

ORDEN POUR LE MÉRITE
FÜR WISSENSCHAFTEN UND KÜNSTE

REDEN UND GEDENKWORTE

VIERUNDDREISSIGSTER BAND

2005 – 2006

WALLSTEIN VERLAG

VORTRAG VON
ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER

ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER

EUROPÄISCHE PRÜFSTEINE DER HERRSCHAFT
UND DES RECHTS*

I. Herrschaft fordert Legitimation, Recht fordert gleiche Freiheit. Wir sind es gewohnt, die Legitimation von Herrschaft mit dem demokratischen Prozeß zu identifizieren und die Rechtsordnung als ein Produkt der staatlichen Herrschaft zu verstehen. In der Europäischen Union hat sich das Verhältnis von Herrschaft, Staat und Recht jedoch grundlegend gewandelt. Gewiß verdanken die Europäischen Verträge ihre Geltung der Ratifizierung durch die mitgliedstaatlichen Parlamente. Das deutsche Bundesverfassungsgericht ist darauf bedacht, diese Legitimation festzuhalten. Das ist schon deshalb unerläßlich, weil die Befugnis zu zwingen bei den Mitgliedstaaten verbleibt. Aber das Gemeinschaftsrecht legitimiert in seinem Anwendungsbereich auch den Rechtszwang. Der EuGH interpretiert den EG-Vertrag als Verfassungsurkunde einer Rechtsgemeinschaft. Ihr Gegenstand ist die Wirtschafts- und Währungsunion. Die Staaten sind zwar die wichtigsten Rechtssubjekte der Union geblieben,

* Eine englische Fassung des Vortrags kann beim Ordenssekretariat angefordert werden.

aber sie sind es nicht mehr allein. Sie teilen diesen Status mit ihren Bürgern und den Bürgern in anderen Mitgliedstaaten.

Auf dieser Grundlage ist die EU zu einer Organisation von weltweiter politischer und wirtschaftlicher Bedeutung geworden. Um ihren Standort zu bestimmen, wird sie häufig mit den Vereinigten Staaten von Amerika verglichen. Dafür sprechen die Größe des Wirtschafts- und Währungsraums und die Wirkungen, die davon auf Dritte, auch auf die Vereinigten Staaten, ausgehen. In dieser Perspektive ist die Europäische Union die wichtigste Antwort auf die Herausforderungen der Globalisierung. In der World Trade Organisation (WTO) läßt sich ein labiles Gleichgewicht zwischen der EU und den USA feststellen. Auf Großfusionen, die geeignet sind, den Wettbewerb auf Weltmärkten zu beschränken, sind die europäische und die US-amerikanische Fusionskontrolle nebeneinander anwendbar. Die Kontrollverfahren werden auf Grund bilateraler Vereinbarungen zwischen der US-amerikanischen und der europäischen Behörde aufeinander abgestimmt, ohne aber die eigenständige wirtschaftsrechtliche Beurteilung zu präjudizieren.

Wichtiger als Kategorien der Gleichgewichtspolitik sind jedoch die Hinweise, die aus einem Vergleich mit dem US-amerikanischen Recht und dem internationalen Wirtschaftsrecht für die Eigenart der europäischen Rechtsordnung zu gewinnen sind. Folgt man einer in den USA verbreiteten, in Brüssel von einer einflußreichen Lobby vertretenen Meinung, dann gibt es nur eine Richtung, in der sich das europäische Recht entwickeln sollte: in Richtung auf das amerikanische Recht. Dem Optimismus, mit dem der Export des eigenen Rechts vertreten wird, steht jedoch eine große Skepsis in der Berücksichtigung fremder Rechtserfahrungen gegenüber. Eine These lautet, die Berücksichtigung fremden Rechts in der Auslegung der eigenen Rechts- und Verfassungsordnung sei mit der Rückbindung an den demokratischen Prozeß unvereinbar. Die widerstreitenden Meinungen spalten selbst die Richter des US Supreme Court.¹ Für die EU gilt dagegen das Prinzip, daß zu ihrer Rechtsordnung die Rechtsgrundsätze gehören, die den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten gemeinsam sind. Auf dieser Grundlage prüft der EuGH die Hoheitsakte der Gemeinschaft

auf ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten, wie sie insbesondere in der Europäischen Menschenrechtskonvention normiert sind. Diese Grundsätze schließen die vergleichende Berücksichtigung US-amerikanischen Rechts in der EU selbstverständlich nicht aus.

Die politischen Leistungen, die von der EU und ihren Mitgliedstaaten für eine gemeinsame Rechtsordnung erbracht werden, zeigt ferner ein Vergleich mit multilateralen völkerrechtlichen Verträgen. Deren geringe rechtstatsächliche Bindungswirkung ist oft bemerkt worden. Sie läßt sich hauptsächlich auf den Mangel an kollektiven Sanktionen bei Vertragsverletzungen zurückführen. Hier bestätigt sich die andernorts heiß umstrittene These, daß man mit einem völkerrechtlichen Vertrag, den man selbst auslegt, nur die Option erwirbt, ihn zu brechen. Die ökonomische Analyse des Völkerrechts hat denn auch keine Mühe, diesen Befund auf das ökonomisch rationale Verhalten der Staaten zurückzuführen.² In der EU beruht die Durchsetzung ihrer Normen auf der gemeinsamen Rechtsordnung, die von der Kommission, hauptsächlich aber im Zusammenwirken der europäischen und mitgliedstaatlichen Gerichte durchgesetzt wird. Dieses Zusammenwirken folgt aus der Transformation der staatsgerichteten Grundfreiheiten des Vertrages in subjektive Rechte der Bürger, die sie auch vor den mitgliedstaatlichen Gerichten geltend machen können. Das gilt für die Freiheiten des Warenverkehrs, der Dienstleistungen, der Niederlassung, des Personenverkehrs und des Kapitalverkehrs. Die Symbiose des europäischen und des mitgliedstaatlichen Rechts setzt das übergeordnete öffentliche Interesse der Gemeinschaft voraus. Es läßt sich nicht auf den Interessenausgleich zwischen den an einem Konflikt unmittelbar beteiligten Staaten, Unternehmen oder Bürgern zurückführen. Vielmehr setzt sich das Gemeinschaftsrecht kraft seines Vorrangs im Falle von Konflikten gegen das mitgliedstaatliche Recht durch. Bleibt die Sanktion von Vertragsverletzungen den Beteiligten überlassen, wie es in der WTO zutrifft, so entscheidet über die Lösung des Konflikts letztlich nicht das Recht, sondern die Verteilung der Macht.

