

Rechtspolitisches Forum

Legal Policy Forum

44

Matthias Ruffert

Staat und Kapital

Verfassungsrechtliche Überlegungen
zur Finanzmarktkrise

Das Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier hat die wissenschaftliche Forschung und Beratung auf Gebieten der Rechtspolitik sowie die systematische Erfassung wesentlicher rechtspolitischer Themen im In- und Ausland zur Aufgabe. Es wurde im Januar 2000 gegründet.

Das *Rechtspolitische Forum* veröffentlicht Ansätze und Ergebnisse national wie international orientierter rechtspolitischer Forschung und mag als Quelle für weitere Anregungen und Entwicklungen auf diesem Gebiet dienen. Die in den Beiträgen enthaltenen Darstellungen und Ansichten sind solche des Verfassers und entsprechen nicht notwendig Ansichten des Instituts für Rechtspolitik.

Vor dem Hintergrund der im Herbst 2008 begonnenen Finanzmarktkrise beschäftigt der Beitrag sich mit der verfassungsrechtlichen Betrachtung der im Zuge dessen ergriffenen politischen Maßnahmen. Er beleuchtet kritisch das Verhältnis von Staat und Kapital, gegliedert nach Funktionen des Staates als Garant des Kapitals, als Regelungsinstanz internationaler Kapitalströme und als Wirtschaftssubjekt aufgearbeitet. Dabei wird sowohl das Europäische Verfassungsrecht als auch das Völkerrecht als Verfassungsrecht der Internationalen Gemeinschaft in die Überlegungen einbezogen. Der Autor problematisiert die begrenzte Steuerungskraft der Verfassungsrechtswissenschaft im Zusammenhang mit der Finanzmarktkrise, fordert aber von dieser, dass sie innerhalb ihrer Möglichkeiten zur Gefahrenabwehr handelt. Außerdem müsse sie verhindern, dass aufgrund der Finanzmarktkrise entstandene Schäden im deutschen und europäischen Verfassungsrecht verbleiben.

Prof. Dr. Matthias Ruffert, Jahrgang 1966, ist seit 2002 Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht und Völkerrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena. Er promovierte 1996 (Subjektive Rechte im Umweltrecht der Europäischen Gemeinschaft) und habilitierte sich 2000 (Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts) bei Prof. Dr. Meinhard Schröder in Trier. Er war im Frühjahr 2006 Gastprofessor in Paris und ist seit Mai 2006 zudem Richter am Thüringer Oberverwaltungsgericht im Nebenamt. Außerdem ist er Mitglied des von Prof. Dr. Christoph Ohler geleiteten Graduiertenkollegs „Konstitutionelle Grundlagen globalisierter Finanzmärkte Stabilität und Wandel“ (Global Financial Markets) an der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

STAAT UND KAPITAL

VERFASSUNGSRECHTLICHE ÜBERLEGUNGEN ZUR FINANZMARKTKRISE*

MATTHIAS RUFFERT

Friedrich-Schiller-Universität Jena

- I. Das Schweigen des Verfassungsrechts
- II. Der Staat als Garant des Kapitals
 1. Staat, Geld und Währung
 2. Staat und Bankensystem
 - a) Einlagensicherung nach bisherigem Recht
 - b) Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz 2008
 - c) Aufsicht und Garantie: Verfassungsrechtliche Bewertung
 - aa) Verfassungsrechtliche Irrelevanz der Garantie aller Einlagen durch die Bundesregierung
 - bb) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Regelung des FMStG
 - cc) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Regelung des FMStG
 - (1) „Schuldenbremse“
 - (2) Bundesstaatliche Konnexität
 - (3) Konkurrenzschutz und Gleichheitssatz
 3. Verfassungsrechtliche Konsequenzen
- III. Der Staat als Regelungsinstanz internationaler Kapitalströme
 1. Völkerrechtliche Ausgangslage
 2. Europarechtliche Liberalisierung
 3. Verstaatlichung aus dem Ausland
 4. Verfassungsrechtliche Konsequenzen
- IV. Der Staat als Wirtschaftssubjekt
 1. Industriepolitik als strategische Wirtschaftslenkung
 2. Von der Industriepolitik zur Wirtschaftsregierung
 3. Nationale „Rettungsaktionen“
 4. Der Staat als besseres Wirtschaftssubjekt?
 5. Verfassungsrechtliche Konsequenzen
- V. Ausblick

* Überarbeitete Version des Vortrags vom 4. Dezember 2008 in Trier.

I. Das Schweigen des Verfassungsrechts

Die schrillen Töne sind unüberhörbar. In den Leitartikeln der großen Tageszeitungen wird der Abgesang auf den Kapitalismus angestimmt, das Ende der Ära sozialer Marktwirtschaft eingeläutet und der Vergleich mit dem Zusammenbruch des Kommunismus um 1989 gezogen¹. Wenn schon nicht der Kapitalismus oder die soziale Marktwirtschaft am Ende sein sollen, dann schon wenigstens der vielfach als Feindbild aufgebaute „Neoliberalismus“². Alle Erwartungen richten sich in der Krise auf den Staat, und die Politik bleibt ihre Antwort nicht schuldig:

Bundeskanzlerin und Bundesfinanzminister verkünden in mehreren Anläufen Rettungsmaßnahmen und bringen zur vorläufigen Marktberuhigung das Finanzmarktstabilisierungsgesetz³ auf den Weg. Es folgen der Erwerb von Anteilen an Geschäftsbanken durch den Bund, die Diskussion um die Enteignung von Bankaktionären⁴ und die Debatte um eine „Bad Bank“. Auch jenseits der Bundespolitik sind die Signale eindeutig. Die französische Ratspräsidentschaft koordiniert die europäischen Bemühungen auf der Tagung des Europäischen Rates, die eigentlich für die Verhandlung über den Fortgang des Reformprozesses vorgese-

1 Frank Schirrmacher, „Was wird morgen sein?“, FAZ Nr. 238 vom 11.10.2008, S. 1.

2 Die Begriffsverwendung ist mindestens unscharf, eher noch falsch. Die Neoliberalen (in Fortsetzung der liberalen Klassiker seit *Adam Smith*; gebräuchlicher ist der Begriff Ordoliberalen) sind eine Gruppe von Wissenschaftlern unter Führung des 1891 in Jena geborenen Ökonomen *Walter Eucken*, die in der sog. Freiburger Schule schon vor dem Zweiten Weltkrieg beginnend eine freiheitliche Wirtschaftsordnung der diktatorischen Kommandowirtschaft gegenübergestellt und die europäische Wirtschaftsverfassung geprägt haben. S. nur die kritische Würdigung bei *Christian Joerges*, Macht Europa seiner Wirtschaftsverfassung den Prozess? – Ein melancholischer Rückblick, in: *Gert Brüggemeier* (Hrsg.), *Liber Amicorum Eike Schmidt*, 2005, S. 187 (192 ff.).

3 Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsgesetz – FMStG) vom 17.10.2008, BGBl. I S. 1982.

4 S. dazu den Entwurf für ein Gesetz zur weiteren Stabilisierung des Finanzmarktes (Finanzmarktstabilisierungsergänzungsgesetz – FMStErgG), abrufbar unter: http://www.bundesfinanzministerium.de/nn_4328/DE/BMF__Startseite/Aktuelles/Aktuelle__Gesetze/Gesetzesentwuerfe__Arbeitsfassungen/entw__Finanzmarktstabilisierungsergaenzungsgesetz__anl,templateId=raw,property=publicationFile.pdf.

hen war⁵. In den USA wird *Barack Obama* auch deswegen zum Präsidenten gewählt, weil er staatliche Interventionen in die Finanzmärkte nachhaltig befürwortet und ihm die Kompetenz zugeschrieben wird, dadurch eine Stabilisierung des Finanzsystems zu erreichen. Auf internationaler Ebene sollen sich die G 20 gegen die Krisenerscheinung stemmen, und der IWF wird aktiv⁶. Damit nicht genug. Als wenige Wochen nach der Schieflage des Finanzsystems verschiedene Industriezweige von Krisenerscheinungen geplagt werden, ist es wiederum der Ruf nach staatlichem Zugriff, der zuerst erschallt – und mittlerweile in gigantische ausgabenwirksame und kostenintensive Konjunkturpakete im In- und Ausland gemündet ist⁷.

Noch beeindruckender als Versprechen und Aktionismus in Wahlkampfzeiten sind vielleicht die Signale aus der Wirtschaft selbst. Der Ruf nach staatlichen Garantien, ja sogar die Forderung nach Verstaatlichung, verlieren ihren Hautgout – Sozialisierung als politische Option in der Marktwirtschaft statt als Drohkulisse linksradikaler Umstürzbewegungen⁸! Vertreter der Wirtschaft, die sich den neuen Sprachregelungen verschließen, haben keine Chance, in der öffentlichen Diskussion mit sachlichen Gegenargumenten durchzudringen.

In der gesamten Diskussion ist die Verfassungsrechtswissenschaft bisher stumm geblieben. Angesichts der gewaltigen Umwälzungen im Finanzsektor, angesichts der staatstheoretischen und verfassungspraktischen Folgen der diskutierten Forderungen und Maß-

5 Schlußfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates in Brüssel, 16.10.2008 (abrufbar unter http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/de/ec/103446.pdf).

