

Die Bremer Juristenausbildung, der deutsche Nationalstaat und der Gang nach Europa: Geschick, Missgeschick, Aufgabe

Festvortrag anlässlich der Verleihung der Promotionspreise durch die Kanzlei Büsing, Müffelmann & Theye am 24. November 2016 in dem Festsaal im Rathaus zu Bremen

*Christian Joerges**

I.

Wir ehren heute Doktoranden des Fachbereichs Rechtswissenschaften. Die Einladung zu einer Festrede zu dieser Ehrung ist selbst eine Ehrung, freilich eine ambivalente. Sie ist ein untrügliches und ungnädiges Indiz für das Altern. Dazu habe ich mir nun allerdings einen Spruch angeeignet, der dies erträglich macht. „Invecchiare che orrore. Ma è l'unico modo che ho trovato per evitare morire giovane.“ Weniger klangschön: Alt werden ist schrecklich. Aber es ist das einzige, was man gegen einen früheren Tod machen kann.

Wie aber nimmt man die Ehrung vor? Max Weber hat Großartiges geboten: „Wissenschaft als Beruf“: ein Vortrag im Rahmen einer Reihe des „Freistudentischen Bundes, Landesverband Bayern“ über „Geistige Arbeit als Beruf,“ gehalten am 7. November 1917 im Kunstsaal der Münchner Buchhandlung Steinicke. Nächstes Jahr ist das genau 100 Jahre her und wird Dann vielfach dargeboten.

Ich halte mich, was die Form angeht, an die Mahnung des Rechtshistorikers Franz Wieacker: „Sie dürfen über alles reden, aber nicht über 40 Minuten.“ In der Sache halte ich mich an das, was in Bremen Brauch ist. Wir beginnen bei Feiern mit Erinnerungen an die kurze Geschichte unserer einstufigen Juristenausbildung, mit ein bisschen Verklärung findet einer wie ich, der seit 1974 dabei war. Aber eine Prise Verklärung hat diese Reformanstrengung auch verdient.

Allerdings behandle ich eine Schwachstelle: Wir haben uns mit der Kritik der Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, wie sie der deutsche Nationalstaat hervorgebracht hat, aufgehalten: ihrer Praxisferne, ihrem Formalismus, dem Ideal des habilitationsfähigen Oberlandesgerichtsrats der Zivilgerichtsbarkeit, der Erziehung einer Fachbürokratie – tüchtig, loyal, gehorsam, einer Disziplin, die dem deutschen Nationalstaat verpflichtet war. Der war kein unschuldiges Wesen, wie wir aus Max Webers legendärer Freiburger Antrittsvorlesung von 1896, der besten aller deutschen Zeiten, wissen. Ein kurzes Zitat nur: "Und der *Nationalstaat* ist uns nicht ein unbestimmtes Etwas, welches man umso höher zu

* Die Vortragsform ist beibehalten. Für Ausarbeitungen der Argumentation vgl. Ch. Joerges, „Wohin treibt die Verfassung der Wirtschaft Europas?“, in Dieter Hart, Franz Müntefering und Frank-Walter Steinmeier (Hrsg.), *Wissenschaft, Verwaltung und Politik als Beruf, Liber amicorum Volker Kröning zum 70. Geburtstag am 15. März 2015*, Baden-Baden: Nomos, 170-189 und „*Pereat iustitia et fiat mundus?* Die Krise des Rechts in der Krise Europas,“ *Merkur* 70 (2016), 17-31.

stellen glaubt, je mehr man sein Wesen in mystisches Dunkel hüllt, sondern die weltliche Machtorganisation der Nation, und in diesem Nationalstaat ist für uns der letzte Wertmaßstab auch der volkswirtschaftlichen Betrachtung die *'Staatsraison'*". Weber war „a.ö. Professor der Staatswissenschaft“; er verstand, wovon er sprach.

Aber wir befanden uns mit unserer Kritik in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts. Da war der methodologische Nationalismus, in dem wir befangen waren, ohne es recht zu bemerken, nicht mehr zureichend. Der Prozess der europäischen Integration war in Gang gekommen, die Globalisierung schritt voran, die Rechtswissenschaft wurde allmählich, wenn auch viel langsamer als die anderen Sozialwissenschaften, eine transnationale Veranstaltung. Sie bemerken, dass ich nun meiner Überschrift gerecht werden und Europa ansteuern möchte. Der Steuermann damals war kein geringerer als Hans Koschnik.

Der überraschte im Jahre 1979 auf der Jahrestagung der Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen in Bremen seine Zuhörer mit der Botschaft, der Bremer Fachbereich solle sich europapolitisch profilieren. Einige Zuhörer, unter ihnen Volker Kröning, damals Mitglied der Bremischen Bürgerschaft, und Reinhard Hoffmann, damals Senatsdirektor bei Senator für Wissenschaft und Kunst, nahmen die Botschaft als Versprechen. Ein Planungsprozess wurde in Gang gesetzt, der Jahre beanspruchte, bis dann im Jahre 1982 das Zentrum für Europäische Rechtspolitik ins Leben gerufen wurde.