Die Rolle der EU und ihres Rechts zeigen schließlich die Regeln, nach denen neue Mitglieder aufgenommen werden. Der Beitritt ist

an die Voraussetzung gebunden, daß der beitretende Staat demokratisch und marktwirtschaftlich verfaßt ist und bereit, das Gemeinschaftsrecht in dem Bestand zu übernehmen, den es zum Zeitpunkt des Beitritts hat. Die verbreitete Forderung, auf diese Garantie des gemeinschaftlichen Besitzstandes zu verzichten, verkennt die Qualität der zu treffenden Entscheidung. In der politischen Diskussion stehen die Fragen nach dem Wohlstandsgefälle und den daraus folgenden finanziellen und wirtschaftlichen Ausgleichsleistungen ganz im Vordergrund. Im Hinblick auf die Rechtsordnung der Gemeinschaft tritt jedoch eine andere Frage in den Vordergrund. Jeder Staat, der in die Gemeinschaft eintritt, wird damit aktiver und passiver Teilnehmer an ihrer Rechtsordnung. Die Regierungen der Mitgliedstaaten oder ihre Bevölkerungen entscheiden über einen Mitgesetzgeber. Der Befund ist grundlegend und unabhängig von der Stimmenverteilung im Rat und der Sitzverteilung im Parlament und der Zusammensetzung der Kommission. Der Beitritt zur EU ist freiwillig. Die Beitrittskandidaten bewerben sich in der Gewißheit, daß die Vorteile der Mitgliedschaft die Einbußen an Souveränität überwiegen. Das ist das genaue Gegenteil eines hegemonialen Liberalismus.

Ein Dialektiker könnte Freude daran haben, daß in den neuen Mitgliedstaaten die Marktwirtschaft an die Stelle sozialistischer Planwirtschaften tritt, die sich zu ihrer Legitimation stets auf die Ideen von Karl Marx berufen haben. Es gehört zum Marxschen Erbe, dem rechtsfeindlichen Herrschaftssystem des Kapitalismus die Gesellschaft als Opfer mit emanzipatorischem Potential gegenüberzustellen. Heute gehört es zur europapolitischen Diskussion, Neoliberalismus zu sagen, wenn man Kapitalismus meint, und Fortschritte von der »Zivilgesellschaft« zu erwarten. Das kosmopolitisch vermeintlich deformierte Europa wird auf die Suche nach Legitimation geschickt. Ich zitiere:

Seine [Europas] Achillesferse sind seine Legitimationsprobleme: Weder die neoliberale Marktrationalität, noch die bürokratische Rationalität supranationaler Technokratien, geschweige denn die politische Rationalität nationaler Staatsinteressen sind in der

Lage, dem europäischen Projekt die benötigte Legitimation zu verschaffen.³

Dazu bedürfe das kosmopolitisch deformierte oder das »neoliberal eingefrorene Markteuropa«⁴ der Legitimationskraft der Politik.

Die Rechtsordnung der Gemeinschaft ist jedoch kein bloßer Überbau für politisch unbeherrschbare Wirtschaftsprozesse. Sie ist vielmehr bestimmt und geeignet, die staatlichen und privaten Herrschafts- und Machtpotentiale, die mit marktwirtschaftlichen Systemen notwendig verbunden sind, so zu begrenzen, daß sie mit der Selbständigkeit und dem Wohlstand europäischer Bürger vereinbar bleiben. Ohne die Währungsunion wären die Mitgliedstaaten nicht in der Lage, ihre währungspolitische Selbständigkeit und die Stabilität ihrer Währungen zu gewährleisten. Die Kapitalverkehrsfreiheit, deren Auswirkungen zu erschrockenen politischen Reaktionen geführt haben, gehört zu den notwendigen Bedingungen einer Währung, die weltweit honoriert werden will. Deshalb war es unerläßlich, die Einführung der Währungsunion mit der Kapitalverkehrsfreiheit zu verbinden, die auch im Verhältnis zu Drittstaaten gilt. Der durch den Vertrag von Maastricht ebenfalls eingefügte Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft bei freiem Wettbewerb kennzeichnet wettbewerbliche Märkte als Voraussetzung für die Wirksamkeit der währungspolitischen Instrumente.

