

Krisen im Recht und Krise des Rechts – Oder: Ist die Finanzkrise auch eine Rechtskrise?

Erscheint in: Stefan Griller/Walter Obwexer/Erich Vranes (Hrsg.),
Die "schleichende" Reform der EU im Zuge der Bekämpfung der Wirtschafts- und Staatsschuldenkrise,
EuR Beiheft, im Erscheinen

I. Krisenvergessenheit des Rechts?	1
II. Der Begriff der Krise: Soziale Konstruktion einer dynamischen Wirklichkeit	4
III. Krisenbewältigung durch Recht.....	7
1. Selbstverständnis des Rechts in der Krise	7
2. Funktionale Probleme einer Verwendung von Krisennarrativen im Recht.....	9
3. Gleichwohl: Recht in der Krise bleibt nicht unverändert	11
4. Die Euro-Krise als Anschauungsbeispiel	11
a) Krise als Wegbereiter für eine Weiterentwicklung des Rechts.....	12
b) Funktionale Dimension der Krise	13
c) Inhaltlich-gestaltende Dimension der Krise	14
d) Kein Anlass zu voreiliger Krisengläubigkeit des Rechts.....	15
IV. Wann wird aus der Krisenbewältigung durch Recht eine Krise des Rechts?	16
1. Instabilität und Unklarheiten über die Inhalte des Rechts	16
2. Störung des Zeitrhythmus des Rechts	17
3. Verschiebungen der Entscheidungsmacht	18
4. Widersprüche zwischen der Politik und den Tiefenschichten des Rechts.....	19
5. Bringt die Euro-Rettungspolitik eine Krise des Rechts mit sich?	20

I. Krisenvergessenheit des Rechts?

Krisen scheinen zum Normalzustand der Moderne geworden zu sein. Wo immer man hinschaut – es ist von Krisenszenarien und krisenhafte Entwicklungen die Rede.¹ Dies gilt nicht zuletzt für die europäische Politik. Man spricht von der Flüchtlingskrise, von der Klimakrise, vor allem aber seit nunmehr über einem halben Jahrzehnt von Krisen im Wirtschafts- und Finanzbereich. Im Jahr 2008 war vor allem von einer Krise der Finanzmärkte die Rede, danach 2009 von einer Wirtschaftskrise mit deflationären Zügen, seit 2010 schließlich beobachtet man auch eine Fiskal- und Währungskrise. Kaum jemand erwartet, dass sich die Beobachtung krisenhafter Entwicklungen in den nächsten Jahren verflüchtigen wird. Das Krisennarrativ wird – gerade mit Blick auf die Entwicklung der Wirtschafts- und Währungsunion (WWU) - im öffentlichen Diskurs jedenfalls mittelfristig präsent bleiben. Derartige Krisennarrative beherrschen im übrigen nicht

¹ Darstellung der Verwendung des Krisenbegriffs bei: Schulze, Krisen. Das Alarmdilemma, 2011; Mergel (Hrsg.): Krisen verstehen. Historische und kulturwissenschaftliche Annäherungen, 2011; Meyer/Patzel-Mattern/Schenk (Hrsg.): Krisengeschichte(n). „Krise“ als Leitbegriff und Erzählmuster in kulturwissenschaftlicher Perspektive, 2012.

nur den öffentlichen Diskurs über die Entwicklung von Wirtschaft, Finanzen und Währung in der EU. Schon früh bedienten sich auch die politischen EU-Institutionen dieses Dispositivs.

Das Krisenkonzept ist nicht nur in der Politik und im öffentlichen Diskurs allgegenwärtig. Krisen haben sich auch zu einer der dominanten sozialwirtschaftlichen Forschungsfragen der letzten zwei Jahrzehnte entwickelt.² Um so auffälliger ist das Bild, das sich beim Blick auf das Recht ergibt. Nicht nur spielt das Konzept der Krise in den obergerichtlichen Gerichtsentscheidungen, die sich seit 2008 mit den Krisenbekämpfungsmaßnahmen befassen, keine wesentliche Rolle. Auch die Rechtswissenschaft bedient sich, jedenfalls soweit sie dogmatisch arbeitet, nicht des Konzepts der Krise. Gewiss: Vielfach schwingt das Krisennarrativ im Hintergrund der rechtswissenschaftlichen Arbeit mit. Und viele Beiträge konstatieren auch eine Krise, bevor sie sich an die konkrete rechtswissenschaftlich-dogmatische Arbeit machen. In rechtspolitisch geprägten Beiträgen konstatiert man das Vorliegen einer Krise, um den Boden für Änderungsvorschläge bereiten zu können. Als dogmatisches Konzept ist „Krise“ dem Recht aber fremd geblieben. Mehr noch: Wer den Begriff zu offensiv verwendet, setzt sich schnell dem Verdacht aus, die Normativität des Rechts in Frage stellen zu wollen, dem Übergang in einen „Ausnahmestand“ das Wort reden zu wollen³ oder gar Räume der Nichtrechtlichkeit schützen zu wollen.⁴ Das Recht beobachtet die Krisen, es versucht sie zu bewältigen, aber es hat selbst erkennbar kein spezifisches Konzept für die Erfassung von Krisenszenarien und für die normative Berücksichtigung der in der Krise zu beobachtenden Besonderheiten.

Diese Feststellungen lassen sich durch eine Analyse ausgewählter obergerichtlicher Entscheidungen erhärten. In den Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zur Unionsrechtskonformität des „Europäischen Stabilitätsmechanismus“ (ESM) und zu dem OMT-Ankaufprogramm der EZB⁵ wird das Krisenhafte der Entwicklung sowohl in der Sachverhaltsdarstellung als auch in den Entscheidungsgründen in weitgehendem Umfang ausgeblendet. Der Begriff der Krise wird nur in ganz allgemeiner Weise verwendet.⁶ Der Duktus der Entscheidungsgründe der ESM-Entscheidung lässt nicht erkennen, dass die Entscheidung in einer dramatischen Situation gefällt wurde, in der ein unkontrolliertes Auseinanderbrechen der Euro-Zone nicht ausgeschlossen werden konnte. Und auch in

² Vgl. Prisching, Krisen – eine soziologische Untersuchung (1986); Roitman, Anti-Crisis, 2014 (mwN).

³ Hierzu Leisner Wirtschaftliche Notstandsverfassung für Krisenzeiten?, DVBl. 124 (2009), 1409 ff.; Oppermann Euro-Stabilisierung durch EU-Notrecht, in: FS Möschel, 2011, 909 (914 f.); Böckenförde Kennt die europäische Not kein Gebot?, NZZ v. 21. 6. 2010. Allgemein u.a. Böckenförde Die Krise in der Rechtsordnung: der Ausnahmestand, in: Michalski (Hrsg.), Über die Krise, 1986, 183 ff.; Depenheuer Selbstbehauptung des Rechtsstaates, 2. Aufl., 2008, 35 ff.; Volkmann Der alltägliche Ausnahmestand oder: Not kennt viele Gebote, Merkur 2008, Nr. 708, 369 ff.

⁴ Vgl. etwa J. Kohler Not kennt kein Gebot, 1915.

⁵ EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, C-62/14, Gauweiler ua., ECLI:EU:C:2015:400. Hierzu etwa Mayer, NJW 2015, 1999; Mayer, EuR 2014, 473; Ludwigs, NVwZ 2015, 537; Ruffert, JuS 2015, 758.

⁶ Ähnlich in dem Schlußantrag von Generalanwältin Kokott, Schlußanträge vom 26. Oktober 2012, Rs. C-370/12, Pringle, ECLI:EU:C:2012:675 (dort nur eine Verwendung des Krisenbegriffs im Einleitungssatz).

dem OMT-Urteil, dessen zurückgenommen-juridischer Duktus auffällt, klingt das Krisenhafte der Situation nur ganz punktuell an.⁷

Die gleichen Beobachtungen lassen sich beim Blick auf die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts machen. Das Urteil vom 12. September 2012,⁸ nach einer fiebrig-aufgeheizten mündlichen Verhandlung und einem intensiven sommerlichen Beratungsprozess getroffen, spricht von einer Krise nur an drei Stellen, und zwar nur als Attribut im Wort „Krisenbewältigungsmechanismus“. Die sich im Frühjahr und Sommer 2012 zuspitzende und zunehmend bedrohliche Situation wird weitgehend ausgeblendet. Auch in dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 18. März 2014⁹ werden die Besonderheiten der Situation – die drängenden Handlungsnotwendigkeiten, die Zwänge und drohenden Kosten vieler Optionen, die den handelnden politischen Institutionen keinen Raum für eine wirklich freie Entscheidung lassen, die Spannungen zwischen Werten und utilitaristischen Folgebetrachtungen – nicht wiedergegeben.¹⁰ Und in der Vorlageentscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 14. Januar 2014¹¹ wird das Problem (aus der Binnensicht des Gerichts richtigerweise) als rechtsförmlich-technische Herausforderung einer rechtsrichtigen Bestimmung der Kompetenzen und Bindungen der EZB konstruiert, ohne dass auch nur mit einem Wort auf die Folgen eingegangen wird, die im Falle der Untätigkeit der EZB zu erwarten gewesen wären.

Man kann also festhalten: Unter dem Schlagwort „Finanz- und Währungskrise“ hat sich seit 2008 im politisch-sozialen Raum ein Dispositiv herausgeschält, das nicht nur eine erstaunliche Neubewertung vergangener Entwicklungsverläufe ermöglichte: In einer langjährig als gelungen und erfolgreich gepriesenen Währungsunion sah man krisenbedingt plötzlich eine architektonisch missglückte¹² und instabile Konstruktion. Der Entwicklungspfad einiger der Mitgliedstaaten, über Jahre als Ausdruck des Erfolgs der Angleichung zwischen den europäischen Staaten eingestuft, wurde später als unhaltbare Fehlentwicklung rekonstruiert. Der Anspruch, mit dem Euro einen Schlussstein und ein Symbol für die Tiefe der Integration entwickelt zu haben, trat in den Hintergrund und machte der Einschätzung Raum, dass sich die „Zwangsjacke“ einer Einheitswährung zum integrationsgefährdenden Spaltpilz entwickeln könnte.

Vor allem eröffnete das Dispositiv Handlungsperspektiven, die sich auch kühnste Befürworter der Integration noch 2007 nicht haben ausmalen können. Wer hätte es vor 2008 für möglich gehalten, dass sich die Mitgliedstaaten der Euro-Zone gegenseitig Ga-

⁷ So etwa EuGH, Urteil vom 16. Juni 2015, Gauweiler ua., ECLI:EU:C:2015:400, Rdnr. 72 (bei der Schilderung der Motivationsgründe der EZB).

