



Der Staat in der Wirtschafts- und Finanzkrise

Der Staat in der Wirtschafts- und Finanzkrise

3. Münchener Kolloquium
zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht
Forschungsstelle für das Recht der
Europäischen Integration an der
LMU München

Herausgegeben von
Dr. Marc Bungenberg, LL.M., Professor
Dr. Peter M. Huber, Professor
Dr. Rudolf Streinz, Professor



RICHARD BOORBERG VERLAG
STUTTGART • MÜNCHEN
HANNOVER • BERLIN • WEIMAR • DRESDEN

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über www.ddb.de abrufbar.

ISBN 978-3-415-04572-9

E-ISBN 978-3-415-04994-9

© Richard Boorberg Verlag GmbH & Co KG, 2011
Scharstraße 2
70563 Stuttgart
www.boorberg.de

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung des Verlages. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Satz: Thomas Schäfer, www.schaefer-buchsatz.de
Druck und Verarbeitung: e. kurz + co druck und medientechnik gmbh,
Kernerstraße 5, 70182 Stuttgart

Inhaltsverzeichnis

Der Staat in der Finanz- und Wirtschaftskrise – Einführung	7
<i>Professor Dr. Peter M. Huber, Professor Dr. Rudolf Streinz und Professor Dr. Marc Bungenberg, LL.M.</i>	
Instrumente des Freistaats Bayern gegen die Wirtschaftskrise	15
<i>Dr. Johann Schachtner, Bayer. Staatsministerium f. Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie</i>	
Wettbewerb – richtig dosiert. Zur Institutionalisierung einer wettbewerblichen Folgenabschätzung	23
<i>Professor Dr. Karl M. Meessen, Düsseldorf/FSU Jena</i>	
Vergaberechtliche Deregulierung und (Re-) Regulierung in der Wirtschaftskrise	39
<i>Dr. Hans-Joachim Prieß, LL.M., Freshfields</i>	
Beihilfenrecht als Schönwetterrecht? Die Beihilfenüberwachung in der Europäischen Union während der Finanz- und Wirtschaftskrise	55
<i>Professor Dr. Christoph Herrmann, LL.M., Universität Passau</i>	
Bankensanierung als staatliche Aufgabe	71
<i>Professor Dr. Christoph Ohler, LL.M., FSU Jena</i>	
Neuer Protektionismus – der Staat in seinen wirtschaftsvölkerrecht- lichen Bindungen (in Zeiten einer globalen Wirtschaftskrise)	91
<i>Professor Dr. Stephan Hobe, LL.M., Universität zu Köln</i>	
Investitionspolitik während der Wirtschaftskrise – Neue Herausforde- rungen für die Dogmatik des Investitionsschutzrechtes	103
<i>Dr. Joachim Pohl, OECD</i>	
Umwelt- und Klimaschutz in der Wirtschaftskrise – Ausschluss von Kohlekraftwerken (Fall Datteln)?	111
<i>Professor Dr. jur. Walter Frenz, Maître en Droit Public, RWTH Aachen</i>	

Prof. Dr. Peter M. Huber, Prof. Dr. Rudolf Streinz und
Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M.*

Der Staat in der Finanz- und Wirtschaftskrise – Einführung

Am 20. November 2009 hat die Forschungsstelle für das Recht der Europäischen Integration an der Ludwig-Maximilians-Universität München – unter der Schirmherrschaft des Bayerischen Staatsministers für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie – das 3. Münchener Kolloquium zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht veranstaltet, das in diesem Jahr dem Thema „Der Staat in der Finanz- und Wirtschaftskrise“ gewidmet war. Die dort gehaltenen Referate werden in diesem Tagungsband dokumentiert.

