

Soziale Marktwirtschaft und Rechtsentwicklung

Von Dieter Reuter

1. Die Soziale Marktwirtschaft – inhaltliches Programm oder irenische Formel?

Wer ein Urteil darüber abgeben soll, inwieweit die Soziale Marktwirtschaft durch die Rechtsentwicklung nach dem Zweiten Weltkrieg gefördert oder auch gehemmt worden ist, braucht eine klare Vorstellung vom materiellen Gehalt der Sozialen Marktwirtschaft. Schon an dieser Stelle beginnen die Schwierigkeiten. In der politischen Gegenwart ist die Soziale Marktwirtschaft nämlich außerhalb linkssektiererischer Zirkel nicht mehr ein umstrittenes Programm, sondern im Gegenteil ein Beutebegriff, den die verschiedenen politischen Gruppierungen zu besetzen versuchen, um für ihre Forderungen vom Nimbus eines wirtschafts- und sozialpolitisch erfolgreichen ordnungstheoretischen Ansatzes zu profitieren.¹ Die einen empfehlen sich als Verteidiger der *Sozialen* Marktwirtschaft gegen Tendenzen zur Wiederbelebung eines Manchesterkapitalismus,² die anderen als Bewahrer der Sozialen *Marktwirtschaft* gegen die Lähmung der marktwirtschaftlichen Antriebs- und Steuerungskräfte durch ein Übermaß an sozialstaatlichen Interventionen.³ Die Wirtschaftswissenschaft ist an diesem Zustand nicht ganz schuldlos. Charakteristisch ist die Feststellung des Vorsitzenden auf der Schlußtagung des Vereins für Socialpolitik 1962 in Luzern, alle Referenten hätten auf dem Boden der Sozialen Marktwirtschaft gefochten. Zwar habe es konservative und sozialdemokratische Spielarten gegeben, doch habe sich alles im Rahmen dessen gehalten, was man unter Sozialer Marktwirtschaft verstehe.⁴ Offenbar ist die Soziale Marktwirtschaft hier wenig mehr als eine Integrationsformel, die individualistisch, kollektivistisch und staatsinterventionistisch orientiertes wirtschaftspolitisches Denken in einem unentschiedenen Mischungsverhältnis vereint.

1 Zur Funktion von Beutebegriffen vgl. Arnold GEHLEN, *Moral und Hypermoral. Eine pluralistische Ethik*, Frankfurt/M. 1969, S. 177.

2 Vgl. z.B. Walter KERBER, in: DERS. (Hrsg.), *Vor neuen Herausforderungen der Menschheit. Enzyklika »Centesimus annus« Papst Johannes Paul II.*, Freiburg/Brsg. 1991, S. 131, 155.

3 Vgl. die Schriften des sog. Kronberger Kreises, z.B. KRONBERGER KREIS, *Wirtschaftspolitik für das geeinte Deutschland*, Frankfurt/M. 1990, S. 7 ff.

4 Vgl. Alfred MÜLLER-ARMACK, *Genealogie der Sozialen Marktwirtschaft*, Stuttgart 1974, S. 146.

Die Sichtweise der Väter der Sozialen Marktwirtschaft ist das nicht. Diese ist vielmehr geprägt durch die Grundentscheidung für ein Wirtschaftssystem, das auf die wirtschaftliche Initiative der einzelnen und ihre Koordination durch wettbewerblich gesteuerte Märkte setzt. Der Unterschied zur freien Marktwirtschaft besteht nur darin, daß die Ergebnisse nicht gleichgültig sind, sondern – wie Müller-Armack formuliert hat – »den sozialen Überzeugungen, die für unsere Zeit als unabdingbare Voraussetzung der staatlichen und gesellschaftlichen Existenz angesehen werden«, gerecht werden müssen.⁵ Der Staat nimmt – so erneut Müller-Armack – durch seine Sozialpolitik »soziale Umschichtungen, soziale Interventionen vor, die aber – und das ist, auf einen einfachen Nenner gebracht, der Grundgedanke – dadurch auf das System der Marktwirtschaft abgestellt werden, daß sie dem Grundsatz der *Marktkonformität* unterworfen werden, das heißt, daß hinter den Eingriffen der staatlichen Wirtschaftspolitik die Funktionsweise des Marktes sichtbar bleibt, daß diese nicht gestört, und, wenn möglich, gar noch verbessert wird«⁶. Gewiß haben die geistigen Väter der Sozialen Marktwirtschaft den durch das Gebot der Marktkonformität begrenzten Spielraum der Sozialpolitik großzügiger eingeschätzt, als dies heute wohl überwiegend geschieht. Müller-Armack z.B. hat ausdrücklich nicht nur die Sicherung des Wettbewerbs, sondern auch den Ausbau des Arbeits- und Sozialversicherungsrechts, eine konjunkturpolitische Beschäftigungspolitik und einen »marktwirtschaftlichen Einkommensausgleich zur Beseitigung ungesunder Einkommens- und Besitzverschiedenheiten« durch soziale Transfers gefordert.⁷ Die Erfahrung, wie die Marktwirtschaft in den Jahren nach dem Weltkrieg selbst große Ausnahmereiche wie Landwirtschaft und Wohnungswirtschaft verkraftet hat, ohne daß das Wirtschaftswunder dadurch vereitelt worden wäre, hat ihn Anfang der 60er Jahre darüber hinaus veranlaßt, eine sogenannte zweite Phase der Sozialen Marktwirtschaft zu propagieren, in der die Gesellschaftspolitik vor die Wirtschaftspolitik tritt. Bildung für alle, Humanisierung der Arbeit, Schutz der Umwelt sollten die neuen Leitideen sein.⁸ Immerhin hat er etwa im Zusammenhang mit der Diskussion über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer Anfang der 70er Jahre auch Grenzen angemahnt. Gegenüber der Forderung nach Demokratisierung der Wirtschaft hat er geradezu leidenschaftlich die Gefahr für die Funktionsfähigkeit der Marktwirtschaft beschworen, die droht, »wenn in einer allgemeinen Unterwerfung unter Mehrheitsbeschlüsse diejenigen, die neue Einfälle haben, neue Verfahren entdecken und neue Wege gehen, gehindert werden, dies zu tun«⁹.

5 A. MÜLLER-ARMACK (wie Anm. 4), S. 74.

6 A. MÜLLER-ARMACK (wie Anm. 4), S. 120 f.

7 A. MÜLLER-ARMACK (wie Anm. 4), S. 99 f.

8 A. MÜLLER-ARMACK (wie Anm. 4), S. 129 ff., 165 f.

9 A. MÜLLER-ARMACK (wie Anm. 4), S. 168.

Es gibt also einmal absolute Grenzen der Vereinbarkeit der Wirtschafts- und Sozialpolitik mit Sozialer Marktwirtschaft, die durchaus auch sozialpolitischen Vorstellungen etablierter Großorganisationen Widerstand entgegenzusetzen.¹⁰ Zum anderen ist zu beachten, daß die Veränderung der Umstände das Urteil über die Marktkonformität bestimmter Lösungen wirtschafts- oder sozialpolitischer Probleme verschieben kann. Es ist nicht dem Schwinden sozialpolitischer Sensibilität, sondern schmerzhafter Erfahrung zuzuschreiben, daß die Kritik an der Sonderrolle des Arbeitsmarktes, des Wohnungsmarktes und der Landwirtschaft aus der Perspektive der Sozialen Marktwirtschaft zunimmt, obwohl ihre Väter z.T. ausdrücklich versichert haben, dagegen sei nichts einzuwenden.¹¹ Es hat sich gezeigt, daß die Anpassungsfähigkeit der Güter- und Dienstleistungsmärkte die mangelnde Anpassungsleistung des Arbeitsmarktes nicht mehr zu kompensieren, die staatliche Förderung die mangelnde natürliche Attraktivität des Mietwohnungsmarktes nicht beständig auszubalancieren und die europäische Agrarpolitik die Preisgarantien für landwirtschaftliche Produkte nicht ökonomisch sinnvoll zu handhaben vermag. Ursprünglich (vielleicht noch) marktkonforme Politiken haben sich als marktinkonform entpuppt. Demgemäß ist heute zu fragen, welche Korrekturen erforderlich sind, damit die Sozialpolitik nicht ihre eigenen ökonomischen Grundlagen zerstört.¹² Dabei geht es in erster Linie nicht um die Korrektur sozialpolitischer Ziele, sondern um die der Wege dorthin. Auf den Prüfstand gestellt sind Systeme des Sozialen, die sich gefallen lassen müssen, daraufhin evaluiert zu werden, ob ihre Anliegen nicht auf andere Art und Weise wirksamer und/oder mit weniger gemeinschädlichen Nebenwirkungen verfolgt werden können.¹³ Die Soziale Marktwirtschaft ist – so Müller-Armack 1974 – »kein fertiges System, kein Rezept, das einmal gegeben im gleichen Sinne angewendet werden kann. Sie ist eine evolutive Ordnung, in der es neben dem Grundprinzip, daß sich alles im Rahmen einer freien Ordnung zu vollziehen hat, immer wieder nötig ist, Akzente neu zu setzen gemäß den Anforderungen einer sich wandelnden Zeit.«¹⁴

10 Zur Bedeutung der Mitbestimmungsforderung als integrierendes Element der Einheitsgewerkschaft vgl. Otto KUNZE/Alfred CHRISTMANN, *Wirtschaftliche Mitbestimmung im Meinungsstreit*, 2 Bde., Köln 1964.

11 A. MÜLLER-ARMACK *Ordo XXI* (1970) S. 27, 29 f.; Wilhelm RÖPKE, *Civitas humana. Grundfragen der Gesellschafts- und Wirtschaftsreform*, 4. Aufl. Bern 1979, S. 82 f.

12 Vgl. KRONBERGER KREIS, *Mehr Markt im Arbeitsrecht*, Frankfurt/M. 1986; *Mehr Markt in der Wohnungswirtschaft*, Frankfurt/M. 1984; *Für eine Neue Agrarordnung*, Frankfurt/M. 1984.

13 Vgl. auch Hans WILLGERODT, *Festschrift für Ernst Joachim Mestmäcker*, hrsg. v. Ulrich IMMENGA, Wernhard MÖSCHEL und Dieter REUTER, Baden-Baden 1996, S. 329, 335.

14 A. MÜLLER-ARMACK (wie Anm. 4), S. 10.

2. Soziale Marktwirtschaft und Verfassungsrecht

Soziale Marktwirtschaft und Sozialstaatsgebot

Vor diesem Hintergrund liegt es auf den ersten Blick nahe, eine weitgehende Kongruenz zwischen Sozialer Marktwirtschaft und den Ordnungsvorstellungen sogar des Grundgesetzes anzunehmen. Denn einerseits garantiert das Grundgesetz mit der Berufsfreiheit, der Freizügigkeit, dem Eigentum und der Koalitionsfreiheit Grundrechte, die eine freie Ordnung voraussetzen. Andererseits verpflichtet es den Staat durch das Sozialstaatsgebot zwar auf die Herstellung einer gerechten Sozialordnung, läßt ihm aber – so das BVerfG ausdrücklich – »unter Beachtung der Grundrechte bei der Wahl der Mittel freie Hand«¹⁵. Gleichwohl hat das BVerfG im sogenannten Investitionshilfe-Urteil vom 20. März 1954 entschieden: »Die gegenwärtige Wirtschafts- und Sozialordnung ist zwar eine nach dem Grundgesetz mögliche Ordnung, keineswegs aber die allein mögliche. Sie beruht auf einer vom Willen des Gesetzgebers getragenen Entscheidung, die durch eine andere Entscheidung ersetzt oder durchbrochen werden kann.«¹⁶ Seitdem gilt der Grundsatz der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes, der in der weiteren Rechtsprechung des BVerfG wiederholt bestätigt worden ist. Insbesondere hat das BVerfG für das Grundgesetz abgelehnt, was es für das Recht im Rang unterhalb der Verfassung aus der Bindung der Gerichte an »Gesetz und Recht« (Art. 20 I GG) ableitet, nämlich die Notwendigkeit oder auch nur Zulässigkeit einer Kombination und folgerichtigen Ergänzung der einschlägigen verfassungsrechtlichen Einzelbestimmungen zu einem »Sinnganzen«, d.h. zu einem in sich stimmigen Regelungsprogramm für die deutsche Volkswirtschaft.¹⁷ Die Verfassungsmäßigkeit wirtschaftsordnender Gesetze sei – so heißt es im Mitbestimmungsurteil vom 1. März 1979 – eine Frage der »Wahrung der Freiheit des einzelnen Bürgers«, nicht »eines institutionellen Zusammenhangs der Wirtschaftsverfassung, der durch verselbständigte, den individualrechtlichen Gehalt der Grundrechte überhöhende Objektivierungen begründet wird«¹⁸.

