

B u c h r e z e n s i o n

Josef Ruthig/Stefan Storr, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., Verlag C.F. Müller (Schwerpunkte Band 34), Heidelberg 2008, 483 S., br., € 25,50.-

Die Finanzkrise hat eine Grundfrage des öffentlichen Rechts – das Verhältnis zwischen Staat und Markt – in gretles Licht getaucht. Daran kommt ein Lehrbuch des „Öffentlichen Wirtschaftsrechts“ nicht vorbei. *Josef Ruthig* und *Stefan Storr* jedoch mussten ihr Werk in der Neuauflage nicht umschreiben. Es hat die Probe bestanden und bedurfte nur punktueller Ergänzung. Die zweite Auflage bietet nunmehr Abschnitte zur „Aufsicht über Finanzmärkte am Beispiel des Bankrechts“ (Rn. 590 ff.) und zur „Börse als Anstalt des öffentlichen Rechts“ (Rn. 194 ff., spannend, nur zu knapp); und gleich auf Seite 1, in § 1 Rn. 1, begegnet der Leser in einer ersten Fallfrage der „aktuellen weltweiten Bankenkrise“. Das ist gut so. Denn von diesem bewährten Buch darf man sich einen unaufgeregten, systematischen und soliden – einen juristischen Beitrag zur Krise erhoffen. *Josef Ruthig*, der sich u.a. für den Grundlagenteil (§§ 1 und 2) verantwortlich zeichnet, bleibt die Antwort nicht schuldig. Er betont die Gestaltungsverantwortung des Gesetzgebers und sieht in der Offenheit der Verfassung für eine beträchtliche Bandbreite denkbare Wirtschaftspolitik auch eine „Absage an ökonomische Theorien als Grundlage verfassungsgerichtlicher Beurteilung“. Den Ausschlag geben allerdings die Grundrechte. „Eine Beschränkung der Zahl der Banklizenzen wäre daher verfassungswidrig“ (Rn. 5); der Rest ist Politik.

Der „Ruthig/Storr“ hätte es gar nicht nötig, an der alten Formel von der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes (Rn. 4, 677) festzuhalten. Sie vernachlässigt den Primat der Grundrechte und die Gemeinwohlverantwortung des Staates. Sie leistet womöglich dem Irrtum Vorschub, dass die Gestaltungsräume gerade der Wirtschaftspolitik bereichsspezifisch-irregulär größere oder kleinere seien, vielleicht sogar der Vorstellung, dass das Grundgesetz wirtschaftspolitisch ein Machtvakuum zulasse. Die Neutralitätsformel lenkt ab von der allgemeinen und fundamentalen, europa- und verfassungsrechtlich (in dieser Reihenfolge Rn. 50 ff.) abgesicherten Mechanik zwischen individueller Freiheitsgarantie und Gemeinwohlvorbehalt. Von Verfassungs wegen gibt es kein „Sonderrecht Markt“. Das Verhältnis zwischen Staat und Markt ist in verfassungs- und europarechtlicher Wahrheit ein Verhältnis zwischen einzelnen, legitim am ökonomischen Eigennutz interessierten, freien, deshalb auch zur wirtschaftlichen Selbstbestimmung berechtigten Unionsbürgern (Art. 12 GG, Art. 12 EGV) und Menschen (Art. 2 Abs. 1 GG) auf der einen Seite, der organisierten Allgemeinheit, dem gemeinwohlverpflichteten Staat und der Europäischen Union der Staaten, auf der anderen Seite. Dass „der Markt“ seinerseits eine sich selbst organisierende Allgemeinheit sei, konkurrenzfähiger, gar überlegener Gemeinwohlproduzent, gehört zu den Irrtümern, die sich mit der Krise endgültig erleidet haben. Der Markt ist für sich genommen ein Neutrums, sein werthaltiger Kern ist die individuelle Wirtschaftsfreiheit. Das Individualprinzip darf nicht umschlagen in Marktver-