Im Mittelpunkt stehen die Bewertung und die Beurteilung der (wirtschafts-)rechtlichen Rahmenvorgaben zur Bewältigung der Finanz- und Wirtschaftskrise. In den Beiträgen werden daher die Reaktionen der öffentlichen Hand hinsichtlich ihrer Kompatibilität mit dem nationalen, europa- und völkerrechtlichen Ordnungsrahmen beleuchtet. Diese Betrachtungen erfolgen exemplarisch anhand derjenigen Bereiche, in denen primär der Staat und damit diejenige Organisationseinheit auf die Krise reagiert, die in den Diskussionen um Mehrebenensysteme, Europäisierung, Internationalisierung und Globalisierung vielfach fast schon als „entbehrlich“ angesehen wurde. Von einer solchen Marginalisierung des Staates ist augenscheinlich keine Rede mehr. Vielmehr wird nach wie vor der „Staat“ als die für den Bürger verantwortliche Einheit ausgemacht. Dass Wirtschaftskrisen mit ihren konjunkturellen Ausschlägen ein zwangsläufiges und notwendiges Übel entwickelter Marktwirtschaften westeuropäischer Prägung darstellen und als solche hinzunehmen sind, erscheint heute angesichts der Gefahr von Massenarbeitslosigkeit und Staatsnotstand sowie dem Teilzusammenbruch des internationalen Finanzsystems als nicht hinnehmbar. Vielmehr wird es, ganz nach der Lehre von J. M. Keynes, als eine Selbstverständlichkeit angesehen, zyklische Schwankungen durch fiskal- und geldpolitische Interventionen seitens des Staates auszugleichen. Die Finanz-

* *Professor Dr. Peter M. Huber* ist Richter des Bundesverfassungsgerichts und an der Ludwig-Maximilians-Universität München Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Staatsphilosophie.

Professor Dr. Rudolf Streinz ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Europarecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Professor Dr. Marc Bungenberg, LL.M., ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Siegen.

und Wirtschaftskrise hat daher den „Staat“ zu weitreichenden Aktivitäten veranlasst, die von neuen, sektorbezogenen Regulierungen bis hin zu unmittelbaren Eingriffen in den Wettbewerb der privaten Akteure reichen. Der Staat wird als Geldverleiher, Bürge, Kunde und Konsument tätig und finanziert und beeinflusst infolgedessen bspw. mit „Abwrackprämien“ das Verbraucherverhalten. Hiervon erhofft er sich dann eine möglichst langfristige und damit nachhaltige Stabilisierung des Finanz- und Wirtschaftssystems. Dass derartige Hoffnungen aber auch trügen können, verdeutlichen die Vorträge.

Dieses weitreichende Eingreifen des Staates gilt es nachzuzeichnen und vor dem Hintergrund unserer wirtschafts(verfassungs)rechtlichen Ordnung(en) einschließlich des Europarechts und des Wirtschaftsvölkerrechts zu bewerten und zu diskutieren. Ausgangspunkt für die Beurteilung kann die Verpflichtung der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten auf „eine offene Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ sein, die – als bislang vorrangig zu wertende wirtschaftspolitische Zielsetzung des Europarechts – allerdings mit dem Lissabonner Reformvertrag ihre prominente Stellung in Art. 4 EGV verloren hat und in die Art. 119f. AEUV abgeschoben wurde. Allerdings sind EUV und AEUV rechtlich gleichrangig. Einzugehen ist zudem auf den Umstand, dass in Krisenzeiten vielfach bislang gewohnte Freiheitsverbürgungen beschränkt werden. Kommt es etwa im Bereich des „Kampfes gegen den Terror“ zu einer zunehmenden Verkürzung auch grundlegender Menschenrechte, so sind in der Finanz- und Wirtschaftskrise vor allem die unternehmerischen Freiheiten und Wirtschaftsgrundrechte betroffen, die den freien Wettbewerb als essentialia einer Marktwirtschaft garantieren sollen.