In der Tat kann nicht zweifelhaft sein, daß das BVerfG mit dieser Sicht die Absichten der Verfassungsväter trifft. Wie die Entstehungsgeschichte des Grundgesetzes belegt, haben diese ganz bewußt auf konkrete verfassungsrechtliche Grundsätze für die Gestaltung von Wirtschaft und Gesellschaft nach dem Vorbild der Art. 119 ff. und 151 ff. WRV verzichtet, um den Staat

¹⁵ BVerfGE 22, 180, 204; 35, 348, 355 f.; 88, 203, 319.

¹⁶ BVerfGE 4, 7, 17.

¹⁷ BVerfG NJW 1973, 1221, 1225 I. Sp.

¹⁸ BVerfG NJW 1979, 699, 702.

bei der Überwindung der allgemeinen Not nach dem Zweiten Weltkrieg nicht zu behindern. Die Grundrechte sollten auf geschichtlich erfahrene Gefährdungen menschlicher Existenz und Freiheit reagieren. Sie sollten für den sozialgestaltenden Gesetzgeber nicht Auftrag, sondern Grenze sein, soweit nicht die Gesetzesvorbehalte Eingriffe erlaubten.¹⁹ Erst recht lag es für die Verfassungsväter fern, die Grundrechte als Bausteine der Sozialen Marktwirtschaft anzusehen. Denn die Soziale Marktwirtschaft war 1948/49 nicht einmal in der CDU unumstritten. Die SPD hat sie sogar heftig bekämpft; erst das Godesberger Programm von 1959 ist mit mehr oder weniger großen Vorbehalten auf sie eingeschwenkt.²⁰ Man geht wohl nicht einmal zu weit, wenn man behauptet, daß gerade die prinzipielle Offenheit des Grundgesetzes für alle mit Demokratie und Menschenwürde vereinbaren Sozialmodelle seine Konsensfähigkeit begründet hat.

Allerdings hat das BVerfG den Willen der Verfassungsväter nur im theoretischen Ausgangspunkt respektiert. Seine Praxis dagegen hat sich durchaus nicht darauf beschränkt, die Grundrechte als Grenzen für staatliches Handeln zu entfalten. Vielmehr hat sie sich – je länger, je mehr – massiv an der aktiven Sozialgestaltung beteiligt. Das kommt z.T. in Anforderungen zum Ausdruck, die den Gesetzgeber auf eine marktkonforme Sozialgestaltung festlegen. Insbesondere die Rechtsprechung zu Art. 12 GG hat zunächst geradezu kompromißlos den Weg der Sicherung der Berufsfreiheit durch Gewährleistung von Wettbewerb beschritten. Das Apotheken-Urteil von 1958 setzt die Beschränkung der Berufsfreiheit völlig mit der Beschränkung der Konkurrenz der Apotheker gleich. Ausdrücklich heißt es, Bezugspunkt der gesetzlichen Regelungen im Berufsbereich sei die »Bedeutung des Grundrechts in der sozialen Ordnung«. Niemals soll der »Konkurrenzschutz der bereits im Beruf Tätigen« für andere Beeinträchtigungen des Zugangs zum Beruf rechtfertigen können. Zulassungsvoraussetzungen sollen daher grundsätzlich nur verfassungsgemäß sein, soweit sie die sachgemäße Berufsausübung im Interesse der Allgemeinheit sicherstellen.²¹ Drei Jahre später nimmt das Handwerks-Urteil freilich schon wieder einiges zurück. Die als Legitimation von Grenzen der Berufsfreiheit geeigneten Interessen der Allgemeinheit sollen dem Gesetzgeber nicht schlechthin vorgegeben sein, sondern von ihm im Rahmen des sachlich Vertretbaren eigenständig definiert werden können. Demgemäß soll das Erfordernis der Meisterprüfung sich durch das gesetzliche Anliegen legitimieren, innerhalb des Mittelstandes

19 Karl H. FRIAUF, in: *Sozialstaat – Idee und Entwicklung, Reformzwänge und Reformziele*, Köln 1996, S. 63, 67.; jedenfalls in entstehungsgeschichtlicher Sicht unrichtig Ernst-Wolfgang BÖCKENFÖRDE, NJW 1974, 1529, 1537 f.

20 Vgl. Gerhard DETER, in: Günther RÜTHER (Hrsg.), *Ökologische und soziale Marktwirtschaft*, Bonn 1997, S. 42, 44.

21 BVerfGE 7, 377, 406 ff.

einen gesunden und leistungsfähigen Handwerkerstand als historisch gewachsene Gruppe zu fördern und zu erhalten.²²

Folgenreicher als das Drängen auf eine marktkonforme Sozialgestaltung im Bereich der Berufsfreiheit ist freilich geworden, daß das BVerfG im Bereich der Koalitionsfreiheit diametral entgegengesetzte Akzente gesetzt hat. Während das Apothekenurteil für die Berufsfreiheit die Verwurzelung der Entscheidung für die wettbewerbliche Steuerung der Arzneimittelversorgung in der individuellen Freiheit des einzelnen betont, greift das noch etwas ältere Tarifaufonomie-Urteil gleich auf das Ordnungsproblem durch. Der eindeutige Verzicht der Verfassungsväter auf die Rezeption der sozial- und wirtschaftspolitischen Grundentscheidungen in den Art. 119 ff. und in 151 ff. WRV wird kurzerhand zum Versehen erklärt: Zwar fehle im Grundgesetz eine Art. 165 WRV korrespondierende Norm über die Anerkennung der Koalitionen und ihrer Gesamtvereinbarungen. Doch sei angesichts des Bekenntnisses des Grundgesetzes zum sozialen Rechtsstaat nicht anzunehmen, daß es im Hinblick auf die verfassungsrechtliche Absicherung der Koalitionen und ihrer spezifischen Betätigungen hinter der WRV zurückbleiben wolle.²³ Die weitere Rechtsprechung hat diesen Ausgangspunkt ausgebaut, so daß mittlerweile nicht nur Tarifaufonomie und Arbeitskampf,²⁴ sondern auch der gewerkschaftliche Einfluß auf die Betriebs- und Personalverfassung²⁵ und sogar die gewerkschaftliche Mitgliederwerbung²⁶ zu verfassungsrechtlichen Größen geworden sind. Inhaltlich bedingt der Rückgriff auf den Weimarer Kollektivismus, daß dieser »institutionelle Umbau« der Koalitionsfreiheit alles andere als marktkonform geraten ist. Namentlich die Tarifaufonomie ist in ihrer Eigenschaft als Kartellerlaubnis schon ihrer Natur nach marktinkonform. Die vom BVerfG beschworene Ordnungsfunktion der Tarifvertragsparteien hat diesen Befund noch zusätzlich verschärft, indem sie zum Anstoß dafür geworden ist, die Kartellerlaubnis sogar mit dem Recht zum Kartellzwang zu verbinden.²⁷ Das BVerfG selbst hat auf dieser Grundlage zwar die Zulässigkeit allgemeinverbindlicher Tarifverträge mit Rücksicht auf die fehlende Legitimation der Tarifvertragsparteien gegenüber Außenstehenden von der verantwortlichen Mitwirkung des Staates abhängig gemacht, jedoch ein Recht des einzelnen Arbeitnehmers oder Arbeitgebers, nicht von (verbands-)tarifvertraglichen Regelungen betroffen zu werden, verneint.²⁸ Es hat dadurch mit dazu beigetragen, daß die Tarifkartelle zu Lasten der

22 BVerfGE 13, 97, 107 ff.

23 BVerfGE 4, 96, 101 f., 106.

24 BVerfGE 4, 96, 106; BVerfG NZA 1991, 809, 810.

25 BVerfGE 19, 312, 319 ff.

26 BVerfG NZA 1996, 381 ff.

27 Besonders deutlich Franz GAMILLSCHEG, RdA 1995, 79.

28 BVerfG NJW 1977, 2255, 2259.

in ihnen unterrepräsentierten Arbeitnehmer- und Arbeitgebergruppen lange Zeit Gruppenegoismus praktizieren konnten, ohne als Gegenreaktion ihre Aushöhlung durch Außenseiterkonkurrenz befürchten zu müssen. Die Folgen – das Anwachsen der strukturellen Arbeitslosigkeit, das Ende vieler, vor allem mittelständischer Unternehmen²⁹ – haben zu einem Konflikt zwischen Marktanforderungen einer- und rechtlichen Anforderungen andererseits geführt, der sich mittlerweile in einem regelrechten Aufstand gegen den Geltungsanspruch der Tarifverträge entlädt. Nach einer Erhebung des Instituts für Wirtschaftsforschung hält sich in Ostdeutschland kaum noch die Hälfte der Betriebe an die Tarifverträge. Statt dessen dominieren illegale Betriebsvereinbarungen, die die Arbeitskosten und die Arbeitsorganisation an die Überlebensbedingungen der Betriebe anpassen.³⁰

Soziale Marktwirtschaft und Geltungsanspruch der Grundrechte

Möglicherweise noch wichtiger als die offene ist die verdeckte Sozialgestaltung, die das BVerfG dadurch betreibt, daß es unter Berufung auf die Grundrechte in die privatrechtliche Lösung (scheinbar bloß) interindividueller Interessenkonflikte interveniert. Zwar ist das BVerfG zunächst nicht den Stimmen gefolgt, die gar keinen Unterschied zwischen der Geltung der Grundrechte im öffentlichen Recht und im Privatrecht sehen wollen.³¹ Den »ungeschichtlichen Neuanfang einer aus den Grundrechten abgeleiteten Privatrechtsordnung«³² hat es im Lüth-Urteil ausdrücklich verworfen. Das Privatrecht soll danach grundsätzlich nicht Gegenstand verfassungsrechtlicher Gestaltung, sondern »ein der Verfassung vorgegebenes Normensystem« sein, »das in seiner Eigenart an der Verwirklichung der verfassungsmäßigen Ordnung teilhat und sie gewährleistet«³³. Die Grundrechte sollen lediglich durch das Medium der das Privatrecht unmittelbar beherrschenden Vorschriften wirken, soweit diese – wie namentlich die Generalklauseln – wertungs offen gestaltet sind.³⁴ Aber auf diesem Standpunkt ist das BVerfG nicht stehen

29 Damit ist keine monokausale Erklärung der Arbeitslosigkeit beabsichtigt. Aber es ist unzweifelhaft so, daß die Tarifvertragspraxis durch die Überforderung von Grenzbetrieben, unverhältnismäßige Verteuerung gering qualifizierter Arbeit und Barrieren für maßgeschneiderte Arbeitsorganisationen dazu beiträgt. Vgl. auch Bernd RÜTHERS, *Beschäftigungskrise und Arbeitsrecht*, Frankfurt/M. 1996, S. 21 f.

30 Vgl. auch Horst EHMANN ZRP 1996, 314 ff.

31 *Festschrift für Erich Molitor*, hrsg. v. Hans Carl NIPPERDEY, München/Berlin 1962, S. 17 ff.; Walter LEISNER, *Grundrechte und Privatrecht*, München 1960, S. 356 ff.; mit Einschränkungen auch Claus-Wilhelm CANARIS AcP 184, 201 ff.

32 Ernst Joachim MESTMÄCKER, AcP 168, 235, 240.

33 E.J. MESTMÄCKER ebda.

34 BVerfGE 7, 198, 205, 207. Die Kritik von C. W. CANARIS, AcP 184, 202, 212 f. geht fehl. Es geht um eine teleologische Reduktion des Art. 1 III GG, die deswegen notwendig ist,

geblieben. Obwohl das Lüth-Urteil nach wie vor als Leitentscheidung firmiert, hat sich inzwischen die Meinung durchgesetzt, daß die Verwirklichung der Grundrechte im gesellschaftlichen Raum kraft des Sozialstaatsgebots eine allgemeine Verpflichtung der staatlichen Gewalt darstellt, also nicht nur eine Besonderheit einzelner Grundrechte ist, für die sich der Wille zur Veränderung des Privatrechts speziell nachweisen läßt (Art. 3 I, II, 6 V, 9 III 2 14 II GG).³⁵

Immerhin hat das BVerfG bis in die jüngere Vergangenheit daran festgehalten, daß die Grundrechte den Staat jenseits der »Ausstrahlung« auf Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe nicht verpflichten, Private gegen Private zu schützen. Insoweit ist es allen Versuchen im Schrifttum, die Freiheitsrechte in Schutzrechte umzudeuten, zum Trotz bei den Grundsätzen des Lüth-Urteils geblieben. Erst in den letzten 15 Jahren hat sich das geändert. Zunächst war das Familienrecht betroffen, für das das BVerfG die vom Grundgesetz im Gegensatz zur Emanzipation der Frau »noch nicht bedachte« Emanzipation des Kindes³⁶ mit spektakulären Eingriffen in das Gesetzesrecht vorangetrieben hat. Hervorzuheben ist vor allem die Entscheidung vom 13. Mai 1986,³⁷ die unter Berufung auf das verfassungsrechtlich geschützte Persönlichkeitsrecht des Kindes Grenzen für die Fähigkeit der Eltern zur Begründung von Verbindlichkeiten zu Lasten seiner zukünftigen beruflichen und wirtschaftlichen Existenz einfordert, die die entsprechende Vorsorge des BGB übersteigen. Seit 1990 betont das BVerfG die Schutzfunktion der Grundrechte auch und gerade für das wirtschaftlich relevante Privatrecht. So sieht das Gericht in der Zulässigkeit eines entschädigungslosen Wettbewerbsverbots für Handelsvertreter, die einen wichtigen Grund für die Kündigung des Handelsvertretervertrags verschuldet haben, einen Verstoß gegen Art. 12 I GG. Die Vertragsfreiheit läßt es als Rechtfertigungsgrund nicht gelten, weil die Handelsvertreter im allgemeinen zur eigenständigen Wahrung ihrer Interessen gegenüber den Unternehmen nicht in der Lage sind. Statt dessen sollen Gesetzgeber und notfalls Gerichte Regelungen entwickeln, die die Beschränkung der Vertragsfreiheit der Unternehmen mit dem Schutz der Freiheit der Handelsvertreter in ein ausgewogenes Verhältnis bringen.³⁸ Im Bürgschaftsfall baut es diese Rechtsprechung zu dem allgemeinen Satz aus, daß die Gerichte Verträgen die Anerkennung versagen müssen, wenn sie für

weil das Privatrecht grundsätzlich die durch die Grundrechte geschützte Freiheit durch rechtliche Ordnung sozial ermöglicht, nicht beschränkt. Das US-amerikanische Recht hat aus dieser Einsicht die Konsequenz gezogen, das *common law* selbst in Verfassungsrang zu erheben.