⁸ BVerfGE 132, 195 (ESM I). Hierzu Schorkopf, „Startet die Maschinen“—Das ESM-Urteil des BVerfG vom 12. 9. 2012, NVwZ 2012, 1273; Tomuschat, Anmerkung zum Urteil des BVerfG vom 12.09.2012— BvR 1390/122—u.a.—Verhinderung der Ratifikation von ESM-Vertrag und Fiskalpakt überwiegend erfolglos, DVBl. 2012, 1431.

⁹ BVerfGE 135, 317 (ESM II).

¹⁰ Der Begriff der Krise taucht auch hier wieder im Kontext „Krisenbewältigungsmechanismus“ auf.

¹¹ BVerfGE 134, 366. Dazu etwa Heun, Besprechung, JZ 2014, 331; Dietrich Murswiek, ECB, ECJ, Democracy, and the Federal Constitutional Court: Notes on the Federal Constitutional Court's Referral Order from 14 January 2014, German Law Journal 15 (2014); Müller-Franken, Entscheidungsanmerkung, NVwZ 2014, 514.

¹² Überblick bei: Nettesheim, Der Umbau der europäischen Währungsunion: Politische Aktion und rechtliche Grenzen, in: S. Kadelbach (Hrsg.), Nach der Finanzkrise, 2012, 31 („Asymmetrische Kontruktion“).

rantien in Höhe vieler Hundert Milliarden Euro versprechen? Wer hätte die Möglichkeit vorhergesehen, dass die im privaten Kapitalmarkt belegenen Anleihen eines Mitgliedsstaats der Euro-Zone in weitgehendem Umfang von öffentlichen Gläubigern übernommen werden und so eine Haftungsverschiebung ungeahnten Umfangs stattfindet? Wer hat antizipiert, dass die EZB, die angeblich „deutscheste“ der EU-Institutionen, von den Ereignissen mehr getrieben als in freier Entscheidung handelnd, ihr Rollenverständnis grundlegend ändern und sich – an den Grenzen der Rechtlichkeit – zu Maßnahmen zu entschließen, die sich nicht zum „lender of last resort“, wohl aber zu einem Stabilitätsanker machen würde? Mehr noch: Mustert man die in den letzten Jahren vorgetragenen Vorschläge zur Reform und Weiterentwicklung der WWU, so tritt der ermöglichende und freisetzende Charakter einer Krise noch nachdrücklicher vor Augen.

Um so auffälliger der Kontrast, der sich zu den Äußerungen der Gerichte ergibt: Ungeachtet einer offenkundigen Transfiguration der WWU geben sich die Gerichte gelassen, scheinen in nachgerade beunruhigender Weise bemüht, die Ruhe zu bewahren, sich nicht den Anschein des Operierens in einem besonderen Modus des Krisenhaften zu geben. Anders als in der rechtspolitischen Öffentlichkeit ist nicht von „Verfassungsnot“ die Rede.

II. Der Begriff der Krise: Soziale Konstruktion einer dynamischen Wirklichkeit

Was ist damit gemeint, wenn von einer „Krise“ die Rede ist? Der Begriff der Krise ist schillernd. Teilweise wird er zur Bezeichnung von Realentwicklungen verwandt, die eine besondere Dynamik oder einen besonderen Entscheidungsdruck auszulösen scheinen. Nach *Finke* und *Krämer* ist Krise ein „Zeitraum, in dem sich die tatsächlichen Umstände entgegen der zuvor bestehenden Erwartung ändern(.)n und diese Änderungen Entscheidungen unter Zeitdruck erforder(.)en, die wieder- um Ausgangspunkt nicht absehbarer Dynamiken (sind).“¹³ Krisen sind danach Geschehensabläufe, die bestimmten, objektiv überprüfbaren Eigenschaften entsprechen. Genannt wird insbesondere der Überraschungseffekt und der dadurch ausgelöste Entscheidungsdruck. Langfristige, absehbare und prognostizierbare Veränderungen – wie etwa die demographische Entwicklung – können danach keine Krisen darstellen. Auf der anderen Seite muss tendenziell jeder Unfall, der überraschend kommt und Handlungsdruck auslöst, als Krise behandelt werden.

Mir erscheint ein anderer Krisenbegriff vorzugswürdig. Krise steht danach nicht für objektiv erfassbare Gegebenheiten und Entwicklungen in der Realwelt, sondern ist der Begriff für eine bestimmte (soziale) Rekonstruktion und Deutung der Wirklichkeit. Krisennarrative beschreiben und deuten die Wirklichkeit, geben einem Vorgang in der Realwelt einen bestimmten Sinn. *Schorkopf* spricht von einem „gesellschaftlich-physischem Phänomen.“¹⁴ Dieses Verständnis knüpft an sozialwissenschaftliche Arbeiten an, die darauf hinweisen, dass die Krise erst im Blick des Menschen auf die Welt entsteht.¹⁵

¹³ Finke/Krämer, Das europäische Beihilfenrecht – Krise und Recht oder Krise des Rechts? Jahrbuch Beihilferecht 2013, 339 (Zitat: S. 354).

¹⁴ Schorkopf, Finanzkrisen als Herausforderungen der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 72 (2012), 183 (185).

¹⁵ Vgl. Roitman, Crisis, in: Political Concepts: A Critical Lexicon (<http://www.politicalconcepts.org/issue1/crisis/>).

Für den Verwender des Krisenbegriffs bestehen damit erhebliche Anwendungsfreiheiten. Zu den Binnenwahrheiten gehört die Feststellung, dass ein Verlauf, der für eine Krise darstellt, für die andere der normale Lauf der Welt ist.¹⁶ Dem Gebrauch des Krisenbegriffs liegen damit Wertungen zugrunde, über die keinesfalls Einigkeit bestehen muss. Natürlich besteht in dem Gebrauch des Krisenbegriffs aber keine vollständige Freiheit. Konventionen grenzen die Möglichkeit seiner Verwendung ein. Die Erzählung eines Krisennarratives ist danach nur dann anschlussfähig, wenn es auf Entwicklungen angewandt wird, in denen etwas aus dem Lot gerät. Wer eine Krise zu erkennen und zu beschreiben glaubt, muss eine (anschlussfähige) Vorstellung davon haben, was eigentlich „normal“ wäre. Als krisenhafte Entwicklungen können damit Abläufe bezeichnet werden, in deren Folge sich Lagen einstellen, die in sachlicher oder prozeduraler¹⁷ Hinsicht greifbar von der (als gegeben angenommenen) Normallage abweichen.¹⁸ In der Verwendung des Krisenbegriffs sind damit immer auch Feststellungen über das Andere, die Ordnung, angelegt.¹⁹ Wer das Krisennarrativ verwendet, macht Handlungs- und Entscheidungsdruck²⁰ geltend.²¹ Der Begriff Krise gewinnt damit eine stark subjektiv geprägte Bedeutung. Es sei nochmals betont: Was dem einen als unerträgliche und reaktionserheischende Entwicklung erscheint, wird die andere als hinzunehmenden oder gar begrüßenswerten Gang der Geschichte deuten. Keinesfalls muss der subjektiv empfundene Handlungsdruck besonders hoch sein²² – man kennt auch die „schwelende Krise“.

Die Implikationen, die sich mit dem Gebrauch des Krisenbegriffs verbinden, haben sich mit dem Übergang in die Moderne wesentlich gewandelt.²³ Zwar sah sich der Mensch seit frühesten Zeiten mit Krisen – also bedrohlichen Lagen, in denen eine Entscheidung erzwungen wird – konfrontiert. Solange man die Geschichte als unkontrollierte und unkontrollierbare Abfolge von Zyklen begriff, in denen der Menschen – überrascht, er-

¹⁶ K. Dyson Krise? Welche Krise? Wessen Krise? APuZ 43/2010, 19 ff.

¹⁷ Insofern kann man aus Sicht des Rechts, das auf Bestand und Stabilität angelegt ist, die Beschleunigung der Welt per se als ein Krisensymptom deuten (hierzu noch unten IV. 1.). Dies gilt erst recht, wenn dies zu Entscheidungen zwingt, die nicht in dem „normalen“ Rhythmus geschehen (unten IV. 2.). Diese Zeitdimension der Euro-Krise ist bislang wenig untersucht worden. Die EZB-Politik hat es inzwischen ermöglicht, in dieser prozeduralen Hinsicht wieder zum Normalmaß zurückzukehren.

¹⁸ Ein Rechtsbegriff der Krise hätte mehrere Definitionsmöglichkeiten, um festzulegen, wann der Übergang von der Normallage zur Krisenlage erfolgt: Geht es um das Maß der Abweichung vom Normalzenario, das Maß (oder die Zahl) der Abweichungen von den Normalroutinen? Geht es um die Größe der Erschütterung, die eine auf das Normalmaß ausgerichtete Mentalität erfährt? Oder geht es um die Art und die Größe der Folgen, die eingetreten könnten, wenn dem Krisenszenario freier Lauf gelassen und das in ihm angelegte Risiko sich realisiert?

¹⁹ Epistemologisch lässt sich das Normale häufig erst durch den Blick auf das Besondere, als Krise zu Bezeichnende, erschließen (vgl. Folkers/Lim, Irrtum und Irritation, in: Behemoth. A Journal on Civilisation, 7 (2014), 48 (49)).

²⁰ Hierzu K. W. Deutsch Zum Verständnis von Krisen und politischen Revolutionen, in: Jänicke (Hrsg.), Herrschaft und Krise, 1973, 90 (91).

²¹ So schon Kurt Tucholsky: „Krise ist jener ungewisse Zustand, in dem sich etwas entscheiden soll: Tod oder Leben – Ja oder Nein.“ (Kurt Tucholsky, Deutsche Richter, in: Bonitz/Hans (Hrsg.), Kurt Tucholsky. Gesamtausgabe, Band 12, 2004, S. 156 (156)).

²² In vielen, ggf. auch überraschenden Situationen ist der Entscheidungsdruck hoch, ohne dass von einer Krise gesprochen wird (Unfall, Angriff eines anderen).