Ministerialrat Dr. *Johann Schachtner* (Leiter des Referats „Wirtschaftspolitische Grundsatzfragen“ im Bayerischen Staatsministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Verkehr und Technologie)¹ beschreibt in seinem Beitrag die wirtschaftspolitischen Instrumente und Vorgehensweisen, die der Freistaat Bayern zur Bewältigung der Wirtschaftskrise innerhalb seines Staatsgebietes bislang zur Anwendung gebracht hat. Er betont insoweit, dass der Freistaat Bayern voraussichtlich erst wieder im Jahr 2012 die Wirtschaftsleistung des Jahres 2008 werde erreichen können. Auf Grund von großen Ertragsseinbrüchen innerhalb des Industrie- und Dienstleistungssektors würde der unternehmerische Spielraum erheblich beschränkt. Das zur Verfügung stehende Investitionsvolumen sei nach wie vor rückläufig, wobei die hohen Risiken innerhalb der Bankbilanzen zunächst die Eigenkapitalprobleme der Banken verschärften, darüber hinaus aber auch zu einer restriktiveren Kreditvergabe führten. Im einem ordnungspolitisch verantwortbaren Rahmen sei es daher die Aufgabe des Freistaates, Unterneh-

1 Dr. *Johann Schachtner*, Instrumente des Freistaats Bayern gegen die Wirtschaftskrise, S. 15 ff.

men und Arbeitsplätze zu erhalten, die im Kern wettbewerbsfähig seien und sich nur vorübergehend und krisenbedingt in Liquiditäts- und Finanzierungsschwierigkeiten befänden.

Die im CDU/CSU/FDP-Koalitionsvertrag vom 26. 10. 2009 vorgeschlagene wettbewerbliche Folgenabschätzung von Gesetzgebungsvorhaben durch das Bundeskartellamt kann nach den Ausführungen von Rechtsanwalt Professor Dr. *Karl M. Meessen* (Düsseldorf/Friedrich-Schiller-Universität Jena)² über die Bewältigung der derzeitigen Finanz- und Wirtschaftskrise hinaus zur institutionellen Sicherung einer „richtigen Dosierung“ von Wettbewerb beitragen. Die Beschränkung generell-abstrakter Stellungnahmen des Bundeskartellamts auf wettbewerbliche Aspekte sei ebenso gut möglich wie die seit jeher praktizierte Orientierung aller Einzelfallentscheidungen des Amts an wettbewerblichen Standards. Durch eine wettbewerbliche Folgenabschätzung könne das Bundeskartellamt Gesetzgeber und Öffentlichkeit über marktwirtschaftliche Lösungswege informieren. Die politische Verantwortung für die nach neoliberaler Theorie gebotene gesetzliche Regelung von Wettbewerb unter Abstimmung auf andere wirtschafts- und sozialpolitische Ziele müsse bei Bundestag und Bundesrat verbleiben. Dies bestätigte eine von *Meessen* darüber hinaus vorgenommene Erörterung der im Koalitionsvertrag enthaltenen Vorschläge zur Verselbständigung der Trägerschaft am Schienennetz, zur Deckelung von Managerbezügen und zur Verschärfung der Aufsicht über systemrelevante Banken.

Rechtsanwalt Dr. *Hans-Joachim Prieß*, LL.M. (Sozietät Freshfields Bruckhaus Deringer)³ setzt sich in seinem Vortrag mit den zuletzt zu beobachtenden staatlichen Deregulierungs- und Re-Regulierungstendenzen am Beispiel des Vergaberechts auseinander. Die Anhebung von Wertgrenzen, die für eine Anwendung des Vergaberechts relevant sind, wie auch Beschleunigungsbestrebungen bei der Ausschreibung selbst sollten in der Wirtschaftskrise zu einer vereinfachten Auftragsvergabe der öffentlichen Hand führen. Dies könne als Ansatz einer vergaberechtlichen Deregulierung gewertet werden, der jedoch zumindest teilweise, aufgrund der damit für den fairen Wettbewerb verbundenen Gefahren, verfehlt sei. Gleiches gelte für „Deregulierungsmaßnahmen“ im Rahmen des Konjunkturpakets II. Re-Regulierung hingegen zeige sich in anderen Bereichen, wo aufgrund von Vorgaben der (nationalen und europäischen) Rechtsprechung der Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgeweitet werde. *Prieß* geht hierbei insbesondere auf die umstrittenen Grundstücksverkäufe der öffentlichen Hand sowie die Einstufung von Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber bzw. von Arzneimittelrabattverträgen als öffentliche Aufträge ein. Dabei ist im Bereich

2 Rechtsanwalt Professor Dr. *Karl M. Meessen*, Wettbewerb – richtig dosiert. Zur Institutionalisierung einer wettbewerblichen Folgenabschätzung, S. 23 ff.

