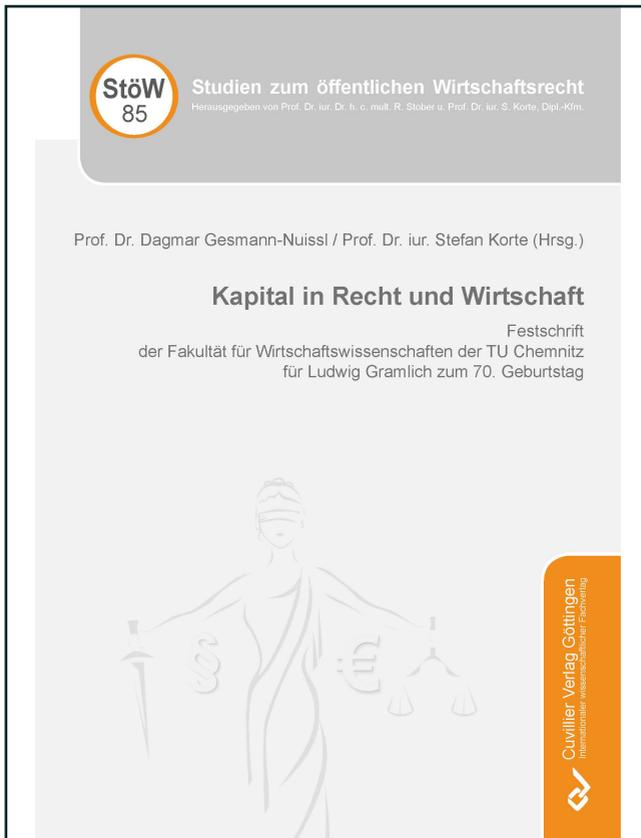




Dagmar Gesmann-Nuissl (Herausgeber)
Stefan Korte (Herausgeber)

Kapital in Recht und Wirtschaft

Festschrift der Fakultät für Wirtschaftswissenschaften der
TU Chemnitz für Ludwig Gramlich zum 70. Geburtstag



<https://cuvillier.de/de/shop/publications/8379>

Copyright:

Cuvillier Verlag, Inhaberin Annette Jentsch-Cuvillier, Nonnenstieg 8, 37075 Göttingen,
Germany

Telefon: +49 (0)551 54724-0, E-Mail: info@cuvillier.de, Website: <https://cuvillier.de>

Verteidigung des Rechtsstaats gegen das Kapital

Hartmut Hamann

I.	Einführung	9
II.	Die rechtlich gesicherte Freiheit des Menschen	11
	1. Deutschland	11
	2. Europäische Union	12
	3. Globalisierung	14
III.	Die Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns	15
	1. Deutschland	15
	2. Europäische Union	16
	3. Globalisierung	16
IV.	Die Gewaltenteilung	18
	1. Deutschland	18
	2. Europäische Union	18
	3. Globalisierung	19
V.	Fazit	20

I. Einführung

Zu den Elementen eines Rechtsstaats, auf die in diesem Beitrag eingegangen wird, gehören die Gewährleistung von grundrechtlich abgesicherten Freiheitsrechten des Menschen, die Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns und die Gewaltenteilung.¹ Unter „Kapital“ wird in diesem Beitrag das Handeln mächtiger wirtschaftlicher Akteure verstanden. Auch in Zeiten der Globalisierung handeln nicht etwa Märkte, sondern Marktteilnehmer, beispielsweise Banken und Unternehmen, vertreten durch ihre Organe, die ihrerseits direkt oder indirekt von Anteilseignern ernannt und beeinflusst werden.²

Der Einfluss von Geld auf Recht hat nach dem Zusammenbruch der Sowjetunion an Bedeutung gewonnen und ist spätestens durch die Finanzkrise seit 2009 unübersehbar geworden. Bereits zuvor führten Privatisierung und Deregulierung zu einem Machtverlust demokratisch legitimierter staatlicher Strukturen und zu einem Machtgewinn privater wirtschaftlicher Akteure, die ihrerseits nach politischer Macht streben. Dementsprechend muss sich auch das Bundesverfassungsgericht mittlerweile regelmäßig mit Rechtsfragen beschäftigen, die den Umgang deutscher und europäischer Institutionen mit Geld betreffen.³

Im Kern geht es um folgende Frage: Bestimmen diejenigen, die über große Geldbeträge entscheiden können, darüber, welches Recht für die Bürger eines Staates gilt? Oder bestimmen die Bürger eines Landes über die von ihnen gewählten Abgeordneten darüber, welches Recht auch gegenüber wirtschaftlich mächtigen natürlichen und juristischen Privatpersonen gilt?

¹ Im Einzelnen beispielsweise *Schnapp* in v. Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl., 2012, Art. 20 Rn. 37 m.w.N.

² *Ludwig Gramlich's* Schriftenverzeichnis enthält zahlreiche Veröffentlichungen zu Themen an der Schnittstelle von Staat, Wirtschaft und Recht, z.B. zur Europäischen Zentralbank, zum Außenwirtschaftsrecht, zum Postrecht und zu kommunalen Unternehmen.