6 S. die Zusammenfassung der Aktivitäten auf <http://www.imf.org/external/np/exr/key/finstab.htm>.

7 S. das Maßnahmenpaket der Bundesregierung vom 5.12.2008 – Konjunkturpaket I (Inhalt abrufbar unter: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/W/wachstumspaket-breg-november-08,property=pdf,bereich=bmwi,sprache=de,rwb=true.pdf>) sowie das Konjunkturpaket II (<http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/117/1611740.pdf>). Der „Emergency Economic Stabilization Act of 2008“ aus den USA ist abrufbar unter: <http://thomas.loc.gov/cgi-bin/query/C?c110:./temp/~c110JuX3On>. Zu den Unterstützungsmaßnahmen der amerikanischen Regierung für die Autoindustrie s.a. <http://www.whitehouse.gov/agenda/economy/>.

8 S. nur *Bundesamt für Verfassungsschutz*, Verfassungsschutzbericht 2007, 2008, S. 152 ff.

nahmen – z. B. Begrenzung des ökonomischen Spielraums bestimmter Unternehmen bis hin zu Verstaatlichung – und vor allem angesichts der Reichweite der politischen Maßnahmen – in Deutschland immerhin eine Garantieermächtigung des Bundes in Höhe des 1,4-fachen Bundeshauhalts – wäre die heftige Reaktion der Staatsrechtslehre zu erwarten gewesen, die sonst über Fragestellungen erhitzte Debatten führt, die gegenüber den beschriebenen Entwicklungen als *Petitessen* erscheinen⁹. Man mag für diese Zurückhaltung Gründe suchen und finden. In der Bankenkrise geht es etwa um das nur von wenigen Spezialisten im Verfassungsrecht bearbeitete Finanz- und Währungsrecht. Ferner ist es gerade der Kern der Globalisierung, daß dem Öffentlichen Recht der Zugriff auf die Gestaltung grenzüberschreitender Sachverhalte entzogen wird¹⁰, und schließlich ist es begrüßenswert, wenn sich wenigstens ein Wissenschaftszweig nicht in der Beschwörung einer angeblich nie dagewesenen Dramatik und in aktivistischer Rhetorik verliert. Im folgenden Beitrag soll es daher nicht um mehr gehen als um die Aufarbeitung einiger verfassungsrechtlicher Grunddaten im Verhältnis Staat und Kapital, gegliedert nach den Funktionen des Staates als Garant des Kapitals (II.), als Regelungsinstanz internationaler Kapitalströme (III.) und als Wirtschaftssubjekt (IV.). Dabei wird ein weites Verständnis vom Verfassungsrecht zugrundegelegt. Ausgehend von neueren Perspektiven der Verfassungsrechtslehre werden das Europäische Verfassungsrecht einbezogen und Querverbindungen zum Völkerrecht als Verfassungsrecht der Internationalen Gemeinschaft hergestellt.

II. *Der Staat als Garant des Kapitals*

1. *Staat, Geld und Währung*

Auf dem Höhepunkt der Finanzmarktkrise – und wer weiß schon, wann sie zu Ende ist – kam verbreitete Furcht vor dem Verlust der

⁹ Erinnert sei nur an die „Fußnotendebatte“ um den Kandidaten für das Amt des BVerfG-Vizepräsidenten im Winter 2007/2008 oder an die – ältere – Diskussion um BVerfGE 93, 266.

¹⁰ Vgl. *Matthias Ruffert*, Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht, 2004, S. 19.

Guthaben auf den Girokonten und der Ersparnisse oder gar vor der Zerstörung der privaten Altersversorgung auf. Hinzu gesellte sich teilweise auch die Sorge um den Geldwert, die Angst vor einer in Deutschland besonders gefürchteten Geldentwertung wie in den 1920er und 1940er Jahren. Über weite Strecken mag es sich hier um dramatisierende Übertreibungen handeln. Völlig abwegig sind die Befürchtungen nicht. Wer Einlagen bei den Lehman Brothers Inc. hatte oder sonst über komplizierte Zertifikatskonstrukte Gläubiger dieser Bank war, konnte nicht sicher sein, von seinem Geld wieder etwas zu sehen, wie es eben bei der Insolvenz des Schuldners üblich ist. Auch der Verlust des Wertes einer Währung läßt sich in der Krise beobachten, wenn auch nicht in der Euro-Zone oder im Dollar-Raum: Die isländische Krone ist als Zahlungsmittel praktisch inexistent geworden, und auch andere Währungen befinden sich in massiven Schwierigkeiten¹¹.

Was hier die Garantiefunktion des Staates betrifft, so hat sich ein ökonomisches und letztlich auch verfassungsrechtliches Mißverständnis etabliert: Der Staat als hoheitlicher Emittent garantiert nicht für den Wert des Geldes¹². Das Geld wird zwar aus verschiedenen funktionalen Gründen vom Staat emittiert, doch ist es nicht bzw. seit langem nicht mehr durch staatliche Gold- oder Devisenreserven gesichert. Die Ökonomie spricht vom „ungedeckten Vertrauensgeld“¹³, und auch aus verfassungsrechtlicher Sicht gibt es keinen Anlaß für die gegenteilige Annahme. Das europäische Verfassungsrecht überantwortet dem Europäischen System der Zentralbanken (ESZB) zwar in Art. 105 Abs. 2 EGV die Verwaltung der Währungsreserven der Mitgliedstaaten, doch dienen diese Reserven nicht der Absicherung des Euro¹⁴, und auch Art. 106 EGV, die Vorschrift über die Ausgabe der Euro-Bank-

11 Speziell zur Situation in Island *Jón Baldvin Hannibalsson*, *The International Financial Crisis: The Case of Iceland – Are there Lessons to be Learnt*, in: *Working Papers on Global Financial Markets*, No. 3.

12 Instruktiv zur allg. M. (m.w.N.) *Christoph Ohler*, *Die hoheitlichen Grundlagen der Geldordnung*, JZ 2008, S. 317 (319).

13 *Wolfgang Gebauer*, *Geld und Währung*, 2. Aufl. 2004, S. 27.

14 *S. Christian Kroppenstedt*, in: *Hans von der Groeben/Jürgen Schwarze* (Hrsg.), *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Aufl. 2003, Art. 30 ESZB-Satzung, Rn. 2. Knapp *Ralph Anderegg*, *Grundzüge der Geldtheorie und Geldpolitik*, 2007, S. 333.

noten und Münzen, ist eine reine Kompetenznorm ohne Funktion der Sicherung des Geldwertes¹⁵. Auch das Grundgesetz enthielt vor der Einführung der Gemeinschaftswährung keine entsprechenden Vorschriften; heute ist dies wegen der Kompetenzübertragung auf die EG ohnehin nicht mehr möglich¹⁶.

Was das ESZB allerdings kraft verfassungsrechtlicher Anordnung leisten muß, ist die Sicherung der Preisstabilität. Dieses Ziel ist in Art. 4 Abs. 2 und Art. 105 Abs. 2 EGV im geltenden Recht als vorrangiges festgeschrieben¹⁷. Nach einigen Debatten im Verfassungsgebungsprozeß soll diese Zielsetzung auch in den Zielbestimmungen des EUV in der Fassung von Lissabon sowie in den dortigen Bestimmungen zum ESZB erhalten bleiben¹⁸. Das europäische Verfassungsrecht stellt der EZB eine Reihe von Instrumenten zur Zielerreichung zur Verfügung, namentlich die Offenmarktpolitik zur rechtsgeschäftlichen Einwirkung auf die Finanzmärkte¹⁹ sowie in diesem Rahmen – am bekanntesten – die Festsetzung des Leitzinses gemäß Art. 12.1 EZB-Satzung²⁰. Sicherung der Preisstabilität bedeutet in erster Linie Inflationsbekämpfung, kann aber auch als Ziel zur Vermeidung deflationärer Tendenzen verstanden werden²¹. In der gegenwärtigen Krise spricht jedenfalls alles dafür, daß die EZB bzw. das ESZB die verfassungsrechtlichen Aufgaben wahrgenommen hat. Die Entwicklung in Staaten wie Island mag für den Moment als empirischer Beleg für den Erfolg der Maßnahmen herangezogen werden, wenn auch die Möglichkeiten von Zentralbanken und damit der EZB in der Krise nicht unbegrenzt sind²².

15 S. Ulrich Häde, in: *Christian Calliess/Matthias Ruffert* (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. 2007, Art. 106 EGV, Rn. 1 ff.

16 S. nur Helmut Siekmann, in: *Michael Sachs* (Hrsg.), GG, 5. Aufl. 2009, Art. 88, Rn. 18 ff.

17 Zur grundgesetzlichen Seite *Christian Waldhoff*, Verfassungsrechtliche Funktion und Schutz des Geldes unter dem Grundgesetz, in: *Gerhard Lingelbach* (Hrsg.), Staatsfinanzen – Staatsverschuldung – Staatsbankrotte in der europäischen Staaten- und Rechtsgeschichte, 2000, S. 335 (346 ff.).

18 Zur Kontroverse *Ulrich Häde*, in: *Christian Calliess/Matthias Ruffert* (Hrsg.), VerfEU, 2006, Art. I-30, Rn. 19 ff.

19 *Ohler* (Fn. 12), S. 323.

20 *Häde* (Fn. 15), Rn. 25.

21 *Ohler* (Fn. 12), S. 323.

