

Die Ordnung des Marktes durch Recht

Reiner Schmidt

Angaben zur Veröffentlichung / Publication details:

Schmidt, Reiner. 2007. "Die Ordnung des Marktes durch Recht." In *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik: Festschrift für Rupert Scholz zum 70. Geburtstag*, edited by Rainer Pitschas and Arnd Uhle, 889–902. Berlin: Duncker & Humblot.
<https://doi.org/10.3790/978-3-428-52375-7>.

Nutzungsbedingungen / Terms of use:

licgercopyright

Dieses Dokument wird unter folgenden Bedingungen zur Verfügung gestellt: / This document is made available under these conditions:

Deutsches Urheberrecht

Weitere Informationen finden Sie unter: / For more information see:

<https://www.uni-augsburg.de/de/organisation/bibliothek/publizieren-zitieren-archivieren/publiz/>



Die Ordnung des Marktes durch Recht

Von Reiner Schmidt

I. Einleitung

Moderne Gesellschaften werden durch Freiheit und Autonomie geordnet. Der Staat als Zwangsordnung steht der Gesellschaft gegenüber. Der Markt ist dem gesellschaftlichen Bereich zuzuordnen. Staat und Markt sind aufeinander angewiesen. Die Metaphorik von der „unsichtbaren Hand“ des Marktes darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Staat für die Wirtschaft verantwortlich, ja unverzichtbar ist. Er kann dieser Verantwortung dadurch gerecht werden, dass er selbst wirtschaftet oder aber dadurch dass er die Wirtschaft den Privaten überlässt. Die grundsätzlichen Optionen bestehen in der Zentralwirtschaft oder der Marktwirtschaft. Das Recht ist in beiden Fällen notwendig. Auch die Entscheidung für die grundsätzliche Autonomie bedarf rechtlicher Grundlegung und normativer Absicherung. Im Übrigen: selbst in einem freiheitlichen System reguliert der Staat die gesamte Volkswirtschaft. Er nimmt auf die wirtschaftlichen Prozesse Einfluss und korrigiert erforderlichenfalls das Marktergebnis direkt. Anders als in der Zentralverwaltungswirtschaft muss er das Individualprinzip, die Planträgerschaft des Wirtschaftssubjekts und die Koordination der Einzelpläne durch den Markt, die Preisorientierung und das Privateigentum prinzipiell sichern und respektieren.¹

II. Die deutsche Lösung

Das Grundgesetz enthält kein Wirtschaftsordnungsmodell, keine bestimmte Wirtschaftsverfassung. Zwar hat der Verfassungsgeber im Jahr 1949 durchaus die Wichtigkeit der Wirtschaftsordnung für den Staat erkannt. Die Meinungsverschiedenheiten über die Gestaltung einer Wirtschaftsverfassung waren aber zu groß. Es konnte kein regelungsfähiger Gesamtkonsens erzielt werden. Immerhin wurden wirtschaftsrelevante Bau- und Ecksteine für den Markt gesetzt. Mit der Gewährleistung der Vertragsfreiheit und anderer Grundrechte wird der Markt ermöglicht, mit dem Ge-

¹ Zum Ganzen vgl. *Schmidt*, Reiner, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Bd. IV, 3. Aufl., 2006, § 92.

setz gegen Wettbewerbsbeschränkungen werden Selbstgefährdungen der privatwirtschaftlichen Freiheit durch wettbewerbsschädliches Verhalten, durch Kartelle und Monopole verhindert. Die verfassungsrechtlichen Garantien des Privateigentums, die Berufs-, Gewerbe- und Unternehmensfreiheit, die Möglichkeiten der freien Wahl des Arbeitsplatzes und das Recht zur Gründung von Handelsgesellschaften zeigen, dass für das Grundgesetz der Koordinationstyp der Zentralverwaltungswirtschaft ausgeschlossen wurde. Die durch Grundrechte geprägte Wirtschafts- und Sozialgestaltung schließt die absolute Herrschaft des politischen Systems über die Wirtschaft aus. Die Abschaffung des Marktes und des Wettbewerbs wäre deshalb rechtlich nicht möglich. Im Grundgesetz ist keine bestimmte in sich verfestigte Wirtschaftsordnung, also keine Wirtschaftsverfassung, enthalten. Andererseits garantiert es dezentrales Wirtschaften. Eine Folge dieser Sicht ist die Legitimationsbedürftigkeit jedes staatlichen Eingriffes in den Markt. Nach der friedlichen Revolution des Jahres 1989 war es deshalb eine Selbstverständlichkeit im Staatsvertrag zur Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion die „soziale Marktwirtschaft als gemeinsame Wirtschaftsordnung“ beider Vertragsparteien festzuschreiben.

