
Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung

— zur Problematik der Interpretation —

Prof. Dr. Toshiyuki Munesue

I. Problematik: Wie kann man das Verhältnis zwischen „Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung“ erfassen?

1. Implikationen des Themas "Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung"

Mein Vortrag geht davon aus, dass unter der *alltäglichen ökonomische Tätigkeit* jene zu verstehen ist, die eine bestimmte „*naturhafte Ordnung*“ hervorzubringen vermag. Dies kann sie vor allem deshalb, weil sie auf die *Sicherheit* angewiesen ist, dass die mit der ökonomischen Tätigkeit verbundenen *Erwartungen* sich auch tatsächlich erfüllen. Die *alltägliche ökonomische Tätigkeit* beruht auf einem operativen *Vertrag* mit festgelegtem Inhalt sowie auf der *Konvention*, die „Treu und Glauben“ und „öffentliche Ordnung / gute Sitten“ regelt. Die ökonomische Tätigkeit wirkt aber auch ständig auf die Konvention selbst zurück. Die Gesamtheit der mit der ökonomischen Tätigkeit insgesamt einhergehenden rationalen Erwartungen führt demnach zu der spontanen Herausbildung der „*Wirtschaftsordnung*“ bzw. des „*Wirtschaftsinstituts*“. Um die Spontaneität dieses Prozesses hervorzuheben, soll hier nicht von „Wirtschaftsinstitut“, sondern nur von „Wirtschaftsordnung“ die Rede sein. Der Terminus beinhaltet nicht etwa nur das positive Recht, das Gewohnheitsrecht und die Rechtsprechung, sondern auch die Geschäftssitte und den aus der Aggregation der einzelnen Geschäfte hervorgehenden „*Markt*“. Betrachten wir etwa einzelne Vermögensdelikte oder Handlungen, die gegen Treu und Glauben verstoßen, so können wir mit anderen Worten auch sagen, sie erschüttern die „*Wirtschaftsordnung*“ - oder tun dies auch nicht. Die so verstandene „Wirtschaftsordnung“ in ihrem weitesten Sinne

soll hier im Mittelpunkt der Betrachtung stehen.

„*Wirtschaftsordnung*“ ist der Inbegriff der institutionell abgesicherten ökonomischen Tätigkeit. Inwiefern bezieht sie sich nun aber auf die *verfassungsrechtliche* Garantie der Wirtschaftsfreiheit – und die als ihre Kehrseite anzusehende verfassungsgemäße *Regulierung* dieser Freiheit? „*Wirtschaftsordnung*“ und „*Verfassungsrecht*“ haben jeweils eigene institutionelle und normative Inhalte. Ihre begriffliche Gegenüberstellung kann auch mit den beiden eher praxisbezogenen und deskriptiven Begriffen „*ökonomische Tätigkeit*“ und „*Staat*“ zum Ausdruck gebracht werden. Daraus folgt die Frage, in welchem Verhältnis überhaupt der Staat, das staatliche Recht und das Verfassungsrecht zur ökonomischen Tätigkeit und zur Wirtschaftsordnung stehen. Mein Beitrag zielt darauf ab, das im Nebeneinander der beiden gleichrangigen Begriffe angelegte Thema „*Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung*“ innerhalb der oben formulierten Fragestellung zu erfassen und die Korrelation der Begriffe zusammenzufassen.

2. Wirtschaftsfreiheit etabliert sich auch im unvollständig ausgebildeten staatlichen Ordnungen

Die ökonomische Tätigkeit kann sich deshalb fortlaufend entfalten, weil der Staat das bürgerliche Recht schafft und das System des Zivilprozesses festlegt und verwaltet. Diese Vorstellung soll hier als „*Institutstheorie*“ bezeichnet werden. Aus Sicht dieser Theorie mag die oben erwähnte Rede vom „*Wirtschaftsinstitut*“ zu weit gehend erscheinen. Man muss dabei aber folgende Gesichtspunkte berücksichtigen: Der freiwillige Tausch eines Gutes zwischen den Teilnehmenden findet seinen Ursprung darin, dass die *Nutzung* des Gutes je nach Individuum und räumlicher Umgebung ganz unterschiedlich erfolgt; einmal abgesehen etwa vom gewohnheitsmäßigen Tausch eines körperlichen Gutes innerhalb einer Gruppe oder auch Plünderungen im Krieg. Der Tausch hat also das Recht des Staates oder den Staat selbst *nicht* zur Voraussetzung. Tausch entsteht vielmehr spontan und fortlaufend. Die Frage, ob nun der der freiwillige Tausch oder das Recht bzw. das Institut einander zeitlich vorgehen,

mag an den abgegriffenen Scherz „Huhn oder Ei?“ erinnern. Der direkte Impuls für den Tausch bzw. Vertragsabschluss geht jedenfalls von der Freiwilligkeit der Teilnehmenden aus. Sofern also die *Freiwilligkeit* die Existenz des Staates nicht voraussetzt, geht der Tausch aus logischer und zeitlicher Sicht dem Staat voraus.

Auch in Zeiten und Gesellschaften ohne Staat und Institutionen bedeuten „Treu und Glauben“ keineswegs nur ‚guter Wille“. Vielmehr tritt eine bestimmte rationale Erwartung von „Treu und Glauben“ in Erscheinung, die in den Interessen der Teilnehmenden angelegt ist. Diese Erwartung ist keine bloß subjektive Vorstellung. Sie ist gleichsam ein „*Präjudiz*“, das sich aus der *Erfahrung vorangegangener Fälle* ergibt und von den Teilnehmenden deshalb beachtet werden muss – etwa bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Vertrag wegen Irrtums angefochten werden kann. Die grundsätzliche Beachtung dieses „Regelbuches“ dient den Vertragspartnern als *tatsächliches Zertifikat*. Die potenziellen Vertragspartner sehen sich gezwungen, die Regel auch ohne staatliche Sanktion zu beachten, wollen sie ihr Vertrauen in den Markt bewahren. Ein theoretisches Beispiel für das Entstehen eines Marktes ohne Staat wäre etwa eine illegale Untergrundwirtschaft wie der Drogenhandel, die sich nach der polizeilichen Zerschlagung des Netzwerks durch neue Transaktionen wieder aufzubauen versucht.

Eine unabhängige „Rechtsvollzugsstelle“, die alle Teilnehmer des Vertrags zur dessen Beachtung zwingen soll, kann sich zwar rasch etablieren. Um allerdings das Vertrauen der Nutzer zu gewinnen, muss sie über geraume *Zeit der Hüter* („der Schäferhund“) auch *bleiben*: Sie darf nicht willkürlich vom Hüter zum „Wolf“ werden.

In Zeiten und Gebieten, in denen Staat und Gerichtsbarkeit unbekannt sind, leidet zwar der Normbefehl „*Verträge sind einzuhalten*“ an der fehlenden hoheitlichen Vollzugsgewalt. Doch selbst unter diesen Bedingungen realisiert sich der *faktische Satz*: „*Der Vertrag wird eingehalten*“. Selbstverständlich wird damit keine hundertprozentige Effektivität erreicht. Könnte man aber

experimentell den Vergleich mit der heutigen Lage einer vollständig ausdifferenzierten staatlichen Rechtsordnung erproben: Inwieweit wäre wohl der Effektivitätsgrad des faktischen Satzes geringer? In diesem Sinne kann man auch die Phrase von Karl Marx verstehen, *der Warenaustausch fange dort an, wo die Gemeinschaft ende*.

