

BEITRÄGE

Hans-Jürgen Papier

Solidarität, Gerechtigkeit, Gemeinwohl*

I. Freiheit und Gemeinwohl

Mit dem Grundgesetz sind in einem geradezu kühnen Schritt dem Bürger gerichtlich einklagbare Grundrechte eingeräumt worden, und zwar unmittelbar aufgrund der Verfassung, also ohne dass es einer zusätzlichen gesetzlichen Anerkennung oder Ausgestaltung dieser Grundrechte bedürfte. Vor allem mit diesen Grundrechten garantiert unsere Verfassung absolut geschützte Kernbereiche freiheitlicher Lebensgestaltung, die auch durch politische Gestaltung des parlamentarischen Gesetzgebers nicht eingeschränkt werden dürfen. Das Grundgesetz ist deshalb mehr als eine Sammlung formaler Diskursregeln. Es ist auch eine Werteordnung, also gleichzeitig Rahmen und Grenze politischer Gestaltung. Mit diesem anspruchsvollen und aus historischer Sicht bahnbrechenden Ansatz hat das Grundgesetz den einzelnen Bürger zum Verfassungssubjekt gemacht.

Freiheit legitimiert indes nicht zu gemeinwohlunverträglichem und missbräuchlichem Verhalten. Diese Grundausage ist ebenso selbstverständlich wie der interdisziplinären Anerkennung gewiss. Philosophen, Theologen, Sozialwissenschaftler, Juristen, Ökonomen, selbst Literaten können sich auf diesen Satz verständigen. So formulierte schon Thomas Mann in seiner Rede „Von Deutscher Republik“ im Jahre 1922, die Freiheit sei kein bloßer Spaß und kein Vergnügen, der andere Name für Freiheit laute vielmehr Verantwortlichkeit. Damit wollte Thomas Mann vor allem den Gedanken in den Vordergrund stellen, dass der demokratische Staat nicht die Sache einiger Weniger ist, sondern alle etwas angeht, und dass jeder Bürger eine Verantwortung für Staat und Verfassung trägt. Dieser Satz macht aber auch deutlich, dass Bürgerfreiheit nicht „schrakenlose Beliebigkeit“, „egoistische Selbstverwirklichung“ und „unbeschränkte Bedürfnisbefriedigung“ (Merten) bedeutet, sondern dass in einem demokratischen Gemeinwesen Freiheit und Verantwortung – letztere auch und gerade für das gemeine Wohl – in einem Komplementärverhältnis stehen. Das Menschenbild unserer freiheitlichen Verfassung ist, so hat es das Bundesverfassungsgericht immer wieder formuliert, nicht das eines isolierten souveränen Individuums. Vielmehr habe das Grundgesetz das Spannungsverhältnis zwischen Individuum und Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und der Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten. Die Bundesrepublik ist nach dem Willen des Grundgesetzes (Art. 20 GG) eine soziale Demokratie in den Formen des Rechtsstaats. Daher stehen Freiheit und Verantwortlichkeit in einem untrennbaren Zusammenhang – und zwar eine Verantwortlichkeit jedes Einzelnen für das Gemeinwesen und

das gemeine Wohl, für die Mitbürger und schließlich für das eigene Tun und Unterlassen. Freiheit, demokratische Teilhabe, Verantwortlichkeit und Solidarität gehören mithin zusammen. Es sind die Grundwerte unserer Verfassungsordnung; daher werden diese im Art. 1 und Art. 20 GG niedergelegten Grundsätze mit einer Ewigkeitsverbürgung durch Art. 79 Abs. 3 GG versehen.

Eine auf soziale Demokratie und Rechtsstaat, auf die Gewährleistung von Grund- und Menschenrechten setzende Verfassung kann das unvermeidbare Spannungsverhältnis von individuellem Eigennutz und Gemeinwohl oder Gemeinwohlverpflichtung des Bürgers nicht einseitig auflösen. Sie gewährleistet dem Bürger weder einen unbegrenzten Freiraum für ein ausschließlich „egoistisches Nutzenkalkül“, noch konfrontiert sie ihn „unvermittelt mit der Tugendzumutung der Gemeinwohlorientierung“ (Berka). Der Einzelne wird mit anderen Worten nicht gleich zum „schlechten Bürger“, wenn er sich privatnützig verhält und seine eigenen Interessen verfolgt.