III. Die gewandelte Situation

Die soziale Marktwirtschaft war der wirtschaftswissenschaftliche und politische Versuch, die Freiheit der Wirtschaft mit dem Anspruch des Staates zu versöhnen, ein gesellschaftliches Leitbild zu definieren und umzusetzen.² Mit dem Verlust des nationalen Horizonts durch die Globalisierung wird das Verhältnis zwischen einem bestimmten politischen Selbstverständnis und der Welt der Wirtschaft auf eine neue Grundlage gestellt. Globalisierung ist mehr als Internationalisierung. Globalisierung bedeutet schlicht Irrelevanz des Standortes. An die Stelle geschlossener Staaten tritt die Wirtschaft der einen Welt. Das Zeitalter der territorial festgelegten Verfassungsstaaten scheint zu Ende zu gehen. Die neue Epoche findet ihre Einheit mehr in der Wirtschaft als in der Politik. Inzwischen spielt, zumindest im Bewusstsein, die Welt des unbegrenzten Wirtschaftens eine, vielleicht *die* entscheidende Rolle. Die Weltwirtschaft setzt auf den Wettbewerb als neues Leitbild und überwindet auch die Mobilitätsbarrieren zwischen den Mitgliedsstaaten der EU.³ Die offene Marktwirtschaft wird zur Gründungsidee des sich einigenden Europas. Mit ihr taucht am Horizont ein noch ferner globaler Staat auf. Ein internationales einheitliches Privatrecht ist in Sicht.⁴

² Vgl. *Di Fabio*, Udo, Der Verfassungsstaat in der Weltgesellschaft, 2001, S. 16.

³ Vgl. *Siebert*, Horst, Weltwirtschaft, 1997, S. 186 f.

⁴ Vgl. *Berger*, Klaus Peter, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, 1996, S. 2.

Die neue Weltwirtschaftsgesellschaft wird noch nicht durch einen Weltstaat zusammengebunden. Das Modell des Nationalstaats des 19. Jahrhunderts scheint mit seinen Systemvorgaben selbst auf der europäischen Ebene nicht mehr zu passen. „Regieren“ findet heute jedenfalls teilweise „jenseits der Staatlichkeit“ statt. Die weltweit vernetzte Geldwirtschaft und entsprechende Marktbedingungen könnten dem Verfassungsstaat allmählich die Grundlage entziehen.

Trotzdem besteht weitgehend Einigkeit darüber, dass weiterhin das Ensemble von Nationalstaaten die wesentliche Gestaltungseinheit für die Zukunft ist. Das weltweite politische System basiert auf dem Zusammenwirken von Nationalstaaten, deren Handlungsvoraussetzungen immer mehr von bilateralen und supranationalen Bindungen bestimmt werden.

Bevor die Frage vertieft werden kann, wie es um diesen Nationalstaat im einzelnen steht, ist ein Blick auf den Versuch des Grundgesetzes zu werfen, die internationale Verflechtung der Bundesrepublik juristisch zu organisieren.

IV. Die internationale Zusammenarbeit

Das Grundgesetz hat sich für eine internationale Zusammenarbeit entschieden. Schon in der Präambel werden das vereinte Europa und der Frieden der Welt beschworen. Die Bundesrepublik unterwirft sich den allgemeinen Regeln des Völkerrechts, denen im internen Rechtsraum unmittelbare Wirksamkeit zuerkannt wird (Art. 25 GG). Das geltende Völkerrecht wird nicht nur hingenommen, sondern die verantwortlichen Staatsorgane werden zur aktiven Mitwirkung bei der Bewältigung internationaler Probleme aufgerufen. Verstärkt und konkretisiert werden diese Bestimmungen durch die Möglichkeit zur Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen, insbesondere auf die Europäische Union. Auch lassen sich im Verfassungswerk des Grundgesetzes Strukturelemente finden, die über die Konzeption eines Staatswesens als festgefügtm Verband hinausgehen. Die menschliche Würde kommt dem Deutschen *und* dem Ausländer zu, staatsübergreifende Solidarität wird durch die Möglichkeit der Gewährung von Asyl ausgedrückt.

Die grundgesetzlich eingeräumte Option für die internationale Integration hat Verfassungsänderungen materieller Art mit sich gebracht. Es ist nicht zu übersehen, dass die Bedeutung der wirtschaftlichen Außenbeziehungen und deren Auswirkungen auf den Markt rechtlich kaum eingefangen wird. Zwar müssen Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln, etwa der Beitritt der Bundesrepublik zur Welthandelsorganisation vom Parlament abgesegnet werden. Internationale Wirtschaftsorganisationen entfalten aber eine Eigendynamik, die vom nationalen Gesetzgeber kaum ge-

bremsen werden kann. Der enormen quantitativen Vermehrung wirtschaftlicher internationaler Interaktionen steht kein adäquates rechtliches Instrumentarium gegenüber. Ein großer Teil des Wirtschaftsverkehrs findet ohne staatliche Kontrolle statt.⁵ Die Möglichkeit einer rechtlichen Ordnung des Marktes durch den Staat hat hier ihre Binnengrenze. Der völkerrechtliche Rahmen ist noch weitmaschiger. Für die „neue Weltwirtschaftsordnung“ fehlt eine gemeinsame rechtliche Ordnung. Anstehende weltweite Wirtschaftsprobleme werden im Wesentlichen über offene universalökonomische Prinzipien und souveränitätseinschränkende Kooperationspflichten gelöst, noch nicht jedoch über eine in sich geschlossene kodifizierte Ordnung.

Da die nationale Gestaltung der Wirtschaftsordnung an rechtliche und an faktische Grenzen stößt und eine geschlossene weltweite Marktordnung noch nicht in Sicht ist, befinden wir uns in einem interessanten staatsfreien Raum. Diese Situation lässt sich durch das Schlagwort vom globalen Recht ohne Staat kennzeichnen. Als Beispiel kann die Verwaltung der Domain Names durch die ICANN dienen. Die Bildung technischer Standards im Internet hat sich weitgehend vom nationalen Gesetzgeber gelöst.⁶ Es ist zu fragen, inwieweit der Nationalstaat überhaupt noch Gestaltungsmöglichkeiten hat.