22 S. wiederum *Ohler* (Fn. 12), S. 323 f.

2. Staat und Bankensystem

a) Einlagensicherung nach bisherigem Recht

Daß auch die Furcht vor dem Verlust von Einlagen bei Banken nicht völlig unbegründet ist, haben ebenfalls die Erfahrungen des Herbstes gezeigt. Ohne Inanspruchnahme von Garantieeinrichtungen wären viele Gläubiger grundsätzlich auf die Insolvenzquote verwiesen worden. Im kleineren Maßstab gibt es in Deutschland eine leidvolle Erfahrung aus den 1970er Jahren, den Zusammenbruch der Herstatt-Bank nach dem Scheitern hochriskanter und kaum kontrollierter Spekulationen ihrer Devisenabteilung²³. Konsequenz dieses Zusammenbruchs war die Errichtung von Einlagensicherungsfonds der Bankenverbände gewissermaßen im Wege regulierter Selbstregulierung²⁴. Die verschiedenen Fonds des Bundesverbandes deutscher Banken, des Bundesverbandes Öffentlicher Banken Deutschlands, des Bundesverbandes der Deutschen Volksbanken und Raiffeisenbanken (BVR), des Bauspar-kassen-Einlagensicherungsfonds e.V. sowie der gestufte Sicherungsfonds der Sparkassen treten auf vertraglicher Basis im Fall der Insolvenz einer Bank für diese bis zur Höhe eines Betrages von 30 % des Eigenkapitals der Bank ein. Auf gemeinschaftsrechtlicher Grundlage²⁵ gibt es zudem seit 1998 den Schutzmechanismus des Einlagensicherungs- und Anlegerentschädigungsgesetzes, wonach kraft gesetzlicher Verpflichtung bei der Kreditanstalt für Wiederaufbau oder selbständig Entschädigungseinrichtungen eingerichtet werden, durch die Einlagen bei allen Banken, also auch denen außerhalb der verbandlichen Einlagensicherungsfonds, bis zur Höhe von 90 % der Einlage und maximal EUR 20.000,00 über einen gesetzlichen Anspruch gegen die je-

23 Zum Sachverhalt *Alexander G. Aulibauer*, Herstatt-Krise, in: Knapps Enzyklopädisches Lexikon für das Geld-, Bank- und Börsenwesen, 4. Aufl. 1999, S. 880.

24 S. die Darstellung bei *Edgar Habscheid*, Staatshaftung für fehlsame Bankenaufsicht, 1988, S. 53 ff.

25 Richtlinie 94/19/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 1994 über Einlagensicherungssysteme, ABl. EG Nr. L 135/5; Richtlinie 97/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. März 1997 über Systeme für die Entschädigung der Anleger, ABl. EG Nr. L 84/22.

weilige Entschädigungseinrichtung gesichert sind²⁶. Für die Lehman Brothers ist beispielsweise der Entschädigungsfall nach der gesetzlichen Regelung festgestellt, und auch der Einlagensicherungsfonds des Bundesverbandes deutscher Banken ist aktiv geworden²⁷. Im Rahmen der Bestimmungen dieser Fonds kommt es also nicht zu Ausfällen für die Bankkunden, doch fallen viele der von diesem Bankhaus begebenen Papiere (Zertifikate) nicht darunter²⁸.

b) *Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz 2008*

Entschädigungseinrichtungen und Einlagensicherungsfonds sind allerdings dann keine hinreichenden Sicherungsmechanismen mehr, wenn ihr Kapital nicht ausreicht bzw. nicht ausreichen kann, weil nicht nur eine einzelne Bank zusammenbricht, sondern eine ganze Bankengruppe oder gar der gesamte Bankensektor. Dieses Bedrohungsszenario hat im Herbst dazu geführt, daß die Bundesregierung am 5. Oktober 2008 zunächst eine Garantieerklärung für sämtliche Einlagen in Deutschland abgegeben²⁹ und sodann im Gesetz zur Umsetzung eines Maßnahmenpakets zur Stabilisierung des Finanzmarktes (FMStG) vom 17. Oktober 2008 eine gesetzliche Grundlage für die Garantie geschaffen hat³⁰.

Im Kern geht es im FMStG, einem Artikelgesetz, um die Gründung des Finanzmarktstabilisierungsfonds FMS zur Stabilisierung des Finanzmarktes im Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetz

26 BGBl. I S. 1842.

27 Pressemitteilung der BAFin vom 28.10.2008; s. auch <http://www.edb-banken.de/lehman-brothers-bankhaus.asp>.

28 *Felix Podewils/Dennis Reisich*, Haftung für „Schrott“-Zertifikate? – Aufklärungs- und Beratungspflichten nach BGB und WpHG beim Erwerb von Zertifikaten, NJW 2009, S. 116 (117).

29 Stenographische Mitschrift der gemeinsamen Pressekonferenz der Bundeskanzlerin und des Bundesfinanzministers ist abrufbar unter: http://www.bundeskanzlerin.de/nn_179150/Content/DE/Mitschrift/Pressekonferenzen/2008/10/2008-hypo-real-estate-pk.html.

30 S.o. Fn. 3. Zum Überblick *Norbert Horn*, Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz und das Risikomanagement zur globalen Finanzkrise, BKR 2008, S. 452; *Wolfgang Ewer/Alexander Behnsen*, Der Finanzmarktstabilisierungsfonds – Herzschrittmacher bei drohendem Kollaps der Finanzmärkte, NJW 2008, S. 3457; *Gerald Spindler*, Finanzkrise und Gesetzgeber - Das Finanzmarktstabilisierungsgesetz, DStR 2008, S. 2268.

(FMStFG)³¹. Der FMS – eine andere gebräuchliche Abkürzung lautet Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung (SoFFin) wird durch die Finanzmarktstabilisierungsanstalt FMSA bei der Deutschen Bundesbank geführt (§ 3a Abs. 1 FMStFG)³². Entscheidungen über die einzelnen Stabilisierungsmaßnahmen trifft das Bundesministerium, ggf. sogar ein interministerieller Ausschuß (Lenkungsausschuß, § 4 Abs. 1 FMStFG). Finanzieller Kern ist eine Garantiermächtigung an das Bundesfinanzministerium bis zur Höhe von EUR 400 Milliarden (§ 6 Abs. 1 FMStFG). Daneben treten die Möglichkeit der Rekapitalisierung von Unternehmen des Finanzsektors sowie die Übernahme von (schlechten) Risiken. Finanziert wird der Fonds über eine Kreditermächtigung an das BMF (§ 6 Abs. 1 FMStFG). Einzelheiten, insbesondere die Bedingungen für Rettungsmaßnahmen des Fonds, sind in einer begleitenden Rechtsverordnung geregelt³³. Bisher haben die Commerzbank, die HSH Nordbank, die Bayerische Landesbank, die IKB sowie die Aareal Bank durch den FMS garantierte Wertpapieremissionen und Rekapitalisierungen in Anspruch genommen³⁴.

c) Aufsicht und Garantie: Verfassungsrechtliche Bewertung

aa) Verfassungsrechtliche Irrelevanz der Garantie aller Einlagen durch die Bundesregierung

Bei der verfassungsrechtlichen Bewertung der staatlichen Aktivitäten zur Stabilisierung der Finanzmärkte ist zunächst die verfassungsrechtliche Irrelevanz der Garantieerklärung der Bundesregierung vom 5. Oktober 2008 festzustellen³⁵. Sie ist allein politischer Natur, liegt nicht einmal in Schriftform vor und ist nicht klag-

31 Art. 1 des FMStG.

32 Homepage: www.soffin.de.

33 Verordnung zur Durchführung des Finanzmarktstabilisierungsfondsgesetzes (Finanzmarktstabilisierungsfonds-Verordnung – FMStFV), BGBl. I S. 1982 (Die FMStFV ist abrufbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/fmstfv/BJNR612300008.html>).

34 Quelle: http://www.soffin.de/leistungen_garantien.php?sub=3. Zur stillen Einlage des Sonderfonds Finanzmarktstabilisierung bei der Aareal Bank s. FAZ Nr. 39 vom 16.2.2009, S. 11.

35 S.o. b).

bar. Eine derartige Belastung des Bundeshaushalts ohne gesetzliche Regelung – und wenn auch nur in Form eines Haushaltstitels im Haushaltsplan als Gesetz im bloß formellen Sinn – ist nicht möglich³⁶.

bb) Verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Regelung des FMStG

Die Ableitung einer staatlichen Pflicht zur Sicherung des Bankensystems oder gar des Wirtschaftssystems insgesamt stößt auf erhebliche Schwierigkeiten. Der zentrale Grund hierfür besteht darin, daß auch verfassungsrechtliche Bestimmungen den Staat nicht auf Unmögliches verpflichten können. Es mag in der Öffentlichkeit Vertrauen schaffen, wenn die Bundesregierung alle Spareinlagen öffentlich garantiert oder durch besondere gesetzliche Regelungen die „Rettung systemischer Banken“ bewirkt. Ob man es wahrhaben will oder nicht – den Zusammenbruch des gesamten Bankensystems einschließlich seiner negativen Folgen für realwirtschaftliche Abläufe, für Güter- und vor allem Arbeitsmärkte, kann auch der stärkste Staat nicht verhindern.

Dieses unterschwellige Wissen um die Leistungsgrenzen staatlicher Möglichkeiten liegt auch dem durchweg weiten Prognose- und Entscheidungsspielraum zugrunde, den alle einschlägig verpflichtenden Verfassungsnormen dem Gesetzgeber im wirtschaftspolitischen Bereich einräumen. Dies gilt schon für die sozialpolitische Pflicht zur Sicherung des Bankensektors, denn das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 Satz 1 GG) ist hinsichtlich der zu treffenden Maßnahmen offen³⁷. Völlige Inaktivität des Staates könnte verfassungswidrig sein; wie der Gesetzgeber aber seiner Pflicht zur Absicherung kriseninduzierter sozialer Risiken nachkommt, ist nicht verfassungsrechtlich determiniert³⁸. Argumentierte man auf der Ebene der grundrechtlichen Schutzpflich-

36 Zum historischen Hintergrund im preußischen Budgetkonflikt und der Lehre *Paul Labands* s. nur *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band II, 1980, § 49 III 1.