Dem liegt die Erkenntnis zugrunde, dass Freiheit, Gleichheit und Gemeinwohlorientierung sowie Gemeinwohldurchsetzung stets in eine Balance und in ein ausgewogenes Verhältnis gebracht werden müssen und dass dies in einer rechtsstaatlichen Demokratie vorrangig durch den vom Volk legitimierten Gesetzgeber zu geschehen hat. Juristisch lässt sich das auf den lapidaren Satz bringen: Beschränkungen von Freiheit und Eigentum muss der Bürger nur hinnehmen, wenn sie durch ein Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen. In einer pluralistischen Gesellschaft wie der heutigen gibt es nicht das „Gemeinwohl a priori“. Das Wohl eines Gemeinwesens ist vielmehr das Ergebnis von Wertentscheidungen und konstitutiver Bestimmungen, die in einem demokratischen Verfassungsstaat weder dem Einzelnen noch einer apokryphen Autorität überantwortet sind, sondern vorrangig entweder von der Verfassung selbst oder von den zur Normsetzung berufenen Organen vorzunehmen sind. Pluralistisch-freiheitliche Systeme unterscheiden sich – worauf insbesondere der Politologe Ernst Fraenkel hingewiesen hatte – gerade auch dadurch von totalitären Systemen, welche die Hoheit über die Definition des Gemeinwohls – verstanden als Gemeinwohl a priori – exklusiv für sich beanspruchen.

Die im Grundgesetz ausdrücklich geregelte Gemeinwohlverpflichtung und Sozialbindung des Eigentums (Art. 14

* Zweitveröffentlichung. Der Beitrag wurde bereits veröffentlicht in: Hessische Landesvertretung Berlin (Hrsg.), Werte – Ein gemeinsames Fundament für Deutschland und Europa?, 2019, S. 143 ff.; Vortragsform ist beibehalten.

Abs. 2 GG) sind Grund und Rechtfertigung, aber auch Grenze gesetzlicher Beschränkungen des Eigentums. Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben gelten für alle Freiheitsrechte und ihre gesetzlichen Beschränkungen. Stets sind die verfassungslegitimen Gründe des Gemeinwohls Rechtfertigung, aber auch Grenze gesetzgeberischer Freiheitseingriffe. Nicht nur auf dem Eigentum, sondern auf jedem Freiheitsrecht lastet also eine begrenzte Pflichtigkeit, die nach näherer gesetzlicher Regelung und unter Beachtung rechtsstaatlicher Eingriffsschranken (z.B. Verhältnismäßigkeitsprinzip) zur Rechtspflicht des Einzelnen sich verdichten kann.

II. Freiheit und Solidaritätsgebot

Der Staat des Grundgesetzes ist aber auch Sozialstaat. Er kann sich nicht darauf zurückziehen, Gefahren von innen und außen abzuwehren, einen demokratischen Diskurs zuzulassen, im Übrigen Grundrechtseingriffe nach Möglichkeit zu unterlassen und den Rest der Eigeninitiative und Eigenverantwortung seiner Bürger zu überlassen. Der aus dem Sozialstaatsprinzip fließende Regelungs- und Gestaltungsauftrag des Staates umfasst inhaltlich vor allem den Ausgleich der sozialen Gegensätze und die Schaffung einer gerechten Sozialordnung. Der Gesetzgeber ist verfassungsrechtlich zu sozialer Aktivität sowie insbesondere dazu verpflichtet, „sich um einen erträglichen Ausgleich der widerstreitenden Interessen und um die Herstellung erträglicher Lebensbedingungen zu bemühen“. Er ist auf das Ziel einer Schaffung sozialer Gleichheit und Gerechtigkeit verpflichtet.

Er hat auch den Auftrag, das soziale Miteinander seiner Bürger so zu fördern, dass diese von den ihnen verliehenen Freiheiten auch wirklich Gebrauch machen und ihr Leben selbst in die Hand nehmen können. Nur auf dieser Basis kann nämlich auch davon ausgegangen werden, dass in der Gesellschaft die nötige Eigenverantwortung übernommen wird, ohne die eine freiheitliche Gesellschaft zum Scheitern verurteilt wäre. Es geht bei der Sozialstaatlichkeit also auch darum, eine vom Staat unabhängige Zivilgesellschaft zu ermöglichen, damit der Staat nicht in scheinbarer Fürsorglichkeit weite Teile des menschlichen Lebens wieder an sich ziehen und so die im Ausgangspunkt bestehende Freiheitlichkeit wieder in Frage stellen muss. Das Prinzip der Sozialstaatlichkeit hat also eine „freiheitliche Dimension“. Das Grundgesetz hat seine Basis im Prinzip der Freiheit und der Eigenverantwortung der Bürger, mit allen Chancen, natürlich auch mit den entsprechenden Risiken. Und es ergänzt diese freiheitlichen Grundlagen durch den sozialstaatlichen Auftrag an die Politik, die Entfaltungschancen der Bürger zu sichern und ihnen diejenigen elementaren Risiken abzunehmen, die sie selbst nicht tragen können.

