

§ 169

Erwerbsstreben und Maß des Rechts

Paul Kirchhof

Übersicht

	Rn.		Rn.
A. Gegenläufige Prinzipien von Recht und Wirtschaft	1–43	B. Freiheit	44– 79
I. Neue Anfragen an das Recht	1– 5	I. Garantie der Freiheit in der Krise	44– 45
II. Gewinnmaximierung und Vereinbarung eines angemessenen Tausches	6–14	II. Vertragsfreiheit	46– 48
1. Mäßigungsinstrument des Tausches	6– 8	III. Der gelenkte Bürger	49– 54
2. Voraussetzungen vereinbarter Angemessenheit	9–14	IV. Der evaluierte Schuldner	55– 62
III. Erwerbsziel: Befriedigung des Bedarfs, Mehrung des Einkommens, das Werk	15–19	1. Qualitätssicherung für Produkt und Verfahren	55– 57
IV. Weltoffener, aber regionalisierter Markt	20–22	2. Rating des vermuteten Schuldendienstes	58– 62
V. Erwerbort: Freizügigkeit oder bloße Sitzverlegung	23–24	V. Freiheit im Rahmen eigener Verfügungsgewalt	63– 69
VI. Staatsverschuldung	25–37	1. Verträge zu Lasten Dritter	63– 66
1. Historisches Dilemma	25–27	2. Freie Wahl der Rechtsordnung?	67– 69
2. Entwicklung des Verschuldensmaßstabs	28–34	VI. Rechtliche Freiheit und innere Bindung: Der ehrbare Kaufmann	70– 79
3. Erstmals: Verschuldungsverbot	35–37	C. Geld	80– 98
VII. „Rettungsschirme“ zwischen Wirtschaftsfreiheit, Feudalherrschaft und Sozialisierung	38–43	I. Aufgaben des Geldes	80– 85
1. Geldausgleich ohne Entstehen von Gemeineigentum	38–39	II. Macht und Geltung	86– 90
2. Schranken durch Art. 15 GG	40	III. Funktionen	91– 98
3. Vertragspartner und Vertragsmacht	41–43	D. Wettbewerb	99–117
		I. Rechtfertigende Kraft der Freiheitsrechte	99–101
		II. Instrumentales und finales Staatshandeln	102–108
		III. Freiheitlicher Modellfall: Der individualnützige Markt	109–113
		IV. Abhilfemöglichkeiten	114–117
		E. Bibliographie	

A. Gegenläufige Prinzipien von Recht und Wirtschaft

I. Neue Anfragen an das Recht

1
Wandel der Wirtschaftsbedingungen

Der Wandel weltweiten Wirtschaftens weckt Wachsamkeit. Traditionell bemühte sich die Wirtschaft, den Lebensbedarf der Menschen zu decken. Heute mehrt sie Wohlstand, steigert Wachstum, organisiert einen langfristigen Generationenvertrag. Das Wirtschaftsgebiet war von einer Nationalökonomie, der Volkswirtschaft eines Staates bestimmt. Heute eröffnen sich den Unternehmen ein europäischer und ein weltweiter Markt. Ursprünglich stützt sich das Wirtschaften auf das Werk der eigenen Hand, das persönliche Wissen des Unternehmers, seine eigene Finanzkraft. Nunmehr setzen die Unternehmen auf die maschinelle Produktion, auf Datenverarbeitung und großräumige Organisationsstrukturen, auf Fremdfinanzierung und auf Finanzprodukte, die Käufer und Verkäufer kaum noch verstehen. Eine freiheitliche Staatsverfassung wahrt Distanz zwischen Staat und Wirtschaft. Inzwischen ist der Staat durch Interventionen und Lenkungen, als Auftraggeber und Kreditnehmer, in inter- und supranationalen Kooperationen der Rechtsetzung, der Währungshoheit, der Global- und Individualsteuerung mit der Wirtschaft verflochten. Das Geld wirkt nicht mehr nur als Freiheitsgrundlage des einzelnen Menschen, sondern verselbständigt sich zu einer Herrschaft staatenübergreifender Finanzinstitute. Die staatliche Kultur des Maßes und die wettbewerbliche Unterteilung der Menschen in Gewinner und Verlierer vermengen sich miteinander. Staatliches Handeln öffnet sich vermehrt für die vertragliche Verständigung und sucht sich aus der nicht verfahrenslegitimierten Richtigkeit eines Erfolges zu rechtfertigen. Der Staat verringert die Distanz zum Bürger, der Bürger verliert sanft ein Stück seiner Freiheit. Der Staat ist zu immer höherer Verschuldung bereit, verliert dadurch ein Stück seiner inneren Souveränität, öffnet den Staatshaushalt für den Zugriff privater Unternehmen.

2
Neue Staatsrechtsfragen

Aus diesem strukturellen Wandel der Wirtschaftsbedingungen ergeben sich grundsätzlich neue Anfragen an das Staatsrecht. Der Leistungsaustausch muß in modernen Märkten erneut in der Gleichheit der Partner und der Fairneß des Verfahrens gesichert werden (A II.). Das Staatsrecht begleitet mit seinen Maßstäben eine Entwicklung, in der ein Erwerb nicht nur privaten Bedarf befriedigt, sondern vor allem Macht und Einfluß mehrt (A III.), Unternehmer und Verbraucher auf weltoffenen Märkten handeln, aber zugleich in der Region eines Rechts, einer Volkswirtschaft gebunden sind (A IV.), ein Unternehmen allein durch Formalakte sich der Rechtsordnung eines anderen Staates unterwerfen kann (A V), der Staat durch hohe Verschuldung in Abhängigkeit von den Finanzmärkten gerät und damit seine innere Unabhängigkeit und Souveränität gefährdet (A VI.), der Staat dennoch „Rettungsschirme“ zum Schutz gegenwärtig gescheiterter Unternehmen und zu Lasten zukünftiger Steuerzahler errichtet (A VII.).

Das Prinzip der Freiheit war 1949 ein Instrument zur Krisenbewältigung (B I.). Die Freiheit hat sich als Verständigung unter Gleichen bewährt (B II.). Doch der gelenkte Bürger erleidet einen sanften, besonders grundrechtssensiblen Verlust der Freiheit (B III.). Der evaluierte Schuldner – ein Unternehmen und ebenso der Staat – geraten unter die Beurteilungs- und Bestimmungsmacht privater, erwerbswirtschaftlich tätiger Ratingagenturen (B IV.). Die Vertragsfreiheit berechtigt die Vertragspartner nur im Rahmen ihrer eigenen Verfügungsgewalt, beansprucht gegenwärtig aber auch Herrschaft über die Anwendung des Steuerrechts und anderer Teilrechtsordnungen (B V.). Sie ist in der Regel im Tauschgegenstand begrenzt, dort in eine Kultur des Maßes eingebettet (B VI.) und von jeher in der inneren Bindung des ehrbaren Kaufmanns gedacht (B VII.).

3
Freiheit als
Instrument der
Krisenbewältigung

Das Geld ist Grundlage und Handlungsmittel der Freiheit (C I.). Es entfaltet eine janusköpfige Macht in einem nur schwer greifbaren Geltungsgrund (C II.), muß heute oft als Herrscher ohne Legitimation gerechtfertigt werden (C III.).

4
Geld als janus-
köpfige Macht

Freiheitsrechte rechtfertigen einen Wettbewerb, der in einem fairen Verfahren Gewinner und Verlierer unterscheidet. Der Staat hingegen ist in seinen verfassungsrechtlichen Bindungen auf Ausgleich, Angleichung, Mäßigung angelegt (D I.). Staatliches Handeln in vertragsrechtlichen oder vertragsähnlichen Formen kann nicht im nachhinein durch die Richtigkeit seines Erfolges, sondern muß im vorhinein durch Wahl und Auftrag legitimiert werden (D II.). Doch Markt und Wettbewerb sind für ihren Sachbereich des Wirtschaftens in ihrer ursprünglichen Idee auch heute ohne Alternative (D III.). Gegen die Verwerfungen insbesondere des Finanzmarktes und eines überhöht intervenierenden und verschuldeten Staates ist Abhilfe möglich (D IV.).

5
Freiheitlicher
Wettbewerb und
staatliches Maß

II. Gewinnmaximierung und Vereinbarung eines angemessenen Tausches

1. Mäßigungsinstrument des Tausches

Der Erwerbstätige sucht für seine Leistung die größtmögliche Gegenleistung zu erzielen, strebt im Umsatz und Einkommen nach dem stetigen Mehr. Dieser Wille zur Steigerung, zur Erneuerung, zum Wagnis treibt die individuelle Erwerbsanstrengung an, sichert damit strukturell persönliches Einkommen und allgemeine Prosperität. Das Erwerbsstreben wird mit der Erwartung verbunden, die Gewinnmaximierung befördere den Fortschritt, das Fortschreiten verbessere die Lebensbedingungen, Wachstum sei die Grundlage modernen Wirtschaftens¹. Nestroy wird die Frage zugeschrieben: „Die Phönizier haben

6
Streben nach
Einkommen und
Wachstum

¹ Zum Grundverständnis der Wirtschaft vgl. Ulrich Scheuner, in: ders. (Hg.), Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, 1971, Einführung, S. 14f.; Franz Böhm, Die Bedeutung der Wirtschaftsordnung für die politische Verfassung, 1946, ebd., S. 85f.; Hans Huber, Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie, 1959, ebd., S. 309; Hans Kutscher, Staat und Wirtschaft in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 1964, ebd., S. 503; → Bd. IV, Schmidt, § 92 Rn. 11f.; Martin Kriele, Wirtschaftsfreiheit und Grundgesetz, in: ZRP 1974, S. 105f.; Walter Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, ²1955; Adam Smith, Theorie

das Geld erfunden, aber warum so wenig?“². Der einzelne Mensch sucht immer mehr Geld zu erwerben. Es ist nie genug. Recht und Markt allerdings machen bewußt, daß Güter nur begrenzt verfügbar sind und nicht beliebig vermehrt werden können. Und Geld muß ein rares Gut bleiben, weil eine Inflation den Wert des Geldes mindert.

