

Christian Joerges

Europa nach dem Ordoliberalismus: Eine Philippika

Wirtschaftsrechtstheorien, die liberalen zumal, verdanken ihre Stärke trans-disziplinären Grundlagen, die beide Begriffsbestandteile, Recht und Wirtschaft, zusammenhalten. Im Falle des Ordoliberalismus hat diese Verbindung viel von ihrem früheren Glanz verloren. Gewiss, nach wie vor ist der Ordoliberalismus in den privat- und wirtschaftsrechtlichen Abteilungen der Rechtswissenschaft und ebenso in den wichtigen Beraterstäben der Politik ungemein einflussreich. Aber derart wirkungsmächtige intellektuelle Dioskuren wie Franz Böhm und Walter Eucken gibt es nicht mehr, seit Ernst-Joachim Mestmäcker seinen kongenialen Weggefährten Erich Hoppmann im Jahre 2007 verloren hat. Es hängt aber auch mit der Internationalität der Wirtschaftswissenschaft zusammen, dass sich eine sehr deutsche Tradition nicht weiter entfalten kann. Der Terminus Ordnungspolitik ist einfach unübersetzbar und auch da, wo sich Parallel-Begriffe gut etabliert haben, wie dies bei der „Wirtschaftsverfassung“ und dem „System des unverfälschten Wettbewerbs“ der Fall ist, sind ordoliberales Denkmuster in Europa augenscheinlich nicht mehr allseitig anschlussfähig; in den USA finden sie noch weniger rechtliches Gehör. Indessen sind all dies keine Gründe dafür, die ökonomie-theoretischen und sozialphilosophischen Bestände der ordoliberalen Tradition auf sich beruhen zu lassen. Gewiß hat die nachlassende Attraktivität mit Sprachbarrieren und der angelsächsischen Übermacht in der Wirtschaftswissenschaft und den Law and Economics-Schulen zu tun. Für die missliche Lage des Ordoliberalismus in der Europäischen Union ist aber eine Verbindung theorie-immanenter Schwierigkeiten und institutioneller Gegebenheiten jedenfalls mitverantwortlich: Die institutionelle Verfestigung der postnationalen Konstellation entfaltet augenscheinlich konzeptionelle Rückwirkungen. Um diese Konfigurationen soll es in diesem Beitrage vor allem gehen, der dazu fünf Entwicklungsphasen nachzeichnen wird. Am Anfang steht die Begründung der ordoliberalen Tradition in der Weimarer Republik, die verständlich macht, warum dieser Theorie ihre Geltungsansprüche gegen politische Prozesse immunisieren und in nicht-majoritären Institutionen verankern wollte (I). Den Nationalsozialismus hat der zur Freiburger Schule erstarkte Ordoliberalismus so überstanden, dass er sich der frühen Bundesrepublik als eine unbeschädigte Tradition empfehlen und mit den Protagonisten der sozialen Marktwirtschaft verbünden konnte (II). Freilich hat sich in der Bonner Republik sehr bald der organisierte Kapitalismus zurückgemeldet, so dass es nahe lag, neuen Rückhalt für ordnungspolitische Vorstellungen in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft zu suchen (III). In der EWG sollte der Ordoliberalismus dann in der Tat wirkungsmächtig werden, bis ihn die von der Binnenmarktpolitik der Delors-Kommission entfesselte Dynamik einholte und in Maastricht zu einer zweifachen Wende führte (IV). Seither gilt Europa nicht mehr nur als Rückhalt der Ordnungspolitik, sondern vielmehr als deren Bedrohung (V).

Als genuin demokratische Bewegung begann der Ordoliberalismus nicht. Die Motivationslage seiner Begründer in der Mitte der 1920er Jahre, die von unbeherrschbar erscheinenden Wirtschaftskrisen und sozialen Spannungen geprägt war, ist gut dokumentiert.¹ Der Ausweg aus diesen Wirrnissen, die der neue wirtschaftspolitische Ansatz suchte, ist aber auch mit dem Terminus „liberal“ nicht zulänglich spezifiziert. Es ging ökonomisch um eine geradezu post-liberale Umorientierung: Alexander Rüstows Polemik gegen den „Paläoliberalismus“ aus dem Jahre 1932 spricht Bände.² Im gleichen Jahr erschienen zwei wichtige Arbeiten: Walter Euckens „Staatliche Strukturwandlungen und die Krise des Kapitalismus“³ und Alexander Rüstows „Interessenpolitik oder Staatspolitik?“⁴ Andere später berühmte Exponenten der Schule meldeten sich gleichzeitig oder wenig später zu Wort.⁵ Franz Böhms autoritative Monographie über „Wettbewerb und Monopolkampf“, die im Jahr 1933 publiziert wurde,⁶ sollte in der Rechtswissenschaft schulbildend wirken. Als liberal kann der ordoliberaler Aufbruch allerdings insofern gelten, als er sich gegen die historische Schule der Nationalökonomie ebenso wie gegen sozialistische Vorstellungen richtete.⁷ Es handelte sich aber eben nicht um einen *laissez faire*-Liberalismus – vor allem deshalb nicht, weil dem Staat die Aufgabe zugewiesen wurde, die Ordnung der Wirtschaft zu gewährleisten. Walter Röpke beschrieb diese Funktion mit dem Oxymoron „liberaler Interventionismus“.⁸ Der alte „paläoliberaler“ Nachwächterstaat sollte in der Tat durch einen „starken Staat“ ersetzt werden.⁹ Hermann Heller sah dies sofort: Der Ordoliberalismus propagiere einen autoritären Liberalismus, lautete seine Diagnose.¹⁰

Warum sollte all dies interessieren? Vor allem deshalb, weil der Ordoliberalismus eine Ordnung forderte und zu begründen versuchte, die ohne demokratisch-parlamentarische Legitimation zurecht kommen sollte. Dabei findet man im An-

- 1 Aufschlussreich insbes. Ph. Manow, Ordoliberalismus als ökonomische Ordnungstheologie, in: *Leviathan* 2001, 179 ff. mit vielen Nachw. sowie ders., Social Protection and Capitalist Production. The Bismarckian Welfare State and the German Political Economy, 1880-1990, unveröffentlichte Habilitationsschrift, MPIfG Köln 2004.
- 2 A. Rüstow, Paläoliberalismus, Kollektivismus und Neoliberalismus in der Wirtschafts- und Sozialordnung, in: K. Förster (Hrsg.), *Christentum und Liberalismus – Studien und Berichte der Katholischen Akademie in Bayern*, Band 13, 149-178; siehe auch vom gleichen Autor Interessenpolitik oder Staatspolitik?, in: *Der Deutsche Volkswirt* 6 (1932), 169 ff.; ders., Freie Wirtschaft – starker Staat, in: Franz Bosse (Hrsg.), *Deutschland und die Weltkrise (Schriften des Vereins für Socialpolitik 187)*, München 1932, 62-69.
- 3 W. Eucken, in: *Weltwirtschaftliches Archiv* 36, 297-321, Nachdruck in: *Ordo* 48 (1997), 5-25.
- 4 A. Rüstow, in: *Der Deutsche Volkswirt* 1932, 6; zitiert aus dem Nachdruck in: W. Engels/H. Froels (Hrsg.), *Querschnitte*, Düsseldorf 1986, 66-71.
- 5 A. Müller-Armack, *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus. Ökonomische, geschichtstheoretische und soziologische Studien zur modernen Wirtschaftsverfassung*, Berlin 1932. Zu Müller-Armacks Leben und Werk vgl. D. Haselbach, *Autoritärer Liberalismus und Soziale Marktwirtschaft. Gesellschaft und Politik im Ordoliberalismus*, Baden-Baden 1991, 117 ff.
- 6 F. Böhm, *Wettbewerb und Monopolkampf; eine Untersuchung zur Frage des wirtschaftlichen Kampfrechts und zur Frage der rechtlichen Struktur der geltenden Wirtschaftsordnung*, Berlin (Nachdruck) 1964.
- 7 W. Abelshäuser, *Kulturkampf. Der deutsche Weg in die neue Wirtschaft und die amerikanische Herausforderung*, Berlin 2003, 158 ff.
- 8 Siehe W. Röpke, *German Commercial Policy*, London 1934, 40 f.; siehe auch *Die Lehre von der Wirtschaft*, Wien 1937; über Röpke vgl. M. Glasman, *Unnecessary Suffering. Managing Market Utopia*, London/New York 1996, 52 ff.
- 9 W. Rüstow 1932 vor dem Verein für Socialpolitik: „Einen starken Staat, einen Staat oberhalb der Wirtschaft, da, wo er hingehört“ in: ders., Freie Wirtschaft – starker Staat, in: Franz Bosse (Hrsg.), *Deutschland und die Weltkrise*, München (Schriften des Vereins für Socialpolitik 187) 1932, 62-69; zit. nach vgl. Abelshäuser (Fn. 7), 159.
- 10 H. Heller, Autoritärer Liberalismus, in: *Die Neue Rundschau* 44 (1933), 289 ff.