Das Grundgesetz enthält deshalb auch keine sozialen Grundrechte im Sinne von unmittelbar durch die Verfassung begründeten, für den Einzelnen einklagbaren Ansprüchen auf bestimmte staatliche Leistungen, in einer bestimmten Höhe oder in einem bestimmten Umfang. Es gibt beispielsweise kein Grundrecht auf Arbeit in dem

Sinne, dass der Staat zur Bereitstellung eines angemessenen Arbeitsplatzes – oder überhaupt eines Arbeitsplatzes – für jeden Bürger verpflichtet wäre. Wer solche sozialen Grundrechte fordert, müsste dem Staat zugleich die Eingriffsmöglichkeiten und letztlich die Zwangsmittel geben, um möglicherweise millionenfach geltend gemachte Ansprüche befriedigen zu können. Das Grundmodell eines solchen Systems lässt sich in der Verfassung der ehemaligen DDR nachlesen. Diese räumte jedem Bürger, jedenfalls auf dem Papier, ein Recht auf Arbeit ein, bestimmte jedoch – man kann schon sagen, folgerichtig – in demselben Artikel, dass dieses Recht gewährleistet wird durch das sozialistische Eigentum an den Produktionsmitteln und durch die sozialistische Leitung und Planung des gesellschaftlichen Reproduktionsprozesses. Die rechtliche Konstruktion sozialer Grundrechte ginge letztlich also nur auf in einem – etwa sozialistischen – Gesellschaftsmodell mit einer Zentralverwaltungswirtschaft und gleichzeitiger Aberkennung individueller Freiheitsrechte, das sich das Grundgesetz gerade nicht zu eigen gemacht hat.

III. Eigenverantwortung und Staatsverantwortung

In einer freiheitlichen sozialstaatlichen Verfassungsordnung ist gleichwohl immer wieder auf eine Kultur der Eigenverantwortung hinzuweisen beziehungsweise eine solche einzufordern, die quasi einen neuen Gesellschaftsvertrag einfordert, der die Staatsverantwortung in moderater Weise zurückführt oder begrenzt. Diese Forderung basiert regelmäßig auf einer Einschätzung der staatlichen Leistungsfähigkeit, die man trotz derzeit sprudelnder Einnahmequellen des Staates bestenfalls als prekär bezeichnen kann, bei der nach mancher nüchterner Einschätzung die Forderung einer Reduktion von Staatsverantwortung nicht nur sinnvoll, sondern vielmehr auch als unabdingbar erscheint.

Die wesentlichen Ursachen dieser Entwicklung liegen darin, dass der Staat seit Jahrzehnten mit einem massiven Anwachsen von Aufgaben in den meisten Politikfeldern zu kämpfen hatte. Mit dem technologischen und sozialen Fortschritt hatte er über Jahrzehnte hinweg immer mehr Aufgaben an sich gezogen, bisweilen auch politisch alternativlos wohl übernehmen müssen, ohne die damit gleichzeitig eintretenden – häufig sehr langfristigen – Belastungen hinreichend zu berücksichtigen. Rechtlicherseits gilt dabei das Prinzip der offenen Staatsaufgaben. Die vom Staat wahrgenommenen Aufgaben müssen sich also von Verfassungs wegen nicht auf den Bereich klassischer Staatsfunktionen – wie Polizei, Justiz, Verteidigung – oder auf einen abgeschlossenen Kanon von Kernaufgaben beschränken. Auch in tatsächlicher Hinsicht haben die vom Staat übernommenen Aufgaben in den letzten Jahrzehnten kontinuierlich zugenommen. Die Folge war in den letzten Jahren ein Anstieg der Staatsquote auf über 40 % und zeitweise beinahe 50 %. Die Gesamtausgaben des Staates belaufen sich mit anderen Worten auf fast die Hälfte des Bruttoinlandsproduktes. Die immense Staatsverschuldung

ist letztlich Ausfluss dieser Aufgaben- und damit Ausgabenexpansion beim Staat gewesen.

Gerade der Bereich des Sozialen spielt dabei eine zentrale Rolle. Aufschlussreich sind in diesem Zusammenhang folgende Zahlen: Die Europäische Union macht 7 bis 8 % der Weltbevölkerung aus. Sie erwirtschaftet immerhin mehr als 25 % des Bruttoinlandsproduktes der Welt, zugleich geben wir aber 50 % der Sozialausgaben der Welt aus. Also 7 bis 8 % der Menschen wenden 50 % der Sozialausgaben auf.