7

Freiheit meint
Selbstbestimmung

Geld ist geprägte Freiheit³. Das Streben nach Geld ist grundsätzlich ein Streben nach Freiheit. Freiheit ist ein vorgefundenes, unverletzliches Recht, wird vom Staat nicht gewährt, sondern gewährleistet, gewinnt aber die Kraft individueller Berechtigung, wenn sie in Freiheitsrechten definiert, also begrenzt ist. Freiheitsrechte erlauben die selbstbestimmte Entfaltung des Menschen in eigenen Angelegenheiten, geben aber grundsätzlich nicht Herrschaft über andere Freiheitsberechtigte. Ungebundene Herrschaft über andere wäre Willkür, wäre der Gegenbegriff zur Gerechtigkeit⁴. Doch Wirtschaftskraft gibt Macht: Die Herrschaft über Geld erlaubt, den eigenen Bedarf zu befriedigen, andere Menschen in Dienst zu nehmen, Konkurrenten auszuschließen, Preise und damit den Markt zu bestimmen, politischen Einfluß zu gewinnen und den auf Kredite angewiesenen Staat zu lenken. Der Staat seinerseits kann mit der Macht des Geldes den Markt global⁵, ebenso – durch Geldzahlungen oder Steuerverschonungen – die Menschen individuell steuern⁶. Niemand kann sich dem Sog der Wirtschaft entziehen. Jeder muß seinen Bedarf befriedigen, keiner wird sich vom Markt fernhalten. Der Markt der Medien – darunter auch moderne Wettangebote –, bezieht selbst marktferne Geschehnisse – Ehe und Scheidung, Schwangerschaft und Geburt, Wahl und Niederlage – gegen den Willen der Betroffenen in sein Geschäft ein. Der Sport erlebt, daß Wetten das Spiel, den Gegenstand des Wettgebotes, korrumpieren kann.

Wirtschaftskraft
gibt Macht

8

Rationalität des
Tausches

Die Wirtschaftsfreiheit wird im Markt der Waren und Dienstleistungen durch die Rarität der Güter und die Knappheit des Geldes gemäßigt. Wer ein Gut – ein Grundstück, ein Auto, eine Reise – anbietet, ist sich bewußt, dieses Gut

der ethischen Gefühle, 1759, übersetzt von Walther Eckstein, ²1977, S. 316f.; *Ludwig Erhard*, Wohlstand für alle, 1960; *Friedrich von Hayek*, Die Verfassung der Freiheit (1960), ³1991. Zum Verhältnis staatlicher Steuerung und wirtschaftlicher Autonomie vgl. *John Maynard Keynes*, The General Theory of Employment, Interest and Money, New York 1936; siehe auch BVerfGE 79, 311 (331) – Staatsverschuldung; BVerfGE 119, 96 (137ff.) – Staatsverschuldung (Bundeshaushalt 2004); sowie aus volkswirtschaftlicher Sicht *Stefan Funke*, Die Verschuldungsordnung – Ein Beitrag zur finanzwirtschaftlichen Ordnungspolitik, 1995, S. 77ff., *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Staatsverschuldung wirksam begrenzen – Expertise im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie, 2007, S. 45ff.; *Milton Friedman*, The Counter-Revolution in Monetary Theory, London 1970, deutsch: Die Gegenrevolution in der Geldtheorie, in: Peter Kalmbach (Hg.), Der neue Monetarismus, 1973, S. 47ff.

2 *Vgl. Christoph Ohler*, Die hoheitlichen Grundlagen der Geldordnung, in: JZ 2008, S. 317 (319); *Christoph Herrmann*, Währungshoheit, Währungsverfassung und subjektive Rechte, 2010, S. 11.

3 BVerfGE 97, 350 (371) – Europäische Währungsunion, in Anlehnung an *Fjodor Dostojewski*, Aufzeichnungen aus einem Totenhaus, 1994, S. 25.

4 *Gerhard Leibholz*, Die Gleichheit vor dem Gesetz, 1925, S. 72.

5 *Klaus Stern/Paul Münch/Karl-Heinrich Hansmeyer*, Kommentar zum Stabilitätsgesetz, ²1972, S. 35f.

6 *Georg Simmel*, Philosophie des Geldes, ⁶1958, S. 298ff.; *Rudolf Goldscheid/Joseph Schumpeter*, Die Finanzkrise des Steuerstaats, 1976, S. 329f.; *Paul Kirchhof*, Die Steuerung des Verwaltungshandelns durch Haushaltsrecht und Haushaltskontrolle, in: NVwZ 1983, S. 505; *Stefan Koriath*, Finanzen, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. III, 2009, § 44, S. 83f.

nur einmal verkaufen zu können, fordert deswegen für dieses Gut einen angemessenen Preis. Der Nachfrager weiß ebenso, daß sein Geld knapp ist, er deshalb für die Zahlung des Geldes ein angemessenes Gut eintauschen will. Wer seine Arbeitskraft für einen anderen einsetzt, erwartet dafür einen gerechten Lohn, ein seiner Leistung angemessenes Honorar, das der Nachfrager nur zahlt, wenn er mit der Dienstleistung zufrieden ist. Dieses Tauschverfahren beruht auf dem freien Willen der Vertragsparteien, ihrer individuellen Einschätzung von Leistung und Gegenleistung, letztlich auf der gemeinsamen Überzeugung, der Tausch sei für die Vertragsparteien richtig und angemessen. Diese Rationalität des Vertrages verspricht ein Stück Gerechtigkeit, das sich aus der Übereinstimmung der Beteiligten ergibt⁷.

2. Voraussetzungen vereinbarter Angemessenheit

Diese freiheitliche Begegnung im Angemessenen nutzt einen Markt, in dem der Anbieter den Bedarf des Nachfragers erkundet und der Nachfrager für die gewünschte Leistung einen Preis bietet. Das vertragliche Einverständnis als Weg zu einem gerechten Tausch setzt allerdings voraus, daß zwei gleichberechtigt⁸ Freie tauschen, jeder der Vertragspartner grundsätzlich den Vertrag ablehnen kann, die Vertragspartner sich gleichgeordnet gegenüber treten und nicht einer die Verhandlungen gänzlich dominiert. In einem Urzustand beginnender Arbeitsteilung und Tauschwirtschaft scheint diese Gleichheit in der Freiheit vorgegeben. Doch der Mensch entwickelt sich nach unterschiedlichen Begabungen, entfaltet diese Begabungen in Freiheit, entwickelt auch ständische und verbandsgebundene Bevorzugungssysteme. Dann wird aus der staatlichen Gleichheitsgewähr durch Achtung des Vorgefundenen (abwehrende Gleichheit) eine Verpflichtung, die Privilegien abzuschaffen (korrigierende Gleichheit). Wären alle Privilegien abgebaut, würde sich der Staat nicht auf eine Gewährleistung gleicher Wirtschaftsfreiheit durch staatliches Unterlassen beschränken, vielmehr Startunterschiede – in der Ausbildung, in der Kaufkraft, am Arbeitsplatz, in der Gesundheit – anzugleichen suchen (angleichende Gleichheit). Dieser Ausgleich findet in Unterschieden der Person und Freiheitswahrnehmung seine Grenzen, ist auch mit den Mitteln staatlichen Handelns nur teilweise erreichbar. Neben- und Folgewirkungen – in der Ermutigung und Lähmung des Wirtschaftens, in Abhängigkeitsstrukturen, in Wettbewerbsverfälschungen – sind oft kaum voraussehbar und damit nur bedingt verantwortbar. Die wirtschaftliche Staatsintervention wird wirkungsschwach oder wirkungslos bleiben gegenüber der Lernfähigkeit des Menschen, dem Zugang zu bestimmten Märkten, dem Erfolg von Forschung und Entwicklung, der Dominanz von Kapital über Arbeit. Die Gleichheit im wirtschaftlichen Freiheitsangebot und die Verschiedenheit im Freiheitserfolg

9

Gleiche Freiheit
im MarktAngleichende
Gleichheit

⁷ Vgl. bereits *Aristoteles*, Die Nikomachische Ethik, Werke in deutscher Übersetzung, Bd. VI, 1979, 1130 b 30, 1131 a 1 ff.: austeilende und ausgleichende Gerechtigkeit; *Bernd Rütters/Christian Fischer*, Rechtstheorie, ²2010, Rn. 351 ff.

