

§ 6 Diskussion: Perspektiven der Wirtschafts- und Währungsunion

Moderation: Hanno Kube

Hanno Kube:

Wie sollte eine Diskussion zum Europäischen Finanzrecht fruchtbar verlaufen, wenn nicht auch die Perspektive der Finanzwissenschaft vertreten ist. Ganz herzlichen Dank, Herr *Büttner*, für Ihr dichtes und klares Eingangsstatement aus dieser Perspektive. Ihre Ausführungen zeigen sehr deutlich, wie wichtig das Gespräch zwischen Rechtswissenschaft und Finanzwissenschaft ist. Ihre Gedanken sind für uns im Konkreten sehr anschlussfähig und eine gute Grundlage für die weitere Diskussion.

Allerdings begegnen sich im Gegenstandsbereich der Wirtschafts- und Währungsunion nicht nur Rechtswissenschaft und Finanzwissenschaft, sondern es begegnen sich auch Recht und Politik, und es begegnen sich im europaweiten Diskurs der Institutionen und Wissenschaften verschiedene Vorverständnisse über die Auslegung des europäischen Rechts, über seine Beziehung zu den mitgliedstaatlichen Verfassungsrechtsordnungen und über das Verhältnis zwischen Recht und Politik. Auch treffen in Europa verschiedene Wissenschaftssprachen und Wissenschaftskulturen aufeinander. All dies kommt in Diskursstrukturen und Diskursdynamiken zum Ausdruck, die sich beobachten lassen und aus deren Beobachtung Erkenntnisse zu ziehen sein können. Deshalb danke ich ganz herzlich auch Ihnen, *Frau Kemmerer*, für ihre fünf nachdenklichen und gleichzeitig sehr anregenden Beobachtungen unter diesen Gesichtspunkten. Damit darf ich die Diskussion eröffnen.

Paul Kirchhof:

Ich habe zwei Anliegen. Das erste ist ein Dank. Herr Präsident *Lenaerts*, ich beziehe natürlich Herrn *Nettesheim* und das gesamte Podium mit ein. Wir haben heute einen Vormittag erlebt, der vielleicht in der 50-jährigen Geschichte dieses Instituts einmalig ist. Wenn ich das sagen darf, Sie haben die bewundernswerte Gabe, mit juristischer Schärfe, glasklar und dann

noch in der europäischen Begabung in vielen Sprachen zu sprechen, die Probleme bewusst zu machen, aus einer analysierenden Bilanz, eine Prognosebilanz inspirierend entstehen zu lassen und was heute besonders wichtig ist, in einem juristischen Fundament für Europa Zuversicht und Vertrauen zu schaffen. Und dafür, glaube ich, sollten wir Ihnen einen ganz herzlichen Dank sagen.

Aber wir würden natürlich den Auftrag unseres Instituts und dieser Veranstaltung verfehlen, wenn wir nicht Ihr Dialogangebot aufnehmen würden. Und deswegen habe ich eine Frage zu Ihrer, wenn ich es richtig verstehe, Grundthese: „Wir werden das Europa zukünftig in rechtlicher Bindung mehr der Zwecke als der Instrumente erleben und uns darauf einstellen müssen“. Und da ist meine erste Frage: Wenn jetzt die EZB aus verständlichen Gründen ihrer Zweckdefinition, ich vereinfache wegen der Zeit, Bankenaufsicht macht, wie weit reicht dann noch die Legitimation richterlicher Unabhängigkeit? Das BVerfG hat damals im Maastricht-Urteil gesagt, diese Entparlamentarisierung durch richterliche Unabhängigkeit ist der Ausnahmefall und wir akzeptieren ihn begrenzt auf die Währungspolitik. Und jetzt wird richterliche Unabhängigkeit beansprucht für eine Verwaltungstätigkeit der Bankenaufsicht.

Daran anschließend vielleicht etwas grundsätzlicher formuliert: Unsere Erfahrung lehrt uns, dass die Akteure beim Geld immer zu Leichtsinns und zu noch mehr Geld neigen. Dies als Ausgangspunkt unserer Problematik nehmend, folgende Frage: Wenn wir jetzt die Akteure nicht mehr rechtlich binden oder nicht vorrangig in ihren Instrumenten binden, sondern in der Finalität, ersetzen wir dann nicht die rechtliche Pflicht durch den finanziellen Anreiz, dem sich der Adressat entziehen kann? Das ist ja gerade die Pointe des Anreizes. Ich gebe Ihnen ein Motiv, einen Impuls, aber es ist nicht rechtlich verbindlich. Verschieben wir die Legitimation durch Parlamente und Wahl zu Fachverstand in Regierung und vielleicht sogar in Räten, wobei wir nicht sicher wissen, ob der Fachverstand näher dem Bürger oder näher dem Finanzmarkt steht. Herr Präsident, ich formuliere das auch in der Beunruhigung gegenüber Beobachtungen, die wir in fast allen europäischen Staaten haben, von Bürgern und politischen Gruppierungen, die nicht mehr sehr aufgeschlossen sind zu Fragen, wie wir heute diskutieren. Das müssen wir natürlich ernst nehmen. Der Bürger denkt: Geld muss durch Arbeit verdient werden. Und jetzt hört er, da werden monatlich 60 Mrd. in Umlauf gebracht. Er versteht das nicht richtig, aber er erlebt das