37 St. Rspr.: BVerfGE 1, 97 (105); 8, 274 (329); 22, 180 (204); 36, 73 (84); 50, 57 (108); 65, 182 (193); 75, 348 (359 f.); 82, 60 (80); 97, 169 (185).

38 S. nur *Rolf Gröschner*, in: *Horst Dreier* (Hrsg.), GG II, 2. Aufl. 2006, Art. 20 (Sozialstaatsprinzip), Rn. 32.

ten, der Staat müsse zur Sicherung grundrechtlicher Positionen der Bürger eingreifen und Schaden für die grundrechtlichen Schutzgüter, hier ein weit verstandenes verfassungsrechtliches Eigentum i.S.v. Art. 14 Abs. 1 GG, abwenden, ist ein vergleichbares Ergebnis vorhersehbar, weil auch hier die Einschätzungs- und Gestaltungsprärogative des Gesetzgebers allgemein anerkannt ist³⁹.

Eine völlige Freizeichnung von staatlicher Verantwortung kann hieraus allerdings nicht folgen. Eine staatliche Verantwortung begründendes Handeln läßt sich in zweierlei Hinsicht identifizieren: Erstens werden Bürger durch staatliche Regelungen und politische Anreize veranlaßt, ihre Altersvorsorge zumindest partiell mit Hilfe kapitalmarktorientierter Produkte zu organisieren⁴⁰. Der offensichtliche Bankrott des auf einen „Generationenvertrag“ gestützten staatlichen Rentenversicherungssystems⁴¹ läßt hierzu auch keine Alternative. Anreizregelungen zur kapitalgedeckten Altersvorsorge indizieren eine sozialstaatliche, verfassungsrechtliche Verantwortung⁴².

Zweitens und vor allem wird die grundrechtliche Schutzpflicht gleichsam im Sinne einer Ingerenzhaftung aktiviert. Die Finanzmarktkrise ist auch infolge von Aufsichtsmängeln entstanden. Diese Mängel lagen zwar zunächst in den Vereinigten Staaten, doch ist es verblüffend, welche Geschäfte, die ohne Zugriff der Aufsicht auch in Deutschland getätigt werden konnten, in der Krise zutage traten⁴³. Die Annahme, hier sei das grundgesetzlich vorgeschriebene Untermaß des gesetzlichen Schutzes nicht erreicht (sog. Un-

39 Statt vieler *Christian Calliess*, Schutzpflichten, in: *Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier* (Hrsg.), *Handbuch der Grundrechte*, Band II, 2006, § 44, Rn. 6 m.w.N.

40 Zur sog. „Riester-Rente“ s. *Franz Ruland*, Rentenversicherung, in: *Bernd von Maydell/ders./Ulrich Becker* (Hrsg.), *Sozialrechtshandbuch*, 4. Aufl. 2008, § 17, Rn. 221 ff.

41 Der Bundeszuschuß beträgt durchweg bereits ca. ¼ (Quelle: *Deutsche Rentenversicherung Bund* (Hrsg.), *Rentenversicherung in Zahlen 2008*, Berlin 2008 (Onlinepublikation: http://www.deutsche-rentenversicherung-bund.de/nn_15142/Share-Docs/de/Inhalt/04__Formulare__Publikationen/03__publikationen/Statistiken/Broschueren/rv_in_zahlen_2008__pdf,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/rv_in_zahlen_2008__pdf).

42 Diese Überlegungen gehen auf die Diskussion nach dem Vortrag in Trier zurück.

43 Differenzierend – auch zu den Versuchen der Bundesregierung – die Mängel zu beheben *Horn* (Fn. 30), S. 456 f.

termaßverbot⁴⁴), ist nicht abwegig. Durch die Regelung in § 4 Abs. 4 FinDAG⁴⁵ soll die Aufsichtspflicht der BAFin nicht dritt-schützend und im Einzelfall haftungsauslösend sein. Der Gesetzgeber hat mit dem seinerzeitigen § 6 Abs. 2 KWG, der Vorläufer-norm des § 4 Abs. 4 FinDAG, auf die BGH-Rechtsprechung rea-giert, die eine Haftung wegen Aufsichtsversagen im Anschluß an den Herstatt-Skandal vorsah⁴⁶. Wenn es schon unter dem Ge-sichtspunkt *impossibillium nulla obligatio*⁴⁷ keinen sozialstaatlichen oder grundrechtlichen Anspruch auf „Systemrettung“ geben kann, dann doch zumindest einen haftungsbewehrten Anspruch auf ef-fektive Aufsicht. Ökonomische Unmöglichkeiten lassen sich durch Haftungsschranken und -begrenzungen ausgleichen; der völlige Haftungsausschluß verletzt das Untermaßverbot⁴⁸.

44 S. nur *Calliess* (Fn. 39), Rn. 6.

45 Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz vom 22.4.2002 (BGBl. I S. 1310), zuletzt geändert durch Art. 28 des Gesetzes vom 19.12.2008 (BGBl. I S. 2794).

46 BGHZ 71, 144 (152 f.). S. dazu die Regierungsbegründung zu § 6 II KWG, BT Drs. 10/1441, S. 20, und die prägnante Darstellung bei *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl. 2009, § 26, Rn. 22 m.w.N.

47 Cels. D. 50,17,185, zitiert nach *Heinrich Honsell/Theo Mayer-Maly/Walter Selb*, Römisches Recht, 4. Aufl. 1987, S. 244 f. Kritisch die Formulierung bei *Thomas von Danwitz*, Anmerkung, JZ 2005, S. 729 (730): „... Eindruck einer dogmatisch auf das Trefflichste verbrämten, im Ergebnis aber um so eindeuti-ger ausfallenden Kapitulation vor den ungeklärten finanziellen Auswirkungen einer Staatshaftung im Bereich des Kreditwesens für die Staatsfinanzen.“

48 Ähnlich schon *Gert Nicolaysen*, Keine Staatshaftung für die Bankenaufsicht, in: *Peter Selmer/Ingo von Münch* (Hrsg.), Gedächtnisschrift für Wolfgang Mar-tens, 1987, S. 663 (676 ff.); *Wolf-Rüdiger Schenke/Josef Ruthig*, Amtshaftungs-ansprüche von Bankkunden bei der Verletzung staatlicher Bankenaufsichts-pflichten, NJW 1994, S. 2324; *Hans-Jürgen Papier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 839, Rn. 55; *Ludger Giesberts*, in: Kölner Kom-mentar zum WpHG, 2007, § 4 FinDAG, Rn. 54 ff.; *Hans-Joachim Cremer*, Staatshaftung für den Verlust von Bankeinlagen, JuS 2001, S. 643 (649) sowie (knapper) *Matthias Gratias*, Bankenaufsicht, Einlegerschutz und Staatshaf-tung – Zur staatshaftungsrechtlichen Relevanz der verspäteten Umsetzung der EG-Einlegerschutzrichtlinie und zur Rechtmäßigkeit des § 6 IV KWG, NJW 2000, S. 786. Rechtspolitische Kritik bei *Christian Bumke*, Kapitalmark-tregulierung, Die Verwaltung 41 (2008), S. 227 (248, Fn. 95); *Karl Nüßgens*, Ausschluß der Staatshaftung kraft Amtshaftung, in: *Wolfgang Lenz* (Hrsg.), Festschrift für Konrad Gelzer zum 75. Geburtstag, 1991, S. 293 (300 f.). Für *Habscheid* (Fn. 24), S. 85 ff., hat sich durch die KWG-Novelle (entsprechend der aktuellen Regelung im FinDAG) nichts an der Haftung geändert.

cc) *Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Regelung des FMStG*

(1) *„Schuldenbremse“*

Noch schwächer sind die gegenwärtigen verfassungsrechtlichen Beschränkungen für die umfassende Garantie des Bundes. Es gibt offensichtlich keine verfassungsrechtliche Grenze, haushaltswirksam Mittel kraft gesetzlicher Ermächtigung zu verausgaben, selbst wenn das konkrete FMStG keine Regelung kennt, wie die Rückzahlung von Mitteln aus dem Vermögen der möglicherweise wieder gesunden Banken zu erfolgen hat. Die europarechtliche, auf begrüßenswerte deutsche Initiative hin seinerzeit in Art. 104 EGV und dem Stabilitäts- und Wachstumspakt⁴⁹ verankerte, währungsrechtliche Defizitbegrenzung ist durch eine – wiederum von Deutschland ausgehende – politische Aufweichung erheblich geschwächt worden⁵⁰. Art. 115 Abs. 1 Satz 2, 1. Hs. GG, der die Neuverschuldung auf die Höhe der Investitionen begrenzt, um Kosten und Nutzen im Haushalt für nachfolgende Generationen zum Ausgleich zu bringen, ist kaum operationalisierbar und im Ergebnis als offensichtlich gescheiterter Versuch zur Schuldenbegrenzung anzusehen⁵¹. Alle Erwartungen konzentrieren sich nun auf die Föderalismusreform II.

(2) *Bundesstaatliche Konnexität*

Andere Verfassungsfragen erweisen sich demgegenüber als verhältnismäßig wenig bedeutsam⁵². Gleichwohl sind sie für sich ge-

A.A. der BGH: BGHZ 162, 49 (55 ff.); hinsichtlich der Schutzpflichten auch von *Danwitz* (Fn. 47), S. 730 sowie *Peter Badura*, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 3. Aufl. 2008, Rn. 214. Die Regelung ist nach der Rspr. des EuGH auch gemeinschaftsrechtskonform: EuGH, Rs. C-222/02, Slg. 2004, I-9425 (Peter Paul); dazu *Ulrich Häde*, *Keine Staatshaftung für mangelhafte Bankenaufsicht – Zum Urteil des EuGH vom 12.10.2004 in der Rs. C-222/02*, *EuZW* 2005, S. 39 (S. 41 auch zustimmend zur Verfassungskonformität der fehlenden Drittgerichtetheit nach nationalem Recht).