35 Vgl. dazu Wolfgang RÜFNER, in: *Gedächtnisschrift für Wolfgang Martens*, hrsg. v. Peter SELMER und Ingo v. MÜNCH Berlin/New York 1987, S. 215, 223 ff.

36 Joachim GERNHUBER, *Familienrecht*, 3. Aufl. Tübingen 1980, § 7 I 1 (S. 59).

37 BVerfG NJW 1986, 1859 ff.

38 BVerfGE 81, 242, 255 ff.

eine Seite ungewöhnlich belastend sind und zwischen den Vertragsparteien zu Lasten der benachteiligten ein sogenanntes strukturelles Ungleichgewicht besteht.³⁹ Zwar bezieht es sich dabei formal auf § 138 BGB. Doch geht es in der Sache weit über die danach vorgesehene Grenzkontrolle hinaus. Im Klartext lautet die Botschaft der Entscheidung: Soweit zwischen den Vertragsparteien ein »strukturelles Ungleichgewicht« feststellbar ist, gibt es keine Inhaltsfreiheit mehr, sondern nur noch die Befugnis, angemessene Inhalte zu vereinbaren.⁴⁰ Tendenziell schwächt das BVerfG auf diese Weise ausgerechnet das Mittel, das allein geeignet ist, strukturelle Ungleichgewichte zu entschärfen, nämlich die Entmachtung der Stärkeren durch Wettbewerb: Die Bevormundung durch die Gerichte mindert die Attraktivität der betroffenen Märkte für potentielle Konkurrenz. Zugleich erzwingt sie eine ständige Auswertung der gerichtlichen Praxis, die die Kleinen unter den »strukturell Überlegenen« überfordert und auf der Seite der Großen das Angebot verteuern oder einschränkende Kosten verursacht. Der Rückzug der Handwerker und Kleingewerbetreibenden vom Arbeitsmarkt und der privaten Vermieter vom Wohnungsmarkt hängt genauso damit zusammen wie die viel gescholtene Gebührenpraxis der Banken.⁴¹ Gewiß können die »sozialen Bumerangeffekte« der gerichtlichen Inhaltskontrolle nicht unerträgliche Übervorteilungen einzelner rechtfertigen. Aber das ist – wie § 138 BGB belegt – schon selbstverständlich gewesen, bevor die vom BVerfG beifällig zitierte Zurückverwandlung der formalen Freiheitsethik des 19. Jahrhunderts »in eine materiale Ethik sozialer Verantwortung« (Wieacker)⁴² begonnen hat. Nur hat sich die Intervention tendenziell noch auf wirklich unerträgliche, d.h. über die weltanschaulichen Unterschiede hinweg fast allgemein als solche empfundene Fälle beschränkt, während die vom BVerfG verlangte Angemessenheitskontrolle Verhältnisse schafft, in denen sich das gerade im Arbeits-, Miet- und Bankrecht besonders ausgeprägte »gesellschaftspolitische Glaubensgut und Engagement« (mancher Richter)⁴³ ungebremst zu Lasten von Arbeitgebern, Vermietern und Banken entfalten kann.

Noch gar nicht auszuloten sind die Folgen des Mietereigentumsbeschlusses des BVerfG vom 26. Mai 1993, der nicht nur die eher banale Feststellung trifft, daß die Mieterrechte gegenüber dem Staat Eigentumsschutz nach Art. 14 GG genießen, sondern darüber hinaus aus dieser Feststellung auf

39 BVerfGE 89, 214, 232.

40 Vgl. dazu auch Wolfgang ZÖLLNER, AcP 195, 1, 4 ff.

41 Vgl. D. REUTER, DZWIR 1993, 45, 48 ff.; B. RÜTHERS (wie Anm. 29), S. 48.

42 *Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft*, Wetzlar 1953, S. 18 ff., 27.

43 B. RÜTHERS NJW 1993, 2587, 2588.

die verfassungsrechtliche Notwendigkeit eines Bestandsschutzes für Mietverhältnisse schließt.⁴⁴ Über den Eigentumsschutz hat das BVerfG so das Grundrecht auf Wohnung (mit Drittwirkung!) eingeführt, das kurz zuvor in der Verfassungskommission von Bundestag und Bundesrat mehrheitlich abgelehnt worden ist.⁴⁵ Im Ergebnis hat es damit nicht nur der im politischen Raum diskutierten und von der Sachverständigenkommission Wohnungspolitik empfohlenen Lockerung des Mieterschutzes⁴⁶ verfassungsrechtliche Hindernisse in den Weg gelegt. Vielmehr hat es das Terrain bereitet für eine Ausdehnung des Bestandsschutzes von Dauerschuldverhältnissen, die das Wohnungsmietrecht weit hinter sich läßt. Schon der frühere Präsident des BVerwG Sandler hat darauf hingewiesen, daß praktisch alle Argumente des BVerfG für den Bestandsschutz im Fall der Wohnraummiete genauso für die Gewerberaumiete passen.⁴⁷ Auch liegt es nicht fern, daß, was zugunsten des Mieters aus Art. 14 GG hergeleitet worden ist, analog für den Arbeitnehmer aus Art. 12 GG zu entnehmen, nämlich ein Recht auf Arbeit, das den freien Entzug des Arbeitsplatzes durch Arbeitgeberkündigung über das geltende Kündigungsschutzrecht hinaus (z.B. auch in Kleinbetrieben im Sinne des § 23 KSchG) verbietet.⁴⁸ Ohnehin entspricht eine solche Metamorphose des Freiheitsrechts nach Art. 12 GG in ein soziales Teilhaberecht bereits der Ansicht weiter Teile des arbeitsverfassungsrechtlichen Schrifttums,⁴⁹ obwohl die fehlende Marktkonformität des Rechts auf Arbeit seit langem außer Streit steht.⁵⁰ Besonders problematisch ist, daß das BVerfG den Fachgerichten für die praktische Umsetzung des Bestandsschutzes abverlangt, die »aufgrund verfassungsmäßiger Grundlage zum Ausdruck kommende Interessenabwägung in einer Weise nachzuvollziehen, die den beiderseitigen Eigentumsschutz beachtet und unverhältnismäßige Eigentumsbeschränkungen vermeidet«.⁵¹ Denn danach darf sich der Bestandsschutz nicht in einem festen rechtlichen Datum erschöpfen, auf das der Vermieter sich einrichten kann. Vielmehr soll eine Interessenabwägung stattfinden, deren Ergebnis, soweit nicht ein verlässliches Präjudiz vorliegt (und bekannt ist!), bis zum letztinstanzlichen Urteil offen bleibt. Die übereinstimmende Rechtsprechung zum arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz zeigt, daß die dadurch bedingte

44 BVerfGE 89, 214 ff. (= BVerfG NJW 1993, 2035, 2036 f.).

45 B. RÜTHERS NJW 1993, 2587.

46 *Wohnungspolitik auf dem Prüfstand*, Tübingen 1995, S. 362 ff. (365, 368).

47 NJW 1994, 709, 710.

48 In diesem Sinne bereits Wolfgang DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht* 2, 10. Aufl. Reinbek bei Hamburg 1995, S. 76 f.

49 Zum Diskussionsstand umfassend Brun-Otto BRYDE, NJW 1984, 2178 ff. mit Nachweisen.

50 Das räumt sogar (wenngleich in kritischer Absicht) W. DÄUBLER (wie Anm. 48), S. 66, ein. Weitere Nachweise ebda. Anm. 71.

51 BVerfG NJW 1993, 2035, 2036.

Unsicherheit die größte Belastung ist, die der Bestandsschutz für die Praxis erzeugt.⁵²

3. Soziale Marktwirtschaft und Wirtschaftsrecht

Soziale Marktwirtschaft und Sicherung des Wettbewerbs

Das geltende Wirtschaftsrecht entspricht dem Modell der Sozialen Marktwirtschaft vor allem insofern, als es sich auf nationaler (GWB) und europäischer (Art. 85 f. EWGV) Ebene um die Sicherung des Wettbewerbs auf den Güter- und Dienstleistungsmärkten bemüht. Das Kartellrecht ist sowohl die älteste als auch die am wenigsten umstrittene »Zutat«, die die Marktwirtschaft zur Sozialen Marktwirtschaft macht. Indem es Marktmacht verhindert, sorgt es nämlich tendenziell dafür, daß wirtschaftlicher Erfolg nicht durch Ausbeutung der Marktpartner, sondern durch besonders effiziente Befriedigung ihrer Interessen zustande kommt. Die für die Marktwirtschaft konstitutive Entfesselung des individuellen Gewinnstrebens wird mit anderen Worten auf Wege verwiesen, die zugleich das Wohl der Allgemeinheit fördern.⁵³ Freilich ist die dementsprechende Konzeption des Schutzes des Wettbewerbs vor Beschränkungen von vornherein mit Konzessionen an Forderungen aus der deutschen Wirtschaft verbunden gewesen, wenigstens »gute« Wettbewerbsbeschränkungen zuzulassen. Diese Konzessionen haben sich über mehrere Novellierungen des GWB verstärkt.⁵⁴ Unter ihrem Eindruck hat sich im Laufe der Zeit eine sogenannte pragmatische Wettbewerbspolitik der Kartellbehörden entwickelt, die sich »mehr oder weniger damit (begnügt), gegen schädliche Einwirkungen von Kartellen, von marktbeherrschenden Unternehmen und ähnlichen Erscheinungen vorzugehen, wobei es ... der Verwaltung überlassen bleibt zu bestimmen, was schädlich ist«⁵⁵. Das Kartellrecht droht dadurch vom »Grundgesetz der Wirtschaft« (Erhard) zu einem Instrument der staatlichen Wirtschaftspolitik neben anderen zu werden, das als solches – ich zitiere Rittner – »ebensogut in einer hoheitlich gelenkten Wirtschaft wie der des Nationalsozialismus oder einem sozialistischen System« einsetzbar ist »wie in freiheitlichen Systemen verschiedener Art«⁵⁶. Zwar ist – vor allem dank des intensiven Widerstands der Kartellrechtswissenschaft – noch kein eigentlicher Umschlag in

52 B. RÜTHERS (wie Anm. 29), S. 58, 60 ff.

53 Werner ZOHLNHÖFER, in: Günther RÜTHER (Hrsg.), *Ökologische und soziale Marktwirtschaft*, Bonn 1997, . 19, 27 f.

54 Fritz RITTNER, *Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl. 1987, § 13 RdNr. 28 (S. 220).

55 F. RITTNER (wie Anm. 54), § 13 RdNr. 30 (S. 220).

56 F. RITTNER (wie Anm. 54), § 13 RdNr. 30 (S. 221).

instrumentalistisches Denken erfolgt. Aber die Versuchung, den freien durch einen verwalteten Wettbewerb zu ersetzen, ist erheblich, und es sind – wie Mestmäcker gezeigt hat – nicht nur Ausnahmefälle, in denen die Kartellbehörden ihr nachgegeben haben.⁵⁷ Die bisherige weitgehende Immunität des europäischen Kartellrechts gegenüber vergleichbaren Anfechtungen ist dem begrenzten Auftrag der Kommission zuzuschreiben, die lediglich Beschränkungen des grenzüberschreitenden Wettbewerbs hat abwehren müssen, ohne zugleich zu einer umfassenden europäischen Wirtschaftspolitik ermächtigt zu sein. Mit dem Vertrag von Maastricht hat sich das in wesentlichem Umfang geändert. Der Auftrag an die Kommission, europäische Industriepolitik zu treiben, ist geeignet, auch insoweit die Gewichte vom freien zum verwalteten Wettbewerb zu verschieben. Das gilt um so mehr, als die nationalen Kartellpolitiken der meisten EU-Länder nicht den freien, sondern den verwalteten Wettbewerb bevorzugen.⁵⁸