nicht. Er sieht die Aktien steigen und er bekommt keine Zinsen mehr für sein Konto. Er weiß vielleicht, dass die Hilfe für Griechenland zu 90 Prozent im Finanzmarkt ankommt, wir haben das genau analysiert, und nur 10 Prozent in der Infrastruktur in Griechenland. Das sind Dinge, glaube ich, die wir mit bedenken müssen, wenn uns an dem Fundament von Europa gelegen ist. Das ist nicht nur eine Frage der Vermittlung, sondern das ist eine Frage der Entscheidungsmaßstäbe und dann natürlich auch des Entscheidungsvollzugs. Vielleicht könnten Sie uns da noch weitere Ermutigungen und juristische Fundierungen geben.

Koen Lenaerts:

Vielen Dank, Herr Professor *Kirchhof*, für Ihre sehr freundlichen Worte. Es ist auch mir eine sehr große Freude, heute an diesem Gedankenaustausch teilnehmen zu dürfen. Ich profitiere von diesem Austausch auch in meiner Funktion als EuGH-Präsident. Deshalb sind wir auf dem Kirchberg in Luxemburg auch keineswegs von der Welt abgeschnitten. Ich bin gestern Abend aus Bulgarien hierher geflogen. Dort habe ich auf einer Veranstaltung anlässlich des 25. Jahrestages des Verfassungsgerichtshofes in Sofia gesprochen. Sie können sich vorstellen, dass man auf diese Weise einige Angelegenheiten Europas aus einem anderen Blickwinkel wahrnimmt. Dies wurde auch während meines eineinhalbstündigen Gesprächs mit dem Premierminister sehr deutlich. Tatsächlich ist es notwendig, dass wir diese Kontakte haben, damit wir – wie man auf Englisch sagt – unsere *stakeholder* in den Mitgliedstaaten einschätzen können. Dadurch stärken wir die Tragfähigkeit unserer Urteile und unserer Rechtsprechung im normativen Dreieck von Demokratie, Rechtsstaatlichkeit und Grundrechtsschutz im Sinne der drei Säulen aus Artikel 2 des Vertrages über die Europäische Union. Dabei handelt es sich um sehr wichtige Prinzipien.

Jetzt zu Ihrer Frage: Diese zielt ein bisschen in die Richtung: Warum richtet sich die Rechtsprechung des EuGH so sehr auf die Finalität, auf die jeweilige Zielsetzung? Das ist eigentlich die Schuld, wenn man in diesem Zusammenhang von Schuld sprechen kann, der Herren der Verträge. Schauen Sie sich die Kompetenzzuweisungen der Union nach den Verträgen an, sei es im Bereich der Umwelt, der Wirtschafts- und Währungsunion, der Forschung oder Bildung. Manchmal beginnen diese Kompetenzregeln mit mehr als einer halben Seite von Zielsetzungen der Union,

gefolgt von einer ausgesprochen kurzen Ermächtigungsnorm, dass die Union Maßnahmen ergreifen kann, um diese Ziele zu erreichen. Dazu werden noch einige Mittel genannt, die zwar zweckdienlich sein könnten, aber doch verboten sind. Das sind dann die ausdrücklichen Schranken, die wir beachten müssen.

Was ich damit sagen will, ist, dass die klassische Aufteilung zwischen der Existenz einer Kompetenz und der Ausübung einer Kompetenz, die man in jedem föderalen System findet – auch in Belgien, *by the way* – eigentlich bereits aus dem Vertragstext abgeleitet werden kann. Und die erste Frage, die sich bei der Einhaltung des Prinzips der Einzelermächtigung für den Gerichtshof stellt, ist, ob der Inhalt eines konkreten Aktes von den EU-Institutionen angenommen wurde und ob der Inhalt so ist, dass er der Zielsetzung entspricht. Das ist die erste Ebene der Analyse. Das ist vor dem Verfassungsgerichtshof Belgiens nie der Fall. Dort verfügt man über eine einfache Aufzählung der Bundeskompetenzen – und alles, was nicht dem Bund zugewiesen ist, verbleibt den Regionen. Dies gilt auch für die US-amerikanische Verfassung, die ein Interessengebiet meiner wissenschaftlichen Forschung war. Schaut man sich das zehnte Amendment der US-amerikanischen Verfassung an, kann man eigentlich fast von einem *Truismus* ausgehen, wie es der Supreme Court genannt hat. Und dann gibt es diese klaren Aufzählungen in Artikel 1 der US-amerikanischen Verfassung. Leider existiert so etwas nicht in der EU. Aber es zeigt etwas, das man aus zwei unterschiedlichen Perspektiven beleuchten kann: Man kann entweder sagen, wie schade, dass wir nicht etwas Ähnliches haben. Und das ist auch für mich als Verfassungsrechtler mit nationaler Perspektive die erste Reaktion. Aber man kann auch argumentieren, dass diese Leerstelle einiges über die Kernidentität der Union aussagt. Dazu hat der Gerichtshof in seinem Gutachten 2/13 ausdrücklich ausgeführt, dass die Union kein Staat ist, auch kein Bundesstaat. Daraus begründet sich die andere Herangehensweise bei der Zuweisung von Kompetenzen. Die Union verfolgt keinen Zweck aus sich heraus, die Union ist selbst eigentlich ein Mittel, die Zwecke der Verträge zu erreichen. Deshalb betrachten wir auch die Zweckbindung derart genau.

