Georg Klein: Sünde, Güte, Blitz

## Inhalt

I. <i>Gestern</i> .....	440
II. <i>Heute</i> .....	450
III. <i>Morgen</i> .....	459
1. <i>Lehre</i> .....	459
2. <i>Gesellschaft</i> .....	462
P.S. <i>nach PSPP</i> .....	467

Seit nun fast zwei Jahrzehnten ist die deutsche Rechtswissenschaft mit einer umfassenden und intensiven Selbstinspektion befasst; das Jahrbuch nimmt seit einigen Jahren diese Diskussion auf und differenziert sie themen- und fachspezifisch. Dass nun die Europarechtswissenschaft befragt und gebeten wird, Auskunft in eigenen Angelegenheiten zu geben, trifft offenbar auf das der Europarechtswissenschaft eigene Interesse an der Selbstbilanzierung<sup>1</sup> und kann sie nur besser machen. Die neue Freude am Nachdenken über sich selbst verdankt sich wohl einerseits dem Sog, sich ebenfalls, wie das gesamte Öffentliche Recht, Gewissheit über die eigene Identität verschaffen zu wollen. Andererseits dürfte es auch Zeichen einer großen Verunsicherung über Grund und Grenze der europäischen Integration sein, sich darüber klar zu werden, was eigentlich Gegenstand des eigenen Faches und Tuns ist. Ich habe zwar schon mehrfach zum Zustand der Europarechtswissenschaft Stellung bezogen,<sup>2</sup> bin

---

<sup>1</sup> Aus letzter Zeit z.B. Hatje/Müller-Graff/Terhechte (Hrsg.), *Europarechtswissenschaft*, EuR, Beiheft 2/2018; *Thym*, EuR 2015, 671; seit jeher v. *Bogdandy*, etwa in *Der Staat* 40 (2001), 3; JZ 2017, 589; in: Hilgendorf/Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Selbstreflexionen der Rechtswissenschaft*, 2015, 133; JZ 2011, 1; lesenswert *Classen*, in: Kischel (Hrsg.), *Der Einfluss des deutschen Verfassungsdenkens in der Welt*, 2014, 93, und *Arnulf*, in FS Jacobs, 2008, 415.

<sup>2</sup> *Europarecht und das Politische*, 2005, 25 ff.; in: Schuppert/Pernice/Haltern (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, 37; ZSE 4 (2006), 364; *Europarecht: Dogmatik im Kontext*, Bd. I, 3. Aufl. 2017, 3 ff.

den Herausgebern aber dankbar für die Gelegenheit, meine Beobachtungen zu aktualisieren. Dabei verbinde ich jedenfalls kursorisch die fachliche mit der biographischen Rück- und Vorausschau – nicht, weil ich meine eigene Stellung im Fach von der Frage nach dessen Zustand für untrennbar hielt, sondern weil nur so die Subjektivität der wissenschaftlichen Nabelschau so explizit wird, wie sie bei diesem Thema sein sollte. Stellungnahmen zum Zustand einer bestimmten Wissenschaft, die von Teilnehmern an eben diesem wissenschaftlichen Diskurs verfasst werden, sind hoch prekär, denn man muss sich selbst situieren und damit Rechenschaft über die eigene Stellung innerhalb der Wissenschaft und ihres Fortschritts ablegen. Was, wenn man feststellt, dass die interessanteren Sachen von anderen geschrieben wurden? Dass Innovationen nötig waren und auch stattgefunden haben, man selbst aber nicht daran beteiligt war? Dass die tieferen Einblicke oder größeren Systemisierungsleistungen rückblickend dann doch von denen stammen, gegen die man angeschrieben hat? Viel spricht dafür, dass man dann schon aus Selbstschutz zu Rechtfertigungs- oder Invisibilisierungsstrategien greift, die die gesamte Stellungnahme in eine Schiefelage bringen. Ich fürchte, dass hier nur größtmögliche Transparenz hinsichtlich der eigenen Subjektivität hilft. In der Kürze der Zeit, die ich für diesen Beitrag hatte, ist mir nichts Besseres eingefallen, als Stil und Inhalt voll auf meine Subjektivität auszurichten; dann geht auch kein Weg daran vorbei, offen über mich selbst zu reden.

## I. Gestern

Dass ich meine wissenschaftliche Laufbahn eher polternd als geschmeidig begonnen habe, lag auch am Zustand der deutschen Europarechtswissenschaft. In den 1990er Jahren schien sie mir noch überwiegend geprägt durch eine einzige Konfliktlinie, die (grob und klobig gesagt) die europhile von der euroskeptischen Europarechtswissenschaft unterschied, die aber keinen Unterschied in der Methode ausmachte. Beide Seiten operierten mit einer Vielzahl von Vorannahmen und Vorverständnissen, argumentierten aber stark rechtsdogmatisch. Die integrationsfreundliche Seite nahm dem EuGH dessen Credo ab, „dass dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie [auch] immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als [Unions]recht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der [Union] selbst in Frage gestellt werden soll“.<sup>3</sup> Aus dieser – von den nationalen Gerichten nie vollständig geteilten – recht absolutistischen Grundannahme folgten weitreichende dogmatische Forderungen, die das nationale Recht stark unter Druck setzten. Mit Hilfe eines dogmatisch formulierten Axioms wurden ebenfalls dogmatisch formulierte Konsequenzen an die nationale Rechtsordnung herangetragen, die zu einem Überdenken von Staatlichkeit, Demokratie und Legitimation führen sollten. Dahinter verbarg sich häufig eine (jedenfalls auch) politische und vor allem moralische Grundhaltung, die aus einem eher schlichten kosmopolitisierenden Weltbürgerbild schöpfte und die eigene Auffassung als fortschrittlich, andere Auffassungen als bestenfalls etatistisch-konservativ, schlechtestenfalls realitäts-

<sup>3</sup> EuGH, Urt. v. 15.07.1964 – Rs. 6/64 (Costa/ENEL), 1270.

verweigernd und rückwärtsgewandt begriff. Beispiele sind die Berliner Schule von Pernice und die Freiburger Schule von Schwarze.

Für die andere Seite muss der Anspruch des EuGH auf unionsrechtliche Autonomie wie die Behauptung des Barons von Münchhausen geklungen haben, er könne sich am eigenen Haarschopf aus dem Sumpf ziehen.<sup>4</sup> Der Status des Unionsrechts in den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten könne sich unmöglich aus dem Unionsrecht selbst ergeben, sondern müsse – jedenfalls was das Fundament angeht – im nationalen Verfassungsrecht und dem durch dieses vermittelte Zustimmungsgesetz angelegt sein. Offenkundig war hier ein beharrendes dogmatisches Element angelegt, das auch mit einem beharrenden Weltbild zu tun hatte, nämlich einem Sich-Sträuben gegenüber einer unkontrollierten Öffnung/Fragmentierung/Desubstantialisierung des Staates zugunsten einer noch wenig definierten überstaatlichen Herrschaft. Beispiele hierfür waren insbesondere die konservativen Stars der deutschen verfassungsrechtlichen Szene, von Josef Isensee und Paul Kirchhof bis zu Udo Di Fabio, gedämpft weiterwirkend bei meinem Münchner Fakultätskollegen Peter Michael Huber. Aber auch dem konservativen Lager nicht zurechenbare Persönlichkeiten wie etwa Dieter Grimm, dessen Assistent ich in Berlin war, ließen sich hier einordnen. Dass Kirchhof, Di Fabio und Huber zugleich Berichterhalter des BVerfG in Integrationsfragen waren bzw. noch sind (und auch Grimm ein zwar mit Unionsrecht kaum befasster, dafür aber prominenter Bundesverfassungsrichter war), verlieh dieser Richtung große Präsenz und schärfte die Debatte.

Damit existierten zwei ganz unterschiedliche Ansatzpunkte, um über Geltung, Rang, Quantität, Qualität und Bedeutung des Unionsrechts nachzudenken. Sie waren in ihrer diametralen Fundierung des unionsrechtlichen Geltungsanspruches weder miteinander kompatibel noch schienen sie irgendwie kompromissfähig zu sein; zudem verwendeten sie auch ganz unterschiedliche Sprachen, die zugleich Marker für unversöhnliche politische Positionen waren.

Auf der einen Seite stand ein Fortschrittsdiskurs der integrationspolitischen Notwendigkeit, der in einer sich schnellstmöglich erweiternden und zugleich vertiefenden Union die Vollendung einer historischen Vision sah. Seine Flugbahn war stets ähnlich, auch wenn die Vektoren, welche die Richtung anzeigten, vielfältig waren: Sie entstammten der politischen (Friedensideal), wirtschaftlichen (Prosperität durch Binnenmarkt), historischen (Lehren aus der Geschichte), moralischen (Solidargemeinschaft der Bürger) oder juristischen (Rechtsauftrag „immer engerer Zusammenschluss der europäischen Völker“) Arena und ließen kaum Raum für Alternativen (Bewältigung zunehmend transnationaler Probleme nur durch zunehmend transnationale Integration). Übergangslos weitete sich dieser Diskurs zum „europäischen Traum“ (Rifkin) einer globalen Rechtsgemeinschaft, in der die Differenzen kultureller, wirtschaftlicher oder politischer Natur durch einen Konstitutionalisierungsprozess auf globaler Ebene überbrückt werden, in der sich die Menschen „politisch und rechtlich als Weltbürger definieren“ und in der den staatlichen Organen aufgetragen ist, einen „weltumfassenden *contrat social* zu verhandeln und vorzubereiten“.<sup>5</sup>

<sup>4</sup> Dieses schöne Bild stammt von *de Witte*, in: Craig/de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 2. Aufl. 2011, 323 (351).

<sup>5</sup> Zitate: *Pernice*, in: Schuppert/Pernice/Halter (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, 743 (785).

Auf der anderen Seite stand ein euroskeptischer Diskurs, in dessen Zentrum eine Betonung des Lokalen und eine mit Warnungen versehene Semantik der Begrenzung von Integrationsstufen (in moralischer, wirtschaftlicher, politischer und rechtlicher Hinsicht) stand. Gegenüber dem erstgenannten Diskurs wurde überall ein Spannungsverhältnis von Vor- und Nachteilen oder von Tugend und Gefahr aufgemacht. Den Prosperitätsgewinnen eines Binnenmarktes wurden schmerzhaft Anpassungsprozesse und Globalisierungsverlierer gegenübergestellt. Der Solidargemeinschaft wurde eine überspannte Tugendzumutung gegenübergestellt. Der Utopie einer Rechtsgemeinschaft wurde die Betonung des Nichtrechtlichen gegenübergestellt, das sich insbesondere aus Divergenzen – etwa unterschiedlichen Interessen, Kulturen, Sprachen usw. – speiste. Der europäischen Wanderschaft EU-interner Migration wurden Konzepte wie Heimat und religiöse Zugehörigkeit gegenübergestellt, die lange in individueller Privatheit aufgehoben waren und nun wieder das Licht kollektiver Öffentlichkeit erblickten. Einer gemeinsamen europäischen Identität wurden nationale Erinnerungen gegenübergestellt, die sich als kollektiver Gedächtnishaushalt einer enger umgrenzten politischen Gemeinschaft anders auf die Vergangenheit bezogen als die Geschichtsschreibung. Auch die Terminologie unterschied sich: Statt vorwärtsstürmen sollte man innehalten; statt reformieren konsolidieren; statt handeln nachdenken; statt entscheiden diskutieren. Dieser Diskurs betonte häufig das Organische, Natürliche, Gewachsene, Unbewegliche und Erdige gegenüber dem Geschaffenen, Projekthaften, Beweglichen, und Liquidem. Er setzte nicht auf Funktion, sondern auf Substanz; nicht auf Zwecke, sondern auf Werte; nicht auf Gestaltung, sondern auf Schicksal; und nicht auf Netze, sondern auf die Dichotomien oberflächlich/tief und dünn/dicht.

Damit nahm die europarechtliche Auseinandersetzung nun die Gestalt eines Aufeinanderprallens von Grundüberzeugungen an; die moralischen Obertöne der Debatte machten einen sinnvollen Austausch von Argumenten als Teil einer Debattenkultur nach meinem Eindruck schwierig. Befriedigend war das nicht. Unterschiedliche Grundannahmen und Vorverständnisse sind zwar nicht weniger, aber auch nicht mehr als Ausgangspunkte. Sie markieren Extrempunkte auf einem Feld, das durch sie lediglich in seinen Umrissen abgesteckt wird. Von ihnen aus zu denken und zu handeln bedeutet nicht, dass sie die Praxis determinieren, eher im Gegenteil: Sie zeigen eine ganze Skala möglicher Denk- und Handlungsalternativen auf. Das Unionsrecht ist da keine Ausnahme, und das ist nicht nur von einem pragmatischen, sondern auch von einem intellektuellen und normativen Standpunkt aus eine gute Sache. Die beiden unversöhnlichen Positionen konnten weder die Rechtsprechung zufriedenstellend erklären noch schätzten sie die Problemlösungsfähigkeit der jeweiligen Rechtsordnungen zutreffend ein; die der eigenen wurde regelmäßig über-, die der anderen unterschätzt. Schlimmer noch erschien mir die auf beiden Seiten entstehende Lagermentalität, die nicht nur das Gespräch miteinander schwierig machte, sondern zu gegenseitigen Abfälligkeiten führte – eine fast logische Folge des moralischen Grundtons auf beiden Seiten. Das sich als konservativ verstehende Lager ließ an der Verachtung, die es für diejenigen, die Deutschland „in multikulturellen, supranationalen, kosmopolitischen Ganzheiten“ „auflösen“ wollten „wie Zucker im Kaffee“<sup>6</sup>,

<sup>6</sup> *Isensee*, Am Ende der Demokratie – oder am Anfang?, 1995, 55.

keine Zweifel, ebenso wenig wie an der von ihm so wahrgenommen Inkorrektheit von EuGH-Entscheidungen, die man schon mal als „Stück aus dem Tollhaus“ oder als das „Ende rationaler Jurisprudenz“ beschrieb<sup>7</sup> und daher zivilen und behördlichen Ungehorsam einforderte.<sup>8</sup> Umgekehrt schrieb auch das sich als progressiv verstehende Lager nicht mit Samthandschuhen. Interessanterweise hat sich diese eher sozialdemokratisch verstehende Antipathie stärker in der Wissenschaft halten können als die konservative. Die Nachfolgeneration dieses Flügels unterstellt Integrationskritikern nach wie vor regelmäßig nationalistisches Gehabe und spart mit Spott und Häme nicht, wenn sie etwa vom „Platzhirschröhren in Verfassungsgerichtsentscheidungen und ... Richterinterviews“ redet, von einer „immer steileren Erregungsspirale“ des Zweiten Senats, vom „Hantieren mit Ultra-vires-Knüppeln“ seitens der „konservativ-etatistischen Old-School-Staatsrechtslehrer“, und letzterer den an das Gegenlager gerichteten Vorwurf der „nationalpolitischen Schlappschwänzigkeit“ in den Mund legt.<sup>9</sup> Das ist nicht nur stilistisch kaum diskutabel, sondern steht auch im Widerspruch zu der längst etablierten Erkenntnis, dass wir es in der europäischen Integration mit Rechtspluralismus, Dialog und dem Verzicht auf hierarchische Lösungen und letzte Worte zu tun haben. Meint man es damit ernst, wird man sich wohl ein dickeres Fell zulegen und akzeptieren müssen, dass es zwischen Verfassungsgerichten trotz einer grundsätzlich kooperativen Beziehung auch einmal zu Meinungsverschiedenheiten kommen kann: Nicht jedes selbstbewusst vorgetragene Argument ist gleich ein nationalistischer Affront. Möglicherweise schlagen hier konsensfixierte Missverständnisse dessen, was Demokratie im Politischen bedeutet, auf ebenso konsensfixierte Missverständnisse dessen durch, was Rechtsgespräch im Juristischen bedeutet. Die Dünnhäutigkeit eines Teils der Europarechtswissenschaft steht hier in einem bemerkenswerten Gegensatz zur Souveränität der beteiligten Gerichte, die zumeist gelassen den Wert von Meinungsvielfalt in der europäischen Integration reflektieren, pragmatische Lösungen finden und dies für eine Selbstverständlichkeit zu halten scheinen.<sup>10</sup>

Die Polarisierung des europarechtswissenschaftlichen Diskurses in Deutschland seit den 1990er Jahren hatte mehrere Ursachen. Eine war das recht späte Erwachen der Öffentlichrechtler, was die wissenschaftliche Durchdringung der europäischen Integration betraf. Mein Lehrstuhlvorgänger in München, Rudolf Streinz, erzählte mir, dass es an der LMU keinen Lehrstuhl mit „echter“ europarechtlicher Denomination gab und er dies bei seiner Ankunft aus Bayreuth 2003 erst verhandeln musste. Wer Europarecht aus staatsrechtlicher Perspektive denkt, muss zu ganz anderen Erkenntnisinteressen und Ergebnissen gelangen als derjenige, der Europarecht vom Recht der Europäischen Union aus denkt. Im Grunde verlängerte sich hier in wissenschaftlicher Form der Unterschied der Vorlesungen *Staatsrecht III* und *Europarecht*. Die Gegensätze alt/neu, Grenze/Grenzauflösung, vorsichtige Einbindung/Revolution materialisierten sich am Schauplatz EU, auf dem das beharrende staatsrechtliche Denken mit dem Eifer des erst kürzlich zum Europarecht Konvertierten zusammenstieß.