3. Die Frage nach der Existenzberechtigung des Staates gegenüber der Wirtschaft stellt sich erst seit dem modernen Konstitutionalismus

In Bezug auf die Wirtschaft liegt die eigentliche Bedeutung der Entstehung des Staates nicht etwa in seiner Eigenschaft als öffentliche Rechtsvollzugsstelle, die in ihrem Ursprung auf den antiken Staat zurückgeht. Seine Bedeutung ist vielmehr darin zu sehen, dass der moderne Staat rational kodifiziertes Recht hervorbringt, das konsequent nach Leitbildern ausgerichtet ist. Dieses positive Recht gibt den Anlass für weitere Rechtsänderungen. Der Staat bietet den rationalen Erwartungen der Vertragspartner ein höheres Maß an Vertrauensschutz und Planungssicherheit, als dies die Rechtsprechung allein mit ihrem Fundus an Präjudizien vermag. So kommt es zur „Festschreibung des modernen bürgerlichen Gesetzbuches“. Über eine bloße verfahrensorientierte Legitimierung des Vertragsabschlusses hinausgehend, zwingt der Staat den Vertragsparteien in *materieller* Hinsicht die nach seinen Interessen festgelegte „Gerechtigkeit“ auf und macht damit den Vertrag zum Instrument der Güterverteilung. Diese Darstellung beruht auf dem „Locke-Modell“, das unten noch näher behandelt werden soll.

Was unter *materieller Gerechtigkeit* zu verstehen ist, hängt freilich von der Ideologie ab, auf die der jeweilige Staat angewiesen ist. Im Laufe des 19. Jahrhunderts bedeutete Gerechtigkeit zunächst *Vertrauensschutz* (Rechtsstaatsprinzip) und wurde dann weiter entwickelt zum *Prinzip „der öffentlichen Ordnung und der guten Sitten“*, das auf die Gewährleistung der freien Willensbetätigung (Freiheitsrechte) zielte. Im Sozialstaat des 20. Jahrhunderts ging es um den *Ausgleich bei der Güterverteilung* (Sozialbindung des Eigentums und soziale Grundrechte). Im Kapitalismus hat der moderne Staat die *Quintessenz der jeweiligen kapitalistischen Ideologie* aus seiner

Perspektive erfasst, in eine Gerechtigkeit umgeschrieben und hat sich auf diese Weise die Anerkennung als Hüter der Gerechtigkeit verschafft.

Insofern geht es seit der Moderne nicht um das Problem, ob der *Staat* der Wirtschaft (d.h. dem Warentausch) vorausseilt oder umgekehrt. Es stellt sich vielmehr die Frage, ob das *positive Privatrechtssystem*, das der moderne Staat in einem bestimmten Verfahren und in Ausübung seiner Zuständigkeit zur Rechtssetzung und Rechtsänderung geschaffen hat, einer bestimmten Form von Kapitalismus vorausseilt oder umgekehrt. Die Fragestellung „Wer folgt wem?“ führt uns zu dem Problem, ob das jeweilige positive Privatrechtssystem die *Wirtschaftsordnung* bildet oder aber, ob die jeweilige naturwüchsige Wirtschaftsordnung die Änderung des positiven Privatrechts erzwingt.

4. Wirtschaftsfreiheit(srecht) als vorstaatliches Recht

Wie oben behauptet, kann die Wirtschaftsordnung spontan entstehen. Diese Annahme steht in enger Verbindung mit der Verortung der Wirtschaftsfreiheit in der *allgemeinen Theorie der Grundrechte*. Aus Sicht der Verfassungstheorie lässt sich mit dem Begriff der „Wirtschaftsfreiheit“ die Tätigkeit des Menschen erfassen, die eine Wirtschaftsordnung hervorbringt. Die herrschende Verfassungstheorie geht bei den Freiheitsrechten von der Distanz zwischen dem Staat und dem Rechtssubjekt aus. In dieser Distanz ist gewissermaßen die Positivierung der *natürlichen* Freiheit als vorstaatliches Recht begründet. Im Katalog der *Grundrechte*, einschließlich jener, welche die Wirtschaftsfreiheit begründen, kommt der Staat als *Voraussetzung ihrer Gewährleistung* nicht vor. Stattdessen werden dort Ausprägungen menschlichen Seins und Handelns als Gegenstand der Grundrechtsgarantie aufgeführt, die als solche frei sein sollen. Es liegt nahe, in der natürlichen vorstaatlichen Freiheit die Grundlage ihrer verfassungsrechtlichen Gewährleistung zu sehen.

Die natürliche Freiheit wird durch den nachfolgenden Staat als *subjektives Recht*, d.h. als beanspruchbares Freiheitsrecht, umgesetzt. Der Staat unterliegt bei dieser Umsetzung jedoch gewissen Beschränkungen, die sich aus der Logik des Gesellschaftsvertrages bzw. des Vertrages zur Gründung des Staates ergeben. Indes bleibt das Freiheitsrecht seinem Charakter nach doch

vorstaatlich. Dies gilt auch für die Wirtschaftsfreiheit.

Wenn dieser Beitrag von der Annahme ausgeht, die Wirtschaftsfreiheit sei als vorstaatliches Recht, d.h. natürliche Freiheit, zu erfassen, dann stellt sich die Frage, inwieweit der Staat bzw. das Verfassungsrecht diese Freiheit beschränken darf, d.h. diese in die Staats- und Staatsrechtsordnung integrieren und damit „*entnaturalisieren*“ kann. Ob und in welchem Ausmaß eine Regulierung der Wirtschaftsfreiheit zu rechtfertigen ist, hängt davon ab, mit welchem theoretischen Modell wir die Distanz zwischen *Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung* beschreiben.

II. Vergleichsstruktur: Meinungsfreiheit und Staat

1. Meinungsfreiheit und Staat: „zwei Seiten einer Medaille“

Um unsere Betrachtung der Wirtschaftsfreiheit weiter zu vertiefen, soll hier der direkte Vergleich zur Meinungsfreiheit gezogen werden. Unsere Überlegungen richten sich dabei auf das Verhältnis von *Meinungsfreiheit und Verfassungsrecht* und die Beziehung von *Meinungsäußerung und Staat*.

Unter den Vertreter der *Sozialstaatstheorie*, eine der Lehren zur Interpretation der Verfassung, gibt es viele Stimmen, die die Meinungsfreiheit ebenso wie die Wirtschaftsfreiheit als *vorstaatliches* Recht bzw. *natürliche* Freiheit betrachten. Allerdings wagen sie es nicht, die *Meinungsfreiheit* als Teil der Staats- und Staatsrechtsordnung zu konzipieren. Im Hintergrund steht die so genannte „*Double Standard Theorie*“, die sich an die US-amerikanische Rechtsprechung und Literatur anlehnt. Diese Lehre impliziert, dass nur die *geistige Freiheit* – bspw. die Meinungsfreiheit – dem originär vorstaatlichen Recht zuzurechnen ist. Dagegen seien die Wirtschaftsfreiheit auf Grund ihres Sozialbezuges ebenso wie die sozialen Grundrechte Teil des „nachstaatlichen“ Rechts. Mit der Theorie der „*Double Standards*“ lässt sich erklären, dass die verfassungsgerichtliche Prüfungsintensität bei staatlichen Eingriffen in die Wirtschaftsfreiheit weit hinter jener im Bereich der Meinungsfreiheit zurückbleibt. So kann auch der milde Prüfungsmaßstab bloßer *Evidenzkontrolle*, dem die Gesetzgebung bei der Verwirklichung der sozialen Grundrechte unterliegt, grundsätzlich auch Anwendung auf die *wirtschaftspolitische*

Regulierung finden.