schluß an Hellers Diagnosen im frühen Ordoliberalismus einen „kräftigen Schuß Schmittianismus“. ¹¹ Den kann man in der Tat in den Beiträgen aus der Zeit des Nationalsozialismus vielfach finden. ¹² Nicht alle, die der Weimarer Demokratie nicht viel zutrauten, propagierten eine völkische Ordnung. Zu einer nazistischen Fraktion sind die Ordoliberalen nicht geworden. Ihr autoritärer Liberalismus war nicht auf jenen starken Staat aus, den Carl Schmitt in seiner Rede von 1932 eingefordert hatte. ¹³ Eine solche Gleichsetzung ist eine unzulässige Äquivokation, weil Schmitts Staat den Vorrang der Politik vor der Wirtschaft ohne rechtliche Rücksichtnahmen durchsetzen sollte, während die Ordoliberalen der Wirtschaft einen stabilen rechtlichen Rahmen verordnen wollten, den die Politik zu respektieren hatte. ¹⁴

Philipp Manow hat für die ordoliberale Standhaftigkeit Grundlagen gefunden, aus denen heraus zugleich verständlich wird, warum sich der Ordoliberalismus, dessen Gründungsväter evangelische Bindungen hatten, in der Nachkriegszeit mit dem sozialen Katholizismus verbinden konnte. Sein Befund: Die soziale Frage, die im Frühkapitalismus für so viel Unruhe gesorgt hatte, war von *beiden* christlichen Kirchen als echte Herausforderung angenommen worden. ¹⁵ Was Protestanten wie Katholiken suchten, war tatsächlich ein „dritter Weg“ zwischen *laissez faire*-Liberalismus und sozialistischer Planwirtschaft. Exakt diesen Status hat Alfred Müller-Armack, der Erfinder des Begriffs der „sozialen Marktwirtschaft“, diesem Konzept zugeschrieben. ¹⁶ Ob ihm dabei eine theoretische Symbiose von wirtschaftlicher und sozialer Ordnungspolitik gelungen ist oder die soziale Marktwirtschaft nur einen Formelkompromiss bedeutete, unter dem sich labile Allianzen versammeln konnten, ist eine andere Frage.

II. Wirtschaftsverfassung statt Demokratie

In den frühen Nachkriegsjahren reichte jedenfalls die Allianz der Kirchen, des politischen Protestantismus und des sozialen Katholizismus weit in die Gesellschaft und erreichte die Gewerkschaften: Man darf die „sozialen Marktwirtschaft“ gleichsam als eine ökonomische Ökumene und gesamtgesellschaftliches Projekt bezeichnen. Dieses Projekt war politisch, wirtschaftlich, aber auch sozial sehr erfolgreich, ¹⁷ und lässt sich nicht auf jene neue deutsche Ersatz-Identität

11 J. Baquero Cruz, *Between competition and free movement: the economic constitutional law of the European Community*, Oxford 2002, 29; die deutsche Diskussion zum Freiburger Kreis unter dem Nationalsozialismus ist umfassend dokumentiert und überzeugend ausgewertet bei M. Wegmann, *Früher Neoliberalismus und Europäische Integration: Interdependenz der nationalen, supranationalen und internationalen Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (1932-1965)*, Baden-Baden 2002, 55 ff.

12 Vgl. Manow, *Ordoliberalismus* (Fn. 1), 179-185.

13 C. Schmitt, *Starker Staat und gesunde Wirtschaft*. Ein Vortrag vor Wirtschaftsführern am 23. November 1932, u.a. veröffentlicht in: *Volk und Reich. Politische Monatshefte* 1933, 81 ff.

14 Anders sieht dies Haselbach (Fn. 5), 20. Vgl. demgegenüber R. Wiethölter, Franz Böhm (1895 – 1977), in: B. Diestelkamp/M. Stolleis (Hrsg.), *Juristen an der Universität Frankfurt a.M.*, Baden-Baden 1989, 208 ff. und mit wiederum eindringlicher Präzision Wegmann (Fn. 11), 61-66. – Anders liegt allerdings der Fall des Begründers der „sozialen Marktwirtschaft“ der weder damals noch im Nachkriegsdeutschland zum Kernkreis der Ordoliberalen zählte. Ihn und insbes. seine Schrift *Entwicklungsgesetze des Kapitalismus* (Fn. 5), nimmt Wegmann gegen Haselbach (Fn. 5), 117 ff. nicht in Schutz.

15 Im Kapitel 3.5 seiner Habilitationsschrift (Fn. 1) verweist Manow nicht nur auf Primärquellen, sondern auch auf eine beachtliche Anzahl historischer Untersuchungen, die diese These belegen.

16 A. Müller-Armack, *Wirtschaftslenkung und Marktwirtschaft* (1946), wieder abgedruckt in: *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik. Studien und Konzepte zur sozialen Marktwirtschaft und zur europäischen Integration*, Freiburg i. Br. 1966.

17 Für eine präzise Kurzanalyse vgl. Glasman (Fn. 8), bes. 50 ff. (über Ordoliberalismus) und 56 ff. (über das Deutschland der Nachkriegszeit).

reduzieren, die Foucault zufolge¹⁸ durch DM und Wirtschaftswunder in der Bonner Republik gestiftet wurde.