<sup>7</sup> Bauer, NZA 2005, 800; Hailbronner, NJW 2004, 2185.

<sup>8</sup> Herzog/Gerken, FAZ v. 8.9.2008, 8; Gerken/Rieble/Roth/Streinz, „Mangold“ als ausbrechender Rechtsakt, 2009; Scharpf, Magazin Mitbestimmung 07 und 08/2008, 18 (19).

<sup>9</sup> Mayer/Walter, VerfBlog, 2013/4/15; dies., VerfBlog, 2013/7/12; Steinbeis, VerfBlog, 2015/10/01.

<sup>10</sup> Vgl. dazu Voßkuhle, JZ 2016, 161 (167).

Eine zweite Ursache lag in der besonderen deutschen Konstellation des politischen Diskurses, in dem alle relevanten Akteure, insbesondere die großen Volksparteien und kleinere Parteien mit Regierungsbeteiligung, europäisch eingestellt waren: die CDU aus der Tradition ihrer Westbindung heraus, die SPD aus der Tradition einer international denkenden Sozialdemokratie heraus. Die FDP sah im liberalisierenden Ansatz des Binnenmarktes seit jeher einen natürlichen Verbündeten, und die Grünen verfolgten ohnehin eine Politik, die die Lösung grenzüberschreitender Probleme in grenzüberschreitender Zusammenarbeit sah, und waren sehr skeptisch gegenüber allem Nationalen. Zustimmungsgesetze zu Revisionen der europäischen Verträge erreichten im Parlament eine „Ceașescu-ähnliche“ Zustimmung.<sup>11</sup> Dadurch war es nicht leicht, Integrationsdefizite politisch angemessen zu diskutieren. Der juristische Diskurs konnte daher zu einem Ventil für die Thematisierung von Defiziten werden. Die Rechtswissenschaft wurde ein alternativer Raum politischen Denkens, allerdings in der Camouflage der rechtswissenschaftlichen Dogmatik – eine Konstellation, die weder der Wissenschaft noch der Politik gerecht wurde.

Warum das so sein sollte, ist nicht sofort offensichtlich. Dass das Juristische als alternatives oder ventilierendes Forum für das Politische dienen kann, ist keine neue oder abseitige Idee; die Politikwissenschaften sind hier seit jeher ganz offen. Auch die Praxis (insbesondere in Deutschland, wo jede wichtigere politische Entscheidung im Lichte der Rechtsprechung des BVerfG getroffen wird und sodann zumeist dort auch kontrolliert wird) zeigt dies.<sup>12</sup> Und natürlich sind auch Juristen diesem selbstermächtigenden Gedanken nicht abgeneigt. Peter Huber spricht von einer „demokratiespezifischen Ventil- oder Kompensationsfunktion“ der Rechtsprechung.<sup>13</sup> Aber verfassungsgerichtliche Rechtsprechung und Wissenschaft sind eben doch zwei verschiedene Dinge. Da Verfassungen, nach der schon älteren, aber dadurch nicht weniger geglückten Formulierung Luhmanns, Recht und Politik strukturell koppeln,<sup>14</sup> sind Verfassungsgerichte institutionelle Schnittstellen, an denen politische Konflikte mit den Waffen des Rechts ausgetragen werden. Sie sind politische Akteure und Gerichte zugleich. Sie führen ein Doppelleben als Teil der politischen Arena, die entlang des Maßstabs Macht/Nicht-Macht oder Regierung/Opposition operiert, und als Teil der judikativen Arena, die den interessengeleiteten Machtmaßstab nicht gelten lässt und stattdessen aufgrund der Vorgaben der demokratischen Verfassung und der darunter erlassenen Gesetze entscheidet, unabhängig davon, wer davon parteipolitisch profitiert. Dieses Doppelleben erzeugt etwas Doppelbödiges. Obwohl sich alle Beteiligten – Richter, Prozessvertreter, Kläger und Beobachter – darüber einig sind, dass das juristische Argument das entscheidende ist, ist nicht weniger klar, dass das juristische Argument im Dienste einer politischen Position steht. Die Entscheidung für ein juristisches Argument ist auch die Entscheidung für eine politische Position; umgekehrt sind politisch erwünschte Ergebnisse von der Wahl des juristischen Arguments

<sup>11</sup> Begriff von *Weiler*, in: Pernice/Kokott/Saunders (Hrsg.), *The Future of the European Judicial System in a Comparative Perspective*, 2006, 117 (118 in Anm. 3).

<sup>12</sup> Ausf. aus jener Zeit etwa *Häußler*, *Der Konflikt zwischen Bundesverfassungsgericht und politischer Führung*, 1994; *Haltern*, *Verfassungsgerichtsbarkeit, Demokratie und Misstrauen*, 1998.

<sup>13</sup> *Huber*, in: von Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), *GG-Kommentar*, 6. Aufl. 2010, Art. 19 Abs. 4, R.n. 350 mit Bezügen zu den bekannten Karlsruher Urteilen zur Integration.

<sup>14</sup> *Luhmann*, *Rechtshistorisches Journal* 9 (1990), 176.

abhängig. Ganz unproblematisch ist diese Verschneidung von Recht und Politik nicht, obwohl das Recht in der Demokratie auf den Schultern des Politischen steht: Gerichte entscheiden zwar auf der Basis demokratisch legitimierter Gesetze, sind aber zugleich von den Regeln des politischen Lebens weitgehend isoliert. Sie werden nicht gewählt, sind nicht gesellschaftlich repräsentativ und sind auch für ihre Entscheidungen nicht politisch verantwortlich. Gerichte sind keine (nur etwas anders funktionierenden) Miniparlamente und die rechtliche Beschwerde ist weder Ersatz noch repräsentative Alternative für demokratische Verfahren, sodass sich theoretische Positionen, die das einmal annahmen,<sup>15</sup> zu Recht nicht durchsetzen konnten.

Jedenfalls aber sollte *Rechtswissenschaft* anders funktionieren. Statt politische Positionen durch dogmatische Argumente zu bemänteln und zugleich zu befördern, sollte sie das, was im Gerichtssaal zwar gewusst wird, aber implizit bleibt, explizit machen und das Politische analytisch statt strategisch mitbehandeln. Dass dies spätestens seit dem Maastricht-Urteil anders war, war vielleicht auch auf die deutsche Eigenheit zurückzuführen, dem Recht nicht selten mehr zuzutrauen als der demokratischen Politik. Das Ergebnis stieß deshalb auf, weil sich der große Teil der deutschen Rechtswissenschaft in jener Zeit noch vor der Diskussion ihrer eigenen Identität und ihrer Methoden befand und sich im Wesentlichen dem dogmatischen Geflecht des Europarechts und seiner Einbindung in die deutsche Rechtsordnung widmete. Das, was manche schon damals „orthodoxe Juristerei“ genannt haben,<sup>16</sup> fokussierte fast ausschließlich auf die Leistungen und Fehlleistungen des EuGH – Peter Huber nannte das mir gegenüber einmal eine „subalterne Erfolgswissenschaft“, die sich darin erschöpfe, EuGH-Entscheidungen in das richtige Kästchen einzuordnen. Ähnlich scharfe Kritik hatte Bernhard Schlink bekannterweise an der deutschen Staatsrechtswissenschaft geäußert.<sup>17</sup> Es schien eine Zeit zu sein, in der die deutsche Wissenschaft des Öffentlichen Rechts im Banne der großen Verfassungsgerichte gefangen war und sich „positivistisch“ an ihnen abarbeitete.<sup>18</sup> Wenig ausgeprägt war dagegen das Interesse an Interdependenzen zwischen Institutionen, Regeln, Ideologien und Prozessen, und damit auch an den Einsichten anderer Wissenschaften.

Wohlgemerkt hatte sich auch die Europarechtswissenschaft anderer Staaten dem Europarecht mit einer eher technischen Herangehensweise genähert. Inzwischen kennt jeder die harschen Worte Martin Shapiros, der der Europawissenschaft (nicht nur Deutschlands) Anfang der 1980er Jahre vorwarf, das Europarecht zumindest über lange Zeit als „Verfassungsrecht ohne Politik ... , die Gemeinschaft als rein juristische Idee; die geschriebene Verfassung als heiligen Text; den Kommentar der Rechtswissenschaftler als Rechtswahrheit; und das Verfassungsgericht als entkörperlichte Stimme der richtigen Vernunft und der Verfassungstechnologie“ zu begreifen,<sup>19</sup> und noch 10 Jahre später schloss sich Francis Snyder mit dem nur ein wenig freundlicher formulierten Vorwurf an die Europarechtswissenschaft an, das Europarecht als „ausge-

---

<sup>15</sup> Ich vereinfache natürlich, wenn ich hier auf *Michelman*, Harvard L. Rev. 100 (1988), 4, Bezug nehme.

<sup>16</sup> *Collier*, Duke L.J. 42 (1993), 840; *Gava*, Sydney L. Rev. 16 (1994), 442.

<sup>17</sup> *Schlink*, Der Staat 28 (1989), 161.

<sup>18</sup> Kontextualisierung und Kritik für die Staatsrechtslehre: *Poscher* und *Schönberger*, beide in FS Schlink, 2014, 203 ff. bzw. 41 ff.

<sup>19</sup> *Shapiro*, South. Cal. L. Rev. 53 (1980), 537 (538).

sprochen technisches Regelwerk zu betrachten (und zu unterrichten), als dichtes dogmatisches Gebilde<sup>20</sup>. Snyder erklärte dies damit, dass die wissenschaftliche Auseinandersetzung mit dem Europarecht zugunsten einer Technisierung, Spezialisierung und handwerklichen Praxisorientierung zurückgetreten war.<sup>21</sup> Das war bei weitem nicht nur in Deutschland der Fall. Auch in der anglo-amerikanischen Europarechtswissenschaft dominierten bis in die 1980er Jahre hinein rein dogmatische Ansätze,<sup>22</sup> die erst durch die frühen Arbeiten von Stein, Weiler, H. Rasmussen und Snyder<sup>23</sup> in Richtung Kontextorientierung gedrängt wurden. Aber in Deutschland war die Lage schwieriger als im anglo-amerikanischen Raum. Das hing auch mit den kulturellen Bedingungen des wissenschaftlichen Selbstverständnisses zusammen. An der deutschen Rechtskultur ist ein umfassender Siegeszug von Bewegungen in der Tradition des Rechtsrealismus vorbeigegangen, sodass sie in der Folge lange durch einen formalistischen Rechtsdiskurs geprägt war. Die Form dieses Diskurses entfernte das Subjekt und damit die Subjektivität aus dem Recht, das dadurch als vernünftig, rational und objektiv erschien. Die Substanz dieses Diskurses ging von der klaren Unterscheidbarkeit von Recht und Politik aus. Unsere Klassiker forderten etwa, Recht müsse auf „kritische Distanz“ zur Politik gehen, sich durch die „gesicherte juristische Methode“, also durch „rationale, intersubjektiv vermittel- und nachprüfbare, insofern objektive Kriterien und Standards“ von der Politik abgrenzen.<sup>24</sup> Selbst das Bundesverfassungsgericht rühmt sich, gerade kein politisierter Akteur, sondern ein genuines, per definitionem neutrales und objektives Gericht zu sein. Die Richter streiten mantraartig jede politische Argumentation in den Senatssitzungen ab und bestehen darauf, dass nur das juristische Argument Gewicht besitzt. Dabei klingt immer auch eine gewisse Herablassung gegenüber der politischen Voreingenommenheit eines nicht streng dogmatisch durchgeführten Argumentationsbausteins mit: Die Richter sind wahrhaft stolz auf ihre Politikferne<sup>25</sup> – ein Sentiment, das Juristen insgesamt hinsichtlich ihrer Wissenschaft überwiegend teilen. Interessanterweise sind es gerade die Professoren-Richter, die auf der Grenze zwischen Recht und Politik beharren

<sup>20</sup> Snyder, *New Directions in European Community Law*, 1990, 1 ff.

<sup>21</sup> Ebd.

<sup>22</sup> Etwa Hartley, *The Foundations of European Community Law*, 2. Aufl. 1988; Lasok/Bridge, *Law and Institutions of the European Communities*, 4. Aufl. 1987; Wyatt/Dashwood, *The Substantive Law of the EEC*, 2. Aufl. 1987.

<sup>23</sup> Stein, *AJIL* 75 (1981), 1; Weiler, *YbEL* 1 (1981), 267; Rasmussen, *On Law and Policy in the European Court of Justice*, 1986; Snyder (Fn. 20). Wegweisend war zudem das große, von Cappelletti/Secombe/Weiler herausgegebene *Integration Through Law*-Projekt am Europäischen Hochschulinstitut.

<sup>24</sup> Zitate: Böckenförde, *Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, 1 (26 f.).