³ ESM-Urteil des BVerfG (Urt. des Zweiten Senats vom 18.03.2014 – 2 BvR 1390/12, BVerfGE 135, 317); OMT-Urteil des BVerfG (Urt. des Zweiten Senats vom 21.07.2016 – 2 BvR 2728/13, BVerfGE 142, 123); PSPP-Urteil des BVerfG (Urt. des Zweiten Senats vom 05.05.2020 – 2 BvR 859/15, NJW 2020, 1647).

Paul Kirchhof⁴ schreibt: „Die Verbindlichkeit des Rechts scheint durch die Gesetzmäßigkeiten des Geldmarkts – oder realistischer: durch die Mächtigkeiten der dort handelnden Akteure – verdrängt zu werden.“

Ernst-Wolfgang Böckenförde⁵ hatte schon zuvor erkannt: „Der einzelne Mensch erscheint [...] statt als Freiheitssubjekt lediglich als Funktionsträger, nach Bedarf und Anforderung auswechselbares Werkzeug. Subjekt, der maßgebende Bestimmungsfaktor, ist das System selbst, hier der kapital- und profitgesteuerte, zunehmend globalisierte Wirtschaftsablauf, der das Geschehen nach seiner von ökonomischer Rationalität getragenen Funktionslogik steuert. [...] Dem Einzelnen wird Flexibilität, lebenslanges Lernen, freiwillige Selbstoptimierung, letztlich eine totale Mobilisierung zur Erhaltung und Steigerung seiner Produktivität nach den Anforderungen des Wirtschaftsprozesses angesonnen – auch hier ein Verlust des Standhaften in jeder Hinsicht.“

Recht ist mehr als ein funktionaler Regelungsmechanismus. Hans Wenzel⁶ formulierte dies so: Das Recht „als Macht zwingt es, nur als Wert verpflichtet es“. Fiorillo⁷ stellt dies in Zusammenhang mit Pufendorf: „In seiner Interpretation ist darum Pufendorfs Rechtsbegriff – als sittlich verbindliche Ordnung ausgelegt, die auf der Idee der Menschenwürde beruht – [...]“.

Dringlicher noch als zu Zeiten Pufendorfs und 2001, stellt sich nach dem Siegeszug des Neoliberalismus und der dadurch ausgelösten Finanzkrise und angesichts fortschreitender Globalisierung die Frage nach dem Menschenbild im Recht und die Erinnerung daran, dass Recht menschliches Zusammenleben ordnet und dabei den Menschen in den Mittelpunkt stellt.

Dieser Text greift drei Elemente des Rechtsstaats auf:

- die rechtlich gesicherte Freiheit des Menschen (Abschnitt I);
- die Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns (Abschnitt II);
- die Gewaltenteilung (Abschnitt III).

In allen drei Abschnitten ist Ausgangspunkt Deutschland (Unterabschnitt 1). Hinzu kommen Überlegungen mit Blick auf die Europäische Union (Unterabschnitt 2), ergänzt um Gedanken zur Globalisierung (Unterabschnitt 3). In Unterabschnitt 3 beschränkt sich der Verfasser im Wesentlichen auf eigene Eindrücke, vor allem aus seiner Arbeit zur „Rule of Law“ in Afrika.⁸

⁴ Paul Kirchhof, Stabilität von Recht und Geldwert in der Europäischen Union, NJW 2013, 1.

⁵ Böckenförde, Vom Wandel des Menschenbildes im Recht, 1. Aufl. 2001, S. 29.

⁶ Wenzel, Gesetz und Gewissen, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin/New York 1975, S. 276.

⁷ Fiorillo, Über die Wiederentdeckung einer ethischen Auffassung des Rechts im Deutschland der Nachkriegszeit, Hans Wenzel als Interpret von Pufendorf, Zeitschrift für Rechtsphilosophie 2019, S. 94, 107.

⁸ Einblicke in diese Arbeit geben Veröffentlichungen in den vom Verfasser herausgegebenen Zeitschriften Recht in Afrika (www.ria.nomos.de) und KAS African Law Study Library (www.african-law.nomos.de) sowie die Reihe Recht und Verfassung in Afrika (www.nomos-elibrary.de/buchreihe/B001030000/recht-und-verfassung-in-afrika-law-and-constitution-in-afrika).