Dieser Trend von der marktkonformen Sicherung zur marktinkonformen Verwaltung des Wettbewerbs hängt unmittelbar mit den Eigengesetzlichkeiten der Politik in sozialen Demokratien zusammen. Die politische Verantwortlichkeit der Politik, wenn Wettbewerb die Existenzgrundlagen des Mittelstands gefährdet oder in politisch relevanter Größenordnung und Konzentration schmerzhaft soziale Anpassungsprozesse auslöst, erzeugt einen kaum widerstehlichen Zwang zur Intervention. Eine solche Intervention ist indessen nicht nur deshalb problematisch, weil sie regelmäßig ungewollte Nebenfolgen hat, die im Vorhinein nicht verlässlich abzuschätzen sind. Vielmehr ereignet sie sich unter dem Druck der organisierten Interessen allzu oft in einer Weise, die sogar im Gegensatz zu besseren Einsichten der politischen Akteure steht. Friedrich August von Hayek hat vor diesem Hintergrund eine Beschränkung des Parlaments auf den Erlass von Verhaltensregeln gefordert mit dem (einzigen) Ziel, die Freiheit des einzelnen mit der Freiheit aller anderen kompatibel zu machen. Die Anfälligkeit der Volksvertretung für gruppenegoistische Bestrebungen organisierter Wählergruppen soll durch die Mitwirkung einer zweiten Kammer aus unabhängigen Persönlichkeiten mit einem Vetorecht gegen Gesetze gebändigt werden.⁵⁹ Damit weist von Hayek auf das Spannungsverhältnis hin, das zwischen freiheitlicher Sozialordnung und sozialer Demokratie entsteht, wenn man es mit einer Gesellschaft zu tun hat, in der der einzelne typischerweise die Lösung seiner Probleme nicht von sich selbst, sondern vom Staat erwartet. Sein Vorschlag ist eben deshalb in Deutschland und wohl auch in Europa eine verfassungspolitische Utopie. Realistisch ist allenfalls eine Ausgestaltung der Kartellaufsicht als

57 Ernst-Joachim MESTMÄCKER, *Der verwaltete Wettbewerb*, Tübingen 1984, S. 6 f., 8 ff.

58 F. RITTNER (wie Anm. 54), § 13 RdNr. 31 (S. 221).

59 *Legislation and Liberty*. Vol. 3: *The Political Order of a Free People*, London 1979.

unabhängiges Amt, das – ähnlich wie die Bundesbank zur Hüterin der Währungsstabilität – zur Hüterin der Wettbewerbsfreiheit (und nichts sonst) berufen wird. Die Stellung des Bundeskartellamts nähert sich einem solchen Amt zwar, bleibt aber infolge seiner Weisungsabhängigkeit gegenüber dem Bundeswirtschaftsminister noch ein gutes Stück entfernt.⁶⁰ Im übrigen zeigt die Bestellung des Protagonisten einer Wendung vom freien zum verwalteten Wettbewerb zum Präsidenten des Bundeskartellamtes in der Zeit der sozialliberalen Koalition, daß die Einflußnahme auf die Kartellpolitik des Bundeskartellamtes verschiedene Wege gehen kann.⁶¹

Soziale Marktwirtschaft und Subventionen

Der politische Hintergrund des Wandels von der Sicherung zur Verwaltung des Wettbewerbs ist zugleich derjenige der Expansion staatlicher Subventionen an die Wirtschaft. Das Urteil des BVerfG über die Verfassungsmäßigkeit des Investitionshilfegesetzes⁶² hat insoweit regelrechte Schleusen geöffnet. Nach Berechnungen des Instituts für Weltwirtschaft hat die Subventionierung des Unternehmenssektors im Jahre 1993 216 Mrd. DM betragen.⁶³ Seitdem ist sie noch gestiegen. Die FAZ vom 9. April 1997 spricht von fast 300 Mrd. DM.⁶⁴ Noch beeindruckender als die schiere Höhe des Betrags ist die Art und Weise seiner Verwendung. Von den 216 Mrd. Gesamtsubventionen des Jahres 1993 entfallen 124 Mrd. DM auf bestimmte Sektoren, und zwar zu 80 Prozent auf Wirtschaftszweige wie Landwirtschaft, Kohlebergbau, Schiff- und Flugzeugbau, Verkehr und Wohnungsvermietung.⁶⁵ In erster Linie wird also Strukturkonservierung gegen den Markt betrieben; nicht marktkonforme Intervention findet statt, sondern das Gegenteil davon.

Dieser gewaltige Transfer vollzieht sich weitgehend außerhalb rechtlicher Kontrolle. Auf europäischer Ebene gibt es zwar in Art. 92 f. EGV Beihilfenvorschriften. Art. 92 I EGV verbietet grundsätzlich Beihilfen, die den grenzüberschreitenden Wettbewerb innerhalb der EU verfälschen. Schon Art. 92 II, III EGV enthält jedoch eine Vielzahl weit gefaßter Ausnahmen. Hinzu kommen die »großen« Ausnahmen Landwirtschaft und Verkehr. Ein Übriges tut der politische Gestaltungsehrgeiz der EU-Kommission, der zur exzessiven Nutzung der Ausnahmen neigt und insoweit durch den EuGH

60 Vgl. dazu W. MÖSCHEL, *Recht der Wettbewerbsbeschränkungen*, Köln 1983, RdNm. 1072 f.

61 Vgl. Wolfgang KARTTE, *Ein neues Leitbild für die Kartellpolitik*, Köln 1969.

62 BVerfGE 4, 7 ff.

63 O. ROGOWSKI, in: *Für ein Subventionsbegrenzungsgesetz*, Frankfurt/M. 1996, S. 6.

64 FAZ v. 9. April 1997, S. 13.

65 Norbert BERTHOLD, in: *Für ein Subventionsbegrenzungsgesetz*, Frankfurt/M. 1996, S. 14, 18 ff.

kaum gebremst wird. Im Kern erschöpft sich die Rechtskontrolle des EuGH in der Überprüfung auf Verfahrensverstöße und grobe Fehler.⁶⁶ Auf nationaler Ebene gibt es nach überwiegender Auffassung nicht einmal theoretische Subventionsgrenzen. Selbst die parlamentarische Kontrolle beschränkt sich in der Regel auf das Erfordernis von Haushaltsansätzen für Subventionen. Formelle Leistungsgesetze sollen nur ausnahmsweise notwendig sein, nämlich der sogenannten Wesentlichkeitstheorie des BVerfG entsprechend, soweit durch die Subventionsvergabe die Ausübung von Grundrechten maßgeblich beeinflusst wird.⁶⁷ Zwar bejaht die Verwaltungsrechtsprechung recht großzügig die Befugnis von Wettbewerbern, wettbewerbsverzerrende Subventionierung im Wege der Anfechtungsklage anzugreifen.⁶⁸ Doch hilft das kaum, wenn die betroffene Subvention nicht gesetzlich gebunden ist, sondern im Ermessen der Vergabebehörde steht. Denn die insoweit allein bestehende Bindung an das verfassungsrechtliche Verbot willkürlicher Ungleichbehandlung⁶⁹ leistet wenig, wenn der gesamte Rahmen der Struktur-, Sozial- und aktiven Wirtschaftspolitik als Rechtfertigungsgrund verfügbar bleibt. Neuerdings wird unter dem Eindruck der Wiedervereinigung sogar vertreten, es gebe eine Subventionierungspflicht kraft des verfassungsrechtlichen Gebots der Herstellung einheitlicher Lebensverhältnisse im Bundesgebiet. Dieses Gebot soll sich als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz aus der Kompetenznorm des Art. 72 II Nr. 3 GG sowie aus Einzelbestimmungen wie denjenigen über den Finanzausgleich der Länder (Art. 106 III, 107 I 4, II GG), die Bundesergänzungszuweisungen (Art. 107 II 3 GG), die Finanzhilfen (Art. 104 a II GG) und die mitfinanzierten Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91 a I GG) ableiten lassen.⁷⁰ Wäre das richtig, so würde genau das zur verfassungsrechtlichen Pflicht, was nach den Grundsätzen der Sozialen Marktwirtschaft die Sünde wider den Heiligen Geist ist. Durch Beihilfen wären Werften in Mecklenburg-Vorpommern auf Kosten ihrer Wettbewerber in Hamburg und Schleswig-Holstein, aber auch Automobilstandorte in Bremen und Niedersachsen auf Kosten ihrer Wettbewerber in Baden-Württemberg und Bayern aufrechtzuerhalten. Es käme zu einem sich selbst stützenden Subventionskreislauf, erzeugt doch die Subvention an einer Stelle tendenziell einen Subventionsbedarf an anderer.⁷¹

In Wirklichkeit gibt die Verfassung jedenfalls für ein so verstandenes Gebot der Herstellung gleicher Lebensverhältnisse im Bundesgebiet nichts

66 W. MÖSCHEL, in: *Für ein Subventionsbegrenzungsgesetz*, Frankfurt/M. 1996, S. 23, 24; vgl. auch Fritz RITTNER (wie Anm. 54), § 24 RdNr. 14 (S. 503).

67 F. RITTNER (wie Anm. 54), § 24 RdNr. 17 (S. 504).

68 Grundlegend BVerwGE 30, 191.

69 Vgl. schon BVerfGE 17, 210, 216.

70 F. KIRCHHOF, VVDStRL 52, 71, 83.

71 N. BERTHOLD (wie Anm. 63), S. 17; W. MÖSCHEL (wie Anm. 63), S. 27.

her. Die Kompetenznorm des Art. 72 II 3 GG betrifft die Sicherung eines einheitlichen Rechtsrahmens für die Entwicklung der wirtschaftlichen Lebensverhältnisse. Das Recht soll nicht Ursache ungleicher Lebensverhältnisse werden; eine Korrekturaufgabe gegenüber einem Auseinanderdriften aus anderen Gründen läßt sich dem nicht entnehmen. Die Vorschriften der Finanzverfassung bezwecken die annähernd gleiche Leistungsfähigkeit der Bundesländer mit dem Ziel annähernd gleicher *öffentlicher* Leistungen trotz unterschiedlicher Leistungsfähigkeit der Wirtschaften. Erst recht entfällt eine einfach gesetzliche Pflicht zur Herstellung gleicher Lebensverhältnisse im Bundesgebiet über Subventionen. Das gilt auch und gerade für das Verhältnis zu den neuen Bundesländern. Der Vertrag über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen beiden deutschen Staaten vom 18. Mai 1990, der nach Art. 40 I des Einigungsvertrages bundesdeutsches Recht geworden ist, enthält sogar die erste und einzige ausdrückliche normative Festlegung auf die Soziale Marktwirtschaft seit Bestehen der Bundesrepublik.⁷² Viel spricht dafür anzunehmen, daß spätestens mit dieser gesetzlichen Festlegung, die zugleich eine Entscheidung gegen Subventionen ist, die Praxis von Beihilfen ohne spezielle gesetzliche Grundlage unzulässig geworden ist. Ohnehin führt kein Weg daran vorbei, daß das Beihilfeverbot des Art. 92 I EGV auch Subventionen zur Herstellung gleicher Lebensverhältnisse in den neuen Bundesländern umfaßt. Wenn das Verbot die erhebliche Beihilfetätigkeit gleichwohl nicht entscheidend behindert hat, so ist das den offenen Ausnahmen nach Art. 92 II, III EGV ebenso zuzuschreiben wie dem bereits erwähnten politischen Kontrollverhalten der EU-Kommission.⁷³ Gewiß sind Start- und Anpassungshilfen in einer Situation, in der – wie in den neuen Bundesländern nach der Wiedervereinigung – die Unternehmen ihre Abnehmer verloren haben und mit personellen Überkapazitäten statt mit zeitgemäßer technischer Ausrüstung neue Märkte erobern sollen, gerechtfertigt und notwendig. Aber auch in einem solchen oder ähnlichen Ausnahmefall ist dagegen vorzusorgen, daß die Subvention zum Besitzstand wird. Stets sollte eine Erfolgskontrolle stattfinden, und zwar möglichst eine sachverständige und politisch unabhängige. Rechtspolitische Vorschläge dazu liegen auf dem Tisch.⁷⁴ Daß diese z.T. von politischen Gruppierungen stammen, die gemeinhin nicht im Verdacht stehen, Marktideologen zu sein,⁷⁵ läßt hoffen, daß die Zerstörung

72 Vgl. dazu H. WILLGERODT (wie Anm. 13), S. 321, 343.

73 Eberhard SCHWARK, DZWIR 1977, 89, 94.

74 W. MÖSCHEL (wie Anm. 63), S. 23 ff.; ausführlich DERS., *Den Staat an die Kette legen – gegen die Aushöhlung des Wettbewerbs durch den Staat*, 1975.

75 Nach W. MÖSCHEL (wie Anm. 63), S. 28, gibt es Initiativen zur Begrenzung und zum Abbau von Subventionen auch auf der Seite der Grünen.

der Marktwirtschaft durch das Subventionsunwesen vielleicht doch noch gestoppt werden kann.