<sup>25</sup> Beispiel: Grimm, „Ich bin ein Freund der Verfassung“. Dieter Grimm im Gespräch mit Oliver Lepsius, Christian Waldhoff und Matthias Roßbach, 2017, 195 f.: „Ein parteipolitisches Argument habe ich in den beinahe zwölfjährig Jahren im Ersten Senat nicht gehört. Aber auch an politische Argumente, die sich nicht an Parteiprogramme anlehnen, kann ich mich nicht erinnern. Es hätte das Senatsmitglied, welches so argumentierte, disqualifiziert. Es wurde juristisch argumentiert, besser oder schlechter, aber eben juristisch, und ob ein juristisches Argument dann und wann politisch motiviert ist, blieb dem Senat verborgen.“ Auf der gleichen Linie zeigen Richter des Bundesverfassungsgerichts auch häufig einen gewissen Stolz darauf, nicht Mitglied einer politischen Partei zu sein. Bei Grimm etwa klingt seine Nominierung durch die SPD regelmäßig wie ein wunderbares Ereignis, das den Benannten noch heute ratlos zurücklässt und jedenfalls mit politischen Positionen nichts zu tun haben kann. Vgl. auch Kranenpohl, *Hinter dem Schleier des Beratungsgeheimnisses*, 2010, 162 ff.

und das Recht dadurch „integer“ halten wollen.<sup>26</sup> Im Statusbericht heißt es bei Leibholz wörtlich: „[Es besteht] in der idealtypischen Struktur zwischen dem Wesen des Politischen und dem Wesen des Rechts ein innerer Widerspruch..., der sich nicht auflösen lässt [und der darauf beruht,] dass das Politische seinem Wesen nach etwas Dynamisch-Irrationales ist, das sich den dauernd verändernden Lebensverhältnissen anzupassen sucht, während umgekehrt das Recht seiner grundsätzlichen Wesensstruktur nach immer etwas Statisch-Rationales ist, das die vitalen politischen Kräfte zu bändigen sucht.“<sup>27</sup> Auf anderer Ebene spiegelt dies eine Dichotomie von politischem Staat und unpolitischer Privatrechtsgesellschaft. Recht stellt insofern ein *aliud* gegenüber „sozialen“ Phänomenen wie Konsens, Konkordanz oder Konkurrenz dar. Die Suche nach dem Recht wird zur Suche nach der Wahrheit, sodass man von einem „Mythos der unbefleckten Wahrheit“ sprechen kann.<sup>28</sup>

Für die wissenschaftliche Behandlung des Europarechts halte ich ein solches Rechtsverständnis – jedenfalls wenn es das einzige Rechtsverständnis ist – für verheerend. Wer meine Arbeiten kennt, wird nicht besonders überrascht darüber sein, dass ich auch an dieser Stelle an der Kontextualisierung rechtswissenschaftlicher Dogmatik interessiert bin. Für das Europarecht, sein Verständnis und seine wissenschaftliche Durchdringung liegt die Notwendigkeit, Kontexte zu analysieren und rechtswissenschaftlich fruchtbar zu machen, noch deutlicher auf der Hand als im nationalen Öffentlichen Recht oder im Zivilrecht.<sup>29</sup> Über die Gründe habe ich mich in den in Fußnote 2 genannten Arbeiten umfassend geäußert und will das alles hier nicht noch einmal wiederholen. Aber diese Grundüberzeugung von einem wissenschaftlichen Fehlzugriff, der sich nicht nur in mangelnder theoretischer Tiefe, sondern auch in fehlendem praktischen Deutungsvermögen zu äußern schien, erklärt (zusammen mit meiner durchaus auch ignoranten Kompromisslosigkeit der jungen Jahre), warum ich die wissenschaftliche Landschaft in meinen Qualifikationsarbeiten und einigen Aufsätzen zuvor eher mit der Doppelaxt als dem Degen bewaffnet zu betreten schien.

Ich hatte das große Glück, bei drei ganz und gar außergewöhnlichen Lehrern lernen zu dürfen, denen ich fast alles verdanke: Joseph Weiler, Paul Kahn und Dieter Grimm. Am wichtigsten für meinen Zugang zum Europarecht war natürlich Weiler, der in den 1980er Jahren fast im Alleingang einen wissenschaftlichen Paradigmenwechsel im Verständnis des Europarechts herbeigeführt hatte. Sein Projekt der erneuerten „Integration Through Law“-Schule war methodisch und inhaltlich nichts anderes als die Geburt und Durcharbeitung von „Law in Context“ im Europarecht. Als ich ihn 1994 kennenlernte und für und mit ihm arbeiten konnte, wurde sein inzwischen längst kanonisierter Text „The Transformation of Europe“ von

<sup>26</sup> Statt vieler Böckenförde (Fn. 24), 19: Die „Arbeit am Staatsrecht [aber darf] nicht selbst von politischen Interessen und Konstellationen überdeterminiert und funktionalisiert werden; sie muss juristisch und als solche integer bleiben...“.

<sup>27</sup> Leibholz, JöR 6 (1957), 120 (121 f.).

<sup>28</sup> March/Olsen, *Democratic Governance*, 1995, 173. Kritik statt vieler bei Jestaedt u. a., *Das entgrenzte Gericht*, 2011; Haltern, *Verfassungsgerichtsbarkeit* (Fn. 12), 73 ff. m.w.N.

<sup>29</sup> Die einzige Rechtsmaterie, deren Kontextgenauigkeit noch offenkundiger sein dürfte als diejenige des Europarechts, ist das Völkerrecht, dessen Normativität an sich bereits vom Kontext abhängig ist. Am klarsten reflektiert dies – trotz all ihrer Probleme – wohl die alte New Haven School, deren umfassender Misserfolg in Europa der hiesigen Völkerrechtswissenschaft kein gutes Zeugnis ausstellt.

1991<sup>30</sup> bereits in Anfängen in Deutschland rezipiert. Weilers inhaltliche Breite, die einen rechtswissenschaftlich zentrierten, aber politisch und sozial informierten und angereicherten Gesamtentwurf ermöglichte, stützte sich auf eine methodische Breite, die Texte aus der Politikwissenschaft, der politischen Philosophie und Theorie, der Soziologie und der Theologie verarbeitete. Wie viele andere in jener Zeit, die rechtswissenschaftliche Antworten auch jenseits der enger dogmatisch aufgestellten Diskurse suchten, beeindruckte und beeinflusste mich diese Form des Denkens (und des Unterrichtens) nachdrücklich; es stieß die Tür auf zu einer Europarechtswissenschaft, die endlich die Anschlüsse zwischen Dogmatik, Demokratie und Legitimität herstellen, das Europarecht trittsicher im Verfassungsdiskurs ansiedeln, starke Thesen vertreten und große erzählerische, systematisierende und theoretische Bögen schlagen konnte. In dieses methodische und inhaltliche Arsenal durch meine Zeit in Yale und Harvard hineinsozialisiert<sup>31</sup> machte ich erste Gehversuche in der deutschen juristischen Landschaft, auch auf den Seiten dieses Jahrbuches, die – weit davon entfernt, elegant zu sein – eher ketzerisch oder zornig wirken mussten.<sup>32</sup> Im Vorwort zur 1. Auflage meines Europarechts-Lehrbuchs etwa habe ich ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ich absichtlich kaum deutsche Literatur zitiere.

Die Rezeption des inhaltlichen und methodischen Apparates, den einige andere und ich aus dem anglo-amerikanischen Raum im Allgemeinen und von Weiler im Besonderen übernommen hatten, wurde gehemmt zum einen durch die sich erst vorsichtig öffnende deutsche Rechtswissenschaft, die sich angesichts der vielen Grenzüberschreitungen erst einmal neu orientieren musste (das aber nun mit Verve vorantrieb), und zum anderen durch die triviale Konfliktlinie in der deutschen Europarechtswissenschaft, die ich oben beschrieben habe. Weilers eigene Intervention in die Wissenschaft und Praxis des deutschen Europarechts hat hierzu beigetragen. In einem sehr scharf formulierten Aufsatz auf den Seiten dieses Jahrbuchs – einem Text, den mein damaliger Wohnungsgenosse in Yale, der ausgezeichnete Bielefelder Europarechtler Franz Mayer, und ich vorrecherchiert und übersetzt hatten – griff Weiler das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die konservative deutsche Staatsrechtslehre frontal an.<sup>33</sup> Dadurch nahm er sogleich eine schwierige Position in der polarisierten Europarechtswissenschaft ein. Im konservativen Lager wurde er aufgrund der Heftigkeit der Vorwürfe zur persona non grata, und dieses Verdikt erstreckte sich auch auf sein methodisches Rüstzeug des „law in context“. Dadurch fiel völlig unter den Tisch, dass Weiler in der Substanz zu guten Teilen selbst ein konservativer Denker ist, sowohl was seine weltanschaulichen Grundlagen als auch Teile seines Europadenkens angeht, und er auch nicht davor zurückscheut, ähnlich pointierte Kritik an Aspekten der europäischen Integration zu üben. Vielleicht war die Zeit damals noch nicht reif für differenzierte statt polarisierte Positionierungen. Auf der anderen Seite hatte auch das integrationsfreundliche und sich als fortschrittlich verstehende Lager Schwierigkeiten mit Weiler. Bei manchen (etwa der Pernice-Schu-

<sup>30</sup> Weiler, Yale L.J. 100 (1991), 2403.

<sup>31</sup> Z.B. Weiler/Haltern, Harvard Int'l L.J. 37 (1996), 411.

<sup>32</sup> Haltern, Der Staat 35 (1996), 551; JöR 45 (1997), 31; Der Staat 37 (1998), 591; KritV 83 (2000), 153; Der Staat 40 (2001), 243; KritV 85 (2002), 261; AöR 128 (2003), 511; ELJ 9 (2003), 14; dazwischen meine Dissertation (Fn. 12).

<sup>33</sup> Weiler, JöR 44 (1996), 91.

le an der HU) stieß Weilers barsche Missbilligung mancher Integrationsentwicklungen – u.a. der Grundrechtecharta und des Verfassungsvertrages – und seine standhafte Verteidigung des Wertes von Staatlichkeit gegenüber überspannten Integrationsfunktionen und -erwartungen auf stille Abneigung. Bei anderen (etwa der Freiburger Schule von Schwarze) kam ein deutliches Unwohlsein mit der massiven Ausweitung des methodischen Zugriffs auf andere Disziplinen hinzu. In der Konsequenz wurde in Deutschland jedenfalls für eine Weile ein Gegensatz zwischen einer klassischen „deutschen“ Schule einerseits und einem Dreieck Harvard/New York-Frankfurt/Berlin-Florenz andererseits konstruiert – eine Fortsetzung des dichotomischen Lagerdenkens unter zunehmend komplexen Bedingungen und Vorannahmen.

Auch ich selbst geriet in das Spannungsfeld dieser Dichotomie, natürlich in einem viel kleineren Maßstab als der Riese Weiler. Bei mir kam noch hinzu, dass mich neben Weiler auch Paul Kahn und Dieter Grimm stark geprägt hatten. Von Kahn übernahm ich das Interesse an einer kulturtheoretisch informierten Rechtswissenschaft, die durch die Bezugnahme auf die methodischen und inhaltlichen Annahmen von Geertz, Foucault, Cassirer, Ernst Kantorowicz und die neuere Medientheorie einen noch größeren Kontext eröffnete und Anschluss an die moderne *cultural theory* suchte. Die damit verbundenen Konzepte klangen im deutschen rechtswissenschaftlichen Diskurs – verstärkt durch historische und kulturell bedingte Reflexe, unmusikalische Ohren und eigene nicht geglückte Formulierungen – noch fremdartiger als das Weilersche Vokabular, sodass ich mit Missverständnissen auf beiden Seiten zu tun hatte.<sup>34</sup> Auch dass ich Assistent von Grimm war, der einerseits als einer der führenden fortschrittlichen Verfassungsrechtler und -richter seiner Generation, andererseits als integrationspolitisch eher konservativ gilt, hat die Dichotomie des Lagerdenkens unterlaufen.

Solche und ähnliche Querstände trugen dazu bei, dass sich die unerquickliche Konfliktlinie bald als porös erwies und den Blick darauf zuließ, dass Dogmatik und Kontext keine Gegensätze sind. Recht im Kontext, so wurde bald klar, ersetzt nicht, sondern komplementiert das Studium des Unionsrechts. Die Kontext-Schule selbst verteidigte dogmatische Arbeit gegen die Auffassung, jene sei intellektuell leer und systematisch folgenlos, mit dem Argument, dogmatische Arbeit am Europarecht sei die Grundlage der Konstitutionalisierung Europas und selbstverständlich notwendiger wie wertvoller Teil rechtswissenschaftlicher Forschung.<sup>35</sup> Damit wandelte sich der Zuschnitt der Europarechtswissenschaft rapide.

---

<sup>34</sup> Weniger als für meine Habilitation (Europarecht und das Politische, 2005), die alle Kontexte miteinander zu verbinden suchte und gleichwohl überwiegend freundlich aufgenommen wurde, gilt das für den Essay Was bedeutet Souveränität?, 2007. Lob aufgrund von Missverständnissen etwa bei *Deppenheuer*, SZ v. 17.8.2007, 17; Kritik aufgrund von Missverständnissen etwa bei *Schönberger*, JZ 2007, 628. Wahrscheinlich aus seiner Auseinandersetzung mit Schmitt geprägt: *Hofmann*, JZ 2009, 1 (9f.); noch immer reflexhaft gallig schreibt Hofmanns Schüler *Dreier* über mich (allerdings auch nicht *nur* über mich), etwa Staat ohne Gott, 2018, 153 ff., oder Säkularisierung und Sakralität, 2013, 10, 66, oder lässt in dieser Form über mich schreiben (etwa *Gutmann*, Recht als Kultur?, Würzburger Vorträge zur Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtssoziologie, hrsgg. v. Dreier/Willoweit, Heft 50, 2015). Außerhalb des rechtswissenschaftlichen (etwa Deutschlandradio Kultur v. 16.12.2007) oder deutschen (etwa Eur. J Int'l L 21 [2010], 798) Diskurses schien die Rezeption leichter zu fallen, auch im Hinblick auf mein Folgebuch Obamas politischer Körper, 2009 (etwa *Detjen*, Deutschlandfunk 25.1.2010; Platz 6 Sachbuch-Bestenliste SZ, NDR und Börsenverein des Deutschen Buchhandels, Dezember 2009).

<sup>35</sup> *Weiler*, JCMSt 35 (1997), 97 (101); *Haltern*, Europarecht Bd. 1 (Fn. 2), Rz. 24f.; vgl. *Arnulf* (Fn. 1).

## II. Heute

Natürlich war das Bild, das ich mir von der Lage der deutschen Europarechtswissenschaft gemacht hatte, zu einseitig. Deutschland war ja keine wissenschaftliche Exklave, zu der kein dogmatikfreier Laut durchdrang. Im Öffentlichen Recht hantierten längst andere nicht mit Degen, sondern mit Doppeläxten: beispielsweise Gunnar Folke Schuppert, der den Juristen im Rahmen einer erstaunlichen Collage-Technik seitenlange Zitate aus den Politik- und Sozialwissenschaften aufzwang; Helmuth Schulze-Fielitz, der durch eine nur scheinbar spitzbübische Hyperpersonalisierung den Schein der Objektivität fast schon rauschhaft durchbrach und es – aufgrund unser aller Hoffnung auf Tratsch und vielleicht Skandal – auch noch schaffte, von allen gelesen zu werden; oder Karl-Heinz Ladeur, der durch die Einbeziehung von Systemtheorie und Sprachphilosophie sowie den französischen Theorie-Re-Import ganz neue Einsichten zur Verfügung stellte, die man eine Zeit lang als „postmodern“ bezeichnete und mit denen er lange einsam blieb. Auch die Protagonisten der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft – Eberhard Schmidt-Abmann, Wolfgang Hoffmann-Riem und der jüngere Andreas Voßkuhle etwa – gingen einen recht radikalen (freilich sehr viel weniger einsamen) Weg, der in der Rückschau nicht dadurch verdunkelt werden sollte, dass sich nicht jede Diskussion als fruchtbar oder umsetzbar herausstellt. Im Europarecht gab es kontextorientierte Ansätze bereits bei Forschern wie Eberhard Grabitz und anderen. Ingolf Pernice hatte es verstanden, mit Hilfe des heute schon idiomatischen „Verbund“-Begriffes (Verfassungsverbund, Verfassungsgerichtsverbund, Verwaltungsverbund usw.) nicht nur die Verfassungsfunktion des Unionsrechts allgemein akzeptiert werden zu lassen, sondern zugleich den Blick auf die komplexe Verschraubungsthematik zu lenken und damit Bewegungen wie die des *legal* oder *constitutional pluralism* vorwegzunehmen. Mein Freiburger Lehrstuhlvorgänger Jürgen Schwarze – vielleicht der einzige, der gleich zwei sehr umfangreiche Kommentare zum gleichen Gesetz herausgibt und sich damit besonders sichtbar in die Genealogie der „orthodoxen handwerklichen Juristerei“ stellt – besaß zwar ein Interesse an europaverfassungsrechtlicher Konzeptionierung, doch gelang ihm die größere und bleibende Systematisierungsleistung wohl eher auf europaverwaltungsrechtlicher Seite; zudem schaffte er es aufgrund seiner Freude an guten institutionellen Verbindungen, die deutsche Europarechtswissenschaft durch Einwürfe disziplin-fremder Redner und Rednerinnen, die zu seinen Tagungen nach Freiburg kamen und deren Vorträge er als „Schwarze Reihe“ bei Nomos sammelte und veröffentlichte, zu irritieren und zu bereichern. Und natürlich überschritt mit Christian Joerges ein aus dem Zivilrecht stammender Europarechtler alle Grenzen und personifizierte eine kontextorientierte, säulenübergreifende, international und interdisziplinär ausgerichtete und dabei streitbar Stellung beziehende Europarechtswissenschaft, die so stilwie schulbildend werden sollte.