Freilich hatte dieses Projekt konzeptionelle Risse und erwies sich auch politisch als labil. Müller-Armack reklamierte für seine „soziale Marktwirtschaft“ ein ordoliberalen Fundament, das sich friktionslos mit sozialstaatlichen Verteilungs- und Konjunkturpolitiken vertragen sollte.¹⁹ Führende Ordoliberele ließen ihn gewähren oder entwickelten, wie insb. Walter Eucken mit seinem Theorem von der Interdependenz der Ordnungen,²⁰ anspruchsvollere Rahmenvorstellungen. Eine allgemeinverbindliche konzeptionelle Klärung war nicht erreichbar.²¹ Aber auch politisch war das gesellschaftsweite Bündnis nicht von langer Dauer. Deutschland hatte weder den Prozess seiner Säkularisierung rückgängig gemacht noch seine politischen Fraktionierungen, die bis ins Kaiserreich zurückreichten, dauerhaft überwunden. Wie Manow zeigt, gewann das traditionelle Misstrauen, mit dem der Sozialkatholizismus dem Wirtschaftsliberalismus begegnete, bald wieder die Oberhand, und die alten Allianzen zwischen Katholizismus, ökonomischem Korporatismus und Bismarckscher Wohlfahrtsstaatlichkeit formierten sich erneut.²²

Die protestantischen Ordoliberalen begegneten dieser Restauration mit verständlichem Argwohn. Zu sehr ähnelten die sich erneuernden Verhältnisse jenen, gegen die sie in den 1920er Jahren gekämpft hatten. Jetzt aber, in der neuen Bonner Republik, war ihr Einfluss sehr viel größer. Die Gruppe war gewachsen; ihre Vorstellungen bestimmten einen Großteil des akademischen Lebens, der öffentlichen Meinung und der offiziellen Verlautbarungen der christlich-demokratischen Regierung. So nahm der Ordoliberalismus mit einiger Zuversicht die Erneuerung seiner Programmatik in Angriff. Ein Kernstück seiner konstitutionellen Botschaften und Perspektiven war die Theorie der „Wirtschaftsverfassung“, derzufolge die Politik das System des unverfälschten Wettbewerbs, die wirtschaftlichen und persönlichen Freiheitsrechte und das Rechtsstaatsgebote als interdependente Ordnungselemente gewährleisten und respektieren sollte.²³

Mit der Rückkehr von politischem Katholizismus und protestantischem Ordoliberalismus in ihre alten Pfade brach ein altes Schisma wieder auf – und mit ihm andere historische Kontroversen. In seiner Arbeit über die Geschichte des deutschen Privatrechts in der Weimarer und der Bonner Republik unterscheidet Knut Wolfgang Nörr²⁴ zwei Konzepte, die in der (deutschen) Wirtschaftsrechtsgeschichte neben- und gegeneinander Wirkung entfalten: die „organisierte Wirtschaft“ und die „soziale Marktwirtschaft“. Diese Koexistenz von „organisierter Wirtschaft“ einerseits und Ordoliberalismus andererseits habe einen Widerspruch institutionalisiert: Der Ordoliberalismus hat in der Tat nur das Denken der Privat- und Wirtschaftsrechtler beherrscht. Im Staats-, Verfassungs- und

18 M. Foucault, *Geschichte der Governmentalität II – Die Geburt der Biopolitik*, Frankfurt a.M. 2004, 119.

19 Vgl. die Hinweise bei F. Rödl, Verfassungsziel „soziale Marktwirtschaft – kritische Anmerkungen zu einem populären Modell“, *integration* 28 (2005), 150 ff., 152 f. im Anschluß an Ch. Joerges/F. Rödl, „The ‘Social Market Economy’ as Europe’s Social Model?“, in: L. Magnusson/B. Stråth (Hrsg.), *A European Social Citizenship? Preconditions for Future Policies in Historical Light*, Brüssel 2005, 125–158.

20 Vgl. etwa seine *Grundsätze der Wirtschaftspolitik*, Hamburg 1959, 21 ff., 124 ff.

21 Detailliert hierzu Wegmann, *Früher Neoliberalismus und Europäische Integration* (Fn. 11), 73 ff.

22 Manow, *Social Protection and Capitalist Production* (Fn. 1), 84 ff.; Abelshausen (Fn. 7), 93 ff.

23 Vgl. aus der umfangreichen Literatur z.B. G. Brüggemeier, *Entwicklung des Rechts im organisierten Kapitalismus*, Bd. 2, Frankfurt a.M. 1979, 322 ff.; F. Kübler, *Wirtschaftsrecht in der Bundesrepublik – Versuch einer wissenschaftshistorischen Bestandsaufnahme*, in: D. Simon (Hrsg.), *Rechtswissenschaft in der Bonner Republik*, Frankfurt a.M. 1994, 364 ff. – Das Bundesverfassungsgericht hat sich bekanntlich von all dem nicht beeindruckt lassen; vgl. BVerfGE 4, 7 (17 f.).

24 K. W. Nörr, *Die Republik der Wirtschaft. Teil I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition*, Tübingen 1999, 5 ff.

Verwaltungsrecht blieb der ordnungstheoretische Ansatz schwach, die Vertreter einer organisierten und korporatistischen Wirtschaftsverfassung bestimmend. Nörr diagnostiziert deshalb als ein Grundphänomen in der Entstehungsgeschichte der Bonner Republik eine wirtschaftspolitische und verfassungsrechtliche Zweigleisigkeit: „Für die Wirtschaftsordnung, die den neuen Staat prägen sollte, müssen wir geradezu von einer doppelten Inszenierung sprechen, von zwei Aufführungen desselben dramatischen Stückes, die voneinander keine Notiz nahmen“.²⁵ Schwach blieb freilich auch der Widerspruch der wirtschaftsrechtlich so abstinenten Staatsrechtlehre gegen das Demokratiedefizit der Lehre von der Wirtschaftsverfassung, auf das Rudolf Wiethölter, der zum Nachfolger Böhms berufen worden war,²⁶ in seiner Frankfurter Antrittsvorlesung aufmerksam machen sollte.²⁷

Die Doppelstruktur, die Nörr in der Theorie so paradox findet, erwies sich in der Praxis als außerordentlich erfolgreich. Die soziale Dimension der neuen Ordnung blieb in der deutschen Nachkriegswirtschaft nicht nur erhalten, sondern wuchs und gedieh.²⁸ Dies alles ist über Deutschland hinaus gut bekannt²⁹ und hat nun im Unionsvertrag (Art. 3 Abs. 3 S. 2 EUV) seinen Niederschlag gefunden.³⁰ Manow zufolge ist der Erfolg der sozialen Marktwirtschaft gerade darauf zurückzuführen, dass weder der *laissez faire*- noch der autoritäre Liberalismus die Politik der Bonner Republik dominieren konnten. Stattdessen habe Deutschland zu einem dezentralisierten und funktionalen Interventionismus gefunden.³¹ In der Analyse Glasmans: „Niemand hat Nachkriegsdeutschland ‚entworfen‘, es ist hervorgegangen aus einem moralischen und ethischen Material, das unendlich dauerhafter und durchdachter ist als jenes, das die Wirtschaftstheorie oder jede andere sozialwissenschaftliche Methodologie anzubieten hat“.³²

III. Schutzschild Europa

Mit der real existierenden Verfassung der Wirtschaft der Bundesrepublik – ihren ausgeprägt korporatistischen Elementen, den wirtschaftsdemokratischen Neigungen des politischen Katholizismus und der Restauration des Bismarckschen Wohlfahrtsstaats unter dem katholischen Kanzler Adenauer – konnten die führenden Ordoliberalen sich nicht identifizieren und abfinden. Sie sahen Deutschland auf jenem Weg zur Knechtschaft, den Hayek wohlfahrtsstaatlichen Programmatiken prophezeit hatte.³³ Tatsächlich wurde ihre institutionelle Agenda – insbesondere der Aufbau einer starken Kartellbehörde, die jenseits der Inter-

25 Ebd., 84.

26 Ironischerweise oder dank der List der Vernunft, obwohl man ihm nur den Listenplatz 3b eingeräumt hatte.

27 Die Position des Wirtschaftsrechts im sozialen Rechtsstaat, in: H. Coing/H. Kronstein/E.-J. Mestmäcker (Hrsg.), *Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung. Festschrift zum 70. Geburtstag von Franz Böhm am 16. Februar 1965*, Karlsruhe 1965, 41-62 (59 f.).