Die notwendige Kehrseite einer hohen Staatsquote ist regelmäßig eine hohe Staatsverschuldung. Eine übermäßige Staatsverschuldung und die damit verbundene wachsende Zinslast hemmen das langfristige Wachstum der Wirtschaft, verengen die aktuellen Handlungsspielräume des Staates und verlagern vor allem die Finanzierungslasten in die Zukunft auf künftige Generationen. Daher war es ein durchaus mutiger und richtiger Schritt, als mit der Föderalismusreform II eine Verfassungsänderung in Form einer strikten Schuldenbremse beschlossen wurde. Wirkliche Einsparungen lassen sich aber nicht allein über verfassungsrechtliche Schuldenbremsen erzielen, sondern nur durch eine Reduzierung der Schuldenfaktoren, also vor allem durch eine Begrenzung und gegebenenfalls eine Rückführung staatlicher Aufgaben.

IV. Generationengerechtigkeit

Ein wichtiges Reformthema im Bereich der Sozialstaatlichkeit wird dabei das Problem der Generationengerechtigkeit sein. Bislang wurde soziale Gerechtigkeit vor allem als Frage des sozialen Ausgleichs innerhalb der Gesellschaft der Gegenwart gesehen. Damit einher ging ein gewaltiger Ausbau des Sozialstaats. Unsere Gesellschaft und mithin der Sozialstaat haben dabei jedoch schon seit Längerem über ihre Verhältnisse gelebt. Hinzu kommt das statistische Phänomen des sogenannten doppelten Alterungsprozesses, also der Umstand, dass seit mehreren Jahrzehnten die Geburtenrate pro Frau unter zwei liegt und dass gleichzeitig die Lebenserwartung immer weiter steigt.

Wenn deshalb heute die Erhaltung und die Finanzierung der sozialen Sicherungssysteme zu einer erheblichen Last für unser Gemeinwesen geworden sind, so ist das nur die eine Seite des Problems. Die andere Seite ist, dass diese Last zunehmend den jüngeren Menschen aufgebürdet oder auf nachkommende Generationen verlagert wird. Bemühungen um intergenerationale soziale Nachhaltigkeit hat es in der Politik zwar immer wieder gegeben, erste Schritte in diese Richtung werden aber immer wieder durch konterkarierende politische Gefälligkeitsakte des Gesetzgebers entkräftet. Der Sozialstaat wird sich aber angesichts der dargestellten Schuldenlasten und der demografischen Entwicklungen weiter reformieren und sich künftig nicht mehr nur um einen sozialen Ausgleich in der Gegenwart kümmern müssen, sondern auch eine angemessene Lastenverteilung zwischen den Generationen und mit Blick in die Zukunft anzustreben haben. Die relative Offenheit des verfassungsrechtlichen Sozialstaats-

prinzips vermeidet dabei die Fixierung auf starre Sozialmodelle und sie erleichtert die Anpassung an sich wandelnde Herausforderungen und Prioritäten. Sie ermöglicht, ja sie verlangt auch die Berücksichtigung generationenübergreifender Gerechtigkeitsüberlegungen.

V. Internationale Dimension der Sozialstaatlichkeit

Das Sozialstaatsprinzip hat aber neben seiner freiheitlichen und zeitlichen, intergenerativen Dimension eine weitere Dimension, die man als internationale bezeichnen kann. Die zunehmende Ökonomisierung des Lebens und die gleichzeitige Globalisierung der wirtschaftlichen Beziehungen haben in wenigen Jahrzehnten die Welt entscheidend verändert, und zwar auf allen Ebenen. Es ist unbestreitbar, dass die grenzüberschreitende Freiheit der Wirtschaft und des Handels große Vorteile, gerade auch für die Bürger dieses Landes, gebracht hat und noch immer bringt. Aber auch die Schattenseiten dieser Entwicklung sind deutlich geworden. So gehört es zu einer mittlerweile alltäglichen Erfahrung, dass der Fortbestand eines Arbeitsplatzes im Inland davon abhängt, ob dasselbe Wirtschaftsgut 300 oder 3.000 Kilometer für die Hälfte oder für ein Zehntel der Lohnkosten produziert werden kann. Gleichzeitig werden eine partielle Entmachtung oder jedenfalls nicht unerhebliche Machteinbußen der Staaten beobachtet, die mit ihren beschränkten Handlungs- und Steuerungsmöglichkeiten einer international agierenden Wirtschafts- und Finanzwelt gegenüberstehen.