Dies gilt auch für die Währungsunion. Artikel 127 AEUV sagt eigentlich gar nichts aus über die Mittel, aber er sagt, dass die Währungsunion dem Zweck dient, die Preisstabilität zu wahren. Und diese Beurteilung ist keine Sache richterlicher Zurückhaltung mit der Folge, die Mittel nicht genauer

anzuschauen. Nein, man fängt stattdessen an, den Zweck zu untersuchen. Natürlich ist es sehr wichtig, in diesem Zusammenhang genau zu begründen, dass der Inhalt des zu überprüfenden EU-Aktes den Maßstäben der Zielsetzung entspricht, damit das Prinzip der Einzelermächtigung seine Glaubwürdigkeit bewahrt. Dies ist meine Sicht auf diesen Zusammenhang. Wenn die Mittel in vernünftiger Weise an diese Zielsetzung gebunden sind, finden wir nicht viel im Text, um dem dann entgegenzutreten, um sozusagen zu widersprechen.

Wie Sie bin ich davon überzeugt, dass die Entparlamentarisierung ein großes Problem ist, weshalb die Europäische Union auf Dauer nicht überleben kann, wenn die zusammengesetzte Demokratie nicht gestärkt wird. Aus meiner Sicht müssen nationale Parlamente und das Europaparlament einander stärken und zusammenarbeiten – insbesondere im Rahmen der Wirtschafts- und Währungsunion. Dabei unterliegt die Währungsunion einer ausschließlichen Kompetenz der Union, jedenfalls bezüglich jener Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist. Aber die Wirtschaftspolitik, die Fiskalpolitik, die Banken- und Finanzpolitik sind eigentlich im Kern nationale Kompetenzen, bei denen Europa nur im Rahmen des Binnenmarktprogramms oder durch Leitlinien bzw. die offene Koordinierungsmethode in Erscheinung tritt. Und es ist sehr wichtig, dass wir diese Grenzlinie ganz strikt einhalten, weil man sonst den nationalen Parlamenten Befugnisse entzieht, die Teil der Legitimationsketten der Europäischen Union sind.

Wenn Sie sich beispielsweise das Urteil *Ledra Advertising u.a.* (verb. Rs. C-8/15 P bis C-10/15 P) ansehen und auch die parallele Entscheidung *Mallis und Malli* (verb. Rs. C-105/15 P bis C-109/15 P), dann werden Sie sehen, dass wir ganz bewusst und relativ ausführlich auf die Entscheidungen des zypriotischen Parlamentes zur Bewältigung der Bankenkrise im Frühling 2012 verwiesen haben. Und wir haben das gemacht, um zu sagen, dass nicht alles der Union zuzuschreiben ist. Es gibt auch die eigene Verantwortung des zypriotischen Parlamentes, auch für alles, was schief gelaufen ist in der Vergangenheit. Auf dieser Grundlage sind sie auch jetzt verantwortlich, Maßnahmen der Krisenbewältigung zu ergreifen. Dies ist weder Aufgabe noch Verantwortung der Union. Hinsichtlich des Themenbereichs Bankenaufsicht möchte ich mich nicht äußern, da uns diese Rechtssachen jetzt erreichen. Danke!

Martin Nettesheim:

Wenn Sie mir eine ganz kurze Bemerkung dazu erlauben, Herr Präsident. In dem OMT-Verfahren hatten Sie natürlich die für Sie gute Situation, dass das Mittel vertraglich vollständig legitim ausgewiesen war und insofern die Argumentationslast in dem Verfahren bei denen lag, die eben sagten, die dahinterstehenden Ziele seien irgendwie unkoscher und illegitim. Insofern ist es auch eine richtige Entscheidung.

Das Gespräch gerade eben war aber ein etwas Weitergehendes. Und ich wollte darauf verweisen, dass sich auch die Tiefendimension des Rechts und auch die Rolle eines Gerichtshofs wesentlich verändert, wenn es denn, ich übertreibe das jetzt ein wenig, wirklich nur noch die Rolle eines Gerichtes ist, die exogen von dem handelnden Organ formulierten Ziele zu nehmen und dann zu schauen, ob das Mittel einigermaßen passt, also eine Art Effektivitätskontrolle vorzunehmen. Das ist nicht das Verständnis, gerade in diesem schönen Raum hier, das rechtskulturelle Verständnis, das die europäische Rechtswissenschaft transportiert hat. So ein reines Zweck-Mittel-Denken würde uns, glaube ich auch, in Bereiche führen, wo die Ökonomie oder auch andere besser sind.

Also die Frage oder der extrapolierte Einwand wäre: Beschädigt man nicht die Tiefenimprägung des Rechts, wenn man sagt, das ist eigentlich die Aufgabe. Ich will es jetzt nicht zu sehr ausführen. Wir unterstellen jetzt einmal, wir befänden uns im Jahr 2004 und jemand würde über das reden, was die EZB heute macht. Ich glaube in so einem Saal wären 99 Prozent der Auffassung, dass das unzulässig gewesen wäre und vielleicht wären Sie es damals auch gewesen. Da scheint etwas im Recht drin zu sein, nicht im Text - da haben Sie recht, dass es da nicht steht - da scheint irgendwas da zu sein, was verloren geht, wenn Sie sagen, wir schauen uns nur noch die Ziele an.