II. Europäische Prüfsteine für Herrschaft und Recht folgen aus den nun näher zu betrachtenden kulturellen, rechtlichen und wirtschaftlichen Besonderheiten der EU. Sie sollen hier nicht in Auseinandersetzung mit dem institutionellen Gleichgewicht zwischen Parlament, Rat, Kommission, Gerichtsbarkeit und Mitgliedstaaten behandelt werden. Auch geht es nicht um eine Alternative zu dem in den Gründerstaaten Frankreich und Holland gescheiterten Verfassungsvertrag. Zu prüfen ist vielmehr die Legitimation des auf wirtschaftlichen Freiheitsrechten beruhenden gegenwärtigen Systems. Sie bleibt neben der Frage nach der demokratischen und gesellschafts-

politischen Zukunft der EU erheblich. Jedenfalls wäre es ein verhängnisvoller, von der gegenwärtigen politischen Diskussion jedoch nahegelegter Irrtum, politischer Fortschritt sei nur zu erwarten, wenn man die ökonomische Orientierung der Gemeinschaft überwinde.

1. Die Entwicklung der europäischen Rechtsordnung im letzten halben Jahrhundert war nicht programmierbar, nicht kodifizierbar und folgte keinem konditionalen Planprogramm. Sie setzte, wie Helmut Coing bei einer Veranstaltung unseres Ordens 1983 gesagt hat, das Recht als Element der europäischen Kultur voraus.⁵ Über viele Jahrhunderte prägend war der Einfluß des römischen Privatrechts. In der europäischen Aufklärung bildete es die Grundlage für die Herausbildung der Grundrechte. Und es war die beiderseitige Öffnung der Rechts- und Wirtschaftswissenschaften füreinander, die erst ihre gemeinsame Bedeutung für marktwirtschaftliche Ordnungen erklärt. Die Wirtschaftswissenschaften haben es leichter als die Rechtswissenschaften vom Reichtum der Nation zum Reichtum der Nationen fortzuschreiten. Aber das Privatrecht folgt den Transaktionen, aus denen Märkte und Wettbewerb ohne Rücksicht auf nationale Grenzen entstehen, wie ein Schatten. Trotz bis heute nicht überwundener methodischer Schwierigkeiten sind Ökonomie und Recht fest aneinander gebunden. Die Klammer bildet die strenge Zucht der Knappheit ökonomischer Ressourcen und die politische Symbiose des Wohlstands der Menschen mit dem öffentlichen Interesse der Staaten.

Zum Erbe der europäischen Aufklärung gehört ferner die strikte Trennung des Rechts von Religion und Moral. Zur Trennung von Recht und Religion heißt es bei Kant, keine bürgerliche Verfassung könne einen Religionszwang begründen, gegen ihn sei sogar der gewaltsame Widerstand gerechtfertigt.⁶ Die Trennung von Recht und Moral hat unerwartete Relevanz durch das neue Antidiskriminierungsrecht in Art. 13 EGV erhalten, der durch den Vertrag von Amsterdam in das primäre Gemeinschaftsrecht aufgenommen wurde.

2. Die historisch wichtigste Erklärung für den politischen Willen, die europäischen Gemeinschaften als Gemeinschaften des Rechts zu begründen, folgte daraus, daß sie fortgesetzte Friedensverträge waren. Der Gedanke findet sich noch in der Präambel des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl. Aber ihren Abschluß hat diese Entwicklung erst mit der deutschen Wiedervereinigung gefunden. Sie trifft zusammen mit einem qualitativen Wandel im Prozeß der europäischen Integration. Er folgt aus der Öffnung für die Aufnahme von neuen Mitgliedern, die in ihrer Mehrheit ein halbes Jahrhundert als sozialistische Planwirtschaften dem Sowjetblock angehört haben.

Die Bereitschaft der ursprünglichen und der neuen Mitglieder der EU, sich der Herrschaft des Rechts, wenn nicht zu beugen, so doch sich seiner Entwicklung anzuvertrauen, verweist auf scheinbar widersprüchliche Ursachen: auf die Erfahrungen des Zweiten Weltkriegs und auf den Mißbrauch des Rechts im Dienst faschistischer und kommunistischer Diktaturen. Gemeinsam ist diesen Erfahrungen jedoch der Blick in die Abgründe des Naturzustandes. Der Krieg ist nicht die einzige Erscheinungsform des Naturzustandes, aus dem, wie Immanuel Kant gesagt hat, nur das Recht herausführt. Daran ist zu erinnern, wenn es in der gegenwärtigen lebhaften Diskussion über die Zukunft Europas heißt, der Gedanke des Friedens durch Recht sei nach 50 Jahren europäischer Integration überholt und taugte nicht mehr zu ihrer Legitimation. Der Naturzustand ist jedoch keine Erinnerung an glücklich überwundene Gefahren, auch keine Fiktion, welche die Segnungen der Zivilisation in um so hellerem Licht erstrahlen und ihre Bürden leichter tragen läßt. Der Rückfall in die gesetzlose Freiheit ist in keiner Gesellschaft und schon gar nicht im Verhältnis von Staaten zueinander ausgeschlossen. Er bleibt auch in rechtlich geordneten Gesellschaften in den Versuchungen der Macht, sei es staatlicher oder gesellschaftlicher Macht, gegenwärtig.

3. Die politischen und rechtlichen Besonderheiten der EU lassen sich durch den Begriff eines europäischen Gesellschaftsvertrages, eines *Contrat social*, kennzeichnen. Der Begriff entspricht dem Ursprung

und dem gegenwärtigen Stand der Union. Sie soll zu einer neuen politischen Qualität führen, beruht aber nach wie vor auf einem Vertrag. Der Selbstbestimmung und Herrschaft zugleich legitimierende Begriff hat eine ehrwürdige Tradition von John Locke bis Rousseau und Kant. Er ist offen für die systematische Interpretation der Rechtsordnung der Gemeinschaft und der für sie geltenden normativ geprägten Ziele. Rechtssubjekte dieses Vertrages sind außer den Mitgliedstaaten ihre Bürger. Diese Bürger haben gerichtlich durchsetzbare Rechte gegenüber den Gemeinschaftsinstitutionen und gegenüber den Mitgliedstaaten auf Anwendung der inhaltlich eindeutigen, an keine politischen Vorgaben gebundenen Normen des Gemeinschaftsrechts.

