

8.6 Marktwirtschaft ohne die Macht von Kapitalgesellschaften 2

Auch wenn er heute fast vergessen ist – der Streit um die Bank of North America bleibt doch einer der wichtigsten Konflikte in der neueren Wirtschaftsgeschichte. Er ist beispielhaft für die damaligen Kontroversen um einen freiheitskonformen Kapitalismus. Während es auf den ersten Blick so scheint, als ob sich ein solcher Kapitalismus nicht schaffen ließe, lehrt der zweite Blick auf den starken Liberalismus, dass sehr wohl alternative Weichenstellungen möglich waren. Jedenfalls führten die ersten Erfahrungen mit dem Kapitalismus – einerseits die Auseinandersetzung um die Menschenrechte, andererseits die Anwendung des gesammelten Wissens über die Logik des Marktes – zu einer Reihe institutioneller Lösungen, die zwar längst vergessen sind, die aber noch heute einen zukunftsweisenden Charakter haben.

Zunächst bestimmte Paine, ohne selbst schon eine dauerhafte Antwort gefunden zu haben, den Rechtsraum, der die konstitutionelle Basis für eine Wirtschaftspolitik der Machtminimierung von Kapitalgesellschaften bilden sollte. Sicher, Paine hatte diese politische Konzeption nicht erfunden; ihre Entstehung und Entwicklung ist jedoch an seinem politischen Handeln besonders anschaulich nachvollziehbar. Die auf Minimierung von Macht bedachte Konstitution von Kapitalgesellschaften als rechtsstaatliches Konzept etablierte sich erst nach einer ganzen Reihe weiterer gesellschaftlicher Erfahrungen und Erkenntnisse im Zuge der Genehmigung solcher Unternehmen.

Um die Entstehung der machtfreundlichen Variante des Kapitalismus, bei der Paines Position eine wichtige Zwischenstufe bildet, rekonstruieren zu können, müssen wir die Entwicklung der Kapitalgesellschaften von ihrem Beginn im Merkantilismus an bis zu ihrer Gegenwart rechtstypologisch untersuchen. Aktienrecht ist heute spezielles Privatrecht. Es basiert auf der Voraussetzung, dass Aktiengesellschaften aus einer Rechtsbeziehung allein zwischen privaten Personen bestehen. Diese Beziehung muss seitens des Staates allein zivilrechtlich, das heißt als isolierte soziale Beziehung zwischen wenigen Einzelnen, geschützt werden.⁴⁵

Soweit die herrschende Rechtsauffassung. Aber sie ist sachlich falsch. Mehr noch, sie hat antiliberale Konsequenzen. Denn jede Kapitalgesellschaft ist eine Maschine zur Produktion von Marktmacht. Und Marktmacht wird rasch zu politischer Macht. Das Recht der Kapitalgesellschaften privat-rechtlich anstatt öffentlich-

45 Friedrich Kübler: *Gesellschaftsrecht. Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen. Ein Lehrbuch*, Heidelberg 1998, Abschnitt § 2 *Geschichtliche Entwicklung des Gesellschaftsrechts*, S. 5–19 – Gerald Spindler: *Recht und Konzern. Interdependenzen der Rechts- und Unternehmensentwicklung in Deutschland und den USA zwischen 1870 und 1933*, Tübingen 1993, Abschnitt C *Gesellschaftsrecht*, S. 52–95, Abschnitt C *Gesellschaftsrecht*, S. 234–255 – Robert Weimar, Peter Schimikowski: *Grundzüge des Wirtschaftsrechts*, München 1993, Abschnitt C *Die Struktur der Unternehmensverfassung*, S. 148–166.

rechtlich zu kodifizieren bedeutet eine Vorprägung der politischen Konstitution einer Gesellschaft. Und da diese Unternehmen nicht öffentlich-rechtlich konstituiert sind, verselbstständigen sie sich in unkontrollierbare öffentliche Gebilde in privater Hand.

Schon ein Rückblick auf die historische Herkunft von Kapitalgesellschaften zeigt, dass diese keine privat-rechtlichen, sondern öffentlich-rechtliche Gebilde sind.⁴⁶ Im Merkantilismus besaß der Staat ein Durchgriffsrecht gegenüber Kapitalgesellschaften, das bis in Einzelheiten der Geschäftsführung reichte. Bei oberflächlicher Betrachtung erscheint dieser Dirigismus als machtféindlich; die staatliche Kontrolle, so ließe sich argumentieren, könnte die Verselbstständigung der Kapitalgesellschaften beschränkt, eventuell sogar verhindert haben. Das aber war durchaus nicht der Fall.

Denn wenn Legislative und Exekutive jederzeit in der Lage sind, in die Geschäftsführung einer Kapitalgesellschaft einzugreifen, ja wenn das Daseinsrecht einer Kapitalgesellschaft von der Gnade des Staates oder von der jeweils bestehenden politischen Konstellation abhängt, dann entsteht über kurz oder lang ein staatlich-privatwirtschaftlicher Komplex, in dem politische Macht völlig legal zu ökonomischer Macht wird. Diese Art der scheinbaren Kontrolle von Herrschaft entbehrt nicht einer gewissen Ironie. Denn indem es dem Staat erlaubt ist, in die geschäftlichen Tätigkeiten der Unternehmen einzugreifen, werden die Kontrolleure zu deren verlängertem Arm. Das Verhältnis dreht sich um: Parlamentarier, Senatoren, Minister, Präsidenten und andere Repräsentanten der politischen Klasse vertreten nun unmittelbar die Interessen der Wirtschaft im Staat.