II. Die rechtlich gesicherte Freiheit des Menschen

1. Deutschland

Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit, ein Dreiklang, den das Grundgesetz aufgreift. Dabei ist rechtliche Freiheit stets begrenzte Freiheit – schon im Interesse der Freiheit der anderen. Gleichheit bedeutet nicht den Verzicht auf Freiheitsrechte und beschränkt sich nicht auf gleiche Konsummöglichkeiten. Zum Gleichheitsgrundsatz gehört auch, Ungleiches ungleich zu behandeln⁹, beispielsweise indem im Steuerrecht nach Leistungsfähigkeit besteuert wird (werden sollte). Nicht zuletzt beinhaltet die im Grundgesetz verankerte Gleichheit Gleichheit vor dem Gesetz.¹⁰

Freiheit bedeutet die Möglichkeit zu selbstbestimmtem Handeln, die vom Staat zu schützen ist. Teil der allgemeinen Handlungsfreiheit ist die wirtschaftliche Handlungsfreiheit. Diese ermöglicht es dem Einzelnen, eine unabhängige wirtschaftliche Basis aufzubauen. Erschwert wird dies durch hohe Steuern und Sozialabgaben auf erarbeitetes Einkommen.¹¹

Die im Grundgesetz gewährleisteten Freiheitsrechte des Menschen bestehen zunächst einmal gegenüber dem Staat. Inwieweit hat der Staat sie auch gegenüber wirtschaftlich mächtigen Akteuren zu schützen? In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist die mittelbare Drittwirkung des Grundgesetzes anerkannt: *„Der Staat [...] ist danach verpflichtet, den in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden grundsätzlichen Aussagen dadurch Rechnung zu tragen, dass er sich „schützend und fördernd“ vor sie stellt – was Handlungspflichten des Staates gewissermaßen in Wahrnehmung einer Garantstellung für die Grundrechte auslöst, die er ggf. durch Gesetzgebung zu erfüllen hat, aber nicht nur hierdurch, sondern auch durch Gesetzesanwendung oder andere Maßnahmen.“*¹² Als Beispiel lässt sich das Stadionverbots-Urteil heranziehen.¹³ Es dürfen keine willkürlichen Stadionverbote verhängt werden. Aufgrund seiner sozialen Bedeutung ist der Hausrechtsinhaber bei der Entscheidung mittelbar an Art. 3 Abs. 1 GG gebunden, *„wenn einzelne Personen mittels des privatrechtlichen Hausrechts von Veranstaltungen ausgeschlossen werden, die von Privaten aufgrund eigener Entscheidung einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden und wenn der Ausschluss für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilhabe am gesellschaftlichen Leben entscheidet. Die Veranstalter dürfen hier ihre Entscheidungsmacht nicht dazu nutzen, bestimmte Personen ohne sachlichen Grund von einem solchen Ereignis auszuschließen.“*¹⁴

⁹ Im Einzelnen beispielsweise *Boysen* in v. Münch/Kunig, a.a.O., Art. 3 Rn. 24 ff.; zum Verhältnis zum europäischen Recht, Rn. 205.

¹⁰ *Boysen*, a.a.O., Rn. 31 ff.

¹¹ Die steuerrechtliche Begünstigung von Kapitalerträgen durch einen Steuersatz von lediglich 25 % ist auch unter diesem Aspekt problematisch. Warum besteuert der Staat Einkommen aus Geldanlagen, zu denen auch spekulativ erworbenes oder geerbtes Kapital gehört, geringer als unselbstständige und selbstständige Arbeit?

¹² v. Münch/Kunig in v. Münch/Kunig a.a.O. Vorb. Art. 1-19 Rn. 17.

¹³ BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 11.04.2018 – 1 BvR 3080/09, BVerfGE 148, 267.

¹⁴ Ls. 2 der in Fußnote 13 genannten Entscheidung.

Daran, dass der Staat gegenüber wirtschaftlichen Akteuren auch in einschneidender Form handeln darf, lässt das Grundgesetz keinen Zweifel. Art. 14 Abs. 2 GG hält fest: „*Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen.*“ Art. 14 Abs. 3 GG lässt Enteignungen zum Wohle der Allgemeinheit ausdrücklich zu, Privatnützigkeit und Sozialpflichtigkeit des Eigentums sind gegeneinander abzuwägen.¹⁵ Das Grundgesetz enthält kein Bekenntnis zu einer bestimmten Wirtschaftsverfassung.¹⁶

2. Europäische Union

Die Europäische Union ist aus der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft entstanden. Die Grundfreiheiten bezogen sich zunächst auf die Wirtschaft: Freier Warenverkehr, Freizügigkeit, freier Dienstleistungs- und Kapitalverkehr.¹⁷

Juristisch beschränkt sich die Europäische Union nicht hierauf: „*Die Werte, auf die sich die Union gründet, sind die Achtung der Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Wahrung der Menschenrechte [...]*“, Art. 2 des Vertrags über die Europäische Union (EUV).