49 Dazu *Häde* (Fn. 15), Art. 104 EGV, Rn. 114 ff.

50 S. EuGH, Rs. C-27/04, Slg. 2004, I-6649 (Kommission/Rat).

51 Illustrativ *Siekmann* (Fn. 16), Art. 115, Rn. 64 f.

52 S. auch die Einzelfragen zum gesellschaftsrechtlichen Richtlinienrecht, die hier nicht weiter thematisiert werden können: *Laurenz Wieneke/Torsten Fett*, *Das neue Finanzmarktstabilisierungsgesetz unter besonderer Berücksichtigung der*

nommen gravierend. So sieht § 13 Abs. 2 FMStG eine eigentümliche Bund-Länder-Aufteilung für die Lasten aus dem FMS vor. Das (erwartet negative) Schlußergebnis des Fonds soll zwischen Bund und Ländern im Verhältnis 65 : 35 aufgeteilt werden, wobei die Länder nur bis zu einem Höchstbetrag von insgesamt EUR 7,7 Milliarden haften⁵³. Bankrecht und Bankenaufsicht sind Bundesangelegenheit, so daß die Haftungsverteilung vor dem Hintergrund des Konnexitätsprinzips in Art. 104a Abs. 1 GG Bedenken wecken könnte. Verpflichtungen aus der Unterstützung für Landesbanken und Banken mit Bundesbeteiligung sind dem Konnexitätsgrundsatz entsprechend von der Haftungsteilung ausgenommen, § 13 Abs. 2 Satz 3 FMStG.

(3) Konkurrenzschutz und Gleichheitssatz

Relativ rasch sind schließlich gegen das FMStG Verfassungsbeschwerden anhängig gemacht worden. Aus Unternehmenssicht wirft die Wettbewerbsverzerrung, die durch die staatliche Insolvenzabsicherung für eine einzelne Branche (Banken) bewirkt wird, Fragen nach der Gleichbehandlung und dem Schutz vor staatlichen Handlungen zur Konkurrenzförderung auf. Was den Gleichheitssatz betrifft, so spricht vieles dafür, das FMStG lediglich einer Willkürkontrolle zu unterziehen, weil die Kriterien für eine Anwendung der strengeren „neuen Formel“ zu Art. 3 Abs. 1 GG offenkundig nicht einschlägig sind⁵⁴ – ganz davon abgesehen, daß sich in der Finanzkrise vertretbare Unterschiede zwischen Banken und übriger Wirtschaft finden lassen, die von solcher Art und solchem Gewicht sind, daß sie die Unterscheidung zwischen den Wirtschaftszweigen tragen. Es ist dennoch unbefriedigend, daß das BVerfG die erste auf den Gleichheitssatz gestützte Verfassungsbeschwerde (übrigens eines Jenaer IT-Startups) mit hoher

aktienrechtlichen Sonderregelungen, NZG 2009, S. 8; *Spindler* (Fn. 30), S. 2273 ff.

53 Die interne Verteilung unter den Ländern erfolgt zur Hälfte nach Einwohnern (Stand: 30.6.2008) und zur anderen Hälfte nach dem BIP 2007, § 13 II 3.

54 Zu diesen s. nur *Lothar Michael/Martin Morlok*, Grundrechte, 2008, Rn. 795 (personengebundene Merkmale oder starke Einschränkung von Freiheitsrechten).

Geschwindigkeit kommentarlos zurückgewiesen hat⁵⁵. Auch die zweite Verfassungsbeschwerde zweier norddeutscher Zivilrechtler gemeinsam mit einer Nürnberger Anwaltssozietät dürfte es schwer haben. Nicht nur die übermäßig restriktive Rechtsprechung von BVerfG und BVerwG zum Konkurrenzschutz aus den Grundrechten⁵⁶ verhindert ein verfassungsrechtliches Aufarbeiten der durch die Unterstützung einzelner Banken kaum zu vermeidenden Wettbewerbsverzerrungen. Selbst wenn man den Konkurrenzschutz anerkennt, geht es doch immer nur um die Grundrechtswidrigkeit von Wettbewerbsverzerrungen zugunsten einzelner Wettbewerber, nicht um das Verhältnis ganzer Branchen zueinander. Nur begrenzt ist für die Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen in § 5 Abs. 5 der begleitenden Rechtsverordnung⁵⁷ Sorge getragen, wo es heißt, daß der Fonds dem begünstigten Unternehmen Bedingungen für die Geschäftstätigkeit auferlegen soll, um Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden. Parallel zur neueren Entwicklung im Kommunalrecht⁵⁸ sollte jedenfalls diese Regelung als drittschützend interpretiert werden⁵⁹.

3. *Verfassungsrechtliche Konsequenzen*

Die Steuerungskraft des Verfassungsrechts ist in der Finanzkrise gering. Ein verfassungsrechtliches Gebot zu einem bestimmten Einschreiten in der Krise gibt es nicht. Weder die europäische Währungsverfassung noch Prinzipien des nationalen Verfassungsrechts schreiben dem Gesetzgeber ein Handeln in einer bestimmten Richtung vor. Allein das Bankenaufsichtsrecht ist aus der Schutzpflichtenperspektive zu überdenken. Was in der Krise unternommen wird, ist damit letztlich ein Gebot materialer Klugheit. Dies gilt auch für die Grenzen der „Rettungsmaßnahmen“.

55 <http://www.heise.de/newsticker/Sugoma-KG-wollte-Qimonda-uebernehmen--/meldung/119937>.

56 Zur Rspr. s. nur *Matthias Ruffert*, in: *Volker Epping/Christian Hillgruber* (Hrsg.), BeckOK-GG, Art. 12 (2008), Rn. 62.

57 S.o. Fn. 33.

58 S. die Nachweise auf eine sich durchsetzende Rechtsprechung bei *Eberhard Schmidt-Aßmann/Hans Christian Röhl*, Kommunalrecht, in: *Eberhard Schmidt-Aßmann/Friedrich Schoch* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 14. Aufl. 2008, 1. Kap., Rn. 121 mit Fn. 119.

59 S. auch die Überlegungen zum Rechtsschutz Dritter bei *Spindler* (Fn. 30), S. 2276.

Haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebote tragen gegenwärtig jedenfalls nicht sehr weit, und auch der Schutz von Wettbewerbern ist defizitär.

III. Der Staat als Regelungsinstanz internationaler Kapitalströme

1. Völkerrechtliche Ausgangslage

Ursache der intensiven wirtschaftlichen Verflechtungen, die ökonomische Entwicklungen und Fehlentwicklungen in einem Teil der Welt sogleich in ihren anderen Teilen spürbar machen, ist der freie Fluß des Kapitals. Die Möglichkeit, hier Hürden zu errichten, drängt sich auf. Sollten die internationalen Finanzströme stärker kanalisiert werden, sollte Kapital „im Land bleiben“, sollten Gefahren, sich bei Turbulenzen in anderen Volkswirtschaften gewissermaßen anzustecken, reduziert werden? Je nach politischer Perspektive erscheint die Unterbrechung der freien Kapitalströme als politische Option oder als Versuchung. Wäre sie auch völkerrechtskonform?

Tatsächlich ist das Völkerrecht in der Gewährleistung der Kapitalverkehrsfreiheit sehr zurückhaltend, im Ansatz sogar restriktiv. Das Völkergewohnheitsrecht anerkennt die staatliche Souveränität in Angelegenheiten des grenzüberschreitenden Kapitalverkehrs seit dem Serbian Loans-Fall des StIGH aus dem Jahr 1929⁶⁰. Damit werden im Grundsatz zahlreiche Kapitalverkehrsbeschränkungen akzeptiert, sei es zur Aufrechterhaltung einer ausgeglichenen Zahlungsbilanz, zum Erhalt privaten Vermögens im jeweiligen Staat oder zum Schutz heimischer Schlüsselbereiche, z. B. im Infrastruktursektor⁶¹. Auch der Ausgangspunkt der völkervertraglichen Regelungen im Rahmen des IWF ist die Verkehrsbeschränkung, historisch bezogen auf Spekulationsgeschäfte im System der festen Wechselkurse („hot money“), so daß nach den einschlägigen Regeln des IWF-Abkommens allein der Zahlungsverkehr, d. h. die Kapitalübertragung zur pekuniären Abwicklung

⁶⁰ StIGH, Case of Serbian Loans, PCIJ Ser. A, No. 20 (1929), S. 42.

⁶¹ S. Matthias Ruffert, Free Flow of Capital, in: Rüdiger Wolfrum (Hrsg.), Max Planck Encyclopedia of Public International Law, 2009, Rn. 6.

anderer Geschäfte, privilegiert ist⁶². Der freie Kapitalverkehr im übrigen wird ausdrücklich staatlicher Regelungsbefugnis unterstellt (Art. IV (1) IWF-Übereinkommen). Selbst die Welthandelsorganisation WTO kennt – entgegen den Erwartungen an diese Organisation – keine allgemeine Liberalisierung des Kapitalverkehrs, sondern stellt auch nur den Zahlungsverkehr frei⁶³. Allein die OECD schreibt auf völkerrechtlicher Ebene in ihrem 1961 erstmals erlassenen Code of Liberalisation of Capital Movements ihren Mitgliedern den schrittweisen Abbau von Kapitalverkehrshindernissen vor⁶⁴.