Ich vertrete hier jedoch eine andere Auffassung: Gerade die Wirtschaftsfreiheit ist eine dem Staat bzw. dem Verfassungsrecht *vorgegebene* Freiheit – wobei freilich die Distanz zwischen Wirtschaftsfreiheit und Staat/Verfassungsrecht je nach Epoche und territorialen Gegebenheiten variieren –, während dagegen die Meinungsfreiheit als *nachstaatliche* Freiheit sich erst seit Entstehung von Gesellschaft und Staat sinnvoll entfalten kann. Dies ist freilich kein Plädoyer, den strengen Prüfungsmaßstab für die Regulierung der Meinungsfreiheit abzuschwächen. Ich halte hier lediglich das Beharren auf „Vorstaatlichkeit“ nicht für notwendig, um die herausragende Bedeutung der Meinungsfreiheit und den strengen Kontrollmaßstab bezüglich ihrer Restriktion zu begründen.

Die Meinungsfreiheit steht vielmehr im Kontext von Gesellschaft und Staat, und entfaltet erst dann ihren eigentlichen Sinn, wenn ihre Priorität sich in Gesellschaft bzw. Staat *bewährt*. Da die Gesellschaft nicht anderes als ein *Kommunikationsnetzwerk* zwischen Menschen ist, und der Staat den Gliedern der Gesellschaft als Instrument zur Integration politischer Meinungen und den entsprechenden Operationen dient, kommt der Meinungsfreiheit gerade die Rolle eines *Motors* für Gesellschaft und Staat zu. Die Meinungsfreiheit kann sich nicht ohne Gesellschaft oder Staat entfalten, ist also insofern ein erst im sozialen Gefüge „verfeinertes“ Menschenrecht (ein genuin „nachstaatliches Recht“).

Diese These mag nun auf heftige Kritik stoßen, da häufig gerade die Meinungsfreiheit als Paradebeispiel vorstaatlichen Rechts bezeichnet wird. Die Meinungsfreiheit wird jedoch erst durch das Verfassungsrecht konstituiert. Es handelt sich nicht etwa um eine ursprünglich „naturgewachsene“ Freiheit, die dann durch das Verfassungsrecht – d.h. die mit Gesetzesvorbehalt versehene Grundrechtsgarantie - lediglich „gezähmt“ worden wäre. Die Meinungsfreiheit wird zur Verwirklichung der komplexen Operationen im *Gesamtgefüge staatlicher Ordnung* nach einem streng freiheitssichernden Maßstab geschützt. Sie bildet insofern einen unerlässlichen Teil der staatlichen Rechtsordnung und der Ordnung des Staates überhaupt. Der *Gesellschaftsvertrag* ist nicht deshalb geschlossen worden, um die Äußerungsakte zwischen Privatpersonen vor

Störungen zu bewahren. Nein, der Äußerungsakt – verstanden als *universaler Kommunikationsakt* - wird überhaupt erst dadurch ermöglicht, dass der Staat das Individuum von der Bindung an Religion, gesellschaftliche Konventionen usw. befreit.

Beispielsweise findet die *Form der pressemäßigen Äußerung* nicht etwa deshalb die Akzeptanz in der Bevölkerung und kann sich so in der Gesellschaft entfalten, weil es ein Pressegesetz gäbe, sondern weil die staatliche Gewalt den öffentlichen Diskurs, eine entsprechende Erziehung und gemeinsame öffentliche Interessen („die öffentliche Sphäre“) garantiert. Insofern kann nicht behauptet werden, die Meinungsfreiheit bestehe gerade deshalb, weil sie „naturgewachsen“ sei. Vielmehr wird die für den geistigen Austausch notwendige Verbindung von demokratischer Sphäre und bürgerlicher Öffentlichkeit durch die *Meinungsfreiheit* auf die Grundrechtsebene *projiziert*. Die Projektion erfolgt durch komplexes artifizielles Recht, das der strukturellen Gerechtigkeit des politischen bzw. Regierungssystems folgt, d.h. die Existenz des Staates voraussetzt und sich innerhalb seiner Ordnung bildet. Die Ausdrucksfreiheit ist also kein simples Exklusivrecht, das nur zur Abwehr staatlicher Eingriffe dient. Was folgt daraus nun für die *unterschiedliche Regulierung* von Wirtschaftsfreiheit und Meinungsfreiheit? Die Beschränkung seiner wirtschaftlichen Freiheit *erlebt* das Rechtssubjekt bewusst als *Verlust einer Handlungsalternative*. Anders dagegen bei der Regulierung der Meinungsfreiheit. Hier nimmt der Einzelnen es häufig gar nicht wahr, dass ihm Informationen oder geistige Inhalte vorenthalten bleiben; auch nicht, dass bestimmte weltanschauliche Vorstellungen in das kollektive Bewusstsein der Bevölkerung eingebracht werden; ja selbst den Machteliten kann diese Alternative verborgen bleiben. Die Beschränkung der Meinungsfreiheit liegt typischerweise gerade nicht in einem expliziten Entzug von Verhaltensalternativen, sondern in der *strukturellen* (modern formuliert: „Code“-bezogenen) *Kontrolle*, die sich nicht ohne Weiteres in der Regulierung selbst niederschlägt.

Auch durch eine in Bezug auf Mittel, Art und Inhalt der Meinungsäußerung *vermeintlich neutrale Regulierung* kann der Staat die Ausübung der Ausdrucksfreiheit behindern. Entsprechendes gilt für die Möglichkeit, durch die

Regulierung die *Wirkung* einer Meinungsäußerung auf Dritte zu beeinflussen oder gar ganz auszuschließen. Die auf diese Weise in relativem Unwissen belassene Vorstellungswelt der Menschen reproduziert sich im Prozess der Demokratie. Nun bilden Staat und Meinungsfreiheit (bzw. -unfreiheit) gleichsam die zwei Seiten derselben Medaille. So ist es auch kein Wunder, dass es in Japan kein Pressegesetz gibt. Führen wir uns einmal vor Augen, dass *nichtkommerzielle* Flugblätter, die ja so etwas wie eine Alternative zur etablierten Zeitung darstellen, nur unter strengen gesetzlichen Voraussetzungen in den Briefkasten eingeworfen werden dürfen. Entsprechendes gilt für deren Verteilung an öffentlichen Orten. Auch die Benutzung öffentlicher Parks durch politische Parteien und Mitglieder des Parlaments unterliegt bestimmten Vorschriften. Im Gegensatz dazu genießen die etablierten Zeitungen jedoch den Schutz und die Förderung des Staates. Wenn man dies berücksichtigt, so erscheint es doch merkwürdig, dass die Pressefreiheit eine „*natürliche*“ Freiheit sein soll.

Damit ist freilich nicht gemeint, die Meinungsfreiheit müsse als natürliche Freiheit „entfesselt“ werden. Die Meinungsfreiheit verwirklicht sich – sei es zu ihrem Besseren oder auch ihrem Schlechteren - nur dort, wo es Staat bzw. staatliche Macht gibt. Will man die Bedingungen für die Ausübung der Meinungsfreiheit verbessern, so muss man aus eigener Kraft den *neuen Horizont* finden, für den man vorher *blind* war. Als institutionelle Sicherungen dieses Weges empfehlen sich u.a. das Zensurverbot, gesetzliche Auskunftsansprüche und ein strenger Prüfungsmaßstab für die „*inhaltsneutrale*“ Regulierung.