Die Geschichte des Merkantilismus belegt diesen Zusammenhang. Er zeigt sich besonders bei den Funktionen, welche die Handelskompanien im Kolonialismus einnahmen. Ihnen wurden genuin staatliche Funktionen übergeben. So waren Handelskompanien im British Empire nicht nur für die Verwaltung ganzer Regionen zuständig; sie übten dort auch Rechtsprechung und Militärgewalt aus.

46 Heinrich Lehmann, Rolf Dietz: *Gesellschaftsrecht*, Berlin und Frankfurt a.M. 1970, § 9. IX. Kapitel *Geschichtliche Entwicklung des Gesellschaftsrechts*, S. 70–81 – »Die Entwicklung der modernen Kapitalgesellschaften nimmt ihren Ausgang bei den Handelskompanien des 17. Jahrhunderts. Diese waren keine privaten Handelsgesellschaften im modernen Sinne. Sie entstanden vielmehr aufgrund eines königlichen Korporationsakts. Erst dadurch erhielten sie Rechtspersönlichkeit. Der König verlieh sie ihnen im öffentlichen Interesse, welches die Gesellschaften zu verfolgen hatten, nämlich der Ausbeutung der Kolonien, dem Seehandel und später dem Bankgeschäft. Mit der Verleihung der Rechtspersönlichkeit waren weitgehende Sonderrechte verbunden, ja es wurden den Handelsgesellschaften oft Teile staatlicher Souveränität übertragen, so das Kriegerrecht, die Rechtsprechung, das Münzrecht und die Ausnahme von der Steuerpflicht.« Hans Christoph Binswanger: *Eigentum und Eigentumspolitik. Ein Beitrag zur Totalrevision der Schweizerischen Bundesverfassung*, Zürich 1978, S. 122f.

Selbstständige private Organisationen agierten als Verlängerung des imperialistischen Staates. Hier stellte sich für die Kritiker der Macht der Kapitalgesellschaften des frühen Kapitalismus bereits damals die Frage, ob der Staat solche Unternehmen überhaupt zulassen sollte, ob sie nicht vielmehr die Grundlage der freiheitlichen staatlichen Verfassung zerstören.

8.7 Grundzüge des Kapitalgesellschaftsrechts der USA bis Mitte des neunzehnten Jahrhunderts

Aus heutiger Sicht ist es schwer, jene Einstellung gegenüber Kapitalgesellschaften zu verstehen, die Ende des achtzehnten und Anfang des neunzehnten Jahrhunderts gerade in den USA vorherrschte. An die Möglichkeit, dass Kapitalgesellschaften vertragliche Konstrukte auf rein privat-rechtlicher Grundlage sein könnten, so wie es heute weltweit selbstverständlich ist, daran dachte zur Zeit der Gründung der Vereinigten Staaten niemand.⁴⁷ Vielmehr gehörte es zum allgemeinen Bewusstsein, dass Kapitalgesellschaften, mit ihrem dem Privatrecht fremden Instrument der Haftungsbeschränkung, Geschöpfe des Staates waren. Diese fundamentale Erkenntnis ist längst verlorengegangen. Wenn aber die Kapitalgesellschaft ein Fremdkörper in der Ordnung des Privatrechts ist, sollte man ihre Genehmigung dann nicht einfach verweigern, ohne sie direkt zu verbieten?

Ebendiese Haltung war in den frühen Jahren der USA weit verbreitet. Man hielt Kapitalgesellschaften für Ausnahmeerscheinungen, geschaffen für öffentliche Aufgaben vor allem im Bereich der Infrastruktur. Die Vorbehalte gegenüber Kapitalgesellschaften waren allein schon deshalb besonders ausgeprägt, weil man sich der bitteren Erfahrung mit dem Regime des englischen Merkantilsystems nur allzu gut erinnerte. Gleichzeitig gab es noch eine reale Chance, sich unkontrollierbarer Akkumulation von Kapital erfolgreich zu widersetzen, weil das Land in der Zeit seiner Demokratisierung zwar von ausländischen Merkantilgesellschaften ausgebeutet wurde, selbst aber nur wenige Kapitalgesellschaften zählte.

Allerdings litten die jungen USA unter großem Kapitalmangel, sodass man gezwungen war, Kapitalgesellschaften in irgendeiner Form zuzulassen. Allerdings war dies nicht nur der materiellen Not geschuldet, sondern hatte auch eine demokratische Dimension. Eine Wirtschaftsordnung mit großem Kapitalmangel und geringer Liquidität des Kapitals bedeutet nicht, dass es keinen Kapitalmarkt gibt, sondern dass hauptsächlich die Reichen dort Zutritt haben. Unterentwickelte Kapitalmärkte sind strukturell »aristokratisch«. Aufgrund der spezifischen Situation der USA führte dies zu einer besonders problematischen Art ökonomisch-politischer Abhängigkeit. Je weniger Amerikaner selbst Zugang zu Kapital hatten, je deutlicher

47 Louis Hartz, wie Anm. 5 Kap. 8.