Wahrgenommen werden dessen ungeachtet vor allem Vorhaben, die sich auf die Ordnung der Wirtschaft beziehen, häufig mit ausgeprägter Tendenz zur Privatisierung: Privatisierung des Schienenverkehrs, Privatisierung des Telefon- und Postsektors, Privatisierung von Strom- und Wasserversorgung¹⁸, Privatisierung von Wohnraum. Begründet wird dies regelmäßig damit, dass dies zu günstigen Preisen für Verbraucher führen soll, mit einem Zugewinn von Effizienz und Qualität.¹⁹ Dies ist schon für sich betrachtet jedenfalls längerfristig nicht immer richtig, wie sich beispielsweise auf dem deutschen (Miet-)Wohnungsmarkt beobachten lässt. Es reduziert außerdem Staatsbürger zu Konsumenten und wird damit dem Menschenbild von Grundgesetz und EUV nicht gerecht. Das Grundgesetz stellt die Unantastbarkeit der Würde des Menschen in Art. 1 Abs. 1 Satz 1 allem anderen voran. Art. 2 EUV gewährt der Achtung der Menschenwürde ebenfalls einen prominenten Platz. „*Im Begriff der Würde bündeln sich Erkenntnisse und Bewertungen über den Menschen, seine Rolle in Staat und Gesellschaft, ja den Sinn seiner Existenz, welche Philosophie und Theologie, sodann die modernen Sozialwissenschaften formuliert haben, ohne zu allgemein gültigen Aussagen unterhalb eines hohen Abstraktionsniveaus gelangen zu können.*“²⁰ Es ist schwierig, dies zu konkretisieren. Klar ist aber „*Es widerspricht der menschlichen Würde, den Menschen zum bloßen Objekt im Staat zu machen.*“²¹ Ist es dann nicht auch Aufgabe der Europäischen Union, Menschen in erster Linie

¹⁵ *Bryde* in v. Münch/Kunig, a.a.O., Art. 14 Rn. 105.

¹⁶ *Bryde*, a.a.O. Art. 14 Rn. 2.

¹⁷ Die Grundfreiheiten sind in den Art. 28 ff. des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) niedergelegt.

¹⁸ Nach Protesten und der europäischen Bürgerinitiative „Right2Water“ wurde der Kommissionsvorschlag (vgl. COM (2011) 897) abgeändert und die Wasserversorgung in der Konzessionsrichtlinie weitestgehend ausgenommen (Art. 12 der RL 2014/23/EU).

¹⁹ *Deckwirth*, Die Europäische Union als Triebkraft der Privatisierung, WSI Mitteilungen 10/2008, 534 ff., https://www.wsi.de/data/wsimit_2008_10_deckwirth.pdf.

²⁰ *Kunig* in v. Münch/Kunig, a.a.O. Art. 1 Rn. 19.

²¹ Sog. Objektformel des BVerG, im Einzelnen hierzu *Kunig* in v. Münch/Kunig a.a.O. Art. 1 Rn. 22, 23.

als Träger von Freiheitsrechten, als soziales Wesen in Staat und Gesellschaft mit einem Bedürfnis nach sinnvoller Existenz zu sehen und zu behandeln?

Wird das Menschenbild im Recht nicht allzu sehr verkürzt, wenn Wohlstand und Konsum ständig im Vordergrund stehen?²² Wer seine Muskeln nicht nutzt, büßt seine Leistungsfähigkeit ein, wer den Kontakt zu Menschen meidet, Beziehungen abbricht, verliert seine Liebesfähigkeit. Wer Freiheitsrechte nicht nutzt, sich nur noch von Konsum und Spaß einlullen lässt, verliert der nicht seine Fähigkeit, in Freiheit zu leben? Gibt nicht der, der nicht mehr wählen geht, sein Wahlrecht preis? Der, der keine Briefe mehr schreibt sein Briefgeheimnis? Der, der keine Zeitung mehr liest, nicht mehr Radio hört, das Recht der freien Meinungsäußerung? Und der, der Kunst, Wissenschaft, Forschung und Lehre nur noch in Geld und wirtschaftlicher Nützlichkeit bewertet, die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit? Freiheit kann durch Nichtgebrauch verloren gehen.

Freiheit kann auch durch politische Akteure von außen bedroht werden. Das Grundgesetz kennt den Verteidigungsfall, Art. 115a GG. Auf europäischer Ebene gibt es eine gemeinsame Außenpolitik und Bündnisse wie die NATO. Aber geht die Gefahr für die Freiheit in einer Zeit globaler wirtschaftlicher Vernetzung nicht eher von wirtschaftlichen Interessen mächtiger Akteure wie China oder den USA aus? Wer zwar aktuell weniger für Medikamente bezahlt, diese aber nur bekommt, solange die chinesische Regierung dies zulässt, setzt seine Freiheit auf das Spiel. Wer mit seinem Handy günstig telefoniert, ist mittlerweile von weltweit zwei Betriebssystemen für Smartphones abhängig. Ist das wirklich besser als auf staatliche Telefongesellschaften angewiesen zu sein? Bedarf die Sicherung der Freiheitsrechte deshalb nicht dringend einer Absicherung durch mehr wirtschaftliche Autonomie auf europäischer Ebene? Und zwar auch dann, wenn dies zu höheren Preisen z.B. für Medikamente und Kommunikation führen sollte?