⁸ Zur tatsächlichen Verschiedenheit und welfremden Idealen → Bd. VII, *Isensee*, § 150 Rn. 36.

rechtlich zu ergründen und tatsächlich anzustreben, ist der Kernauftrag, den das Staatsrecht für das Wirtschaftsleben zu erfüllen hat.

10
„Wirtschafts-
verfassung“ des
Grundgesetzes

Die Auseinandersetzung um Erwerbschancen und Marktmacht ist Ausgangspunkt der Debatte über die „Wirtschaftsverfassung“ des Grundgesetzes⁹: Art. 14 und Art. 12 GG belassen die Produktionsfaktoren Kapital und Arbeit grundsätzlich in privater Hand. Art. 15 GG hingegen ermächtigt zur Sozialisierung, um „den arbeitenden Menschen von der Ungerechtigkeit dieser Gesellschaftsordnung“ zu befreien¹⁰. Wirtschaftliche Macht sollte verhindert, materiell gebändigt, staatlich kontrolliert, durch demokratische Selbstverwaltung innerhalb der Wirtschaftsorganisationen gelockert oder auch durch bewußte Bildung von wirtschaftsdemokratischen Großunternehmen auf Gemeinschaftsinteressen abgestimmt werden¹¹. Der Kampf für ein Erwerbssystem in Freiheit richtete sich zunächst gegen Unternehmen mit marktbeherrschender Stellung, erreichte dann durch Regeln gegen den Mißbrauch dieser Stellung einen Teilerfolg¹². Deshalb unterscheidet das Vertragsrecht heute zwischen dem ausgehandelten und dem in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorgezeichneten Vertrag¹³. Es erwartet, daß auch bei Verträgen unter Kaufleuten die Vertragsinhalte auf Wunsch eines jeden Partners verändert werden können¹⁴. Ein Kartellrecht sucht die Freiheit der konkurrierenden Unternehmer untereinander zu gewährleisten¹⁵. Der vielfach gegenüber dem Großanbieter schwächere private Nachfrager genießt Verbraucherschutz¹⁶.

11
Handeln auf eigene
Chance und eigenes
Risiko

Der freie Erwerb setzt zudem voraus, daß der Freiheitsberechtigte auf eigene Chance und eigenes Risiko handelt. Die Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung war im 18. Jahrhundert insbesondere in England verboten, weil Firmeneigentum (Risiko) und Firmenleitung (Chance) in einer Hand vereint sein sollten¹⁷. Wer das Geld fremder Leute bewirtschaftete, neige zur Nachlässigkeit und Verschwendung, verspreche Anlegern märchenhafte Gewinne, die

9 Vgl. *Georg Strickrodt*, Die Idee der Wirtschaftsverfassung als Gestaltungs- und Interpretationsprinzip, in: JZ 1957, S. 361 (362f.); *Hans Kutscher*, Staat und Wirtschaft, in: Ulrich Scheuner (Hg.), Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, 1971, S. 503 (504f.); *Hans F. Zacher*, Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: FS für Franz Böhm, 1965, S. 63 (74f.); zur „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes vgl. BVerfGE 4, 7f. (13f.) – Investitionshilfe, entgegen *Hans Carl Nipperdey*, Die soziale Marktwirtschaft in der Verfassung der Bundesrepublik, Vortrag vom 5.3.1954 vor der Juristischen Studiengesellschaft Karlsruhe, in: Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Schriftenreihe, Heft 10.

10 Der Abgeordnete *Walter Menzel* im Plenum des Parlamentarischen Rates am 8.5.1949, Parlamentarischer Rat, Stenographischer Bericht, S. 205; dazu *Joachim Wieland*, in: Dreier, Bd. I, ²2004, Art. 15 Rn. 10; *Brun-Otto Bryde*, in: v. Münch/Kunig, Bd. I, ²2000, Art. 15 Rn. 1f.

11 *Martin Kriele*, Wirtschaftsfreiheit und Grundgesetz. Rückblick und Bilanz am Verfassungstag, in: ZRP 1974, S. 105 (106f.).

12 *Alfred C. Mierzejewski*, Ludwig Erhard: Der Wegbereiter der sozialen Marktwirtschaft, 2005, S. 170f. (181f.).

13 *Jürgen Basedow*, in: MüKo-BGB, Bd. II, ⁵2006, vor § 305 Rn. 4 und § 310 Rn. 8.

14 *Basedow* (N 13).

15 *Daniel Zimmer*, in: Ulrich Immenga/Ernst-Joachim Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, ⁴2007, § 1 Rn. 14ff.; *Erhard Kautzenbach*, Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs, 1966, S. 48, 108ff.

16 *Hans-W. Micklitz*, in: MüKo-BGB, Bd. 1/1, ²2006, § 13 Rn. 64ff.; *Basedow* (N 13), vor § 305 Rn. 4 und § 305 Rn. 4; *Claus-Wilhelm Canaris*, Wandlungen des Schuldrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, in: AcP 200 (2000), S. 273ff.

17 Zum historischen Verbot von Kapitalgesellschaften in England vgl. *Malcolm Balen*, A Very English Deceit. The Secret History of the South Sea Bubble and the First Great Financial Scandal, 2000.

dann enttäuscht werden müssen. Konkreter Anlaß, Kapitalgesellschaften in England zu verbieten, waren deren Geschäfte mit den Südseekolonien, die zu übertriebenen Spekulationen, dann zu einer Spekulationsblase führten, die platzte und vielen Menschen Unglück brachte. Noch nach Inkrafttreten des Grundgesetzes forderte Walter Eucken¹⁸ ein Verbot von Haftungsausschlüssen und kritisierte die Gesellschaftsform der GmbH.

Selbstverständlich können große Finanzierungsaufgaben, etwa eine Eisenbahn, ein Telefonnetz, eine Automobilproduktion oder eine weltweit tätige Universalbank, nur durch große Kapitalgesellschaften erfüllt werden. Doch diese Großunternehmen müssen Ertragschance und Kapitalmacht, Rendite- und Haftung in einer Hand vereinen. Wird der Kapitalgeber vom Ankeraktionär¹⁹ zum flüchtigen Anleger, der ständig seine Beteiligungen wechselt, so sucht er eine hohe Rendite, ohne den Einsatz seines Kapitals zu verantworten. Legt er sein Geld in Fonds an, erzielt er Einkommen, ohne auch nur zu wissen, ob dieses durch den Anbau von Weizen oder die Produktion von Waffen verdient wird.

Der in Freiheit nach größtmöglichem Gewinn strebende Mensch wird beim Gütertausch durch die Rarität seiner Güter und die Knappheit seines Geldes gemäßigt. Das im vertraglichen Einvernehmen angelegte Maß ist aber geschwächt, je weniger die Vertragsparteien Waren oder Arbeitsleistungen gegen Geld tauschen und eigenen Bedarf befriedigen, je mehr sie auf eine ungewisse Zukunft wetten und gegenwärtig Greifbares erwerben. Auf dem Finanzmarkt wird nicht ein Gut zur Befriedigung eigenen Bedarfs erworben, sondern Geld vermehrt. Die Marktbeteiligten tauschen Geld gegen Geld. Der Spekulant kauft Erwartungen, Hoffnungen, die weder im Gegenstand noch in der Phantasie des Spekulierenden begrenzt sind. Diese auf Spiel und Wette angelegten Geschäfte sind tendenziell maßlos. Das Prinzip der Gewinnmaximierung findet keinen Haltepunkt in der Knappheit der Güter, auch nicht in einer Verbriefung des Geldes in realen Werten, nur selten in Bonitätsprüfungen und Sicherheitsbegehren der Finanzinstitute. Traditionell nimmt der Bankier vom Sparer eine Summe von 100 gegen 3 %, gibt sie dem Investor für 6 %, beobachtet die Gleichzeitigkeit der Laufzeiten beider Verträge und die Bonität seines Schuldners. Doch nun überläßt der Bankier einem Schuldner die Kreditsumme, verkauft sie alsbald mit Gewinn an eine Zweckgesellschaft. Damit ist der Geschäftsvorfall für ihn ertragreich abgeschlossen, die verlässliche Rückzahlung des Kredits durch den Schuldner für ihn nicht mehr von Interesse. Die Zweckgesellschaft bündelt viele Forderungen zu einem Paket, verkauft dieses Paket, das dann Gegenstand eines lebhaften Handels wird und

12

Rendite und
Haftung in einer
Hand

13

Gewinn-
maximierung ohne
Haltepunkt

18 Walter Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, ⁴1968, S.284f.: Die Haftungsbeschränkung führe ähnlich wie eine Monopolstellung zu einer mit dem Gemeinwohl im Konflikt stehenden Veränderung der Spielregeln, durch die zum einen der Wirtschaftsprozeß der Verkehrswirtschaft nicht mehr voll funktioniere, zugleich aber eine der wesentlichen Voraussetzungen einer auf Freiheit und Selbstverantwortung angelegten Gesellschaftsordnung verlorengehe.

19 Zum Begriff des Ankeraktionärs: Maximilian Schiessl, Auf der Suche nach dem „Ankeraktionär“ – „PIPE“-Transaktionsmodelle und Organpflichten; in: Die Aktiengesellschaft, 2009, S. 385.

die Bindung zum ursprünglichen Kreditvertrag und der damit verbundenen Investition gänzlich verliert. Diese Art des Finanzmarktes tendiert zur Maßlosigkeit.