Koen Lenaerts:

Danke sehr, lieber *Martin*! Ich muss hier doch einiges deutlicher zum Ausdruck bringen, weil es vielleicht ein Missverständnis gegeben hat. Wir führen keine, wie Sie das beschrieben haben, Mittel-Ziel-Verhältnisprüfung durch.

Die Prüfung für uns liegt „upstream“, d.h. sie liegt bei der Zielsetzung selbst. Nochmals, die Mittel-Ziel-Verhältnisse werden durch den Vertrag vorgegeben. Der Vertrag ist, was man bedauern kann, *en gros* folgendermaßen gefasst: Zielsetzung, erlaubte Mittel, verbotene Mittel. Das erste, was wir tun, wenn wir Handlungen einer Institution überprüfen, ist das von der Präambel der Maßnahme behauptete Ziel zu betrachten. Dann ist die erste Frage, ist das glaubwürdig oder nur ein Vorwand. Wir müssen also die Glaubwürdigkeit des behaupteten Ziels einschätzen, wie es in der Präambel der Maßnahme steht, unter Verweis auf die Zielumschreibung im Vertragsartikel, der als Rechtsgrundlage für diese Handlung angeführt wird. Das ist der Test.

Für alle, die das amerikanische Verfassungsrecht kennen, sei hier an die Entscheidung *McCulloch versus Maryland* (17 U.S. 316) aus dem Jahr 1819 erinnert, die auch von Währungspolitik handelte. Dabei war die Frage zu entscheiden, ob der amerikanische Kongress eine Zentralbank errichten konnte. Behauptet wurde, dass Art. 1 Abs. 8 der Verfassung zwar die Einführung einer Bundeswährung vorsieht, dies aber nicht auch die Zuständigkeit zur Errichtung einer Zentralbank beinhaltet. Und was hat der Supreme Court entschieden? Dass die Zielsetzung einer Zentralbank ist, der Währung, die wir eingeführt haben, auch Geltung zu verschaffen. Das ist zumindest eine implizite Zuständigkeit, *implied powers*. Dieser Fall aus 1819 gilt bis heute als grundlegender Fall der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes in Washington zu den *implied powers*. Auch in diesem Fall waren die Zielsetzung glaubwürdig, die Mittel vernünftig und verhältnismäßig.

Die Zielsetzung ist deshalb von ganz besonderer Bedeutung, sie findet sich so auch in der Struktur der Verträge. Als Gerichtsbarkeit müssen wir auf dieser Analyseebene überzeugen. Vielleicht überzeugen wir in unseren rechtlichen Schlussfolgerungen nicht immer, diese Kritik nehme ich gerne an, aber hinsichtlich des *Zugangs* unserer Rechtsfindung müssen wir überzeugen. Auch das BVerfG haben wir doch insofern überzeugt, als dass deren OMT-Entscheidung von Juni 2016 unserer Gauweiler-Entscheidung (C-62/14) entsprochen hat.

Jochen Frowein:

Ich würde gerne eine Bemerkung machen zu dem, was Herr Präsident *Lenaerts* über die Notwendigkeit der Anerkennung eines Beurteilungsspielraums in komplizierten Fragestellungen gesagt hat. Hier existieren unterschiedliche Auffassungen auch in der Wissenschaft, die sich speziell mit diesen Fragen der Währungs- und Wirtschaftspolitik beschäftigt. Wir müssen anerkennen, dass die deutsche Entwicklung der letzten 50 Jahre dazu geführt hat, dass wir mit diesen Problemen anders umgehen als fast alle anderen Rechtssysteme.

Ich habe mich gefreut zu hören, dass Herr *Nettesheim* auch an der University of Michigan in Ann Arbor studiert hat, wo ich 1957/58, also relativ früh, gewesen bin. Ich glaube, wir müssen uns klar sein, dass in anderen Rechtsordnungen zum Teil ein Verständnisproblem besteht gegenüber dem, was wir in Deutschland der Gerichtsbarkeit zuerkennen. Das wird sehr deutlich, wenn man mit Amerikanern diskutiert, aber es gilt auch in Europa in nicht unerheblichem Umfang. Und ich glaube, dass man sich klar sein muss, dass der deutsche Einfluss zwar in vielen Zusammenhängen sehr bedeutsam gewesen ist, dass wir aber auch anerkennen müssen, dass etwa die Zuerkennung eines solchen Beurteilungsspielraums für die zuständigen Organe etwas ist, was in den uns vergleichbaren Rechtsordnungen voll anerkannt ist.