Vor allem aber waren die Älteren der jüngeren, ab 1960 geborenen Generation schon dabei, nicht nur nach Reformen im Bereich des Öffentlichen Rechts zu rufen, sondern sie auch selbst zu befördern. Matthias Jestaedt (\*1961), Oliver Lepsius (\*1964), Thomas Vesting (\*1958), Uwe Volkmann (\*1960) und Andreas Voßkuhle (\*1963), um nur eine Handvoll zu nennen, schrieben aufregende neue Sachen. Im Europarecht erschien 1999 erstmals ein von Christian Callies (\*1964) und Matthias

Ruffert (\*1966) herausgegebener Kommentar, der noch nicht etablierte Europarechtler vereinte und dadurch die Gattung etwas verjüngte. Vor allem waren es aber Leute wie Stefan Oeter (\*1958), Stefan Kadelbach (\*1959) oder Armin von Bogdandy (\*1960), die eine neue europarechtliche Reflexionstiefe erreichten. Von Bogdandys Projekt, eher Jüngere um sich herum zu scharen, sich mehrfach zu treffen und mit den Ergebnissen schließlich 2003 einen Band zum „Europäischen Verfassungsrecht“ herauszugeben, war für viele wie ein Befreiungsschlag. Nicht nur gab es nun einen Sammelband, der unter dem explizit europaverfassungsrechtlichen Label eine Vielfalt von Zugängen zum Europarecht bot. Er brachte auch Leute mit ausgeprägtem Interesse an einer europarechtlichen Dogmatik zusammen, welche in Kontexte eingebettet und dadurch sprechfähig hinsichtlich anderer Disziplinen und rechtlicher oder gesellschaftlicher Entwicklungen war.

Die Veränderungen dessen, was man als *Mainstream* bezeichnet, schritt nun rapide voran. Die mittleren und jüngeren 1960er, die europarechtlich publizierten, gelangten auf öffentlichrechtliche Lehrstühle und konnten sich ohne große Rücksichten der rechtswissenschaftlichen Introspektive und der Vertiefung der eigenen Ansätze widmen. Hierzu gehörten etwa – neben vielen weiteren – Jürgen Bast, Philipp Dann, Martin Eifert, Thorsten Kingreen, Matthias Kumm, Franz Mayer, Christoph Möllers, Anne Peters, Christoph Schönberger, Frank Schorkopf, Daniel Thym und Bernhard Wegener. Sie bewegten sich mit ihren europarechtlichen Arbeiten in einem ähnlich gelagerten öffentlich-rechtlichen Umfeld, mit Leuten wie (wiederum nur beispielhaft) Susanne Baer, Gabriele Britz, Christian Bumke, Stefan Huster, Jens Kersten, Hanno Kube, Ralf Poscher, Ute Sacksofsky, Jens-Peter Schneider, Miloš Vec, Cornelia Vismann oder Christian Walter. Alle hatten und haben eigene politische und methodische Kontextualisierungsvorstellungen und haben nicht nur das, was rechtswissenschaftlich sagbar ist, sondern auch das, was rechtswissenschaftlich gesagt werden muss, massiv verschoben.<sup>36</sup> Dieser Prozess dürfte unumkehrbar sein. Unter der Ägide der heute in den 50ern befindlichen Hochschullehrerinnen und -lehrer hat sich längst eine neue Generation junger Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler gebildet, die noch stärker und klüger kontextualisiert und mit großer Schlagkraft die „orthodoxe Juristerei“ hinter sich lässt. Es ist ein großartiges Zeichen, dass sie zu zahlreich sind, um sie namentlich zu nennen.

Hierfür gibt es viele Gründe. Kein solcher Grund ist, dass diese Kohorte in irgendeiner Weise weitsichtiger oder interessanter wäre als ihre Vorgängergeneration. Sie operiert nur unter anderen Umständen und in einem veränderten Umfeld. So wie man, mit Nathaniel Hawthorne, im Politischen ein Held nur in einer heldenhaften Welt sein kann,<sup>37</sup> kann man in der Rechtswissenschaft auch nur dann kontextualisieren, wenn sich Welt und Publikum hierfür anbieten. Das ist gerade in der Europarechtswissenschaft seit den 1990er Jahren immer stärker der Fall.

Der *erste* offenkundige Grund hierfür liegt darin, dass die europäische Integration zu Selbstvergewisserung und Selbstverunsicherung der deutschen Rechtswissenschaft beigetragen hat. Gerade Deutschland hatte sich nach dem Zweiten Weltkrieg

<sup>36</sup> Dazu etwa *Frick*, Die Staatsrechtslehre im Streit um ihren Gegenstand, 2018.

<sup>37</sup> *Simpson* (Hrsg.), *The American Notebooks: The Centenary Edition of the Works of Nathaniel Hawthorne*, Bd. 8, 1972, 501.

in einem Selbstverständnis als durch Recht, nicht durch kollektiven Willen oder gar prä-politische Homogenitätselemente integriertes Gemeinwesen eingerichtet. Die Union als Rechtsgemeinschaft erlaubte eine Beglaubigung dieses Selbstverständnisses. Zugleich arbeitete die Integration in die Gegenrichtung: Zum einen schwanden die für sicher gehaltenen Überzeugungen in die ausreichende Integrationskraft des Rechts; zum anderen entstand ein ebenfalls im Recht eingerichtetes und zumindest funktional bald konkurrierendes Gemeinwesen, sodass sich Abgrenzungsprobleme stellten. Damit gingen eine inhaltliche Neuausrichtung und eine semantische Wende einher. Das überkommene Vokabular von Staatlichkeit, Legitimität und Demokratie musste angesichts der Integration neu überdacht werden. War es überhaupt möglich, die Union mithilfe von Begriffen zu verstehen, die im Kontext der Entwicklung des Nationalstaates entstanden waren? Diese semantische Verunsicherung wirkte auf den Inhalt der Rechtswissenschaft zurück. Man begann, die Integration in einen internationalen Zusammenhang einzuordnen (und auch von dort abzugrenzen), der ähnliche oder andere Entwicklungen durchlief, jedenfalls aber immer wichtiger zu werden schien. Die Trennungen von Europa-, Völker- und Verfassungsrecht wurden aufgebrochen. In Deutschland entwickelten sich daraus zwei komplementäre Richtungen: Das nationale Verfassungsrecht wurde internationalisiert, das internationale Recht verstärkt verfassungsförmig gedacht. Auf europäischer Seite wurde dieser Trend verstärkt. Brüsseler Majorisierung bedeutete ja auch, dass es einen europäischen Legitimationsanspruch geben musste, „uns“ als europäische Bürger zu repräsentieren. Sichtbarster Ausdruck dieses Anspruchs war die Einführung einer Unionsbürgerschaft im Vertrag von Maastricht. Die Union bewegte sich zunehmend in einem Umfeld, in dem nationale Identität instabil und prekär zu werden drohte, ohne dass auf der anderen Seite ein kohärentes Europa-Identitätskonzept sichtbar wurde. Die Entscheidung über Inklusion/Exklusion als Pfeiler von Staatlichkeit wurde mitgliedstaatlicher Autonomie teilweise entzogen; Grenzen als Verortung und Radizierung staatlich organisierter politischer Gemeinschaft verloren zunehmend ihre Funktion; staatlicher Raum büßte verstärkt an Präzision und konstituierender Kraft ein. Dies galt zunächst nach innen; seit 2015 galt es auch für alle sichtbar nach außen. Damit musste eine große Verunsicherung einhergehen, weil umgekehrt die Radizierung und Verortung der Union, die sich in immer neuen und immer ambitionierteren Erweiterungsrounds ausdehnte, uneinsichtig blieben. Zugleich wurden die Entscheidungen hierüber häufig in Gremien getroffen, denen Vertrauen, Zuspruch, Transparenz und möglicherweise Legitimation fehlten. Die Entwurzelung von politischer Gemeinschaft, verstärkt durch die nach wie vor so wahrgenommene, überwiegend ökonomische Rationalität der Union und damit die Liquidierung und Kommerzialisierung traditioneller Werte, ließ die Selbstbeglaubigung des nationalen Rechts prekär werden. Zusätzlich bediente sich die Union verstärkt aus dem Arsenal nationalstaatlicher kultureller Artefakte, indem sie sich etwa eine Flagge, eine Hymne, eine Währung, sogar eine Verfassung gab. Damit schienen Identitäten individueller, kollektiver und staatlicher Art zu erodieren, ohne dass das Integrationsprojekt in der Lage zu sein schien, solche Erosionen aufzufangen. Diese Identitätsverluste stellte die Rechtswissenschaft vor Herausforderungen. Das dadurch notwendig veränderte Selbstverständnis der deutschen Rechtswissenschaft, um das medienwirksam gerungen wurde, schlägt sich (auch nach entsprechenden Forderungen des Wissen-

schaftsrats<sup>38</sup>) nieder in der deutlich stärkeren Rolle von Interdisziplinarität, Internationalität und Grundlagenorientierung.

Ein *zweiter* Grund liegt darin, dass der Austausch mit anglo-amerikanischen Formen des Rechtsdenkens stark zugenommen hat. Insbesondere jüngere Wissenschaftler zeigen sich – durch Studien- und Lehrkontakte mit den USA und Großbritannien geprägt – beeindruckt von der Faktenorientierung des Common Law, das das Richterrecht (mit seiner Sachverhaltszentriertheit) statt den Normtext in den Mittelpunkt rückt. Normen sind je nach individuellem oder institutionellem Normadressaten anders auszulegen und anzuwenden; eine einheitliche Methodenlehre, die für alle Rechtsbereiche gleich tauglich sein soll, muss sich dann jedenfalls manchmal als starr und klobig erweisen.<sup>39</sup> Ein guter Teil der deutschen Europarechtswissenschaft, insbesondere eine Reihe von jüngeren europarechtlichen Dissertationen, zeigt explizit dieses neue methodische Verständnis.

Ein *dritter* Grund ist, dass in der Europarechtswissenschaft stärker als in anderen Bereichen der deutschen Rechtswissenschaft die große Internationalisierung der wissenschaftlichen Anstrengungen zu Buche schlagen dürfte. Während die nationalen Rechtsgebiete eben nationale Rechtsgebiete sind und daher auch primär national bearbeitet werden – das internationale Interesse an den Einzelheiten des deutschen Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses ist vergleichsweise gering und nur bei wenigen Spezialisten vorhanden –, ist das Recht der europäischen Integration ein Rechtskörper, der grenzüberschreitend bearbeitet wird. Hierbei mögen sich die Methoden und Sensibilitäten unterscheiden, doch ist der Gegenstand des Interesses der gleiche. Deutsche Europarechtswissenschaft existiert damit automatisch in einem größeren Umfeld von Europarechtswissenschaft, profitiert von deren Arbeiten und Lösungen und kann sich anregen und irritieren lassen von den unterschiedlichen Ansätzen, die in anderen Ländern existieren. Wenn man einmal sieht, wie dieselbe EuGH-Entscheidung in Frankreich, Großbritannien, Rumänien, Polen und Griechenland analysiert, eingeordnet und bewertet wird, weitet sich automatisch der methodische und inhaltliche Horizont. Zur beschleunigten Perspektiverweiterung trägt bei, dass man nicht griechische oder slowakische Journals studieren muss, sondern große Publikationsorgane existieren, die international bedient werden und wie ein Prisma funktionieren.<sup>40</sup> Eine deutsche Europarechtswissenschaft, die sich nicht irritieren ließe, müsste sich schon in aktiver Isolation und Ignoranz üben wollen. Das ist natürlich nicht der Fall, sondern sie ist Teil einer europäischen und internationalen wissenschaftlichen Unternehmung, passt sich manchmal an, speist manchmal etwas Eigenes ein und treibt das gemeinsame wissenschaftliche Verständnis voran. Durch den Weg, den das deutsche rechtswissenschaftliche Selbstverständnis vor allem in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts eingeschlagen hat, läuft der eigene Beitrag m.E. noch nicht so richtig rund. Ich habe Zweifel, ob die Übersetzung von Kommentaren tatsächlich *die* Bereicherung des internationalen Wissenschaftsverständnisses darstellt. Aber der Einfluss der deutschen Europarechtswissenschaft ist gleichwohl recht hoch.

---

<sup>38</sup> *Wissenschaftsrat*, Perspektiven der Rechtswissenschaft in Deutschland, 2012, Drs. 2558–12.

<sup>39</sup> Vgl. etwa *Lepsius*, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), Die Verwaltung 2007, Beiheft 7, 319 (325); *Classen* (Fn. 1).

<sup>40</sup> Eine genauere Analyse findet sich etwa bei *Thym* (Fn. 1), 673 ff.

Das liegt v.a. daran, dass der Einfluss des Bundesverfassungsgerichts hoch ist und die deutsche Europarechtswissenschaft noch immer einen nicht nur sprachlich bedingten Wettbewerbsvorteil beim Verständnis der Karlsruher Aussagen besitzt.

Ein *vierter* Grund – vielleicht der banalste – ist, dass in dem Moment, in dem mehrere Rechtsordnungen miteinander verschraubt werden, die Notwendigkeit der Kontextualisierung unübersehbar und unumkehrbar wird. Es ergeben sich nicht nur historisch bedingte, pfadabhängig geschärfte und kulturell eindrückliche Reibungen, sondern auch und vor allem institutionelle Bündnisse und Konkurrenzen. Wer darf was, wenn es um die Übersetzung unionsrechtlicher Pflichten in nationale Dogmatik geht? Wer hat das letzte Wort, wenn Grundrechte sowohl durch die Grundrechtecharta als auch durch die EMRK und nationale Verfassungen geschützt sind? Wer trifft die Entscheidung darüber, ob Umsetzungsakte von Maßnahmen des UN-Sicherheitsrates nach Kapitel VII der UN-Charta den Anforderungen eines fairen Verfahrens noch entsprechen? Das Austarieren von juristischer und politischer Entscheidungshoheit in Mehrebenensystemen ist keine Aufgabe, die einer juristischen Methodenlehre überantwortet werden kann, sondern sie muss – natürlich dogmatisch vertretbar – kontextualisiert getroffen und verstanden werden. Allein die Praxis der sich immer weiter anlagernden, ineinander schiebenden Rechtsordnungen also hat die Wissenschaft des Europarechts verändert.