Diese Einbußen an Steuerungskraft treffen die modernen Staaten vor allem als Sozialstaat. Denn während die Staaten einerseits auf der Ebene der Wirtschaft immer weiter „entgrenzt“ werden und immer mehr Zuständigkeiten und Einflussmöglichkeiten an supra- und internationale Organisationen und global operierende Großunternehmen abgeben, sind sie auf der anderen Seite weitgehend auf sich gestellt, wenn es um die soziale Sicherung ihrer Bürger geht. Der Sozialstaat läuft vor diesem Hintergrund zunehmend in Gefahr, von einer aktiven und gestalterischen Rolle in eine defensive, reagierende Rolle gedrängt zu werden, in der er die sozialpolitischen „Kollateralschäden“ der Ökonomisierung und Globalisierung verwalten und halbwegs abmildern soll. Sozialstaat muss jedoch mehr sein als ein „Auffangbecken“ für diejenigen, die unter die Räder gekommen sind. Er muss die Werte, die Leitideen und den Zusammenhalt einer ganzen Gesellschaft verkörpern und zu verwirklichen suchen. Denn nicht zuletzt im Sozialstaat bildet sich – im Guten wie im Schlechten – der Zustand unseres Gemeinwesens ab.

Das Bundesverfassungsgericht hatte in seinem Urteil vom 30. Juni 2009 zur Verfassungsmäßigkeit des Lissabon-Vertrages festgestellt, dass nichts dafür ersichtlich ist, dass den Mitgliedsstaaten der Union das Recht und die praktischen Handlungsmöglichkeiten genommen wären, für soziale Sicherungssysteme und andere Maßnahmen der Sozial- und Arbeitsmarktpolitik konzeptionelle Entscheidungen in ihren demokratischen Primärräumen zu treffen.

Es hat dabei klargestellt, dass sozialpolitisch wesentliche Entscheidungen in eigener Verantwortung der deutschen Gesetzgebungsorgane getroffen werden müssen. Namentlich die Existenzsicherung des Einzelnen müsse weiterhin primäre Aufgabe der Mitgliedsstaaten bleiben. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts gilt unter anderem auch die „sozialstaatliche Gestaltung von Lebensverhältnissen“ als „besonders sensibel für die demokratische Selbstgestaltungsfähigkeit eines Verfassungsstaates“, sie unterliegt nach der Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts mithin sehr engen Integrationssschranken.

VI. Zunehmende Verrechtlichung

Der für die parlamentarische Demokratie kennzeichnende Primat des Gesetzes im Hinblick auf die Bestimmung und Durchsetzung des gemeinen Wohls hatte zwangsläufig zu der stetig wachsenden Verrechtlichung und der damit verbundenen Regulierung und Überregulierung fast aller gesellschaftlicher Bereiche, aber auch weiter Bereiche des persönlichen Lebens geführt. Die Tendenz zur Verrechtlichung der menschlichen Existenz und der gesellschaftlichen Abläufe ist freilich nicht neu, ihre Ursachen sind vielfältig. Das Wachstum des Rechts beruhte anfangs wohl auf der unaufhaltsamen Säkularisierung der Gesellschaft, die das staatliche Gesetz in die Position ursprünglich anderer, etwa religiöser oder traditioneller Ordnungsmodelle einrücken ließ. Seit Beginn der Industrialisierung bis hin zur heutigen globalisierten Wirtschaft ist es die wachsende Differenzierung und Komplexität der gesellschaftlichen Beziehungen, die einen entsprechend hohen Bedarf an rechtlicher Regelung und Regulierung nach sich gezogen hat.

Aus staatsrechtlicher Sicht ist ferner der Wandel vom liberalen zum sozialen Rechtsstaat anzuführen, wie ihn auch das Grundgesetz ausdrücklich benennt. Der zur aktiven Gestaltung der Gesellschaft aufgerufene Staat bedient sich zur Erfüllung dieser Aufgabe regelmäßig der Form und der Mittel des Rechts. Vor allem aber beschäftigt und legitimiert sich der ausgedehnte Apparat der Brüsseler EU-Kommission zu einem großen Teil mit der Produktion von Normen, die ihrerseits in den Mitgliedsstaaten weitere Normsetzungsprozesse auslösen.

Verrechtlichung ist selbstverständlich nichts, was per se schlecht oder zu verurteilen wäre. Sie ist in einem demokratischen Rechtsstaat das vorrangige Medium zur Bestimmung und Durchsetzung des gemeinen Wohls. Es geht aber – wie so oft – um die Frage des Maßes. Mehr Recht ist nicht gleichbedeutend mit besserem Recht und mit mehr Gerechtigkeit. Was heute zu beklagen ist, ist ein Übermaß an Normierung. Im großen Stil sehen sich vor allem die wirtschaftlichen Unternehmen durch überzogene rechtliche Anforderungen daran gehindert, notwendige Erneuerungsprozesse und Anpassungen an die veränderte weltwirtschaftliche Situation zu vollziehen. Aber auch im Kleinen – sei es bei der Abgabe der Steuererklärung, bei der Einstellung einer Haushaltshilfe oder dem Versuch, sich mit einer selbständigen Tätigkeit eine Existenz oder einen Zuverdienst zu verschaffen – fühlen sich viele Bürger durch ein Dickicht von Normen und durch bürokratische Hürden

überfordert oder gegängelt. Auf das Ganze gesehen liegt man wohl nicht falsch, wenn man sagt, dass sich über das sinnvolle Maß an Recht wie Mehltau eine Schicht Überregulierung gelegt hat, die Gefahr läuft, die gesamte Rechtsordnung zu infizieren. In der Tat scheint mir eine Gefahr darin zu liegen, dass letztlich das Recht insgesamt als lähmend und entmutigend empfunden und auf diese Weise diskreditiert wird. So weit sollte es in einem Rechtsstaat nicht kommen.