Soziale Marktwirtschaft und Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand

Ein drittes Feld, auf dem sich das Wirtschaftsrecht vom Leitbild der Sozialen Marktwirtschaft entfernt hat, ist das der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand. In den 50er Jahren hat es im zeitlichen Zusammenhang mit der GWB-Diskussion eine Gesetzesinitiative mit dem Ziel gegeben, der öffentlichen Hand das Betreiben wirtschaftlicher Unternehmen und die Beteiligung an ihnen nur zur Wahrung eines dringenden öffentlichen Zwecks unter dem Vorbehalt der Subsidiarität gegenüber der Zweckverwirklichung durch private Unternehmen und unter Vorkehrungen gegen die unbillige Benachteiligung privater Konkurrenten zu erlauben. Diese Initiative ist gescheitert.⁷⁶ Unter Berufung auf die wirtschaftspolitische Neutralität des Grundgesetzes nimmt man heute an, daß die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand zwar mangels Privatautonomie dem öffentlichen Interesse dienen muß, jedoch nach Art und Ausmaß nicht an die Grundsätze der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit gebunden ist. Insbesondere lehnt man die Geltung des Subsidiaritätsprinzips für das Verhältnis von öffentlicher und privater Wirtschaftstätigkeit ab. Private Unternehmen müssen sich die Konkurrenz der öffentlichen Hand uneingeschränkt gefallen lassen.⁷⁷ Ihr Schutz erschöpft sich darin, daß die öffentliche Hand grundsätzlich keine Privilegien genießt. Überlegungen wie die, öffentliche Unternehmen müßten z.B. für eine kartellrechtliche Mißbrauchskontrolle wegen ihres finanziellen Rückhalts in den öffentlichen Haushalten per se als marktmächtige Unternehmen, d.h. als Unternehmen angesehen werden, die ihr Verhalten im wesentlichen ohne Rücksicht auf ihre Wettbewerber bestimmen können, haben sich nicht durchgesetzt.⁷⁸

Im Gegenteil: Immer wieder werden Vorstöße mit dem Ziel unternommen, die kartell- und bürgerlichrechtlichen Bindungen der öffentlichen Unternehmen zu lockern, soweit sie mit deren öffentlicher Aufgabe in Konflikt geraten.⁷⁹ Dem entsprechen in Deutschland die kartellrechtlichen

76 BT-Drucks. II/2712. Vgl. dazu F. RITTNER (wie Anm. 54), § 10 RdNr. 20 (S. 194).

77 Peter BADURA, *Festschrift für Ernst Steindorff*, hrsg. v. Jürgen F. BAUR, Klaus J. HOPT und K. Peter MAILÄNDER, Berlin/New York 1990, S. 835, 838 ff.

78 Vgl. Volker EMMERICH, 2. *Festschrift für Franz Böhm*, hrsg. v. Heinz SAUERMANN und Ernst-Joachim MESTMÄCKER, Tübingen 1975, S. 119, 129 f. und dazu U. IMMENGA/E.J. MESTMÄCKER/W. MÖSCHEL, *GWB*, 2. Aufl. München 1992, § 22 RdNr. 58.

79 Vgl. z.B. Ernst STEINDORFF, in: *Festschrift für Ludwig Raiser*, hrsg. v. Fritz BAUR/Josef ESSER/Friedrich KÜBLER/Ernst STEINDORFF, Tübingen 1974, S. 621, 623.

Ausnahmebereiche für die Verkehrs- und die Versorgungswirtschaft,⁸⁰ die ausnahmsweise Zulässigkeit von Mehrstimmrechtsaktien zwecks billiger Beherrschung von Versorgungs- und Verkehrsunternehmen durch die öffentliche Hand (§ 12 II AktG)⁸¹ sowie spezialgesetzliche Beschränkungen der Abschluß- und Inhaltsfreiheit solcher Unternehmen für die Verträge mit ihren Kunden.⁸² Auf europäischer Ebene verbietet Art. 90 I EGV zwar Sonderregelungen für öffentliche Unternehmen, die in Widerspruch zu den Art. 7 und 85 ff. EGV stehen. Doch sollen die Vorschriften des EGV, insbesondere die Wettbewerbsregeln für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, nur gelten, soweit dadurch die Erfüllung ihrer besonderen Aufgaben nicht rechtlich oder tatsächlich verhindert wird. Es nimmt vor diesem rechtlichen Hintergrund nicht wunder, daß in der Praxis von einer bloß subsidiären Rolle der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand, wie das Leitbild der Sozialen Marktwirtschaft nach der Konzeption ihrer geistigen Väter sie impliziert, keine Rede sein kann, mag auch der Anteil in Deutschland im europäischen Vergleich (Frankreich, Italien) noch relativ gering sein. Immerhin gibt es Tendenzen, die jedenfalls den politischen Willen zu mehr Marktkonformität erkennen lassen. Die anstehende Kartellnovelle will die Ausnahmebereiche verringern.⁸³ Für Bahn und Post sind privatrechtliche Unternehmensformen geschaffen, die den längerfristigen Rückzug der öffentlichen Hand vorbereiten. Es besteht deshalb Hoffnung, daß das zukünftige Recht und die zukünftige Praxis wenigstens in diesem Punkt das Ideal der Sozialen Marktwirtschaft besser verwirklichen werden, als sie dies vor allem in den vergangenen 40 Jahren getan haben.

Soziale Marktwirtschaft und Unternehmensrecht

Die Entwicklung des Unternehmensrechts weist prima facie vor allem deshalb einen Gegensatz zur Leitidee der Sozialen Marktwirtschaft aus, weil es sich der Mitbestimmung der Arbeitnehmer geöffnet hat. Tendenziell ist dadurch nämlich die externe Steuerung des Unternehmensverhaltens durch die Märkte von einer sozusagen politischen Innensteuerung mit grundsätzlich gegenläufiger Zielsetzung gebremst und geschwächt worden. Immerhin hat

⁸⁰ Vgl. dazu W. MÖSCHEL (wie Anm. 60), RdNm. 957, 1017 ff.

⁸¹ Praktisch wird die Genehmigung nach § 12 II AktG, der Absicht des historischen Gesetzgebers entsprechend, lediglich zugunsten der öffentlichen Hand erteilt.

⁸² §§ 6 EnVersG, 453 HGB, 22 PBefG, 2 EVO, 21 II LuftVG. Vgl. auch J. GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, Tübingen 1989, § 7 II (S. 130 ff.).

⁸³ Das ist freilich das einzig Positive, was sich von dieser Novelle vermelden läßt. Vgl. W. MÖSCHEL, in: *Festschrift für Ernst Joachim Mestmäcker*, hrsg. v. U. IMMENGA, W. MÖSCHEL und D. REUTER, Baden-Baden 1996, S. 673 ff.

die Gesetzgebung der politischen Forderung nach einer paritätischen Mitbestimmung auf Unternehmensebene mit dem Ergebnis einer umfassenden Demokratisierung der Unternehmen widerstanden.⁸⁴ Die für alle Unternehmen mögliche betriebsverfassungsrechtliche Mitbestimmung beschränkt sich ohnehin grundsätzlich auf die Ordnung des Zusammenwirkens und -lebens der Arbeitnehmer im Arbeitsverband Betrieb; die wirtschaftlichen Angelegenheiten (Marktpäsentation, Investitionen, Desinvestitionen, Gegenstand des Unternehmens) erreicht sie jenseits von Informationsansprüchen und Ansprüchen auf Teilnahme an den Beratungen nicht, mag auch selbstverständlich die mitbestimmte Organisation des Betriebs angesichts ihrer Kostenrelevanz dafür nicht ohne Bedeutung sein.⁸⁵ Soweit die Rechtsprechung weitergehend z.B. über die Mitbestimmung der Lage der Arbeitszeit (§ 87 I Nr. 2 BetrVG) eine paritätische Mitbestimmung über genuin unternehmenspolitische Angelegenheiten wie Ladenöffnungszeiten und Maschinenlaufzeiten ermöglicht,⁸⁶ ist dies nicht durch das BetrVG veranlaßt, sondern Folge eines juristischen Denkfehlers. Da sich die Notwendigkeit der Festlegung der Arbeitszeit erst aus dem Arbeitsbedarf des Unternehmens ergibt, ist die von der Unternehmensleitung festgelegte Ladenöffnungs- bzw. Maschinenlaufzeit denknotwendig Vorgabe für die mitbestimmte Lage der Arbeitszeiten, nicht – wie das BAG meint – die mitbestimmte Lage der Arbeitszeiten Vorgabe für die Ladenöffnungs- bzw. Maschinenlaufzeiten.⁸⁷ Wäre es anders, so müßte im übrigen die Einigungsstelle, die im Falle fehlender Einigungsfähigkeit der Betriebspartner entscheidet, die Belange der Arbeitnehmer mit den unternehmenswirtschaftlichen Notwendigkeiten zum Ausgleich bringen. Tatsächlich schreiben die §§ 87 II, 76 V 3 BetrVG eine Entscheidung nach billigem Ermessen unter angemessener Berücksichtigung der Belange des *Betriebs* und der betroffenen Arbeitnehmer vor, was nach feststehendem arbeitsrechtlichem Sprachgebrauch heißt, daß nicht die unternehmenswirtschaftlichen Notwendigkeiten selbst, sondern die daraus vom Unternehmer/Arbeitgeber abgeleiteten *arbeitstechnischen Konsequenzen* auf ihre Verträglichkeit mit

84 Herbert WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht I*, München 1980, S. 592.

85 Zu weitgehend Peter BADURA/Fritz RITTNER/Bernd RÜTHERS, *Mitbestimmungsgesetz 1976 und Grundgesetz*, München 1977, S. 127 ff.

86 BAG NJW 1983, 953 ff.; NZA 1987, 248; anders ausführlich D. REUTER, ZfA 1981, 165 ff.; vgl. auch W. ZÖLLNER, ZfA 1994, 1423, 435.

87 In einem Nachtlokal besteht nur Arbeitsbedarf für die Nacht, so daß die Mitbestimmung nach § 87 I Nr. 2 BetrVG allein im Rahmen des Nachtbetriebs bestehen kann (vgl. Rolf DIETZ/Reinhard RICHARDI, BetrVG, 6. Aufl. München 1982, § 87 RdNr. 31). Entgegen Gemeinschaftskommentar-Günther Wiese, BetrVG, 6. Aufl. Neuwied 1995, § 87 RdNr. 264 läßt sich nicht zwischen der Vorgabe des Charakters des Unternehmens und der Vorgabe der Betriebsnutzungszeiten unterscheiden. Der Sinn der Investitionsentscheidung steht und fällt mit der Möglichkeit der geplanten Nutzung, die durch jede diesbezügliche Mitbestimmung in Frage gestellt wird. Vgl. zuletzt B. RÜTHERS (wie Anm. 29), S. 97 ff.

den Interessen der betroffenen Arbeitnehmer zu überprüfen und ggf. um dieser Interessen willen zu verändern sind.⁸⁸

Die unternehmensverfassungsrechtliche Mitbestimmung im Montanbereich, nach dem MitbestG 1976 und nach den §§ 76, 77 BetrVG 1952 bezweckt zwar die Einflußnahme der Arbeitnehmer auf die wirtschaftlichen Angelegenheiten. Doch hat auch sie mit einer Demokratisierung der Unternehmen nichts zu tun. Vielmehr trägt sie dem Umstand Rechnung, daß in der Sozialen Marktwirtschaft von den Unternehmensleitungen nicht nur wirtschaftlich risikobewußtes, sondern auch sozial verantwortungsbewußtes Verhalten erwartet wird. Insbesondere sollen wirtschaftliche Entscheidungen in einem Willensbildungsprozeß getroffen werden, der auch die Folgen für die Arbeitnehmer der Unternehmen in die Abwägung des Für und Wider einbezieht. Die Beteiligung von Arbeitnehmervertretern in den Aufsichtsräten juristisch personifizierter Unternehmen mit großer Beschäftigtenzahl sorgt dafür, daß diese Erwartung auch dort nicht leer läuft, wo die sozial relevanten wirtschaftlichen Entscheidungen nicht von mit dem Unternehmen identifizierten Eigentümer-Unternehmern verantwortet werden, denen im Falle unzureichender sozialer Sensibilität persönlicher Ansehensverlust droht, sondern von anonymen Gremien, die den beteiligten Personen eine entsprechend anonyme Entscheidungstätigkeit ermöglichen. Die Mitbestimmung institutionalisiert mit anderen Worten ein soziales Gewissen, soweit der Einfluß öffentlicher Mißbilligung als Garant tendenziell sozial verantwortungsbewußten Verhaltens die maßgeblichen unternehmerischen Willensbildungsprozesse nicht oder doch nur unvollkommen erreicht.⁸⁹ Weitergehende Wirkungen hat die unternehmensverfassungsrechtliche Mitbestimmung nicht. Vor allem hindert sie die Unternehmensleitungen nicht daran, das ihrer Ansicht nach unternehmenswirtschaftlich Notwendige auch gegen den Widerstand der Belegschaften zu tun. Selbst die Montanmitbestimmung, die intensivste Form der Mitbestimmung, läßt ihnen die Möglichkeit offen, das Veto des paritätisch besetzten Aufsichtsrats mit Hilfe einer qualifizierten Hauptversammlungsmehrheit zu überwinden (§ 111 IV AktG).⁹⁰

Gewiß verursacht die Mitbestimmung sowohl auf Betriebs- als auch auf Unternehmensebene Reibungsverluste. Ferner kostet sie Zeit und Geld. Aber indem sie Repräsentanten der Arbeitnehmer in die Leitung von Betrieben und Unternehmen integriert, trägt sie auch zur Versachlichung der Auseinandersetzung und zur Anpassungsbereitschaft der Arbeitnehmer im Fall wirtschaftlich notwendiger und sozial schmerzhafter Veränderungen bei.