V. Nationalstaat und Marktordnung

In der Staatlichkeit des 20. Jahrhunderts waren vier Dimensionen auf einer Ebene gebündelt, nämlich die Ressourcendimension, d.h. die Kontrolle über Militär und Steuern, die Rechtsdimension, in der die Herrschaft über das Recht etabliert werden sollte, die Legitimationsdimension, d.h. die Anerkennung der Herrschaftsbeziehungen und schließlich die Interventionsdimension, d.h. die Ermöglichung von Wachstum und sozialem Ausgleich.⁷ Die Staatsgewalt erstreckte sich auf das Gebiet in dem das Volk lebt. Die so konstituierten territorialen Einheiten werden heute durch die Globalisierung in Frage gestellt. Es gehört inzwischen schon fast zum Ritual von Festvorträgen zu konstatieren, dass es diesen Nationalstaat nur noch in der Erinnerung gibt.

⁵ Zu den Regelansätzen vgl. *Schmidt-Aßmann*, Eberhard, Internationalisierung des Verwaltungsrechts, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), FS für Reiner Schmidt, Wirtschaft im offenen Verfassungsstaat, 2006, S. 149 ff. Zum Ganzen *Tomuschat*, Christian/*Schmidt*, Reiner, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1978), S. 8 ff.

⁶ Vgl. *Vesting*, Thomas, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes, VVDStRL 63 (2004), S. 41 ff. (58).

⁷ Vgl. *Zürn*, Michael, Die Zukunft des Nationalstaates, FAZ Nr. 165 v. 19.7.2005, S. 8.

Ein Bedeutungsverlust herkömmlicher Staatlichkeit besteht schon in der Erosion der *inneren* Souveränität. Staatliche Funktionen werden zunehmend in Kooperation mit gesellschaftlichen Akteuren und vor allem unter Verzicht auf spezifisch staatliche Hoheitsmittel erfüllt. Wenn der Staat seine Aufgaben in zunehmendem Maße privaten Akteuren überlässt, delegiert er seine Gemeinwohlverantwortung wenigstens partiell an von ihm nicht beherrschbare Verhandlungspartner, die in keinem öffentlich-rechtlich organisierten Verantwortungszusammenhang stehen. An Norm- und Regelbildung sind heute staatliche und nichtstaatliche Akteure, Nichtregierungsorganisationen (NGOs), Verbände und dgl. beteiligt.⁸ Dies wird von manchen Autoren, etwas überzogen, als „Auslieferungs-Szenario“ bezeichnet.⁹ Sicherlich behält der Staat weiterhin die Pflicht, das Gemeinwohl zu sichern, d.h. die Aufgabenerfüllung durch Dritte hinreichend zu kontrollieren und zu überwachen, die den privaten Anbietern auferlegten Gemeinwohlverpflichtungen durchzusetzen und schließlich die ausgelagerte Aufgabenwahrnehmung notfalls in die staatliche Obhut zurückzuholen. Trotzdem ist im innerstaatlichen Bereich der Souveränitätsschwund nicht zu übersehen. Es bleibt zwar bei der eingangs festgestellten Differenzierung von Staat und Gesellschaft. Der Staat bedient sich zunehmend privater Mittel und gefährdet seine Vormachtstellung. Statt unmittelbar Aufgaben zu erfüllen, beschränkt er sich auf die Aufgaben*regulierung*. Man könnte dies als Rückbesinnung auf die eigentlichen staatlichen Aufgaben verstehen. Doch anders als im 19. Jahrhundert steht der Staat heute einer höchst komplexen Gesellschaft gegenüber, die an die Grenzen ihrer Selbstregulierungsfähigkeit stößt und einer ausgleichenden Instanz bedarf.

Nehmen wir als Beispiel das Eisenbahnwesen und die Energieversorgung. Durch die Privatisierung einer ehemals staatlichen Funktion wurde ein neuer Markt geschaffen. Zieht sich der Staat aus der aktiven Versorgung der Bevölkerung mit Verkehrsangeboten und Telekommunikationseinrichtungen zurück, bleibt er verpflichtet für Mobilität und Kommunikation der Bevölkerung zu sorgen.¹⁰ Werden auch die Wasserversorgung und die Abfallentsorgung privatisiert, dann kann nur der Gesetzgeber Verteilungsgerechtigkeit und flächendeckende Versorgungssicherheit garantieren.

Auch der Markt bedarf neuer Instrumente zu seiner Gestaltung. Staatlichkeit *und* Marktordnung befinden also sich im Wandel.

⁸ Vgl. *Vesting*, Staatsrechtslehre (Fn. 6), S. 56. Die verfassungsrechtlichen Grenzen kooperativer und konsensualer Normsetzung werden zu Recht hervorgehoben von *Becker*, Florian, Parlamentarische Gesetzgebung im „kooperativen Staat“, in: *Der Staat* (Bd. 44), 2005, S. 433 ff.

⁹ So *Schuppert*, Gunnar Folke, Staatswissenschaft, 2003, S. 329.

¹⁰ Siehe näheres bei *Kämmerer*, Jörn Axel, Privatisierung, 2001, S. 495 ff.

Das Recht, die Notwendigkeit der Legitimation von Macht und die staatliche Interventionskapazität werden zentraler Bestandteil postnationaler Staatlichkeit bleiben. Sie sind aber von der nationalstaatlichen teilweise auf die supranationale und internationale Ebene gewandert.