14

Quer-
subventionierung

Schließlich hat der freie Erwerb zur Bedingung, daß die Vertragspartner den Vertragsinhalt selbst bestimmen. Doch im Recht der erneuerbaren Energien, im Arzneimittelrecht und Arbeitsrecht trifft der Gesetzgeber inzwischen Regelungen, die den Anbieter zu einer Mindestvergütung und einem Zwangs-rabatt verpflichten, um durch diese gesetzlich vorgegebene Vertragsgestaltung einen Dritten – oft den Konkurrenten – zu subventionieren²⁰. Das Erneuerbare-Energie-Gesetz sieht vor, daß Netzbetreiber regenerativ erzeugten Strom abzunehmen und zu vergüten haben, die Vergütung über dem Marktpreis regulär eingespeisten Stroms liegt, der Netzbetreiber deshalb die Subventionierung konkurrierender Erzeuger zu tragen hat²¹. Das Beitragssatzsicherungs-gesetz vom 23. Dezember 2002²² regelt, daß die Krankenkassen von den Apotheken einen Abschlag vom maßgeblichen Arzneimittelabgabepreis von zumeist sechs oder zehn Prozent erhalten. Zugleich werden die pharmazeutischen Unternehmen verpflichtet, den Apotheken – oder zwischengeschalteten pharmazeutischen Großhändlern – den Abschlag zu erstatten. Das Gesetz subventioniert also die Krankenkassengemeinschaften auf Kosten der pharmazeutischen Industrie. Der Staat subventioniert nicht aus dem Staatshaushalt, sondern als unsichtbarer Mitgestalter privater Vertragsvereinbarungen.

III. Erwerbsziel: Befriedigung des Bedarfs, Mehrung des Einkommens, das Werk

15

Finanzmarkt

Der freiheitliche Markt ist ursprünglich als ein Instrument gedacht, in dem der einzelne Mensch seinen Bedarf befriedigt, der Erwerbstätige sich seine Leistung angemessen entgelten läßt, um mit dem Entgelt seinen Bedarf zu decken. Doch neben diesen Markt der Güter und Dienstleistungen ist ein Finanzmarkt getreten, der nicht einen menschlichen Bedarf befriedigt, sondern das Geld um seiner selbst willen mehrt²³. Dieser Markt tauscht Geld gegen Geld, wechselt in Sekundenschnelle die Beteiligungen, spekuliert auf zukünftige Wertentwicklungen, organisiert Wetten. Das Geld wird zum Instrument der Selbstbestätigung, begründet Herrschaft, Mächtigkeiten über Menschen, Organisationen, Wirtschaftsstrukturen. Dieser Markt handelt vor allem mit Einschätzungen, Hoffnungen, Wahrsagungen. Ihm fehlt jedes Maß. Er neigt zur Maßstablosigkeit, damit zur Maßlosigkeit.

20 Hanno Kube/Ulrich Palm/Christian Seiler, Finanzierungsverantwortung für Gemeinwohlbelange, in: NJW 2003, S. 927; Christian von Stockhausen, Gesetzliche Preisintervention zur Finanzierung öffentlicher Aufgaben, 2007.

21 § 3 ff. Erneuerbare-Energie-Gesetz vom 1. 4. 2000 (BGBl I 2000, S. 305); Kube/Palm/Seiler (N 20); v. Stockhausen (N 20).

22 BGBl I 2002, S. 4637.

23 Martin Walser, Angstblüte, 2006, S. 125.

In diesen Märkten setzt auch die Knappheit des angelegten Geldes kaum Haltesignale. Anleger sind Institute, die mit immer höheren Renditen mehr Geld unter ihre Verwaltungsherrschaft zu bringen suchen, oder Privatpersonen, die über Spielgeld verfügen, das sie ausschließlich zur Mehrung ihres Vermögens einsetzen. Dadurch schwindet die Vorsicht des ehrbaren Kaufmanns und gediegenen Haushaltsvorstandes, der stets sein knappes Geld bedacht zur Befriedigung seines Bedarfs einsetzt. Traumhafte Renditen verlocken zum leichtfertigen Einsatz des Geldes, steigern bei Zwischenerfolgen die Leichtfertigkeit zu Leichtsinne, zu Tollkühnheit, zu Torheit.

16Fast unbegrenztes
Wachstum

Wenn dann hochverschuldete Staaten mit ihrem fast unbegrenzten Finanzbedarf Geld nachfragen, der Kreditanbieter deshalb strukturell stets einen Schuldner findet, so entfällt auch ein Marktregulativ durch begrenzte Kreditnachfrage. Oft verdrängt sogar der staatliche Kreditbedarf die private Nachfrage, hemmt damit die Entwicklung von Produktion und Handel, begründet strukturelle Systemfehler, die Freiheit bedrohen, wirtschaftliche Entwicklungen behindern, Wirtschaftswachstum schwächen oder unterbinden.

17Fast unbegrenzte
Nachfrage

Je größer die Unternehmen und ihre Verbände werden, je mehr die menschliche Arbeit durch Computer und Roboter ersetzt werden kann, desto weniger hängen Produktion und Erwerb von der Arbeit des einzelnen Menschen ab, desto mächtiger wird die Herrschaft dank Maschinen, Organisation, Marktkonzentration und Finanzmitteln²⁴. Die Macht von Maschinen und Konzernen schwächt auch den einzelnen Arbeitnehmer in seinen Verhandlungen über Arbeitsbedingungen und Arbeitslohn²⁵. Vor mehr als 100 Jahren erlebten die Handwerker, daß ihre Handarbeit nicht mehr gebraucht wurde, weil die Webmaschinen Webstoffe besser, schneller und billiger herstellen konnten²⁶. Der technische Fortschritt ersparte den Menschen damals wie heute harte Handarbeit und setzte ihre Kraft für andere Aufgaben frei. Doch muß der Übergang von der manuellen zur technischen Produktion schonend gestaltet werden, daß die bisherigen Handarbeiter nicht vom Erwerbsleben und der Bedarfsbefriedigung durch eigenes Einkommen ausgeschlossen werden, vielmehr strukturell alle Erwerbsquellen für alle erschlossen bleiben – nach dem Gedanken einer Genossenschaft²⁷ oder einer rechtzeitigen Beteiligung der Arbeitnehmer am Betriebskapital²⁸.

18Manuelle und
technische
Produktion

Die Entlastung von körperlicher Arbeit durch die Maschine bietet dem Menschen mehr Freiheit, kann ihm aber auch das Erlebnis des eigenen Werks, der Anerkennung eigener Leistung, des persönlich verdienten Einkommens nehmen. Bei den Hohenzollern mußte jeder Prinz ein Handwerk erlernen, um

19Helfender oder
herrschender
Computer

24 Vgl. bereits *Wilhelm Röpke*, *Jenseits von Angebot und Nachfrage*, 2009, S. 17 ff.

25 Vgl. schon *Aristoteles*, *Politik*, 1256 b 40 – 1258 b 7, abgedruckt in: *Aristoteles, Politik*, 4¹⁹⁸⁰, S. 17 f.

26 *Gerhart Hauptmann*, *Die Weber* (1892), abgedruckt in: *Gerhart Hauptmann, Gesammelte Werke*, Bd. I, 1913, S. 293 f.

27 *Paul Kirchhof*, *Das Maß der Gerechtigkeit*, 2009, S. 305.

28 *Kirchhof* (N 27).

sich in der Auseinandersetzung mit seinem Werk für das Regieren und Führen von Menschen zu qualifizieren²⁹. Wer geistiges Eigentum hervorbringt – eine Oper komponiert, ein Buch schreibt, ein Patent erfindet oder ein Computerprogramm entwickelt –, schafft ein Werk, das oft eher der schöpferischen Absicht und Publikation als dem Broterwerb dient. Hierbei können Produktionsmaschinen, Fahrzeuge, Computer den Menschen von Mühsal entlasten, zum Beruf befreien, ihn aber auch – der Menschenhand überlegen – verdrängen und erübrigen. Chance und Risiko dieser maschinellen Wirtschaft liegen nahe beieinander. Das Recht wird hier den schonenden Übergang vom herrschenden zum helfenden Computer organisieren müssen.

IV. Weltoffener, aber regionalisierter Markt

20

Freiheit
in aller Welt

Mit der Entwicklung der Reise- und Transporttechnik, den technischen Möglichkeiten eines weltweiten Informationsaustausches, der Wirkungsweite grenzüberschreitend tätiger Unternehmen, dem Wegfall des Eisernen Vorhangs und der Durchlässigkeit der Staatsgrenzen scheint die individuelle Erwerbsfreiheit sich auf einem weltoffenen Markt bewegen zu können, in dem sie Partnern, Produkten, Technologien und Lebenssichten aus aller Welt begegnet. Gerade die freiheitlichen Demokratien vertreten ein Prinzip der Freiheit, das den Tüchtigen ermuntert, in alle Welt auszuziehen und dort sein Glück zu machen. Das Recht antwortet auf diese Internationalisierung der Wirtschaft durch einen Ordnungsrahmen der Weltwirtschaft, der in einem Wirtschaftsvölkerrecht und in Wirtschaftsregeln aus übernationaler Quelle in ersten Umrissen erkennbar wird, die Kluft zwischen industrialisierten und weniger industrialisierten Weltregionen aber noch nicht überwunden hat³⁰.