Eine Studie der HHL Graduate School of Management hat beispielsweise den bürokratischen Aufwand bei einer Unternehmensgründung ermittelt und in Stunden umgerechnet.¹ In Kanada betrage der bürokratische Aufwand pro Unternehmensgründung 1,5 Tage, in Frankreich 4 Tage, in Großbritannien 4,5 Tage, in Deutschland betrage der Aufwand aber 10,5 Tage. Dass bei einem solch extrem hohen bürokratischen Aufwand die Bereitschaft zur Unternehmensgründung nicht gerade gefördert, sondern eher gedrosselt beziehungsweise abgewürgt wird, leuchtet ohne Weiteres ein.

Dieser Prozess ist zwar nicht neu, besorgniserregend ist aber seine Beschleunigung in den letzten Jahrzehnten. Immerhin findet sich schon in Goethes Faust der Satz:

*„Es erben sich Gesetz' und Rechte
wie eine ew'ge Krankheit fort;
sie schleppen von Geschlecht sich zu Geschlechte
und rücken sacht von Ort zu Ort.
Vernunft wird Unsinn, Wohltat Plage.
Weh Dir, dass Du ein Enkel bist!
Vom Rechte, das mit uns geboren ist,
von dem ist leider! nie die Frage“.*

„Aus Bequemlichkeit suchen wir nach Gesetzen“, fand auch schon der Dichter der Frühromantik Novalis, den Juristen vielleicht unter dem Namen Friedrich von Hardenberg kennen; also aus Furcht vor der eigenen Verantwortung, ja letztlich aus Furcht vor der Freiheit rufen die Menschen nach immer neuen Gesetzen.

VII. Abbau von Überregulierung

Der Abbau von Überregulierung ist deshalb eigentlich ein Gebot der Stunde. Das Grundgesetz geht von der Eigenverantwortung und Selbstbestimmung des Menschen aus, sowohl als Grundlage seiner persönlichen Entfaltung als auch seiner zwischenmenschlichen und sozialen Beziehungen. Auch die Funktion des Rechts darf nicht losgelöst von dieser freiheitlichen Grundlage und Ausrichtung der Verfassung gesehen werden. Recht dient vor allem der Gewährleistung eines freiheitlichen Status des Einzelnen, es dient der Sicherung einer eigenverantwortlichen, selbstbestimmten Lebensführung. Dazu gehört selbstverständlich auch, dass das Recht – wo nötig – ordnend, gestaltend und lenkend eingreift, damit einerseits Eigenverantwortung und Selbstbestimmung nicht nur auf dem Papier ste-

1 HHL Leipzig Graduate School of Management, Analyse des Gründungsgeschehens in Deutschland, Leipzig 2016, S. 14.

hen, sondern für den Einzelnen Realität werden können, andererseits aber die Freiheitswahrnehmungen der Bürger stets in Übereinstimmung mit den Erfordernissen des gemeinen Wohls erfolgen. Aber fast jede staatliche Intervention bedeutet zugleich eine Beschränkung von Freiheit. Rechtliche Normierungen und Regulierungen können Risiken verringern, aber zugleich Handlungsmöglichkeiten und -chancen einschränken. Sie können dem Einzelnen Verantwortung abnehmen, aber sie können ihn eben dadurch auch in seiner Initiativkraft lähmen. Je mehr und je intensiver Lebensbereiche durchnormiert werden – und sei es auch in bester Absicht –, desto mehr läuft die Rechtsordnung Gefahr, allmählich die Eigenverantwortung und Selbstbestimmung, die sie ja eigentlich sichern soll, zu ersticken.