²³ R. Starn Historische Aspekte des Krisenbegriffs, in: Jänicke (Hrsg.), Politische Systemkrisen, 1973, 52; Deutsch Zum Verständnis von Krisen und politischen Revolutionen, in: Jänicke (Hrsg.), Herrschaft und Krise, 1973, 90; Ricoeur Ist die „Krise“ ein spezifisch modernes Problem?, in: Michalski (Hrsg.), Über die Krise, 1986, 38 (50 f.).

schreckt, überrumpelt - in missliche Lagen geriet, war der Idee der Entscheidung ein eigener, vor-moderner Telos eingeschrieben. Die krisenbedingte Entscheidung vermochte den Lauf der Welt nicht zu ändern. Krisen wurden nicht „bewältigt“. Wohl aber waren sie eine Chance, die der Persönlichkeit Gelegenheit zur Bewährung gab - gerade weil auf die Lage so oder so reagiert werden konnte.

Dem heutigen „iterativen Krisenbegriff“²⁴ zufolge ist die Krise das Wiederkehrende, das durch kluges Handeln überwunden werden kann und zu einer Bestätigung des inhärenten Fortschrittsoptimismus führen wird. Im Verständnis der Moderne sind Krisen Erscheinungen, in deren Folge (politisches) Handeln angezeigt, erforderlich und gerechtfertigt ist. Das moderne Selbstverständnis muss sie als Versagen seines eigenen Kontroll- und Steuerungsanspruchs begreifen. Nicht als persönliche Bewährungschance sind sie zu begreifen, sondern als Anlass und Notwendigkeit, Schritte zur (Wieder)Herstellung einer Normallage zu unternehmen.²⁵ Dieses Handlungsverständnis macht sich deutlich in der Politik der mit der Euro-Krise konfrontierten Amtswalter bemerkbar. Die Krise begründet eine Reaktionsnotwendigkeit. Untätigkeit ist keine Option. Die Krise lässt sich damit immer als Chance begreifen, Neues zu realisieren. Pathologisch müssen Krisen nicht sein.²⁶

Krisenbewusstsein steht danach nicht mehr für eine Perspektive, aus der heraus Prophetie betrieben wird. Vielmehr bietet es heute die Grundlage für Absicht und Prognose. Mit der Verwendung des Krisenbegriffs verbinden sich deshalb auch regelmäßig strategische Absichten. Das Krisennarrativ ruft nach Weiterentwicklung und Gestaltung. Krisen werden zur Normalität, und Zeiten, in denen sich keine Krisenphänomene bemerkbar machen, zur auffälligen Ausnahmesituation. Ein politisch denkender Mensch wird geneigt sein, Krisen als willkommene Chance zu begreifen. Denn die Krisenlage ist nicht nur das epistemologische Gegenüber der Normalität, sondern immer auch Anfang des Neuen. Sie bricht mit dem Gegebenen und stößt ein noch nicht klar erkennbares Anschlussgeschehen an. Nicht die Wahrheit der Ordnung, sondern ihre Vergänglichkeit wird durch die Krise vor Augen geführt.

Dies gilt auch und vielleicht sogar ganz besonders für die Finanz- und Staatsschuldenkrise, die rechtspolitisch als Gelegenheit begriffen wird, die Vertiefung der Integration voranzutreiben und so eine als (neuer) Normalzustand zu bezeichnende Lage (wieder)herzustellen.²⁷ Den Boden hierfür bietet immer ein Krisennarrativ, in dem die Zeitlichkeit und Vergänglichkeit des Bestehenden impliziert wird. Der Topos kann mit dramatischem Unterton verwandt werden: Die Feststellung der Deutschen Bundeskanzlerin,

²⁴ Koselleck, Kritik und Krise. Eine Studie zur Pathogenese der bürgerlichen Welt, 1973; Koselleck, Krise. In: Brunner/Conze/Koselleck (eds.) Geschichtliche Grundbegriffe: Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland. Band 3, 1982.

R. Koselleck Einige Fragen an die Begriffsgeschichte von ‚Krise‘, in: ders., Begriffsgeschichten, 2006, 203.

²⁵ Gelegentlich macht sich das schon begrifflich bemerkbar. Inzwischen hat sich die Rede von der „Asymmetrie“ der WWU ebenso verbreitet wie die Formulierung, dass nunmehr die „Vollendung“ der Wirtschafts- und Währungsunion anstehe. In diesen Formulierungen sind bereits normative Weichenstellungen angelegt.

²⁶ Canguilhem, Das Normale und das Pathologische, 1977.

²⁷ Jede Krise kann ein Anlass oder eine „Chance“ für die Politik sein, lang gehegte Ziele „im Windschatten der Krise“ in Recht umzusetzen. Aus der Sicht einer Rechtswissenschaft, die nur die Normallage kennt, muss dies als Umgehungsversuch gedeutet werden.

„Scheitert der Euro, scheitert die EU“, schöpft ihre Kraft aus dem darin angelegten endzeitlich angehauchten Krisenkonzept.²⁸ Ein Krisennarrativ lässt sich aber auch in nüchtern-strategischer Weise verwenden und dazu heranziehen, um in scheinbar wissenschaftlich-objektiver Distanz Forderungen vorzutragen, wie eine „Stabilisierung“ der Währungsunion auszusehen habe. Aus dieser Perspektive stellt sich der von Fortschrittsoptimismus getragene Aktivismus, der von vielen Integrationsbefürwortern in den Tagen der Krise an den Tag gelegt wird, als zeitgemäß und nachgerade „normal“ dar. Von Gegnern der Euro-Rettungspolitik wird dies mit besonderem Zorn beobachtet und als verwerfliche List gedeutet. Die Krise als „Vorwand“ zu nehmen, um die Institutionen der Währungsunion umzubauen und so eine (angeblich stabile) neue Normallage anzusteuern, wird als verwerflich-strategischer Missbrauch des Krisenszenarios verdammt.

III. Krisenbewältigung durch Recht

Wendet man sich auf dieser Basis einer Untersuchung der Frage zu, wie sich das Rechtssystem in Krisenzeiten verhält, so lässt sich zunächst darlegen, dass es im Recht keinen besonderen Status der Operation im Krisenmodus gibt.

1. Selbstverständnis des Rechts in der Krise

In der Selbstbeschreibung der Praxis der Rechtsanwender ist es Aufgabe des Rechts, Krisen so zu bewältigen, dass Wortlaut, Geist und Telos des Rechts nicht leiden. „Rechtsanwendung“ bedeutet, den Steuerungsanspruch des Rechts gerade in widrigen Lagen zur Geltung zu bringen und so die Stabilisierung und Bewährung des Rechts zu fördern. Es ist die vornehmste Aufgabe des Gerichts, den Lauf der Gesellschaft – mit seinen kleinen und großen „hick ups“ – im rechtlich konzipierten Ordnungsrahmen zu halten. Unter Rückgriff auf eine ontologisierende Rhetorik zieht man sich auf die Position zurück, es gebe ein „Recht“, das in der Krisensituation schon vorhanden ist und nun auf die Situation angewandt werden müsse. Es gebe zeitbeständige, kontextunabhängige, auffindbare Regeln, die erkannt und auf den bestehenden Fall angewandt werden müssen. Recht und Rechtsanwendung fallen danach *nicht* in eins. Das Recht liegt vor dem konkreten Fall; es wird sich *nicht*, wenn es nicht als Argumentationstopos weiter verwandt wird, zu verflüchtigen. „Krise“ ist danach ein Moment der Bewährung für das Recht, nicht aber ein Schlüssel, vermittels dessen seine Vergänglichkeit erschlossen werden kann.

Danach gehört der Habitus des Ruhigen, Geläufigen und Beherrschten nicht nur aus *ästhetischen Gründen* zu den wesensprägenden Kennzeichen von Rechtsprechung. Wer wollte einen hektischen, besorgten oder gar verängstigten Richter erleben? Die Akteure des Rechtssystems werden vor allem von einem *funktionalen Selbstverständnis* getrieben, das für einen „Krisen-Modus“ keinen Platz kennt und keinen Raum bietet. Das Recht beobachtet Krisen in der Realwelt, kennt auch besondere Regeln, mit denen auf krisenhafte Szenarien reagiert werden kann, etwa durch eine Anpassung des Entscheidungsver-

²⁸ Dieser teleologisch angehauchte Krisenbegriff, der den Prozess endzeitlich ausmalt, ist denn auch in den relevanten Entscheidungen der Gerichte gänzlich abwesend.

fahrens oder durch die Bereitstellung besonderer substanzieller Entscheidungsregeln.²⁹ Das Recht kann „Notstandsordnungen“ bereit stellen.³⁰ Aber das Recht selbst verfällt nicht in einen besonderen Operationsmodus des Krisenhaften.

Im üblichen Operationsmodus des Rechtssystems bedeutet dies: Rechtsbrüche werden sanktioniert und Fehlentwicklungen werden in die Ordnung zurückgeleitet.³¹ Auch eine Vielzahl von Rechtsbrüchen bedeutet noch keine Krise. Der umfassende Ordnungsanspruch des Rechts steckt den Rechtsbruch weg, sucht und findet Selbstbestätigung in der Ahnung der Devianz. Auch das latente Hintergrundwissen, dass der massenhafte Rechtsbruch zu einer Infragestellung der Rechtlichkeit selbst führen kann, wird nicht thematisiert und bleibt grundsätzlich ausgeblendet. Aus der Perspektive des Rechtsanwenders gibt es die immer neue und ewige Abfolge von Rechtstreue und Rechtsbruch, von der immer neuen Suche nach Vorkehrungen, mit denen die Effektivität des Rechts gestärkt werden kann, ohne dass allerdings die Krise das Recht zu einer Um- oder Reformulierung seiner Inhalte bewegen könnte. Etwaige Dissonanzen zwischen Normativität und Entwicklung werden durch die (Selbst-)Behauptung der Normativität aufgelöst.

Dass die Wirklichkeit auch nach Durchsetzung des Rechts eine andere sein wird, wird dabei ausgeblendet. Der Rechtsanwender wird auch nicht thematisieren, ob die Durchsetzung des Rechts in der Krise zu einer (neuen) Lage führen wird, die mit dem dem Recht eingeschriebenen Fortschrittsanspruch unvereinbar ist. Ein Anderes, das jenseits des Ordnungsanspruchs des Rechtssystems läge und ihm gegenüber träte, gibt es nicht mehr. Offenbart der Blick auf die Folgen der Anwendung des Rechts etwas Unerträgliches, bleibt nur die stillschweigende strategische Reinterpretation.³² Man tut so, als ob im Recht die durch die Krise herbeigeführte Entwicklung immer schon antizipiert worden war.