⁸⁸ Ausführlich D. REUTER, ZfA 1981, 165, 180 ff.

⁸⁹ Ausführlich D. REUTER, in: *Wirtschaftsordnung als Aufgabe. Zum 100. Geburtstag von Franz Böhm*, Bonn 1995, S. 71, 95 ff.

⁹⁰ W. DÄUBLER, *Das Arbeitsrecht I*, 14. Aufl. Reinbek bei Hamburg 1995, RdNr. 1292.

Manches spricht für die These, daß die Betriebs- und Unternehmensleitungen wegen der Bedeutung des Konsenses der Belegschaften für eine erfolgreiche Unternehmenspolitik die Abstimmung mit Belegschaftsrepräsentanten typischerweise nicht weniger suchen würden, wenn das Gesetz nicht dazu zwänge.⁹¹ Das Problem ist, falls überhaupt, nicht die Existenz von, sondern der rechtliche Zwang zur Mitbestimmung, der namentlich in der Betriebspraxis ausweislich des veröffentlichten Rechtsprechungsmaterials allzu oft bewirkt, daß die Betriebspartner sich um die Macht im Betrieb streiten, anstatt miteinander um die dem Wohl der Arbeitnehmer und des Betriebs am besten entsprechende Sachlösung zu ringen.⁹² Fazit: Jedenfalls in ihrer gegenwärtig gültigen Gestalt ist die Mitbestimmung im wesentlichen marktkonform; marktwidrige Tendenzen in der Praxis sind nicht den Gesetzen, sondern der Rechtsprechung zuzuschreiben, mag auch die Gesetzgebung aufgefordert sein, die Möglichkeit der Mitbestimmung kraft natürlicher Angewiesenheit der Unternehmensleitung auf den Konsens der Belegschaften als (vorzugswürdige) Alternative zur gesetzlich verordneten Mitbestimmung stärker zu berücksichtigen, als sie das bisher getan hat.⁹³

Deutlich problematischer als die Konkretisierung der Sozialpflichtigkeit des Unternehmenseigentums durch Mitbestimmung ist m.E. die Refeudalisierung der Wirtschaft durch privatautonom geschaffene Unternehmensverfassungen, die sich in den vergangenen 40 bis 50 Jahren ereignet hat. In keinem vergleichbaren anderen Land steht die Verteilung des Produktivvermögens in einem ähnlich krassen Mißverhältnis zur Verteilung des Volksvermögens insgesamt wie in Deutschland. Während das Volksvermögen so breit gestreut ist wie nirgendwo sonst in der industrialisierten Welt, halten seit Jahrzehnten unverändert knapp zwei Prozent der Bevölkerung 50 Prozent des Produktivvermögens.⁹⁴ Es ist üblich geworden, dies damit zu erklären, daß die Investition in Risikokapital dem Sicherheitsbedürfnis der breiten Masse der Sparer widerspricht.⁹⁵ Aber das ist nur die halbe Wahrheit. Denn damit läßt sich nicht erklären, weshalb der Anteil der Aktiensparer im Ausland, insbesondere in den USA und in Großbritannien unverhältnismäßig größer ist. Vor allem das Investmentsparen, das dem Sicherheitsbedürfnis des breiten Anlegerpublikums durch Risikostreuung entgegenkommt, müßte,

91 Vgl. Eduard GAUGLER, in: *Führung im demokratischen Staat und in der pluralistischen Gesellschaft*, Köln 1993, S. 117, 125 f., 136.

92 Vgl. auch Gerrick v. HOYNINGEN-HUENE, NZA 1991, 7, 11.

93 Vgl. schon D. REUTER in: *Verhandlungen des 61. Deutschen Juristentags* II/1, 1997, K 35, 55.

94 Kurt H. BIEDENKOPF, in: *Festschrift für Helmut Coing II*, hrsg. v. Norbert HORN, München 1982, S. 21, 26 ff.

95 Z.B. Gerold BRANDT, in: *Die deutsche Aktie. Festschrift zum 40jährigen Bestehen des Deutschen Aktieninstituts e.V.*, hrsg. v. Ulrich FRITSCH, Gerhard LIENER und Reinhard SCHMIDT, Stuttgart 1993, S. 12, 16.

wäre die Risikoaversion das entscheidende Problem, viel mehr Resonanz finden. Tatsächlich ist schon die Nachfrage nach Risikokapital in Deutschland viel zu gering, als daß sich ein leistungsfähiges Angebot entwickeln könnte. Während die Unternehmensinhaber anderswo *volens volens* die Öffnung des Unternehmens für externes Kapital und externe Mitsprache hinnehmen, um schädlichen Einflüssen aus der Familie in Gestalt streitender sowie unternehmerisch desinteressierter und/oder unfähiger Erben vorzubeugen,⁹⁶ setzt man in Deutschland mit tatkräftiger Hilfe der Gesellschaftsrechtspraxis in erster Linie auf die Disziplinierung der Familie unter das Unternehmenswohl: Gewinnausschüttungen werden auf ein Minimum reduziert; Desinvestitionsbestrebungen werden durch Austrittsschwerungen und prohibitiv niedrige Abfindungen unterdrückt; die inaktiven Mitinhaber werden durch Stimmrechtsbeschränkungen und Repräsentativverfassungen entmachtet; die in die Unternehmensleitung berufenen Mitinhaber werden privilegiert, so daß die Verteidigung des Wohls des Unternehmens einschließlich seiner Eigenart als Familienunternehmen gegen divergierende Privatinteressen anderer aus dem Kreis der Familie auch in ihrem persönlichen Interesse liegt.⁹⁷ Kritik daran gibt es kaum. Im Gegenteil: Ganz überwiegend feiert man das sogenannte verfaßte Familienunternehmen als Ausdruck des zeitgemäßen Verständnisses des Unternehmens als einer sozialen Veranstaltung, die nicht den Interessen der Inhaber dient, sondern der umgekehrt die Inhaber zu dienen haben.⁹⁸ Im Ergebnis ist die deutsche Wirtschaft nach dem Abtritt der Gründergeneration aus der Zeit des Wiederaufbaus nach dem Zweiten Weltkrieg zu einem allzu großen Teil durch Unternehmen geprägt, deren Investitionsfähigkeit statt durch einen leistungsfähigen Risikokapitalmarkt durch das Familienvermögen begrenzt und deren Leitung von Personen besetzt ist, die ihre Position in die Wiege gelegt bekommen, anstatt sie durch Leistung in der Konkurrenz mit anderen verdient zu haben. Der viel beklagte Mangel an Innovationsfähigkeit der etablierten Unternehmen hat darin eine wesentliche Ursache. Gewiß können in dieser Weise verfaßte Familienunternehmen dem Druck sich wandelnder Marktanforderungen nicht langfristig standhalten. Aber in der wirtschaftlichen Notlage ist es für eine Öffnung für externes Risikokapital zu spät. Allenfalls bleibt die Sanierungsfusion mit einem anderen regelmäßig größeren Unternehmen, die das marktwirtschaftlich

⁹⁶ Vgl. zur Rechtslage im vergleichbaren Ausland D. REUTER, *Gutachten zum 55. Deutschen Juristentag*, 1984, B 19 f., 46 f.

⁹⁷ Vgl. D. REUTER (wie Anm. 96), B 45.

⁹⁸ Repräsentativ Rudolf WIETHÖLTER, in: *Aktuelle Probleme der GmbH & Co KG*, Köln 1967, S. 11, 32; vgl. auch Karsten SCHMIDT, JZ 1984, 771, 782; Herbert WIEDEMANN, in: *Festschrift für Robert Fischer*, hrsg. v. Marcus LUTTER, Walter STIMPEL und Herbert WIEDEMANN, Berlin/New York 1979, S. 883, 896.

unerwünschte Ende als eigenständiges Wirtschaftssubjekt bringt.⁹⁹ So ist ein unheilvolles Wechselspiel von Ursache und Wirkung entstanden: Die unzureichende Nachfrage nach Risikokapital infolge der Abschottung der Familienunternehmen gegen externes Risikokapital und externe Mitsprache verhindert die hinreichende Leistungsfähigkeit des Angebots, was seinerseits zur Rechtfertigung dafür wird, die rechtliche Förderung verfaßter Familienunternehmen zu verteidigen und weiter voranzutreiben.¹⁰⁰ Um diesen Teufelskreis zu durchbrechen, braucht man nicht einmal die Hilfe des Gesetzgebers. Man muß nur die gesellschaftsrechtsdogmatischen Bedenken ernst nehmen, die seit langem gegen die Verfassung der Familienunternehmen insgesamt wegen ihrer Ähnlichkeit mit dem verbotenen Familienfideikommiß¹⁰¹ und gegen ihre einzelnen Bausteine – die Austrittserschwerungen und Abfindungsbeschränkungen, die Privilegierung der aktiven und die Diskriminierung der inaktiven Teilhaber – unter dem Gesichtspunkt des Widerspruchs zu zwingendem Gesellschaftsrecht¹⁰² erhoben werden.

4. Soziale Marktwirtschaft und Arbeits- und Sozialrecht

Die Grundsatzproblematik

Arbeits- und Sozialrecht gelten traditionell als Rechtsgebiete, in denen das Soziale an der Sozialen Marktwirtschaft seinen besonderen Ausdruck findet. Ihre gegenwärtige Krise hat sie zum hauptsächlichen Feld der Auseinandersetzung im Streit um die richtige Zukunft der Sozialen Marktwirtschaft gemacht. Die Schwierigkeit dieser Diskussion ergibt sich vor allem daraus, daß Arbeits- und Sozialrecht sich historisch als Antworten auf Marktversagen verstehen. Im Anschluß an die Marx'sche Lehre von der Verelendungskonkurrenz hat bis in die jüngere Vergangenheit hinein die Auffassung vorgeherrscht, der Arbeitsmarkt könne nicht funktionieren, weil das Absinken des Lohns die Arbeitnehmer wegen ihrer existentiellen Angewiesenheit darauf nicht – wie sonst die Anbieter von Gütern und Dienstleistungen – zur Einschränkung, sondern zur Erhöhung des Arbeitsangebots mit der Folge veranlasse, daß die Löhne immer niedriger würden, bis sie die von Marx so genannten Reproduktionskosten der Arbeitskraft erreichten. Selbst große

⁹⁹ Heinrich Bernhard v. OPPENHEIM, *Börsenzeitung* vom 3. März 1983 (»Risikokapital wieder ins rechte Licht rücken«); D. REUTER (wie Anm. 96), B 18.

¹⁰⁰ K. SCHMIDT, JZ 1984, 771, 782; ausführlich Lutz MICHALSKI, *Gesellschaftsrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Perpetuierung von Unternehmen*, Heidelberg/Hamburg 1980 (und dazu D. REUTER AcP 181, 1 ff.).

¹⁰¹ Ekkehard KAUFMANN, JZ 1959, 522 f.; D. REUTER, *Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen*, Frankfurt/M. 1973, S. 103 ff.