Es tut gut, sich an diese Zeiten zu erinnern. Den Bremer Reformern eröffneten sich neue Perspektiven, in denen ihre rechtstheoretischen, interdisziplinären, rechts- und gesellschaftspolitischen Ansprüche neu, nämlich in europäischen und transnationalen Perspektiven durchdacht werden mussten. Dies traf sich mit realen Entwicklungen und Chancen des europäischen Projekts. Während des Planungsprozesses hatte die Durchforstung des Standes der Europarechtswissenschaft und der Integrationsforschung den Blick auf eine von Sonntagsreden und Proklamationen geprägte Diskussionslandschaft frei gegeben. Hans Koschnik hatte offenbar gespürt, dass dies nicht so bleiben würde. Tatsächlich vollzog sich in den 80er Jahren ein Aufbruch zu neuen Ufern. Die Einsicht wuchs, dass die Problemlösungsfähigkeit des Nationalstaats in vielen Politikfeldern an ihre Grenzen gestoßen war. Da war im fernen Brüssel eine Europäische Kommission sehr aktiv, die keineswegs bloß technokratisch agierte, in der es vielmehr Beamte gab, die Reformprojekte voranbringen wollten und dafür Verbündete suchten. Der Europäische Verbraucherschutz wurde eine Art Trademark des ZERP, der Umweltschutz kam bald hinzu. Als „Konsultation und Anstiftung vor Ort“ haben Volkmar Gessner und Armin Höland anno 1987 diesen Typus der Gemeinschaftspolitik bezeichnet.

Weniger Zuversicht konnte an den Tag legen, wer in Erfahrung bringen wollte, ob und wie im europäischen Rahmen der sozialer Rechtsstaat Hermann Hellers, den wir im Grundgesetzes verankert fanden, in Europa erbaut oder doch bewahrt werden könnte. Hier ging es um einen verfassungspolitischen Streitgegenstand, der die Bundesrepublik sehr intensiv beschäftigt hatte, nämlich um die Frage nach dem Verhältnis von Wirtschaftsordnung und

politischer Demokratie. Dabei hatte sich in der Bundesrepublik jedenfalls in der Verfassungsrechtsprechung das Primat der politischen Gestaltungsfreiheit durchgesetzt. Wie war dies in Europa vorstellbar?

II.

Europa sei wesentlich „Rechtsgemeinschaft“, hat Walter Hallstein, der erste Vorsitzende der Kommission der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, uns in seiner Denkschrift zum „unvollendeten Bundesstaat“ erklärt.¹ Dem Recht wurde von Beginn an viel anvertraut und zugetraut. Es sollte den Naturzustand in der europäischen Staatenwelt überwinden, ihre kriegerische Vergangenheit durch eine Friedensordnung ablösen, ihren wirtschaftlichen Egoismus, den eben zitierten Weberschen Nationalstaat zähmen. „Integration durch Recht“ war das Motto der von Juristen dominierten Europapolitik der sog. formativen Phase nach den Römischen Verträgen von 1957. Die sogenannte Konstitutionalisierung des EWG-Vertrages, mit der eine vom nationalstaatlichen Recht einerseits, vom Völkerrecht andererseits geschiedene autonome Ordnung geschaffen wurde, geschah durch den Europäischen Gerichtshof und bestand aus Rechtsprinzipien: Das Gemeinschaftsrecht bindet die Mitgliedstaaten; Kernelemente, die keiner Umsetzung bedürfen, gelten unmittelbar; sie sind überall sind „law of the land“ und müssen deshalb mit vorrangiger Wirkung gegenüber dem nationalen Recht ausgestattet sein; dabei müssen sie Einheit stiften und einheitlich angewandt werden; deshalb bedarf es einer zentralen Instanz, die diese Einheit gewährleistet; dafür kommt nur der Europäische Gerichtshof in Luxemburg in Betracht.

Diese Kernsätze haben sich als unglaublich bestandskräftig erwiesen. Der Londoner High Court hat sie in seinem Urteil vom 3.11. zum – oder gegen – das Brexit-Referendum fast wörtlich wiederholt. Ich kenne eigentlich nur einen einzigen renommierten Autor, der ihre Sinnhaftigkeit in Frage stellt, nämlich den Verfassungsrechtler und ehemaligen Verfassungsrechtler Dieter Grimm, der kürzlich in einem Beitrag für die FAZ zusammengefasst hat, was er seit 1995 immer wieder erklärt hat.² Die den Verträgen zugeschriebene Bedeutung hat den sog. vier Freiheiten – freier Verkehr von Waren und Dienstleistungen, von Kapital und Arbeit – Verfassungsrang eingeräumt. Den Marktbürgern hat es die Befugnis gegeben, diese Rechte einzuklagen und so das nationalstaatliche Recht gleichsam in seine europäischen Schranken zu verweisen. Damit trat ein Europäischer Rechtsfertigungsprozess an die Stelle parlamentarisch legitimierter Gesetzgebung. Nun ist dieser juristische Prozess allerdings bloß „negativ“. Er kann das nationalstaatliche Recht außer Kraft setzen, aber nicht etwa „positive“, den Markt korrigierende regulative Politiken erzwingen. Deshalb ist das europäische Recht zu allererst „marktschaffend.“ Hier ist ein Spannungsverhältnis zwischen europäischem und nationalem Recht angelegt, das den Integrationsprozess dauerhaft beschäftigt und beschädigt hat. Die Streitfragen lauten: Sollen