21

Begrenzende
Rechtssysteme

Doch ist der für die Unternehmen offene Weltmarkt keineswegs grenzenlos, sondern deutlich durch die Staaten und ihr Recht geprägt. Die Zugangs- und Erwerbsbedingungen des Marktes werden durch das Wirtschaftsrecht der Staaten und der Europäischen Union³¹, durch deren Finanzkraft und Budgethoheit³², durch einsichtige staatliche Vorbehalte bei der Kernenergie³³, der Produktion und dem Export von Waffen³⁴, durch den Schutz des nationalen Kulturgutes³⁵, durch die Anerkennung von Berufsqualifikation und Erwerbs-

29 Vgl. *Hans-Joachim Neumann*, Friedrich III., 2006, S. 15.

30 *Werner F. Ebke*, Vorwort, in: *ZVglRWiss* 108 (2009), S. 195 (196f.); *Karl-Ernst Schenk*, in: Dieter Schmidtchen/Manfred E. Streit/Viktor Vanberg (Hg.), *Globalisierung und Weltwirtschaft*, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, Bd. XIX, 2000; *Bernhard Großfeld*, Internationales und Europäisches Unternehmensrecht, ²1995.

31 Zur Struktur im Bereich der Warenverkehrsfreiheit vgl. EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, S. 649 (662, Rn. 8) – *Cassis de Dijon*. Zur Anwendbarkeit auf andere Grundfreiheiten: *Walter Frenz*, *Handbuch Europarecht*, Bd. I, Europäische Grundfreiheiten, 2004, S. 180 Rn. 478.

32 → Bd. V, *Heintzen*, § 120.

33 Vgl. *Ulrich Büdenbender/Wolff Heintschel von Heinegg/Peter Rosin*, *Energierecht I, Recht der Energieanlagen*, 1999, Rn. 279ff.

34 So finden die Vorschriften des Unionsrechts nach Art. 346 Abs. 1 lit. b) AEU keine Anwendung auf den Handel und die Erzeugung von Waffen, Munition und Kriegsmaterial.

35 Auch nach dem Recht der Europäischen Union können den Binnenmarkt behindernde Beschränkungen des freien Warenverkehrs unter Berufung auf den Schutz des nationalen Kulturgutes nach Art. 36 AEU gerechtfertigt werden.

erlaubnis³⁶ regionalisiert. Überstaatliche und internationale Organisationen schaffen Rechtssysteme, die den Systemzugehörigen und Systemerfahrenen begünstigen, den Außenstehenden benachteiligen oder ausschließen. Die Vereinten Nationen versuchen im Zusammenwirken mit den Mitgliedstaaten Menschenrechte zu sichern³⁷, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte zu wahren³⁸, Korruption zu bekämpfen³⁹, die Umwelt zu schützen⁴⁰ und durch die ILO-Abkommen über das Arbeits- und Vereinigungsrecht⁴¹ das Erwerbsleben menschengerecht zu gestalten. Sie brauchen dabei aber in der Regel die Staaten, um transnationale – grenzüberschreitend tätige – Unternehmen rechtlich zu binden⁴². Diese Verträge schützen und stärken die Freiheiten der Unternehmen und der Arbeitnehmer, weisen aber die Menschen zurück, die wegen mangelnder Bildung oder Kaufkraft an diesem System nicht teilnehmen können, wegen einer Hungerkatastrophe oder eines Bürgerkrieges um Existenz, weniger um Freiheit ringen, die Gleichheit der Menschen im Status des existentiellen und kulturellen Minimums⁴³ und nicht in der Freiheit zur Verschiedenheit beanspruchen. Die Währungspolitik der Europäischen Währungsunion⁴⁴ (Art. 88 S. 2 GG), auch die Liquiditäts- und Kreditversorgung der Weltwirtschaft⁴⁵ durch den Internationalen Währungsfonds⁴⁶, schaffen mit ihrer Herrschaft über Geldmengen, Devisengeschäfte, Währungsreserven und Zahlungssysteme verschiedene Herrschaftsbereiche, die Volkswirtschaften und Unternehmen fördern, behindern, vielleicht sogar zerstören können. Das internationale Recht kann die Freizügigkeit für Personen nicht, für den

Recht der Vereinten
Nationen

36 Hier sieht auch die Europäische Kommission in ihrem Bericht vom 8.3.2010 (IP/10/246) zehn Jahre nach dem Beginn des Bologna-Prozesses zur Reform der europäischen Hochschulbildung noch weitere Herausforderungen. Zur Frage der Übertragbarkeit des Bologna-Modells auf die juristische Ausbildung vgl. *Thomas Pfeiffer*, Wird der Juristenausbildung der Bologna-Prozess gemacht?, in: NJW 2005, S. 2281 ff.

37 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 19. 12. 1966 (BGBl II 1973, S. 1534), in Kraft getreten am 23. 3. 1976.

38 Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. 12. 1966 (BGBl II 1976, S. 428), in Kraft getreten am 3. 1. 1976.

39 Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31.10.2003, in Kraft getreten am 14. 12. 2005; bislang fehlt in Deutschland eine Umsetzung in nationales Recht.

40 *Patricia Birnie/Alan Boyle/Catherine Redgwell*, International Law and the Environment, Oxford ³2009, S. 58 ff.; *Ellen Hey*, International Institutions, in: Daniel Bodansky/Jutta Brunnée/Ellen Hey, Oxford Handbook of International Environmental Law, Oxford 2007, S. 749 ff.; *Edith Brown Weiss/Stephen C. McCaffrey/Daniel Barstow Magraw/A. Dan Tarlock*, International environmental law and policy, New York ²2007, S. 182 ff.; *Alexandre Kiss/Dinah Shelton*, Guide to international environmental law, Leiden 2007, S. 50 ff.; *David Hunter/James Salzman/Durwood Zaelke*, International Environmental law and policy, New York ²2007, S. 219 ff.; *Philippe Sands*, Principles of International Environmental Law, Cambridge ²2003, S. 78 ff.; *Astrid Epiney/Martin Scheyli*, Umweltvölkerrecht, 2000, S. 48 ff. Zum Klimaschutz als gemeinsames Anliegen der Menschheit *Charlotte Kreuter-Kirchhof*, Neue Kooperationsformen im Umweltvölkerrecht, 2005, S. 520 ff.

41 *Katarina Weilert*, Transnationale Unternehmen im rechtsfreien Raum? Geltung und Reichweite völkerrechtlicher Standards, in: ZaöRV 69 (2009), S. 883 (887).

42 *Weilert* (N 41), S. 886 f.

43 → Unten *P. Kirchhof*, § 181 Rn. 6, 16; BVerfG, in: NJW 2010, S. 505 (508) – Hartz IV.

44 BVerfGE 97, 350 (371 ff.) – Europäische Währungsunion; → Bd. V, *Schmidt*, § 117 Rn. 28 f.

45 → Bd. V, *Schmidt*, § 117 Rn. 9.

46 Vgl. *Deutsche Bundesbank* (Hg.), Weltweite Organisationen und Gremien im Bereich von Währung und Wirtschaft, 2003, S. 14 f.

Waren- und Dienstleistungsverkehr nur teilweise⁴⁷, für den Kapitalverkehr kaum gewährleisten.

22

Recht in
Weltverantwortung

Beim Klimaschutz⁴⁸ und der Internet-Regulierung⁴⁹ wird die Welt eher als Einheit in Weltverantwortung gesehen, der Raum für alle Menschen „der Menschheit“ anvertraut. Doch dieses Postulat, der rechtliche Schutz möge für den ganzen Planeten einheitlich sein, trifft auf die Realität elementarer Ungleichheit im Wissen, im Industrialisierungsbedarf, im Reichtum der Volkswirtschaften, in der sozialen Zugehörigkeit der jeweiligen Einwohner zu Staat und Friedensgemeinschaft, in kultureller Stärke und politischer Macht. Freiheit und Offenheit berechtigen hier die Starken, entretchen die Schwachen. Dies gilt teilweise auch für die private Regelsetzung, die in der *Lex Mercatoria*, den *Corporate Governance-Codices*, der entstaatlichten Streitbeilegung oder den Standards für die Rechnungslegung international tätiger Konzerne⁵⁰ faktisch – oft aufgrund von dynamischen Verweisungen – die Funktion staatlicher Rechtsetzung übernimmt, damit die Verantwortlichkeiten zwischen nationalen, supranationalen und internationalen Rechtsetzern verwischt und die Absonderung von Spezialistenrecht und Rechtsexpertentum fördert, ohne durch demokratische Legitimation Allgemeingeltung zu erreichen.