Steuerrecht, beispielsweise in den Niederlanden, in Luxemburg und in Irland, das in Europa erzielte Umsätze weitgehend steuerfrei lässt, Wechsel einflussreicher europäischer Politiker zu nicht minder einflussreichen Finanzmarktakteuren bestärken den Eindruck, dass Geld allgegenwärtig ist, während Freiheit und Menschenwürde eher vernachlässigbar wirken. Eine Europäische Zentralbank, die die (kurzfristige) Kaufkraft der Konsumenten letztlich über alles stellt („whatever it takes“) macht es nicht besser.²³ Eine Europäische Kommission, die die Folgen der Corona-Pandemie, die diesmal nicht nur entlegene Regionen in Afrika²⁴ oder in Asien trifft, dadurch lösen will, dass mit unvorstellbar hohen Geldbeträgen möglichst niemand Konsequenzen spürt²⁵ setzt ihrerseits auch primär auf Geld, das bei den Akteuren der Finanzmärkte aufgenommen wird. Kurzfristig bleiben Verbraucher kaufkräftig. Aber werden nicht langfristig Freiheitsrechte gefährdet, indem Abhängigkeiten von Finanzmärkten geschaffen werden und künftige Handlungsspielräume schrumpfen? Diese Gefahr könnte meh-

²² Hierzu z.B. *Wagenknecht*, Freiheit statt Kapitalismus – Über vergessene Ideale, die Eurokrise und unsere Zukunft, 5. Aufl. 2016, S. 16 ff.

²³ Zur „prekären“ Legitimität der EZB z.B. *Nettesheim*, „Euro-Rettung“ und Grundgesetz, Verfassungsgerichtliche Vorgaben für den Umbau der Währungsunion, EUR 2011, 765, 782.

²⁴ Wie bei Ebola.

²⁵ Einmal abgesehen von künftigen Generationen, die die Schulden entweder direkt – durch Rückzahlung – oder indirekt durch Geldentwertung begleichen müssen.

riere Facetten haben: Ein hochverschuldeter Staat und künftig eine ebenfalls verschuldete Europäische Union verliert Handlungsspielräume. Kredite erhält nur wer von Geldgebern als kreditwürdig angesehen wird. Wer seinen Kreditrahmen ausgeschöpft hat, ist dem Wohlwollen seiner Geldgeber ausgeliefert. Die Geschichte lehrt viele unerfreuliche Beispiele, z.B. die deutsche Inflation in den 20iger Jahren des letzten Jahrhunderts und die Dauermisere Argentinien. Wiederholte Schuldenerlasse für afrikanische Länder haben diese in den vergangenen Jahrzehnten nicht zum Aufblühen gebracht, sondern letztlich in wirtschaftlicher und politischer Anhängigkeit gehalten.²⁶ Zur Freiheit gehört die Möglichkeit, nein zu sagen. Ein klares „Nein“ auf die Forderung nach Unterwerfung ist essentiell für ein Leben in Freiheit. Ein Staat – und ebenso eine Gemeinschaft von Staaten – die sich von Geldgebern abhängig macht, verliert ihre Freiheit, Forderungen nach Unterwerfung abzulehnen und wird damit unfrei. Ein solcher Staat, eine solche Staatengemeinschaft kann auch die Freiheit seiner/ihrer Bürger nicht mehr gewährleisten.

3. Globalisierung

Noch deutlicher als auf europäischer Ebene stellt sich im weltweiten Maßstab die Frage danach, ob Kapital und (wirtschaftliche) Macht oder Freiheit und Rechtsstaatlichkeit (aller Bürger und nicht nur einer reichen Minderheit) an Bedeutung gewinnen.²⁷ Um sich nicht in allgemeinen Thesen zu verlieren, konkretisiert der Verfasser seine Gedanken am Beispiel der DR Kongo, einem Land, in dem er seit 2006 regelmäßig juristisch tätig ist. Juristisch sieht es auf den ersten Blick gut aus: Die Verfassung gewährleistet Menschenwürde, Freiheitsrechte, auch Rechte auf Teilhabe an Bildung Gesundheitsfürsorge, Strom und Wasser.

Die Realität kann damit nicht ganz mithalten: Das Land ist sehr reich an wertvollen Rohstoffen.²⁸ Die Bevölkerung zählt zu den ärmsten der Welt.²⁹ Eine kleine – sehr reiche – Minderheit beherrscht und bestimmt politische und wirtschaftliche Abläufe des Landes, „demokratisch gewählt“, wohlwollend begleitet von der teuersten UN-Mission aller Zeiten³⁰. Wer verstehen will, wie Globalisierung funktioniert, braucht in der DR Kongo nur wenige Stunden, z.B. in und vor einer der großen Kupferminen Katangas: Innen ein riesiges, fast vollautomatisches Tagebaugebiet, High-Tech Rohstoffabbau, 24 Stunden am Tag, 365 Tage im Jahr. Vor den Toren eine ununterbrochene LKW-Kolonne, die die Rohstoffe zum Hafen von Dar es Salaam bringt.³¹ Der Rubel rollt. Zählt sonst noch etwas? Man muss es bezweifeln, leider.

²⁶ Ob die Abhängigkeit von China einer Abhängigkeit von den USA oder von europäischen Ländern vorzuziehen ist mag an dieser Stelle dahinstehen.

²⁷ Zum schwindenden Einfluss von Recht in internationalen Beziehungen z.B. *Krieger/Nolte/Zimmermann*, *The International Rule of Law – Rise or Decline*, 2019.