Die Möglichkeit, die Europäische Union in dieser Tradition zu interpretieren, wird aus ganz verschiedenen Gründen in Frage gestellt. Zu unterscheiden ist die Kritik an der Legitimationskraft von Freiheitsrechten überhaupt von der Kritik an der Legitimationskraft wirtschaftlicher Freiheitsrechte.

Folgt die Freiheit, wie es bei Thomas Hobbes heißt, aus dem Schweigen der Gesetze, dann lassen sich aus Freiheitsrechten keine Prinzipien für die gesellschaftlichen Ordnungen ableiten, die aus ihnen entstehen. In nicht zufälliger Gefolgschaft heißt es bei Carl Schmitt: Die Freiheit konstituiert nichts.⁷

Ganz anderer Art sind die Einwände, die im Namen vermeintlich verdrängter Politik und universaler Menschenrechte gegen die Legitimationskraft wirtschaftlicher Freiheitsrechte geltend gemacht werden. In der Tradition von John Locke habe der einzelne nur Rechte gegen den Staat, aber keine Pflichten. Deshalb komme es darauf an, Individualrechte gegen die öffentliche Gewalt zu transformieren in Pflichten⁸ gegenüber anderen Menschen.⁹ Harsche Kritik richtet sich sodann gegen das Substrat der Civil society, nämlich gegen die Rechte und Pflichten der Bürger, die sie privatautonom begründen. Ohne Legitimation durch rationale Diskurse erschöpfe sich der Gebrauchswert dieser Bürgerfreiheiten im Genuß privater Autonomie. Ganz fehle dem »possessiven Individualismus« der Sinn für soziale Verpflichtungen und der gleichmäßige Respekt

vor der Würde des Menschen.¹⁰ Auf diese Weise lassen sich Regeln und Institutionen des Privatrechts, die weltweit auf der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie beruhen, nicht diskreditieren. Richard Epstein hat die Gründe zusammengefaßt: »Wir verlassen uns am besten auf unsere vorsichtige Skepsis, die zuerst mit unserer kollektiven Kenntnis von allgemeinen Regeln menschlichen Verhaltens rechnet (ohne die Recht nicht möglich sein würde); und die zweitens mit unserer kollektiven Unkenntnis menschlicher Wertschätzungen rechnet; diese erklärt, warum freiwilliger Tausch die wichtigste Methode ist, wirtschaftliche Ressourcen zu übertragen.«¹¹ Mein Lehrer Franz Böhm hat diesen Befund mit der Privatrechtsgesellschaft auf den Begriff gebracht. Ohne dieses Substrat der Civil society, das den Mitgliedstaaten der EU gemeinsam ist, wäre der gemeinschaftsrechtlich durchgesetzte Binnenmarkt nicht möglich. Der planwirtschaftliche Sozialismus hat in seinem Geltungsbereich die Privatrechtsordnung weitgehend funktionslos werden lassen. Ihre Wiederherstellung ist in den neuen Mitgliedstaaten eine Voraussetzung für die Teilnahme an der europäischen Rechtsgemeinschaft.

4. Zusammenhänge und mögliche Konflikte zwischen Binnenmarkt und Menschenrechtspolitik sind nicht nur gesellschaftspolitisch kontrovers. Sie betreffen zugleich die grund- und menschenrechtliche Legitimation der Grundfreiheiten. Sie sind in den Worten des Präsidenten des EuGH, Vassilios Skouris, wirtschaftliche Grundrechte.¹² Dieser Rang wird gemeinschaftsrechtlich erheblich, wenn es um die Anwendung und Auslegung des menschenrechtlich begründeten Antidiskriminierungsrechts geht. Rechtsgrundlage ist der durch den Vertrag von Amsterdam in den EGV aufgenommene Artikel 13 Abs. 1. Die Vorschrift ermächtigt die Gemeinschaft, mit Hilfe der ihr übertragenen Zuständigkeiten, »geeignete Vorkehrungen zu treffen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen.« Welche Vorkehrungen geeignet sind, solche Diskri-

minierungen zu bekämpfen, sagt der Vertrag nicht. In den an die Mitgliedstaaten gerichteten Richtlinien wird vorausgesetzt, daß sie geeignete und erforderliche Mittel sind, um Diskriminierungen im Verhältnis der Bürger zueinander zu verbieten.¹⁵ Die Richtlinien, die Diskriminierungen in Beschäftigung und Beruf verbieten, bleiben hier wegen der Besonderheiten ihres arbeitsrechtlichen Anwendungsbereichs außer Betracht. Einen durchgängigen Bezug auf den Binnenmarkt stellen die Richtlinien her, die Diskriminierungen aus Gründen der Rasse und des Geschlechts beim Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Dieser Anwendungsbereich wird anhand der Transaktionen normiert, die nach der Rechtsprechung des EuGH unter die Warenverkehrs- oder Dienstleistungsfreiheit fallen können. Adressaten der Verbote sind mithin hauptsächlich Unternehmen, und zwar ohne Rücksicht auf ihre Marktstellung oder die Marktwirkungen ihres Verhaltens. Als Sanktion sind »abschreckende« Schadensersatzansprüche vorgeschrieben.