machtung und Verbandssprechertum, das für sich ein allgemeinpolitisches Mandat reklamiert. Selbstermächtigungen geduldet zu haben, gehört zu den Fehlern, die sich mit der Krise hoffentlich erledigen. Ein „Öffentliches Wirtschaftsrecht“ muss die Rückkehr des Staates in die Wirtschaftspolitik begrüßen und begrenzen. Gemäß der allgemeinen Mechanik erzeugt der Primat individualökonomischer Selbstbestimmung verfassungsrechtlichen Rechtfertigungsdruck auf gegenläufige Entscheidungen der einzigen Instanz, die über ein allgemeinpolitisches Mandat verfügt. Die verfassungsjuristische Antwort auf die Finanzkrise kann nur lauten: Der Vorrang der individualökonomischen Selbstbestimmung hindert parlamentarische Mehrheiten nicht daran, den Gemeinwohlvorbehalt zu aktivieren, lenkt diesen aber in die Bahnen einer „Wirtschaftsordnung“ (Rn. 3-18), die primär Freiheitsordnung sein muss. Diese klassische Stuendogmatik, die das politische Regulierungsgesetz im Zeichen des Gemeinwohls als rechtfertigungsbedürftigen und rechtfertigungsfähigen Eingriff in Freiheit identifiziert, ist etwas anderes als „wirtschaftspolitische Neutralität“.

Das „Öffentliche Wirtschaftsrecht“ von *Ruthig/Storr* ist ein eindrucksvoller Beleg für die Haltbarkeit der klassischen und allgemeinen Institute, auch in Zeiten der Europäisierung und „sektorenspezifischen Regulierung“ (§ 6). Die Darstellung der Bankenaufsicht erschließt die Eingriffsermächtigungen konsequent im Rekurs auf Grundrechtsdogmatik und Polizeirecht. „Da es sich vorliegend um Eingriffe in das Grundrecht aus Art. 12 GG handelt, genügt aber die Generalklausel jedenfalls nicht für vorhersehbare und typische Standardsituationen“ (Rn. 593). Brüssel erscheint nicht mehr als „Vatikan regulierter Deregulation“ (so der Schweizer Schriftsteller *Adolf Muschg* in seinen brillanten „Reden für einen gastlichen Erdteil“, in: *Was ist europäisch?*, 2005, S. 27), sondern als Rechtssetzungsinstantz, die in der „regulierten Selbstregulierung“ klassische aufsichtsrechtliche Instrumente reanimiert (Rn. 504). Der „Ruthig/Storr“ erweist sich als modern gerade in seinem Beharren auf der Grundlagenfunktion des Allgemeinen Verwaltungsrechts und der zentralen Bedeutung des vermeintlich altertümlichen Gewerberechts (umfänglich: § 3). Die Querverstrebungen, vielfach auch ins Verwaltungsprozessrecht, machen das Buch lesenswert auch für Studierende, die sich nicht im Schwerpunkt für das „Öffentliche Wirtschaftsrecht“ entschieden haben.

Das Lehrbuch ist auf dem besten Weg, zugleich ein Handbuch und Grundlagenwerk zu sein. Die von *Stefan Storr* bearbeiteten Abschnitte zum „Recht der Privatisierung“ (§ 7) und „Recht der öffentlichen Unternehmen“ (§ 8) sowie zum europäischen Beihilfe- und Vergaberecht (§§ 9 und 10) sind weder Ergänzungen noch Exkurse. Im Zusammenhang präsentieren sie sich als notwendige Teilstücke einer Gesamtdarstellung, als Referenzgebiete, die auf den Allgemeinen Teil zurückwirken. Gelegentlich wird das Buch Opfer seines Erfolges und verarbeitet seine eigenen Erträge didaktisch nicht ehrgeizig genug. Zwei Beispiele:

(1) Rn. 603 stellt die „formelle Privatisierung“ als organisationsrechtlichen Vorgang dar, als Überführung einer Aufgabe „von einer Einheit des öffentlichen Rechts auf eine privatrechtlich organisierte Einrichtung, die der öffentlichen