²⁸ Z.B.: Fast in jedem Handy befindet sich ein Stück Kongo, Herkunftsland von Coltan. In der DR Kongo liegt auch ein erheblicher Teil der weltweiten Vorkommen an Cobalt - wichtig für die Batterien von Elektrofahrzeugen.

²⁹ Überblick auf www.kinshasa.diplo.de.

³⁰ Hierzu *Hamann/Schroth*, *The Rule of Law in DR Congo, Burundi and Rwanda: Economic Aspects of Constitutional Law and Public International Law*, VRÜ 2011, 516, 535; *Hamann*, *DR Congo as a State of Law – Constitution and Reality*, VRÜ 2010, 92; zu einzelnen Aspekten der Rechtswirklichkeit in der DR Kongo KAS African Law Study Library 2014-2020 (www.african-law.nomos.de).

³¹ Ja, es gibt Gesetze, die die Weiterverarbeitung vor Ort vorschreiben, aber gelten sie auch für diejenigen, die an der Macht sind? Ein facettenreiches Bild der DR Kongo zeichnet v. *Reybrouck*, *Kongo Eine Ge-*

Anders ausgedrückt: Das Kapital hat sich durchgesetzt, das Recht ist auf der Strecke geblieben.³²

Nicht ganz: Das Handeln jedes Einzelnen zählt und kann etwas ändern: Vor Ort wissen z.B. einzelne Richter, Juraprofessoren und Anwälte sehr genau, wo die Grenzen der Freiheit liegen, bis wohin man ohne Lebensgefahr Freiheitsrechte ausüben, Grenzen verschieben kann.

Freiheitsrechte auszuüben setzt voraus, sie zu kennen. Und es setzt voraus, nicht alle Zeit und Kraft dafür einsetzen zu müssen, sich und seine Familie irgendwie von Tag zu Tag ernähren zu können. Bildung hilft – um seine Rechte zu kennen und um sich eine eigenständige wirtschaftliche Basis aufzubauen. Unabhängig von korrupten Netzwerken – und unabhängig von internationalen „Gebern“.³³

III. Die Gesetzmäßigkeit staatlichen Handelns

1. Deutschland

Das Grundgesetz ist eindeutig: „Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.“, Art. 20 Abs. 3 GG.

Die Frage nach guter Gesetzgebung ist nicht einfach zu beantworten³⁴.

Die erste Frage, die sich stellt: Wie kommen Gesetze zustande? Beispielsweise so, dass Großkanzleien, die u.a. Banken beraten während der Finanzkrise für das Bundesfinanzministerium tätig sind? Welchen Einfluss haben Teile der Energiewirtschaft und ihre Berater auf Gesetze zu Atomausstieg, teilweiseem Wiedereinstieg und erneutem Wiederausstieg nach Fukushima? Welche Rolle spielen Lobbyvertreter und mit ihnen vernetzte Abgeordnete bei der Gesetzgebung zum Gesundheitswesen und im Pharmabereich? Hat das Einfluss darauf, dass bei medizinischen Wirkstoffen Abhängigkeiten von Lieferanten beispielsweise aus China entstehen, einem Land, dessen Regierung eine andere Auffassung vom Schutz von Freiheitsrechten hat, als vom deutschen Grundgesetz gefordert?³⁵

Welche Aufgabe hat Recht bei der Ordnung des Zusammenlebens einer Gemeinschaft? Wie verhalten sich Rechtspflichten zu „Humanitäts- und Liebespflichten“?³⁶ Sollte sich auch der moderne Gesetzgeber von der Liebe zum Menschen leiten lassen? Art. 1 Abs. 1 GG legt das nahe.

schichte, 2010; eine literarische Beschreibung zur Verführungskraft von Korruption (nicht nur) in Nigeria findet sich z.B. in *Achebe*, *No Longer at Ease*, 1960.

³² Zu Rechtsstaat und Demokratie in Afrika: *Sango Mukalay*, *L'Etat de droit et la démocratie en Afrique*, *Recht in Afrika* 2014, 6 ff., zugänglich über www.ria.nomos.de.

³³ Hierzu deutlich: *Volker Seitz*, *Afrika wird arm regiert oder wie man Afrika wirklich helfen kann*, 2. Aufl. 2018.

³⁴ Aktuell hierzu beispielsweise Chancen guter Gesetzgebung in einer komplexen Welt, *ifst-Schrift* 527, 2019.

³⁵ Zur „Dominanz der Regierung über das Parlament“ und zum „Ausweichen des Bundestages vor unangenehmen Entscheidungen“, *Ferdinand Kirchhof*, *Ansätze zur rechtsstaatlichen und demokratisch besseren Gesetzgebung* in *ifst-Schrift* 527, 2019.

³⁶ *Welzel*, *Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs*, 1986, S. 59, zitiert nach *Fiorillo* a.a.O. 105.