Die verschiedenen deutschen Entwürfe¹⁴ zur Umsetzung dieser Richtlinien übernehmen deren weiten Anwendungsbereich, weitergehend erfassen sie jedoch alle in Art. 13 EGV genannten Diskriminierungsmerkmale. Die Grundsatzfragen, zu denen das Gemeinschaftsrecht Anlaß gibt, reichen über das deutsche Gesetzgebungsverfahren hinaus. Sie betreffen die Begründung der geltenden und die Ausgestaltung der zukünftigen Richtlinien.

Der moralische Appell, der von den Diskriminierungsmerkmalen und von den politischen Aktionen der Kommission¹⁵ ausgeht, ist stark. Aber das moralische Gefühl, das sich gegen solche Diskriminierungen auflehnt, bedeutet nicht, daß ihm mit Rechtszwang Geltung verschafft werden sollte. Vielmehr mahnt das Gebot der Trennung von Recht und Moral zur Vorsicht.

Mit Schadensersatz- und Unterlassungsansprüchen sanktionierte Diskriminierungsverbote für Privatrechtssubjekte treffen den Wesensgehalt der Vertragsfreiheit. Zu ihrer Begründung gehört die Verhältnismäßigkeit von Eingriff, Schutzzweck und den abzuwehrenden Gefahren. Die Gefahren, die von Unternehmen ohne Marktmacht für die geschützten Personen ausgehen, sind notorisch gering.

Es braucht uns nicht zu beunruhigen, daß wir das Brot des Bäckers nicht dessen Fürsorge für unser leibliches Wohl, sondern seinem Gewinnstreben verdanken (Adam Smith).

Die rechtliche Legitimation der Vertragsfreiheit folgt aus dem Prinzip der Selbstbestimmung und der Verbindlichkeit geschlossener Verträge. Ökonomisch ist die Vertragsfreiheit das Spiegelbild der Preisfreiheit. Das Gebot der Gleichbehandlung ist für Inhaber staatlicher oder wirtschaftlicher Macht legitim, in Anwendung auf Privatrechtssubjekte im normalen Zivilrechtsverkehr ist es mit der Privatautonomie grundsätzlich unvereinbar.

Die Richtlinien begründen Ansprüche auf Schadensersatz, wenn ein Vertragsschluß wegen der Diskriminierungsmerkmale verweigert wird. Bei dem häufigen Fehlen eindeutiger äußerer Anhaltspunkte wird die Beklagte oder der Beklagte gezwungen sein, sich durch den Hinweis auf lautere Motive zu entlasten. Dazu eignen sich der Hinweis auf ihren Ruf, ihre Geschäftspraktiken oder ihren Charakter. Der Freiheitsgehalt des Privatrechts und seine wirtschaftliche Funktionalität beruhen aber gerade darauf, daß vertragliche Rechte und Pflichten ohne Ansehen der Person und der Tugendhaftigkeit der Beteiligten entstehen oder nicht entstehen.

Zu den auf Recht und Moral zugleich verweisenden Gründen für die Diskriminierungsverbote gehören die »gemeinsamen Werte«.¹⁶ Die Gemeinschaftsinstitutionen bestätigen damit eine Strategie, die Niklas Luhmann treffend gekennzeichnet hat: Die Bezugnahme auf Werte eröffnet die Möglichkeit, sich Legitimität zu beschaffen und sich zugleich die Entscheidung von Wertkonflikten – also aller Entscheidungen – offenzuhalten.¹⁷ Die Richtlinien postulieren in ihren Begründungserwägungen »die Gleichheit vor dem Gesetz und den Schutz aller Menschen vor Diskriminierungen als allgemeines Menschenrecht«.¹⁸ Der grundlegende Unterschied zwischen der Gleichheit vor dem Gesetz und einem allgemeinen Menschenrecht bleibt unbeachtet. Das Prinzip der Gleichheit im Verhältnis der Menschen zueinander wiederholt nur die Frage nach Inhalt und Grenzen ihrer Rechte und Pflichten. Freie Gesellschaften sind antagonistische Gesellschaften, weil sich die Menschen in vergleichender Selbstliebe

als ungleich erfahren. Aus den legitimen Gegensätzen der Meinung und der Interessen folgt in unserer Gesellschaft kraft der Vereinigungsfreiheit die Vielfalt rivalisierender Gruppen und Verbände. Diese Struktur kennzeichnet die Herausforderungen an das Recht, die gleiche Freiheit unter allgemeinen Regeln zu gewährleisten.

Die Richtlinien beschränken sich nicht auf den privatrechtlichen Rechtsschutz von Diskriminierungsopfern. Die Mitgliedstaaten sind darüber hinaus verpflichtet, Verbände, Organisationen und andere juristische Personen, die ein Interesse an der Einhaltung der Antidiskriminierungsvorschriften haben, zu fördern und ihnen Klagebefugnisse einzuräumen. Wir sollten die qualitativen Veränderungen jedoch nicht außer acht lassen, die sich bei Individualrechten vollziehen, wenn sie kollektiv wahrgenommen werden. Es ist ein Irrtum, anzunehmen, daß gesellschaftliche Gruppen in der Wahrnehmung moralisch motivierter Rechte rücksichtsvoller sind als der Staat.

Lange vor den schlimmen Erfahrungen des 20. Jahrhunderts mit indoktrinierten Gesellschaften hat John Stuart Mill auf die weltweiten Gefahren der zunehmenden gesellschaftlichen Kontrolle der einzelnen hingewiesen. Sie sei um so drückender, wenn sie durch die Gesetzgebung unterstützt werde: »Die Neigung der Menschengattung, sei es als Herrscher oder als Mitbürger, die eigenen Meinungen und Neigungen anderen als Regel vorzuschreiben, wird so nachhaltig gefördert, von einigen der besten und einigen der schlimmsten Eigenarten der menschlichen Natur, daß sie kaum je wirksam begrenzt werden konnte, außer durch einen Mangel an Macht.«¹⁹

Der Homo oeconomicus ohne Macht oder Privilegien gehört zu den weniger gefährlichen Mitmenschen.