28 W. Abelschauser, *Die Langen Fünfziger Jahre. Wirtschaft und Gesellschaft in Deutschland 1949 – 1966*, Frankfurt a.M. 1987.

29 Eindringlich und eindrucksvoll auch hierin Foucault (Fn. 18), 201 ff.

30 Die Union wirkt danach auf „eine in hohem Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft“ hin. – Die Aufnahme der Formel geht auf eine Initiative von Joschka Fischer und seines Kollegen Dominique de Villepin im Kontext der Arbeiten des Europäischen Konvents zurück – CONV 470/02 –, und über jahrzehntelange Querelen zwischen deutscher Ordnungspolitik und französischer *Planification* achtlos hinweg.

31 Manow, *Social Protection and Capitalist Production* (Fn. 1), Kap. 3.6, 96.

32 Glasman (Fn. 8), 55.

33 F.A. von Hayek, *The Road to Serfdom*, London 1944.

essengruppen operieren und politischen Zumutungen nicht ausgesetzt sein sollte – in der deutschen „Verhandlungsdemokratie“ ständig unterlaufen.³⁴

Die Frühphase der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ist oft beschrieben worden, in vielen Sprachen und verschiedenen Disziplinen – vor allem von Juristen, Politologen und Historikern³⁵ –, und die Geschichte der europäischen Wirtschaftsverfassung ist gut dokumentiert.³⁶ Die Attraktivität der neuen transnationalen Ordnung für den Ordoliberalismus erscheint ebenso plausibel wie umgekehrt dessen Eignung zur Legitimierung und Orientierung des Integrationsprojekts.³⁷ Die im EWG-Vertrag garantierten Freiheiten, die Öffnung der Volkswirtschaften, die Diskriminierungsverbote und die Verpflichtung auf ein System unverfälschten Wettbewerbs ließen sich als „Entscheidung“ für eine Wirtschaftsverfassung interpretieren, die den ordoliberalen Vorstellungen von den Rahmenbedingungen für ein marktwirtschaftliches System entsprach. Der Umstand, dass Europa „nur“ als Wirtschaftsgemeinschaft auf den Integrationsweg gebracht wurde, schien der ordoliberalen Deutung entgegenzukommen: Die EWG ließ sich als Rechts-Ordnung darstellen, die dem Erhalt wirtschaftlicher Freiheiten und dem Schutz des Wettbewerbs durch supranationale Institutionen verpflichtet war und eben hierdurch eine konstitutionelle Legitimität gewann, die von der des demokratischen Nationalstaats unabhängig war – und dem Handlungsspielraum der Gemeinschaft Grenzen setzte.³⁸

Man muss dem allerdings hinzufügen, dass es sich hier bloß um Rekonstruktionen und Nach-Rationalisierungen handelt, die mit dem Verhandlungsgeschehen und seinen Machtspielen wenig gemein haben. Majone bemerkt nüchtern und ernüchternd:³⁹ In den 50er Jahren waren *Planification* und interventionistische Praktiken in allen Sektoren der Wirtschaft in den Gründerstaaten an der Tagesordnung – wie hätte ausgerechnet das geschlagene Deutschland sich mit einer liberalen, nicht einmal bei sich selbst durchsetzbaren Ordnungspolitik aufrichten

- 34 Das Kartellgesetz wurde erst 1957 verabschiedet, unter Kanzler Konrad Adenauer, aber mit maßgeblicher Beteiligung Ludwig Erhards, des wichtigsten politischen Verbündeten der Ordoliberalen. Es wurde als „das Grundgesetz der sozialen Marktwirtschaft“ präsentiert, war aber von der umfassenden Verwirklichung der ordoliberalen Ideale weit entfernt. Der gesamte Prozess wird rekonstruiert in: Brüggemeier (Fn. 23), 383 ff. Sehr präzise die jüngere Studie von M. Wegmann, *Der Einfluss des Neoliberalismus auf das Europäische Wettbewerbsrecht, 1946-1965. Von den Wirtschaftswissenschaften zur Politik*, Baden-Baden 2008, 36 ff.
- 35 Genannt seien nur: Joseph H.H. Weiler für die Rechtswissenschaft (siehe „Transformation of Europe“, *Yale L.J.* 100 [1991], 2 ff.; ders., *The Constitution of Europe. „Do the new clothes have an emperor?“*, Cambridge 1999, 10 ff.); A. Moravcsik für die Politikwissenschaft (*The Choice for Europe. Social Purpose/State Power from Messina to Maastricht*, Ithaca, NY, 1998, 86 ff.), Alan S. Milward für die Geschichtswissenschaft (*The European Rescue of the Nation-State*, 2. Aufl., London/New York 1999). Die Rechtshistoriker vernachlässigten das neue Europa gründlich.
- 36 D. J. Gerber, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-liberalism, Competition Law and the „New Europe“*, *American Journal of Comparative Law* 42 (1994), 25 ff.; M.E. Streit/W. Mussler, *The Economic Constitution of the European Community. From „Rome“ to „Maastricht“*, *European Law Journal* 1 (1995), 5-30; W. Mussler, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft im Wandel. Von Rom nach Maastricht*, Baden-Baden 1998; P. Behrens, *Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaft*, in: G. Brüggemeier (Hrsg.), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Baden-Baden 1994, 73-90; für aktuelle Zusammenfassungen vgl. A. Haltje, *Wirtschaftsverfassung*, in: A. v. Bogdandy/J. Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 2009, 683 ff.; J. Drexler, *Wettbewerbsverfassung*, ebda., 747-802.
- 37 Vgl. schon Ch. Joerges, *Markt ohne Staat? Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die regulative Politik*, in: Rudolf Wildenmann (Hrsg.), *Staatswerdung Europas? Optionen einer Europäischen Union*, Baden-Baden 1991, 225-268; ders., *Legitimationsprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts und der Vertrag von Maastricht*, in: G. Brüggemeier (Hrsg.), *Verfassungen für ein ziviles Europa* (Fn. 36), 91-130.
- 38 Aufschlussreich A. Müller-Armack, *Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes*, in: ders., *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, Freiburg i.Br. 1966, 401 ff.
- 39 G. Majone, *Europe as the Would-be World Power. The EU at Fifty*, Cambridge 2010, 90 ff.

können?⁴⁰ Darf man die Akzeptanz, die das Kapitel über die Wettbewerbspolitik fand, als „ordoliberal moment“ hinstellen, obwohl es doch einfach nur zwingend erscheint, dass der Abbau von Handelsschranken nicht vorankommen würde, wenn Regierungen befugt blieben, der je eigene Wirtschaft durch Subventionen Wettbewerbsvorteile zu verschaffen, und Unternehmen in der Lage wären, private Marktabschottungen zu organisieren. Selbst die Beschränkung auf die Wirtschaft und der damit einhergehende Verzicht auf eine europäische Arbeits- und Sozialverfassung, der in der Tat die „Abkopplung“ der sozialen Dimension von der Institutionalisierung eines europäisierten „unverfälschten Wettbewerbs“ bedeutete,⁴¹ ist nach allem nicht so leicht als (Hinter-)List neoliberaler Vernunft zu entlarven. Es lag vielmehr nahe, derartige Erweiterungen und Vertiefungen des Integrationsprojekts auf sich beruhen zu lassen, weil die Öffnung der Volkswirtschaften und der Abbau von Handelsschranken Marktöffnung auch bei sozial gesonnen Ökonomen als Win-win-Geschäft galt⁴² und man davon ausgehen konnte, dass die nationalstaatlich organisierten Systeme der sozialen Sicherung im „embedded liberalism“⁴³ intakt bleiben würden.⁴⁴ Von all dem ließ und läßt sich der Ordoliberalismus in seiner teleologisch-kontrafaktischen Umdeutung der Integration indes keineswegs beirren.⁴⁵

IV. Maastricht als Drehscheibe

Europas Integration durch Recht überstand manche Krisen und kam nur langsam voran – bis der charismatische Kommissionspräsident Delors im Jahre 1985 mit seinem Weißbuch „über die Vollendung des Binnenmarktes“⁴⁶ eine unerhörte Dynamik entfachte. Die Programmatik des Weißbuchs fand im ordoliberalen Lager kräftigen Beifall (1). Die Reaktion auf den Vertrag von Maastricht, der die Entwicklung zu einer „immer engeren Union“ versprach, war dann aber mehr als verhalten (2). Als das Bundesverfassungsgericht den Maastrichter Vertrag nur nach ordoliberalen Maßgaben passieren ließ, schien die Wirtschaftsverfassung gerettet (3).