VI. Das Gemeinschaftsrecht

Die Ordnung des Marktes wird heute vor allem durch Gemeinschaftsrecht bestimmt. Dieses geht dem nationalem Recht vor. Die Verwirklichung des Gemeinsamen Marktes ist ein Schlüsselziel der Europäischen Gemeinschaft. Kern dieses Gemeinsamen Marktes ist die Beseitigung der Handelshemmnisse zwischen den Mitgliedstaaten als Grundlage eines einzigen Marktes. Zu den konstituierenden Elementen gehört die Verwirklichung des freien Verkehrs von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital. Eine übergreifende Wettbewerbsordnung soll Störungen des Marktgeschehens durch wettbewerbsverzerrende Einflüsse der öffentlichen Hand und privater Unternehmer sichern. Ein aktiv einschreitendes Kartellamt und leistungsfähige Regulierungsbehörden sind zur Bewahrung eines unverfälschten Wettbewerbs unerlässlich.

Mit der Wirtschafts- und Währungsunion wurde ein Integrationsgrad erreicht, der sich sonst nur in einer einheitlichen Staatsordnung findet. Vom Montansektor und von der Landwirtschaft abgesehen, gelten marktwirtschaftliche Ordnungsprinzipien, die durch ein striktes Effektivitätsgebot abgesichert werden. Als Beispiel mag die Rückforderung europarechtswidrig gewährter staatlicher Beihilfen dienen, die nach der Rechtsprechung des *EuGH* unter Zurückstellung der im deutschen Recht verankerten Vertrauensgrundsätze zu erfolgen hat. Nationale Vorschriften können insoweit nicht mehr oder nur noch modifiziert angewandt werden. Weitergehend noch ist das Beispiel des Staatshaftungsrechts. Im deutschen Recht existiert keine Staatshaftung für sogenanntes legislatives Unrecht. Der *EuGH* entwickelte einen über das nationale Recht hinausgehendes gemeinschaftsrechtliches Haftungsinstitut, das beispielsweise dann greift, wenn die Bundesrepublik eine Richtlinie verspätet oder fehlerhaft umsetzt.

Die Rigorosität dieser Rechtsprechung, die Liberalisierungspolitik der Kommission, vor allem aber der vergebliche Kampf der Mitgliedstaaten gegen den Wildwuchs der Subventionen zeigen, dass die Ordnung und Sicherung des Marktes in Brüssel besser aufgehoben ist als in der Bundesrepublik Deutschland. Hier stehen die Lippenbekenntnisse zur sozialen Marktwirtschaft in deutlichem Kontrast zur praktizierten Wirtschaftspolitik.¹¹

Die grundsätzliche ordnungspolitische Entscheidung der Europäischen Union für einen freien Markt wird flankiert durch Bestimmungen, in denen

die Wirtschaftspolitik als eine Angelegenheit von gemeinsamem Interesse genannt und in welchem die Koordinierung der Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten instrumentalisiert wird (Art. 98, 99 EGV). Zwar verbleibt die Wirtschaftspolitik grundsätzlich im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten.

Sie soll aber auch in den Dienst des Kollisionsziels gestellt werden, d.h. eines Ziels das den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt verfolgt, um eine harmonische Entwicklung der Gemeinschaft als Ganzes zu fördern. Außerdem wird ein sogenanntes Konvergenzziel genannt, wonach der Unterschied im Entwicklungsstand der verschiedenen Regionen ausgeglichen werden soll (Art. 158 Abs. 2 EGV).

Sie soll nur koordiniert werden. Trotzdem ist der Spielraum für nationale Ordnungs-, Prozess- und Strukturpolitik gering geworden. Dies vor allem deshalb, weil die Geld- und Wechselkurspolitik vergemeinschaftet und auf das vorrangige Ziel der Preisstabilität festgelegt wurde. Mit der Errichtung eines Europäischen Systems der Zentralbanken und der Festschreibung der Weisungsfreiheit der Europäischen Zentralbank ist klargestellt, dass die Mitgliedstaaten keine Wirtschaftspolitik betreiben dürfen, welche der Preisstabilität zuwider läuft. Dies ändert nichts daran, dass die Vorstellungen über das richtige Verhältnis zwischen der Währungspolitik einerseits und der Wirtschaftspolitik andererseits in den Mitgliedstaaten unterschiedlich sind. Das Fehlen einer gemeinsamen „Stabilitätskultur“ wurde von deutscher Seite immer wieder beklagt. Inzwischen ist es leider gerade die Bundesrepublik, die den von ihr ursprünglich so forcierten Stabilitäts- und Wachstumspakt entwertet hat.¹²

Das normative Geflecht zur Konstituierung des Marktes und zur Sicherung von dessen Funktionen ist vielschichtig. Es reicht von den grundsätzlichen Festlegungen im EG-Vertrag selbst, über die Bestimmungen des Grundgesetzes, etwa über die Deutsche Bundesbank und über die Haushaltswirtschaft, über das sekundäre EG-Recht, wie etwa die Verordnungen, mit denen die Haushaltsdisziplin innerhalb der EU erreicht werden soll und dem Protokoll über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit.

Die entscheidenden Bestimmungen zur Ordnung des Marktes werden in Brüssel getroffen. Dies lässt sich pragmatisch an einem Vergleich der Gutachten des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung der letzten 20 Jahre zeigen. Lag deren Schwerpunkt ur-

¹¹ Zum Auseinanderklaffen zwischen Recht und praktizierter Wirtschaftspolitik, vgl. *Huber*, Joseph, GG-Szenario. 159 Artikel für einen neuen Gesellschaftsvertrag, 2005.