2. Meinungsfreiheit ist keine „natürliche“ Freiheit

„Der Ruf“, nach *Rousseau* die erste Ansprache des primitiven Menschen, würde uns gar nichts bedeuten und uns deshalb nur als bloßer „Laut“ vorkommen, wenn dahinter keine sozialen Beziehungen oder Normen stünden. Wäre die Meinungsfreiheit als „natürliche Freiheit“ zu verstehen, so müsste die der triebhaften, menschlichen Begierde entsprechende *Pornografie* oder auch jede rein intuitive Äußerung im Internet gleichsam als „*Prototyp*“ der Ausdrucksfreiheit gelten. In der Lehre von der „natürlichen Meinungsfreiheit“ spiegelt sich gerade

das mangelnde Bewusstsein ihrer Vertreter wider. Wir sollten – um ein früheres Beispiel noch einmal aufzugreifen – die Frage, ob das Einwerfen eines *politischen* Flugblattes in den Briefkasten erlaubt ist, nicht im Rahmen einer Diskussion über die Zulässigkeit der Verbreitung von Pizza-Werbung führen; sondern sollten die Frage als Problem *struktureller Gerechtigkeit des demokratischen Prozesses* erörtern.

Das staatliche Recht ist das Ergebnis von Kommunikation und wirkt gleichzeitig *steuernd* auf die künftige Kommunikation ein. Die *Funktion* der Norm „Der Mörder ist mit dem Tode zu bestrafen“ liegt bspw. nicht nur in der *Steuerung des Verhaltens* potenzieller Täter, sondern auch in der Auflösung des Unterschieds zwischen den divergierenden Auffassungen, wie Mord rechtlich zu beurteilen ist (bzw. in der Verschiebung der einzelfallbezogenen Diskussion auf den allgemeinen Horizont). Insofern könnte man überspitzt formulieren, *der Staat selbst sei das System der Meinungsfreiheit*. Der freie Äußerungsakt „baut“ den Staat auf. Der Staat seinerseits schafft die Rahmenbedingungen für freien Meinungs Austausch („die öffentliche Sphäre“) durch öffentliche Erziehung und demokratischen Prozess. Zugleich ist der Staat bemüht, die potenziell grenzenlose Erweiterung der Kommunikation *einzuhegen* und den Äußerungsakt „in der Ordnung“ zu halten. Die Interdependenz von *Meinungsfreiheit* und *Staat* lässt sich vereinfacht so ausdrücken: „der Staat“ *ist der gesteuerte Kommunikationsprozess*.

Selbst wenn man die Meinungsfreiheit als ein durch den Staat geschaffenes institutionelles *Artefakt* begreift, so ist es doch möglich, der Regulierung der Meinungsfreiheit enge Schranken zu setzen. Denn die Regulierung birgt die allgemeine Gefahr, die Existenz des Staates zu unterminieren. Erst die Zugänglichkeit der öffentlichen Sphäre für die *kritische* Meinungsäußerung kann nämlich den Beweis führen, dass der Kommunikationsprozess des Staates sich kontinuierlich neu ereignet und verändert, und auf diese Weise die Legitimation des Staates durch „öffentliche Meinung“ belegen. Daher liegt es im staatlichen Interesse, die Beschränkung der Meinungsfreiheit einer strengen Prüfung zu unterziehen.

Wenn Meinungsfreiheit sich in ihrer Bedeutung mit der Funktion des Staates überlappt, wie hier behauptet wird, so soll damit nicht etwa gesagt werden, der Staat wäre der primäre Anbieter der Meinungsinhalte. Das Angebot an Meinungen und Informationen, das durch „public broadcaster“ (den öffentlich-rechtlichen Rundfunk) oder durch öffentliche Bibliotheken der Bevölkerung zugänglich gemacht wird, spielt meines Erachtens keine geringe Rolle; u.a. deshalb, weil die Meinungsfreiheit dadurch gefördert wird, sich als „*natürliche*“ Freiheit erst zu entfalten. Gerade die von mir kritisierte Auffassung, die Meinungsfreiheit sei eine *originär natürliche* Freiheit, hat dazu geführt, einen weitreichenden Einfluss des Staates auf den Rundfunk anzuerkennen, und zwar unter dem Vorwand, dass bei den *Zeitungen* die *natürliche Freiheit* herrsche. Meines Erachtens schafft der Staat selbst das Feld für die Meinungsfreiheit, wenn er geistige Inhalte durch öffentliche Rundfunksender („public broadcasting“) oder öffentliche Bibliotheken anbietet. Die Auswahl geistiger Inhalte im Rahmen staatlicher „Leistungsverwaltung“ ist deshalb ein riskantes Unterfangen, weil damit der Kommunikationsprozess eines Staates in starre Bahnen gelenkt werden kann. Dadurch läuft der Prozess in Gefahr, sich selbst zu blockieren.

Neben seiner engeren Lebenswelt ist der Mensch u.a. auch Akteur im Wirtschaftsleben. Die Medien, einschließlich des öffentlichen Rundfunks, haben u.a. die Aufgabe, relevante Informationen aus außerstaatlichen Sphären für die private und öffentliche Meinungsbildung aufzubereiten, und uns möglichst präzise (freilich professionell kommentiert) zu vermitteln. Außerdem sollen Medien die für die Alltagsverbringung allgemein nützlichen Informationen liefern. Der Staat (verstanden als der demokratischer Prozess) muss sich gegenüber der Information selbst passiv verhalten, um den Prozess der Meinungs- und Willensbildung offen zu halten. Will der Staat etwa auf die Lebenswelt oder die Wirtschaft einwirken, so soll er dies nicht im Wege der *Informationssteuerung*, z.B. in Form von „Government Speech“, sondern nur als *Gesetzgeber* tun.

III. Zum Verhältnis von Verfassungsrecht und Staat – die “Institutstheorie“

1. Drei Modelle des Verhältnisses von Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung

Kommen wir nun zu unserem eigentlichen Hauptthema zurück: Wir können das Verhältnis von Verfassungsrecht und Wirtschaftsordnung (d.h. das Verhältnis von Staat und Wirtschaft) nach drei Modellen – jenen von *Rousseau*, von *Hayek* und *Locke* – interpretieren. Wie ich unten noch erläutern werde, folge ich der Deutung von *Locke*.

a) Institutstheorie (*Rousseau*)

Nach diesem Modell soll das *Rechtsinstitut* die Wirtschaftsordnung konstituieren. Über das Verfassungsrecht wird die gesamte Wirtschaftsordnung in die staatliche Rechtsordnung integriert. Mit anderen Worten: Erst der *normative Komplex* schafft die Wirtschaftsordnung. Zu seinem Normenbestand gehören die einfachgesetzlichen Vermögensrechte und die Gesetze zur Wirtschaftsregulierung unterhalb der Verfassungsebene einerseits, sowie die verfassungsrechtlichen Garantie der Wirtschaftsfreiheit andererseits.

b) Theorie der reinen natürlichen Freiheit (*von Hayek*)

Die Wirtschaftsordnung soll nach diesem Modell vor dem Rechtsinstitut existieren. Erstere bildet sich spontan als Ergebnis ausgeübter Wirtschaftsfreiheit als *natürliche Freiheit* heraus. Die Bedeutung der *verfassungsrechtlichen* Garantie der Wirtschaftsfreiheit liegt im grundsätzlichen Verbot staatlichen Eingriffs in die außerverfassungsrechtliche Wirtschaftsordnung.

c) Eklektische Theorie (*Locke*)

Grundsätzlich auf der Theorie der natürlichen Freiheit beruhend, soll doch das *Rechtsinstitut* einen Kernbereich der Wirtschaftsordnung bestimmen und bestätigen sowie eine Peripherie schaffen.