- 40 Es ist deshalb alles andere als überraschend, dass führende Köpfe der ordoliberalen Schule das Integrationsprojekt ablehnten; vgl. Wegmann, *Früher Neoliberalismus und Europäische Integration* (Fn. 11), vor allem 313 ff.
- 41 F.W. Scharpf, The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity, in: *Journal of Common Market Studies* 40 (2002), 645-670 (645 f.).
- 42 Vgl. vor allem den „Ohlin Report“ der International Labour Organisation, „Social Aspects of European Economic Co-operation. Report by a Group of Experts“, in: *International Labour Review* 74 (1956), 99-123.
- 43 J.G. Ruggie, International Regimes, Transactions and Change: Embedded Liberalism in the Postwar Economic Order, in: *International Organization* 36 (1982), 375-415; see J. Steffek, *Embedded Liberalism and Its Critics: Justifying Global Governance in the American Century*, New York 2006.
- 44 Vgl. S. Giubboni, *Social Rights and Market Freedoms in the European Constitution. A Labour Law Perspective*, Cambridge 2006, der behauptet: “[T]he apparent flimsiness of the social provisions of the Treaty of Rome (and of the slightly less meagre ones of the Treaty of Paris, was in reality consistent with the intention, imbued with the embedded liberalism compromise, not only to preserve but hopefully to expand and strengthen the member States’ powers of economic intervention and social governance: i.e., their ability to keep the promise of protection underlying the new social contract signed by their own citizens at the end of the war” (ebd., 16); nicht unähnlich F. Rödl, *Arbeitsverfassung*, in: v. Bogdandy/ Bast (Hrsg.) (Fn. 36), 855 ff (867).
- 45 Vgl. die Nachw. bei W. Sauter/H. Schepel, *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge 2009, 13-15. – Bezeichnenderweise hat aber Hans Peter Ipsen, der Nestor der deutschen Europarechtswissenschaft, der die seinerzeit sozialwissenschaftlich tonangebenden funktionalistischen Integrationstheorien rezipiert hat, der ordoliberalen Theorie der Wirtschaftsverfassung nichts abgewinnen können (vgl. ders., *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 1972); s. auch unten V.
- 46 Kommission der EG, Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat über die Vollendung des Binnenmarktes, KOM(85) 310 endg. v. 14. 6. 1985.

Man kann die Binnenmarktinitiative der Kommission als Versuch deuten, Europa auf ökonomische Rationalitätskriterien zu verpflichten.⁴⁸ Dies war denn auch die Sichtweise der Anhänger der ordoliberalen Schule, die in Stellungnahmen des Wissenschaftlichen Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft⁴⁹ und der Monopolkommission⁵⁰ nachdrücklich zum Ausdruck kam.

Das neue Prinzip der gegenseitigen Anerkennung wurde als Institutionalisierung einer regulativen Konkurrenz verstanden, mit der die nationale Gesetzgebung einem Wettbewerb der Gesetzgebungen ausgesetzt werden sollte. Im gleichen Sinne konnte man die Tendenz in der Rechtsprechung des EuGH verstehen, seine Supervision der nationalen Gesetzgebung zu verstärken. Ebenso bedeutsam erschien die Neuorientierung des Wettbewerbsrechts und der Wettbewerbspolitik, die über die Kontrolle privater Wettbewerbsverfälschungen hinaus wettbewerbswidrige Regulierungen erfassen sollte und die Kontrolle staatlicher Beihilfen verstärkte: Deregulierungs- und Privatisierungspolitiken bestimmten die Agenda Europas.

Von der ursprünglichen ordoliberalen Wirtschaftsverfassung, wie sie in der formativen Phase der EWG konzipiert worden waren, hatte man in diesen Neuorientierungen Abschied genommen. Vorbereitet wurde diese geradezu paradigmatische Revision im nationalen Kontext schon in den 60er Jahren. Damals trat an die Stelle des Alt-Freiburgers Walter Eucken der aus Chicago zurückkehrende Friedrich A. von Hayek: Dessen Theorem vom „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“⁵¹ wurde der neue Leitstern der zweiten Generation des Nachkriegs-Ordoliberalismus.⁵² Die rechtlichen, rechts- und wirtschaftspolitischen Implikationen der theoretischen Umorientierung wurden eingehend erörtert, zunächst auf der nationalen, bald auch auf der europäischen Ebene. Bei allen Umdispositionen im Theoriegebäude der Ordnungstheorie blieb jedoch ein Baustein unberührt: Das Integrationsprojekt sollte unpolitisch bleiben und gegen diskretionäre Einflussnahmen abgeschirmt werden. Die „Wirtschaftsverfassung“ behielt ihren Status als konstitutionelles Leitkonzept.⁵³

47 Der Titel stammt von S. Lukes, *Invasions of the Market*, in: R. Dworkin et. al. (Hrsg.), *From Liberal Values to Democratic Transition: Essays in Honor of János Kis*, Budapest/New York 2004, Kap. 4.

48 Zum folgenden näher und mit genaueren Nachweisen Ch. Joerges, *Markt ohne Staat?* (Fn. 37), 244 ff., 253 ff.; ders., *Legitimationsprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts* (Fn. 37), 106 ff.; S. Buckel/L. Oberndorfer, *Die lange Inkubationszeit des Wettbewerbs der Rechtsordnungen – Eine Genealogie der Rechtsfälle Viking/Laval/Rüffert/Luxemburg aus der Perspektive einer materialistischen Europarechtstheorie*, in: A. Fischer-Lescano/F. Röd/Ch. Schmid (Hrsg.), *Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa*, Baden-Baden 2009, 277 ff.

49 Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, *Stellungnahme zum Weißbuch der EG-Kommission über den Binnenmarkt* (Schriftenreihe 51), Bonn 1986.

50 Monopolkommission, *Achtes Hauptgutachten der Monopolkommission 1988/1989*, BT-Drs. 11/7582 vom 16. Juli 1990, 401.

51 Kiel 1968, Nachdruck in: F.A. von Hayek, *Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze*, Tübingen 1969, 249-265.

52 Der einflussreichste Ökonom der Freiburger Schule während dieser Periode war Erich Hoppmann, sein wichtigster rechtswissenschaftlicher Begleiter der Böhm-Schüler Ernst-Joachim Mestmäcker.