¹² Vgl. zur Position der Bundesregierung *Kempen*, Bernhard, in: Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Kommentar, 2003, Art. 104 EGV, Rn. 12.

sprünglich in einer Darstellung der deutschen Wirtschaftspolitik, so stehen jetzt längere Abschnitte über die Weltwirtschafts- und die Europäische Politik im Mittelpunkt. In Bezug auf Deutschland werden eher nur nachrichtlich dessen außenwirtschaftliche Stärke und dessen Probleme im Bereich des Arbeitsmarktes, der öffentlichen Finanzen, der sozialen Sicherung, des deutschen Bankensystems und der wirtschaftlichen Lage in den neuen Bundesländern dargestellt.¹³

Die Veränderung der Situation schlägt sich auch in der wirtschaftswissenschaftlichen und in der juristischen Diskussion nieder. Ende der 60er Jahre stand noch das nationale konjunkturpolitische Instrumentarium im Mittelpunkt. Die Haushaltswirtschaft und deren Ausrichtung auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht, die Instrumentalisierung der Konjunkturpolitik durch das Stabilitäts- und Wachstumsgesetz, die Gemeinschaftsaufgabe zur Förderung der regionalen Wirtschaftsstruktur wie überhaupt die gesamte regionale und sektorale Strukturpolitik waren Gegenstand intensiver wissenschaftlicher Arbeiten. All diese Themen sind weitgehend in den supranationalen Bereich abgewandert. Das nationale Interesse gilt inzwischen vor allem der Wirtschaftsaufsicht, d. h. der Überwachung der vorhandenen Wirtschaftsgesetze durch Aufsichtsbehörden und die sogenannte Wirtschaftsregulierung. Bei dieser geht es um die Herstellung und Sicherung des Wettbewerbs im Bereich der Telekommunikation, der Energie und der Bahn, die richtige Ausgestaltung von Vergabeverfahren, um den diskriminierungsfreien Zugang zu Versorgungsnetzen und dergleichen mehr. Dies sind wichtige, teils heikle Fragen, die hier nur genannt, nicht behandelt werden können.¹⁴

Sie haben die ökonomischen Probleme des Vergleichsmarktpinzips, die Preis-Kosten-Schere und dergleichen einzubeziehen. Auch hat der EG-Vertrag die Festlegung des richtigen Verhältnisses zwischen privatem und öffentlichem Wirtschaften nationaler Regelung überlassen. Die grundsätzliche Weichenstellung aber befindet sich im Vertrag selbst. Dort wird gesagt, dass die sogenannten Daseinsvorsorgeunternehmen (z. B. Energie-, Wasserversorgung) den Wettbewerbsregeln ausgesetzt sind. Die Grenze ist erst dann erreicht, wenn dadurch die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben rechtlich oder tatsächlich verhindert würde (Art. 86 Abs. 2 EGV).

¹³ Vgl. Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, Jahresgutachten 2004/2005, S. 127 ff.

¹⁴ Grundsätzlich zum Regulierungsverwaltungsrecht vgl. *Wissmann*, Hinnerk, Stichworte „Regulierung, Deregulierung“, in: Heun/Honecker/Morlok/Wieland (Hrsg.) *Ev. Staatslexikon*, 2006, Sp. 1978 ff.; *Eifert*, Martin, Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.) *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. 1, 2006, S. 1237 ff. und *Voßkuhle*, Andreas, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *VVDStRL* 62 (2003), S. 268 ff.

Obwohl der EG-Vertrag nur eine Koordinierung der Wirtschaftspolitiken der Mitgliedstaaten vorsieht, obwohl die Mitgliedstaaten das Recht behalten sollen, ihre wirtschafts-, finanz- und ordnungspolitischen Vorstellungen über den Umfang der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit zu verwirklichen (Art. 295 EGV), werden die großen Bereiche der Ordnungs-, der Struktur- und der Prozesspolitik von der Europäischen Union dominiert. Als Beispiel mag die Währungsunion dienen. Von der einst stolzen Deutschen Bundesbank bleibt rechtlich gesehen folgendes: Durch das Grundgesetz ist im Wesentlichen nur noch der Bestand der Bundesbank als Institution und als Teil des Europäischen Systems der Zentralbanken gewährleistet. Die Aufgaben der nationalen Zentralbanken beschränken sich nunmehr auf die Notenausgabe und die Bankenaufsicht, auf Kunden- und Vollzugsgeschäfte. Die bisherige Rolle der Bundesbank als Haus- oder Geschäftsbank des Staates wird durch den Vertrag sogar ausdrücklich ausgeschlossen (Art. 101 EGV).¹⁵

Es steht außer Frage, dass mit der zunehmenden Integration der Finanzmärkte der Europäischen Union die nationalen Zentralbanken auch als Vermittler besonderer nationaler Interessen und Anliegen immer weniger gefragt sind.