3 Rechtsanwalt Dr. *Hans-Joachim Prieß*, LL.M., Vergaberechtliche De- und Re-Regulierung in der Wirtschaftskrise, S. 39 ff.

der Grundstücksgeschäfte das letzte Wort – vor allem durch den EuGH – noch nicht gesprochen. Darüber hinaus sei infolge der Expansion des Vergaberechts in den Verteidigungsbereich sowie in den Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs eine Tendenz zur Schaffung von Sondervergaberecht zu beobachten.

Insbesondere mit den Entwicklungen innerhalb des durch die Krise besonders betroffenen Finanz- und Bankensektors setzen sich Professor Dr. *Christoph Ohler*, LL.M. (Friedrich-Schiller-Universität Jena) und Professor Dr. *Christoph Herrmann*, LL.M. (Universität Passau) in ihren Beiträgen auseinander.

*Herrmann*⁴ untersucht anhand der – trotz des grundsätzlichen unionsrechtlichen Beihilfenverbotes – vielfach erfolgten Beihilfengewährung innerhalb der Mitgliedstaaten, ob das Beihilfenrecht nicht doch ein bloßes „Schönwetterrecht“ ist. Die gespannten Rettungsschirme und geschnürten Konjunkturpakete haben mittlerweile ein Volumen von geschätzten drei bis fünf Billionen Euro erreicht. Im Rahmen der Beihilfenkontrolle liegt die Überwachungsfunktion fast ausschließlich bei der Kommission. Letztere bewertet, ob die relevanten Ausnahmetatbestände zur Behebung der Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaates (Art. 107 Abs. 3 lit. b AEUV) oder zur Rettung und Umstrukturierung gewisser Wirtschaftszweige (Art. 107 Abs. 3 lit. c AEUV) vorliegen. *Herrmann* zeichnet hierzu einerseits den Verlauf der Finanz- und Wirtschaftskrise mit deren Übergreifen vom Finanzsektor in die Realwirtschaft nach und verknüpft dies zugleich mit den Reaktionen in den Mitgliedstaaten – hier insbesondere in Form der verschiedenen Konjunkturpakete – und auf der Ebene der Europäischen Union. Kernpunkte des die mitgliedstaatlichen Konjunkturpakete auf EU-Ebene faktisch begleitenden „Vorübergehende(n) Gemeinschaftsrahmen(s) für staatliche Beihilfen zur Erleichterung des Zugangs zu Finanzierungsmitteln in der gegenwärtigen Finanz- und Wirtschaftskrise“ ist zum einen die temporäre Heraufsetzung der De-minimis-Schwelle für strukturierte Beihilfenregelungen von 200.000 Euro auf 500.000 Euro. Zum anderen ist ein „Economic Crisis Team“ der Europäischen Kommission zur Beschleunigung der Beihilfenentscheidungen eingerichtet worden. Der Beihilfenaufsicht der Kommission habe es in der Wirtschaftskrise allein darum gehen können, einen wettbewerbsverzerrenden Subventionswettlauf der Mitgliedstaaten zu verhindern, was ihr bislang auch gelungen sei.

*Ohler*⁵ charakterisiert in seinen Überlegungen stabile Finanzmärkte als ein herausragendes öffentliches Gut, welches die Grundlage des gesamten Wirtschaftens darstelle. Dem Staat komme derzeit die Rolle zu, als Sanierer

4 Prof. Dr. *Christoph Herrmann*, LL.M., Beihilfenrecht als Schönwetterrecht? Die Beihilfenüberwachung in der Europäischen Union während der Finanz- und Wirtschaftskrise, S. 55 ff.