Das Rechtssystem muss sich demzufolge nach außen stabil zeigen, um seine Normativität gegen die einzufangenden Kräfte zur Geltung zu bringen. Für ein Verfassungsrechtssystem, das zur Sicherung einer bleibenden Aktualität und aus Respekt vor dem demokratischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ein hohes Maß an Offenheit und Flexibilität aufweisen muss, ergibt sich hieraus ein Dilemma.

²⁹ Bekanntlich ist beruht das Notstandsrecht auf einer tatbestandlichen Definition des Notstands (als Abweichung) von der Normallage. Zudem zielt es der Idee nach auf die Rückkehr zur Normallage ab. „Common to all the models of emergency regimes is their aim of over-coming specific crises and restoring normalcy. Their ultimate goal is a return to the status quo ante, the normal state of affairs that preceded the emergency. Under each model, application of emergency powers is designed to be of a temporary nature, to serve as a bridge between pre-crisis and post-crisis normalcy. With the termination of the conflict, normalcy ought to be reestablished and the emergency regime with- drawn.“ (Gross/ Ní Aoláin , Law in Times of Crisis, 2006, 174).

³⁰ E. Klein Der innerer Notstand, in: Isensee/Kirchhof, HStR, Bd. VII, 1.) ufl., 1992, § 169; G. Folke-Schuppert Rigidität und Flexibilität von Verfassungsrecht, AöR 120 (1995), 32 (83 ff.). Rechtsvergleichend: Gross/ Ní Aoláin, Law in Times of Crisis – Emergency Powers in Theory and Practice (2006).

³¹ Für die Thematisierung des Rechtsbruchs als Anstoß einer Neuerung ist kein Raum (vgl. etwa Luhmann, Die Behandlung von Irritationen: in ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Bd. 4, 1995, zur Frage, wann Irritationen in einem System als Abweichung oder als Neuheit behandelt werden.

³² Zu den Möglichkeiten einer mehr oder weniger offenen krisenbedingten Anpassung des Rechts: Schorkopf (oben Fn. 14), S. 187 ff.

2. Funktionale Probleme einer Verwendung von Krisennarrativen im Recht

Die Differenz zwischen dem öffentlich-politischen Diskurs, in dem der Krisenbegriff zu prominent ist, und dem so andersartigen Argumentationsansatz der Gerichte und der sie dogmatisch begleitenden Rechtswissenschaft hat gute Gründe.

Wer mit dem Konzept der Krise operiert, konstruiert Geschichte und Geschichtlichkeit. Krisennarrative stellen die Geltung des Bestehenden in Frage. Sie bringen das Element der Zeitlichkeit ins Spiel. Gegebenheiten und die hinter ihnen stehenden Annahmen werden temporalisiert. Koselleck³³ hat aufgezeigt, wie das Denken „in Krisen“ die Zeit zu einem Faktor der Geschichte werden lässt. In der Krise wird das Alte, die frühere Normalität in Frage gestellt. Geschichte wird zu einer Gegebenheit, vor deren Hintergrund gehandelt werden kann und muss. Krisenbeobachtungen ermöglichen, wie Koselleck ebenfalls herausgearbeitet hat, Kritik. Sie werden regelmäßig von einem ethischen Urteil getragen, das zwischen der früheren und prekären „Normallage“ sowie den sie tragenden Institutionen auf der einen Seite und der künftigen, neuen, „besseren“ Lage auf der anderen Seite differenziert.³⁴

Krisennarrative schließen damit immer auch die Historisierung des – schon zurückliegenden und in der Geschichtlichkeit aufgehenden – „Vorher“ ein. Wenn es richtig ist, dass im Konzept der „Krise“ die Idee mitschwingt, dass Zeit Geschichte erzwingt (und nicht nur der Mantel von Geschichte ist), dann würde sich ein Recht, das unter Rückgriff auf Krisennarrative operiert, immer auch mit seiner Zeitlichkeit konfrontiert sehen. Krisenkonzepte (und die durch sie eröffnete Perspektive auf Zeit) würden zu Tage bringen, wie sehr Zeit auch im Recht zu einem aktiven und transformatorischen Element werden kann. Schon im Normalmodus der Operation des Rechtssystems wird „altes Recht“ heute nicht mehr die Qualität des besonders „geheiligten“ Rechts zugeschrieben. Es wird vielmehr als per se verdächtig behandelt und dem latenten Vorwurf der „Unzeitgemäßheit“ ausgesetzt. Was muss dann erst gelten, wenn „altes Recht“ nicht in der Lage war, das Aufkommen einer Krise zu verhindern? Wenn Krise nicht auf die Substanz der Ordnung zurückverweist, sondern gerade umgekehrt ein Moment ist, der ein Anschlussgeschehen einleitet, besteht zwischen einem Krisenkonzept und dem Anspruch des Rechts, eine Krisenbewältigungsstrategie unter Rückgriff auf und unter Anwendung von früherem Recht zu suchen, eine spannungsgeladene Differenz.

Der Rechtsanwender, der das gegebene Recht auf eine Situation in neutraler und objektiver Weise zur Anwendung zu bringen beansprucht, würde durch die Verwendung von Krisennarrativen seinen eigenen Anspruch unterlaufen und in Zweifel ziehen. Denn dieser Anspruch muss die Temporalität allen Geschehens gerade ausblenden. Wenn der Rechtsanwender das Krisenhafte der Situation thematisierte und so eine Perspektive des Übergangs vom Früher über das Heute in die Zukunft hinein eröffnete, würde er kaum zugleich darauf bestehen können, dass der Maßstab der Rechtsanwendung - die Differenz von Recht- und Unrechtmäßigkeit – nicht ebenso temporalisiert ist. Die Rechtsanwendung muss vielmehr darauf bestehen, dass sie ein – möglicherweise un-

³³ Kosellek, Kritik und Krise, 1973.

³⁴ In einer Krisenbehauptung liegt damit immer auch ein Urteil darüber begründet, welche „krisenverursachenden“ Handlungsverläufe und Praktiken nähere Betrachtung verdienen und bleibende Bedeutung haben und welche ausgeblendet werden können.

normales - Geschehen unter Anwendung des Rechtsmaßstabs wieder in die Bahnen der Rechtlichkeit *zurückdrängen* kann. Der frühere "Normalzustand" darf nicht zu einer historisierten Reminiszenz werden, über den die Entwicklung "krisenhaft" hinweggeht. Er muss vielmehr zum Paradigma der Zukunft werden. Die Akteure des Rechtssystems müssen die Unmöglichkeit dieses Anspruchs ausblenden. Das Dispositiv, in dem der positivistisch orientierte Rechtsanwender operiert, lässt die Frage nach dem Wohin nicht zu. Sie ist vom Gesetzgeber zu entscheiden.

Noch aus einem anderen Grund wird sich ein Rechtsanwender mit der Verwendung des Krisenkonzepts schwertun. Wer von "Krise" spricht und einen Zustand als "un-normal" bezeichnet, bringt normative Wertungen ins Spiel, für die das positive Recht keine Grundlage bietet: Die Beobachtung einer Krise impliziert regelmäßig auch eine normative bzw. moralische Forderung. Wer sie ins Spiel bringt, erzeugt Veränderungsdruck – und damit eine Situation, die noch weiter vom bisherigen Recht fortführt als die Gegenwart. Die Rede von der Krise entwertet bestehende Institutionen. Wer sie führt, wird nicht im gleichem Atemzug beanspruchen können, durch Rechtsanwendung deren Integrität wieder herstellen zu wollen. Zudem: Die im Krisenkonzept liegenden Wertungen lassen sich nur durch Wahl einer Perspektive erschließen, die vor und außerhalb des Rechts liegt. Gerade weil „Krise“ eine Differenz zwischen der Perspektive und den Fragestellungen eines (kritischen) Beobachters und den Motivationen der politisch Handelnden eröffnet, bleibt das Konzept für Rechtsanwender, die insofern immer Handlungsträger sind, versperrt.

Ferner: Wenn „Krise“ die Kontingenz des menschlichen Steuerungsvermögens aufdeckt, insbesondere auch derjenigen der im Steuerungsanspruch angelegte Normativität, muss ein Rechtsanwender, der den Anspruch einer Überprüfung des Geschehens „am geltenden Recht“ erhebt und so mit Steuerungsabsicht auftritt, zurückschrecken. Hierin unterscheidet sich der Rechtsanwender „im“ Rechtssystem von den beobachtenden Wissenschaftlern, die „Krise“ (und die darin immer auch thematisierte Kritik) als wissensgenerierendes Element verwenden können. Für sie bedeutet „Krise“ eine Perspektivwahl, vermittels derer eine neue und weit über die Rechtsanwendung hinaus gehende Perspektive gewonnen werden kann. Die Wissenschaft kann sich das im Krisenkonzept enthaltene Element der Kritik zu Eigen machen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Wer sich des Krisennarrativs bedient, temporalisiert einen Geschehensablauf in einer Weise, die sich in den Modus der positivistischen Rechtsanwendung nur schwer integrieren lässt. Die Thematisierung der Geschichtlichkeit des Zurückliegenden würde nicht vor dem Recht selbst halt machen können, und der kritische Anspruch des Denkens in Krisen wird den Anspruch des Rechts, Fehlentwicklungen korrigieren und die alte Normalität wieder herstellen zu können, unterlaufen. Wenn Krise als Zeitpunkt einer Demaskierung und als Moment des Aufblitzens von Wahrheit begriffen wird,³⁵ ist sie mit dem so anderen Wahrheitsanspruch des Rechtssystems grundsätzlich inkompatibel. So sehr Krise in einer handlungs- und aktivitätsorientierten Zeit als Motivationsgeber konzipiert und als Handlungsrechtfertigung begriffen wird, so wenig kann der Begriff in der Praxis des Rechts (und seiner Selbstbeschreibung) einen Raum haben. Diesem Habitus vermag es zu verdanken sein, dass sich in Kri-

³⁵ Zu einer derartigen Rekonstruktion etwa: Siekmann, Mißachtung rechtlicher Vorgaben des AEUV durch die Mitgliedstaaten und die EZB in der Schuldenkrise, Institute for Monetary and Financial Stability, WORKING PAPER SERIES NO. 65 (2012).

sen nur zu häufig die Vernunft in das Rechtssystem zurück zu ziehen scheint: hier die Pathogenese der realen Welt, dort die intakte und scheinende Moralität des Rechts.