53 Der Wechsel von Walter Eucken zu Friedrich A. von Hayek und besonders die Verlagerung des Schwergewichts von privaten auf regulative Wettbewerbsverfälschungen haben Auswirkungen auf die Rolle des Staates und seiner Institutionen. W. Scheuerman behauptet, dass die Differenzen zwischen v. Hayek und Schmitt nicht so gravierend seien wie man dies gemeinhin sieht (Carl Schmitt and Friedrich A. Hayek, *Constellations* 4 [1997], 172 ff.). In der Tat hegte auch v. Hayek das ordoliberale und Schmittsche Misstrauen gegenüber den Institutionen pluralistischer Gemeinwesen und ihrer Leistungsfähigkeit. Aber diese Übereinstimmung in der Analyse erstreckt sich nicht auf die Schlussfolgerungen. Zwar mögen beide die Überzeugung teilen, dass der wohlfahrtsstaatliche Interventionismus zu einem „quantitativ“ starken Staat führe, wie ihn Carl Schmitt in seiner berühmten Rede von 1932 gefordert hatte (Schmitt [Fn. 13], 81 ff.), aber v. Hayek hat eben nicht jenen „qualitativ“ starken Staat propagiert, dem Carl Schmitt sich nach 1933 verschrieb. Derartiges unterstellt ihm Scheuerman auch nicht.

Der starke Beifall für das Binnenmarktprogramm war indes nicht von langer Dauer. Er wurde verhaltener, nachdem die Binnenmarktinitiative die Gemeinschaft in immer weitere sozialregulative Belange des Umwelt-, Arbeits- und Verbraucherschutzes verstrickte und zum Aufbau einer hoch entwickelten Regulierungsmaschinerie führte: Re-Regulierung statt De-Regulierung, ein überraschender Befund.⁵⁴ Das Gewicht und die Dynamik dieser Politikbereiche waren von den Protagonisten der „Wirtschaftsverfassung“ gründlich unterschätzt worden.⁵⁵ Die darauf folgenden Vertragsänderungen, die im Dezember 1991 in Maastricht vereinbart wurden, haben die Protagonisten der Ordnungstheorie mit Entschiedenheit kritisiert.⁵⁶ Die Gründe hierfür sind vielfältig und – vor dem theoretischen Hintergrund des Neo-Ordoliberalismus – nachvollziehbar und schlüssig. Wie kann man dem „System des unverfälschten Wettbewerbs“ weiterhin 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 lässt sich das Engagement für Wettbewerb als *das* Entdeckungsverfahren in Wirtschaftsfragen mit der Anerkennung der Industriepolitik als verfassungsmäßig legitimierte Aufgabe vereinbaren? Nach dem Vertrag von Maastricht kann man der ordoliberalen „Wirtschaftsverfassung“ nicht mehr eine positive Geltung zuschreiben.⁵⁷ So verstand man sich unversehens als Opposition oder ging doch auf kritische Distanz.⁵⁸

3. Markt ohne Staat und Staaten ohne Märkte

Der Vertrag von Maastricht kam vor das Bundesverfassungsgericht, das mit seinem Urteil vom 12 Oktober 1993 viel Aufsehen und noch mehr Anstoß in der Europarechtswissenschaft erregte:⁵⁹ Die Gemeinschaft sei bloß ein Staatenverbund; das Bundesverfassungsgericht sei befugt, die Beachtung der Kompetenzordnung zu prüfen; „ausbrechenden Rechtsakten“ sei die Gefolgschaft zu ver-

Ihm geht es stattdessen um die möglichen Folgen eines konsequenten Abbaus wohlfahrtsstaatlicher Absicherungen – und insoweit allerdings auch um die sozialen und politischen Risiken des „sonderbaren institutionellen Vorschlags“, den von Hayek in *Law, Legislation and Liberty* (Scheuerman bezieht sich auf Bd. 3, Chicago, III. 1979, 113) unterbreitet hat.

- 54 Glasklar zuerst erkannt und programmatisch ausgearbeitet vor allem von G. Majone, „Regulating Europe: Problems and Prospects“, in: *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft* 3 (1989), 159-177; ders. (Hrsg.), *Deregulation or Re-Regulation? Regulatory Reform in Europe and the United States*, London 1990.
- 55 Die Gründe sind vielfältig. Die historisch bestimmten Prioritäten der ordnungspolitischen Agenda sind einer von ihnen. Dass die Ordnungstheorie durch die Probleme der „Risikogesellschaft“ grundsätzlich überfordert sei, ist keineswegs ausgemacht (vgl. K.-H. Ladeur, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, Tübingen 2000, bes. 171 ff.; A. Arcuri, The Case for a Procedural Version of the Precautionary Principle. Erring on the Side of Environmental Preservation, Global Law Working Paper No. 09/04 zugänglich unter SSRN: <http://ssrn.com/abstract=967779>). Unbestreitbar ist jedoch, dass die Protagonisten der „Wirtschaftsverfassung“ zu den Politikfeldern der Sozialregulierung wenig beigetragen haben.
- 56 Siehe nur Mussler, *Wirtschaftsverfassung* (Fn. 36), 166 ff., sowie die Hinweise in: Ch. Joerges, Legitimationsprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts (Fn. 37); Streit/Mussler (Fn. 36); Behrens (Fn. 36), 73 ff.; am elegantesten: E.-J. Mestmäcker, On the Legitimacy of European Law (1993), Nachdruck in: ders., *Wirtschaft und Verfassung in der Europäischen Union. Beiträge zu Recht, Theorie und Politik der europäischen Integration*, Baden-Baden 2003, 133 ff.
- 57 Vgl. W. Sauter, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, Oxford 1997, 26 ff.
- 58 S. etwa die in Fn. 36 genannten Arbeiten von Streit/Mussler und Behrens. Dass die Multiplizität konstitutioneller Verpflichtungen das Gewicht des Systems unverfälschten Wettbewerbs relativiert, registrieren E.-J. Mestmäcker/H. Schweitzer, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl., München 2004, 112 ff. durchaus, fügen aber hinzu, dass sich „im deutschen Schrifttum ... der Vorrang für eine durch Binnenmarkt und unverfälschten Wettbewerb geprägte Gesamtordnung durchgesetzt“ habe.
- 59 BVerfG 89, 155.

weigern: Es sei ein Gebot der Demokratie, dass es dem Staatsvolk möglich sein müsse, „dem, was es – relativ homogen – geistig, sozial und politisch verbindet [...], rechtlichen Ausdruck zu geben“.⁶⁰

Die Kritik, die all dies auslöste,⁶¹ hat die Aufmerksamkeit von interessanteren Argumenten der Beschwerdeführer abgelenkt, mit denen geltend gemacht wurde, die Europäische Gemeinschaft, nunmehr die Europäische Union, verfüge über derart weitreichende Kompetenzen, dass die Nationalstaaten wesentliche Aufgaben nicht mehr wahrnehmen könnten. Diese Erosion der Nationalstaatlichkeit stelle aber die Fortexistenz demokratischer Staatlichkeit überhaupt in Frage. Diese Argumentation hat das Bundesverfassungsgericht dazu veranlasst, die konstitutionelle Demokratie der Bundesrepublik gegen die fortschreitende Erosion ihrer Staatlichkeit in Stellung zu bringen. Im Ergebnis hat das Urteil dennoch die europäische Integration abgesegnet. Es hat dieses Ergebnis aber dadurch erreicht, dass es sich – der Sache nach – mit spezifisch ordoliberalen Theoremen identifizierte; und es hat dabei die politische Kontrolle der Mitgliedstaaten über ihre Volkswirtschaften eingeschränkt.