¹ Walter Hallstein, *Der unvollendete Bundesstaat. Europäische Erfahrungen und Erkenntnisse*. Düsseldorf: Econ 1969.

² „Die Stärke der EU liegt in einer klugen Begrenzung, Frankfurter Allgemeine Zeitung“, FAZ v. 11.8.2014, S. 11.

Gestaltungskompetenzen auf die europäische Ebene verlagert werden? Sollen sie lieber insgesamt eingeschränkt werden? Kommt es darauf an, für die politische Autonomie der Verfassungsstaaten schonende und gleichzeitig gemeinschaftsverträgliche Lösungen zu finden? All diese Optionen stehen an sich offen. Aber bekanntlich waren und sind die legislativen Kompetenzen Europas begrenzt. Nur im Rahmen funktional auf die Marktintegration bezogener Zielsetzungen ließen sie sich gehörig ausdehnen. Wo dies geschah, sorgte das Gebot der Einheit des Europarechts und der Einheitlichkeit seiner Anwendung dafür, dass die „Positivintegration“ auf nationale Besonderheiten und die Unterschiede der Europäischen Gesetzgebung keine Rücksicht nehmen konnte: Die Europäische Integration hatte auf nationalstaatlicher Ebene immer auch desintegrative Auswirkungen.

All dies war in den frühen Jahren des Integrationsprozesses kaum spürbar und hat kaum Irritationen ausgelöst. Die wirtschaftlichen Vorteile der neuen Freiheiten standen außer Frage und wohlfahrtsstaatliche Errungenschaften schienen ungefährdet. In Deutschland war die Lage anders. Hier dominierte die ordoliberalen Rechtstheorie das Wirtschafts- und Privatrecht fast unangefochten, freilich nicht das Verfassungsrecht und die Rechtsprechung des Karlsruher Gerichts. Der Ordoliberalismus fand und förderte in der rechtlichen Verfassung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft Ansatzpunkte, die seinem in der Bundesrepublik selbst nicht durchsetzbaren Wirtschaftsverfassungsprojekt entgegenkamen: Die im EWG-Vertrag garantierten Freiheiten, die Öffnung der Volkswirtschaften, die Diskriminierungsverbote und die Verpflichtung auf ein „System unverfälschten Wettbewerbs“ wurde als „Entscheidung“ für eine Wirtschaftsverfassung interpretiert, die den ordoliberalen Vorstellungen von den Rahmenbedingungen für ein marktwirtschaftliches System grundsätzlich entsprach, wobei Abweichungen von dieser Ordnung als „Ausnahmen“ eingestuft und hingenommen werden mussten. Der Umstand, dass Europa als Wirtschaftsgemeinschaft auf den Integrationsweg gebracht worden war, verlieh der ordoliberalen Argumentation Plausibilität – oder machte sie geradezu notwendig: In der ordoliberalen Deutung erhielt die Gemeinschaft ihre eigene Legitimation. Die EWG galt als Rechts-Ordnung, die dem Erhalt wirtschaftlicher Freiheiten und dem Schutz des Wettbewerbs durch politisch unabhängige supranationale Institutionen verpflichtet war und eben hierdurch eine konstitutionelle Legitimität gewann, die auf eine demokratische Bestätigung nicht angewiesen war. Dabei versprachen die direkte Wirkung der Freiheitsrechte und das Vorrangprinzip eine Kompensation für die Niederlagen vor dem Bundesverfassungsgericht.³

Die Protagonisten der Integration durch Recht und der Konstitutionalisierung der Verträge hatten vom Ordoliberalismus, von seiner Ordnungspolitik und dem Konzept einer Wirtschaftsverfassung keinen Begriff. Die beiden Schul- und Denktraditionen operierten im

³ BVerfGE 4, 7 - Investitionshilfegesetz, U. v. 20.7.1954; BVerfGE 50, 290 - Mitbestimmung, U. v. 1.3.1979.