Der frühere Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, Fritz Werner, hatte immer wieder auf ein wandelndes Rechtsgefühl der Menschen hingewiesen und dabei meines Erachtens den Punkt getroffen, um den es hier geht: Der Einzelne, so Werner, neigt immer mehr dazu, alle persönlichen und gesellschaftlichen Konflikte als Rechtskonflikte zu erleben und das Schicksal als einklagbaren Rechtsverlust zu sehen. Diese Äußerung stammte immerhin aus dem Jahre 1960 – was müsste Fritz Werner wohl heute sagen? Es geht im Übrigen nicht nur um Eigenverantwortung in einer individualistischen Sichtweise. Die Verrechtlichung fast aller Sozialbeziehungen durch Leistungs-, Sicherungs-, Versorgungs-, Ausgleichs- und Fürsorgesysteme hat – so unverzichtbar diese Systeme in ihrem Kern sein mögen – auf der anderen Seite auch zu einem Schwund an Bereitschaft zu sozialem und zivilgesellschaftlichen Engagement geführt. Allgemein besteht die Erwartung, dass der Staat in die Bresche springt, wo immer sich eine wirkliche oder vermeintliche Schutzlücke auftut. Seltener wird die Frage gestellt, was zunächst der Einzelne, was gesellschaftliche Gruppen und Organisationen leisten können und wie viel Solidarität sich die Menschen untereinander auch ohne Rechtszwang schulden.

Mit der Rückbesinnung auf die freiheitssichernde Funktion des Rechts geht es sicherlich nicht darum, einer Ellenbogengesellschaft oder einem wirtschaftlichen Manchester-Liberalismus das Wort zu reden. Unsere Gesellschaft und Wirtschaft und damit auch die meisten Bürger und Unternehmen sind heute gezwungen, sich auf eine im Großen wie im Kleinen veränderte Welt einzustellen. Diese Prozesse der Anpassung muss das Recht unterstützen, aber es kann sie nicht vollziehen und sie dem Menschen gleichsam abnehmen. Das Recht bietet keinen Lebensplan und keine Vollversicherung, weder für den Einzelnen noch für die Gesellschaft insgesamt. Statt einen trügerischen und letztlich lähmenden Glauben zu bestärken, dass alles schon so weitergehen werde wie bisher und dass jeder liebgewonene Bestand bis in die Zukunft gesichert sei, wofür der Staat schon sorgen werde, sollte die Rechtsordnung – jedenfalls auch und vermehrt – wieder zu Eigenverantwortung und Eigeninitiative ermutigen und diese sichern. In wichtigen Bereichen des staatlichen Umgangs mit Risiken sehen manche heute bereits das Risiko, dass der Rechts-

staat selbst zum Risiko wird, dass er also zum Überwachungs- und Präventionsstaat erodiert.

VIII. Gleichheit als Chancengleichheit

Der Sozialstaat, so wie wir ihn in Deutschland kennen, ist nicht die Verwirklichung eines im Grundgesetz vorgegebenen oder vorgeschriebenen Modells, sondern er ist das Resultat politischer Gestaltung und Rechtsetzung. Auf demselben Weg, auf dem er entstanden und gewachsen ist, kann der Sozialstaat auch fortentwickelt, geändert, angepasst und notfalls auch in Maßen wieder zurückgebaut werden. Eigenverantwortung und Sozialstaatlichkeit bilden dabei kein Gegensatzpaar, sondern verbinden sich im Prinzip der Chancengleichheit. Das Prinzip der Chancengleichheit geht von der freien Entfaltung der Bürger aus und akzeptiert Unterschiede im – beispielsweise beruflichen oder wirtschaftlichen – Erfolg. Das Prinzip der Chancengleichheit erkennt aber auch an, dass Unterschiede im Erfolg nicht nur auf Unterschieden der Leistung und in der Einsatzbereitschaft, sondern nicht selten auch auf unterschiedlichen Ausgangsbedingungen beruhen. Die Herstellung von Chancengleichheit zielt deshalb auf einen Ausgleich in den Voraussetzungen, die für einen späteren Erfolg besonders wichtig sind, beispielsweise Bildung und berufliche Ausbildung. Das Prinzip der Chancengleichheit scheint mir jedenfalls diejenige Formel zu sein, die einem Sozialstaat auf freiheitlicher Grundlage am ehesten entspricht und die die Grundwerte unserer Verfassung wie Freiheit, Gleichheit, Solidarität und Gerechtigkeit miteinander verbindet und miteinander versöhnen kann. Exzessive, einseitige Verschiebungen innerhalb jener Balance gefährden das grundgesetzliche Wertesystem insgesamt. Eine solche Gefährdung droht etwa, wenn aus dem Verfassungsversprechen der Gleichheit in der realen Politik „Gleichmacherei“ wird, um eine wirkliche oder eingebildete – in den Worten meines früheren Kollegen Udo Steiner – „Gleichheitskrankheit der Deutschen“ zu pflegen statt zu therapieren.