Wenn „Krise“ Geschichtlichkeit identifiziert und Wechsel verspricht, kann sie danach kein Konzept der positivistischen Rechtsanwendung sein. Dies gilt um so mehr, als der Fortschrittsglauben, der sich in der Verwendung des Konzepts der Krise im 18. und 19. Jahrhundert regelmäßig ausdrückte, heute einer wesentlich zukunftskeptischeren Haltung gewichen ist. „Krise“ mag Zeitlichkeit und Wandel identifizieren – wer aber garantiert, dass die Entscheidung des Rechtsanwenders wirklich in eine bessere Zukunft führen wird?

3. Gleichwohl: Recht in der Krise bleibt nicht unverändert

Das Recht eignet sich, wie vorstehend dargelegt wurde, das Konzept der Krise nicht an.³⁶ Das Konzept hat für die Akteure des Rechtssystems auch keine epistemologische Funktion. Unbedeutsam sind Krisen für das Recht damit aber nicht. Für den Beobachter des Rechtssystems ist offenkundig, dass „Krise“ das Recht nicht unverändert lässt, ebenso, dass sich der Anspruch auf objektive und neutrale Anwendung eines zu Normalzeiten entstandenen Rechts auf krisenhafte Entwicklungen nicht einlösen lässt. Jede Krise hat damit auch im Recht eine – allerdings im Umfang durchaus unterschiedliche – transformatorische Eignung. Ungeachtet des Selbstverständnisses, mit dem das Recht sich der Krisenbewältigung zuwendet, wird es immer auch zu krisenbedingten Veränderungen und Fortschreibungen kommen. Die Krise zwingt die Rechtsanwender dazu, sich gegenüber der jeder Krise inhärenten Dynamik zu positionieren. Die konkret entscheidungszuständigen Rechtsanwender haben (vor dem Hintergrund der jeweils einschlägigen „rechtstechnischen Artefakte“³⁷) zu entscheiden, in welcher Weise sie auf die krisenbedingten Veränderungen reagieren wollen.³⁸ Häufig eröffnen sich hierbei weite Entscheidungsspielräume. Krisen sind insofern „Wahrheitsmomente“, als sie Wahlmöglichkeiten eröffnen und Entscheidungen erzwingen. Die Akteure des Rechtssystems werden dazu gezwungen, Wichtiges von Unwichtigem, normativ Erhaltenswertes von Verzichtbarem, Werthaltiges von Irrelevantem zu unterscheiden. Das Recht entwickelt sich in der Krise eben auch immer fort.

4. Die Euro-Krise als Anschauungsbeispiel

Der Euro-Krise wohnte von Anfang an eine Dynamik inne, die die Zeitbedingtheit und Vergänglichkeit des Rechts vor Augen führt („Temporalisierung des Rechts“). Die politischen Akteure waren mit („Fehl“-)Entwicklungen konfrontiert, die sich nicht umstandslos innerhalb des gesetzten Ordnungsrahmens bewältigen ließen. Gegen der Euro-Rettung hofften darauf, dass die Gerichte die Strukturen der überkommenen Ordnung verteidigen würden. Sie taten das nicht, was zu Irritationen und Enttäuschungen führen musste.

³⁶ Natürlich gibt es Rechtsnormen, die krisenhafte Erscheinungen zum Regelungsgegenstand oder zum Anknüpfungspunkt machen. Die Krise ist dann der Normfall dieser Norm. Diese Konstellation ist aber von der hier betrachteten zu unterscheiden.

³⁷ So der Begriff bei Di Fabio, Grundrechte als Werteordnung, JZ 2004, 1 (5).

³⁸ Luhmann Recht der Gesellschaft, 1995, 429; ders. Gesellschaft der Gesellschaft, 1998, 1116 f.

a) Krise als Wegbereiter für eine Weiterentwicklung des Rechts

Die Euro-Krise macht deutlich, wie sehr Krisen geeignet sein können, das Rechtssystem einem Veränderungsdruck auszusetzen. Schon früh wurde deutlich, dass sich in der Krise nicht das Andere der (fortdauernden) Substanz der Ordnung manifestiert, ebenso, dass sich im Umgang mit den Krisenerscheinungen der Nukleus einer neuen, vom bisherigen Rechtsrahmen nicht getragenen Ordnung herausbilden würde. Bereits in der Bankenkrise, die sich ab 2008 ausbreitete, ging es nicht einfach darum, auf den Boden der bisher geltenden Ordnung zurückzufinden. Das bisherige System der Bankenaufsicht und Bankenregulierung galt vielmehr diskreditiert, und schnell setzte die Arbeit an einer neuen, stabileren Ordnung ein. Das Verfassungsrecht akkommodierte diese Umstellungen unproblematisch.³⁹ Nach dem Ausbruch der Finanzkrise im Herbst 2009 wiederholte sich diese Entwicklung. Auch hier zeichneten sich schon früh Verläufe ab, die zur Erkenntnis führen mussten, dass sich der bisherige Ordnungsrahmen der WWU nicht würde halten lassen. Mit dem ersten bilateralen Hilfsprogramm zugunsten Griechenlands und der Gründung der EFSF im Frühjahr 2010 wurde außer Frage gestellt, dass die Politik dazu gezwungen werden würde, Schritte zu unternehmen, durch die auch der Rechtsrahmen der WWU nicht unberührt bleiben würde.

Bekanntlich trafen in der ab 2010 einsetzenden *rechtswissenschaftlichen* Diskussion darüber, wie sich das EU-Primärrecht und das deutsche Verfassungsrecht zu dieser Umstellung verhalten sollten, zwei Grundpositionen aufeinander. Die Anhänger einer „Stetigkeitskonzeption“ des Rechts betonten die Notwendigkeit, dass die krisenhaften Entwicklungen (das krisenhafte Anwachsen der Staatsverschuldung, die wirtschaftliche Schwäche vieler Mitgliedstaaten der Euro-Zone, die konkrete Möglichkeit eines politisch ungewollten und vertraglich nicht vorgesehenen Zusammenbruchs der Währungsunion) unter Beachtung und Anwendung der überkommenden Ordnungsprinzipien in den Griff bekommen werden müssten. Das No-Bail-Out-Prinzip setzte der Politik danach eine unverrückbare Grenze, und dieses Prinzip wurde expansiv interpretiert. Als unzulässig wurden alle Schritte eingeordnet, die einem Mitgliedstaat der Euro-Zone den Anreiz für die Durchführung einer nachhaltigen Fiskalpolitik nehmen konnten. Postuliert wurde ferner, dass diese Anreize von den Marktakteuren gesetzt werden müssten, die dem auf Kredite angewiesenen Staat gegenüber stehen und über Zinssignale eine Bewertung der Entwicklung vornehmen. Stetigkeit der Rechtsanwendung hätte bedeutet, an der Maßgeblichkeit dieser Ordnungsmuster auch in der Krise festzuhalten – auch um den Preis der Insolvenz eines Staats, dem von den Marktteilnehmern eine (Re-)Finanzierung des Kreditbedarfs nur noch zu Zinsens angeboten wird, die untragbar sind. Das Insistieren auf einer „Rechtlichkeit“ der Krisenbewältigung hätte insofern das Festhalten an einem bislang nicht durchgesetzten Recht bedeutet. Auf diesem Weg schien es möglich, sich einer Entwertung des Rechts durch krisenbedingte Destabilisierung zu entziehen. Andernfalls würde die Idee der „Stetigkeit“ des Rechts Schaden nehmen.

Wer sich dieser Deutung bedient, wird die Geschichte der „Euro-Rettung“ als Pathogenese erzählen. Bekanntlich spricht etwa *Paul Kirchhof* davon, dass die Euro-Rettungsmaßnahmen einen Rechtsbruch darstellten. Zugleich erhofft und erwartet er

³⁹ BVerfG, 3. Kammer des Ersten Senats, Beschluss vom 5. Mai 2009, 1 BvR 971/09 (Verfassungsbeschwerde gegen das Gesetz zur Rettung von Unternehmen zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Rettungsübernahmegesetz - Rettungsg) vom 7. April 2009 (BGBl I S. 725, 729)).

eine „Rückkehr zum Recht“.⁴⁰ Auch wenn im einzelnen offen bleibt, wo der Genesungsprozess enden soll (ein deutliches Bekenntnis zur gescheiterten Architektur findet sich nicht): Das Recht, so die Erwartung und Forderung, müsse in die bisherige Normallage zurückgeführt und dort erneut in seiner Ordnungshaftigkeit, Unabhängigkeit und Zeitlosigkeit verankert werden. Das Recht bildet den idealisierten Fixpunkt, zu dem die instabile und zu verwerfende Entwicklung zurückgeführt werden müsse.

Dem gegenteiligen Ansatz zufolge hätte die unbeirrte Anwendung der No-Bail-Out-Klausel in einer die Existenz der Euro-Zone gefährdenden Krise nicht zur Durchsetzung des Rechts geführt. Sie hätte auch nicht die Rückkehr zur „Normallage“ bewirkt. Denn den Regelungsgegenstand der No-Bailout-Klausel bildete eben nicht eine Situation, in der die eigentlich vorgesehenen Anreizmechanismen langjährig versagt hatten. Die vertragsgebenden Mitgliedstaaten hatten vielmehr gerade darauf verzichtet, sich im AEUV mit Fragen der Insolvenz und der daraus resultierenden Möglichkeit eines Ausscheidens aus der Euro-Zone näher zu befassen. Die Anwendung der No-Bailout-Klausel wäre eine gestalterische Entscheidung gewesen, durch die ein bestimmter, diskussionswürdiger, aber eben nicht rechtlich erzwungener Weg aus der Krise anderen Möglichkeiten vorgezogen worden wäre. Dieser Ansatz einer Krisenbewältigung hätte zur Folge gehabt, dass einzelne Mitgliedstaaten in einen ungeordneten Bankrott gerutscht und die Euro-Zone aller Voraussicht nach auseinander gebrochen wäre. Die Bestimmung des Art. 125 AEUV, die darauf abzielte, vermittels eines präventiven Dämpfungseffekts Staaten zu einer nachhaltigen Fiskalpolitik zu veranlassen, wäre zum Hebel geworden, um die Währungsunion zu sprengen. Aus dieser Perspektive musste es in der Finanzkrise so oder so zu einer „Temporalisierung“ des Rechts – und zu einer Fortbildung der Strukturprinzipien einer instabilen Architektur – kommen. Man würde die Situation missdeuten, wenn man behauptete, dass die Akteure vor der Option standen, entweder eine Krisenbewältigungsstrategie „innerhalb des Rechts“ oder eine solche „außerhalb des Rechts“ zu ergreifen. Einen vorausliegenden Punkt, von dem aus sicher beurteilt werden könnte, ob die krisenbedingten Änderungen – und die von ihnen ausgehenden Irritationen – als Abweichung oder als Neuerung betrachtet werden können, gibt es nicht.