2. Grundlage der „Institutstheorie“ (Rousseau)

Die Argumentation der „Institutstheorie“ vollzieht sich in drei Schritten:

(1) Die Erwerbsfreiheit/Eigentumsfreiheit (zusammenfassend: die Wirtschaftsfreiheit) ist „*institutsgeprägte Freiheit*“, d.h. erst durch die Schaffung eines Privatrechtssystems realisierbar.

(2) Das Privatrechtssystem wird als Teil des Rechtsinstituts durch *positives Verfassungsrecht sowie einfache Gesetze* geschaffen und verändert, die indes nichts anderes als die *Quelle* des Privatrechts darstellen.

(3) Daher kann der Staat nicht in die Wirtschaftsfreiheit „*eingreifen*“.

Es ist nach dem Rousseau-Modell übrigens denkbar, dass ein Gericht das *Rechtsinstitut* wegen innerer Widersprüche für verfassungswidrig erklärt. Nämlich dann, wenn der Staat versucht, *im Rahmen des Rechtsinstituts* die Wirtschaftsfreiheit unter seine Kontrolle zu bringen. Solche, dem *Rechtssystem immanenten Widersprüche* können auch nach der Rechtsprechung des japanischen Obersten Gerichtshofs zur *Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelung* führen. Dabei sind zwei Fallgruppen anerkannt:

1) Das *Gesetz zur Schaffung des Institutes* selbst ist fehlerhaft (z.B. wegen Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit – so das *Urteil zum Arzneigesetz*¹⁾)

2) Unwirksam ist eine gesetzliche Bestimmung auch dann, wenn sie *Grundgedanken* des Privatrechtsinstituts (d.h. elementaren Regeln des bürgerlichen Rechts) widerspricht, die gleichsam als „Verfassungsrecht im materiellen Sinne“ den Inhalt der Eigentumsgarantie konkretisieren. Der japanische oberste Gerichtshof hat diese Auffassung in seinen Urteilen zum

1 Siehe zu diesem Urteil unten Abschnitt V.2.

Forstschutzgesetz und zum *Postdienstgesetz*² vertreten. In den betreffenden Fällen waren Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches als allgemeines Recht dem besonderen Recht vorgegangen, weil diese ihrem materiellen Gehalt nach an der verfassungsrechtlichen Garantie *teilhatten* und damit oberstes Recht verkörperten.

Wir kommen noch darauf zu sprechen, weshalb sich Vorschriften des bürgerlichen Gesetzbuches auch im Verfassungsrecht verkörpern können. Die Argumentation läuft zusammengefasst wie folgt: die *verfassungsrechtliche Garantie der Wirtschaftsfreiheit als solche* begründet keine unmittelbare einklagbare Ansprüche (eben so wenig wie das Existenzrecht des Menschen, Artikel 25 Japanische Verfassung). Indes bildet die verfassungsrechtliche Garantie der Wirtschaftsfreiheit zusammen mit dem betreffenden einfachen Gesetz (z.B. des bürgerlichen Gesetzbuches) einen *konkreten Normkomplex*, der den *Inhalt der verfassungsrechtlichen Wirtschaftsfreiheit* ausmacht.

3. Schwäche der „Institutstheorie“ (1)

Betrachten wir nun die These, die Erwerbs- bzw. Eigentumsfreiheit (Wirtschaftsfreiheit) sei eine „*institutsgeprägte Freiheit*“. Könnte Wirtschaftsfreiheit aber in Wirklichkeit denn nicht auch *ohne institutionelle Ausgestaltung* (und zwar nicht nur ohne verfassungsrechtliche, sondern auch ohne weitere privatrechtliche Ausgestaltung) *garantiert* werden? Der Begriff „Garantie“ bedeutet nicht, dass der privatrechtliche Inhalt des Eigentumsrechts³ detailscharf festgelegt wird. Wenn ein in das Eigentum eingreifendes Gesetz deshalb verfassungswidrig wäre, weil es in vorgegebenes „Eigentumsrecht“ unzulässig eingreift, so würden der abstrakte Begriff und die betreffende Norm tatsächlich einen Beitrag zur Bestimmung der „Garantie“ leisten können. Indes verbleibt das dem Gesetz vorausgehende Institut

2 „*Postdienstgesetz-Urteil*“ 11. September 2002. Zum „*Forstschutzgesetz-Urteil*“ siehe Abschnitt V.2.

3 Obwohl die Ausführungen auch für die *Erwerbsfreiheit* gelten, soll im Folgenden nur das Eigentumsrecht im Mittelpunkt der Betrachtung stehen, da es als Prototyp der „Institutionalisierung“ durch das Privatrechtssystem angesehen werden kann.

„Eigentumsrecht/Privateigentum“ selbst auf der Ebene des gesetzlichen Begriffsmusters und trägt daher nichts zur Erfassung des unantastbaren Inhalts bzw. des Schutzbereichs bei. Wollte man dennoch auf der *begrifflichen Ebene* die dem Gesetz vorausgehende Wirtschaftsfreiheit/Eigentumsrecht anerkennen, so wäre *Argumentationsschritt* (1) der Institutstheorie freilich falsch. Denn das Konzept einer dem Recht vorausgehenden *institutionellen Garantie* des Eigentums bzw. Instituts des Privateigentums kann sich nur *bewähren*, wenn es in eine verfassungsrechtliche Garantie gefasst wird. Man kann kein Institut *im Vakuum* herstellen. Der Satz „*Diese Rose ist rot*“ setzt doch voraus, dass die konkrete Bedeutung von „Rot“ allgemein bekannt ist. So knüpft auch Artikel 29 Abs. 1 Japanische Verfassung: „Das Eigentumsrecht soll unantastbar sein“ an eine der Verfassung vorausgehenden Vorstellung vom „Eigentumsrecht“ an. Anderenfalls könnte das Eigentumsrecht nicht im Verfassungsrecht garantiert werden. Nur aufgrund dieser vorgegebenen Vorstellung sollte das Eigentumsrecht/Institut des Privateigentums auch der Maßstab für das einfache Gesetz sein.

Erst auf Grundlage des durch Verfassungsrecht und Gesetz festgelegten Instituts können weitere normative Details des Eigentumsrechts/Privateigentums ausgearbeitet werden und damit die Erwartungen der am Rechtsverkehr Beteiligten sich bestätigen. Ein in dieser Weise hergestelltes konkretes Institut können wir als „*das Eigentumsrecht*“ („*das Privateigentum*“) bezeichnen, denn die Eigentumsvorstellung, die der Festlegung des Instituts durch Verfassungsrecht bzw. einfaches Gesetz vorausgeht, ist die vorstaatliche *natürliche Freiheit*; *naturwüchsig*, ähnlich einer Pflanze. Die verfassungsrechtliche bzw. gesetzliche *Festlegung* des Eigentumsrechts (Instituts des Privateigentums) ist nichts anderes als die positivrechtliche Einordnung des Ergebnisses, das sich aus der *Ausübung der natürlichen Freiheit* ergibt; so als ob man einen Baum beschneiden würde.

4. Schwäche der „Institutstheorie“ (2)

Die *naturwüchsigen* Regelungen in der globalen Wirtschaft (bereits die ursprüngliche Wirtschaftsordnung hatte einen globalen Charakter, weil sie

eben vorstaatlich ist) bilden die „Rechtsquelle“ (Rechtfertigung) des Privatrechtssystems. Deshalb sollten Änderungen des Privatrechts nur unter Berücksichtigung internationaler Standards vorgenommen werden. In dieser Hinsicht mutet die Forderung nach formalistischer „Vertragsgerechtigkeit“, wie sie derzeit in der Diskussion um eine Reform des japanische Zivilgesetzbuches teilweise erhoben wird, eher provinziell an.