IX. Schlussbemerkung

Am Ende meiner Ausführungen möchte ich auf die Rede von Thomas Mann „Von Deutscher Republik“ zurückkommen. Der andere Name für Freiheit lautet Verantwortlichkeit, so heißt es – wie gesagt – dort. Ausübung von Freiheit muss und darf nach diesem Verständnis in einem demokratischen und sozialen Rechtsstaat theoretisch nicht im Widerspruch zum Handeln zum gemeinen Wohl stehen. Dafür, dass diese Idee letztlich auch halbwegs Realität werden kann, haben im Grundsatz Gesetz und Recht zu sorgen. In diesem Sinne möchte ich mit dem Gedanken von Hermann Krings, einem renommierten Vertreter der modernen Transzendentalphilosophie, schließen. Der Staat habe seinen Sinn nicht in sich selbst, er habe auch nicht die Aufgabe, Sinn zu produzieren oder gar dem Menschenwesen erst einen sittlichen Sinn zu geben, vielmehr bestehe seine Aufgabe darin, „Recht zu vermitteln“, um als Institutionalisierung des Rechts Freiheit zu ermöglichen – eine Freiheit, die mit einer sozialen Verantwortlichkeit für das

Gemeinwesen, für die Mitmenschen und schließlich für das eigene Tun und Unterlassen untrennbar verknüpft ist. Letzteres kann der Staat selbst nicht gewährleisten oder durchsetzen. Es geht um eine kulturelle Errungenschaft der freiheitlichen Gesellschaft. Verblasst sie, geht sie gar verloren, ist die soziale Demokratie in den Formen des Rechtsstaats tatsächlich gefährdet.



Hans-Jürgen Papier

Hugh Mercer QC*

The English Commercial Court

It is a great pleasure to be here in Frankfurt with my German colleagues and it is a particular honour to speak at an event alongside not only my Belgian, Singaporean and Dutch colleagues but also Professor Stefan Vogenauer, formerly Professor of Comparative law in the University of Oxford. My lifelong interest in comparative law was initially sparked by the essays of the German emigré lawyers in the UK law reviews such as Otto Kahn Freund, a predecessor of Professor Vogenauer in the Oxford chair, and Kurt Lipstein whom I knew slightly from my time studying for examinations at the Squire Law Library in Cambridge. Comparative law seemed unbelievably more interesting than whatever examination I was studying for!

I. Introduction

Before addressing the title of my intervention today, I think that it is helpful to address two introductory points to give some context to the Commercial Court. The first is that the law is and always has been an essentially practical discipline in the United Kingdom. Students could study Canon Law or Roman Law from the Middle Ages but it was not until the second half of the eighteenth century that the common law came to be studied in the universities and in the latter half of the nineteenth century that dedicated law faculties came to be founded. Rather than formal study, those wishing to become lawyers to practise in the courts would join an Inn of Court such as Middle Temple and combine the observation of real life court proceedings at say the Old Bailey (the legendary criminal court) with dinners in the Inn in the evening where a mix of experienced lawyers and students argued hypothetical cases (known as moots) and gave lectures on different aspects of the law. Still today, eating dinners remains a professional obligation for young barristers and a significant part of the year of vocational study to become a barrister is focused on the practicalities of being an advocate. Mock hearings recorded on video in which students present arguments to a 'judge' and are then commented upon by their peers are a standard part of the training.

This reliance on practical skills permeates the entire profession. Indeed, a striking difference from the continental legal professions is that a university degree is not a requirement of training to be a lawyer – you can work as a paralegal in a law firm and work your way up as a form of apprentice taking vocational examinations along the way. The final point in this regard is that a significant proportion of UK-qualified lawyers studied a subject other than law for their first degree. Clifford Chance has estimated that, in the firm, the split of those who studied law as their first degree and those who studied a subject other than law as around 50/50. Those who studied another subject can 'transfer' to law by a course which is usually two years' long but can be achieved in one year before moving on to the one year of vocational training to become either a barrister or a solicitor. Thus, the ranks of the UK legal profession include a significant number of those trained as engineers, doctors, architects, linguists etc.

The second introductory point builds on the first. This is that the judges of the Commercial Court are recruited from commercial lawyers of 20-30 years of practical experience resolving commercial problems arising from the Lloyd's Insurance Market; from ships bumping into each other in the South China Sea but insured with London P&I Clubs; from deciphering and interpreting in legal terms the swaps and derivatives created in the financial markets; or bringing claims in one of the multiple specialist arbitral tribunals which are linked to the commodities markets. Going on the bench (as becoming a judge is known), they carry this experience with them. The aim in recruiting judges to the Commercial Court is to have business-focused judges by whom business wants its disputes resolved. For example it was said of Mr Justice Mathew who played a key role in the late nineteenth century in founding the modern Commercial Court that he always understood the case of the plaintiff and defendant from a

* Barrister, Essex Court Chambers & Avocat (Belgium), Deputy High Court Judge. This is the text of a contribution to the 7th Symposium Law Made in Germany, Frankfurt, 6 November 2019.