Wie war das möglich, und weshalb hat es niemand bemerkt?⁶² Ein grundlegender Widerspruch in den Urteilsgründen erscheint eigentlich offensichtlich. Zwar bezeichnet es das Bundesverfassungsgericht als ein unabdingbares konstitutionelles Erfordernis, dem Bundestag „wesentliche“ Kompetenzen zu belassen. Aber danach nimmt die Urteilsbegründung eine streng ordoliberale Kehrtwendung: Die Wirtschaftsintegration wurde als unpolitischer Prozess qualifiziert, der sich autonom und jenseits der Mitgliedstaaten vollziehe. Die Währungsunion benötige eine funktionale Legitimität, die über eine konstitutionelle Verpflichtung zu Preisstabilität und Vorschriften gegen übermäßige Haushaltsdefizite angemessen zu institutionalisieren sei. Mit der Verwirklichung solcher institutioneller Maßgaben, so die Schlussfolgerung des Gerichts, erledigten sich die Einwände gegen die demokratische Legitimität der wirtschaftlichen Integration. Mit anderen Worten: Die Europäische Union darf sich als „Markt ohne Staat“ konstitutionalisieren, und ihre Mitgliedstaaten dürfen zu „Staaten ohne Märkte“ werden.⁶³ Weil die Währungsunion auf Deutschland angewiesen war, gewannen die deutschen Bedingungen europaweite Geltung. Ernst-Joachim Mestmäcker kann dies nur positiv sehen: „Das Vertrauen in unabhängige Institutionen, repräsentiert durch deutsche Erfahrungen mit dem Bundesverfassungsgericht und der Bundesbank, war der wohl wichtigste deutsche Beitrag zur Verfassungsstruktur der EG“.⁶⁴

60 Ebd., 186.

61 Vgl. insbes. J.H.H. Weiler, Der Staat „über alles“: Demos, Telos und die Maastricht-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: *JöR N.F.* 44 (1996), 91-136; B.-O. Bryde, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, in: *Staatswissenschaften und Staatspraxis* 5 (1994), 305-330.

62 Die Fehlanzeige kann fehlerhaft sein, weil niemand die Literatur zum Maastricht-Urteil vollständig bewältigen kann; richtig ist aber, dass selbst eine so umfassende Analyse wie die von Franz C. Mayer, *Kompetenzüberschreitung und Letztentscheidung. Das Maastricht-Urteil des Bundesverfassungsgerichts und die Letztentscheidung über Ultra-vires-Akte in Mehrebenensystemen; eine rechtsvergleichende Betrachtung von Konflikten zwischen Gerichten am Beispiel der EU und der USA*, München 2000, die wirtschaftsverfassungsrechtliche Problematik des Urteils nicht behandelt.

63 Vgl. schon Ch. Joerges, States without a Market. Comments on the German Constitutional Court's Maastricht-Judgment and a Plea for Interdisciplinary Discourses, NISER Working Paper, Utrecht, 1996, zugänglich auch unter <http://ciop.or.at/ciop/texte/1997-020.htm>.

64 E.-J. Mestmäcker, Europäische Prüfsteine der Herrschaft des Rechts, in: *Ordo* 57 (2007), 3-16 (12).

Methodologisch entspricht der Kommentar Mestmäckers zur Herrschaft des Rechts und zu den Institutionen, die diese Herrschaft vermitteln, passgenau der Interpretation des EWGV als supranationaler Wirtschaftsverfassung.⁶⁶ Es handelt sich um eine Rekonstruktion, die sich, heute so wenig wie damals, durch Unstimmigkeiten im Gefüge des Gemeinschaftsrechts und der Praxis der Politik irritieren lässt, die stattdessen auf Transformationen des Integrationsprojekts durch konzeptionelle Schachzüge reagiert, in denen die Ordnungstheorie eine neue Gestalt annimmt. Dies ist geschehen und gescheitert, als die Ordoliberalen der 2. Generation ihre Ordnungstheorie auf Friedrich A. von Hayeks Vorstellungen über den „Wettbewerb als Entdeckungsverfahren“ eingestellt haben.⁶⁷ Die mit der Binnenmarktpolitik verbundene Renaissance der regulativen Politik, die zum Schwerpunkt der Integrationspolitik werden sollte, ließ sich auf dieser Grundlage weder begreifen noch aufhalten. Im Fall der Wirtschafts- und Währungsunion, die der „EG-Vertrag als Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft“ zum Gegenstand haben soll,⁶⁸ wiederholt sich dieser Vorgang. Das ordoliberal konzipierte Rechtsgebäude jener Union sollte sich sehr rasch als instabil erweisen. Als sich das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1998 vor dem Eintritt in die dritte Stufe der Währungsunion mit dem Ansinnen konfrontiert sah, die Beachtung der Kriterien, die es selbst formuliert hatte, zu prüfen, blieb dem Gericht nichts anderes übrig, als auf die Einschätzungsprärogative der zuständigen Staatsorgane zu verweisen.⁶⁹ In gleicher Weise musste der EuGH sich verhalten, als die Kommission ihn im Jahr 2004 dazu bewegen wollte, einen Ratsbeschluss für nichtig zu erklären, in dem der Rat sich geweigert hatte, die von der Kommission empfohlenen, Rechtsinstrumente in den gegen Frankreich und Deutschland angestrebten Defizitverfahren einzusetzen.⁷⁰ Sieht so die „Herrschaft des Rechts“ aus? Haben wir es einfach mit Ungehorsam zu tun, oder agieren Bundesverfassungsgericht und EuGH deshalb jenseits des Rechts, weil diese Art Recht Anerkennung weder verdient noch zulässt? Majone, der in seiner Wertschätzung nicht-majoritärer, politisch unabhängiger Institutionen Mestmäcker im Grundsätzlichen nicht nachsteht, hat die Entstehungsgründe der Währungsunion ebenso nüchtern analysiert wie die Verhandlungen über den EWGV.⁷¹ Er urteilt: „In deciding to grant quasi-constitutional status to the independence of the European Central Bank, the framers of the TEU accepted a democratic and constitutional monstrosity – a central bank operating in a political vacuum – for the sake of ‚deepening‘ the integration process, indeed, of making it irreversible“.⁷² Die 3%-Verschuldensgrenze des Stabilitätspaktes, der die Währungsunion abrunden sollte, hielt Barry Eichengreen, der frühzeitig auf Konstruktionsfehler der Währungsunion hingewiesen hatte,⁷³ für „bestenfalls albern und schlimmstenfalls pervers“.⁷⁴ Inzwischen wird diskutiert, ob es

65 Der Titel über den folgenden Bemerkungen ist ein Verweis auf Ch. Joerges, *Integration durch Entrechtlichung?*, in: G. F. Schuppert/M. Zürn (Hrsg.), *Governance in einer sich wandelnden Welt*, PVS Sonderheft 41/2008, 213-237.

66 Oben III.

67 S. oben IV.1.

68 Mestmäcker (Fn. 64), 3.

69 Beschluß v. 31.3.1998, BVerfGE 97, 350.

70 Rs C-27/04, U. v. 13.7.2004, Slg. 2004, I-6649 - Kommission/Rat, Rz. 80.

71 Majone (Fn. 39), 90 ff.

72 Majone. (Fn. 39), 34; s. auch 162.

73 Siehe etwa B. Eichengreen, *Should the Maastricht Treaty be Saved?*, Princeton, NJ (Princeton studies in international finance no. 74) 1992.