Im Zuge der Euro-Rettungspolitik findet damit die Beobachtung eine Bestätigung, wonach „Krisen“ als Operatoren dienen, die das Recht in Bewegung bringen. Das gilt im übrigen nicht nur für die Ebene der konkreten (vertraglichen, gesetzlichen und exekutiven) Rettungspolitik. Es gilt auch für die europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Rahmen, die der EuGH und das Bundesverfassungsgericht konstruieren und der Politik vorgeben.

b) Funktionale Dimension der Krise

Krisen führen nicht nur zur offenen oder versteckten Fortentwicklung des Rechtssystems. Sie bringen auch wichtige Erkenntnisse über das Verhältnis von Politik und Recht, von politischer Gubernative und Gerichten zu tage. Ohne Zweifel darf das Recht in der Krise seinen Regelungsanspruch nicht aufgeben. Die Vorstellung, dass Politik in der Kri-

⁴⁰ P. Kirchhof, Verfassungsnot! FAZ vom 12.7.2012: „(Das) Dieses Recht wurde grob missachtet. ... Deshalb ist die Rückkehr zum Recht das Gebot der Stunde. Doch der Staat könnte nicht mit einem kühnen Sprung die Legalität zurückgewinnen, weil die überhöhte, rechtswidrige Verschuldung oft größer ist als das gesamte Steueraufkommen eines Jahres. Es bleibt dann nur der Weg der schrittweisen Annäherung.“

se in einen rechtsfreien Raum steuern könne, ist überholt und findet im heutigen Recht keinen Platz mehr. Gleichwohl war und ist in Krisen typischerweise eine Zurückhaltung der Gerichte zu beobachten, die vom Anspruch und Auftreten in „Normallagen“ merklich abweichen kann.

Um einige Beispiele zu bringen: Mit Fug und Recht kann bezweifelt werden, dass der EuGH es ohne Vorliegen eines Krisenszenarios hingenommen hätte, dass der institutionelle Rahmen der EU um „Anbauten“ wie den ESM ergänzt wird.⁴¹ Man muss auch Zweifel haben, ob er es hingenommen hätte, dass der ESM seine Arbeit aufnimmt, ohne dass die hierfür – nach dem Bekunden der vertragsändernden Mitgliedstaaten „erforderlichen“ – Grundlagen gelegt und in Geltung gesetzt worden sind.⁴²

Ruft man sich die Ausführungen zur Verfassungsidentität in der Lissabon-Entscheidung des BVerfG in Erinnerung, so kann man auch bezweifeln, ob das Gericht die Errichtung eines Hilfemechanismus der nunmehr vorliegenden Größenordnung gebilligt hätte, wenn nicht blanke Not und die konkrete Gefahr eines Auseinanderbrechens der Euro-Zone die Akteure getrieben hätte. Man wird sehen müssen, wie sich das Gericht zu dem im OMT-Programm zum Ausdruck gekommenen geldpolitischen Verständnis positionieren wird.

Hier geht es nicht darum, diese Erscheinungen im einzelnen zu erfassen oder zu vermessen. Wenn das besondere Rollenverständnis eines Gerichts in der Krise überhaupt thematisiert (und nicht umstandslos und begründungslos praktiziert) wird, stehen verschiedene Begründungsansätze zur Verfügung. Die Verschiebungen im Verhältnis von Politik und Recht müssen im Blick behalten werden, wenn Prognosen über das Verhalten von Gerichten in Krisenzeiten gemacht werden. Die vereinzelt anzutreffende Überschätzung der Steuerungsfähigkeit des Rechts in schwierigen Krisenlagen mag auf diesbezügliche Missverständnisse zurückzuführen sein.

c) Inhaltlich-gestaltende Dimension der Krise

Nur am Rande gestreift werden kann hier die Beobachtung, dass Krisen für das Recht auch in inhaltlicher Hinsicht ein „Wahrheitsmoment“ sind – in dem Sinne, dass sie die mit der Kontrolle der politisch ergriffenen Krisenbewältigungsmaßnahmen befassten Gerichte zu einer inhaltlichen Positionierung zwingen. Im Prozess des Übergangs in eine neue Ordnung obliegt ihnen die Aufgabe, festzulegen, welche Anforderungen weggehend gestellt werden sollen.

Auch hier nur zwei kurze Beispiele aus der Entscheidungspraxis der Obergerichte: Bekanntlich hat sich der EuGH dazu entschlossen, den Weg für die Einrichtung des ESM freizumachen, dabei aber aus Art. 125 AEUV die Forderung abgeleitet, dass die freiwilli-

⁴¹ So aber: EuGH, Urt. vom 27.11.2012, Rs. C-370/12, Pringle, ECLI:EU:C:2012:756.

⁴² Der Europäische Rat erließ am 25. März 2011 einen Beschluss zur Änderung des Artikels 136 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union hinsichtlich eines Stabilitätsmechanismus für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist (2011/199/EU). Dort ist davon die Rede, dass diese Vertragsergänzung „erforderlich“ sei, um einen dauerhaften Bestandsmechanismus einzurichten (Erwägungsgrund Nr. 2). Ungeachtet dessen trat der ESM-Vertrag schon vor Wirksamwerden dieses Beschlusses in Kraft, und der ESM nahm seine Arbeit auch schon vorher auf.

ge Unterstützung eines Mitgliedstaats der Währungsunion nur zulässig sei, wenn sichergestellt sei, dass hinreichende Anreize für eine nachhaltige Haushaltspolitik verbleiben.⁴³ Damit wird die Ratio des Art. 125 AEUV in eine richterrechtlich geschaffene Anforderung an Hilfsorganisationen überführt. Über die rechtliche Bedeutung und Durchsetzbarkeit des vom EuGH formulierten Postulats mag man streiten. Die programmatische Signifikanz dieser Erwartung des EuGH ist jedenfalls hoch.

Das BVerfG hat in den Entscheidungen zum ESM den Weg für die Errichtung einer Hilfsorganisation nicht versperrt. Es hat sich aber auch nicht gänzlich zurückgenommen. Schon seit der Entscheidung vom 7. September 2011⁴⁴ ist das Dispositiv, das das BVerfG zur Beurteilung der Rettungspolitik anlegt, der im Demokratieprinzip angelegte Schutz des Haushaltsgesetzgebers. Die Bundesrepublik Deutschland darf nicht nur nicht in die Gefahr geraten, übermäßige Lasten tragen zu müssen; sie darf sich auch nicht in eine Situation hineingegeben, in der ihr fremde Hände Lasten aufbürden. Die Wahl des Ansatzes ist sicherlich nicht unvernünftig, verengt aber den verfassungsrechtliche Blick auf die Krisenbewältigungspolitik in einer Weise, die den insbesondere in Art. 23 Abs. 1 GG niedergelegten umfassenden Vorgaben möglicherweise nicht gerecht wird. Das kann hier aber dahinstehen. Es geht hier nicht darum, ob die vom Bundesverfassungsgericht getroffenen Entscheidungen juristisch richtig oder falsch sind. Von Interesse ist allein, an einem Beispiel aufzuzeigen, wie einer Krise ein „Wahrheitsmoment“ inne wohnt, latent vorhandene, zuvor aber verborgene oder überlagerte Gegebenheiten zu Tage zu fördern. Die Krise ist ein Ereignis, das das Recht zur Neubestimmung seiner Annahmen zwingt. Die Entscheidungskette „Lissabon-Entscheidung“, „EFSF“-Entscheidung, ESM-Entscheidung I und ESM-Entscheidung II belegen, dass ein Gericht sich hier im Prozess der Suche und der Selbstvergewisserung befindet.

d) Kein Anlass zu voreiliger Krisen gläubigkeit des Rechts

Die vorstehenden Überlegungen lassen sich mit folgendem Zwischenfazit schließen. Die Vorstellung von einem ontologisch gestählten Recht, das sich in seiner Neutralität und Stabilität der Krisenhaftigkeit des Realgeschehens entgegenstellt, war nie mehr als eine ästhetische Idealvorstellung. Bei genauerem Hinsehen zerbröselte sie. Krisenszenarien infizieren die Operation des Rechtssystems, wirken auf den Prozess der Entscheidungsfindung ebenso ein wie auf die Entscheidungsergebnisse. Die Krise verändert das Recht und seine Bedeutung, auch wenn sie durch das Recht gezähmt werden soll. Die beschriebenen Phänomene mögen im Zuge der Krisenbewältigung in der Folge von Finanz- und Staatsschuldenkrise besonders plastisch hervorgetreten sein. Bei genauem Hinsehen und guter Kenntnis des Rechts lassen sie sich aber in allen Krisenszenarien beobachten.

Ungeachtet dessen tut das Recht gut daran, sich nicht voreilig bei den Krisenpropheten anzubiedern.⁴⁵ Zu schnell erkennt man vielerorts Krisensymptome, und so schnell wird

⁴³ BVerfGE 132, 195 (ESM I); BVerfGE 135, 317 (ESM II).

⁴⁴ BVerfGE 129, 124. Hierzu etwa Nettesheim, „Euro-Rettung“ und Grundgesetz, *Europarecht* 2011, 765; Kube, *Rechtsfragen der völkervertraglichen Eurorettung*, *Wertpapiermitteilungen* 2012, 245; Ruffert, *Die europäische Schuldenkrise vor dem Bundesverfassungsgericht—Anmerkungen zum Urteil vom 7. September 2011*, *Europarecht* 2011, 842.

⁴⁵ Vgl. auch Schorkopf (oben Fn. 14), S. 219: „Die größte Herausforderung für Rechtsetzung in einer Finanzkrise ist es, sich von einer „Krise“ nicht beeindrucken zu lassen. Rechtsetzung neigt

in einer schon aktivistischen Welt die Verkündung einer (vermeintlichen) Krise zum Anlass genommen, nach Änderung und Fortentwicklung des Rechts zu rufen. Das Recht tut gut daran, sich gelassen und nachdenklich zu zeigen. Es darf sich nicht zu schnell die These von der Krisenhaftigkeit einer Entwicklung zu eigen machen. Krisen sind nach dem Gesagten keine intrinsischen Gegebenheiten und auch keine „objektiven“ Prozesse, sondern eine Konstruktion, die mit bestimmter Absicht entwickelt wird. Das Recht sollte sich diese Konstruktion nicht vorschnell zu eigen machen und sich mit der darin angelegten Bedeutung identifizieren.