Hand zuzurechnen ist“; für eine Vertiefung wird der Leser auf die Darstellung der öffentlichen Unternehmen verwiesen, verliert dort aber das Organisationsrecht aus dem Blick und gewinnt eher den Eindruck, dass der Staat stets am Rande gewinnwirtschaftlicher und damit „uneigentlicher“ Staatstätigkeit balanciert. Dem studentischen Leser sollte aber vor allem bewusst werden, dass er es mit einem elementaren Baustein der Staatsorganisation zu tun hat. Unter dem Stichwort „Finanzverwaltung“ etwa sollte er nicht nur an Finanzämter, Oberfinanzdirektionen und Ministerien denken, sondern auch an die „Bundesrepublik Deutschland Finanzagentur GmbH“; deren Schildkröte (die das Gegenteil von Bendix Grünlich sein soll, aber nicht so aussieht) sollte er mit Staat, Staatsfinanzierung und Staatsorganisationsrecht in Verbindung bringen können. Gerade weil der § 8 zum Recht der öffentlichen Unternehmen so gut gelingt, wünscht sich der Leser die Rückkopplung ins Staatsrecht, wenn nicht in die Allgemeine Staatslehre: Die „Selbstmultiplikationsfähigkeit“ von Bund, Ländern und Gemeinden, die Vielzahl der Ausgründungen und sekundären Rechtsgeschöpfe in privatrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Gestalt, mehr oder minder verselbständigte Akteure, verweist auf einen Grundtatbestand des Staatsorganisationsrechts im engen Zusammenhang mit den (und der Lehre von den) Staatsaufgaben. Die meisten Juristen kennen zwar die staatsbezogenen Einheitsbegriffe (Staat als Macht-, Friedens- und Entscheidungseinheit), wissen aber zu wenig über die Vielheit der Akteure im Staat. Auf den zweiten Blick überrascht nicht mehr, dass ein „Öffentliches Wirtschaftsrecht“ hier einen bedeutsamen Beitrag leisten kann; der „Ruthig/Storr“ jedenfalls trägt alle wichtigen Bausteine zusammen, hat zudem konsequent genug „die systembildenden europäischen Einflüsse“ (Rn. 503) im Blick, um der in der Juristenausbildung unterschätzten Akteursperspektive gerecht zu werden.

(2) Natürlich verschweigt das Buch nicht, dass die europäischen Marktfreiheiten im Allgemeinen und das europäische Vergaberecht im Besonderen den Unionsbürgern subjektive Rechte zuweisen (Rn. 50-53, 998 f.). Wenn aber ein Lehrbuch den Stoff so glänzend arrangiert wie der „Ruthig/Storr“, könnte man drastischer demonstrieren, dass die blassen Begriffe des Europarechts (besonders blass: „unmittelbare Anwendbarkeit“) die tektonischen Verschiebungen des Wirtschaftsverfassungsrechts weniger begreifbar machen als verdunkeln. Der Vergemeinschaftungserfolg der europäischen Integration beruht wesentlich auf einem Konstitutionalisierungserfolg. In dessen Zentrum stehen subjektive Rechte, die ökonomische Interessen wehrfähig machen. Gegenläufige Wirtschaftspolitik, darunter Subventions- und Vergabepolitik, wird individualrechtlich angreifbar. Europäisierung durch Entpolitisierung und individuelle Wehrfähigkeit: Das Beihilfe- und Vergaberechtsregime verrechtlicht staatliche Wirtschaftspolitik und sichert sich ab über die individuelle „Klagbarkeit der Integration“. Dass der EuGH in diesem Prozess eine zentrale Rolle spielt, versteht sich inzwischen von selbst. Das Vergaberecht macht bewusst, dass unterhalb des versteinerten Primärrechts, über das der EuGH quasi-souverän verfügt, „sekundärrechtliche Entpolitisierung“ möglich ist. Sie ähnelt der primärrechtlichen, indem sie mit der Zuweisung

subjektiver Rechte arbeitet, unterscheidet sich aber auch. Deshalb ist es bezeichnend und aufschlussreich – und wiederum Referenzpunkt für die allgemeine Analyse –, wenn sich im Vergaberecht politischer Widerstand regt und Ansätze ausmachen lassen, „die strenge EuGH-Rechtsprechung zu korrigieren“ (Rn. 1031). Das kann freilich nicht dem nationalen, sondern nur dem Gemeinschaftsgesetzgeber gelingen – und dann handelt es sich um Re-Politisierung im europäischen Konstitutionalisierungsrahmen. Aktuell steht das Vergaberecht vor einer Bewährungsprobe, weil die staatliche Investitionspolitik in Rezessionsangst auf Entfesselung und Beschleunigung drängt.

Der „Ruthig/Storr“ ist ein unbedingt empfehlenswertes, wichtiges Lehr- und Studienbuch. Zum Glück des Lesers setzt es formal auf lesbare, geschlossene Texte, auf größere Sinneinheiten, nicht auf ein Sammelsurium von Klein- und Kleinstinformationen. Die Einstiegsfälle sind durchweg geschickt konzipiert. Hinzu kommt: Seit die Verlage kaum mehr lektorieren, sind fehlerfreie Bücher zu seltenen Kostbarkeiten geworden. Der „Ruthig/Storr“ gehört zu den Ausnahmen. Man muss schon die auf der Umschlagseite abgebildete Lupe zur Hand nehmen, um Fehler zu finden. Der Verlag hat die Neuauflage in die angesehene Schwerpunktreihe übernommen – in der Tat, das Buch gehört in die erste Reihe.

Prof. Dr. Ulrich Hufeld, Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr, Hamburg