Tandem, ohne viel voneinander zu wissen. Beide haben die „Negativintegration“ und die Abkoppelung des Integrationsprojekts von den Sozialverfassungen der Mitgliedstaaten gefördert. Diese Entwicklungen sind vielfach belegt worden. Unvermeidlich, gar alternativlos, waren sie nicht. Immer wieder traf im Integrationsprozess die Programmatik der Marktintegration auf Politikfelder, die man in den Mitgliedstaaten auf diese oder jene Weise gegen das Wirken der Marktmechanismen abzuschirmen verstand. Soweit es dabei um Kompetenzen ging, die der Gemeinschaft nicht übertragen worden waren, kann das Europäische Recht keine vorrangige Geltung beanspruchen. Es kann nur auf eine kooperative Bewältigung derartiger Konflikte zwischen europäischer und nationaler Ebene hinwirken. Der Europäische Gerichtshof hat denn auch in eindrucksvoller Weise immer wieder innovative Antworten auf diese Spannungslagen gefunden. Zuzugeben ist freilich, dass derartige Problemlösungen aufwändig sind, dass es Konflikte gibt, die sich in absehbarer Zeit nicht kooperativ bewältigen lassen, dass es vor allem Konstellationen gibt, in denen Entscheidungen so dringlich geboten erscheinen, dass für Abwägungen und Kompromissuche die Zeit fehlt: So stellt sich die Lage Europas in der Finanzkrise dar. Für die Entstehung dieser Krisenlage und die Dynamik der europäischen Krisenpolitik gibt es klar benennbare Gründe.

III.

Zur Unterzeichnung des Vertrages von Maastricht im Jahre 1992 kam es nach gewiss schwierigen Verhandlungen, in denen man aber auf die dynamischste Phase des Integrationsprozesses zurückblicken konnte. Diese Dynamik war mit dem legendären Weißbuch der Delors-Kommission zur „Vollendung des Binnenmarktes“ aus dem Jahre 1985 gleichsam programmiert worden. Nach dem Übergang zu Mehrheitsentscheidungen in der im Jahre 1985 beschlossenen Einheitlichen Europäischen Akte, der Verpflichtung auf das Binnenmarktziel und der zügigen Modernisierung der regulativen Politik erschienen die Übertragung neuer Kompetenzen in der Umwelt- und Industriepolitik, die Stärkung der sozialen Dimension und die Einführung der Unionsbürgerschaft im Vertrag von Maastricht als eine Konsolidierung und Vertiefung des Integrationsprojekts und die Aussichten auf „eine immer engere Union der Völker Europas“ vielversprechend. Die Wirtschafts- und Währungsunion, die der Vertrag institutionalisierte und die der Stabilitäts- und Wachstumspakt von 1997 ergänzen sollte, galten weithin als Krönung des Binnenmarktprojekts.

Der deutsche Ordoliberalismus, so lange Zeit außerhalb Deutschlands gänzlich unbeachtet, hat nun in den Krisenjahren eine bemerkenswerte Karriere hingelegt. Er gilt als Inspirator der deutschen Krisenpolitik und ist dabei zum Prügelknaben geworden. Diese vielen Stimmen nehmen nicht zur Kenntnis, dass seinerzeit der Maastrichter Vertrag gerade in ordoliberalen Kreisen mit erheblichen Vorbehalten aufgenommen wurde. Die Einwände sind vor dem theoretischen Hintergrund des Ordoliberalismus schlüssig. Wie kann man dem

„System des unverfälschten Wettbewerbs“ eine konstitutionelle Kernfunktion zuweisen, wenn die Wettbewerbspolitik nur eine unter vielen konkurrierenden Zielsetzungen abdeckt und ihr relatives Gewicht in politischen Verfahren bestimmt werden muss? Wie verträgt sich Hayeks Konzeptualisierung des „Wettbewerbs als Entdeckungsverfahren,“ die sich die Ordoliberalen der zweiten Generation zu eigen gemacht hatten, mit der konstitutionellen Hochstufung der Industriepolitik? Es erscheint nur folgerichtig, dass der Ordoliberalismus sich von der real existierenden Verfassung Europas distanzierte.