III. In den Antidiskriminierungsrichtlinien zeigt sich die Tendenz, alle am Binnenmarkt teilnehmenden Unternehmen gesellschaftlich zu kontrollieren. Das widerspricht den jetzt zu behandelnden Strukturmerkmalen der Wirtschafts- und Währungsunion.

1. Der europäische Gesellschaftsvertrag hat von Anfang an und in seinem Vollzug zu einem grundlegenden Wandel im Verständnis der

tradierten Kategorien des Staats- und Völkerrechts geführt. Die Auflösung des Begriffs der unteilbaren und nicht übertragbaren Souveränität ist dafür das wichtigste, aber nicht das einzige Beispiel. In den Kernbereichen der Integration, in der Währungsunion, im Binnenmarkt, im Wettbewerbs- und Beihilfenrecht und in Teilen der Außenwirtschaftspolitik haben die Staaten die Rolle des Souveräns mit der des regelgebundenen Akteurs vertauscht. Für die marktbezogenen oder marktwirksamen Tätigkeiten orientieren sich diese Regeln an privatwirtschaftlichen und privatrechtlichen Kategorien. Die Staaten können nicht mehr frei darüber entscheiden, ob sie den Purpur des Hoheitsträgers ablegen und sich als Fiskus auf die Ebene des Privatrechts begeben wollen.

2. Das Unwahrscheinliche des europäischen Projekts folgt ebenso aus seinem Gegenstand, aus dem Vorhaben nämlich, die politische Integration mit Hilfe einer rechtlich geordneten Wirtschaftsgemeinschaft zu verwirklichen. Wer das Politische an der Wirtschaftsgemeinschaft vermißt, sollte bedenken, daß sie an die Stelle der im französischen Parlament gescheiterten europäischen Verteidigungsgemeinschaft getreten ist. Aus leicht einsehbaren Gründen reichte bei unseren Nachbarn die Erinnerung an den Krieg nicht aus, um auf das einseitige Recht der Selbstverteidigung zu verzichten.

Die gut dokumentierte Entstehungsgeschichte läßt bis heute wirksame Kräfte und Gegenkräfte erkennen: Konrad Adenauer und Walter Hallstein kam es im Verhältnis zu Frankreich aus politischen Gründen auf gemeinsame Institutionen an; Ludwig Erhard dachte mehr an den Markt und fürchtete die Gefahren des Dirigismus. Dieses Spannungsverhältnis hat die Entwicklung der EG, zum Beispiel im Verhältnis von Wettbewerbspolitik und Industriepolitik, begleitet. Die Prinzipien, die zum Erfolg beigetragen haben, verweisen nicht auf fortschreitende Politisierung, sondern auf unabhängige, an Rechtsregeln gebundene Institutionen.

Das Vertrauen in unabhängige Institutionen, repräsentiert durch deutsche Erfahrungen mit dem Bundesverfassungsgericht und der Bundesbank, war der wohl wichtigste deutsche Beitrag zur Verfas-

sungsstruktur der EG. Es geht nicht um »Entpolitisationen«. Es geht vielmehr um die Selbstbindung von Staaten. Sie sind in Kenntnis ihrer eigenen Anfälligkeit für Opportunismus bereit, in bestimmten Bereichen auf die Wahrnehmung kurzfristiger Eigeninteressen zugunsten der von ihnen mitbestimmten Gemeinschaftsinstitutionen zu verzichten. Dazu gehören der Europäische Gerichtshof, der »das Recht« zu wahren hat, das in den Texten der Gemeinschaftsverträge nur in Umrissen formuliert ist; die Kommission, die das Gemeinschaftsinteresse eigenständig zu wahren hat, und schließlich die Unabhängigkeit der europäischen Zentralbank.

3. Das für die EU grundlegende Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit überwindet einen Kern des traditionellen Staatsegoismus: Das Verbot gewährleistet für die Bürger der Gemeinschaft den gleichen Zugang zu den Rechts- und Wirtschaftsordnungen der Mitgliedstaaten. Damit unvereinbar ist die Begrenzung der vom Staat zur Verfügung gestellten öffentlichen Güter auf die eigenen Staatsangehörigen. Auch die Freiheiten, die den Binnenmarkt konstituieren, gehen auf dieses Diskriminierungsverbot zurück, sind darauf jedoch nicht mehr beschränkt. Sie gelten nach dem Prinzip des Herkunftslandes auch für unterschiedslos anwendbare Beschränkungen, die aus der Verschiedenheit der nationalen Rechtsordnungen folgen. Den Abstand, der zwischen Grundsatz und Umsetzung bestehen kann, hat der politische Widerstand gegen die Dienstleistungsrichtlinie gezeigt, die das Prinzip des Herkunftslandes für alle Dienstleistungen verwirklichen sollte. Das Europäische Parlament hat davon wenig übriggelassen.