Koen Lenaerts:

Ich bin damit vollkommen einverstanden, Herr Professor *Frowein*, und vielleicht können wir in diesem Rahmen auch offen reden. Ich war sehr froh, dass das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der Rechtssache *Gauweiler* den Dialog mit uns gesucht hat. Damit hat es die Konturen für eine paneuropäische Debatte vorgegeben, das sollten die Leute nicht vergessen. Das Vorlagegericht ergreift die Initiative, um den Dialog in einem von ihm vorgezeichneten Rahmen stattfinden zu lassen. Und wer ist an dieser Debatte beteiligt? Das sind alle Mitgliedstaaten. Die Vorlage im *Gauweiler*-Fall zum Beispiel, aber auch in *Pringle*, hat zu einer paneuropäischen Debatte geführt, bei der eine ganze Reihe von Mitgliedstaaten Erklärungen abgegeben haben, schriftlich und mündlich.

Und je klarer das Vorlagegericht seine eigene Auffassung im Vorlageersuchen zum Ausdruck bringt, wozu ich sehr ermuntere, desto erheller ist das dialogisch ausgestaltete Vorabentscheidungsverfahren – wiederum für alle Mitgliedstaaten. Aber natürlich muss auch das Vorlagegericht, und ich sage das in voller Anerkennung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, auch hinnehmen können, dass ihm von anderer Seite widersprochen wird.

Dieser Befund wird durch die Perspektive der Rechtsvergleichung noch weiter verstärkt: wenn zum Beispiel die französische Regierung an einer solchen Debatte teilnimmt, dann ist sie natürlich vom französischen Verwaltungsrecht und vom System des *Contentieux* vor dem französischen Staatsrat geprägt. Es gibt eine sehr große Vielfalt unterschiedlicher Auffassungen über das Verhältnis zwischen Verwaltung und Gerichtsbarkeit (ich meine damit Verwaltung im allgemeinen Sinne: des Politischen und Verwaltungsrechtlichen einerseits und der Gerichtsbarkeit andererseits). Und das bringen wir zusammen. So wie das Motto der EU lautet „in Vielfalt geeint“, gilt dies gleichermaßen auch für unsere Rechtsprechung. Wir müssen das alles berücksichtigen. Ich habe darüber mit deutschen Kollegen und Freunden oft gesprochen. Sie sagen: „Diese Entscheidung des EuGH ist zwar richtig, aber es ist bedauerlich, dass ihr nicht zuerst die Grundprinzipien klargestellt, danach die methodologische Dogmatik angeführt und dies dann auf den Fall angewendet habt.“ Das ist die deutsche Subsumtionslogik, die ich sehr schätze. Wenn man dies aber den Common Lawyers sagt, sagen sie: „Was ist all diese Theorie. Schauen wir uns den Fall an – das ist die Richtung, die wir einschlagen müssen.“

In meiner jetzigen Funktion stoße ich auf all diese Rechtskulturen, und wie Sie sagen, letztendlich stehen sie sich doch eigentlich ziemlich nahe. Die Rechtsordnungen stimmen in den Ergebnissen überein, aber der dogmatische Weg zur Entscheidung unterscheidet sich bisweilen sehr. Das ist richtig. Das ist vielleicht auch der Grund, wieso wir eine gewisse Zurückhaltung bei sehr umstrittenen faktischen Fragen an den Tag legen.

Aber jetzt weiß ich, und das knüpft an meine Antwort auf die Frage von *Professor Kirchhof* an, dass faktische Fragen normalerweise keine Rolle spielen sollten, wenn man Aussagen über Kompetenzverteilungsfragen machen muss. Und doch ist es so. Nicht weil wir es so wollen, sondern weil der Vertragstext sagt: Preisstabilität schützen. Das führt unvermeidlich zu der Frage: Steht eine solche Maßnahme in Verbindung mit der Wahrung

der Preisstabilität? Das sind faktische Fragen, die ja auch in *Gauweiler* eine Rolle gespielt haben, bei der aber sehr unterschiedliche Auffassungen zirkulieren. Die Auseinandersetzung mit dieser Vielfalt ist aber der Mehrwert des Rechtsprechungsverbundes in der Europäischen Union, wobei wir wechselseitig Rücksicht auf die Urteile und Entscheidungen von anderen Gerichten in demselben Rechtsraum nehmen müssen, wie Herr Professor *von Bogdandy* das nennt: die EU als gemeinsamer Rechtsraum. Dieser Ansatz entspricht unserer Rechtsfindungspraxis.

Frank Schorkopf:

Eine Frage allgemein an das Podium. Ich möchte etwas aufnehmen, was Herr *Büttner* angesprochen hat. Es geht jetzt gar nicht so sehr um die Frage, wie die Gerichte miteinander kommunizieren, sondern um eine grundsätzlichere Frage: Warum sollen wir uns überhaupt weiter - jetzt hart formuliert - auf die Normativität des Europarechts bei sehr fundamentalen Fragen der Gesellschaft einlassen?

Wir sprechen heute über die Wirtschafts- und Währungsunion. Die Krise köchelt so vor sich hin. Wir haben momentan auch eine Migrationskrise, wir sehen Schengen und Dublin, wo es zu schweren Rechtsproblemen kommt, die den Gerichtshof sicher noch erreichen werden. Das lenkt die Frage, beim Geld ist das bereits angesprochen worden, auf das Vertrauen in Fiat-Geld. Warum sollten wir sehr viel vorleisten und uns dann auf die Rechtsordnung verlassen, dass die normative Bindung auch tatsächlich eingehalten wird. Wir ziehen Wechsel auf die Zukunft in einem föderativen System und was ist, wenn die Zukunft dann da ist und dieser Wechsel, im übertragenen Sinne, nicht mehr eingehalten wird? Und da sehen wir schon, oder zumindest ich sehe es und es beunruhigt mich sehr, dass die Normativität sehr brüchig geworden ist.