IV. Wann wird aus der Krisenbewältigung durch Recht eine Krise des Rechts?

Das Recht bleibt von dem Prozess der Bewältigung einer Krise nicht unberührt. In seinem Anspruch, den Weg aus der Krise zu begleiten, verändert es sich krisenbedingt mit. Die interessante Frage ist, wann dieser an und für sich geläufige Prozess eine Qualität gewinnt, die Beobachter dazu veranlasst, von einer „Krise des Rechts“ zu sprechen. Im hier interessierenden Zusammenhang kann es dabei nur um eine Krise des Verfassungsrechts gehen.

In der rechtswissenschaftlichen und rechtspolitischen Diskussion seit 2010 klingt vielfach die Einschätzung durch, dass der Krisenbewältigungsprozess zu einer Beschädigung und Kompromittierung des Rechts geführt habe. Hält man sich vor Augen, dass der Umgang mit Krisen ein alltägliches Phänomen für ein in einem dynamischen Umfeld operierendes Recht ist, gibt dies Anlass zum Nachfragen: Worin unterschied sich die Krise von anderen Entwicklungen, die im Recht kein Krisengefühl aufkommen ließen? Welche besonderen Einwirkungen auf die Operation des Rechts ließen sich seit 2010 beobachten, die bei den Akteuren das Gefühl hinterließen, dass das Rechtssystem selbst in einer besonderen und krisenartigen Lage gezwungen wurde? Diese Fragen werden bislang kaum diskutiert. In der gegenwärtigen Diskussion ist man sich einig, dass der Veränderungsdruck, der krisenbedingt auf das Recht ausgeübt wird und durch formelle Rechtstextänderung bzw. informelle Schritte des Verständniswandels bedient werden kann, als solcher noch nicht eine Krise des Rechts auslöst. Wandlungerscheinungen sind im Recht normal. Jenseits dieser Feststellung bestehen keine konventionell konsentierten Vorstellungen.

1. Instabilität und Unklarheiten über die Inhalte des Rechts

In der bisherigen Diskussion darum, wie Recht in eine Krisenlage geraten kann, werden vielfach die (Meta-)Anforderungen der Stabilität und der Inhaltsklarheit genannt. Wird das Recht in einen Operationsmodus gezwungen, der mit den dahinter stehenden Erwartungshaltungen⁴⁶ nicht mehr vereinbar ist, gerät das Recht selbst in eine Krise. In der Tat kann kein allzu rapider Änderungstakt Irritationen auslösen. Man wird allerdings vorsichtig sein, in der Änderungsfrequenz einen Krisenindikator zu erblicken. Die schnelle Abfolge von Rechtsänderungen ist für die Akteure des Rechtssystems eine so

dazu, das politische Motiv „Krise“ dauerhaft werden zu lassen, um Exzeptionelles zu rechtfertigen. Die Krise ist aber kein technokratischer Ausnahmezustand.“

⁴⁶ Vgl. etwa Schorkopf (oben Fn. 14), 185 : „Jede Rechtsordnung soll eine stabile Ordnung sein, die ihre Normativität bewahrt.“

alltägliche Erfahrung geworden, dass man mit der Verwendung von Krisennarrativen vorsichtig sein sollte. Rechtsänderung ist heute für das Rechtssystem Normalfall.

Aus dieser Perspektive gebietet sich auch bei der Feststellung, Unklarheiten über den Inhalt des Rechts könnten eine Krise auslösen, jedenfalls Vorsicht. Soweit sich die Existenz „allgemeiner Verunsicherung über den Inhalt des Rechts“⁴⁷ auf Kreise jenseits der Gruppe der Akteure des Rechtssystems beschränkt, muss dies das Recht nicht unmittelbar anfechten. Unklarheiten sind vielmehr der Normalfall. Erst wenn die Diffusität auch für die Akteure des Rechtssystems ein unerträgliches Maß annimmt, kann es zu Irritationen und Krisenerscheinungen kommen. In der Finanzkrise sind allerdings keine Entwicklungen zu erkennen, die hier Sorge wecken müssten. Die Emergenz und gerichtliche Bewältigung offener Rechtsfragen in dem üblichen (oder gar beschleunigten) Verfahren ist gerade Ausdruck für das geordnete Funktionieren des Rechtssystems.

2. Störung des Zeitrhythmus des Rechts

Ein Krisengefühl scheint sich im Rechtssystem dann auszubreiten, wenn der innere Zeitrhythmus gestört und den Akteuren ein zeitliches Vorgehen aufgezwungen wird, das sich nicht mit dem rechtlich formulierten „natürlichen“ Takt deckt. Diese vage Formulierung macht schon deutlich, dass es leichter ist, das Phänomen zu benennen, als seine genauen Eigenarten zu beschreiben. Über das Verhältnis von Zeit, dem einer Rechtskultur eigenen inneren Rhythmus und dem Entscheidungsverhalten der Akteure des Rechtssystems ist erstaunlich wenig bekannt. Gewiss: Über die Prozeduralisierung rechtlicher Entscheidungsprozesse ist in den letzten Dekaden eine nicht mehr zu überschauende Zahl von Beiträgen veröffentlicht worden. Dem Zeitaspekt ist dabei allerdings sowohl analytisch als auch normativ viel zu wenig Beachtung geschenkt worden. Dies mag auch an der Regelungsarmut des positiven Rechts liegen. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für den „richtigen“ Zeitrhythmus in hoheitlichen Entscheidungsverfahren sind auffällig unspezifisch, und auch die Rechtsprechung ist grundsätzlich eher zurückhaltend. Auch dort, wo es im (Verfassungs-)Recht Ansatzpunkte für eine stärkere Strukturierung gibt, wie etwa in Art. 6 EMRK, bleiben die rechtlichen Maßstäbe erstaunlich offen.

Zur gleichen Zeit dürften sich die meisten Akteure des (Verfassungs-)Rechtssystems einig sein, dass es nicht dem „natürlichen“ Gang der Dinge und dem inneren Rhythmus eines Verfassungsorgans entspricht, wenn ein Gesetzgebungsverfahren in einer hochkontroversen und überaus komplizierten Angelegenheit in wenigen Tagen durchgezogen wird.⁴⁸ Auch die gesetzlich inzwischen vielfach vorgesehene Zustimmung des Bundestages zu finanzwirksamen Entscheidungen der Gubernative wird immer wieder unter Bedingungen eingeholt, die dem natürlichen Rhythmus des Parlamentarismus zuwider läuft: Wer würde die Angemessenheit eines Vorgehens rechtfertigen wollen, das darauf hinausläuft, die am Montag in Brüssel erzielten und in ihrer Tragweite keinesfalls klaren Vereinbarungen über die Aufnahme von Verhandlungen über ein „Rettungs-

⁴⁷ Finke/Krämer (oben Fn. 13), S. 346: „Auch Krisen des Rechts sind erst einmal nur Situationen, in denen aufgrund von Veränderungen in der Auslegung und Anwendung des Rechts Dynamiken entstehen, die zu einer allgemeinen Verunsicherung über den Inhalt des Rechts führen.“

⁴⁸ Zu denken ist an das Gesetzgebungsverfahren beim Erlass des Finanzmarktstabilisierungsgesetzes (FMStG) 2008 oder das Verfahren beim Erlass des Gesetzes zur Übernahme von Gewährleistungen im Rahmen eines europäischen Stabilisierungsmechanismus (2010).

pakt“ am Freitag im Deutschen Bundestag billigen zu lassen? Damit ist nicht gesagt, dass nicht die Taktfrequenz der Operation des Rechtssystems in der Krise erhöht werden könnte. Die Akteure des Rechtssystems haben und nützen teilweise die ihnen verfügbaren Möglichkeiten, sich den krisenbedingten schnelleren Rhythmus anzupassen. So hat der EuGH sein Vorabentscheidungsverfahren über die Unionsrechtskonformität des ESM in einem rekordverdächtigen Tempo von wenigen Monaten durchgezogen. Und auch das Eilverfahren, in dem das Bundesverfassungsgericht die Verfassungsrechtskonformität des EMS unter einem erweiterten Prüfungsmaßstab prüfte und seine Erwägungen in einer Entscheidung von knapp einhundert Seiten zu Papier brachte, birgt Züge des Extraordinären. Zu einer Krise des Rechts kommt es aber, wenn die innere Adaptionsfähigkeit eines Akteurs überdehnt wird.⁴⁹

3. Verschiebungen der Entscheidungsmacht

Zu Erscheinungen eines rechtsimmanenten Krisengefühls scheint es ferner dann kommen zu können, wenn es im Prozess der Reaktion auf eine Krise zu Verschiebungen in der Verteilung von Entscheidungsmacht kommt, die bestimmten Ideen einer eingespielten und angemessenen Zuständigkeit zuwiderlaufen. Anders ausgedrückt: Krisenbefindlichkeit manifestiert sich, wenn sich die Machtbalance so ändert, dass es zu Spannungen mit den rechtskulturell verankerten Anschauungen über die an sich angemessene Verteilung von Zuständigkeiten kommt. Derartige Irritationen können auch dann auftreten, wenn die rechtspositiv formulierte Zuständigkeitsordnung eingehalten und alle notwendigen Verfahrensschritte eingehalten werden. Hinter der geschriebenen Zuständigkeitsordnung stehen ungeschriebene Anschauungen darüber, wie die Machtverhältnisse ausbalanciert werden sollten.⁵⁰

Im Prozess der „Rettungsmaßnahmen“ zur Restabilisierung der Euro-Zone machten sich derartige Prozesse mehrfach bemerkbar.⁵¹ Diese Schlussfolgerung ist auch dann geboten, wenn man darauf verzichtet, die Rollen- und Machtverteilung zwischen den Verfassungsorganen unter Rückgriff idealisierender Modelle zu rekonstruieren und die Stellung des Parlaments im demokratischen Verfassungsstaat zu überhöhen. In einer so nie zuvor zu beobachtenden Intensität kam es im Zuge der „Rettungspolitik“ im Verhältnis von Exekutive und Legislative zu einer Machtverschiebung, die mit den heute eingespielten Anschauungen über die angemessene Aufgabenverteilung schwerlich zu vereinbaren war. Die zeitliche Anlage der Rettungsstrategie (Hilfe nur bei Gefährdung der Stabilität der Eurozone) und die inhaltliche Struktur (Geld gegen Reformen) erschweren es dem Parlament, den Rettungsprozess in dem ihm eigenen Entscheidungsmodus sinnvoll zu begleiten. Für mehr als die Billigung zuvor getroffener Entscheidungen der

⁴⁹ Das führt nicht notwendig zum Rechtsverstoß. Das Recht setzt im wesentlichen darauf, dass sich die jeweils entscheidungsbefugten Organe – sei es nun das Parlament, sei es ein Gericht – selbst dadurch vor übermäßigem Zeitdruck schützen, indem sie Angelegenheiten in dem ihnen eigenen Rhythmus bearbeiteten. Sachzwänge und der von außen generierte Druck können dies aber unmöglich machen.