Gerade das so folgenschwere Kernstück des Maastrichter Vertrages – die einheitliche Währung, die ausschließliche europäische Kompetenz für die Währungspolitik, die Einrichtung der EZB als abgehobener Institution – verdient eigentlich keine abweichende Bewertung. Gewiss, kein geringerer als Ernst-Joachim Mestmäcker, der Meisterdenker des jüngeren Ordoliberalismus, hatte in einem grundlegenden Beitrag auf der Tagung des Vereins für Sozialpolitik im Jahre 1972 in Bonn⁴ ein klares Bekenntnis zur Währungsunion abgelegt. Der Vereinheitlichungsdruck, der schon von der Integration ausgehe, werde sich verstärken. einer gemeinsamen Währungspolitik würde die Möglichkeit, tiefgreifende Unterschiede zwischen den Wirtschaftsordnungen aufrecht zu erhalten, „endgültig aufgegeben.“ Eben diese Erwartung hat sich nicht erfüllt. Die „immer engere Union der Völker Europas“ war ein Verbund, in dem die sozio-ökonomischen Disparitäten ständig vertiefen sollten. Die heute immer wieder als Fehlkonstruktion beklagte Asymmetrie zwischen europäischer Währungspolitik und nationalstaatlichen Befugnissen in der Fiskal- und Wirtschaftspolitik war nicht Ursache, sondern vielmehr Ausdruck dieser Disharmonien. Die „richtige“ Balance zwischen den drei Politikfeldern konnte nicht für den gesamten Währungsraum gleichartig sein. Es kam deshalb nicht von ungefähr, dass der 1997 nachgelieferte Stabilitäts- und Wachstumspakt unverbindlich blieb. Es ist ebenso gut verständlich, dass die Koordinationsbestimmungen der Art. 119, 121 AEUV wenig bewirkten. Die vielen Selbstbeichtigungen, in denen vor allem Deutschland die Schuld am Scheitern der Währungsunion zugeschrieben wird, bezeugen europäische Gesinnung, verfehlen aber den Kern des Problems. Die Spannungslagen in der Währungsunion haben zu waghalsigen Balance-Übungen geführt, ohne deren inhärente Instabilität überwinden zu können. Angesichts der sozio-ökonomischen Heterogenität und den sich hieraus ergebenden Interessengegensätzen gerade auch der „Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist“ konnte es niemals eine für alle richtige Politik geben: „One size fits no one“. Daran ändert sich auch dann nichts, wenn die im Grunde politischen Abwägungen einer „unabhängigen Bank“ und transnational operierenden Expertenstäben anvertraut werden.

⁴ Ernst-Joachim Mestmäcker, Macht-Recht-Wirtschaftsverfassung, Schriften des Vereins für Sozialpolitik, NF Bd. 47/1, S. 183 ff. [=ZHR 137 (1973), S. 97 ff.

IV.

Die Wirtschafts- und Währungsunion, die der Maastrichter Vertrag institutionalisiert hat, darf man als Rechtsverfassung mit konstitutioneller Dignität verstehen. Stattdessen ist eine brisante diagonale Konfliktkonstellation institutionalisiert worden. Deren Brisanz ergibt sich daraus, dass die Europäische Zentralbank in einem sozio-ökonomisch höchst heterogenen Wirtschaftsraum mit einer uniformen Währungspolitik operieren muss, die keinem Mitglied der Währungsunion „gerecht“ werden kann. Die Triftigkeit dieser Diagnose lässt sich nicht mit den Erfahrungen der relativ ruhigen ersten Jahre der Währungsunion in Frage stellen. Das Europäische Management der Wirtschafts- und Währungsunion war stets ein mehr oder weniger schwieriger Verhandlungsprozess, der Fehlentwicklungen nicht korrigieren konnte und dann im Strudel der Finanzkrise in einer dramatischen Weise umgesteuert wurde. Was dabei geschehen ist, kann man kaum mögen. Erstaunlich, als administrative Leistung auch Respekt einflößend, bleiben aber jedenfalls das Tempo und die Intensität neuen ökonomischen Regierens.

Ich zähle lediglich wichtige Stationen auf: Das Strategiepapier „Europa 2020“ aus dem Jahr 2010; **die** Europäische Finanzstabilisierungsfazilität (EFSF); die Änderung des Artikels 136 AEUV, mit der die Einführung eines Stabilitätsmechanismus zur Gewährung von Finanzhilfen „unter strengen Auflagen“ legalisiert wurde; der Sixpack von 2011, der Twopack von 2013, der Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM), der Mitte 2013 den EFSF vollständig abgelöst hat. Ein veritabler verfassungspolitischer Paukenschlag war dann der „Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion“ (Fiskalpakt), der eine Verschuldungsobergrenze von 60% in Relation zum jeweiligen BIP und ein jährliches Haushaltsdefizit von 3% in Relation zum jeweiligen BIP vorschreibt und sanktionsbewehrt ist

Die Geschwindigkeit, in der all diese Maßnahmen ergriffen wurden, ist atemberaubend – und bei ihrem Anblick kann man schwindelig werden. So vieles, was als fester Bestand des Europäischen Hauses galt, ist ins Wanken gekommen.

- Um mit einer grundlegenden Aussage des EuGH aus der „formativen Phase“ zu beginnen: Das Gemeinschaftsrecht stelle eine autonome Rechtsordnung dar, weil die Mitgliedstaaten, „wenn auch in begrenztem Rahmen“, ihre Souveränität eingeschränkt haben, hieß es im zweiten Leitsatz des Urteils van Gend en Loos vom 5.2.1963. Unzählige Male wurde der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung wiederholt. Im AEUV ist er im Artikel 5 Abs. 2 verankert. Was bedeutet er noch, wenn europäische Instanzen im Namen der Budgetkontrolle alle Winkel der nationalen Politik ausleuchten?
- Der Vorrang des Europarechts sei eine zwingende Folge der unmittelbaren Geltung europäischen Rechts. So versteht man das Urteil Costa./Enel vom 15. Juli 1964. Was ist von einer Bindung zu halten, deren Gehalt die dem Recht unterworfenen Mitgliedstaaten durch ein „Ersatzunionsrecht“ aus den Angeln heben können?