V. Erwerbort: Freizügigkeit oder bloße Sitzverlegung

23

Wahl der bevorzugten Rechtsordnung

In einem weltoffenen Markt können die Unternehmen ihre Produktionsstätten, Handelshäuser und Leistungsangebote verlegen und dabei versuchen, die Staaten mit ihren Rechtsordnungen des Steuerrechts, des Umweltschutzes, des Arbeitsrechts, des Verbraucherschutzes und des Sozialrechts gegeneinander auszuspielen. Wem das deutsche Steuerrecht zu kompliziert, das deutsche Umweltrecht zu anspruchsvoll, das deutsche Arbeitsrecht zu mitbestimmungsoffen, das deutsche Verbraucherschutz- und Sozialrecht zu individualgerecht, das deutsche Kapitalmarktrecht in Zukunft vielleicht zu haftungs- und verantwortlichkeitsbewußt erscheint, wählt für sein Unternehmen eine andere Staatszugehörigkeit⁵¹, nimmt seinen Sitz in einem anderen Staat, unterwirft sich damit grundsätzlich dem Recht des anderen Staates⁵². Die

47 Zwar sieht die Welthandelsorganisation (WTO) für den Bereich des Warenverkehrs (GATT) und des Dienstleistungsverkehrs (GATS) Diskriminierungsverbote und damit erste Voraussetzungen für einen freien Wettbewerb vor, vgl. *Michael Hahn*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, ³2007, zu Art. 23 f., 25 ff. EGV (nunmehr Art. 26 f., 28 ff. AEU); es handelt sich dabei jedoch im Gegensatz zur Europäischen Union nicht um einen Binnenmarkt, so auch *Armin von Bogdandy*, Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Subsidiarität im transnationalen Wirtschaftsrecht, in: *EuZW* 2001, S. 357, 363 f.

48 *Kreuter-Kirchhof* (N 40), 2005.

49 Zum entgrenzten Austausch aufgrund einer weltumspannenden Netzstruktur → Bd. IV, *Kube*, § 91 Rn. 5.

50 Für eine Übersicht *Ebke* (N 30), S. 199 ff.

51 Grundsätzlich nach dem an eine Gebietshoheit, nicht an die Staatsangehörigkeit der Kapitaleigner anknüpfenden Ansässigkeitsprinzip *Joachim Bertele*, Souveränität und Verfahrensrecht, 1998, S. 112 f.; *Georg Ress*, Das Handelsembargo, 2000, S. 31 f.; *Kay Hailbronner*, in: Wolfgang Graf Vitthum (Hg.), *Völkerrecht*, ⁴2007, 3. Abschn. Rn. 109.

52 Vgl. im einzelnen *Weilert* (N 41), S. 890 f.

Unternehmen nutzen die Freizügigkeit⁵³, wählen mit dem neuen Sitz die von ihnen bevorzugte Rechtsordnung, können auch – oft durch Gerichtsstands- oder Schiedsklauseln – die Anwendung fremden Privatrechts auf ihre Verträge vereinbaren, sich ebenso durch den Kauf von Produkten auf die für diese maßgebenden rechtlichen Produktionsstandards einlassen, schließlich durch Gründung einer Gesellschaft unter einer neuen Rechtsordnung – ohne Verlegung des Hauptverwaltungssitzes – die Anwendung fremden Rechts erreichen⁵⁴.

Grenzüberschreitend tätige Unternehmen, deren Umsatz oft über dem Bruttoinlandsprodukt vieler Staaten liegt, deren Finanzmacht die mancher Staaten übersteigt, gewinnen wesentlichen Einfluß auf die wirtschaftlichen, sozialen, auch politischen Lebensbedingungen der Menschen, beeinflussen das Recht von Staaten, von supra- und internationalen Organisationen, behalten sich danach faktisch eine Auswahl unter den auf sie anwendbaren Rechtsordnungen vor⁵⁵. Dadurch werden die Staaten gedrängt, den Unternehmen rechtliche Rahmenbedingungen anzubieten, die Erwerb und Unternehmensgewinne erleichtern, deren Steuerbelastung verringern, die Rechtsstandards für Arbeitnehmer, Umwelt und Verbraucher vermindern. Die rechtliche Balance zwischen Kapitalmacht und Organisationskraft der Unternehmen einerseits und Bedarf und Leistung von Arbeitnehmern und Familien andererseits droht ins Wanken zu geraten.

24Einfluß
transnationalen
Unternehmen

VI. Staatsverschuldung

1. Historisches Dilemma

Wirtschaftliches Gewinnstreben und demokratisch-parlamentarische Bereitschaft zu immer mehr Staatsleistungen wirken darauf hin, die Geldmenge zu vermehren und den Geldumlauf zu beschleunigen, können dabei aber die Staatshaushalte überfordern und in die Verschuldung treiben, den Wert des Geldes gefährden. Das demokratische System könnte die Steuern, die Staatsausgaben und Staatsschulden mäßigen, weil der Steuerschuldner selbst – repräsentiert durch seinen Abgeordneten – über Steuern, Budgets und Schulden entscheidet. Doch die demokratische Wirklichkeit von heute treibt die Abgeordneten und Kandidaten in immer neue Versprechen weiterer Staatsleistungen. Sie werden Vordenker für zusätzliche Ausgabeprogramme, damit für die Erhöhung von Steuern. Der auf Wiederwahl bedachte Politiker aber will seine Wähler durch Staatsleistungen begünstigen, ohne ihnen die

25Vordenker für
Ausgaben-
programme

53 Zur Niederlassung von Gesellschaften innerhalb der Europäischen Union vgl. EuGH, 9.3.1999, RsC-212/97, Centros, Slg. 1999, I-1459; EuGH, 5.11.2002, RsC-208/00, Überseering, Slg. 2002, I-9919; EuGH, 30.9.2002, RsC-167/01, Inspire Art, Slg. 2003, I-10155 (Zuzugsfälle, „Wettbewerb der Rechtsordnungen“ in der EU eröffnet); EuGH, 16.12.2008, RsC-210/06, Cartesio, BB 2009, 11 (Wegzugsfall, „Wettbewerb“ eingeschränkt); vgl. ferner zur Freizügigkeit zwischen der Schweiz und Deutschland BGH BB 2009, 14-Trabrennbahn.

54 Vgl. im einzelnen *Anne Peters*, Wettbewerb von Rechtsordnungen, in: VVDStRL 69 (2010), S. 7 ff.; *Thomas Giegerich*, Wettbewerb von Rechtsordnungen, ebd., S. 57 ff.; *Ebke* (N 30), S. 198 ff.

55 *Weilert* (N 41), S. 884 f., 888 f., 909 f.

dafür erforderlichen Steuern aufzubürden. Er weicht deshalb in die Staatsverschuldung aus. Die Banken geben dem Staat bereitwillig Kredit, weil er als verlässlicher Schuldner gilt, eine wachsende Geldmenge nachfragt, sich beim Bemühen um verlängerte oder neue Kredite in eine Abhängigkeit von den Banken begibt. Die innere Souveränität des Staates ist bedroht.

26

Zins und Zinseszins

Der Staat als Schuldner unterwirft sich der Macht von Zins und Zinseszins. Diese Zinsen wachsen durch bloßen Zeitablauf, lösen sich von der Realwertentwicklung des zugrundeliegenden Darlehens, treiben den Schuldner in eine stetig steigende Schuld. Die Vergütung für die Überlassung von Kapital⁵⁶ ist unabhängig von dessen tatsächlichem Nutzen für den Staatshaushalt. Selbst wenn ein Neudarlehen nicht ausreicht, um die Zinsen für das Altdarlehen zu begleichen, bleibt der Schuldner selbst dann zur Zinszahlung verpflichtet, wenn der Gläubiger das Neudarlehen in Kenntnis der drohenden Zahlungsfähigkeit, aber im Vertrauen auf dessen steuerfinanzierte Bonität gewährt. Nach einer Faustformel wird sich eine mit 8 % verzinste Darlehensforderung in etwa neun Jahren verdoppeln, in 18 Jahren vervierfachen, nach 36 Jahren das Sechzehnfache der ursprünglichen Schuld betragen⁵⁷.

27

Überforderung der Steuerzahler

Die Geschichte der Staatsschulden lehrt, daß der staatliche Schuldner meist die Steuerzahler der Zukunft überfordert, deswegen die öffentliche Schuld nicht erfüllt⁵⁸. Dabei zeigt die Erfahrung der letzten hundert Jahre, daß Hyperinflationen⁵⁹ am ehesten beginnen, wenn die Staaten keine Gold- oder Silberwährung haben und auch nicht bestrebt sind, zu Silber- und Goldstandards zurückzukehren⁶⁰. Dabei ist auffällig, daß die Kreditgeber bereit sind, auch inflationsgefährdeten Staaten Kredite zu gewähren, weil sie in ihren Kreditkonditionen einen drohenden Staatsbankrott einberechnet haben, im übrigen die Staaten auf zukünftige Kredite angewiesen und deswegen zu angemessenen Vergleichen bereits sind⁶¹. Philipp II. von Spanien führte seinen Staat viermal in den Staatsbankrott, erhielt dennoch von den Fugern und den reichen Familien in Genua neue Kredite⁶². Heute könnte ein Kreditgeber noch leichter bereit sein, die Staaten in die Insolvenz gehen zu lassen, weil der Internationale Währungsfonds oder auch ein Staatenverbund das Ausfallrisiko deutlich mindern⁶³. Der letztverantwortliche Financier dieser

56 BGH, in: NJW 1979, S. 540 (541); S. 2089 (2090).

57 Robert Seckelmann, Zinsrechnung und Zinsrecht, in: ZVersWiss 90 (2001), S. 23; Bernhard Großfeld/Josef Hoeltzenbein, Globale Zeichenmacht, Globale Zeichenkontrolle, in: ZVglRWiss 104 (2005), S. 31.