Grenzen von Binnenmarkt und Wettbewerb sind auch in den Bereichen deutlich geworden, die in den romanischen Ländern zum Service public gehören und in unserem Land dem schnell um- und aufgewerteten Begriff der Daseinsvorsorge unterfallen. In Frankreich gehört der Service public zum Kern der Souveränität. Die Sprengkraft der hier zu lösenden Probleme zeigt die Energiewirtschaft. Man mag in dem Bündel der hier zu bedenkenden wirtschaftlichen, sicherheitspolitischen und geopolitischen Interessen den Beleg für

die letztlich dominierende Macht des nur Politischen sehen. Wenn man die Geschichte der europäischen Energiepolitik bedenkt, die einmal als Kohlepolitik begonnen hat, gibt es jedoch gute Gründe, die Teilprobleme mit den Mitteln des Gemeinschaftsrechts abzuarbeiten, die einer solchen Lösung zugänglich sind. Die Telekommunikation beweist, daß diese Aufgabe auch in den traditionellen Bereichen der Daseinsvorsorge und des Service public gelingen kann. Aber selbst das Ende des Telefonmonopols, an das wir uns kaum noch erinnern, wird im Namen der Daseinsvorsorge, der Unmoralität des Wettbewerbs und der europäischen Deregulierungswut beklagt. Verloren haben wir ein Monopol, das unter verfassungsrechtlichem Schutz Gebühren erheben konnte, wenn es nach den Regeln kameralistischer Buchhaltung Finanzmittel benötigte, das sich von Rechts wegen auf alle neuen Kommunikationstechniken erstreckte und jede im selbstdefinierten öffentlichen Interesse der Deutschen Bundespost liegende Tätigkeit finanzieren durfte.

4. Die Unternehmen, die von den Grundfreiheiten Gebrauch machen, nehmen damit am Binnenmarkt und am System unverfälschten Wettbewerbs teil. Der funktionale Zusammenhang von offenen Märkten und Wettbewerb ist wirtschaftswissenschaftlich evident, normativ aber nicht selbstverständlich. In der europapolitischen Diskussion weckt der Wettbewerb als Rechtsprinzip in seiner Anwendung auf staatliche Maßnahmen sehr alte Vorbehalte. Hegel hat sie in Auseinandersetzung mit der »Staatsökonomie« von Adam Smith und Ricardo vorausgesehen. Der Vernünftigkeit, die im System der Bedürfnisse aufscheint, stellt er das Feld gegenüber »wo der Verstand der subjektiven Zwecke und moralischen Meinungen seine Unzufriedenheit und moralische Verdrießlichkeit ausläßt«. ²⁰ Verdrießlich sind die Kritiker, die auf der Suche nach Politik oder Moral in und für Europa sind. Im Mittelpunkt der Kritik stehen die Grundfreiheiten als negative Rechte. Sie wirken negativ in dem Sinne, daß Eingriffe in den Binnenmarkt verboten sein können, ohne daß der EuGH verpflichtet ist, über Alternativen zu den gemeinschaftsrechtswidrigen Maßnahmen zu urteilen. In den plan-

wirtschaftlichen Systemen des Sozialismus war dies bei planwidrigen Entwicklungen die Aufgabe der staatlichen Schiedsgerichte. Im Binnenmarkt übernimmt diese Aufgabe im Grundsatz der unverfälschte Wettbewerb.

Mit dem Gegensatz von negativen und positiven Freiheiten kommt eine der großen Kontroversen der Gegenwart in den Blick: Es ist das Verhältnis von bloß negativ wirkenden Freiheitsrechten und den positiven Rechten auf die Teilhabe an der richtig verstandenen Freiheit. Die negative Freiheit schützt unsere Selbständigkeit, die richtig verstandene positive Freiheit appelliert an unser besseres Selbst. Isaiah Berlin hat gezeigt, warum die positiven Freiheiten immer in Gefahr sind, zum Vorwand für Herrschaft zu werden.²¹ Er zeigt, daß die diktatorischen Regime des vorigen Jahrhunderts keine Schwierigkeiten hatten, das bessere Selbst für ihre eigenen Untertanen und für unterworfenen Fremde zu definieren. Deshalb ist bei dem vielfach geforderten Übergang von der durch nur negative Freiheiten definierten negativen Integration zur positiven Integration Umsicht geboten. Auch die EU entgeht nicht der Dynamik des Gleichheitssatzes und nicht der Antinomie der negativen und positiven Freiheiten.

Zum Binnenmarkt gehört neben den Grundfreiheiten die Rechtsangleichung. Sie ist der Ursprung des großen Unbehagens an einer Gemeinschaftsgesetzgebung, die in ihrer oft pedantischen Detailliertheit zum Inbegriff der europäischen Bürokratie geworden ist.

Bei aller Kritik: Die Grenzen des Marktes müssen in Auseinandersetzung mit tradierten und oft gegensätzlichen Präferenzen der Mitgliedstaaten ermittelt werden. Der Ausgleich zwischen Wettbewerb und zwingenden öffentlichen Interessen gehört zu den großen Herausforderungen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten. Der Wettbewerb der Regulierungssysteme gibt nur eine Teilantwort. Kriterien für die politischen Entscheidungen folgen aus den Grundsätzen der Einzelermächtigung für die Organe der EG, den Prinzipien der Verhältnismäßigkeit und Subsidiarität und den Vorbehalten zugunsten zwingender öffentlicher Interessen der Mitgliedstaaten. Zu beherzigen ist die Warnung von Benjamin Constant: »Große

Staaten, gegründet auf Freiheit und Gleichheit, erliegen gleichwohl dem Irrglauben an die Überlegenheit uniformer Systeme.«²²