VII. Wirtschaftsordnungsmodelle

Die Ordnung des Marktes wird in Deutschland durch ein von supranationalem Recht überlagertes nationales Recht bewirkt, dessen Ziel die soziale Marktwirtschaft ist, während das Recht der EU auf den Binnenmarkt abzielt. „Soziale Marktwirtschaft“, „Binnenmarkt“ – es handelt sich hierbei nicht nur um unterschiedliche Begrifflichkeiten, sondern auch um inhaltliche Unterschiede. Das Schwergewicht der theoretischen Beschäftigung mit der sozialen Marktwirtschaft liegt bei der Qualität der korrigierenden Eingriffe. Sie müssen marktkonform sein, d.h. sie dürfen die Preismechanik und die Selbststeuerung des Marktes nicht aufheben.¹⁶ Nach der Verfassungsordnung der Europäischen Union ist die Akzentsetzung zur Herstellung des Binnenmarktes insofern eine andere als dort deutlicher auf die wirtschaftspolitischen Ziele abgestellt wird und weniger auf die Mittel.

Angestrebt wird eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, wobei sozialpolitische, umweltpolitische und integrationspolitische Ziele mit einbezogen werden. Verkürzt gesagt kommt es zur Herstellung des Gemeinsamen Marktes auf die richtige Kom-

¹⁵ Näheres bei *Theißen*, Annette, Die Wirksamkeit des Subsidiaritätsprinzips im Europäischen System der Zentralbanken, 2005.

¹⁶ Vgl. *Starbatty*, Joachim, Ordoliberalismus, in: Issing (Hrsg.), Geschichte der Nationalökonomie, 4. Aufl., 2002, S. 262; *Schmidt*, Reiner, Wirtschaftspolitik und Verfassung, 1971, S. 66.

bination innerhalb eines Zielvierecks an, während nach der Lehre von der sozialen Marktwirtschaft der Schwerpunkt auf der Abwehr von dirigistischen Einzelmaßnahmen liegt.¹⁷

Gehen wir von der supranationalen Ebene eine höher, auf die Ebene des internationalen Rechts, begegnen wir als Wirtschaftsordnungsmodell dem *Neoliberalismus*. In ihm wird alles Unbehagen gegenüber der Moderne konzentriert. Im Kampf um begriffliche Besetzungen ist es gelungen, ihn zum Gegenteil dessen zu machen, was er ist.

Heben wir ihn aus dem Bierdunst und dem Qualm der Stammtische und blicken in die Geschichte: 1938 formierte sich der Neoliberalismus als eine internationale Gemeinschaft von Wirtschafts-, Sozialwissenschaftlern und Philosophen. Ausgangspunkt war die Schrift „The Good Society“ des Neoliberalen Walter Lippmann, die sich ausdrücklich gegen die Entwürdigung der menschlichen Person durch den Nationalsozialismus wandte. Ziel war die Bewahrung der Werte einer freien Gesellschaft, einer sogenannten Zivilgesellschaft, in welcher der Familie, aber auch der örtlichen Lebensgemeinschaft eine besondere Bedeutung zukam. Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Konzeption des Neoliberalismus wurde auch entwickelt aus der Auseinandersetzung mit dem Laissez-faire-Liberalismus eines Adam Smith. Dieser hatte nach Ansicht der Neoliberalen in der „Theory of Moral Sentiments“ und in seinem „Wealth of Nations“ die ethischen Grundlagen vernachlässigt.

Ethik, Recht und Wirtschaftsverfassung auf nationaler und internationaler Ebene standen im Vordergrund neoliberalen Gedankenguts. Angesichts des Zusammenbruchs des internationalen Handels seit 1914 bzw. 1929, des Aufkommens des Sowjetkommunismus, des Faschismus und des Nationalsozialismus versuchten die Neoliberalen eine dauerhafte Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft auf nationaler und internationaler Ebene zu gestalten. Als Beispiel mag das Vorwort Walter Euckens und Franz Böhms zum ersten Band von „ORDO, Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft“ aus dem Jahr 1948 dienen. Im Gegensatz zum sogenannten Manchester-Liberalismus wollte man nicht auf gestaltende Handelspolitik verzichten. Zwar galt der Nationalstaat als eigene kulturelle Größe; sein unmittelbares Interesse sollte aber hinter das Wohlergehen der ganzen Welt zurücktreten. Der wirtschaftliche Nationalismus und die absolute nationalstaatliche Souveränität auf wirtschaftlichem Gebiet waren mit dem Internationalismus und Kosmopolitismus der Neoliberalen unvereinbar. Die ORDO-Gruppe um Eucken, die frühen Chicago-Neoliberalen und der jün-

¹⁷ Zu den wirtschaftspolitischen Zielen der EU vgl. *Müller-Graff*, Peter-Christian, in: Dausen (Hrsg.), *Handbuch des EU Wirtschaftsrecht*, Loseblattausgabe, Stand August 2006, Bd. 1, A I, Rn. 117 ff.

gere Friedrich von Hayek betonten vor allem die Bedeutung der Wettbewerbspolitik, die das Patent- und Gesellschaftsrecht, die Währungs-, Kredit-, Steuer-, Verkehrs- und Agrarpolitik mit einbezog. Anders als ein Adam Smith (1723–1790) entwickelte man einen ganzheitlichen Ansatz, der alle Probleme der Wirtschaftspolitik und der Gesellschaftspolitik im Gesamtzusammenhang lösen wollte. Im Unterschied zum Keynesianismus sollte antizyklische Konjunkturpolitik mit der liberalen Ordnungspolitik des Staates und einer ebensolchen Außenwirtschaftspolitik verbunden werden.