⁵⁰ Das BVerfG war immer wieder mit der Herausforderung konfrontiert, diese ungeschriebenen Anschauungen zu konkretisieren und so – durch Entscheidung – im positiven Recht zu verankern.

⁵¹ Wohlgemerkt: In diesem Prozess sind die formalen Regeln über Zuständigkeit und Verfahren durchgängig eingehalten worden. Es geht hier nur um Machtverschiebungen innerhalb des förmlich begründeten Rahmens.

Gubernative⁵² oder die Zustimmung zu ausgehandelten Kompromissen war gelegentlich kein Raum. Eine gewisse Kompensation ergibt sich daraus, dass das Bundesverfassungsgericht nicht nur darauf hinwirkt, dass das Parlament bei der Aushandlung der Verträge zur Einrichtung eines Hilfsinstruments hinreichend beteiligt wird. Das Bundesverfassungsgericht hat dem Parlament auch exekutive Zuständigkeiten bei der Aushandlung und Durchführung konkreter Hilfsprogramms bekommen, die weit in die vormals der Gubernative vorbehaltenen Entscheidungssphären hineinreichen und deutlich über den bisherigen und in Art. 59 GG vorgezeichneten Aufgabenbereich hinausgehen. Auch hier geht es wieder nicht darum, ob der Schritt richtig oder falsch ist. Derartige Rollenveränderungen tragen jedenfalls zur Entstehung von Irritationen bei, die sich mit Blick auf die Zuständigkeitsverteilung ergeben, die sich im Zuge der Rettungspolitik herausgestellt hat. Krisenartige Irritationen im Recht sind unvermeidlich, wenn überkommene Anschauungen über Muster der Verteilung von Zuständigkeiten in grundlegender Weise revidiert werden (müssen).

Ähnliche Beobachtungen lassen sich auch auf europäischer Ebene machen. Der EU werden Hilfsinstitutionen an die Seite gestellt, die mit den eingespielten Architekturprinzipien und dem allgemein konsentierten Entwicklungspfad der Integration nur schwerlich in Einklang zu bringen sind. Ihre Existenz wird vom EuGH zwar in lakonischen Worten verteidigt. Wer den Integrationsprozess kennt, wird aber schwerlich annehmen, dass der EuGH ähnlich entschieden hätte, wenn sich die gewählte Konstruktion nicht rechtspolitisch als alternativlos erwiesen hätte. Bekanntlich war die eigentlich stimmige Integration der Rettungsinstitutionen in die Architektur der EU nicht konsensfähig; ein Vertragsänderungsverfahren hätte auch schwerlich in der gebotenen Zeit durchgeführt werden können. Und auch die Rolle, die die EZB inzwischen einnimmt, ist – unabhängig von der Frage ihrer vertragsrechtlichen Beurteilung – jedenfalls nicht dem Modell entsprechend, das viele Beobachter in Deutschland bei der Lektüre des Vertrags als Vorverständnis zugrunde legen. Dies muss Irritationen im Recht und ggf. auch eine Krise des Rechts auslösen.

4. Widersprüche zwischen der Politik und den Tiefenschichten des Rechts

Im Zuge der Eurorettungspolitik lässt sich noch eine weitere Quelle von Krisenerscheinungen *im* Recht identifizieren. Eine Analyse der Diskursverläufe legt die Schlussfolgerung nahe, dass Irritationen entstehen können, wenn sich im positiven Recht Entwicklungen vollziehen, die mit den in den Tiefenschichten der Rechtskultur verankerten inhaltlichen Annahmen des Rechts in Spannung treten. Dass die Euro-Rettungspolitik auch in Kreisen der Rechtsanwender so große Irritationen herbeiführt, obgleich sie jedenfalls nach Schaffung des Art. 136 Abs. 3 AEUV (n.F.) rechtlich abgesichert ist und demokratisch verantwortet wird, mag hier seine Ursache haben.

Der Umbau der Wirtschafts- und Währungsunion von der „Maastricht“-Architektur zu der sich nunmehr herausbildenden neuen „Maastricht 2.0“-Architektur geschieht zwar in der Formensprache des Rechts. Ohne den krisenbedingten enormen Handlungsdruck wäre aber auf absehbare Zeit kein Einverständnis erzielt worden, die WWU um Architekturelemente zu ergänzen, die eine IWF-artige Versicherung gewähren und nach Aufkommen einer Krise konditionale Hilfe gewähren. Eine Ordnung, in der die Idee des fiskal- und haushaltspolitischen Selbststand der Mitgliedstaaten unbedingte Geltung hatte

⁵² Das gilt etwa für die Entscheidung, in Verhandlungen über eine Hilfsmaßnahme einzutreten.

und tief in den rechtlichen Grundannahmen der Träger des Rechtssystems verankert war, erfuhr so in kürzester Zeit eine wesentliche Umgestaltung – ohne dass Art. 125 AEUV aufgehoben wurde und ohne dass Gelegenheit für eine Weiterentwicklung dieser Grundannahmen gewesen wäre. Die Entstehung einer Spannungslage zwischen der rechtspositiv gewählten Krisenreaktionstechnik und den rechtspolitisch und normgebungstechnisch weiterhin prägenden Ideen ist offenkundig. Zu tief war das Prinzip des Eigenstands in das Rechtsbewusstsein vieler Akteure und Beobachter des Rechtssystem eingeschrieben, als dass es im Moment des Ausbruchs der Krise und der Entscheidung der europäischen Politik, Hilfe gegen Anpassung zu gewähren, revidiert werden konnte. Zwischen der in Art. 125 AEUV angelegten Idee des No-Bailout und der Freistellungsnorm für Hilfe- und Unterstützungsinstitutionen (Art. 136 AEUV) mag ein methodisch sicherer Rechtsanwender zwar eine Vorrangrelation etablieren. Wer sich aber nicht auf eine positivrechtlich-formale Analyse beschränkt, wird sich inhaltlichen Irritationen nicht ohne weiteres verschließen können. Die unaufgelöste Spannungslage kann Krisensymptome auslösen. Dies gilt umso mehr, als die auf dieser Grundlage ergriffene „Rettungspolitik“ niemanden wirklich befriedigt – die Geberstaaten nicht, die am Ideal des mitgliedstaatlichen Selbststandes festhalten, und die Nehmerstaaten auch nicht, die unter dem Druck konditionaler Hilfestellung leiden und ihre Gestaltungsfreiheit beeinträchtigt sehen. Man nimmt die Schwebelage gegenwärtig hin, auch wenn sie das Recht selbst krisenartig infizieren könnte.

Die vorstehenden Überlegungen sind – schon aufgrund der Knappheit des verfügbaren Platzes – als vorläufige und eher tastende Versuche zu begreifen, Erkennungsmuster dafür zu gewinnen, wann die rechtliche Bewältigung von Krisen zu einer Krise des Rechts werden kann. Die Überlegungen sind auf die Erfahrungen beschränkt, die im Zuge der Euro-Rettungspolitik gemacht wurden. In anderen Bereichen lassen sich gewiss andere Muster beobachten. Den Beobachtungen ist gemein, dass sich Krisenbewältigungsmaßnahmen mit inhaltlichen Annahmen über das Rechtsrichtige in Widerspruch setzen können, die in den Tiefenschichten eines Rechtssystems verankert sind. Diese Annahmen können und werden sich im Laufe der Zeit ändern. Das aber benötigt Zeit. Hierin kann eine Quelle für Spannungen liegen.

5. Bringt die Euro-Rettungspolitik eine Krise des Rechts mit sich?

Vorstehend ist aufgezeigt worden, dass sich im Zuge der Euro-Rettungspolitik Spannungslagen herausgebildet haben, die unter den Akteuren des Rechtssystems zu Irritationen führen. Rechtfertigt dies die Annahme, dass sich das Recht dadurch in einer Krise befindet? Die Frage ist zu verneinen.

Keine der beschriebenen Spannungslagen birgt – so jedenfalls die gegenwärtige Einschätzung – die für eine Krise kennzeichnende historisch-zeitliche Perspektive einer Überwindung des Überkommenen. Das Recht mag an den Zumutungen leiden, denen es durch die Entscheidungen der Politik ausgesetzt ist. Entscheidungsroutrinen haben in der Krise nicht funktioniert und sind durch andere bzw. effizientere ersetzt worden. Institutionen sind fortgeschrieben und angepasst worden. Die Akteure von Politik und Rechtssystem sahen sich mit Entscheidungszwängen konfrontiert, die nach den Routinen der Vergangenheit in dieser Art und Intensität nicht vorgesehen sind. Entwicklungsverläufe waren zu beobachten, die dem Selbstverständnis des Rechts von einer Normalentwicklung zuwiderlaufen. Die verschiedenen Krisenwellen im Finanz-, Wirtschafts- und Währungsbereich haben das Recht in Bewegung gesetzt und zur Anpassung

gezwungen. All dies bringt aber keine Krise des Rechts mit sich. Zu beobachten ist lediglich eine weitere Runde im endlosen Ringen zwischen der Politik und dem auf Begrenzung und Ordnung ausgerichteten Anspruch des (Verfassungs-)Rechts. Eine Entwicklung, die zur Revision grundsätzlicher Positionen des Rechts führen könnte, ist aber nicht zu erkennen. Keine der vorstehend beschriebenen Spannungslagen bietet die Grundlage für eine normative Kritik, von der aus überkommene normative Muster historisiert und durch ein neues Rechts-Verständnis ersetzt werden könnten. Vielmehr hält das Recht seine Fahne erfolgreich hoch.