*Fünftens* hat die europäische Integration ein Stadium erreicht, in dem sich die Vorstellung, Verteilungsfragen (von Waren über Geld bis hin zu Flüchtlingen) technokratisch beantworten zu können, als Illusion herausgestellt hat und man zur Kenntnis nehmen musste, dass die Antworten immer an gesellschaftliche Diskurse zu Sinn und Zweck der Integration, zu Legitimation und Legitimität, zu rechtlichem Können und demokratischem Wollen, zum Selbstverständnis und zur politischen Identität angebunden werden müssen. Die europäische Integration ist m.a.W. inzwischen stark politisiert. Offenkundig ist dies bei (öffentlich diskutierten) Personalentscheidungen; doch besitzt auch und gerade der Binnenmarkt eine eminent politische, soziale, demokratische und kulturelle Dimension.<sup>41</sup> Dementsprechend überzeugt die Pose des objektiv-neutralen Binnenmarkt-Administrators, die die Kommission lange eingenommen hat, nicht mehr. Während sie einerseits mit neuem Selbstbewusstsein ihr politisches Rollenverständnis vorträgt, hält sie andererseits an der Attitüde des Experten fest; dieser besitzt aber bekanntermaßen ein spannungsreiches Verhältnis zur Demokratie. Expertentum lässt politischen Willen zu einem fast archaischen, angesichts der Sachzwänge gegenstandslosen Begriff verkommen. In einer politisierten Union ist dies ein immer weniger überzeugendes Herrschaftskonzept. Mit dem Experten-Administrator unterfällt aber auch der Experten-Rechtsentscheid zunehmend einer politischen Logik, deren praktische Wirkkraft sich nicht länger theoretisch verbergen lässt. Recht ist (auch) politisch, so wie es sozial und kulturell relevant ist. Hierauf musste die Wissenschaft des Rechts reagieren. Ein rechts-expertokratischer Modus der rein methodenorientierten, objektiven und neutralen Interpretation und Anwendung von Recht ist den Anforderungen eines solchen Rechts nicht länger gewachsen. Institutionen und Rechtsnormen müssen im Kontext ihres politischen,

---

<sup>41</sup> Haltern, Soziokulturelle Präferenzen als Grenze des Marktes, 2016.

sozialen und kulturellen Umfeldes gelesen werden, und genau das tut die neuere deutsche Europarechtswissenschaft.

Das Ergebnis war eine Ausdifferenzierung der Europarechtswissenschaft. Sie öffnete sich *erstens*, wie dargestellt, einer expliziten Thematisierung und Bearbeitung der Kontexte des Rechts. Viele erkannten, dass interdisziplinäre Bildung wichtig ist, und wurden sprechfähig vor allem in politikwissenschaftlichen, aber auch politiktheoretischen, soziologischen oder philosophischen Bereichen. Umgekehrt wurde die Europarechtswissenschaft dadurch deutlich anschlussfähiger für die übrigen Disziplinen. European Studies wuchs zu einem Mischfeld, in dem sich Politikwissenschaft, Soziologie und Jura auf Augenhöhe begegnen. Die wichtigsten europarechtlichen und integrationspolitischen Zeitschriften vereinigen heute juristische und nicht-juristische Ansätze, bestenfalls in einem einzigen Beitrag.

*Zweitens* öffnete sich die Europarechtswissenschaft noch stärker als zuvor den Grundlagen, besonders den theoretischen Aspekten. Auch hier ging vor allem die anglo-amerikanische Forschung voraus, indem sie etwa Konzepte wie Narratologie, Critical Studies oder Milieustudien für die Europarechtswissenschaft erprobte<sup>42</sup>; die deutsche Europarechtswissenschaft wird nachziehen. Ein Sonderbereich ist zudem die europarechtliche Hinwendung zur eigenen Geschichte und die historische Hinwendung zur europäischen Institutionengeschichte. Erstere hat zu einer erstaunlichen Publikationsflut geführt und die rechtliche Entwicklung erstmals historisiert. Sie hängt jedenfalls auch mit einer tiefen Verunsicherung über die Gegenwart und Zukunft der Integration zusammen, die zu einer Rückwärtswendung führt. Jede neue Entwicklung, jede Gerichtsentscheidung wird eingebettet in eine (je nach Perspektive unterschiedliche) Erzählung der Integration, in der das Erreichte vor der Folie seiner Entstehung getestet wird. Wenn sich überall die Nähte zu öffnen scheinen, kehrt die Rechtswissenschaft auf der Suche nach Halt und Orientierung zu den Anfängen und den Grundlagen ihrer Annahmen zurück. Nicht selten gelingt es bei der Thematisierung all dieser Grundlagen lediglich, dem gerade stattfindenden Abgesang auf die Integration eine weitere Melodie abzulauschen. Anders die historische Hinwendung zur Rechtsintegration. Sie spannt ein völlig neues Forschungsfeld auf, schaut häufig auf juristische Milieus und spezifische Akteure, geht mit Akribie zu Werke und bettet historische Entwicklungen abseits jeder Teleologie ein. Die Ergebnisse sind zumeist überraschend und widersprechen häufig unseren europarechtlichen Axiomen.<sup>43</sup> Für uns Juristen ist es eine Freude, so viel aus der Geschichtswissenschaft lernen zu dürfen; Schritt zu halten schaffen wir zur Zeit noch nicht.

*Drittens* hat – als Gegensatz oder vielleicht als natürliche Ergänzung zum ersten genannten Punkt – neben der Kontextualisierung und interdisziplinären Öffnung auch eine Schließung des dogmatischen Diskurses stattgefunden. In vielen Bereichen hat sich das Unionsrecht derartig etabliert, dass die Verschraubung mit den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten keine größeren Verwerfungen mehr nach sich zieht. Der EuGH agiert dann weniger als Verfassungs- und mehr als Obergericht und ist

<sup>42</sup> Etwa Nicola/Davies (Hrsg.), *EU Law Stories*, 2017; Perišin/Rodin (Hrsg.), *The Transformation or Reconstitution of Europe*, 2018; Vauchez/de Witte (Hrsg.), *Lawyering Europe*, 2013.

<sup>43</sup> Beispiele: Vauchez, *Brokering Europe*, 2015; *ders.*, *ELJ* 16 (2010), 1; M. Rasmussen, in FS H. Rasmussen, 2010, 639; *ders.*, *ICoN* 12 (2014), 136; Davies, *Resisting the European Court of Justice*, 2012; Patel, *Projekt Europa: Eine kritische Geschichte*, 2018; van Middelaar, *Vom Kontinent zur Union*, 2016.

auch nicht mehr benötigt, mit Argusaugen die Sensibilitäten der nationalen Gerichte zu beobachten, um ihre freiwillige Kooperations- und Befolgungsbereitschaft sicherzustellen. Dann rücken die Kontexte sowohl in der Rechtsprechung als auch in der reflektierenden Literatur etwas zur Seite und geben den Blick frei auf die Notwendigkeit, das Recht dogmatisch zu ordnen und wissenschaftlich zu strukturieren. Ist der institutionelle Kampf gekämpft und hat sich der Pulverdampf verzogen, kann geordnet werden. Das ist gut und notwendig, denn im Getümmel der Schlachten um Vorrang, unmittelbare Anwendbarkeit, Letztentscheidungsrechte und Kompetenzen blieben die Strukturierung und Rationalisierung des Rechtsstoffes, die autonom juristisch vorgehen, natürlich unterentwickelt. Befriedung bringt immer Ordnung mit sich, und man sieht entsprechende eigennormative Entwicklungen – sowohl seitens der Gerichte als auch der Wissenschaft – überall dort, wo die alltägliche Akzeptanz der EuGH-Entscheidungen durch die mitgliedstaatlichen Gerichte den Ausnahmezustand souveränitätsschützender Verteidigungskämpfe abgelöst hat; weite Teile des Binnenmarktrechts etwa gehören dazu. Hier besitzt der engere dogmatische Diskurs Raum und Berechtigung – wobei auch hier Kontexterwägungen nach wie vor eine Rolle spielen und zudem jeder Akzeptanzzustand durch eine einzige kontextunsensible Entscheidung in einen Aversionszustand umschlagen kann.

*Viertens* hat die Europarechtswissenschaft die Kräfte, die durch die Aufgabe unfruchtbarer Dichotomien frei wurden, darauf verwenden können, Probleme viel differenzierter wahrzunehmen und lösen zu wollen. Sie folgt damit der Rechtsprechung (und nicht umgekehrt). Ein Beispiel ist die Vorrangfrage, in der materielle und institutionelle Aspekte regelmäßig schwierig verschleift sind, da die Frage, was gilt, immer damit zusammenhängt, wer sagt, was gilt. In der Wissenschaft hat diese Frage über einen langen Zeitraum hinweg große Mengen an Literatur produziert – was, wie man aus der Theologie weiß, genau das ist, was man erwarten kann, wenn man die falsche Frage stellt. Man kann sich nicht auf eine gemeinsame Antwort einigen und keiner der Geltungsansprüche verschwindet. Viel interessanter als die Frage, *ob* die Unionsrechtsordnung grundsätzlich vorrangig ist, ist daher die Frage, *wann* sie vorrangig sein sollte – und es ist diese Frage, der sich die Europarechtswissenschaft inzwischen zugewandt hat. Sie lässt die unlösbare Frage des Geltungsprinzips unbeantwortet und kümmert sich stattdessen um kleinere, handhabbare Probleme: Ist es sinnvoll, dass hier, unter den konkreten Umständen in genau diesem Bereich das Unionsrecht vorrangig und nationales Recht – und damit die dezentrale Steuerung nationaler Verschiedenheit – zurücktreten muss? Wenn man so fragt, kann man auch die eher fruchtlosen Bekenntnisse zu der einen oder anderen Seite hinter sich lassen und die Tugenden beider Seiten in den Blick nehmen: Vorrang ist unabdingbar für ein effektives Funktionieren der Union (so nicht nur der EuGH, sondern auch die nationalen Verfassungsgerichte<sup>44</sup>); der Schutz wichtigster Verfassungsnormen in den Bereichen Grundrechte und Demokratie ist gleichfalls unabdingbar, solange der gesellschaftliche Konsens derart weit entfernt von einer sich kontrolliert weiterentwickelnden Integration oder gar der Möglichkeit eines europäischen Bundesstaates ist, demokratische Prozesse auf Unionsebene problematisch sind und manche Bereiche

---

<sup>44</sup> Beispiel: BVerfG, Beschluss Europäischer Haftbefehl II v. 15.12.2015 (Zweiter Senat), BVerfGE 140, 317, Rz. 37.

weder politisch konsensumfasst noch rechtlich vollständig durchwirkt sind. Man kann dann kontextsensible, kleinteilige Entscheidungen treffen, ohne sich jedes Mal neu über den großen Rahmen verständigen zu müssen. Zudem kann man Bereiche und Maßstäbe identifizieren, die einen pragmatischen Umgang mit den Möglichkeiten erlauben, welche zwischen den Parametern Einheit und Vielfalt existieren, und die Punkte identifizieren, die die jeweiligen Tugenden beider optimal miteinander verbinden. Das wiederum ist Gegenstand einer ausführlichen Debatte, die zumeist unter dem „Pluralismus“-Begriff läuft und den Kreis zu Kontext und Grundlagen schließen kann. Diese Form der wissenschaftlichen Verständigung erlaubt ein viel größeres Gespür für Zwischentöne jenseits des Bekenntnishaften, das noch die 1990er Jahre kennzeichnete. Damit öffnet sich regelmäßig ein Fenster auf die vielen Ambivalenzen, die die Integration prägen und der weder ätzende Kritik noch Lobhudelei gerecht werden. Ein Beispiel hierfür ist die Debatte um den Zustand von Demokratie in der Integration, die in ihrer Differenziertheit, Entspanntheit und Konstruktivität in auffälligem Gegensatz sowohl zu den Debatten vor 20 Jahren als auch zum politischen Diskurs (auf das Verhältnis zwischen Wissenschaft und Öffentlichkeit gehe ich gleich noch ein) steht.

*Fünftens* haben die Entwicklungen in der Europarechtswissenschaft zu großer Dynamik in anderen rechtswissenschaftlichen Bereichen geführt. Dass die Staatsrechtslehre profitiert hat, indem sie sich nicht nur klügere Gedanken über Verschraubungsbedingungen machen, sondern auch fundamentale Konzeptionen von Gewaltengliederung, Legitimität, Demokratie und Verfassung neu denken musste, habe ich bereits erwähnt. Der wohl größte wissenschaftliche Gewinner der Integration ist aber die Rechtsvergleichung. Unitarisierende Rechtsprechung aus Luxemburg trifft auf Rechtsordnungen, in denen die rezipierenden Gerichte einen angemessenen Mittelweg zwischen Einheit und Vielfalt, Akzeptanz und Abwehr und damit zwischen Eigenem und Erst-eigen-zu-Machendem finden müssen. Dafür müssen sie introspektiv das Eigene identifizieren können, was nicht einfach ist: Was ist eigen genug, um die Auseinandersetzung um seinen Schutz zu wagen? Dies ist sowohl eine normative als auch eine gesellschaftliche Frage, und bei der Suche nach der Antwort können die Maßstäbe durchaus auch einmal durcheinandergeraten. Man muss dabei auch nach außen schauen, wiederum normativ und bereichsspezifisch, man muss Wichtiges von Unwichtigem zu trennen versuchen und die verfahrensrechtlichen Flankierungen im Blick behalten und abwägen – all dies auf einer Zeitschiene, die zurückschauend die Genealogie und vorausschauend die Konsequenzen zu eruieren versucht. Einfach ist all das nicht. Zusätzlich verkompliziert wird es dadurch, dass Gerichte sich in einem Netz von Kommunikationen wiederfinden, in dem sie gleichzeitig Empfänger und Sender, Befehlende und Unterworfenen, Angebote Machende und Angebote Annehmende oder Ablehnende sind. Der richterliche Blick weitet sich dadurch. Er richtet sich gezwungenermaßen auf die anderen Gerichte, die zwar im einzelnen anderslautenden Rechtsbefehlen unterworfen sind, sich aber an gleich gelagerten Funktions- und Problemlagen abarbeiten. Die Komplexität dieser Aufgabe bedarf der wissenschaftlichen Beobachtung, Unterstützung und Kritik. Damit rückt mit der Rechtsvergleichung eine wissenschaftliche Disziplin aus der weitgehenden Obskurität in den Alltag von Rechtsprechung und Wissenschaft und hinterlässt deutliche Spuren in den Urteilen. Die gerichtliche Praxis umarmt plötzlich mit ihrer

neuen Internationalität eine neue Methode der Selbstversicherung und, so meinen zumindest manche, auch der Rechtsfindung. Rechtsvergleichung wird dadurch nicht nur viel sichtbarer, sondern nimmt auch andere Funktionen ein.<sup>45</sup> Mit seinen manchmal überbordenden Ausführungen zur Verfassungspraxis anderer Verfassungsgerichte<sup>46</sup> versichert das Bundesverfassungsgericht sich selbst (und bedeutet vor allem dem EuGH), dass es nicht allein steht, sondern Teil einer praktisch alle Mitgliedstaaten umfassenden Phalanx von Verfassungsgerichten ist, die dasselbe Problem auf ähnliche Weise bearbeiten. Rechts- und Verfassungsvergleichung sind nicht länger nur die Identifizierung eines *tertius comparationis*, sondern eine dogmatisch und strategisch machtgetränkte Kommunikation. Ob dabei eine „gemeineuropäische“ Perspektive herauskommt, ist eine offene Frage. Gerichte begreifen sich nach wie vor in der Mehrheit als Organe ihres Staates. Selbst wenn sie eine „gemeineuropäische“ Perspektive hervorbrächten, stünde dem eine gesellschaftliche Imagination entgegen, die größtenteils staatlich imprägniert und daher nicht auf ganzer Länge „gemeineuropäisch“ ist. Juristische Grammatik ist hier nur begrenzt leistungsfähig.<sup>47</sup> Dies wirkt auf die Gerichte zurück, die das Recht ja immerhin als Repräsentanten eigener Art sprechen. Keine offene Frage ist indessen, dass die Praxis eine Renaissance der Wissenschaft hervorgebracht hat. Rechtsvergleichung, die im kontinentalen Kontext manchmal auf ernüchternd anspruchslose Art erforscht und praktiziert wurde, schwingt sich wissenschaftlich zu neuen theoretischen und qualitativen Höhen auf, die beglückend sind.<sup>48</sup>