74 DIE ZEIT vom 20. November 2003.

möglich sei, Griechenland zum Austritt aus der Währungsunion zu treiben⁷⁵ und ob die Europäische Zentralbank durch den Ankauf von griechischen Staatsanleihen das Bail-out-Verbot des Art 125 Abs. 1 AEUV verletzt und ihre Satzung missachtet habe.⁷⁶

Sind wir durch eine defizitäre Rechtsherrschaft in einen politischen Ausnahmezustand versetzt worden? Die Union ist durch die Finanzkrise in eine Lage geraten, in der die Mitgliedstaaten nicht mehr eigenständig handeln können, ein Europäisches Kriseninstrumentarium aber nicht verfügbar ist – mit der Folge, dass die Krisenbewältigung ohne einen solchen Rahmen organisiert werden muss. Über die Maßnahmen, die dabei ergriffen wurden und werden, ist hier nicht zu richten. Ersichtlich ist allerdings, dass die nunmehr in Art. 130 AEUV festgeschriebene Unabhängigkeit der Europäischen und nationalen Zentralbanken und die in Art. 127 AEUV statuierte Verpflichtung des Europäischen Systems der Zentralbanken auf die Preisstabilität als sein vorrangiges Ziel, als Orientierung für die Koordination von Fiskal- und Währungs- sowie Wirtschaftspolitik – in einem sozio-ökonomisch derart heterogenen Wirtschaftsraum wie der Eurozone – nicht hinreicht. Dieser Rahmen besagt nicht, dass dem System so wunderbare Kräfte eigen seien, wie sie der Baron von Münchhausen zur Verfügung hatte, als er sich am eigenen Schopf aus dem Sumpf zog. Die Unabhängigkeit des Bankensystems und die Beschränkungen seiner Befugnisse haben keine Suprematie gegen alle anderen konstitutionalisierten Politikziele der Union begründet.⁷⁷ Die Zentralbank ist vielmehr gehalten, ihre unabhängige Expertise für die Koordination der Wirtschaftspolitik in der Union einbringen. Das Recht könnte dabei überleben, indem es den Rahmen, in dem solche Koordinationen stattfinden, transparent normiert, um so das Vakuum zu füllen, das die ordoliberalen Politik in Maastricht hinterlassen hat.⁷⁸

In beiden Fällen, der regulativen Politik ebenso wie nun in der Finanzkrise, ist der Ordoliberalismus an eben den Grenzen gescheitert, die er politischem Handeln im Namen der dem Marktgeschehen angeblich immanenten Ordnungskräfte setzen wollte. Die Frage nach den Gründen dieses Scheiterns gehört in die politische Ökonomie und Wirtschaftssoziologie. Dort findet man Aufschlussreiches bei einem Zeitgenossen von Hayeks, der wie dieser Wien verlassen musste. In dem gleichen Jahr, in dem von Hayek seinen „Weg zur Knechtschaft“⁷⁹ veröffentlichte, hat Karl Polanyi in seiner „Great Transformation“⁸⁰ Analysen

75 M. Seidel, Der Euro – Schutzschild oder Falle: Kann die EWU-Mitgliedschaft eines Landes bei Überschuldung und permanenten Leistungsbilanzdefiziten aufgehoben werden?, Ms. Düsseldorf 2010.

76 M. Seidel, Der Ankauf nicht markt- und börsengängiger Staatsanleihen, namentlich Griechenlands, durch die Europäische Zentralbank und durch nationale Zentralbanken – rechtlich nur fragwürdig oder Rechtsverstoß?, in: *EuZW* 2010, 521.

77 Dies hat der EuGH gegenüber der Bank recht klar zum Ausdruck gebracht: „[D]ie Tatsache, dass eine Einrichtung, ein Amt oder eine Agentur auf dem EG-Vertrag beruht, [legt es] nahe, dass diese Stelle geschaffen wurde, um zur Erreichung der Ziele der Europäischen Gemeinschaft beizutragen, und fügt sie in den Gemeinschaftsrahmen ein ... , so dass die Mittel, über die sie aufgrund des EG-Vertrags verfügt, ihrem Wesen nach von eigenem unmittelbarem Interesse für die Gemeinschaft sind (Rs. C-11/00, U. v. 10.7.2003, Slg. 2003, I-7147, Rz. 91). Im gleichen Sinn zuvor GA Jacons in seinen Schlussanträgen v. 3.10.2002: „[D]ie EZB (ist) integrierender Teil des Gemeinschaftsrahmens ... Die besondere Stellung der EZB innerhalb dieses Rahmens - die sie einerseits von den Organen und andererseits von den Agenturen und Dienststellen unterscheidet, die durch abgeleitetes Gemeinschaftsrecht geschaffen wurden - kann meines Erachtens nicht zu dem Schluss führen, dass die EZB keine Einrichtung wäre, die Teil der Gemeinschaft ist. Die EZB gehorcht den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, die Teil des Gemeinschaftsrechts sind, und fördert die in Artikel 2 EG festgelegten Ziele der Gemeinschaft durch die Erfüllung der ihr auferlegten Aufgaben und Pflichten“ (Rz. 60).

78 Ansätze hierzu bei M. Everson/F. Rodrigues, What Can the Law do for the European System of Central Banks? Good Governance and Comitology “Within” the System, ZERP-DP 3/2010.

79 v. Hayek (Fn. 33).

80 Karl Polanyi, *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, Boston, MA (Second Paperback Edition) 2001 (dt: Frankfurt a.M. 1978).

der „politischen und ökonomischen Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen“ vorgelegt, in denen er zeigt, dass „Märkte“ niemals von selbst entstanden sind und sich ebenso wenig selbst erhalten können. Die zeitgenössische Wirtschaftssoziologie hat Polanyis Einsichten durchaus bewahrt und ist dabei, sie zu aktualisieren.⁸¹ Die Gleichzeitigkeit von marktschaffender und regulativer Binnenmarktpolitik, die der Ordoliberalismus nicht wahrhaben wollte, ist danach eine unabwendbare, freilich inhaltlich nicht determinierte, Konsequenz der Politizität des Marktgeschehens und Finanzkrisen eine Folge der Entscheidung, Geld – eine „false commodity“ ebenso wie „Land“ und „Arbeit“ – wie eine Ware zu behandeln.

Recht und Gesellschaft

Law and Society



Wie wirkt Recht?

Ausgewählte Beiträge zum ersten gemeinsamen Kongress der deutschsprachigen Rechtssoziologie-Vereinigungen, Luzern 4. - 6. September 2008

Herausgegeben von Prof. Dr. Michelle Cottier, PD Dr. phil. habil. Dr. iur. Josef Estermann und Michael Wrase

2010, Band 1, 452 S., brosch., 89,- €
ISBN 978-3-8329-5397-3

Wie wirkt Recht in der gesellschaftlichen Wirklichkeit? Dieser Frage geht der Band aus unterschiedlichen fachlichen Perspektiven nach. Behandelt werden u.a. Themen zur Justizforschung, der Rechtswirkungs- und Verwendungsforschung, dem Erb- und Familienrecht, rechtlichen Aspekten der Bekämpfung von Terrorismus, dem demografischen Wandel, der symbolische Gesetzgebung und dem Antidiskriminierungsrecht.



Nomos

Bitte bestellen Sie im Buchhandel oder
versandkostenfrei unter ► www.nomos-shop.de

81 Verviesen sei hier lediglich auf A. Ebner, Governance and Public Policy. *Kumulative Habilitationsschrift an der Staatswissenschaftliche Fakultät der Universität Erfurt*, Juli 2008; s. auch ders., Transnational Markets and the Polanyi Problem, in: Ch. Joerges/J. Falke (Hrsg.), *Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets*, Oxford, Kap. 2 (im Erscheinen).