Die Realität des Wirtschaftslebens, die durch eine wachsende „Ungleichheit“ der Beteiligten und die Funktionsunfähigkeit globaler Ökonomie geprägt ist, verführt uns dazu, Zuflucht bei der „*Institutstheorie*“ zu suchen. Wir müssen uns jedoch darüber im Klaren sein, dass die globale Wirtschaft aus der *bisherigen* Freiheit hervorgeht, die nur durch künstliche Staatsgrenzen und Einrichtungen daran gehindert war, sich in Bezug auf die Freizügigkeit der Menschen, des Austausches von Waren- und Dienstleistungen sowie des Kapitalverkehrs zu entfalten. Zugleich trägt die globale Wirtschaft dazu bei, dass die zunehmenden unüberschaubaren Risiken, die durch den einzelnen Staat nicht zu bewältigen sind, durch internationale Kooperation ausgeglichen bzw. gemildert werden können. Chancen ergeben sich hier für die Entwicklung neuer Technologien und die Entdeckung von Rohstoffen, für die Armutsbekämpfung, den Klimaschutz oder auch Maßnahmen gegen den Terrorismus. Der traditionelle souveräne Staat hat die Funktion, die hergebrachten Probleme durch eine geeignete *lokale Regelung* per Gesetz zu rekonstruieren und so den Betroffenen *Rechtssicherheit* zu bieten. Der Staat tut sich aber schwer damit, flexibel auf einen *dynamischen* Sachverhalt zu reagieren, der für das *Institutsmodell* nicht nur unbeherrschbar, sondern auch unvorhersehbar ist.

Wer den *naturwüchsigen* Charakter der Wirtschaft ablehnt und dafür plädiert, die Wirtschaft unter hoheitliche Kontrolle zu bringen, der übersieht, dass die *globale Wirtschaft* zur *Bewältigung* der Risiken *beiträgt*, mit denen der Staat konfrontiert ist. Eine Parallele zwischen dem Staat als Institution und dem Wirtschaftssystem liegt darin, dass auch Staaten Risiken zu minimieren suchen, indem sie sich an internationalen Organisationen wie den Vereinten Nationen beteiligen, sich regional integrieren oder Bündnisse schließen. Auch auf zwischenstaatlicher Ebene führt die Risikostreuung zu einer *Erweiterung*

des Risikos, wie die kollektive Verteidigung zeigt. Würde man die Wirtschaft dem Staat unterstellen (vorausgesetzt, dies sei überhaupt möglich), so liefe dies meines Erachtens darauf hinaus, dass die internationale Politik und Staatengemeinschaft letztlich doch die Regionen und Subjekte, die das eigentliche ökonomische Risiko tragen, unberührt ließen. Denn auch die in internationalen Kollektiven auftretenden Staaten müssten sich mit ihren jeweils eigenen politischen Risiken auseinandersetzen.

Es kann nicht Aufgabe des Staates sein, das *Spiel* der globalen Wirtschaft zu stoppen und gleichzeitig als *Spieler* aufzutreten. Die *begrenzte Rolle* des Staates lässt sich stattdessen so zusammenfassen: Erstens hat der Staat seine eigenen dysfunktionalen Regelungen mit den *internationalen Standards* abzugleichen, um so die Nachhaltigkeit der *Spiele* in der globalen Wirtschaft zu fördern. Zweitens soll er einem *tüchtigen Spieler*, dem vorübergehend die erforderlichen finanziellen Mittel fehlen, einen *Überbrückungskredit* anbieten. Insgesamt ist stets im Blick zu behalten, dass die staatlich unabhängige freie Wirtschaft einen Beitrag dazu leisten kann, die Risiken des Staates (wie Terrorismus oder Krieg) zu reduzieren.

IV. Das Verhältnis von Verfassungsrecht und Staat – die „Theorie der reinen natürlichen Freiheit“

1. Wirtschaftsfreiheit als natürliche Freiheit

Wie bereits ausgeführt, ist die Wirtschaftsfreiheit kein durch das Recht des Staates (auch nicht des Verfassungsrechts) geschaffenes „*Artefakt*“. Die ökonomische Tätigkeit, in deren Mittelpunkt der *Handel* steht, entfaltet sich auch ohne ein bürgerliches Gesetzbuch oder Urteile eines staatlichen Gerichts. Die Achtung gegenüber dem Vertrag ist dem eigennützigem Verhalten vielmehr immanent. Auch ohne sprachliche Verständigung darüber, ist der Handel möglich.

Nachdem wir die Institutstheorie des *Rousseauschen* Modells verworfen haben, kommen wir nun zu der Frage, ob das *Hayek-Modell* oder das Konzept von *Locke* uns überzeugen kann.

2. Die Theorie der reinen natürlichen Freiheit (von Hayek): das absolut unantastbare Eigentumsrecht und der *Hobbessche* Staat als dessen Hüter

Dieses Modell geht von einem absolut unantastbaren Eigentumsrecht bzw. von einer „*Wirtschaftsordnung*“ aus. Diese gehen dem Staat voraus. Auch in diesem Modell ist eine abgesicherte Wirtschaftsfreiheit nicht ohne Staatsgewalt vorstellbar. Die Wirtschaftsfreiheit verdankt dem Staat ihre Sicherung in der realen Welt, mithin die Absicherung des Eigentumsrechts gegen Eingriffe durch private Dritte.

Es lässt sich vorstellen, dass eine *soziale Gesellschaft* sich spontan herausbildet, die die entsprechende Überwachung übernimmt. Träte sie zudem mit der Absicht auf, Transitzölle zur Verhinderung von Trittbrettfahreneffekten zu erheben, und würde sie die Sünder kontrollieren, so könnte man darin bereits eine primitive Form von Staatlichkeit sehen. Die Funktion eines solchen Staates beschränkte sich indes darauf, die Wirtschaftsfreiheit in ihrer „Naturwüchsigkeit“ nach außen hin zu schützen.

Der *Hobbessche Staat* baut seinen Apparat auf, um diejenigen Personen zu unterdrücken, die das Leben, die Freiheit und das Eigentum des Einzelnen potenziell beeinträchtigen. Dadurch soll der „*Natur*“-*Zustand* bewältigt werden, in dem *der Mensch dem Menschen ein Wolf ist*. Das Staatsbild im *Hayek-Modell* entspricht dem *Hobbesschen* Staat, der auf der Grundlage des Gesellschaftsvertrags zum Schutze des Eigentümers vor Beraubung durch private Dritte gegründet wurde.

In diesem Modell ist das Eigentum ein für den Staat bereits *vorgegebenes Faktum*. Die Gefahr für das Eigentum entsteht außerhalb des Marktes. Das Eigentum ist für den Staat sozusagen das „*absolute Andere*“ – die *absolute „Unantastbarkeit“*. Zweck der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie ist es einmal, die absolute Unantastbarkeit zu bewahren; desweiteren, den Schutz des Eigentumsrechts vor dem räuberischen Zugriff privater Dritter zum *Staatsziel* zu erklären. Die Garantie des Eigentumsrechts hat schließlich den weiteren Sinn, die Unantastbarkeit des Eigentums mit der Verwirklichung öffentlicher

Interessen in Einklang zu bringen. Hierzu sieht die Eigentumsgarantie die *Möglichkeit der Enteignung* vor und nennt dafür die Voraussetzungen.