Natürlich gibt es auch noch Dinge, über die man meckern kann. Es lässt sich auch am Anfang des gerade angebrochenen neuen Jahrzehnts nicht verhehlen, dass die deutsche Europarechtswissenschaft die Selbstverständlichkeit und Souveränität, mit der im anglo-amerikanischen Raum rechtswissenschaftliche Kontextualisierung betrieben wird, vermissen lässt. Der Begriff „Kontext“ blüht zwar überall auf, von Seminaren über Blogs bis zu Sonderforschungsbereichen; doch ist nicht alles Gold, was glänzt, und manchmal wurde nur die Überschrift geändert über dem, was früher genauso hätte veröffentlicht werden können. Auch die Bloggerei, so viele Vorteile sie etwa bei der Geschwindigkeit und der Zugänglichkeit hat, tendiert manchmal zum heißen Bekenntnis statt zur kühlen Analyse, was ihrem Niveau nicht immer guttut. Die europarechtswissenschaftliche Zusammenarbeit von Öffentlichrechtlern mit Zivilrechtlern ist weniger stark ausgeprägt, als sie sein könnte oder sollte (erwähnenswert sind Ausnahmen wie die europarechtswissenschaftlich integrierten Aktivitäten

<sup>45</sup> Dazu etwa *Wendel*, *Der Staat* 52 (2013), 339; *Mayer*, in: *Calliess* (Hrsg.), *Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund*, 2007, 167; *JRP* 2010, Heft 4, alle m.w.N.

<sup>46</sup> Beispiel: *BVerfG* (Fn. 44), Rz. 47.

<sup>47</sup> *Haltern*, in: v. *Bogdandy/Bast* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl. 2009, 279 (324f.).

<sup>48</sup> Etwa v. *Bogdandy/Grabenwarter/Huber* (Hrsg.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum* Bd. VI, 2016; *Choudhry* (Hrsg.), *The Migration of Constitutional Ideas*, 2006; *Rosenfeld/Sajó* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, 2012; *Bobek*, *Comparative Reasoning in European Supreme Courts*, 2013; *Hirschl*, *Comparative Matters*, 2014; *Loughlin/Walker* (Hrsg.), *The Paradox of Constitutionalism*, 2008; *Siems*, *Comparative Law*, 2014; *Kischel*, *Rechtsvergleichung*, 2015; *Masterman/Schütze* (Hrsg.), *The Cambridge Companion to Comparative Constitutional Law*, 2019; *Bradley* (Hrsg.), *The Oxford Handbook of Comparative Foreign Relations Law*, 2019; *Rose-Ackerman/Lindseth/Emerson* (Hrsg.), *Comparative Administrative Law*, 2. Aufl. 2019; *Frankenberg*, *Comparative Law as Critique*, 2016.

um Leute wie beispielsweise Thomas Ackermann oder Christoph Schmid herum). Ebenfalls kritisch kann man den Mangel an Ehrgeiz sehen, wenn es um eine leicht verständliche, vielleicht sogar elegante sprachliche Verpackung geht. Man macht es sich m.E. zu leicht, wenn man unverständliche Eigensprache einfach toleriert und alles andere als moderne Erklärbarkeitszumutung – „explanation tyrannizes modernity“<sup>49</sup> – denunziert, der sich eine funktional differenzierte Wissenschaft nicht zu beugen habe. Recht ist wesentlicher Bestandteil der demokratischen Selbstorganisation einer politischen Gemeinschaft; Rechtswissenschaft plausibilisiert damit (jedenfalls auch) politische Selbstbestimmung. Das unterscheidet uns Juristen von Ingenieuren oder Ärzten, die man auch nicht verstehen kann, die aber nicht das Politische des Gemeinwesens und das Gelingen von Demokratie auf den Schultern tragen (ich komme darauf gleich noch einmal zurück). Und schließlich könnte man sich eine noch klarere Anbindung des dogmatischen Diskurses an diejenigen Grundlagendiskurse wünschen, die ernst nehmen, dass politische Identität auch im Recht aufgeht, und dass Recht eine Perspektive auf das Politische mit eigener Grammatik und damit eine symbolische Form des Gesellschaftlichen ist, die uns weitaus stärker prägt als wir sie. Aber auch hier gilt, dass sich Wissenschaft immer innerhalb einer pfadabhängigen Kultur und Geschichte entfaltet, in der es eben auch Annäherungsschwierigkeiten bis hin zu Marginalisierungs- und Ausgrenzungstendenzen gibt.<sup>50</sup> Aber mit diesen kleinen Problemen lässt sich gut leben; die Europarechtswissenschaft in Deutschland ist alles in allem in einem ausgezeichneten Zustand.

### III. Morgen

Ich will nicht verhehlen, dass ich mich auch vor der Folie dieses Fazits über zwei massive Versäumnisse gräme. Das erste betrifft die Lehre, das zweite die Gesellschaft. In beiden Bereichen erhoffe ich mir von der Europarechtswissenschaft der nächsten Jahre ein größeres Engagement und nehme mir dieses selbst vor.

#### 1. Lehre

Die Lehre hat die großen Bewegungen, mit denen die Forschung sich neue Horizonte gesucht hat, nicht mitgemacht. Natürlich sitze ich nicht in den europarechtlichen Veranstaltungen meiner Kolleginnen und Kollegen. Aber wenn die Ausbildungsliteratur im Europarecht irgendeine Aussagekraft besitzt, dann die, dass sich viel zu wenig geändert hat, seit ich selbst als Student auf verzweifelter Suche nach Verständnis und Bedeutung des Europarechts war. Nach wie vor sind die am besten laufenden Lehrbücher diejenigen, die eine nach deutschen Methoden angelegte, auf kohärente Systematik und Systembildung abzielende und Kontexte weitgehend ausblendende Dogmatik bimsen. Herdegens „Europarecht“ ist in der 21. Auflage erschienen, Streinz’ „Europarecht“ in der 11. Auflage, Haratsch/Koenig/Pechsteins „Europa-

<sup>49</sup> Walker, in: Woolgar (Hrsg.), Knowledge and Reflexivity, 1988, 55 (76).

<sup>50</sup> Nur als Beispiel: vgl. Fn. 34.

recht“ ebenfalls in der 11. Auflage, und Hobes „Europarecht“ in der 9. Auflage. Das alte Lehrbuch von Oppermann macht unter der Ägide von Classen und Nettesheim Schritte in eine gute Richtung, ist aber auch in der 8. Auflage noch immer eine disparate Mischung. Eine eher biedere Aufteilung von Recht und Politik verfolgt das in 13. Auflage erschienene Buch „Die Europäische Union – Europarecht und Politik“ von Bieber/Epiney/Haag/Kotzur. Vor fast 30 Jahren ist ein von Schütz/Bruha/König verfasstes „Casebook Europarecht“ erschienen, das einen anderen Ansatz zu versprechen schien, aber das wissenschaftliche Pendant zu einem verschossenen Elfmeter war. Die vielen Auflagen der anderen Bücher sprechen dafür, dass es für solche Bücher einen Markt gibt, und das wiederum spricht dafür, dass sie umfassend lehrbegleitend eingesetzt werden.

Es sind die Lehrbücher der wissenschaftlichen Generation, die der meinigen vorherging und noch damit befasst war, Europarecht als eigenständiges Lehrgebiet zu etablieren und mit Lehrbüchern abzusichern. Herdegen und Hobe wurden beide 1957 geboren; Pechstein wurde 1958 geboren, seine beiden Mitautoren sind nicht wesentlich jünger (Koenig geboren 1961; Haratsch geboren 1963). Streinz wurde 1953 geboren und ist emeritiert. Der 1931 geborene Oppermann ist letztes Jahr verstorben; seine Mitautoren, die das Lehrbuch inzwischen übernommen haben, wurden 1960 (Classen) und 1964 (Nettesheim) geboren. Bieber wurde 1942 geboren und 2007 emeritiert; die Verjüngung mit Epiney, geboren 1965, Haag und Kotzur, geboren 1968, vollzog sich im Rahmen der ursprünglichen Linie. Die jüngere Generation schreibt keine anspruchsvollen Lehrbücher. Fetzers (geboren 1974) und Fischers (geboren 1966) „Europarecht“ etwa ist ein schmales, ausschließlich eng-dogmatisches Büchlein, das seine Fortsetzung in einem Fallbuch findet. Musil, geboren 1971, hat mit seinem Mitarbeiter Burchard einen „Klausurenkurs im Europarecht“ als Ergänzung zum Streinzschen Lehrbuch veröffentlicht. Knauff, geboren 1978, hat ebenfalls ein „Fallbuch“ herausgegeben. Thiele, geboren 1979, hat ein ebenso dünnes wie kontextfreies Buch zum „Europäischen Prozessrecht“ veröffentlicht.

Ich behaupte natürlich nicht, dass diese Bücher keinen Wert hätten – das wäre so anmaßend wie unrichtig. Aber sie unterscheiden sich deutlich von dem Wissen, das sich die europarechtliche Forschung inzwischen angeeignet hat. Sie schützen noch immer vor, man könne Europarecht wie den Allgemeinen Teil des BGB verstehen oder wie Verwaltungsprozessrecht lernen. Sie widmen sich noch immer ausschließlich der Systembildung in einer gewunden gewachsenen Rechtsmaterie, die durch verschraubte Rechtstraditionen, Regelungsebenen, Brüche, Umstellungen, Präferenzverschiebungen und Unsicherheiten geprägt ist. Sie überschätzen das normative Konstrukt und unterschätzen die Gestaltungskraft des EuGH und seines kontinuierlichen Dialogs mit den nationalen Gerichten. Sie vereinheitlichen oder invisibilisieren den zeitlichen Raum des Europarechts, statt die zeitabhängige, gebrochene Genealogie ernst zu nehmen. Und sie blenden das Spannende des Rechts aus, nämlich die oszillierende Verbindung zu den politischen, wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und institutionellen Kontexten, die zum Wesen des Rechts gehören (so wie umgekehrt der rechtliche Kontext zum Wesen des Politischen, Wirtschaftlichen, Sozialen, Kulturellen und Institutionellen gehört).

Gute rechtswissenschaftliche Lehre lässt sich so nicht machen. Wir unterschätzen unsere Studierenden, denen wir nur Regelkenntnis und -anwendung sowie das Lö-

sen von Fallklausuren beibringen statt das Begreifen, Reflektieren, Befragen und Kritisieren von Recht. Wirklich rechtfertigen lässt sich das selbst im Hinblick auf die Anforderungen, die das Juristische Examen an unsere Studierenden und damit auch an unsere Lehre stellt, nicht. Natürlich sind dogmatisches Wissen und deutsche Methodenlehre wichtiges Rüstzeug auf dem Weg zum guten Juristen; aber darin erschöpft es sich jedenfalls bei einer Materie wie dem Europarecht nicht. Studierende benötigen ein Gespür für die Gemengelage der Verschraubungskonstellationen von europäischem und nationalem Recht, die von beiden Seiten mit unterschiedlichen dogmatischen, methodischen und politischen Vorverständnissen abgearbeitet werden. Institutionell zugespitzt kann man formulieren, dass EuGH und nationale Gerichte mit ganz anderen juristischen Sensibilitäten, Prioritäten, Zielen und Instrumenten operieren und dass das Ergebnis zwischen ihnen ausverhandelt wird. In dieser Perspektive besitzen Urteile einen ganz anderen Stellenwert als in einer eng-dogmatischen Perspektive. Mit einem dogmatischen Wissenssatz, den man aus dem Argumentationsstrom einer Entscheidung, die wiederum eine Kommunikation in einem andauernden Prozess darstellt, herauskopiert und axiomatisch verwendet, ist es jedenfalls nicht getan. Belassen wir es mit dem Argument „Examensklausur“ dabei, begleiten wir die Studierenden nicht in die Komplexität hinein und vermitteln ihnen keine Wege, diese zu bearbeiten, sondern führen sie stattdessen an der Komplexität vorbei und speisen sie mit Häppchen eines nur pseudosicheren Wissens ab. Ich bin trotz meiner Freude an den Grundlagen keineswegs ein Gegner anwendungsbezogenen Wissens, im Gegenteil. Aber was in veröffentlichten Vorlesungsskizzen und Musterlösungen steht, ist gerade nicht anwendungsbezogen; man kann die Entscheidungen des EuGH und die darin entwickelten dogmatischen Wege nicht verstehen, wenn man sie wie Urteile eines Amtsgerichts liest. Die Komplexität echter Anwendung holt unsere Studierenden spätestens dann wieder ein, wenn sie in die Praxis gehen oder forschen wollen, und dann muss auch der Weg in die Komplexität nachgeholt werden. Warum man die Anleitung Praktikern oder Doktorvätern und -müttern überlassen sollte, erschließt sich mir nicht.

Aus dem gleichen Grund bin ich auch skeptisch gegenüber Lehrkonzepten, die das Europarecht als eigenständige Veranstaltung zugunsten seiner Integration in andere Fächer als Querschnittsmaterie aufgeben. Natürlich kann man im Examen verwaltungsprozessuale Klausurprobleme bearbeiten, wenn die europarechtlichen Aspekte in der Vorlesung Verwaltungsprozessrecht mitbehandelt wurden. Aber ein Gespür dafür, dass das Problem praktisch zwischen unterschiedlich ein- und aufgestellten Spruchkörpern verhandelt wird – geschweige denn ein Gespür für Recht als demokratisches Ordnungsmuster des Politischen oder gar ein Gespür für Recht als Geisteswissenschaft –, kann derjenige nicht entwickeln, der es sogleich aus dem Blickwinkel der nationalen Rechtsordnung, seiner Methode und seiner Vorverständnisse heraus bearbeitet.