Insgesamt gesehen konnten sich die neo- und ordoliberalen Prinzipien in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft in grundsätzlichen Fragen durchsetzen. Quantitativ wirken sie sich im Rahmen der weltweiten Integration und Liberalisierung des Welthandels noch stärker aus als im Bereich der regionalen Begrenzung des EU-Raumes.¹⁸ Angesichts dieser unbestreitbaren Erfolge erstaunt es, dass es zur Mode werden konnte, dem Neoliberalismus alle Fehlentwicklungen dieser Welt in die Schuhe zu schieben.¹⁹

VIII. Die Transnationalisierung

Verlassen wir die Welt der Wirtschaftsordnungsmodelle und kehren zurück in das feste Gehäuse des Rechts. Hier stockt man schon. Kann von einem festen Gehäuse noch die Rede sein, wenn sich die Identität von öffentlicher Gewalt und Staat immer mehr auflöst? Wirkt das Recht überhaupt, wenn global handelnde private Akteure ihrer eigenen Systemlogik folgen, ohne dass sie den Gemeinwohlanforderungen der Verfassungen unterworfen sind? An die Stelle nationaler Gesetzgeber sind doch inzwischen längst internationale Regelungsinstanzen wie die Welthandelsorganisation, die Weltbank oder der internationale Währungsfonds getreten.²⁰ Diese Akteure setzen ein anderes Recht, weil sie im Gegensatz zum nationalen Gesetzgeber kein Gesetzgebungsmonopol haben und weil ihnen keine staatlichen Gerichte zur Durchsetzung zur Verfügung stehen. Es sind weiche Strategien (*soft law* z.B. codes of conduct), die hier eingesetzt werden.²¹

¹⁸ Vgl. zum Ganzen Wegmann, Miléne, Früher Neoliberalismus und europäische Integration, 2002.

¹⁹ Bekenntnisse zum Neoliberalismus wie die des stellvertretenden Parteivorsitzenden der FDP Rainer Brüderle „Ich bin stolz ein Neoliberaler zu sein“ (in: Kapital 2005, Heft 9, S. 112 ff.), und die des peruanischen Schriftstellers Mario Vargas Llosa, bleiben die Ausnahme.

²⁰ Vgl. zum Ganzen Grimm, Dieter, Zur Rolle des Rechts im Prozeß der Globalisierung, Vortrag, gehalten auf dem rechtspolitischen Kongreß der Friedrich-Ebert-Stiftung in Karlsruhe am 26. April 2002, Manuskript, S. 4.

²¹ Vgl. zum Ganzen Schuppert, Staatswissenschaft (Fn. 9), 2003, S. 914.

Außer Zweifel steht, dass die Welthandelsorganisation und ihr Recht einen Markstein in der Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts darstellen. Hauptmotiv für die Schaffung war der Wunsch, „ein integriertes, funktionsfähigeres und dauerhafteres multilaterales Handelssystem zu entwickeln“ (Präambel). Das Recht dieser Welthandelsorganisation ist in Sonderabkommen geregelt, wie in dem allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen GATT, dem allgemeinen Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), dem Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte am geistigen Eigentum (TRIPS) und vielen anderen mehr.²² Mit der Regulierung eines Streitbeilegungsmechanismus im Jahr 1995 wurde ein entscheidender Schritt zur rechtlichen Etablierung getan. Durch das neue, zweistufige Verfahren ist mit dem ständigen Berufungsgremium so etwas ähnliches wie ein oberstes Gericht der Welthandelsorganisation geschaffen worden. Einseitige Interpretationen und „politische Lösungen“ sind deshalb nur noch schwer möglich, ja man kann sogar vom Beginn der Konstitutionalisierung einer Welthandelsordnung sprechen.²³

Für die Frage, welches Recht den Markt bestimmt, ist festzuhalten, dass die Welthandelsorganisation nicht nur eigenes Recht geschaffen hat, sondern bestehende Standards aus anderen internationalen Institutionen importiert und marktkorrigierende Schutzregulierungen übernimmt.²⁴

Unversehens sind wir in einen neuen Bereich geraten, in den des *transnationalen Rechts*. Wir können von einer dritten Ebene, einer Rechtsordnung sprechen, die neben staatlichem und Völkerrecht entstanden ist. Hier findet sich eine ganze Reihe von Akteuren, die auch an der Rechtsetzung beteiligt sind. Es handelt sich um Normunternehmer, die Standards formulieren, deren Einhaltung auf *freiwilliger* Basis erfolgt.²⁵ „Formulating agen-

²² Siehe die Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten, dem Mechanismus zur Überprüfung der Handelspolitik (TPRM) und weiteren Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, dem Handel mit zivilen Luftfahrzeugen, Milchprodukten und Rindfleisch; vgl. Deutsche Bundesbank (Hrsg.), Weltweite Organisationen und Gremien im Bereich von Währung und Wirtschaft, 2003, S. 153 ff.

²³ So *Nettesheim*, Martin, Von der Verhandlungsdiplomatie zur internationalen Verfassungsordnung: Überlegungen zum Entwicklungsstandard des internationalen Wirtschaftsrechts, in: Karl-Heinz Schenk u. a. (Hrsg.), Globalisierung der Weltwirtschaft, Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, 2000, S. 48 ff.

²⁴ Vgl. *Gehring*, Thomas, Schutzstandards in der WTO? Die schleichende Verknüpfung der Welthandelsordnung mit standardsetzenden internationalen Organisationen, in: Knott/Jachtenfuchs (Hrsg.), Regieren in internationalen Organisationen, 2002, S. 112.