Nach diesem Modell ist der Staat nicht befugt, durch Eingriffe in das Eigentum oder durch dessen Beschränkung in das Marktgeschehen zu intervenieren. Er bleibt in der Rolle des „Nachtwächterstaates“. Die Eigentumsgarantie richtet sich auf den *Schutz* des konkret *bestehenden* Eigentums. Dieser Schutz vollzieht sich vor allem über die staatliche Befugnis zur Bestrafung. Die *Entfaltung des Privatrechts* bleibt dem *Handelsbrauch*, dem *Gewohnheitsrecht* und dem *Naturrecht* überlassen; ferner der *Rechtsprechung*, die diese Quellen auf den konkreten Fall hin *auslegt*. Die eigentliche Funktion des modernen bürgerlichen Gesetzbuches – so die Theorie – liegt darin, dem Verkehr *Rechtssicherheit* zu vermitteln. Inhalt des Gesetzbuches sind die aus der Rechtsprechung abgeleiteten *allgemeinen Rechtssätze*.

3. Die Eklektische Theorie (Locke): Relative Unantastbarkeit des Eigentumsrechts

Der *Lockesche* Staat ist der Hüter des Naturrechts. Er hat großes Interesse daran, dass der Markt sich spontan aus dem vertraglichen „Treu und Glauben“ bilden kann und dass das so erworbene Vermögen Schutz genießt. Er beschränkt sich gerade nicht – wie bei *Hobbes* – auf die physische Absicherung des Eigentumsrechts.

Das Eigentum ist das Ergebnis der sich unter dem Natur-„Recht“ entfaltenden Wirtschaftstätigkeit. Der Staat hat nicht nur die Aufgabe, das Eigentum vor Raub zu schützen. Er ist auch dafür zuständig, den *Marktmechanismus* als solchen (z.B. durch eine funktionierende *Zivilgerichtsbarkeit*; durch das Verbot des Betrügens etc.) zu schützen. Das Eigentum ist für den Staat nicht das *absolute*, sondern das „*relative* Andere“.

„*Verfassungsrechtliche Garantie des Eigentums*“ bedeutet hier also hoheitlicher Schutz der Eigentumsordnung innerhalb des Markts durch Errichtung eines Privatrechts/einer Gerichtsbarkeit. Diese Garantie ist nicht auf den strafrechtlichen Eigentumsschutz angelegt, sondern auf eine

Eigentumsgarantie durch Privatrecht. Der Staat garantiert (er stiftet nicht!) die Wirtschaftsordnung, indem er das positive Privatrecht hervorbringt und eine Zivilgerichtsbarkeit organisiert.

4. Die Entwicklung der eklektischen Theorie (Locke)

Das *Locke*-Modell akzeptiert eine Intervention des Staates in die Wirtschaftsordnung nur in Form des positiven Privatrechts bzw. der Zivilgerichtsbarkeit. In Bezug auf die *Intensität der Intervention* lassen sich innerhalb des Modells von *Locke* zwei Ansätze zur Beschreibung des Verhältnisses von Staat und Wirtschaftsordnung unterscheiden:

a) Neutralitätsansatz

Danach soll die Rolle des Staates/des Privatrechts *Rechtssicherheit* (als Erweiterung der physischen Sicherheit) zu gewährleisten. Hierzu gehört bspw. das Verbot von Betrug und Wucher. Wir sind hier nahe bei der herkömmlichen Auslegung von „öffentlicher Ordnung und guten Sitten“. Übrigens stimmt der Ausdruck „öffentliche Ordnung und gute Sitten“ in diesem Zusammenhang nicht notwendig überein mit der Werteordnung der Grundrechte im Verfassungsrecht.

b) Wertsatz

Dieser Ansatz soll jene Variante des *Locke*-Modells bezeichnen, die für das Privatrecht eine bestimmte *Vertragsgerechtigkeit* verlangt. „Rechtssicherheit“ impliziert auch die *materielle* Gültigkeit des Vertrags. Die „*Vertragsgerechtigkeit*“ wird im Lichte der normativen Werte der staatlichen Ordnung interpretiert, an deren Spitze die Verfassung steht. So lässt sich der Vertragsinhalt hoheitlich revidieren. Der Staat ist hier nicht nur der äußere Hüter der Wirtschaftsordnung. Durch Normsetzung und Vertragskontrolle soll er *materielle Gerechtigkeit* realisieren. Erfüllt er diese Aufgabe durch den Erlass sozialer Gesetze - etwa im Arbeitsrecht - so nehmen ihn die Unternehmen als „*Sozial-Staat*“ wahr. Griffe der Sozialstaat indes über den Arbeitnehmerschutz hinaus auf die objektivrechtliche Regelung des Eigentumsrechts zu, so würde er sich vom *Locke*-Modell hin zum *Rousseauschen* Konzept bewegen.

Wenn der Staat seine Pflicht zur Schaffung *materieller Gerechtigkeit* durch die *Rechtsprechung* in interpretierender Anwendung des allgemeinen Privatrechts erfüllt, so kann sich der Ansatz der *mittelbaren Drittwirkung des Grundrechts* durchsetzen, worauf ich unten noch eingehen werde. Umgekehrt ließe sich auch sagen, dass der Ansatz einer mittelbaren Drittwirkung des Grundrechts sich gerade dann als herrschende Meinung behaupten kann, wenn wir bei der Analyse des Verhältnisses von Staat und Wirtschaftsordnung dem Werteansatz des *Locke-Modells* folgen.

V. Einige weitere interpretatorische Überlegungen

1. „Verfassungsrecht und Privatrecht“: Die Positionen zur Drittwirkung des Grundrechts

a) Die Ablehnung der Drittwirkung

Im oben erwähnten *Hayek-Modell* und nach dem Neutralitätsansatz des *Locke-Modells* ist der Staat auf die Rolle des äußeren Hüters der Wirtschaftsordnung beschränkt.

Auf dieser Annahme beruht die Aussage, dass das Privatrecht ein Instrument zum *äußeren* Schutz des Vertrages (bzw. zur Verhinderung des Betrügens, das dem physischen Eingriff vergleichbar ist) ist und dies auch bleibt. Denn „Wirtschaftsfreiheit“ bedeutet *vorstaatliche* Freiheit im eigentlichen Sinne, sodass der Staat nicht befugt ist, dem Inhalt des Vertrages einen materiellen Sinn zu verleihen. Diese Sichtweise muss freilich dazu führen, eine Drittwirkung des Grundrechts abzulehnen.

Dieser Ansatz mag zwar bei abstrakt-theoretischer Betrachtung nachvollziehbar sein. Der Staat kann jedoch in eine Lage geraten, in der er die Selbstblockade und Selbstzerstörung des Kapitalismus nicht mehr verhindern kann, wenn er sich auf die Rolle des äußeren Hüters beschränkt. Erhebt aber der Staat (d.h. die Rechtsprechung) den normativen Gehalt des Grundrecht zum *Gültigkeitsmaßstab des einzelnen Vertrags* (mittelbare Drittwirkung des Grundrechts!) und sichert er auf diese Weise das System des Kapitalismus insgesamt, so bedeutet dies freilich noch nicht, dass dadurch das *Prinzip der*

relative Unabhängigkeit der Wirtschaftsordnung gegenüber dem Staat ausgehöhlt würde.

b) Der Ansatz der mittelbaren Drittwirkung des Grundrechts

Nach dem Werte-Ansatz des *Locke*-Modells ist es Aufgabe des Staates, die materielle Gerechtigkeit der Wirtschaftsordnung zu konturieren. Dieses Staatsverständnis knüpft an die Theorie der *mittelbaren* Drittwirkung des Grundrechts an. Der normative Gehalt des Grundrechts soll im Wege der Auslegung „der öffentlichen Ordnung und der gute Sitten“ in das Privatrecht „implementiert“ werden. Der Staat (die Rechtsprechung) schützt den Markt davor, sich selbst zu blockieren, indem er (sie) dem Inhalt des jeweiligen Vertrages eine bestimmte staatliche Gerechtigkeitsvorstellung (den „Wertgehalt“ des Grundrechts) „einimpft“. Der Staat tut dies, um das System der Privatautonomie bzw. der Garantie des Eigentums zu schützen; und zwar ungeachtet des Umstands, dass Privatautonomie und Eigentum keineswegs absolut geschützt sind.

c) Der Ansatz der unmittelbaren Drittwirkung des Grundrechts

Will man in Anlehnung an das oben erwähnte *Rousseau*-Modell (*Institutstheorie*) die gesamte Wirtschaftsordnung als Teil der staatlichen Rechtsordnung erfassen, so liefert das *Verfassungsrecht* als oberstes Recht den *Maßstab* zur Auslegung des Privatrechtsverhältnisses (einschließlich des Vertrages), in direkter Korrektur des *konkreten Vertragsinhalts*.