¹⁰² Zusammenfassend D. REUTER aaO B 47-67.

liberale Ökonomen wie Eucken und zuletzt Stützel sind von dieser These ausgegangen.¹⁰³ Ihr entspricht die Annahme einer apriorischen Unfähigkeit von Arbeitnehmern, ihre Interessen individuell gegenüber ihren Arbeitgebern zu vertreten und für sich und ihre Familien gegen die Wechselfälle des Lebens vorzusorgen. Sinzheimer, einer der Väter des Arbeitsrechts, hat das auf die Formel gebracht, im Arbeitsrecht habe nicht zu gelten, was der Arbeitnehmer will, sondern, was »sein Zustand erfordert«¹⁰⁴. Auf diese Weise sind die Ergebnisse der Gesetzgebung, der Tarifvertragspraxis und der arbeitsgerichtlichen Rechtsfortbildung lange Zeit gegen marktwirtschaftliche Kritik immunisiert worden. Was der Zustand des Arbeitnehmers erfordert, darf ihm nicht vorenthalten werden. Wenn die Marktwirtschaft das nicht verkraftet, muß sie modifiziert werden. Negative Rückwirkungen auf die Arbeitnehmer in Gestalt von Arbeitslosigkeit sind nach keynesianischer Manier durch eine aktive staatliche Beschäftigungspolitik auszugleichen; ihretwegen arbeitsrechtliche und/oder sozialrechtliche »Errungenschaften« zurückzunehmen, kommt nicht in Betracht.¹⁰⁵

Inzwischen sind die Prämissen dieser Sichtweise, soweit sie überhaupt jemals realitätsnah gewesen sind, so gut wie vollständig entfallen. Der typische Arbeitnehmer ist nicht mehr beliebig austauschbare Arbeitskraft, sondern Mitarbeiter, der in kreativer Kooperation mit anderen arbeitstechnische Teilaufgaben verwirklicht.¹⁰⁶ Es besteht deshalb typischerweise nicht mehr eine einseitige Abhängigkeit der Arbeitnehmer, die sich zur Ausbeutung nutzen läßt, sondern auch eine Abhängigkeit der Arbeitgeber von der Leistungs- und Kooperationsbereitschaft der Arbeitnehmer, die tendenziell faire Arbeitsbedingungen erzwingt. Die Praxis bestätigt das, ist doch ohnedem nicht erklärlich, daß florierende Unternehmen trotz einer »Reservearmee« von 4,5 Mio Arbeitslosen noch übertarifliche Löhne und Leistungszulagen bezahlen.¹⁰⁷ Folgerichtig hat auch die Fähigkeit der Arbeitnehmer zur selbständigen Vorsorge für die Wechselfälle des Lebens entscheidend zugenommen. Die weitaus meisten Arbeitnehmerhaushalte sind sparfähig.¹⁰⁸ Umgekehrt ist die Illusion verflogen, der Staat könne die negativen Auswirkungen einer marktinkonformen Gesetzgebung, Tarifvertragspraxis und Rechtsprechung auf das Gemeinwohl, insbesondere die Beschäftigung kompensieren. Die aktive Arbeitsmarktpolitik ist in den 70er und 80er Jahren nicht nur in

103 Wolfgang STÜTZEL, *Marktpreis und Menschenwürde*, 3. Aufl. Stuttgart 1982, S. 78.

104 *Arbeitsrecht und Rechtssoziologie II*, Frankfurt/M. 1976, S. 53, 60.

105 W. DÄUBLER (wie Anm. 90), RdNm. 56 ff.; Ulrich PREIS, ZRP 1990, 311.

106 Vgl. u.a. E. GAUGLER (wie Anm. 91), S. 125 f.

107 Vgl. dazu W. ZÖLLNER u.a., ZfA 1983, 169 ff.; partiell ebenso W. DÄUBLER (wie Anm. 90), RdNm. 292, der den übertariflichen Lohn freilich auch auf eine »kämpferische Tradition der Belegschaft« zurückführen will (?).

108 Hans Friedrich ZACHER, SozFort 1984, 4, 7.

Deutschland, sondern weltweit gescheitert.¹⁰⁹ Zugleich stoßen die sozialen Sicherungssysteme an die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit. Das immer vorhandene, aber in besseren Zeiten nicht als dringlich empfundene Bedürfnis, die Verantwortung für arbeitnehmerische Lebensrisiken im zumutbaren Umfang zu reprivatisieren, gewinnt mehr und mehr an Bedeutung.¹¹⁰

Die Rechtspraxis nimmt diese Veränderungen nur sehr zögernd zur Kenntnis. Nach wie vor gilt überwiegend der Schutz des Arbeitnehmers vor Ausbeutung als das Hauptthema des Arbeitsrechts. Verbesserung des Arbeitsrechts heißt Stärkung der Position der Arbeitnehmer auf Kosten der Arbeitgeber. Wer darauf aufmerksam macht, daß eine solche Stärkung auch auf Kosten der Arbeitsuchenden erfolgt, weil sie deren Einstellungschancen verringert, zieht sich immer noch den Vorwurf verkappter Parteinahme für die Arbeitgeberseite zu. Erst recht wird die These nicht akzeptiert, daß die Veränderungen des Arbeitslebens (Mitarbeiter statt Arbeitskraft) und der Gesellschaft (Integration der Arbeitnehmerschaft in das Besitzbürgertum) die Voraussetzungen für eine Revision der Sonderentwicklung des Arbeitsrechts zugunsten seiner wenigstens teilweisen Reintegration in das marktkonforme allgemeine Privatrecht geschaffen haben. Statt dessen werden diese Veränderungen als Ergebnisse der Sonderentwicklung des Arbeitsrechts dargestellt, die in Gefahr geraten, wenn und soweit an die Stelle des Sonderrechts wieder allgemeines Privatrecht tritt. Beschworen wird die Erhaltung des sozialen Friedens. Entsprechend gering ist die Bereitschaft zu einem Paradigmenwechsel, der die arbeitsrechtlichen Institutionen von der ausschließlichen Fixierung auf die alte soziale Frage Ausbeutung löst und wenigstens auch auf die neue soziale Frage Ausgrenzung hin orientiert.¹¹¹ Nach Ansicht des derzeitigen Präsidenten des BAG ist das traditionelle Arbeitsrecht sogar ein Vorteil Deutschlands im Standortwettbewerb mit anderen Ländern.¹¹² Man ist versucht hinzuzufügen: Diejenigen, auf die es ankommt, nämlich die potentiellen Investoren sehen das leider anders.

Ebensowenig wie das Arbeitsrecht auf die gewachsene Fähigkeit der Arbeitnehmer zur Selbstbehauptung gegenüber den Arbeitgebern hat das Sozialrecht bisher sachgerecht auf ihre gewachsene Fähigkeit zur Selbstvorsorge gegen Lebensrisiken reagiert. Die obligatorische Sozialversicherung statt der freiwilligen Privatversicherung oder anderweitigen Vorsorge für Alter, Invalidität und Krankheit nach Wahl des Betroffenen behandelt den Arbeitnehmer noch heute wie ein unmündiges Kind, bei dem nicht gilt, was

¹⁰⁹ G. DETER (wie Anm. 20), S. 42, 55 f.

¹¹⁰ Vgl. dazu umfassend Meinhard HEINZE, *Gutachten zum 55. Deutschen Juristentag*, 1984, E 78 ff.

¹¹¹ Repräsentativ W. DÄUBLER (wie Anm. 90), RdNm. 56 ff.

¹¹² Vgl. dazu auch B. RÜTHERS (wie Anm. 29), S. 24 f.

es will, sondern was sein Zustand nach der höheren Einsicht von Politikern und Funktionären erfordert.¹¹³ Die Sozialhilfe als Hilfe in der Not wird zwar grundsätzlich nur subsidiär gewährt. Doch ist das in der Praxis in einer Weise konkretisiert, die für Bezieher niedriger Arbeitseinkommen die Frage aufwirft, ob sie sich nicht besser stehen, wenn sie aus dem regulären Erwerbsleben aussteigen. Die im Gesetz vorgesehene Heranziehung von Sozialhilfeempfängern zu gemeinnütziger Arbeit z.B. ist der absolute Ausnahmefall.¹¹⁴

Einzelheiten

Belege für das Bemühen um ein marktkonformeres Arbeits- und Sozialrecht gibt es wenige, für das Gegenteil viele. Zu den ersteren zählen sicherlich die ab 1985 ergangenen Beschäftigungsförderungsgesetze, obgleich sie in der ersten Phase als zeitlich begrenzte Maßnahmegesetze noch kein verlässliches Anzeichen dafür gewesen sind, daß die Ausgrenzungswirkungen des Bestandsschutzes von Arbeitsverhältnissen als soziales Problem und Rechtfertigungsgrund für Modifikationen anerkannt werden sollten. Die Konzentration auf die Erleichterung von Befristungen, die bis dahin nach dem Gesetz ohnehin freier Vereinbarung unterlegen hat, d.h. lediglich durch die Arbeitsgerichte aufgrund anfechtbarer Annahme einer Kollisionslücke zwischen § 620 BGB und KSchG erschwert worden ist,¹¹⁵ hat den Konflikt mit dem gesetzlichen Bestandsschutz sogar vermieden.¹¹⁶ Immerhin beruht schon sie auf der Einsicht, daß der Bestandsschutz nicht nur ein Entlassungs-, sondern auch ein Einstellungshindernis bildet. Das ist zwar eine Binsenweisheit, aber für das Arbeitsrecht fast so etwas wie eine Götterdämmerung. Noch 1987 hat das BAG es ausdrücklich abgelehnt, die Absicht des kündigenden (öffentlichen) Arbeitgebers, den nebenberuflich tätigen Kündigungsschutzkläger durch einen Arbeitslosen zu ersetzen, überhaupt nur als rechtlich relevant anzuerkennen.¹¹⁷ Erst recht hat es »Fernwirkungen« des Bestandsschutzes auf die Chancen anonymer Arbeitsloser ausgeblendet. Stets hat es die Kündigung des Arbeitgebers ausschließlich als Fall eines bilateralen

113 Zur Lage der Sozialversicherung vgl. KRONBERGER KREIS, *Das soziale Netz reißt*, Frankfurt/M. 1988, S. 9 ff. 37 ff.

114 Schwer verständlich die Qualifikation der Obliegenheit zur Arbeit als unzulässige Zwangsarbeit nach Art. 12 II GG bei B.-O. BRYDE, NJW 1984, 2178, 2183.

115 Vgl. zum Meinungsstand STAUDINGER/Ulrich PREIS, BGB, Berlin 1994, § 620 RdNm. 31 ff. Die Stellungnahme hängt vom Verständnis des Kündigungsschutzes ab. Wer – wie der historische Gesetzgeber (RdA 1951, 58, 63) – nur ein Willkürverbot anerkennt, kann § 620 BGB und KSchG grundsätzlich unverändert nebeneinander anwenden.

116 Vgl. Klaus ADOMEIT, *Arbeitsrecht für die 90er Jahre*, München 1991, S. 72 ff.; W. ZÖLLNER ZfA 1994, 423, 434.

117 BAG SAE 1988, 71.

Interessenkonflikts mit dem gekündigten Arbeitnehmer gewürdigt.¹¹⁸ Auf dieser Grundlage hat es das ultima-ratio-Prinzip in das Kündigungsschutzrecht eingeführt, das die Kündigung des Arbeitgebers nur als »äußerstes Mittel« zuläßt und ihn demgemäß im Kündigungsschutzprozeß mit vorher kaum erahnbaren Darlegungsobliegenheiten zu alternativen Möglichkeiten der Reaktion auf den Kündigungssachverhalt belastet.¹¹⁹ Noch verheerender wirkt die jedenfalls bei der Kontrolle von verhaltens- und personbedingten Kündigungen nach wie vor praktizierte Interessenabwägung, die verlässliche Prognosen über den Ausgang eines Kündigungsrechtsstreits weitgehend ausschließt. Rechtsunsicherheit ist das, was die Wirtschaftspraxis am allerwenigsten gebrauchen kann.¹²⁰

Das arbeitsrechtliche Beschäftigungsförderungsgesetz von 1996 hat darauf reagiert, indem es (mit Wirkung vom 1. Oktober 1999 an) die dadurch besonders überforderten Kleinbetriebe mit zehn und weniger ständig Beschäftigten in die bislang auf Betriebe mit fünf und weniger ständig Beschäftigten begrenzte Bereichsausnahme einbezogen hat. Das geht einerseits zu weit und andererseits nicht weit genug. Es geht zu weit insofern, als es für fast 30 (statt bisher knapp 10) Prozent der Beschäftigten in Deutschland die freie Kündbarkeit einführt.¹²¹ In Betrieben mit bis zu fünf Beschäftigten mag noch typischerweise ein persönliches Kooperationsverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vorliegen, das eine Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses gegen den Willen des Arbeitgebers genausowenig verträgt wie gegen den Willen des Arbeitnehmers. Bei einer Beschäftigtenzahl zwischen fünf und zehn sieht das schon anders aus. Insoweit findet man bereits Distanz kraft formaler Organisation der Arbeit; nicht zufällig beginnt mit einer Beschäftigtenzahl von fünf Arbeitnehmern die Betriebsratspflichtigkeit. Entsprechend muß es jedenfalls einen Schutz des einzelnen Arbeitnehmers vor willkürlicher Kündigung geben. Selbst im Land des »hire and fire«, den USA, schützen die Gerichte den Arbeitnehmer vor »unfair dismissal«¹²². Nicht weit genug geht die Reform insofern, als sie für die größeren Betriebe (mit Ausnahme der Schaffung von mehr Rechtssicherheit bei der sozialen Auswahl im Fall betriebsbedingter Kündigungen) alles beim alten läßt. Wenn der Kündigungsschutz den Bestandsschutz des Arbeitsverhältnisses

118 Zustimmung U. PREIS, *Prinzipien des Kündigungsrechts bei Arbeitsverhältnissen*, München 1987, S. 126.

119 BAG AP Nr. 70 zu § 626 BGB. Die Entscheidung zwingt u.a. dazu, mildere Mittel zu wählen, die nach § 1 II 2, 3 KSchG nur unter dem Vorbehalt des Widerspruchs des Betriebsrats bzw. Personalrats beachtlich sind. Vgl. dazu Eugen STAHLHACHE/U. PREIS, *Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis*, 5. Aufl. München 1991, RdNr. 612.