58 Fritz Terhalle, Finanzwissenschaft, 1930, S. 538f.; Adam Smith, Der Wohlstand der Nationen (1776), übersetzt von Horst Claus Recktenwald, 1974, S. 803; Josef Isensee, Damoklesschwert über der Finanzverfassung: Der Staatsbankrott, in: FS für Peter Selmer, 2004, S. 687 (695f.).

59 Inflationen, die wenigstens in einem Monat eine Inflationsrate von mindestens 50 % erreichten, Peter Bernholz, Währungsordnung und Inflationsneigung: Die Bedeutung unterschiedlicher Währungsordnungen angesichts politisch bedingter Inflationsneigung, in: Viktor Vanberg (Hg.), Währungsordnung und Inflation, 2003, S. 61 (71).

60 Bernholz (N 59), S. 67 (Tabelle); ders., Monetary Regimes and Inflation, Cheltenham 2003, S. 64f.

61 Mauricio Drelichman/Hans-Joachim Voht, The Sustainable Debts of Philip II: A Reconstruction of Spain's Fiscal Position, 1560–1598, London 2010.

62 Drelichman/Voht (N 61), S. 3: in den Jahren 1557, 1560, 1575 und 1596.

63 Carmen M. Rheinhardt/Kenneth S. Rogoff, This Time is Different, Eight Centuries of Financial Folly, Princeton University Press, Princeton and Oxford 2009, S. 62.

Schulden und Bankrotte, der zukünftige Steuerzahler, ist an diesen Kreditverträgen und Garantieverprechen nicht beteiligt, wird aber in einem fiktiven „Generationenvertrag“ als Kernschuldner in Pflicht genommen.

2. Entwicklung des Verschuldensmaßstabs

Die Staatsverschuldung gilt grundsätzlich als Übel; Finanziers und Begünstigte des Finanzstaates sollten personenidentisch sein, später als „Staatsvolk“ den Ertrag ihrer Steuerleistungen durch finanzstaatliche Leistungen „zurück-erhalten“⁶⁴. Allerdings betont die Neuzeit, der Staatskredit könne zukünftige Bedürfnisse auf den Fortschritt des Finanzvermögens abstimmen, zukunftsbe- günstigte Ausgaben durch Zukunftsbelastungen finanzieren⁶⁵; ein Staat ohne Staatsschuld tue entweder zu wenig für seine Zukunft oder fordere zu viel von seiner Gegenwart⁶⁶. Moderne Gerechtigkeitstheorien setzen auf einen gedachten Urzustand aller Generationen, die sich unter einem „Schleier des Nichtwissens“ auf einen allgemeinen Spargrundsatz verständigen, so daß jede Generation den gerechten Teil von ihren Vorfahren erhält und ihrerseits den Nachfahren den gerechten Teil weitergibt⁶⁷.

Doch diese Abstraktion von Eigeninteressen ist dem Menschen nicht möglich. Er gewinnt auch kaum hinreichend Reife bei der zukunftsverantwortlichen Verwendung der durch Staatsverschuldung gewonnenen Finanzmittel. Alle Erfahrungen mit prachtvoller Hofhaltung, Kriegsfinanzierung und spendablen Staatsleistungen lehren, daß die „Verausgabung auf Borg“ sich nicht bezahlt macht⁶⁸. Deswegen sucht das Recht in der These von der Konnexität zwischen Gegenwartsbedarf und Gegenwartslast⁶⁹ zu verhindern, daß der Staat durch Staatsverschuldung „die Sorgen einer fernen Zukunft“ zu- schiebt⁷⁰, den Staatshaushalt der Gegenwart also zu Lasten der Zukunft finanziert. Das Grundgesetz hat bisher mit dem Junktim zwischen Investitions- und Kreditsumme im Staatshaushalt eine generationenübergreifende Gerechtigkeit herzustellen versucht, die durch einen Verzicht auf gegenwärtigen Konsum zugunsten eines künftigen Werteverzehrs den Investitionsvorteil an die zukünftige Generation weitergibt, diese deshalb auch zur Investitions-

28

Übel oder
zeitgerechte
Finanzierung

29

Finanzierung zu
Lasten der
Zukunft?

64 Vgl. BVerfGE 55, 274 (304) – Ausbildungsplatzförderung – im Anschluß an *Julius Hatschek*, Deutsches und preußisches Staatsrecht, Bd. II, ²1930, S. 270f., dabei wird die Steuer unabhängig von einer Gegenleistung geschuldet; *Otto Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, ³1924, Bd. I, S. 315f. („voraussetzungslose“ Abgabe), beläßt dem Bürger seine Unbefangenheit unabhängig von dessen Steuerleistung. S. a. *Hellmuth von Gerlach*, Die Geschichte des preußischen Wahlrechts, 1908, S. 11; *David Ricardo*, Untersuchungen über das Anleihsystem, in: Karl Diehl/Paul Mombert (Hg.), Das Staatsschuldenproblem, 1980, S. 94 (140): öffentliche Verschuldung als eine der „furchtbarsten Geißeln“.

65 *Lorenz von Stein*, Lehrbuch der Finanzwissenschaft, Bd. II, ⁴1878, S. 340f.

66 Vgl. auch dazu BVerfGE 79, 311 (353) – Staatsverschuldung; *Wolfram Höfling*, Staatsschuldenrecht, 1993, S. 100ff.; → Bd. V, *Pünder*, § 123 Rn. 2.

67 *John Rawls*, A Theory of Justice, 1971, S. 284f.; dazu *Stefan Mückl*, „Auch in Verantwortung für die künftigen Generationen“ – „Generationengerechtigkeit“ und Verfassungsrecht in: FS für Josef Isensee, 2007, S. 183 (184f.).

68 So schon *Albert Hensel*, Der Finanzausgleich im Bundesstaat in seiner staatsrechtlichen Bedeutung, 1922, S. 169ff.

69 *Hensel* (N 68), S. 169.

70 *Hensel* (N 68); *Terhalle* (N 58).

finanzierung heranziehen darf⁷¹, außerdem mit der Investitionsbindung sicherstellt, daß die laufenden Staatsleistungen von den gegenwärtigen Steuerzahlern finanziert werden, die daraus den Vorteil ziehen⁷².

30

Fortschritt zu
Lasten der nächsten
Generation?

Der Gedanke, die nachfolgende Generation müsse gegenwärtige Investitionen finanzieren, weil sie auch ihr zugute kommen, ist grundsätzlich verfehlt. Jede Generation bemüht sich, ihre Lebensverhältnisse zu verbessern und die Ergebnisse ihres Fortschritts – Werke der Kunst, Erkenntnisse der Wissenschaft, Entwicklungen der Technik, eine bessere politische Kultur in Bauten und Einrichtungen, das Soziale in Vorsorgeorganisationen – ihren Kindern zu überlassen. Jede Generation baut auf das Fundament, das die vorangegangene um ihrer selbst willen geschaffen hat. Dieser Fortschritt muß nicht von der nächsten Generation finanziert, soll vielmehr von ihr zugunsten der übernächsten Generation fortgesetzt werden. Gegenwartsgerechtigkeit setzt als selbstverständlich voraus, daß die Elterngeneration das ihr Eigene unentgeltlich der Kindergeneration vererbt. Die Frage eines Entgelts für diese Weitergabe von Vermögen, einer Tauschgerechtigkeit, stellt sich für den Erbfall nicht, sollte auch nicht durch Kredit vorweggenommen werden. Selbst wenn aber die Kindergeneration die Elterninvestitionen finanzieren müßte, weil diese Investitionen neben den Eltern auch die Kinder begünstigen, hätte die nächste Generation oft aufgedrängte Begünstigungen zu finanzieren. Manche Investition wird sie überhaupt nicht wünschen, andere wegen des zeitbedingten Wertverzehrskosten aufwendig sanieren oder abreißen.

31

Konjunktur-
steuerung in Nach-
haltigkeit

Die gegenwartsfixierte Beobachtung, eine kreditfinanzierte Investition könne derzeit die Konjunktur beleben, greift zu kurz, weil sie unberücksichtigt läßt, daß die Tilgungs- und Zinslasten dieser Verschuldung die zukünftige Konjunktur schwächen wird. Würde der Bund die Mittel für die jährliche Zinszahlung – ca. 40 Mrd. Euro mit steigender Tendenz – für Bildungs-, Forschungs- und Infrastrukturaufgaben einsetzen können, wären Konjunktur und Struktur belebt und erneuert. Zudem bleibt zu prüfen, ob Steuererträge der Gegenwart für Zinszahlungen an die kreditgebenden Finanzinstitute eingesetzt werden dürfen, insbesondere aber auch, ob Kredite aufgenommen werden dürfen, um Zins und Tilgung für frühere Kredite zu zahlen.

32

Steuerbare Kon-
junktur oder struk-
turelle Schwäche

Doch das Junktim zwischen Investitionssumme und Kreditsumme ist 1969⁷³ durch die Ausnahme geschwächt worden, daß „zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ die Höhe der Einnahmen aus Krediten die Summe der Ausgaben für Investitionen übersteigen dürfe. Damit trat

71 → Bd. V, Pünder, § 123 Rn. 3 f. m. Nachw.; *Sachverständigenrat* (N1), S. 49 f.; 74 f.: investitionsabhängige Verschuldung als „Goldene Regel der Finanzpolitik“.