Die Frage, die auftaucht, ist, müssen wir etwas genauer hinschauen? Auf die Währungsunion zurückkommend, so ist vorhin gesagt worden: Wir haben 2011 reagiert mit Six-Pack und Two-Pack. Doch zugleich sehen wir, dass die Kommission Portugal und Spanien entgegen der neuen Regeln wieder mehr Zeit einräumt. Es ist politisch verständlich, dass man jetzt die Daumenschrauben nicht weiter anzieht, sondern sagt, wir haben die Wahl in dieser schwierigen politischen Situation: Die bekommen noch ein Jahr. Wer will bei Frankreich in der aktuellen politischen Situation weiter die

Schrauben anziehen? Das ist alles sehr verständlich. Nur, das Europarecht ist so weit flexibilisiert, dass der Kommission auch kein Vorwurf mehr zu machen ist. Es ist ein Ermessensspielraum entstanden, den die Kommission ausnutzt und die Politik spricht davon, das sei die Flexibilität des Europarechts. Wenn wir uns sehr bekannte Staats- und Regierungschefs anschauen, dann wird diese Flexibilität sogar weiter eingefordert.

Wie sieht das Podium es, dass wir bei zukünftigen Schritten, *Martin Nettesheim* sprach das an, mit noch mehr Flexibilität rechnen müssen, also mit mehr Ermessens- und Beurteilungsspielräumen, die aber gleichzeitig dann die Rahmenbedingungen für Entscheidungen bzw. die Lage der Normativität in ein paar Jahren für welches nationale oder europäische Gericht auch immer, letztendlich weiter verschlechtern?

Koen Lenaerts:

Nicht, dass ich alle Fragen beantworten will, aber vielleicht doch Folgendes: Die Normativität ist natürlich sehr wichtig, insbesondere das Primärrecht der Union ist der Grundstein der rechtlichen Konstruktion, auf der die Union beruht, auch während dieser Krisenzeiten, die im Übrigen nicht die ersten der Europäischen Gemeinschaft, jetzt Union, sind. Es ist immer der harte Kern des Rechts gewesen, der in der Lage war, Europa im Sturm nicht untergehen zu lassen, unterstützt durch die Rechtsprechung des EuGH. Und daran hat sich nichts geändert. Der Gerichtshof ist allerdings in jedwede Krisenbewältigung nur insoweit einbezogen, als ihm eine Sache vorgelegt wird. Zum Beispiel ist die Entscheidung, gegen Mitgliedstaaten vorzugehen, die ihren Verpflichtungen aus dem Fiskalpakt nicht rechtzeitig nachkommen, eine rein politische. Wenn diese Entscheidung von keinem angefochten oder angegriffen wird, dann wird sie auch uns nicht erreichen.

Aber ich würde zu alledem noch eine kleine Fußnote machen wollen. Sie haben gesagt, neben der Normativität gibt es, wenn ich das so zusammenfasse, die Realität, was man tatsächlich in der Praxis damit macht. Das ist eine sehr schwierige Frage, wenn Sie sich wiederum die amerikanische Verfassung anschauen. Am 17. September 1787 in Philadelphia haben sie eine Verfassung entworfen, die auch mehr als 200 Jahre später noch weitgehend dieselbe ist. Es ist ganz klar, dass dieser Text auch die „*bill of rights*“ von 1791 beeinflusst hat, sie ist folglich ebenfalls mehr als 200 Jahre alt. Die

Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes hat sich auch in Wellen entwickelt. Es gab eine Welle der Liberalisierung der Wirtschaft, es gab eine Welle des Sozialschutzes. Diese Wellen tragen auch die Verantwortung dafür, dass man innerhalb des mehr als 200 Jahre alten Ordnungsrahmens der Verfassung auch jetzt noch zu vernünftigen rechtlichen Entscheidungen gelangen kann.

Dieser Ansatz entfaltet seine Geltung auch für unsere Rechtsprechung, wo wir als Verfassungsgericht über Datenschutz im Internet entscheiden, eine europarechtliche Frage natürlich, weil das Internet grenzüberschreitend ist und von EU-Gesetzgebung geregelt ist. Es ist ganz klar, dass man die primärrechtlichen Normen in einer kontextsensiblen Weise auslegen muss. Und das ist auch so für den Bereich, den wir hier besprechen. Das Recht ist und war kein vorgegebenes unabänderliches Ding, das man für alle Zeiten auf bestimmte Art und Weise auslegt. So läuft das nicht, auch in Deutschland nicht. Für diese Weiterentwicklung haben wir Verfassungsgerichte. Und ich denke, dass es auch bei uns der Fall ist. Das ist wiederum keine schwache Stellung des Rechts gegenüber Entwicklungen, die das Recht bedrohen. Nein, das Recht ist eigentlich gleichzeitig das Ergebnis seiner Lebenswelt, von normativen Gegebenheiten mit unterschiedlichen Wertungsentwicklungen und gesellschaftlichen Entwicklungen, die das Recht aktualisieren und ständig infrage stellen. Und die Zusammenführung dieser Prozesse ist unsere Aufgabe, die, um glaubwürdig zu bleiben, ja, manchmal zu schlaflosen Nächten führt.