120 B. RÜTHERS (wie Anm. 29), S. 91 f.

121 Wolfgang LEINEMANN, BB 1996, 1381.

122 Herbert KRONKE, *Regulierungen auf dem Arbeitsmarkt*, Baden-Baden 1990, S. 271 f.; vgl. auch W. ZÖLLNER ZfA 1994, 423, 435.

auf Kosten der Einstellungschancen Arbeitsuchender verwirklicht, kann es nicht seine Aufgabe sein, den Arbeitnehmern das Arbeitsverhältnis als Existenzgrundlage zu erhalten.¹²³ Denn das Sozialstaatsprinzip verlangt – so das BVerfG im WDR-Urteil – eine sozial gerechte Ordnung für alle, also gerade auch die »Sorge für diejenigen ..., die keinen Arbeitsplatz haben und einen solchen suchen«.¹²⁴ Die Bedeutung des Arbeitsverhältnisses als Existenzgrundlage ist für Beschäftigte und Beschäftigungssuchende prinzipiell gleich. Ein Vorrang der Beschäftigten läßt sich nur insofern rechtfertigen, als das Arbeitsverhältnis Lebensmittelpunkt ist, im Hinblick auf den unter Umständen schwer revisible Dispositionen getroffen werden. Es geht um die Rücksicht auf spezifische Anpassungsprobleme. Nicht anders hat das der Gesetzgeber des KSchG 1951 gesehen. Das Gesetz – so heißt es in den Materialien – »wendet sich nicht gegen Entlassungen, die aus triftigem Grund erforderlich sind, sondern lediglich gegen solche Kündigungen, die hinreichender Begründung entbehren und deshalb als willkürliche Durchschneidung des Bandes der Betriebszugehörigkeit erscheinen.«¹²⁵ Im Kern genügt als Reform die Rückkehr zu diesem gesetzgeberischen Verständnis des Kündigungsschutzes als *Willkürverbot*. Nicht die Anwendung der Gesetzesnorm, sondern der richterliche »Widerstand« gegen sie und ihre richterrechtliche »Weiterentwicklung« sind verantwortlich dafür, daß der Kündigungsschutz so in Widerspruch zu den Funktionsbedingungen der Sozialen Marktwirtschaft geraten ist, wie es sich heute darstellt.¹²⁶ Der Fairneß wegen ist freilich zuzugeben, daß die Arbeitsgerichtsbarkeit dazu von maßgeblichen Vertretern der Arbeitsrechtswissenschaft angestiftet und beifällig begleitet worden ist.¹²⁷

Besonders notleidend ist das Bemühen um Marktkonformität im Bereich des Tarifrechts geblieben. Das hängt vor allem, wie bereits erwähnt, damit zusammen, daß das BVerfG für Art. 9 III GG eine Ausnahme von seinem sonstigen Vorbehalt gegen »verselbständigte, den individualrechtlichen Gehalt der Grundrechte überhöhende Objektivierungen«¹²⁸ gemacht und massiv zugunsten einer Rezeption des arbeitsrechtlichen Weimarer Kollektivismus interveniert hat. Aber auch das BAG und das herrschende arbeitsrechtliche

123 A.A. die h.M. Repräsentativ MÜNCHArbR-Wilfried BERKOWSKY, München 1993, § 127 RdNr. 20 (S. 275).

124 BVerfG NJW 1982, 1447, 1449.

125 RdA 1951, 58, 63.

126 Vgl. dazu mit Nachweisen D. REUTER, DZWIR 1993, 45, 47. Zur verantwortlichen Neigung maßgeblicher Richter des BAG zur »richterköniglichen Freiheit« vgl. B. RÜTHERS (wie Anm. 29), S. 54 f., unter Hinweis auf Ausführungen des heutigen BAG-Präsidenten Th. Dieterich in RdA 1982, 329, 330.

127 Namentlich Alfred HUECK, in: A. HUECK/Hans Carl NIPPERDEY, *Arbeitsrecht I*, 7. Aufl. Berlin/Frankfurt/M. 1963, S. 623.

128 BVerfG NJW 1979, 699, 702.

Schrifttum haben die dadurch angestoßene Entwicklung zielstrebig vorange-
 trieben. Abweichende Ansätze haben zwar die Diskussion bereichert, sind
 jedoch auf die Ergebnisse ohne Einfluß geblieben.¹²⁹ Eindeutig dominiert
 die Vorstellung, die Tarifvertragsparteien seien Ordnungsmächte, die das Ar-
 beitsleben in den gesetzlichen Grenzen wie der staatliche Gesetzgeber gestal-
 ten: Tarifvertragliche Normen wirken wie Gesetzesnormen und sie unterlie-
 gen der gleichen Bindung an die Grundrechte.¹³⁰ Insbesondere befinden die
 Tarifvertragsparteien selbst darüber, inwieweit sie Raum für Vereinbarungen
 zwischen den Betriebspartnern und Arbeitsvertragsparteien lassen.¹³¹ Nicht
 einmal das Günstigkeitsprinzip hält als Schranke der Tariftmacht das, was es
 nach Ansicht mancher¹³² verspricht. Unangefochten ist nur, daß die Tarif-
 vertragsparteien keine Höchstlöhne festlegen können. Im übrigen kommt es,
 folgt man einer vor kurzem veröffentlichten Entscheidung des BAG, darauf
 an, ob die Tarifvertragsparteien eine betriebsorganisatorische oder eine indi-
 vidualschützende Norm bezwecken.¹³³ In der ersten Alternative handelt es
 sich um eine Betriebsnorm, die für alle tarifgebundenen Betriebe unabhängig
 von der Tarifgebundenheit der Belegschaftsangehörigen gilt und ihrem Sinn
 nach günstigkeitsresistent ist. Lediglich in der zweiten Alternative spielen
 die Mitgliedschaft des betroffenen Arbeitnehmers in der am Tarifvertrag
 beteiligten Gewerkschaft und der Günstigkeitsvergleich zwischen Tarif- und
 Arbeitsvertrag eine Rolle.¹³⁴

Kaum jemand nimmt daran Anstoß, daß ein so konzipiertes Tarifver-
 tragssystem geradezu zwangsläufig Regelungen hervorbringt, die sich als
 Einigungen der in den Tarifvertragsparteien tonangebenden Gruppen auf
 Kosten der unterrepräsentierten darstellen. Gewerkschaften können unter
 normalen Umständen nur Tarifforderungen erheben, die der überwiegende
 Teil ihrer Mitglieder, der über sichere Arbeitsplätze verfügt, akzeptiert.
 Das sind Vorteile für die Arbeitsplatzinhaber wie Lohnerhöhungen, Ar-
 beitszeitverkürzungen, Arbeitserleichterungen. Das hartnäckige Beharren auf

129 Das gilt namentlich für die Habilitationsschriften von Reinhard RICHARDI, *Kollektivege-
 walt und Individualwille bei der Gestaltung des Arbeitsverhältnisses*, München 1968, und Rupert
 SCHOLZ, *Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem*, München 1971.

130 Repräsentativ MÜNCHArbR-Manfred LÖWISCH, München 1993, § 246 RdNm. 18 ff.
 (S. 194 ff.).

131 BAG NZA 1990, 850, 853; 1991, 675, 677 (Verdrängung der Betriebsautonomie durch
 tarifliche Betriebsnormen); NZA 1987, 779, 1988, 699 (tarifvertragliche Erweiterung der Mit-
 bestimmung des Betriebsrats); MÜNCHArbR-M. LÖWISCH, München 1993, § 251 RdNr. 29
 (gesamter Inhalt des Arbeitsverhältnisses als Gegenstand der Tariftmacht).

132 Repräsentativ MÜNCHArbR-M. LÖWISCH, München 1993, § 265 (S. 358 ff.); Herbert
 BUCHNER, DB 1990, 1715 ff.

133 BAG NZA 1996, 1214 = JuS 1997, 184 Nr. 14.

134 Herbert WIEDEMANN/Hermann STUMPF, TVG, 5. Aufl. München 1977, § 4 RdNm.
 223 f.; Christian HAGEMEIERS/Otto Ernst KEMPEN/Ulrich ZACHERT/Jan ZILIUS, TVG, 2. Aufl.
 Köln 1990, § 4 RdNr. 142.

ökonomisch fragwürdigen Rezepten zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit wie Stärkung der Binnennachfrage und Umverteilung des Arbeitsvolumens hat darin seine Ursache. Umgekehrt stehen die Arbeitgeberverbände unter dem vorrangigen Einfluß von Unternehmen, deren Leistungsfähigkeit den Druck der Personalkosten zu verkraften oder durch verstärkten Kapitaleinsatz zu verringern vermag. Die Folge ist ein Nachgeben, das die weniger leistungsfähigen Betriebe überfordert.¹³⁵ Dieser Mangel an Richtigkeitsgewähr ist kein Problem gestörter Parität zwischen den Verbänden, sondern fehlender Fähigkeit der Arbeitslosen bzw. Grenzbetriebe zur Außenseiterkonkurrenz.¹³⁶ »Schmutzkonkurrenz« und »Lohndrückerei« – wie es im Gewerkschaftsjargon heißt – dürfen im Licht der neuen sozialen Frage – Ausgrenzung statt Ausbeutung – nicht mehr von Rechts wegen unterdrückt, sondern müssen von Rechts wegen ermöglicht werden, damit die tonangebenden Gruppen in den Tarifvertragsparteien im eigenen Interesse angemessene Rücksicht auf die Belange der unterrepräsentierten nehmen.¹³⁷ Die Bindung der Tarifvertragsparteien an die Grundrechte ist dafür entgegen einer bisweilen vertretenen Meinung kein adäquater Ersatz. Zu Recht hat Canaris darauf hingewiesen, daß diese Bindung, wenn man sie entgegen der derzeitigen Gerichtspraxis ernst nimmt,¹³⁸ zur Tarifizensur und damit zur Aufhebung der Tarifautonomie führt.¹³⁹ In der Konsequenz des Gedankengangs liegt es u.a., die Tarifvertragsparteien strikt auf ihre ursprüngliche Rolle als Interessenvertreter ihrer Mitglieder zu begrenzen. Durch Tarifvertrag sollten Mindestrechte und Höchstpflichten der Gewerkschaftsmitglieder gegenüber den Mitgliedern des Arbeitgeberverbandes bzw. dem einzelnen Arbeitgeber als Tarifvertragspartei festgelegt werden können. Die die Gesamtbelegschaft betreffende Arbeitsorganisation dagegen sollte Angelegenheit der Betriebsebene sein, die dadurch die betriebswirtschaftlich und sozialpolitisch optimale Kombination des Human- mit dem Sachkapital des Betriebs entwickeln kann, soweit die Beachtung der tarifvertraglichen Mindestrechte und Höchstpflichten der tarifgebundenen Arbeitnehmer und etwaiger arbeitsvertraglichen Sonderrechte einzelner Arbeitnehmer dies zuläßt.¹⁴⁰ Auch insoweit gilt, daß die Diskrepanz zwischen diesen Desiderata und der gültigen Rechtspraxis nur zu einem ganz geringen Teil der *lex scripta* zuzuschreiben ist.¹⁴¹ Wie schwer es gleichwohl ist, etwas zu be-

135 Martin HENSSLER, ZfA 1984, 487, 505.

136 Gegen MÜNCHArbR-M. LÖWISCH, München 1993, § 246 RdNm. 1-11 (S. 191 ff.)

137 Ausführlich D. REUTER, ZfA 1995, 1, 4 ff., 36 ff.

138 Vgl. dazu D. REUTER, ZfA 1995, 1, 15; ähnlich schon C.W. CANARIS AcP 184, 202, 244.

139 C.W. CANARIS, AcP 184, 202, 244.

140 Vgl. dazu D. REUTER (wie Anm. 93), K 35, 55 f.

141 Im einzelnen D. REUTER, RdA 1994, 152 f.

wegen, hat der 61. Deutsche Juristentag im September vergangenen Jahres gezeigt, auf dem die vereinigte Abstimmungsmacht der Gewerkschafts- und Arbeitgeberverbandsjuristen die hier angedeuteten Vorstellungen regelrecht vom Tisch gefegt hat.¹⁴² Daß Ähnliches vor einem anderen Forum selbst dem sächsischen Ministerpräsidenten mit seinen Vorschlägen für mehr individuelle Freiheit und Verantwortung in der Altersvorsorge widerfahren ist, tröstet, zeigt aber zugleich, welche gewaltigen Beharrungskräfte gerade im Arbeits- und Sozialrecht zu überwinden sind, bevor die Forderungen der Sozialen Marktwirtschaft nach Marktkonformität und Subsidiarität sozialer Problembewältigung¹⁴³ eine reelle Chance haben, Gehör zu finden.

142 Vgl. D. REUTER (wie Anm. 93), K 69 ff.

143 W. ZOHLNHÖFER (wie Anm. 20), S. 19, 23 f.