2. Europarechtliche Liberalisierung

Ganz anders sieht die Situation im Europarecht aus. In Art. 56 Abs. 1 EGV ist die Kapitalverkehrsfreiheit als eine der Grundfreiheiten etabliert. Einschränkungen sind nur im Rahmen von Art. 58 f. EGV und – praktisch bedeutsamer – über zwingende Gründe des Allgemeinwohls möglich. Anders als alle anderen Grundfreiheiten liberalisiert Art. 56 EGV auch den Kapitalverkehr mit Drittstaaten. Das bedeutet, daß die Begrenzung von Kapitalströmen aus der EG oder in diese hinein rechtfertigungsbedürftig ist. Hintergrund für diese auf den ersten Blick erstaunliche Regelung ist es bei ihrer Einführung mit dem Vertrag von Maastricht gewesen, das Vertrauen in den Euro als Währung der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion zu stärken und die Attraktivität des Binnenmarktes für Kapital zu erhöhen⁶⁵. Heute löst sie nicht unerhebliche Probleme aus.

3. Verstaatlichung aus dem Ausland

Sie wird beispielsweise sichtbar, wenn die Übernahmestrategien außereuropäischer Staatsfonds in den Blick genommen werden. Seit geraumer Zeit ist ein signifikantes Engagement staatlicher, institutioneller Investoren namentlich auf dem deutschen Kapital-

⁶² Dazu Art. XXX (d) IWF-Übereinkommen.

⁶³ Ausf. *Christoph Ohler*, Der Status von Finanzdienstleistungen in EGV und GATS, ZEuS 2002, S. 321 (350 ff.).

⁶⁴ OECD/C(61)96 vom 12.12.1961, ständig angepaßt.

⁶⁵ S. *Christoph Ohler*, Europäische Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit, 2002, Vor Art. 56, Rn. 27 und Art. 56, 214.

markt zu beobachten, deren immenses Kapital nicht nur den Erwerb zentraler Industriebereiche ermöglicht, sondern auch mühsam errungene Privatisierungserfolge gefährden kann, wenn beispielsweise Anteile an privatisierten Infrastrukturen vom Investitionsfonds eines kommandowirtschaftlich ausgerichteten Staates erworben werden⁶⁶. Es erscheint geradezu als absurd, die deutsche öffentliche Hand als Wirtschaftssubjekt durch die russische oder chinesische oder diejenige eines x-beliebigen arabischen Staates zu ersetzen. Auf diesem Hintergrund ist die (wirtschafts-)politische Intention, sich solcher Einflußnahme durch eigene strategische Maßnahmen zu entziehen, zumindest plausibel, wenn man auch nicht so weit gehen muß wie der amtierende Ratspräsident *Sarkozy*, der in seiner weit beachteten Rede vor dem Europäischen Parlament nationale Staatsfonds der EU-Mitgliedstaaten zur Abwehr der Übernahmegefahren gefordert hat⁶⁷. Immerhin werden Unternehmen in der Krise billiger, und damit steigt das Übernahmerisiko.

Die angesprochene Abwehrstrategie kann allerdings in der Kapitalverkehrsfreiheit an ihre Grenzen stoßen, die, wie gezeigt, als einzige Grundfreiheit auch Private und Unternehmen in Drittstaaten in ihren persönlichen Schutzbereich einbezieht. Genehmigungsvorbehalte und Verbote, wie sie der Entwurf der Bundesregierung zur Änderung des AWG vorsieht, stoßen daher im überwiegenden Schrifttum auf erhebliche Bedenken⁶⁸. Dementspre-

66 *Walter Bayer/Christoph Ohler*, Staatsfonds ante portas, ZG 2008, S. 12; *Mario Martini*, Zu Gast bei Freunden?: Staatsfonds als Herausforderung an das europäische und international Recht, DÖV 2008, S. 314. Zum tatsächlichen Hintergrund und den Intentionen der Bundesregierung ausführlich *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung*, Jahresgutachten 2007/2008, Siebtes Kapitel: Beschränkungen des Beteiligungserwerbs durch ausländische Investoren?, Rn. 583 ff., sowie *Peer Steinbrück*, Schlüsselindustrien und ausländische Staatsfonds – die Sicht der Bundesregierung, Kreditwesen 2008, S. 11; *Heinrich Haasis*, Sollten sensible Schlüsselindustrien vor der Übernahme durch ausländische Staatsfonds geschützt werden?, Kreditwesen 2008, S. 14.

67 Allocution de M. le Président de la République, Parlement Européen, Strasbourg, 21.10.2008 (Die Ansprache ist abrufbar unter: http://www.elysee.fr/documents/index.php?mode=cvview&press_id=1951&cat_id=7&lang=fr).

68 *Bayer/Ohler* (Fn. 66), S. 19 ff.; *Kaspar Krolow*, Schutz vor Staatsfonds und anderen ausländischen Kapitalmarktakteuren unter Ausblendung des Kapitalmarktrechts?, ZRP 2008, S. 40; *Martini* (Fn. 66), S. 320; *Michael Schä-*

chend sind flexible Instrumente des Aktienrechts vorzugswürdig, die darauf zielen, den außereuropäischen staatlichen Einfluß transparent zu halten und Eingriffe in die Wettbewerbsfreiheit auszuschließen⁶⁹. Eine abweichende Beurteilung könnte sich nur dann ergeben, wenn sich der Vorrang der Niederlassungsfreiheit gegenüber der Kapitalverkehrsfreiheit, der sich in einer neueren Linie der Rechtsprechung des EuGH andeutet, durchsetzt, denn die Niederlassungsfreiheit gilt nicht für Drittstaatsunternehmen. Nach dieser Rechtsprechung ist dann, wenn es um eine Beteiligung geht, „die ihrem Inhaber einen sicheren Einfluß auf die Entscheidungen der Gesellschaft verschafft und es ihm ermöglicht, deren Tätigkeiten zu bestimmen“, die Niederlassungsfreiheit, nicht die Kapitalverkehrsfreiheit anwendbar⁷⁰. Die Sachverhalte, in denen dies entschieden wurde, haben allerdings mit dem Problem der ausländischen Staatsfonds nichts zu tun, wenngleich der Vorrang der Niederlassungsfreiheit (oder auch Dienstleistungsfreiheit) bei unternehmerischer Betätigung durchaus plausibel erscheint⁷¹.

4. Verfassungsrechtliche Konsequenzen

Die Garantie des freien Kapitalverkehrs im Weltmaßstab ist viel prekärer als vermutet. Dennoch lassen sich die Staaten wegen der Vorteile darauf ein. Fehlentwicklungen müssen aber im Rahmen der geltenden Regeln verarbeitet werden, vor allem dann, wenn es

fer/Thomas Voland, Staatsfonds: Die Kontrolle ausländischer Investitionen auf dem Prüfstand des Verfassungs-, Europa- und Welthandelsrechts, EWS 2008, S. 166; *Thorsten Käseberg/Anja Kuhn*, „Patriotisme économique“ vs. Fair Play, AG 2007, S. 65.

⁶⁹ *Bayer/Ohler* (Fn. 66), S. 30 f.

⁷⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-196/04, Slg. 2006, I-7995, Rn. 33 (Cadbury Schweppes); Rs. C-374/04, Slg. 2006, I-11673, Rn. 39 (Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation); Rs. C-446/04, Slg. 2006, I-11753, Rn. 37 (Test Claimants in FII Group Litigation); Rs. C-524/04, Slg. 2007, I-2107, Rn. 27 und 33). Für diesen Hinweis danke ich *Christoph Ohler*.

⁷¹ Für *Claus Friedrich Germelmann*, Konkurrenz von Grundfreiheiten und Missbrauch von Gemeinschaftsrecht – Zum Verhältnis von Kapitalverkehrs- und Niederlassungsfreiheit in der neueren Rechtsprechung, EuZW 2008, S. 596; *ders.*, Der gemeinschaftsrechtliche Rahmen für Schutzmaßnahmen gegenüber Investitionen aus Drittstaaten im Energiesektor, DVBl. 2009, S. 78, verdrängt die Niederlassungs- die Kapitalverkehrsfreiheit. Skeptisch hingegen *Marc-Philippe Weller*, Ausländische Staatsfonds zwischen Fusionskontrolle, Außenwirtschaftsrecht und Grundfreiheiten, ZIP 2008, S. 857 (862 f.).

sich um besonders liberale Regime, wie dasjenige der EG, handelt.

IV. Der Staat als Wirtschaftssubjekt

1. Industriepolitik als strategische Wirtschaftslenkung

Die Überlegungen am Ende des vorigen Abschnitts können überleiten zur verfassungsrechtlichen Betrachtung staatlicher Maßnahmen, die nicht den Finanzsektor im engeren Sinne betreffen. Im Anschluß an die Finanzkrise ist es nämlich zu einem veritablen Wettlauf um die Rettung einzelner Branchen und Unternehmen gekommen, besonders sichtbar im Automobilsektor.

Diese Tendenzen reihen sich ein in einen größeren wirtschaftspolitischen Trend im Rahmen der EU. Seit die Kontroverse zwischen eher marktorientierten und merkantilistisch/colbertistischen Mitgliedstaaten über eine industriepolitische Kompetenz der EG in den kompromißhaften Art. 157 (ex-Art. 130) EGV mündete⁷², sind die ökonomisch-strategischen Ambitionen der EU erheblich gestiegen. Der Europäische Rat von Lissabon (Frühjahr 2000) formulierte strategische Ziele, um die EU bis 2010 in die dynamischste Volkswirtschaft der Welt zu verwandeln und den postulierten Rückstand gegenüber den konkurrierenden Volkswirtschaften in Asien und den USA aufzuholen („Triadenansatz“⁷³)⁷⁴. Daß diese unter „Lissabon“ firmierende Strategie bereits 2005 grundlegend überarbeitet werden mußte, spricht zwar nicht für ihren Erfolg, mindert jedoch auch nicht ihre politische Bedeutung. Nicht weniger

⁷² Zur Entstehungsgeschichte ausführlich *Rainer Hellmann*, in: *von der Groeben/Schwarze* (Fn. 14), Art. 157 EGV, Rn. 1 ff., sowie zur Weiterentwicklung der Norm *Christine Mellein*, in: *Jürgen Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2008, Art. 157 EGV, Rn. 1 ff., und zur darauffolgenden Politik *Martin Bange-mann*, *La politique industrielle européenne: ce qu'elle est, ce qu'elle veut*, RMC 1996, S. 154.