5. Die EU ist eine Wirtschaftsgemeinschaft, sie ist keine Sozialgemeinschaft. Die Systeme sozialer Sicherheit sind weiter in der fast ausschließlichen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Das Nebeneinander von Binnenmarkt und staatlichen Sozialsystemen wird vielfach als unerträglicher Widerspruch empfunden. Auf Gemeinschaftsebene als ungelöste Zukunftsaufgabe, auf der Ebene der Mitgliedstaaten als Diskrepanz zwischen der Einbuße an wirtschaftspolitischer Gestaltungsfähigkeit und staatlicher Verantwortung für das Sozialsystem. Einen Vorschlag, den Gegensatz von nur negativer und positiver Integration zu überwinden, hat Fritz W. Scharpf vorgelegt.²⁵ Er möchte Sozialdumping verhindern. Darunter versteht er Auswirkungen des grenzüberschreitenden Wettbewerbs, die geeignet sind, in den betroffenen Mitgliedstaaten zur Reduzierung von Sozialleistungen zu führen. Kompetitive Deregulierungen und Steuervergünstigungen seien zu verbieten. Der Maßstab sei eine zwischen den Mitgliedstaaten zu vereinbarende Untergrenze nationaler Sozialausgaben. Dafür sei die Korrelation zwischen Wohlstand und Sozialausgaben statistisch zu ermitteln und von den Mitgliedstaaten in Abhängigkeit von dieser Korrelation festzuschreiben. Der Vorschlag stellt in Rechnung, daß es unrealistisch wäre, einen gemeinsamen Sozialstandard zu erreichen und durchzusetzen. Er stellt nicht in Rechnung, daß es wenig aussichtsreich erscheint, den hohen deutschen Sozialstandard gegen den Wettbewerb im Binnenmarkt abzusichern. Er stellt ferner nicht in Rechnung, daß ein Fallrecht gegen unlauteren Wettbewerb der Regulierungssysteme das Ende von Binnenmarkt und Wettbewerbssystem bedeuten würde.

Die Europäische Union kann und wird uns die Last der Neuordnung der eigenen Sozialsysteme nicht abnehmen. Mit einer unverteiltenden Sozialpolitik ist unter vorhersehbaren Bedingungen nicht zu rechnen, und sie ist auch nicht zu wünschen. Trotzdem bestätigt die Europäische Union »die sanft zivilisierende Kraft des Rechts«. Es bildet zugleich den Rahmen für die Wirtschafts- und Währungs-

union, die offenen Märkten und Wettbewerb verpflichtet ist. Wer europäische politische Herausforderungen sucht, findet hier ein weites, noch zu bestellendes Feld.

Anmerkungen

- 1 Atkins v. Virginia 536 US 304 (2002).
- 2 Umfassend dazu Posner, *International Law: A Welfarist Approach*, The Law School, The University of Chicago, September 2005.
- 3 Beck/Grande, *Das kosmopolitische Europa*, 2004, S. 234.
- 4 Habermas, *Die postnationale Konstellation*, 1998, S. 149.
- 5 *Orden pour le mérite für Wissenschaften und Künste*, Reden und Gedenkworte, 19. Band 1983, S. 55-69.
- 6 Kants handschriftlicher Nachlass. *Reflektionen zur Moralphilosophie*, Akademieausgabe, Bd. 19, *Reflektionen*, 8051, S. 594.
- 7 *Verfassungslehre*, 1928, Neudruck Berlin 1954, S. 200.
- 8 In dieser Tradition definieren die Rechte auf »life, liberty and property« die Civil society. Vgl. John Locke, *Two Treatises of Government*, Chapter VII, *Of Political or Civil Society*, London 1832, S. 383 et seq.
- 9 Weiler, *Constitution of Europe*, Cambridge 1999, p. 356. Gegen die Fixierung der Menschenrechte auf die Kontrolle des staatlichen Gewaltmonopols auch Habermas, *Zur Legitimation durch Menschenrechte*, in: ders., *Die postnationale Konstellation*, 1998, S. 182.
- 10 Habermas, *Die postnationale Konstellation*, 1998, S. 142, auch S. 185.
- 11 *Skepticism and Freedom, A modern case for classical liberalism*, Chicago and London 2003, S. 42.
- 12 *Das Verhältnis von Grundfreiheiten und Grundrechten im europäischen Gemeinschaftsrecht*, DÖV 2006, 89, 95.
- 13 Richtlinie 2000/43 EG des Rates vom 29.6.2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. vom 19.7.2000 L 180/22; Richtlinie 2000/78 EG des Rates vom 27.11.2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. EG vom 2.12.2000 L 303/16; Richtlinie 2002/73 vom 23.9.2002, zur Änderung der Richtlinie 76/207 des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. EG Nr. L 269/15; Richtlinie 2004/113

- EG des Rates vom 13.12.2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. EG vom 21.12.2004 L 373/37. Der EuGH hat mit Urteil vom 23.2.2006 entschieden, daß es die Bundesrepublik versäumt hat, die Richtlinie 2000/78 EG fristgerecht umzusetzen.
- 14 Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsrichtlinien, 14.12.2004, Bundestagsdrucks. 15/453; Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, Mai 2006.
- 15 Europäische Kommission, Grünbuch, Gleichstellung sowie Bekämpfung von Diskriminierungen in einer erweiterten Europäischen Union, Mai 2004.
- 16 Präambel der Grundrechtscharta der EU.
- 17 Das Recht der Gesellschaft, 1993, S. 97.
- 18 Übereinstimmende Begründungserwägungen in den zitierten Richtlinien.
- 19 On Liberty, in: Alan Ryan Mayer (ed.), Mill. The Spirit of the Age, On Liberty, The Subjection of Women, New York, London 1997, S. 52.
- 20 Rechtsphilosophie § 189.
- 21 Two Concepts of Liberty, in: Henry Hardy (ed.), Liberty, Oxford 2001, p. 166-217.
- 22 Political Writings, Cambridge, 2003, p. 73 et sequ.
- 23 Scharpf, Regieren in Europa, 1999.