- Wie ist es um die Autorität der Charta der Grundrechte der EU und die Menschenrechtspolitik der EU bestellt, wenn sie den Maßnahmen im Kontext des Krisenmanagements nicht entgegen gehalten werden können?
- Was ist von dem Bekenntnis zu einer „wettbewerbsfähigen sozialen Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“ (Art. 3 Abs. 3 EIV) zu halten, wenn sie sich dem Ziel einer Steigerung der Wettbewerbsfähigkeit unterwerfen muss und dies nur durch Lohnkürzungen und den Abbau sozialer Sicherungen erreichbar ist?

V.

Leider sind wir noch nicht am Ende meiner Europarechtsleidensgeschichte. Deren Höhe- oder Tiefpunkt sehe ich im Rechtsstreit zwischen Bundesverfassungsgericht und EuGH um das sog. OMT-Programm der EZB. Hier haben wir es mit vermeintlich handfester Juristenarbeit zu tun, der Konfliktschlichtung durch Gerichte. Die Besonderheit: Hier streiten Gerichte miteinander, die unterschiedlichen Herren verpflichtet sind. Meine Sicht der Streitschlichtung entspricht einer alten Spruchweisheit. Wenn zwei sich streiten, freut sich der Dritte. Dieser Dritte kann hier nicht ein Gericht sein. Der Dritte ist stattdessen die EZB in Frankfurt a.M.

Der Startschuss kam denn auch von der Bank. Die EZB (genauer: das ESZB) hatte ein Programm zum Ankauf von Staatsanleihen (das berühmt gewordene OMT-Programm) aufgelegt, das dem Eurosystem den Ankauf von Staatsanleihen bestimmter Euroländer auf dem Sekundärmarkt in vorab nicht explizit begrenzter Höhe gestattet. Auf dieses Programm bezog sich Mario Draghi in seiner legendären Ankündigung vom 26. Juli 2012 in London: „Within our mandate, the ECB is ready to do whatever it takes to preserve the euro. And believe me, it will be enough.“⁵ Alle Welt rechnet diesem Ausspruch die Rettung des Euro zu, obwohl die Ankündigung gar nicht umgesetzt wurde. Dem Laien mag das als Magie erscheinen; die Fachwelt sieht darin das sinnvolle und erfolgreiche Management von Erwartungen, mit dem es Draghi gelang, die Unsicherheiten des Marktgeschehens zu absorbieren. Sollte, durfte, konnte das BVerfG diese Erfolge zwei Jahre später wieder zunichtemachen? *Fiat iustitia, pereat mundus?* Das hat unserem Gericht, dem man immer wieder bescheinigt, dass seine Drohungen leere Gebärden blieben, niemand zugetraut. Und so geschah es auch nicht. Das BVerfG hat aber auf andere Weise für Aufsehen und – in der Europarechtswissenschaft – für Aufregung gesorgt. Es hat die Verfassungsbeschwerden des Bundestagsabgeordneten Peter Gauweiler und einer Unzahl – 12. 000 – weitere Beschwerdeführer gegen die Gesetze zur Einrichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus, über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion, zur Änderung des Artikels 136 AEUV für zulässig erklärt, dann aber nicht in der Sache entschieden, sondern – zum ersten Mal in seiner Geschichte – dem EuGH Fragen vorgelegt. Das BVerfG wäre nicht das BVerfG, wenn es nicht gleichzeitig die nach seiner Ansicht richtigen Antworten übermittelt hätte. Dies waren die Fragen, genauer wohl Einwände gegen die neue „unkonventionelle“ Währungspolitik:⁶

- (1) In erster Linie bezweifelte das BVerfG, dass sich die EZB mit der Ankündigung der *Outright Monetary Transactions*, das heißt dem Ankauf von Staatsanleihen auf Sekundärmärkten,

⁵ www.ecb.europa.eu/press/key/date/2012/html/sp120726.en.html

⁶ BVerfG, 2 BvR 2728/13 vom 14. Januar 2014, Absatz-Nr. 1-105 (www.bverfg.de/entscheidungen/rs20140114_2bvr272813.html).

tatsächlich „within its mandate“ bewegt habe. Die Frage drängt sich in der Tat auf. Die Union hat eine exklusive Kompetenz für die Währungspolitik derjenigen „Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist“ und ist dabei gehalten, „vorrangig das Ziel der Preisstabilität“ zu verfolgen. Die Mitgliedstaaten sollen aber für ihre Fiskalpolitik verantwortlich bleiben und ihre Wirtschaftspolitiken koordinieren. Befremdlich fand das BVerfG die Ankündigung Draghis insbesondere im Hinblick darauf, dass das OMT-Programm an die Konditionen der wirtschaftspolitischen Hilfsprogramme der EFSF und des ESM anknüpfte und in der Ankaufspolitik selektiv vorgehen sollte, ohne hierbei eine Obergrenze vorzusehen.