⁷³ *Christoph Künzle*, *Wettbewerb und Intervention in der EU – Praxis der Europäischen Wettbewerbspolitik im Lichte der Industriepolitik*, Diss. rer. pol. St. Gallen 2004, S. 27.

⁷⁴ *Schlußfolgerungen des Vorsitzes des Europäischen Rates von Lissabon*, 23./24.3.2000, Ziff. 5 (abrufbar unter: http://consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/de/ec/00100-r1.d0.htm).

als ein Paradigmenwechsel zugunsten von industrieller Forschung und technologischer Innovation werden gefordert. Vor allem auf zukunftssträchtigen „lead markets“ (z. B. Biotechnologie, erneuerbare Energien) soll die EU durch gezielte Maßnahmen die Marktführung übernehmen⁷⁵.

Die geostrategische Ausrichtung einer Volkswirtschaft einschließlich des politisch gezielten Aufbaus von „Champions“ im Wirtschaftsleben ist im globalen Vergleich keine vollständig neue Entwicklung, wenn an vergleichbare Tendenzen in Japan („Miti“) oder den USA erinnert wird⁷⁶. Im europäischen Rahmen handelt es sich allerdings um ein Novum, dessen verfassungsrechtliche Aufarbeitung im Rahmen der Vertragsbestimmungen über die Wirtschaftspolitik auf erhebliche Schwierigkeiten stößt. Teilweise sind die verfassungsrechtlichen Maßstäbe kompromißhaft-unbestimmt wie die zentrale Kompetenznorm des Art. 157 EGV mit dem ihr immanenten Spannungsverhältnis zwischen industriepolitischen Lenkungsanspruch und dem Gebot strikter Wettbewerbsneutralität im Binnenmarkt⁷⁷. Teilweise sind die verfassungsrechtlichen Vorgaben offen und geben Raum zur programmatischen Entfaltung wie in der Forschungspolitik oder zur „weichen“ Koordinierung (Benchmarking/mitgliedstaatliche Anpassungsmaßnahmen) wie in den Sektoren Wirtschafts- und Beschäftigungspolitik, Art. 99 EGV bzw. Art. 125 ff. EGV oder im Rahmen der sog. offenen Methode der Koordinierung jenseits dieser Kompetenznormen⁷⁸. Viele kriti-

⁷⁵ Hierzu *Arno Scherzberg*, Die europäische Innovationspolitik nach der Lissabon-Strategie, in: *ders./Gerhard Wegner/Theresa Wobbe* (Hrsg.), Dimensionen des Wettbewerbs – Europäische Integration zwischen Eigendynamik und politischer Gestaltung, erscheint 2009, sub. B. I.

⁷⁶ Zum MITI vgl. nur *Thomas Neuschwander*, Mythos MITI: Industriepolitik in Japan, 1994; *Scott Callon*, Divided sun: MITI and the breakdown of Japanese high-tech industrial policy, 1975-1993, 1995.

⁷⁷ *Axel Kallmayer*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 15), Art. 157 EGV, Rn. 1; *Brigitta Lurger*, in: *Rudolf Streinz* (Hrsg.), EUV/EGV, 2003, Art. 157 EGV, Rn. 5. Illustrativ *Hellmann* (Fn. 72), Rn. 23: „Weder Sieger noch Besiegte“; sowie ebda. Rn. 29.

⁷⁸ S. statt vieler *Sebastian Krebber*, Die Koordinierung als Kompetenzkategorie im EU-Verfassungsentwurf aus dogmatischer Sicht, *EuGRZ* 2004, S. 592. Zurückgehend auf die Änderungen in Art. III-279 VerfEU (zu dieser Norm *Christoph Vedder*, in: *ders./Wolff Heintschel von Heinegg* (Hrsg.), Europäischer Verfassungsvertrag, 2007, Art. III-279, Rn. 1 ff.) soll die Koordinierung auf die Industriepolitik ausgedehnt werden; dazu *Berthold Busch*,

sche Einwände gegen den strategisch-lenkenden Ansatz können daher mit den Werkzeugen des Europäischen Verfassungsrechts nicht verarbeitet werden. Ob die Prämisse des Wettbewerbsrückstands der EU-Volkswirtschaft tatsächlich stimmt, ob die Auswahl der „lead markets“ tatsächlich zukunftsorientiert ist oder nur Partikularinteressen bedient und ob strategische Positionierung in der Weltwirtschaft überhaupt möglich ist, bleiben Fragen politischer Vernunft und nur begrenzt solche der genannten Verfassungsnormen⁷⁹.

2. Von der Industriepolitik zur Wirtschaftsregierung

Diese Normen sind aber gerade in der Krise aktiviert worden. Wenngleich Art. 99 EGV der EG nur eine Koordinierung mitgliedstaatlicher Wirtschaftspolitiken erlaubt, sieht sich die Kommission nicht daran gehindert, ein EU-weites Konjunkturprogramm aufzulegen, den European Economic Recovery Plan (EERP), dessen Kern in der Formulierung eines EUR 200 Milliarden-Konjunkturpakets liegt, das von der EU nur zu EUR 30 Milliarden finanziert werden soll⁸⁰. Dabei soll es den Mitgliedstaaten ermöglicht werden, aus dem zu Recht engen Korsett des Stabilitäts- und Wachstumspakts auszuscheren. Ferner ist eine sozialpolitische Prioritätenbildung angedacht; in den Worten der Kommission soll das Geld dorthin fließen, wo es am dringendsten gebraucht wird⁸¹.

Durchgesetzt und ausgestanden sind die Pläne der EU-Kommission zum EERP – die Nomenklatur dramatisiert sich offensichtlich durch die Verbindung zum ERP oder Marshall-Plan nach dem Zweiten Weltkrieg selbst – noch nicht. Vollzieht sich aber ein solcher politischer Schritt, so wäre dies ein echter Paradigmenwechsel der europäischen Wirtschaftspolitik. Wenn auch aus Volkswirtschaftslehre und Wirtschaftsgeschichte der zweifelhafte Wert hoheitlicher Konjunkturprogramme hinlänglich bekannt

Renaissance der Industriepolitik?, 2005, S. 25; *Kallmayer* (Fn. 77), Rn. 4. – Besonders kritisch zur industriepolitischen Koordinierung *Richard Baldwin/Philippe Martin*, *Coordination of industrial policy in the European Union*, EIB Papers, Vol. 11, N° 1/2006, S. 134.

79 Die einschlägige Kritik wird referiert bei *Scherzberg* (Fn. 75), sub. B. II.

80 Mitteilung der Kommission an den Europäischen Rat – Europäisches Konjunkturprogramm, Dok. KOM (2008) 800 endg. vom 26.11.2008.

81 Mitteilung der Kommission (Fn. 80), S. 3.

ist⁸², läßt sich darüber verfassungsrechtswissenschaftlich kaum urteilen. Ein Bruch im Unionsverfassungsrecht wäre es aber, der Kommission eine derart starke Gestaltungs- und letztlich auch Umverteilungsaufgabe zu übertragen, wie sie im EERP angedacht ist. Die geplanten Maßnahmen mögen in der aktuellen Krise sinnvoll sein, doch eine Verschiebung der Kompetenzstruktur im Europäischen Verfassungsrecht läßt sich hinterher nicht wieder rückgängig machen und vor allem – ohne verfassungsrechtliche Fixierung – nicht auf bestimmte Krisensituationen begrenzen. Es besteht die Gefahr, daß hier unter dem Eindruck der Krise tektonische Verschiebungen im Verfassungsrecht hin zu einer „Europäischen Wirtschaftsregierung“ (*Sarkozy*) stattfinden, die einer breiteren Reflexion bedürften – ganz davon abgesehen, daß das Potential für (weitere) Verfassungsänderungen auf der supranationalen Ebene erschöpft ist.

3. Nationale „Rettungsaktionen“

Wie auch immer sich europäisches Verfassungsrecht und europäische Verfassungspraxis weiterentwickeln – jedenfalls werden „Rettungsaktionen“ im nationalen Bereich unternommen. Aus Deutschland können hier beispielsweise geplante Maßnahmen zugunsten der Automobilhersteller genannt werden. Das europäische Verfassungsrecht steht solchen „Rettungsaktionen“ eigentlich prinzipiell entgegen, denn Art. 87 Abs. 1 EGV verbietet Beihilfen aus staatlichen Mitteln an einzelne Unternehmen und Produktionszweige zur Verhinderung von Wettbewerbsverzerrungen⁸³.