Im Rahmen der *Institutstheorie* lassen sich also sowohl die *Eigentumsgarantie* als solche als auch *ein bestimmtes Verständnis von Vertragsgerechtigkeit* (*Privatautonomie*) als *konkrete Grundrechtsgehalte* in die staatliche Rechtsordnung integrieren.

2. Bedeutung der „Institutsgarantie des Eigentums“ in Art 29 Abs. 1 Japanische Verfassung

Wenden wir nun das *Locke*-Modell auf die *Institutsgarantie* des Eigentums in Artikel 29 Abs. 1 Japanische Verfassung an. Die dogmatische Figur der

„Institutsgarantie“ hat eine andere Bedeutung als der von mir bisher verwendete „Instituts-“ Begriff, der erst durch staatliches Recht geschaffen wird. Die Bedeutung der „*Institutsgarantie*“ liegt in Folgendem: (1) Der Kernbereich des Instituts darf auch durch Gesetz nicht beeinträchtigt werden, und (2) dieser Kernbereich hat sich im Lauf der *Geschichte* in Form einer *Konvention* herauskristallisiert.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der spontan sich herausbildende Normenkomplex („die Konvention“!) über die *Lehre von der Institutsgarantie* in die Verfassung integriert werden kann. Das *Locke*-Modell scheint zur Erklärung der „Institutsgarantie des Eigentums“ besonders gut geeignet zu sein, weil nach diesem Konzept der Staat die *naturwüchsige Wirtschaftsordnung* sowohl von „*außen*“ als auch zu einem gewissen Grad *materiell* beeinflussen kann. Wie soll nun aber eine vorstaatlich entstandene „*Wirtschaftsordnung als Institut*“ bei der Auslegung des Verfassungsrechts Berücksichtigung finden? Hierzu müssen wir einen Prioritätsansatz formulieren, der zwischen dem „*Kernbereich einer Wirtschaftsordnung = dem Institut*“ und der „*Peripherie des Instituts = dem Rechtsinstitut*“ unterscheidet:

Der „Kernbereich des Instituts“ ist gleichzusetzen mit dem *spontanen Entstehen* durch den globalisierten Markt. Dagegen stellt die „Peripherie des Instituts“ die *verfassungsrechtliche oder gesetzliche Herausarbeitung* wirtschaftlicher Freiheit dar.

Die *Eigentumsgarantie* in Art 29 Abs. 1 Japanische Verfassung hat vor allem zwei Aspekte: zum *Einen* gewährleistet sie als verfassungsrechtliches Institut den Kernbereich jenes *Instituts von Kapitalismus*, das sich zeitlich *vor* der Geltung des Verfassungsrechts spontan herausbildet. Zum *Zweiten* garantiert sie das mit der *persönlichen Autonomie* verbundene Eigentum.

Das *System des Privatrechts* („des Vermögensrechts“) zielt auf (1) eine konkrete Garantie des Instituts „Kapitalismus“ (*Kernbereich plus Peripherie*), (2) ohne dabei direkt an die persönliche Autonomie anzuknüpfen. Der Gesetzgeber hat für die Gestaltung des Privatrechts insoweit nur einen engen

Spielraum, als er (1) in Bezug auf den Kernbereich des „*Instituts Kapitalismus*“ eine globalisierte naturwüchsige kapitalistische Ordnung verfolgen muss. Die Ordnung zu präzisieren, ist eine Funktion des positiven Privatrechts. Demgegenüber bleibt dem Gesetzgeber ein weiter Spielraum bei der Ausgestaltung der *Peripherie* (2), des eigentlichen Felds der Rechtspolitik. Begrifflich kann die *Errichtung des Eigentumsinstituts* als „*institutionelle Regulierung*“ bezeichnet werden. Durch sie wird die *Operation* des Eigentumsinstituts (des *Instituts des Kapitalismus*) geregelt.

In seinem Urteil zum *Forstschutzgesetz* vom 22. April 1987⁴ hat der japanische Oberste Gerichtshof sich von einem „*Ansatz der zweiteiligen Klassifizierung der Wirtschaftsregulierung*“ distanziert. Nach diesem Ansatz gilt für die gerichtliche Überprüfung einer *polizeirechtlichen* Regulierung im Bereich der Wirtschaft der allgemeine Kontrollmaßstab, während bei der gerichtlichen Kontrolle einer *wirtschaftspolitischen* Regulierung nur eine *Evidenzprüfung* stattfinden soll. Die Auffassung des Obersten Gerichtshofes im *Forstschutzgesetz-Urteil* erscheint nach meinen bisherigen Ausführungen durchaus nachvollziehbar. Die Theorie der „*zweiteiligen Klassifizierung der Wirtschaftsregulierung*“ hatte der Oberste Gerichtshof in seinem Urteil vom 30. April 1975 („*Arzneigesetz-Urteil*“)⁵ aufgenommen. Dabei ging es um die gesetzliche Beschränkung der individuellen unternehmerischen Betätigung. Die Theorie wurde entwickelt, um Regulierungen der sich aus der *persönlichen Autonomie* ergebenden *Wirtschaftsfreiheit* zu überprüfen. In der *Entscheidung zum Forstschutzgesetz* ging es dagegen um eine andere Problematik. Dort war zu entscheiden, ob die Vorschrift des Artikels 186 *Forstschutzgesetz* als eine auf die Sicherung des „*Instituts Kapitalismus*“ abzielende „*institutionelle Regulierung*“ gerechtfertigt werden konnte. Denn die betreffende Regelung betraf die konkrete Ausgestaltung des „*Instituts Kapitalismus*“. Mit dieser Vorschrift, die ihrem Zweck nach der Stabilität der Forstwirtschaft diene,

4 „*Forstschutzgesetz-Urteil*“ 22. April 1987

5 „*Arzneigesetz-Urteil*“ 30. April 1975

sollte die Entwicklung der Volkswirtschaft gefördert werden. Als Mittel zur Zweckerreichung beschränkte Artikel 186 die Teilbarkeit von Eigentum. Das Gericht hielt zwar den *Zweck* des Gesetzes für verfassungsgemäß. Jedoch war die Zweck-Mittelrelation nach der hier maßgeblichen *Evidenzkontrolle* unverhältnismäßig und damit verfassungswidrig.

Es lässt sich also sagen, dass hier sowohl die Prüfung des *Zwecks* als auch die Prüfung des *Mittels* dazu dienen, die Rationalität des institutionellen Entwurfs des Forstschutzgesetzes aus Sicht des Kapitalismus zu beurteilen.