- (2) Der zweite Einwand: Wegen dieser Modalitäten sei das OMT-Programm überdies schwerlich mit dem Verbot einer monetären Haushaltsfinanzierung vereinbar. Ergänzend wird das Bailout-Verbot angeführt: „Konstitutiv für die Ausgestaltung der Währungsunion ist gerade die Eigenständigkeit der nationalen Haushalte, die einer direkten oder indirekten gemeinsamen Haftung der Mitgliedstaaten für Staatsschulden entgegensteht“.

Dreh- und Angelpunkt des Streits der Gerichte ist das Verhältnis von monetärer Politik und Fiskalpolitik, die Kompetenzfrage also. Wir können statt beim EuGH mit den Aussagen seines Generalanwalts Pedro Cruz Villalón beginnen, denen der EuGH sich im Wesentlichen angeschlossen hat. Dessen Argumentation war dreistufig.

Erstens: Die Verträge schwiegen „soweit es darum geht, die ausschließliche Zuständigkeit der Währungspolitik der Union zu definieren.“

Demzufolge könne auch die Kompetenz der Mitgliedstaaten in der Wirtschaftspolitik nicht definitorisch festgelegt werden. „Die Trennung zwischen beiden Politiken im Unionsrecht ist ein Erfordernis, das sich aus der Struktur der Verträge und der horizontalen und vertikalen Zuständigkeitsverteilung in der Union ergibt.“⁷ Der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union habe aber sehr wohl die Ziele der Währungspolitik definiert: „Das Hauptziel der Währungspolitik der Union, die Preisstabilität, und die Unterstützung der allgemeinen Wirtschaftspolitik der Union bilden das wesentliche Definitionskriterium für die Währungspolitik.“

Drittens: Diese Bewegung vom Konditional- zum Zweckprogramm, von Regeln zu Zielen, ist streitentscheidend. Nun kommt es nämlich auf die Kompetenz zur Bestimmung des Zieles an. Diese Kompetenz habe das politisch unabhängige Zentralbanksystem. Die Unabhängigkeit gewährleiste, dass die währungspolitische Expertise der Bank zur Geltung komme. In den Worten des Generalanwalts, dem der EuGH in seinem Urteil dann folgen sollte: „Notwendige Konsequenz hieraus ist, dass der EZB für die Konzipierung und Durchführung der Währungspolitik der Union ein weites Ermessen eingeräumt wird. Die Gerichte müssen daher bei einer Kontrolle der Tätigkeit der EZB die Gefahr vermeiden, sich an die Stelle dieses Organs zu setzen, indem sie sich auf ein hochgradig technisches Terrain begeben, auf dem eine Spezialisierung und Erfahrung erforderlich sind, die nach

⁷ Ebda., Rdnr. 127, 129

den Verträgen allein bei der EZB liegen. Deshalb muss die Intensität der gerichtlichen Kontrolle des Handelns der EZB unbeschadet ihres zwingenden Charakters durch ein erhebliches Maß an Zurückhaltung gekennzeichnet sein.“

Die Länge des Zitats entspricht dem Gewicht der Aussage. Es geht um die Eurozone insgesamt, um eine Marginalisierung der Ordnungsfunktionen des Rechts und eine Delegation politischer Gestaltungsmacht an die EZB und das Zentralbanksystem (ESZB), eine Entmachtung der Politik zugunsten einer supranationalen Fachbürokratie. In den Worten des EuGH: Die Analyse der Wirtschaftslage durch die EZB und ihre Maßnahmen sind rechters, solange ein „offensichtlicher Beurteilungsfehler nicht feststellbar ist.“

Was bedeutet diese Feststellung für die im AEUV den Mitgliedstaaten zugeschriebene Kompetenz in der Wirtschaftspolitik? Der EuGH sieht es so: Der Umstand, dass die Anleihekäufe des ESM die Wirtschaftspolitik infizieren, bedeute keineswegs, dass es sich um Wirtschaftspolitik handele. Vielmehr mache die Bank von ihrer Befugnis zur Bestimmung ihrer Ziele und der Wahl ihrer Mittel Gebrauch.