Alexandra Kemmerer:

Ich möchte noch einmal auf die Frage der Normativität des Europarechts zurückkommen. Es ist sehr zu begrüßen, dass der Gerichtshof in den beiden Entscheidungen *Ledra Advertising* und *Mallis and Malli* vom Anfang dieser Woche den Grundrechtsschutz gestärkt hat, indem er die Kommission auf die Achtung der Grundrechte verpflichtete. Aber es kommt nicht allein auf den Rechtsschutz an. Wir können und dürfen nicht aus dem Blick verlieren, dass es eine grundlegende Legitimationskrise gibt, die die Autorität des Europarechts als solche in Frage stellt. Und diese Krise ist nicht nur eine Krise des Rechts, der Grundrechte, des Rechtsschutzes – es ist vor allem eine Krise der Demokratie, des Politischen in Europa. Beides ist eng verflochten. Es sei an dieser Stelle der Hinweis erlaubt, dass bereits

ein früher Protagonist des Europarechts, *Eric Stein* von der University of Michigan Law School (von der hier heute schon mehrfach die Rede war), sich nach einer Phase der vom rechtsvergleichenden amerikanisch-europäischen Blick inspirierten und informierten Befassung mit dem Individualrechtsschutz in der europäischen Rechtsordnung intensiv der Frage des Verhältnisses von Demokratie und supranationaler Integration zuwandte. Um diese Frage werden wir nicht herumkommen, wenn wir dem Recht seine Legitimität und seine Autorität, seine Normativität bekräftigen wollen.

Thiess Büttner:

Ich möchte an der Thematik der Normativität anknüpfen. Wir sehen seit Jahren eine gravierende Erosion der politischen Glaubwürdigkeit der Europäischen Union. Das ist schon seit langem bekannt, aber dieser Prozess geht sprunghafter, als viele von uns das noch vor Kurzem gedacht haben. Ich hätte zum Beispiel vermutet, dass gerade die Briten in ihrem Referendum sorgfältig abwägen und sich gegen einen Brexit entscheiden würden. Dass die Entscheidung anders ausfiel, zeigt, dass die politische Glaubwürdigkeit eine wichtige Basis ist für die Europäische Union. Wenn sie verloren geht, können enorme Schäden entstehen. Ich denke, ein Grund der Erosion der Glaubwürdigkeit ist die Art wie wir den Integrationsprozess fahren. Man hat immer wieder in Europa Krisen benutzt zur Weiterentwicklung der Europäischen Union. Man hat eine Politik betrieben, die bewusst Schwierigkeiten verursacht oder in Kauf nimmt, um so politischen Druck aufzubauen, der dann ultimativ eine integrative Lösung ermöglicht. Und diese Instrumentalisierung von Problemen und Krisen zur Weiterentwicklung des Europäischen Projektes ist natürlich etwas, was die Glaubwürdigkeit beschädigt. Als den deutschen Wählern z.B. die Währungsunion nahegebracht wurde, gehört dazu auch das Versprechen, dass die Währungsunion in einer geeigneten Form konstruiert wird, also mit konkreten Regeln zur Begrenzung der Staatsverschuldung. Und wenn dann hinterher diese Regeln anders ausgelegt werden – vielleicht aus guten Gründen – aber eben so, dass sie keine Begrenzung mehr bilden, dann muss der Wähler ja denken, die ursprünglichen Aussage hat nicht gestimmt und war nicht mehr als eine Inszenierung zur politischen Umset-

zung. Deswegen ist es ein gefährliches Spiel, europäische Krisen zu instrumentalisieren, um die Union in eine vertiefte Integration zu führen. Ich denke, es ist höchste Zeit, davon Abstand zu nehmen und sich mit der Lösung der bestehenden Inkonsistenzen zu befassen. Eine Thematik ist die Währungsunion, wo Vorschläge auf dem Tisch liegen und man tatsächlich konstruktiv an einer Lösung arbeiten kann. Eine andere Thematik ist die nationale Sozialpolitik, bei der ernsthafte Inkonsistenzen mit der Migrationspolitik bestehen. Ein Beispiel ist das Nebeneinander von Freizügigkeit und nationaler Ausgestaltung und Finanzierung des Wohlfahrtsstaates. Bei nationaler Ausgestaltung und nationaler Finanzierung kann nicht jedem Bürger auch anderer Staaten ein Anspruch garantiert werden. Wenn die Einwanderung in kollektiv finanzierte Sozialsysteme jedem offensteht, entwickelte sich eine politisch vielleicht noch größere Sprengkraft als bei der Währungsunion. Kurzum, man sollte aufhören zu versuchen, Krisen zu einer vertieften europäischen Integration zu instrumentalisieren. Wenn die Politik nicht bereit ist, die bestehenden Inkonsistenzen in der europäischen Finanzpolitik zu adressieren und zu lösen, wird die Glaubwürdigkeit weiter erodiert. Das ist, wie die Vergangenheit zeigt, zu gefährlich.