2. Europäische Union

Europarecht und Entscheidungsprozesse europäischer Institutionen sind auch für Juristen nicht leicht zu verstehen. Klar dürfte sein: Das Europäische Parlament hat weniger Einfluss auf die europäische „Gesetzgebung“ als Rat und Kommission, auch wenn Europäisches Parlament und Rat im ordentlichen Gesetzgebungsverfahren grundsätzlich gemeinsam entscheiden.³⁷ Europäische „Gesetze“ werden im Kern von Vertretern der Mitgliedsländer verhandelt. Die Exekutive der Mitgliedsländer ist damit Legislative der Europäischen Union – ein oft beklagtes Demokratiedefizit.³⁸ Abhilfe ist nicht einfach, Europa ist kein Bundesstaat. Franzosen, Italiener, Spanier, Deutsche etc. sind Staatsbürger ihres Landes, wählen die Parlamente ihres Landes und sehen sich im Zweifel auch mehr als Bürger ihres Landes denn als Bürger Europas. Die Struktur der Entscheidungsfindung auf europäischen Institutionen hat häufig Bezug zu Wirtschaftsmärkten und beinhaltet komplexe technische Fragestellungen. Lobbys kombinieren exzellentes Branchen-Know-how mit wirtschaftlicher Macht und internationaler Vernetzung. Erstklassig organisierte, schlagkräftige private Einheiten auf der einen Seite, tendenziell schwerfällige, vielfältigen nationalen Interessen und Querelen ausgesetzte öffentlich-rechtliche Strukturen auf der anderen Seite.

Gerade wer proeuropäisch denkt, müsste auf schlanke, aber leistungsfähige europäische Strukturen drängen – und auch darauf, dass der Subsidiaritätsgrundsatz und das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV) ernstgenommen wird. Es geht nicht um mehr Europa, sondern um schlanke, leistungsfähige transparente Strukturen, weniger anfällig für Manipulation und Korruption, besser verständlich für die Bürger der Mitgliedsstaaten – und damit auch besser geeignet, die Bürger Europas zur Identifikation mit Europa und seinen Institutionen zu motivieren.

3. Globalisierung

Nach dem 1. Weltkrieg und nach dem 2. Weltkrieg bekamen Ansätze Auftrieb, das Zusammenspiel der Staaten friedlich und gewaltfrei rechtlich auszugestalten. Es entstand zunächst der Völkerbund, dann das System der Vereinten Nationen. Wer die Zeitung aufschlägt, weiß, der aktuelle Trend geht in die andere Richtung. Beispiele: Die USA kündigen das Iran-Abkommen einseitig auf und gehen gegen die Chefanklägerin des Internationalen Strafgerichtshofs vor. Brachiale wirtschaftliche Drohungen sind alltäglich geworden.³⁹ Großbritannien setzt gegenüber seinen europäischen Partnern im Rahmen des Brexit gezielten Vertragsbruch als „normales“ Verhandlungsmittel ein.⁴⁰ Dementsprechend ist die Frage, ob das Recht in internationalen Beziehungen an Bedeutung verliert, Gegenstand intensiver Forschung.⁴¹

³⁷ Auf dieses Verfahren weisen die meisten Kompetenznormen, im Einzelnen *Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 553.

³⁸ *Streinz*, Europarecht, 10. Aufl. 2016, Rn. 382 ff.; zum „Großzügigen Umgang mit dem Europarecht“ und zu „Mentalitätsunterschieden im Verhältnis zum Recht innerhalb des EU-Raums“ *Oppermann*, „Euro-Rettung“ und europäisches Recht, NJW 2013, 6 ff.

³⁹ Tiktok, Nordstream, ...

⁴⁰ Z.B. FAZ v. 30.09.2020 S. 5.

⁴¹ *Krieger/Nolte/Zimmermann*, The International Rule of Law – Rise or Decline?, 2019.

Auf ihrer Website⁴² hält die Kolleg-Forschungsgruppe The International Rule of Law – Rise or Decline? fest: „*We assume that a systematically relevant crisis of international law of unusual proportions is currently taking place which requires a reassessment of the state and the role of the international legal order.*“

Was hat das mit dem Thema dieses Aufsatzes zu tun? Der Verfasser konstatiert einen zeitlichen Gleichlauf dieser Entwicklung mit dem Aufstieg der Macht privater Akteure seit etwa 1990. Unternehmen mit einer Börsenkapitalisierung von mehr als 1 Billion USD gab es 1990 nicht, Privatpersonen mit einem Vermögen von mehr als 100 Milliarden USD ebenfalls nicht. Auch die Differenz zwischen dem Gehalt des Vorstandsvorsitzenden einer deutschen Aktiengesellschaft und einem Facharbeiter dieser Aktiengesellschaft war deutlich geringer. Große wirtschaftliche Unterschiede sind ungerecht, zumal dann, wenn sie nicht erarbeitet, sondern mit korrupten oder spekulativen Methoden „beschafft“ wurden. Das triggert Unzufriedenheit und Gewalt, vor allem dann, wenn der Aufstieg mit rechtmäßigen Mitteln schwer, wenn nicht unmöglich ist. Wer das nicht glauben mag, möge einen nächtlichen Spaziergang durch Kinshasa, Lubumbashi, Lagos oder Johannesburg versuchen. Die Anrufung des Rechts hilft nicht weiter. Nur der Einsatz von Geld führt zu mehr Schutz: Eine höhere Mauer, bewaffnete Wächter vor dem Tor.