Ausweislich einer Mitteilung der Kommission zur Finanzkrise sollen diese Schwierigkeiten über die Ausnahmeregelung des Art. 87 Abs. 3 lit. b) EGV gelöst werden⁸⁴. Danach sind Beihilfen zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats zulässig. Die Kommission will durch die Mitteilung

82 S. nur *Juergen B. Donges/Andreas Freytag*, Allgemeine Wirtschaftspolitik, 2. Aufl. 2004, S. 198 ff.

83 Statt aller *Wolfram Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 15), Art. 87 EGV, Rn. 7.

84 Mitteilung der Kommission vom 17.12.2008, Temporary framework for state aid measures to support access to finance in the current financial and economic crisis, abrufbar unter: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/legislation/temp_framework_en.pdf. Auf dieser Grundlage ist auch das FMSStFG von der Kommission akzeptiert worden, vgl. *Horn* (Fn. 30), S. 453.

bestimmte Unterstützungsmaßnahmen, wie z. B. staatliche Garantien, im Rahmen der Ausnahme für genehmigungsfähig erklären. Auf ähnlichem Wege sind bereits die Staatsgarantien für Banken mit dem Gemeinschaftsrecht in Einklang gebracht worden⁸⁵. Weitere Erleichterung hat schon vor der Finanzkrise die allgemeine Gruppenfreistellung Nr. 800/2008 gebracht⁸⁶.

Diese Rechtsakte ermöglichen – überwiegend im Zeichen der Krise – eine erhebliche Abweichung vom bisherigen Wettbewerbskonzept. Sie reihen sich ein in eine Grundtendenz, die von der Aufweichung der rechtlichen Maßstäbe im Wettbewerbsrecht generell durch einen „more economic approach“ bis hin zum offenkundigen Versuch reichen, den Wettbewerbsgedanken im Primärrecht nach Lissabon zu schwächen.

4. *Der Staat als besseres Wirtschaftssubjekt?*

Solche Tendenzen sind bei weitem nicht auf die supranationale Ebene begrenzt. In diesen Kontext gehört auch der mit massivem politischem Druck unternommene Versuch, durch Sonderrechte eines Bundeslandes den Einfluß anderer Unternehmen auf einen bestimmten Konzern zu begrenzen. Die Rede ist natürlich vom Streit um das sog. VW-Gesetz. Dabei ist offenkundig, daß solchen Sonderrechten innerhalb des europäischen Binnenmarktes die strikt gegen Wettbewerbsverzerrungen durch staatliche Intervention gerichtete europäische Wirtschaftsverfassung entgegensteht. Auf dieser Basis hat der Gerichtshof die mitgliedstaatlichen Ansätze, durch besondere gesellschaftsrechtliche Konstruktionen („golden shares“) staatlichen Einfluss in Schlüsselbereichen zu erhal-

85 Mitteilung der Kommission – Die Anwendung der Vorschriften für staatliche Beihilfen auf Maßnahmen zur Stützung von Finanzinstituten im Kontext der derzeitigen globalen Finanzkrise, ABl. 2008 Nr. C 270/8; dazu *Christoph Arhold*, Globale Finanzkrise und europäisches Beihilfenrecht – Die (neuen) Spielregeln für Beihilfen an Finanzinstitute und ihre praktische Anwendung, *EuZW* 2008, S. 713.

86 Verordnung (EG) Nr. 800/2008 der Kommission vom 6. August 2008 zur Erklärung der Vereinbarkeit bestimmter Gruppen von Beihilfen mit dem Gemeinsamen Markt in Anwendung der Artikel 87 und 88 EG-Vertrag (allgemeine Gruppenfreistellungsverordnung), ABl. 2008 Nr. L 214/3. Dazu *Bertold Bär-Bouyssière*, in: *Schwarze* (Fn. 72), Art. 87 EGV, Rn. 82, sowie im Vorfeld kritisch *Karl-Heinz Boos/Juliana Kleine*, Neuerungen im europäischen Beihilfenrecht – Erschwernisse statt Vereinfachung, *Kreditwesen* 2008, S. 1092.

ten, stets als Verstöße gegen die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 56 EGV) verworfen⁸⁷. Gleichmaßen ist ein erster Versuch Deutschlands gescheitert, das VW-Gesetz vor dem EuGH zu halten⁸⁸. Der EuGH hat sehr deutlich ausgeführt, daß die privatautonome Basis der Vorrangstellung des Landes Niedersachsen nur über ihre gesetzliche Grundlage erklärt werden kann und daß die vorgetragenen Gemeinwohlgründe eine Rechtfertigung nicht zu tragen vermögen⁸⁹. Es ist kein Grund ersichtlich, warum der EuGH im Fall eines neuen Vertragsverletzungsverfahrens oder bei einer Vorabentscheidung zu einer anderen Einschätzung kommen könnte.

5. *Verfassungsrechtliche Konsequenzen*

Was bedeuten diese Entwicklungen wiederum für das Verfassungsrecht? Vor allem droht die Gefahr, daß Grundannahmen des Wirtschaftsverfassungsrechts ins Wanken gebracht werden, indem politische Spielräume nicht nur ausgenutzt, sondern in Umkehrung der überkommenen Regulationsintentionen ausgefüllt werden. Punktuell bieten Grundrechte und Grundfreiheiten Schutz, wobei allerdings bei den deutschen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Grundrechten Erosionen beobachtet werden und eine Aufweichung der Grundfreiheiten gerade erst vom EuGH abgelehnt wurde⁹⁰. Die Verfassungsrechtslehre muß aber wachsam bleiben.

V. *Ausblick*

Tatsächlich steht die Verfassungsrechtslehre der aktuellen Finanzmarktkrise einigermaßen ratlos gegenüber. Das eingangs konstatierte Schweigen läßt sich begründen – nicht so sehr aus den

⁸⁷ EuGH, Rs. C-367/98, Slg. 2002, I-4731, Rn. 47 f. (Kommission/Portugal); Rs. C-483/99, Slg. 2002, I-4781, Rn. 43 f. (Kommission/Frankreich); Rs. C-503/99, Slg. 2002, I-4809, Rn. 43 f. (Kommission/Belgien); vgl. auch Rs. C-463/00, Slg. 2003-4581, Rn. 67 (Kommission/Spanien); Rs. C-98/01, Slg. 2003, I-4641 Rn. 47 ff. (Kommission/Vereinigtes Königreich).

⁸⁸ EuGH, Rs. C-112/05, Slg. 2007, I-8995 (Kommission/Deutschland).

⁸⁹ EuGH, Rs. C-112/05, Slg. 2007, I-8995, Rn. 38 ff. und 72 ff., (Kommission/Deutschland). Weniger kritisch *Jochem Reichert*, Golden Shares – Fluch oder Segen? (Antrittsvorlesung Jena 2008), im Erscheinen.

⁹⁰ S. dazu *Matthias Ruffert*, Die Grundfreiheiten im Recht der Europäischen Union, JuS 2009, S. 97 (101).

fachlichen Schwierigkeiten, sich dem Thema zu nähern, sondern aus der begrenzten Steuerungskraft des europäischen und deutschen Verfassungsrechts in diesem Kontext. Bei aller Zurückhaltung in der Beschreibung der verfassungsrechtlichen Konsequenzen lassen sich doch zwei Richtungen aufzeigen, in die sich Verfassungsrecht und Verfassungspraxis weiterentwickeln sollten:

- *Verrechtlichung*: Wenn das Verfassungsrecht der Politik offensichtlich keine Schranken setzt und dadurch das Gemeinwesen in Gefahr gerät, müssen existierende Schranken – namentlich Grundrechte und Grundfreiheiten – aktiviert und notfalls neue Schranken errichtet werden. Die in der Föderalismusreform II diskutierte „Schuldenbremse“ könnte ein erster Ansatz *de constitutione ferenda* sein.
- *Ausnutzung von Regelungsspielräumen*: Die Finanzmarktkrise ist auch durch staatliches Aufsichtsversagen entstanden. Bankenaufsicht ist insoweit klassische Gefahrenabwehr. Es gibt keinen, aber auch nicht den geringsten verfassungspolitischen Grund, eine rechtsstaatliche Aufsicht an der Gefahrenabwehrschwelle nicht strikt zu vollziehen. Wenn es der Politik darum geht, landeseigenen Banken riskante Geschäfte nicht zu verwehren, so wäre das ein zusätzlicher Grund, die Aufsicht zu intensivieren⁹¹.

Die Finanzmarktkrise und ihre Folgen mögen *ökonomisch* in absehbarer Zeit behoben sein; wir wissen es nicht. Die weltweite Rezession wird nach allen Erkenntnissen der Konjunkturtheorie und nach den wirtschaftshistorischen Erfahrungen eines Tages in einen Aufschwung umschlagen. Es ist Aufgabe der Verfassungsrechtswissenschaft zu verhindern, daß die einzigen verbleibenden Schäden im deutschen und europäischen Verfassungsrecht verbleiben.

⁹¹ S. auch – unter dem Gesichtspunkt der Regulierung – *Bumke* (Fn. 48).

Impressum

Herausgeber

Prof. Dr. Bernd von Hoffmann, Prof. Dr. Gerhard Robbers

Unter Mitarbeit von

Johannes Barrot, Lisa Günther, Linda Kern und Claudia Lehnen

Redaktionelle Zuschriften

Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier,
Im Treff 24, 54296 Trier, Tel. +49 (0)651 / 201-3443
Homepage: <http://www.irp.uni-trier.de>,
Kontakt: sekretariat@irp.uni-trier.de.

Die Redaktion übernimmt für unverlangt eingesandte Manuskripte keine Haftung und kann diese nicht zurückschicken. Namentlich gezeichnete Beiträge geben nicht in jedem Fall die Meinung der Herausgeber/Redaktion wieder.

Bezugsbedingungen

Die Hefte erscheinen in unregelmäßigen Abständen mehrfach jährlich und können zum Stückpreis zuzüglich Porto im Abonnement oder als Einzelheft bei der Redaktion angefordert werden. Die zur Abwicklung des Abonnements erforderlichen Daten werden nach den Bestimmungen des Bundesdatenschutzgesetzes verwaltet.

© Institut für Rechtspolitik an der Universität Trier, 2009
ISSN 1616-8828