Martin Nettesheim:

Es ist aber nun einmal so – wenn ich so einsetzen darf –, dass Europa nur aus der Krise gewachsen ist. Das gilt nicht nur um 1948, sondern auch alle anderen weiteren Schritte wären wohl nicht ohne jeweils äußeren Druck geschehen. Ich würde meine letzten Bemerkungen auch gerne im Hinblick auf die Überlegung von *Frank Schorkopf* anstellen, also hinsichtlich der Frage, wie ist das mit der Normativität des Rechts?

Ich muss zunächst gestehen, ich weiß nicht, wie sich die Normativität des Rechts in der Breite wirklich entwickelt. Wir in der Rechtswissenschaft haben wenig empirische Erkenntnisse darüber, wie die Steuerungsqualität, die normative Wirkung von Recht, wirklich ist, das mag man vielleicht als ein Forschungsdesideratum ansehen. Ich würde aber jedenfalls vor Idealisierung der Vergangenheit warnen und da jetzt nicht ein Szenario an die Wand malen, dass früher alles immer gut war und das Recht immer wirklich bei seinen Adressaten angewandt wurde und heute jetzt ein Szenario ganz anderer Art zu beobachten ist. Vielleicht, aber das ist jetzt nur eine

Arbeitshypothese, beobachten wir in der Tat gesellschaftliche Veränderungen, die eine graduelle Abschwächung bewirken. Aber, wie gesagt, also das sehr vorsichtig. Um auf meinen Punkt zu kommen, meine Damen und Herren: *Frank Schorkopf* hat einerseits die Migrationskrise und andererseits die Währungskrise angesprochen: Das ist nicht ein Problem der Normativität des Rechts – insofern also Widerspruch, mein Freund. Stattdessen ist es ein Problem, das sich die Europäische Union politisch auf Architekturen geeinigt hat, die nicht krisenresistent waren. Man hat schon im Vorfeld von Maastricht darüber geredet, was man in der Krise macht. Und die Politik hat sich eben nicht darauf geeinigt und es daher nicht mit aufgenommen. Jeder der über das Dublin- und Schengen-System nachdachte, wusste, dass das System nicht funktionieren würde, sobald eine oder zwei Millionen Flüchtlinge kommen. Die Vorstellung, dass Griechenland das irgendwie alles bewältigen könnte, scheint doch völlig absurd zu sein. Aber das war das Prinzip hinter diesem System. Und wir haben dort nicht etwa zweimal erlebt, wie die Krise die fehlende Normativität des Rechts aufgedeckt hat, sondern dass die Krise das System, die Architektur sprengt. Insofern wäre – das ist mein letztes Wort – vielleicht der Appell an die hohen Richter des Bundesverfassungsgerichts in Zukunft bei der Prüfung von Vertragsänderungen einfach mal zu fragen, ob ihnen da etwas vorgesetzt wird, was krisenresistent ist; ob es eigentlich Antworten darauf gibt, was passiert, wenn es nicht funktioniert. Schützt uns die Verfassung nicht vielleicht mehr davor als vor den Einzelheiten des ESM und der Frage, ob da noch eine Erklärung über die absolute Höhe abgegeben wird? Die hohen Richter sollten sich als fragen, und das wäre ein genuin demokratischer Gedanke, wer schützt uns eigentlich vor solchen Folgezwängen, die bei einem Scheitern eines solchen Projekts dann auch von ihnen selbst nicht mehr korrigiert werden können. Danke.

Koen Lenaerts:

Ich sage dem Vorsitzenden der Sitzung, dass ich auf eine zusätzliche Antwort verzichte, weil ich schon zu viel gesagt habe. Darüber hinaus bin ich mit den drei Vorrednern einverstanden – insbesondere mit dem, was Herr *Büttner* gesagt hat – aber auch mit dem von *Frau Kemmerer*. Für mich liegt die große Herausforderung in der europäischen Demokratie. Das ist der zentrale Dreh- und Angelpunkt, national und europäisch. Die Stärkung

der Demokratie, der Transparenz der Prozesse, das ist *die* Voraussetzung für eine tragfähige Unterstützung der Bevölkerung für den europäischen Integrationsprozess. Dort spielt die europäische Demokratie einen entscheidenden Faktor. Man kann unter dem Druck einer Krise keine Regelstrukturen ändern. Man muss sich im Vorfeld Regeln, Strukturen und Entscheidungsmöglichkeiten überlegen, die auch in Krisenzeiten effektiven Rechtsschutz bereithalten, wie *Frau Kemmerer* schon gesagt hat. Diesem Schutzerfordernis versuchen wir zu entsprechen, jedes Mal, wenn wir können, wie die Urteile in *Ledra Advertising u.a.* zeigen. Aber das ist nicht etwas, womit man die Bevölkerungen von der Legitimität Europas überzeugen kann. Das muss auf anderen Wegen geschehen.

Hanno Kube:

Ein großer Vormittag und eine Diskussion grundlegender Fragen des Rechts liegen hinter uns. Ein Vormittag, der schon als solcher in die Institutsgeschichte eingehen wird. Wir danken für zwei beeindruckende Vorträge, wir danken für sehr anregende Statements auf dem Podium, und wir danken für eine weiterführende, sehr fruchtbare Podiumsdiskussion. In diesem Sinne freuen wir uns auf den Nachmittag, der dem Europäischen Steuerrecht gewidmet sein wird.