Wir sind hiermit wieder bei der Rolle der EZB. Noch einmal der Generalanwalt: „Die Gerichte müssen ... bei einer Kontrolle der Tätigkeit der EZB die Gefahr vermeiden, sich an die Stelle dieses Organs zu setzen, indem sie sich auf ein hochgradig technisches Terrain begeben, auf dem eine Spezialisierung und Erfahrung erforderlich sind, die nach den Verträgen allein bei der EZB liegen. Deshalb muss die Intensität der gerichtlichen Kontrolle des Handelns der EZB unbeschadet ihres zwingenden Charakters durch ein erhebliches Maß an Zurückhaltung gekennzeichnet sein.“ Geldpolitik ist eine Angelegenheit von und für Experten. Nun weiß man zwar, dass Experten unterschiedlicher Meinung zu sein pflegen. Von Rechts wegen steht allerdings fest, dass die Expertise der Bank die maßgebliche ist. Welches Wissen misst das Recht sich hier an? Der EuGH: Geldpolitische Fragen seien in der Tat gewöhnlich umstritten. Bei ihrer Entscheidung sei von der Bank nicht weniger, aber auch nicht mehr „als der Einsatz ihres wirtschaftlichen Sachverstands und der ihr zur Verfügung stehenden notwendigen technischen Mittel“ zu verlangen – und eine Durchführung „dieser Analyse mit aller Sorgfalt und Genauigkeit.“

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 21.6.2016 eine Antwort gegeben, von der sich Joseph Weiler mit seiner sarkastische Bemerkung zum „Hund der häufig bellt und niemals beißt“ bestätigt fühlen wird. 60 Seiten lang ist das Urteil. Ich nenne nur drei Punkte:

- Ihre Kompetenzen habe die Bank zwar zu extensiv verstanden, sich aber doch nicht „offensichtlich“ ultra vires verhalten.
- Sodann, so liest das BVerfG den EuGH, sei die Durchführung des OMT-Programms an nicht weniger als 6 Bedingungen geknüpft. Insbesondere dürften Ankäufe nicht angekündigt werden und ihr Volumen müsse begrenzt bleiben.

- Die Beschwerdeführer hatten verlangt, dass die Bundesregierung der Bundesbank die Unterstützung des OMT-Programms untersagen solle, um so die Budgetrechte des Bundestags zu wahren. Daraus entsteht nun eine Beobachtungspflicht von Regierung und Parlament, die sich auf jene 6 Bedingungen der Programmdurchführung bezieht.

Wie kann man sich dies vorstellen? Eine Diskussion erübrigt sich. Die EZB hat das OMT-Programm nicht umgesetzt. Sie hat ein neues wiederum unkonventionelles Programm aufgelegt, das Quantitative Easing: Durch den Ankauf von Wertpapieren und Staatsanleihen will die EZB zusätzliche Liquidität ins Bankensystem zu schleusen, um so die Kreditvergabe und die Wirtschaftstätigkeit anzuregen. Die Klage von Herrn Gauweiler liegt seit dem 11. November 2015 dem Bundeserfassungsgericht vor.

Sie mögen Herrn Gauweiler bedauern oder seine Zähigkeit bewundern. Das sei Ihnen anheimgestellt. Ich schließe mit drei Bemerkungen.

Die erste: Wir haben es mit der Legalisierung eines technokratischen Regierungssystems durch die Rechtsprechung zu tun. Diesem System sind weitreichende Ermessensspielräume zugewiesen. Es kann von Niemandem zur Verantwortung gezogen und korrigiert werden.

Die zweite: Dies war nicht alternativlos. Gewiss durfte niemand erwarten, dass Karlsruhe gegen die Krisenpolitik einschreiten und das Ende des Euro einläuten würde. Das wäre ein politischer Akt, zu dem das Gericht auch deshalb nicht befugt erscheint, weil er die Eurozone und die Union insgesamt betrifft. Aber hätte nicht Karlsruhe gerade deshalb besser geschwiegen? Zwei Richter des Zweiten Senats, beide inzwischen im Ruhestand, nämlich Gertrude Lübke-Wolff und Michael Gerhardt, haben im OMT-Verfahren dafür votiert, die Verfassungsbeschwerden für unzulässig zu erklären. Kein Recht ist auch kein gutes Recht? Die Verweigerung der Legalisierung diskretionär-technokratischen Regierens hätte zu einer Intensivierung der politischen Diskussion beitragen können.

Die dritte Bemerkung ist versöhnlich und betrifft den Sinn unseres Festaktes. Herr von Harder, Frau Zelenska, lassen Sie sich in Ihrer Arbeit am Recht nicht beirren. Und ich sehe Sie genau auf dem Weg, den wir früher hätten beschreiten sollen: Herr Harder: „Unternehmensinternes Vertragsrecht“ – das klingt hausbacken, ist aber ein Beitrag zur Überlistung rechtlicher und politischer Handelsbarrieren. Frau Zelenska; „Grain Policies and the Challenges of external Trade Liberalisation“ – dies ist transnational auch in der Sprache. Herzlichen Glückwunsch Ihnen beiden zu Ihren Leistungen; herzliche Glückwünsche aber auch dem Fachbereich, der solche Arbeiten betreut und vorweisen kann.