72 → Bd. V, Pünder, § 123 Rn. 4; *Josef Isensee*, Schuldenbarriere für Legislative und Exekutive – zu Reichweite und Inhalt der Kreditkautele des Grundgesetzes, in: FS für Karl-Heinz Friauf, 1996, S. 705 (706); *Paul Henzler*, Verfassungsrechtliche Aspekte zukunftsbelastender Parlamentsentscheidungen, in: AöR 108 (1983), S. 489 (520 f.); *Sachverständigenrat* (N1), S. 41.

73 15. Gesetz zur Änd. d. GG vom 8. 6. 1967 (BGBl I, S. 581) – Änderung des Art. 109 Abs. 2 und Abs. 3 GG; sowie Änderung des Art. 115 GG durch das 20. Gesetz zur Änd. d. GG vom 2. 5. 1969 (BGBl 1969 I, S. 357).

die Magie⁷⁴ in das Recht, drängte den Staat in die Kompetenz und Verantwortlichkeit, in wirtschaftlichen Krisen durch kreditfinanzierte Zusatzausgaben oder Steuersenkungen zusätzliche Nachfrage zu schaffen, Arbeitsplätze zu sichern und das Sozialprodukt zu steigern und den Geldwert zu stabilisieren⁷⁵. Die „Gegenrevolution der Geldtheorie“⁷⁶ hält entgegen, daß die öffentliche Verschuldung die Zinsen steigere, damit private Investitionen zurückdränge, so die beschäftigungssteigernden Wirkungen vermehrter Staatsausgaben oder verringerter Besteuerung neutralisiere oder ins Gegenteil verkehre. Oft bietet der Staat als Kreditnachfrager die größten Sicherheiten, sticht auch deshalb den privaten Kreditbedarf aus. Zudem führe der internationale Zustrom von Geldkapital zu einer Aufwertung der inländischen Währung. Vor allem aber seien gesamtwirtschaftliche Schwächung und hohe Arbeitslosigkeit durch Kosten und Wirtschaftsstrukturen bedingt, also durch eine Anregung der Nachfrage dank Staatsverschuldung nicht zu lösen⁷⁷. Die Gegenwart lehrt, daß kreditfinanzierte zusätzliche Staatsausgaben nicht zusätzliche Nachfrage schaffen, kaum die Beschäftigung mehren und das Sozialprodukt erhöhen, vielmehr öffentliche Verschuldung auch zu Zinssteigerungen führen kann, die private Investitionen zurückdrängen, die erhofften wirtschaftsbelebenden Wirkungen verhindern, auch den internationalen Zustrom von Geldkapital und damit eine Aufwertung der inländischen Währung veranlassen können, die dann die Exportchancen verschlechtert und die Importe steigert⁷⁸. Die praktische Erfahrung zeigt, daß die Staatsverschuldung sich nicht selbst finanziert, vielmehr zum leichten Geld verführt, das die Wähler von heute begünstigt und die heute noch wehrlosen Steuerzahler von morgen belastet.

Die Überschuldung vieler Staaten auch in Europa drängt das Staatsrecht in die Aufgabe, den Staatsbankrott zu vermeiden und ein Resolvenzrecht⁷⁹ des Staates zu schaffen. Der Staatsbankrott ersetzt den Maßstab des Rechts durch das Maß des Möglichen⁸⁰, unterbricht die Rechtskontinuität abrupt, verschiebt Kompetenzen von der rechtlichen Zuständigkeit zur tatsächlichen Handlungsmöglichkeit, schwächt Grundrechtspositionen im Maß staatlicher Handlungsschwäche, bevorzugt Sacheigentümer, benachteiligt Geldeigentümer und Bedürftige. Der Verfassungsstaat will bewahren und in Stetigkeit

33

Staatsbankrott

74 Zum „magischen Viereck“ vgl. § 2 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. 6. 1967 (BGBl 1967 I, S. 182).

75 Vgl. dazu *Keynes* (N 1); *Sachverständigenrat* (N 1), S. 45f.; BVerfGE 79, 311 (331) – Staatsverschuldung; → Bd. V, *Heintzen*, § 120 Rn. 21; *Pünder*, § 123 Rn. 8f.

76 *Milton Friedman*, Die Gegenrevolution in der Geldtheorie (1970), in: Peter Kalmbach (Hg.), *Der Neue Monetarismus*, 1973, S. 47f.

77 Im einzelnen → Bd. V, *Pünder*, § 123 Rn. 9f.

78 Zu diesen Fragen und ihren wirtschaftstheoretischen Hintergründen → Bd. V, *Pünder*, § 123 Rn. 8f.

79 Vgl. den Vorschlag zur Verfassungsänderung zur Regelung der Staateninsolvenz bei *Peter Selmer*, *Der „bundesstaatliche Notstand“ eines Landes – eine ungelöste Verfassungsaufgabe*, in: *KritVj* 2008, S. 171 (184, Fn. 76).

80 BVerfGE 15, 126 (143) – Staatsbankrott; BVerfGE 27, 253 (285) – Kriegsfolgeschäden; BVerfGE 41, 126 (151ff.) – Reparationsschaden.

gestalten, Bestehendes mit werdendem, Zeitloses mit gegenwärtigem verbinden. Der Vorbehalt des Möglichen zwingt das Recht, auf der vorgefundenen Wirklichkeit aufzubauen, im Prinzip der Verhältnismäßigkeit zwischen Wirklichkeit und Recht zu vermitteln, die Deutung von Verfassungssätzen auf die verfaßte Wirklichkeit und die Verfassungspraxis der Staatsorgane auszurichten⁸¹, die Norm in ihrer Normwirklichkeit zu entfalten⁸².

34

Außerordentlicher
Bedarf, werbende
Zwecke

Deswegen bemühen sich Verfassungen immer wieder, die staatliche Kreditaufnahme auf das finanziell Mögliche zu begrenzen. Die Aufnahme einer Staatsanleihe war an ein „außerordentliches Bedürfnis“ geknüpft⁸³. Nach Art. 87 WRV dürfen Geldmittel im Wege des Kredits „nur bei außerordentlichem Bedarf“ und in der Regel „nur für Ausgaben zu werbenden Zwecken“ beschafft werden⁸⁴. Das Grundgesetz hat diese Verfassungsmaßstäbe – zunächst in bewußter Anlehnung an Art. 87 WRV – übernommen, sodann aber eine Ausnahmeregelung für „finanzielle Maßnahmen des Bundes zur Verhütung von Konjunkturschwankungen oder zur Behebung einer allgemeinen Wirtschaftskrisis“ gefordert⁸⁵. Doch der Begriff „Ausgaben für werbende Zwecke“ ist im Laufe der Zeit immer weiter ausgedehnt und schließlich weit über seine ursprüngliche Bedeutung der „rentablen“ Ausgaben hinaus erstreckt worden⁸⁶. Auch die Ablösung des „traditionellen objektgebundenen Deckungsgrundsatzes durch eine moderne situationsgebundene Betrachtungsweise“⁸⁷, die Begrenzung der Verschuldung durch die Summe der im Haushaltsplan veranschlagten Investitionen, hat sich nicht bewährt. Auch dieses Instrument der Finanzpolitik wirkte nicht als ein finanzverfassungsrechtliches Übermaßverbot, konnte den Tatbestand „zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ nicht strikten Erfordernissen der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit unterwerfen, sondern öffnete ein Fenster zum Übermaß.

81 Paul Kirchhof, 10 Jahre Wiedervereinigung als Rechtsprechungsauftrag, in: DVBl 2000, S. 1373 (1374f.).

82 → Bd. II, P. Kirchhof, § 21 Rn. 31ff.

83 § 51 der Paulskirchenverfassung, abgedruckt in: Ernst Rudolf Huber (Hg.), Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte, Bd. I, ³1978, S. 380; ähnlich die Verfassung des Deutschen Reiches von 1871, in: RGBI 1871, S. 63f., dazu Staatssekretär des Innern, Graf von Posadowsky-Wehner, in der Reichstagsitzung vom 9. 6. 1902, StB. 5501B, und vom 12. 12. 1905, StB. 239B.

84 Friedrich Ernst Moritz Saemisch, Das Staatsschuldenwesen, in: Gerhard Anschütz (Hg.), Handbuch des deutschen Staatsrechts, Bd. II, 1932, S. 435 (438); vgl. auch schon Art. 73 der Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 26. 7. 1887, in: GBl 1887, S. 1.

85 Abgeordneter Ludwig Kroll im Hauptausschuß, 15. Sitzung vom 2. 12. 1948, in: JöR N.F., Bd. I (1951), S. 822.

86 Gutachten zum Begriff der öffentlichen Investitionen, erstattet vom Wissenschaftlichen Beirat beim Bundesministerium der Finanzen, 26. 4. 1980, Schriftenreihe des Bundesministeriums der Finanzen, Heft 29, S. 17.

87 Begründung des Regierungsentwurfs zur Änderung des Art. 115 durch das 20. Gesetz zur Änd. d. GG vom 2. 5. 1969 (BGBl I 1969, S. 357).