Ich verstehe nicht, warum wir, obwohl wir dies in der Forschung längst verstanden und daraus die Konsequenzen gezogen haben, dies in der Lehre ignorieren. Ich weigere mich zu glauben, dass, wie mein Freund und früherer Freiburger Kollege Matthias Jestaedt meint, Lehre und Forschung in der Rechtswissenschaft fast nichts mehr miteinander zu tun haben. Mit einiger Anstrengung ist es nach meiner Überzeugung möglich, eine anspruchsvolle Lehre zu bieten, die Forschungsstände und

-fragen reflektiert und nicht nur Definitionen und vereinfachende Systematiken als goldenes Kalb in den Mittelpunkt rückt. Vielleicht liegt der Grund dafür, dass unsere Lehre noch immer so weit der Forschung hinterherhinkt, nicht in intellektuellen Verzahnungsschwierigkeiten und auch nicht in systematischen Ausbildungsordnungsproblemen, sondern in der fehlenden Anstrengung? Das aber ist kein Problem der Europarechtswissenschaft, sondern eines der fehlenden universitären Anreize für gute, engagierte Lehre. Ich habe an Fakultäten unterrichtet, in denen es sogar beachtlichen Widerstand gegen die (ja ohnehin weitgehend konsequenzenlose) Lehr-evaluation gab.

## 2. Gesellschaft

Die zweite klaffende Lücke, die die deutsche Europarechtswissenschaft sich erlaubt, besteht in der Aufarbeitung und gesellschaftlichen Vermittlung dessen, was europäische Integration im Angesicht der vielen aktuellen Krisen bedeuten kann. Die Selbstprüfung der Rechtswissenschaft, die nun jahrelang stattgefunden, zu Veränderung geführt und viele zu einem insgesamt positiven Fazit veranlasst hat,<sup>51</sup> erscheint fast wie eine glasperlenspielartige Nabelschau, die sich den Stürmen da draußen nicht wirklich gewachsen zeigt. Finanz- und Eurokrise, Migration, Brexit, Populismus, Terror, Verfassungsentwicklungen in Polen und Ungarn, Demokratie- und Rechtsstaatsdefizite sowie die offene Frage der Rolle Deutschlands sind Phänomene, die eine Flut von Veröffentlichungen hervorgebracht haben – natürlich auch in der Rechtswissenschaft. Aber die Literatur, die in den Medien reflektiert wird, die Öffentlichkeit erreicht und in die öffentliche Diskussion einfließt, stammt zumeist nicht von uns Juristen, und sie stammt auch nicht von jüngeren und noch weniger von weiblichen Wissenschaftlern.<sup>52</sup> Das ist umso erstaunlicher, als die deutsche politische Kultur nicht selten als legalistisch daherkommt.

Es hat den Anschein, als widmeten wir Juristen uns der hehren Wissenschaft und ließen den Wissenschaftsjournalismus Wissenschaftsjournalismus sein. Medienwirksam jedenfalls melden wir uns kaum zu Europa.<sup>53</sup> Möglicherweise waren wir mit der Klärung unserer eigenen wissenschaftlichen Identität doch zu sehr beschäftigt, als dass wir auch nach außen, über die engen Grenzen unserer Wissenschaft hinaus, hätten wirken können. Wir öffnen uns innerlich der Grenz- und Disziplinüberschreitung – fast in einer Art, die das Europarecht zu überladen droht wie den völ-

<sup>51</sup> Beispiel: *Lepsius*, in: Häberle/Kilian/Wolff (Hrsg.), *Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts*, 2015, 411 (412): „Wenn die Zeichen der Zeit richtig gedeutet werden, steht die Wissenschaft vom öffentlichen Recht in Deutschland vor einer Wiederbelebung ihrer theoretisch angeleiteten, vergleichend informierten, institutionen- und modellorientierten Tradition und ist im Begriff, ihre Überfixierung auf materielles Recht und Systembildung zu überwinden.“

<sup>52</sup> Am Beispiel der Medienlage vor den Wahlen zum Europäischen Parlament 2014: *Duller u. a.*, *European Societies* 20 (2018), 322. Die wenigen öffentlichen Wortmeldungen, an denen Juristen beteiligt sind, sind zumeist vergebene Chancen, zuletzt Kirchhof/Keller/Schmidt (Hrsg.), *Europa: In Vielfalt geeint!*, 2019.

<sup>53</sup> Das ist bei verfassungsrechtlichen und -historischen Fragen immerhin ein wenig anders, z.B. *Meinel*, *Vertrauensfrage: Zur Krise des heutigen Parlamentarismus*, 2019; *Dreier/Waldhoff* (Hrsg.), *Das Wagnis der Demokratie: Eine Anatomie der Weimarer Reichsverfassung*, 2018.

kerrechtlichen New Haven-Ansatz<sup>54</sup> –, wirken aber mit unseren Erkenntnissen nicht gleichermaßen nach außen. Das ist aus mehreren Gründen ein schweres Versäumnis.

Zum einen nämlich werden wir dem Recht und seiner Wissenschaft damit nicht gerecht. Recht ist nicht etwas, das abseits des Lichts der Öffentlichkeit von Eingeweihten praktiziert werden kann. Wir sind keine Mechatroniker oder Ärzte, die sich als Priester einer Geheimwissenschaft inszenieren können. Recht unterscheidet sich von Ingenieurs- oder medizinischer Kunst dadurch, dass es im Zentrum des Politischen steht. Nicht nur stehen Richter auf den Schultern des Politischen, indem sie demokratische Gesetze anwenden, sondern das Politische steht auch auf den Schultern des Rechts. Wer wählt, will seine Präferenzen in Entscheidungen umgewandelt sehen; wer gewählt wird, will Bedeutungen, Inhalte, Prozesse und Gewohnheiten verändern. Politische Herrschaft ist nicht in erster Linie ein Raum der Deliberation (was uns Wissenschaftler ja immer wieder enttäuscht), sondern der Handlung – und demokratische Handlung ist wiederum in erster Linie das demokratische Gesetz. Das Gesetz ist die Form, die der demokratische Wille annimmt, und es bildet das Fundament, auf dem Verwaltung und Rechtsprechung stehen. Ob der Pudding schmeckt, sagen die nun leider ferner gerückten Briten, entscheidet sich beim Essen; wir können sagen, ob die Demokratie funktioniert, entscheidet sich jedenfalls auch im Erlass, in der Anwendung und in der Prüfung des Gesetzes. Als Juristen stehen wir damit in der einzigartigen Verantwortung, diese Zentralstelle, die das Gesetz in der Demokratie, ja in der Organisation des Politischen überhaupt einnimmt, vollkommen transparent und plausibel zu machen. Versagen wir in dieser Funktion, droht auch die Plausibilität des Politischen zu versagen, und genau dies ist ein Zustand, der zur Zeit die Legitimität des europäischen Herrschaftszusammenhangs zu bedrohen scheint.

Ich will natürlich nicht behaupten, dass das soziale Legitimationsdefizit, das die Union seit langer Zeit plagt, nicht existieren würde, wenn wir Europarechtler uns etwas mehr Mühe gegeben hätten; das wäre Unsinn. Aber ich erinnere mich doch lebhaft daran, dass ich noch vor 20 Jahren relativ einsam bei meinen Versuchen war, die Frage des sozialen Legitimationsdefizits mit der Rechtswissenschaft zu verbinden, und dass die tiefe und komplexe Verbindung des Rechtlichen mit dem Politischen, die ich auch am Topos von kollektiver Identität versucht habe auszuloten, bei vielen Kollegen auf Unverständnis gestoßen ist. Heute ist das anders; insbesondere politische Identität ist auch in der Rechtswissenschaft zu einem interessanten Gegenstand des juristischen Mainstreams geworden. Das ist eine gute und notwendige Entwicklung, über die ich mich freue. Aber nun wird es Zeit, dieses Wissen nicht für uns zu behalten, sondern sich damit nach außen zu wenden. Es reicht weder aus, sich nach innen Gewissheit über einen sich erweiternden disziplinären Horizont zu verschaffen, noch nach außen den status quo des Rechts zu predigen. Ersteres ist unangemessen introvertiert, letzteres ist die große Venusfalle für uns Juristen, die wir unser natürliches Habitat allzu oft als juristische Bewahrung missverstehen. Die Union ist eine Rechtsgemeinschaft und definiert sich – insbesondere in Abgrenzung zu anderen politischen Gemeinschaften und deren Umgang mit existentiellen Proble-

---

<sup>54</sup> v. Bogdandy, JZ 2017, 589.

men – sogar in zunehmendem Maße als solche.<sup>55</sup> Das aber bedeutet nichts anderes, als dass das Recht eine konstitutive Rolle in der Konstruktion des Politischen in der EU übernimmt und dass es daher gerade an uns Juristen ist, dies sowohl begrifflich als auch glaubhaft zu machen. Verweigern wir uns dieser Aufgabe, versagen wir in unserem großen und noblen demokratischen Auftrag, der mit dem Gegenstand unserer Disziplin einhergeht.

Zum anderen lässt eine Europarechtswissenschaft, die sich entweder introvertiert ausrichtet oder extrovertiert nur die Schranken von Veränderung anmahnt, den Raum für Veränderung – den mitreißenden Raum des Träumens, des Bewegens, der Utopie – unbesetzt und überlässt ihn damit Anderen. Diese Anderen sind heute solche, die man auf keinen Fall unbegleitet lassen darf; noch weniger darf man ihnen Plätze der politischen Auseinandersetzung kampfflos überlassen. Dazu zählen die Zornigen und Wütenden, die Apokalyptiker und Spenglers unserer Zeit. Ebenso dazu zählen die Utopisten und Revolutionäre, die mit den Dystopisten sowohl in der übergroßen Vereinfachung von Sachverhalten als auch in der unverhohlenen Verachtung der Verhältnisse zusammenkommen. Dahinter steht allzu häufig ein *moral grand-standing*, das sich durch möglichst dickes Auftragen, Empfindlichkeit, Empörungsbereitschaft und eine strahlende Selbstdarstellung auszeichnet.

Nichts hiervon ist marginal. Im Gegenteil stammt ein Teil solcher Wortmeldungen aus dem akademischen Milieu, häufig direkt aus der Wissenschaft. Ein Beispiel, das aufgrund seines Erfolgs in der öffentlichen Aufmerksamkeitsökonomie nachdenklich stimmt, ist das Buch von Ulrike Guérot „Warum Europa eine Republik werden muss – Eine politische Utopie“.<sup>56</sup> Es war ein Weile in aller Munde, viele hielten es für „klug“, „stark“ oder gar „scharfsinnig“; viele Theater und andere Kulturinstitutionen schienen auch von der Radikalität der Thesen angezogen und öffneten ihre Bühnen für deren Verlesung.

Wer den populistischen Charakter des Buches in einem Absatz zusammengefasst haben mag, braucht nur die „Schlussbemerkung“ zu lesen, deren Zitat sich an dieser Stelle lohnt:

„Wenn Sie demnächst mit einem nationalen Politiker über Europa diskutieren und er beklagt, die Nationalstaaten seien ja *leider nicht solidarisch* und nicht bereit, *Souveränität* abzugeben, dann sagen Sie ihm, die Nationalstaaten hätten gar keine *Souveränität*. Souveränität haben nur Sie selbst. Und dann fragen Sie ihn, ob er bereit sei, das nächste Projekt der europäischen Einheit auf dem allgemeinen Gleichheitsgrundsatz für alle europäischen Bürger zu begründen. Wenn er *nein* sagt, ist auch er nur ein Knecht im Hegel'schen Sinn, der am Nationalen hängt und bereit ist, seine Seele dafür zu verkaufen. Unehrllich wie jener Stier, der die Europa *verführt* hat, nur um sie zu *entführen* und dann zu vergewaltigen! Und sagen sie [sic] ihm: Es könnte sein, dass er bei der angeblichen Verteidigung der ‚liberalen Demokratie‘ in Europa seine Freiheit schon längst verloren hat. Es lebe die Europäische Republik! #newEurope“<sup>57</sup>

<sup>55</sup> Statt vieler EuGH, Gutachten 2/13 v. 18.12.2014 (Plenum) – EMRK II, Rs. 2/13, EU:C:2014:2454, Rz. 158, 163, 165, 177; Urteil Kadi und Al Barakaat/Rat und Kommission (Kadi I) v. 3.9.2008 (Große Kammer), verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P, EU:C:2008:461, Rz. 281 ff.

<sup>56</sup> Ich habe die erweiterte und aktualisierte Taschenbuchausgabe von 2017 (Pieper) vor mir und zitiere aus ihr.

<sup>57</sup> Ebd., 313 (Kursivsetzung im Original, Absätze von mir weggelassen).

So viel an dieser Schlussbemerkung ist zugleich sachlich falsch und anmaßend, dass sie eigentlich das ganze Buch diskreditieren müsste. Sie ist kein Ausreißer, sondern noch der am wenigsten empörende Teil der polemischen, halbinformierten Schrift einer unbescheidenen Autorin, bei der unterhalb von kaum richtig passenden Versatzstücken aus Kant, Gandhi, Lennon, Brecht, Benjamin, Bloch, Morus, Gramsci und der Bibel (immerhin reiht sich hier auch ein Zitat von Josef Isensee ein) nichts geht. Die Diagnose starrt nur so von Anschuldigungen in alle möglichen Richtungen (man muss schon auf den ersten Seiten des ersten Kapitels neunmal lesen, die „betrügende“ Union habe „Verrat“ an diesem oder jenem geübt, von der europäischen Idee über die Sparer, die Demokratie, die politische Ästhetik, die nächsten Generationen bis zu den Menschenrechten), die Therapie erhebt moralischen Alternativlosigkeitsanspruch (den die Verfasserin damit begründet, dass sie in all ihren Vorträgen die Stimmung des Volkes eingefangen habe), die Argumente werden je nach Bedarf umgekehrt. Ich muss gestehen, dass ich selten ein so wenig haltbares und hilfreiches Buch gelesen habe, das sich auch schon mal in der zutreffenden Benennung der EU-Institutionen irrt und an derart vielen Stellen mit Halbwahrheiten und Voreingenommenheiten glänzt.

Dass solche Bücher mit großem Erfolg verkauft und vielleicht auch gelesen werden, erfüllt mich einerseits mit Neid, andererseits mit Erschrecken. Es ist ein Erschrecken über meinen eigenen Beitrag hierzu, nämlich den Boden hierfür bereitet zu haben, indem ich versäumt habe, wenigstens das grundlegende Wissen über die europäische Integration ausreichend zu verbreiten. Wenn nicht nur Bildungsferne und zornig Ignorierende, sondern auch Politikwissenschaftsprofessorinnen einen derartigen Mangel an Wissen und Urteilsvermögen zeigen, habe ich – und haben mit mir meine europarechtlichen Kolleginnen und Kollegen – die Zeit in die falschen wissenschaftlichen Projekte investiert, statt sie zur gesellschaftlichen Aufklärung zu nutzen. Es geht mir m.a.W. hier gar nicht darum, dieses Buch oder andere Bücher, die derselben Kategorie angehören,<sup>58</sup> exponieren oder gar widerlegen zu wollen. Es geht mir vielmehr darum, dass in der anschwellenden Europa-Literatur, die die Buchläden bevölkert und die durchweg nach einer „Neugründung“ ruft, praktisch kein Jurist vertreten ist. Der bessere Teil dieser (durchaus nicht einflusslosen) Literatur stammt von Politikwissenschaftlern (etwa Krastevs „Europadämmerung“, aber auch Offes „Europa in der Falle“, Brunkhorsts „Das doppelte Gesicht Europas“ oder Leggewies „Europa zuerst!“). Historiker oder andere Geisteswissenschaftler (etwa Simms, der mit Zeeb „Europa am Abgrund“ geschrieben hat, oder Assmanns „Der europäische Traum“), Journalisten (Prantls „Trotz alledem!: Europa muss man einfach lieben“, oder Schmidts „Europa ist tot, es lebe Europa!“) und natürlich Politiker

---

<sup>58</sup> Guérots Buch ist natürlich nicht das einzige, das sich in Diagnosen ergeht, die nur in Ansätzen mit der politischen und rechtlichen Wirklichkeit vereinbar sind, und das Vorschläge macht, die bestenfalls zum Kopfschütteln anregen. Man muss nicht weit blicken; die Schriften von *Varoufakis* (etwa *Varoufakis/Berardi/Horvat/Paoli/Trawney*, „Europa kaputt? Für das Ende der Alternativlosigkeit“, 2016, oder „Das Europa-Paradox“, 2016; streckenweise interessant dagegen „Die ganze Geschichte: Meine Auseinandersetzung mit Europas Establishment“, 2017), *Horvat/Žižek* („Was will Europa? Rettet uns vor den Rettern“, 2013) etwa gehören sicherlich in diese Kategorie. Sie teilen durchweg das Guérotsche Paradigma, Vorschläge entweder nicht kleinzuarbeiten oder in ihrer Abwegigkeit damit zu rechtfertigen, es handele sich ja nur um eine „Utopie“, für die die Zeit sicherlich irgendwann reif werde.