5 Professor Dr. *Christoph Ohler*, LL.M., Bankensanierung als staatliche Aufgabe, S. 71 f.

ursprünglich privater Institute weiterhin für diese Grundlagen der Finanz- wie auch der Realwirtschaft Sorge zu tragen. Hierfür habe sich die Schaffung neuer aufsichtsrechtlicher wie auch unterstützender Instrumentarien als notwendig erwiesen. Daher werden von *Ohler* die unmittelbaren staatlichen Rettungsmaßnahmen im Zuge der Finanzkrise untersucht und in diesem Zusammenhang analysiert, ob die aktuelle Gesetzeslage ausreicht, um das Problem systemisch relevanter Banken zu bewältigen. *Ohler* stellt zudem aktuelle Reformüberlegungen aus dem Bundeswirtschafts- und dem Bundesjustizministerium vor und arbeitet deren jeweiligen Schwächen heraus. Implizit wird damit auch vor Schnellschüssen gewarnt. Sanierung und Restrukturierung von Banken stelle Gesetzgeber und Verwaltung zwar vor schwierige Herausforderungen. Nach einer „Notfallgesetzgebung im Zeitraum bis Jahresmitte 2009“, die sowohl verfassungsrechtlich als auch europarechtlich weitgehend aufgrund der Notstandslage gerechtfertigt werden könne, sei nun aber eine sorgfältig durchdachte Reform des Aufsichts- und Insolvenzrechts notwendig, die die Problematik systemrelevanter Banken einer international verträglichen Lösung zuführe.

Auch die „offene Marktwirtschaft“ ist von der Krise betroffen, ebenso wie das Verfassungsziel einer ökologisch nachhaltigen Entwicklung. So befördert eine steigende Arbeitslosigkeit den Wunsch nach Protektionismus. Nach einer weit verbreiteten Auffassung sollen die Mittel aus den Konjunkturprogrammen nicht für ausländische Waren ausgegeben werden und auch nicht ins europäische Ausland abfließen. Als Folge können etwa Zollerhöhungen als offensichtlichste protektionistische Maßnahme festgestellt werden. Der Frage eines „Neuen Protektionismus in der Finanz- und Wirtschaftskrise“ geht daher Professor Dr. *Stephan Hobe*, LL.M. (Universität zu Köln) nach, dessen Ausführungen von Dr. *Joachim Pohl* (OECD) kommentiert werden.

*Hobe*⁶ führt aus, dass die G20 auf ihrem Gipfeltreffen in Washington am 15. 11. 2008 zwar die Absicht bekundet hätten, Protektionismus zu vermeiden. Tatsächlich aber habe die Finanzkrise weltweit staatliche Wirtschaftsförderungsprogramme und Einzelmaßnahmen in seit langem nicht mehr gekanntem Ausmaß ausgelöst. Bestehende völkerrechtliche Verpflichtungen würden durch diskriminierende Subventionen, offene oder versteckte Handelsbeschränkungen wie auch durch Konjunkturpakete mit „local content“-Geboten und „buy xyz-Klauseln“ verletzt. Im Bereich des Handels hat die Weltbank allein bei 17 der G20 74 solcher staatlicher Maßnahmen festgestellt. *Hobe* untersucht sodann, inwieweit das Recht der WTO und das internationale Investitionsschutzrecht für derartige staatliche Reaktionen Ausnahmemöglichkeiten vorsehen und arbeitet dabei strukturelle Unter-

6 Professor Dr. *Stephan Hobe*, Neuer Protektionismus – der Staat in seinen wirtschaftsvölkerrechtlichen Bindungen (in Zeiten einer globalen Wirtschaftskrise), S. 91 ff.