Ein anderes Beispiel: Nehmen wir an, ein amerikanischer Präsident weist Microsoft, Google und Cisco an, Europa „vom Netz“ zu nehmen. Wie würden die freiheitlichen Demokratien Europas damit umgehen? Die Verquickung von wirtschaftlicher und politischer Macht könnte zu einem schwer vorhersehbaren Ausmaß an Unruhe und Unsicherheit führen. Ähnlich könnte sich ein chinesisches Embargo auswirken. Ist also die fortschreitende Globalisierung nicht ein Aufruf, ein Mindestmaß an Unabhängigkeit auf staatlicher, jedenfalls auf europäischer Ebene wiederherzustellen und durch geeignete Gesetze abzusichern? Um demokratisch legitimierte, politische Unabhängigkeit zu gewährleisten, die ihre Entscheidungsfreiheit gegenüber Dritten (Staaten wie Unternehmen) bewahrt und nicht erpressbar ist? Realistischerweise ist das nur denkbar, wenn grundlegende wirtschaftliche Bedürfnisse autonom gedeckt werden können (z.B. Lebensmittel, Energie, Medikamente, Infrastruktur einschließlich Kommunikation). Das Recht, demokratisch legitimierte, an Menschen, Staatsbürgern, ausgerichtete Gesetzgebung, kann die notwendigen Rahmenbedingungen schaffen. Eine demokratische Gesetzgebung durch das Volk sollte mehr sein als das Abnicken angeblich „alternativloser“ Entscheidungen.

⁴² www.kfg-intlaw.de.

IV. Die Gewaltenteilung

1. Deutschland

Auch hier macht das Grundgesetz in Art. 20 Abs. 2 eine klare Vorgabe: *„Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.“*

Alle drei Gewalten sind dem Grundgesetz verpflichtet und damit auch aufgerufen, den Rechtsstaat gegen Angriffe zu schützen.

Die Pflicht zur Verteidigung setzt die Fähigkeit zur Verteidigung voraus. Dazu gehört eine erstklassige personelle und sachliche Ausstattung aller staatlichen Institutionen, nicht zuletzt der Gerichte. Nur ein leistungsfähiger Staat kann seinen Aufgaben gerecht werden.

Kernelement eines Rechtsstaats ist die Verpflichtung, Regelverstöße zu sanktionieren. Ein Staat, der es zulässt, dass Regelverstöße im Ergebnis prämiert werden – z.B. durch wirtschaftlichen Erfolg und soziales Ansehen – gibt sich als Rechtsstaat auf.

Wie schwer es ist, einmal etablierten regelwidrigen Strukturen beizukommen zeigen z.B. Clankriminalität, Wirecard, die Anklage gegen den früheren Vorstandsvorsitzenden eines der größten deutschen Unternehmen wegen bandenmäßigen Betrugs, § 263 Abs. III Nr. 1 StGB oder aktuelle Berichte zu Geldwäsche. Sparmaßnahmen bei der Verwaltung, insbesondere bei der Justiz sind da der gänzlich falsche Weg.

2. Europäische Union

Der auf nationaler Ebene zu beobachtende Trend zur Dominanz der Exekutive wird auf europäischer Ebene noch deutlicher. Die „Legislative“ – das Europäische Parlament – ist strukturell schwächer als in den einzelnen Mitgliedsstaaten. Ein weiterer Trend, der bereits auf nationaler Ebene problematisch ist, wird auf europäischer Ebene ebenfalls deutlich: Gerade im Bereich der Kapitalmärkte sind handelnde Personen deutlich besser organisiert als staatliche und europäische Institutionen, zumal die privaten Akteure es verstehen, auf nahezu unbegrenzte Ressourcen zuzugreifen.

Auf nationaler Ebene verteidigt die Judikative ihre Unabhängigkeit in Deutschland ausgesprochen gut. Auf europäischer Ebene nimmt der Europäische Gerichtshof die Position des „letzverantwortlichen“ Gerichts ein. Seine Rolle ist umstritten, zumal er offenkundig Mühe hat, die Kompetenzen nationaler Verfassungsgerichte zu respektieren.⁴³ Zur Akzeptanz europäischer Institutionen trägt er damit nicht bei.

⁴³ Bspw. BVerfG zur Identitätskontrolle I (BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 15. Dezember 2015, 2 BvR 2735/14; BVerfGE 140, 317; in Reaktion auf das Akerberg Fransson Urteil des EuGH (26. Februar 2013, ECLI:EU:C:2013:105 hat das BVerfG im Antiterror-Datenschutzgesetz-Urteil eine restriktive Auslegung angewandt, BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 24. April 2013, 1 BvR 1215/07 Rn. 91, BVerfGE 133, 277 (316).