(von den alten Haudegen, etwa Giscard d'Estaing/Schmidt, „Europas letzte Chance“ und Kohl, „Aus Sorge um Europa: Ein Appell“ bis hin zum heutigen Bundespräsidenten Steinmeier, „Europa ist die Lösung“) präsentieren ihre Sicht der Dinge, die mit dem, was die Rechtsgemeinschaft Europäische Union in In- und Output ausmacht, manchmal nur wenig zu tun hat. Es gibt eine lebhaft gesellschafliche Diskussion der europäischen Integration, an der die Juristen aber nicht ausreichend teilnehmen.

Wir Europarechtler überlassen damit die Deutungshoheit über Form, Zustand, Finalität und Reformbedarf der Europäischen Union den Nichtjuristen. Medientheoretiker und Literaturwissenschaftler wissen sich öffentlich wirksamer zu äußern als unser Berufsstand, der doch eigentlich seine Stärke im Verständnis von Institutionen besitzt und auch Machtfragen gegenüber aufgeschlossen ist. Ich halte das für einen schweren Fehler, obwohl ich mir hier auch an die eigene Nase fassen muss. Mein Lehrbuch zum Europarecht lesen, so nehme ich an, meine eigenen Studierenden kaum, geschweige denn Nichtjuristen, die dies nicht aus beruflichen Gründen müssen. Dabei wäre es enorm wichtig, wenigstens die Grundlagen des Operierens der Union zu erklären. Den Verächtern der realen Europäischen Union aus allen Lagern darf man nicht pauschal das Verachten absprechen; nicht jede Ordnung ist nur um der Ordnung willen verteidigungswert. Aber man sollte kennen und wissen, um verachten zu können, sonst ist man kein scharfer Kritiker der bestehenden Verhältnisse, für den sich alle halten, sondern nur ein großsprecherischer Banause, der sich eitel spreizt und dabei Schaden anrichtet. Diese Wissensvermittlung über das Bestehende – die Aufklärung über die Verhältnisse – ist keine dumpfe Verteidigung des status quo, sondern ernsthafte Kärnerarbeit am Gelingen des Politischen. Wissenschaftler sprechen nicht nur *truth to power*, sondern auch *truth to challenges of power*. Dass dabei häufig *moral grandstanding* in sich zusammenfällt, weil die meisten Dinge recht ambivalent sind und die Urteile daher differenziert ausfallen müssen, dürfte uns Juristen, die wir in Abwägungen geschult sind, eigentlich in die Karten spielen. Ich finde es auch keineswegs anrühlich, neben der Erklärung dabei auch Stellung zu beziehen. Es ergibt wenig Sinn, einer Art neutraler Form des Politischen das Wort zu reden – auch wenn Deutschland (und noch mehr die EU) ein sehr freundliches Verhältnis zu vermeintlich neutralen oder objektiven Institutionen und Prozessen hat und sich die Richter des Bundesverfassungsgerichts mit ihrer fehlenden Parteizugehörigkeit brüsten. Aber die meisten von uns sind keine Verfassungsrichter und müssen nicht beständig ihre politische Unabhängigkeit demonstrieren; Engagement in einer Volkspartei ist in einer Demokratie eigentlich immer eine gute Idee. Ebenfalls eine gute Idee ist es wohl, die Deutungshoheit über eine Rechtsgemeinschaft, ihre Institutionen und ihr Recht nicht ausschließlich Nichtjuristen zu überlassen und sich selbst dabei ebenso wie das Fach stärker intellektuell zu positionieren. Wenn wir dies auch noch in verständlicher Sprache, die Zivilrechtler ein- statt ausschließend, durchweg kontextorientiert und grundlagenbezogen täten, wäre unserem Fach, den anderen Fächern und vor allem unserer Demokratie ein Dienst erwiesen.

Angst davor, dass man den einfachen „Mann auf der Straße“ mit diesen Anforderungen an Komplexitätsverarbeitung und Differenzierungsvermögen überfordert, muss man wohl nicht haben. Ich denke häufig an die Anekdote, die Morton Feldman, der berühmte Komponist neuer Musik, mit der ihm eigenen Mischung aus

Schelmentum und Tiefe erzählte. Feldman hatte Kompositionsunterricht bei Stefan Wolpe zu Hause, der in der 14th Street in New York wohnte – damals die 5th Avenue des Proletariats, wie Feldman kommentiert. Wolpe schimpfte mal wieder mit Feldman, dessen Musik er als zu anspruchsvoll empfand; das sei nichts für den Mann auf der Straße. Feldman blickte während dieser Jeremiade aus dem Fenster von Wolpes Wohnung auf die Straße – und sah, wie genau in diesem Augenblick Jackson Pollock unten die 14th Street überquerte.

Wie wir unsere Studierenden nicht unterfordern sollten, sollten wir auch unsere Gesellschaft nicht unterfordern. Wie man dabei konkret am besten vorgeht, weiß ich nicht. Aber ich weiß, dass man gemeinsam vieles schaffen kann, wovon man alleine überfordert wäre. Wenn Sie eine Idee haben, melden Sie sich bitte; vielleicht können wir zusammen die deutsche Europarechtswissenschaft noch besser, gesellschaftlich relevanter und demokratisch einflussreicher machen. Meine Telefonnummer lautet 089/2180-3335.

### P.S. nach PSPP

Wenn ein beunruhigendes Ereignis in den Alltag einbricht, bewährt sich der kühle Blick der Wissenschaft, die das Ereignis analysiert und einordnet. Fällt dieser kühle Blick aus, verstört dies ebenso wie das Ereignis selbst. Am Anfang der Corona-Krise gab es einen solchen Moment, als Giorgio Agamben die staatlichen Schutzreaktionen mehrfach mit dem Dritten Reich verglich.<sup>1</sup> Auch die Europarechtswissenschaft hatte gerade solch einen verstörenden Moment. Das BVerfG erklärte zum ersten Mal in seiner Geschichte Maßnahmen von gleich zwei Unionsorganen für ultra vires und stellte damit Vorrang, einheitliche Anwendbarkeit und Rechtsstaatlichkeit in der Union in Frage. Das ist in der Karlsruher Freude am kalkulierten Risiko beunruhigend, kann hochproblematische Folgen haben und bedarf genauer Analyse.

Stattdessen betrat der akademische Europafreund in Gestalt des Wutbürgers (durchweg männlich) die Bühne. In herablassendem Tonfall, der auch vor persönlicher Herabwürdigung<sup>2</sup> nicht zurückschreckte, wurden auf schnell zu bedienenden Kanälen wie Twitter und Blogs spiralisierende Befürchtungsparen ausgetauscht bis hin zum Standardrepertoire der Skandalisierung, der Bekundung individueller Betroffenheit.<sup>3</sup> Die stilistische Vertrashung des juristischen Kommentars ging mit einer inhaltlichen Verflachung einher, die dem BVerfG – z.T. noch während der Urteilsverkündung – einen deutschtümelnd-froschperspektivischen Souveränitätsexzess vorwarf und sich inhaltlich damit begnügte, entweder Gertrude Lübke-Wolffs Sondervotum zum OMT-Vorlagebeschluss zu rekapitulieren oder die funktionale Uni-

<sup>1</sup> NZZ 18.3.20; 7.4.20; 15.4.20; 5.5.20.

<sup>2</sup> Statt vieler: Der Passauer Europarechtler Herrmann tweetet „This is an unbelievable and outrageous Ultra vires decision by the @BVerfG ... fortunately the times of president Vosskuhle are over soon!“, der Bielefelder Europarechtler Mayer antwortet „I agree, what a sad exit for Vosskuhle“ und „judicial egos at work“.

<sup>3</sup> Z.B. Steinbeis, VerfBlog, 2020/5/08: „Am Dienstag, als das Urteil erging, überwog in meinen Kreisen eine Emotion alle anderen: Trauer. Da ist etwas kaputt und zu Ende gegangen.“ Traurig war auch Wegener, VerfBlog, 2020/5/05.

onsperspektive einzunehmen und auf dem unionalen Vorrangverständnis herumzureiten – ganz so, als gebe es die Systemvorbehalte der mitgliedstaatlichen Judikatur überhaupt nicht, als sei es nicht längst wissenschaftlich selbstverständlich, das judikative Gespräch, also die Zwischenräume zwischen den Extrempositionen von Europa- und Staatsrecht ernst zu nehmen, und als sei es ein sinnvoller Gesprächsbeitrag, die Position der einen Seite immer lauter zu wiederholen. Die Presse folgte sogleich und interviewte die Lautesten.

Auch die eurokritische Seite bekleckerte sich nicht gerade mit Ruhm. Die wenigen verteidigenden Pressekommentare schwangen in die andere Richtung aus, indem sie das Ende einer bürgerfernen, selbstherrlichen EU verkündeten oder die nationale Selbstbehauptung begrüßten<sup>4</sup> und damit doch nur die Klischees des Boulevards übernahmen. Die zwei am stärksten am Urteil beteiligten Richter – der Präsident und der Berichterstatter – verteidigten sich in längeren Interviews (auch der Präsident des EuGH meldete sich in der Zeitung zu Wort); ob sie damit ihre Sache beförderten oder ihr eher einen Bärendienst erwiesen, ist noch nicht ausgemacht. Ein ehemaliger Richter des BVerfG, der Berichterstatter im Maastricht-Urteil, sah nun seinen damals eingeschlagenen Weg validiert und schwärmte von einer Chance für Europa.<sup>5</sup> Dass ein ehemaliger Verfassungsrichter in einem Namensartikel extra darauf hinwies, in seiner aktiven Zeit keine Zuständigkeit für Integrationsfragen gehabt und daher keine Aktien im Spiel zu haben, war die große Ausnahme.<sup>6</sup>

Für die Qualität des juristischen Diskurses in der Europarechtswissenschaft war dies alles keine gute Nachricht. Es versah auch mein Fazit, die deutsche Europarechtswissenschaft habe die entdifferenzierende Zweiteilung in europhil und eurokritisch endlich überwunden und sei in ausgezeichnetem Zustand, mit einem Fragezeichen, sodass ich mich zu einer Korrektur des bereits gesetzten Beitrags durch ein P.S. entschloss. Von Überwindung konnte keine Rede sein, eher zeigte sich das, was Weiler einmal als „Pescatore-Schule“ beschrieb:

„Pescatore war nicht nur Richter am EuGH. Er war auch ein alttestamentarischer zorniger Richter, der über uns alle am Maßstab unseres treuen Glaubens an die europäische Integration urteilte. ... Bis heute ist die Pescatore-Schule wahrscheinlich die wichtigste und einflussreichste Schule auf dem Gebiet des Europarechts. Eines ihrer prägenden Merkmale ist, dass sie auf der einfachen (und häufig vereinfachenden) Teleologie basiert, derzufolge europäische Integration gut ist. ... In der Pescatore-Schule gibt es Helden und Schurken. Der EuGH ist wie ein Heiliger; die Mitgliedstaaten ... sind verschlagen und durchtrieben. Dieser Schule nach ist Europarecht strahlend und schön.“<sup>7</sup>

Auch ich finde Europarecht strahlend und schön, und wenn es zum Schwur kommt, stehe ich seit jetzt fast 25 Jahren auf der Seite der Autonomie des Unionsrechts.<sup>8</sup> Aber ich bin ebenso überzeugt davon, dass dies im Kontext eines Rechtsverständnisses diskutiert werden muss, das sich durch Rechtsrealismus und -pluralismus auszeichnet und dadurch Schattierungen zur Verfügung stellt, die sich in schwarz-weißen Skan-

<sup>4</sup> Z.B. Müller, <https://www.faz.net/-gpf-9z4dr>; Schorkopf, <https://www.faz.net/-irf-9z866>.

<sup>5</sup> Kirchhof, FAZ v. 20.5.20, 6.

<sup>6</sup> Grimm, FAZ v. 18.5.20, 9.

<sup>7</sup> Weiler, in: Haltern/Bergmann, Der EuGH in der Kritik, 2012, 187 (187f.).

<sup>8</sup> Weiler/Haltern, Harv. Int'l L.J. 37 (1996), 411.

dalisierungen nicht wiederfinden lassen. Mit Blick auf die soziale Legitimationskrise der Union schadet die Lautstärke auf beiden Seiten dem Integrationsprojekt. Der Weg zum Erfolg wird im Management der bleibenden unterschiedlichen Perspektiven liegen<sup>9</sup>, nicht in einer deutschen *Pescatore*-Schule, wie zornig sie sich auch geben mag.

Inzwischen ist der *Krisotainment*-Modus bei vielen Protagonisten nüchterner und fundierterer Analyse gewichen, und ich bin mit dem Stand der Europarechtswissenschaft fast wieder versöhnt. Etwas wird aber bleiben. So wie sich die Verbindung von Coronamaßnahmen und Faschismusvorwurf trotz ihrer Inkongruenz gehalten hat, werden auch die Anwürfe der ersten Post-PSPP-Stunde nicht ohne Spuren verschwinden.<sup>10</sup> Die Episode zeigte eindrücklich, wie schwer es offenbar gerade aus deutscher Perspektive fällt, über die als Rechtsbefehl erkannten europäischen Normen und die Unterwerfung unter sie hinauszudenken und das einzubeziehen, was international seit Jahrzehnten als Rechtspluralismus (oder wenigstens als Gelingensbedingung europäischen Rechts) diskutiert wird. Vielleicht gelten uns Deutschen in einem Staat, in dem die föderale Argumentationslast zur Rechtfertigung von Differenzen in praktisch allen Bereichen wächst, die Tugenden des Föderalismus – Vielfalt und Differenz, Voneinander-Lernen, *local justice* usw. – wenig, und viele Kommentare beglaubigten dies. Ein Argument wird nicht dadurch stärker, dass man die Komplexität des Problems bestreitet oder den vermeintlichen Gegner denunziert. Wir sollten nicht nur unsere Studenten und unsere Gesellschaft, sondern auch uns selbst nicht unterfordern.

---

<sup>9</sup> *Avbelj*, *VerfBlog* 2020/5/06; *Haltern*, *NVwZ* 2020, 817.

<sup>10</sup> Eine seltsame Symbiose dieser beiden Ereignisse findet sich auf YouTube, wenn einer der bekannteren Prozessvertreter der Anti-EZB-Fraktion dem Verschwörungstheoretiker *Jebsen* ein einstündiges Interview zu den Corona-Maßnahmen gibt: <https://www.youtube.com/watch?v=1d6hPaGmXw0>.