schiede der jeweiligen Systeme heraus. Insbesondere verweist er darauf, dass sich das WTO-System als ein sog. „self-contained regime“ charakterisieren lässt, welches eine ergänzende Anwendung gewohnheitsrechtlicher Rechtfertigungstatbestände – im Gegensatz zum Investitionsschutzrecht – nicht zulasse. *Pohl*⁷ erörtert unter Anknüpfung an die Ausführungen von *Hobe* und auf Grundlage der Analysen der OECD, die im Auftrag der G20 Investitionspolitik überwacht, dass einerseits zwar die zuvor beschriebenen staatlichen Maßnahmen festzustellen gewesen sind, gleichzeitig aber die weit überwiegende Mehrheit der Industrie- und Schwellenländer auch während der Krise ihre Investitionspolitik weiter liberalisiert haben. Allerdings bestehe eine Gefahr der Diskriminierung ausländischer Unternehmen dort, wo der Zugang zu in der Krise existentiellen staatlichen Hilfen nur inländisch kontrollierten Unternehmen offenstehe.

Letztlich hat auch der Umweltschutz vielfältige Berührungen zur Finanz- und Wirtschaftskrise. Die jeweiligen regional und national unterschiedlichen Herangehensweisen, in welchem Umfang Ökologisierungsvorgaben der Wirtschaft auch in Krisenzeiten zugemutet werden können, werden langfristig Standortvor- und -nachteile von Staaten begründen, die beispielsweise für Industrieansiedlungen und Investitionen von Bedeutung sein können. So wird gemutmaßt, dass im Rückblick die Jahre 2008 bis 2010 für die Volksrepublik China nicht als die der großen Krise, sondern als Jahre in Erinnerung bleiben werden, in denen die drittgrößte Volkswirtschaft der Welt von „rot“ auf „grün“ umgestellt wurde. Professor Dr. *Walter Frenz* (Rheinisch-Westfälische Technische Hochschule Aachen)⁸ untersucht insoweit in seinem Beitrag „Umwelt- und Klimaschutz in der Wirtschaftskrise“ – ausgehend von einer aktuellen Entscheidung des OVG Münster (OVG Münster vom 03. 09. 2009 – 10 D 121/07 NE ZNER 2009, 284) – das Verhältnis ökologischer zu ökonomischen und zu sozialen Kriterien in Deutschland und der Europäischen Union. Die Vorteile staatlicher Maßnahmen für den Klima- und Umweltschutz müssten mit den Belastungen der Unternehmen abgewogen werden, wobei auch die Konsequenzen zu berücksichtigen seien, die sich bei einem längeren Andauern der aktuellen wirtschaftlichen Krise ergäben. Eine Begrenzung der Belastungen der Wirtschaft entspreche dann auch dem Grundsatz der nachhaltigen Entwicklung. In der Praxis sei davon auszugehen, dass dem Gesetzgeber insbesondere im Bereich der Wirtschaftspolitik ein großer Beurteilungs- und Prognosespielraum zukomme. Auch nach der *Arcelor*-Entscheidung des EuGH (EuGH, Rs. C-127/07 NVwZ 2009, 382, 385, Rn. 57) müsse die Legislative

⁷ Dr. *Joachim Pohl*, Neuer Protektionismus, S. 103 ff.

⁸ Professor Dr. *Walter Frenz*, *Maitre en Droit Public*, Umwelt- und Klimaschutz in der Wirtschaftskrise, S. 111 ff.

die unsicheren Auswirkungen aufgrund der Wirtschaftskrise in ihre Abschätzung einbeziehen.

Den Veranstaltern verbleibt es am Ende nur, darauf zu verweisen, dass – mit dem gehörigen zeitlichen Abstand – innerhalb einer Nachbetrachtung die Frage zu beantworten sein wird, ob die derzeitigen wirtschaftspolitischen Entwicklungen Anlass zu einer Fortentwicklung des Ordnungsrahmens gegeben haben und die aus der Krise erwachsenen Chancen zur Modernisierung, aber auch zur Ökologisierung, genutzt worden sind. Auf diese Bewertungen darf mit Spannung gewartet werden.