²⁵ Vgl. *Börzel*, Tanja A./Risse, Thomas, Die Wirkung internationaler Institutionen. Von der Normanerkennung zur Normeinhaltung, in: Knott/Jachtenfuchs (Hrsg.), Regieren in internationalen Organisationen, 2003, S. 141 ff.

cies“ dagegen entwickeln *bindende* allgemeine Rechtsgrundsätze, Regeln und Standards. Zu nennen sind etwa die Haager Konferenz über die Vereinheitlichung des internationalen Privatrechts, die internationale Handelskammer (ICC) und andere Institutionen. Mit den geschaffenen Regeln wie etwa mit den „Investment Guidelines“ der Weltbank²⁶ befinden wir uns im Bereich des erwähnten *soft law*, das heißt also noch im unverbindlichen Vorfeld²⁷ der Gesetzgebung.

Insgesamt agieren auf dem Gebiet der Rechtsetzung unterschiedliche Akteure, internationale Organisationen, Nichtregierungsorganisationen, sich selbst verpflichtende transnationale Unternehmen oder private Institutionen.²⁸ Die Staaten haben also auch in ihrer Kernmaterie, der Rechtsetzung, Konkurrenz bekommen.²⁹ Die Wirkungsbedingungen und Mechanismen dieser weltweiten Problemlage werden heute unter dem Sammelbegriff der *global governance* untersucht; bislang befindet man sich hierbei aber noch weitgehend im Bereich politisch-thematischer Beliebigkeit, weniger in dem der Theoriebildung.³⁰

IX. Schluss

Das Recht ordnet den Markt – welches Recht? Sind es die großen transnationalen Unternehmen oder allgemeiner noch, ist es eine entfesselte globale Wirtschaft mit einer unbändigen Eigendynamik, welche inzwischen die Politik entmachtet haben?

Wir sollten nüchtern feststellen: auch heute noch sind die Staaten wichtige Akteure des internationalen Systems neben den internationalen Organisationen, Nichtregierungsorganisationen und multinationalen Unternehmen. Gewiss hat der Staat inzwischen erhebliche Souveränitätseinbußen in Kauf nehmen müssen. Er hat aber andererseits als offener Verfassungsstaat durch zwischenstaatliche Kooperation auch Handlungsspielräume hinzugewonnen. Der Prozess der Privatisierung der Rechtserzeugung, der Entterritorialisierung der Rechtssetzung sowie der Rechtsangleichung und Rechtsvereinheit-

²⁶ Zum Ganzen *Berger*, Kodifizierung (Fn. 4).

²⁷ Zu den Legitimationsproblemen vgl. *Bauer*, Hartmut, Internationalisierung des Wirtschaftsrechts: Herausforderung für die Demokratie, in: *Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle* (Hrsg.), *Umwelt, Wirtschaft und Recht*, 2002, S. 69 ff.

²⁸ Vgl. zum Ganzen *Schuppert*, Staatswissenschaft (Fn. 9), S. 914.

²⁹ Zur Governance ohne Government vgl. *Rosenau*, James N., Governance, Order and Change in Worlds Politics, in: *ders./Czempiel*, *Governance without Government: Order and Change in World Politics*, 1992, S. 1 ff.

³⁰ Vgl. etwa Deutscher Bundestag, Schlussbericht der Enquete-Kommission Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten, BT-Drucks. 14/9200. Der Bericht spricht vom Klimaschutz bis zur organisierten Kriminalität alle großen Probleme dieser Welt an.

lichung zeigen, dass wir uns auf dem Weg einer Konstitutionalisierung außerhalb der Staaten befinden. Beobachtungen, wonach, weltweit gesehen, das Rechtsprinzip (rule of law) zunehmend das demokratische Prinzip dominiert,³¹ scheinen richtig zu sein. Wenn es drei Prinzipien sind, die das 21. Jahrhundert regieren, – das Recht, die Marktwirtschaft und die nationalen Kulturen,³² dann wird die abschließende Bemerkung wichtig: die Erfolge des nationalen, des rechtsstaatlichen und des marktwirtschaftlichen Prinzips beruhen darauf, dass sie Mechanismen des kollektiven Lernens sind. Nicht mit festgelegten Lösungen, sondern mit Alternativen lenken sie die Gesellschaft in die Welt hinein. Am Markt wird ein Angebot an Gütern, Kapital oder Arbeit von den Wirtschaftsbürgern versuchsweise konzipiert, angenommen oder verworfen und daraufhin verändert. Das Recht ist hierbei unverzichtbar. Entscheidend hierbei ist die Bewahrung von dessen Grundstruktur. Es kommt aber nicht darauf an, woher dieses Recht stammt. Seine Wirksamkeit gründet sich vor allem in den kollektiven Gefühlen. Sie sind es, welche die Stabilität allen sozialen Lebens und damit der Gesellschaft und deren Markt ausmachen. Man könnte sogar noch einen Schritt weitergehen und wie der Philosoph Richard Rorty pragmatisch feststellen, dass die Gefühlsbindung an das eigen Land notwendig ist, wenn das politische Denken fantasievoll und fruchtbar sein soll. Aber das gehört eigentlich nicht mehr hierher.

³¹ Vgl. *Zürn*, Zukunft des Nationalstaates (Fn. 7), FAZ Nr. 165 v. 19.7.2005, S. 8.

³² Vgl. *Hondrich*, Karl Otto, Ausblick auf das 21. Jahrhundert, NZZ Nr. 16 v. 20./21. Januar 2001, S. 49.