

# Marktliche Sozialwirtschaft

Karl Albrecht Schachtschneider, Universität Erlangen-Nürnberg

## 1. Wirtschaftspolitische Neutralität oder Soziale Marktwirtschaft

Im Grundgesetz steht kein Satz, der Deutschland ausdrücklich auf eine bestimmte Wirtschaftsordnung festlegt. Schon im Investitionshilfe-Urteil von 1954 (BVerfGE 4, 7 (17 f.)) hat das Bundesverfassungsgericht von der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes gesprochen, aber klargestellt, daß die Wirtschaftspolitik dem Grundgesetz, insbesondere dessen Grundrechten, genügen müsse. Diese Doktrin hat das Gericht im Apotheken-Urteil von 1958 (BVerfGE 7, 377 (400)) und im Mitbestimmungs-Urteil von 1979 (BVerfGE 50, 290 (338)) wiederholt und ist davon in seiner weiteren Rechtsprechung nicht abgewichen. In der Präambel des Vertrages über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Deutschen Demokratischen Republik vom 18. Mai 1990 jedoch, wird von „dem gemeinsamen Willen, die Soziale Marktwirtschaft als Grundlage für die weitere wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung ... auch in der Deutschen Demokratischen Republik einzuführen ...“ gesprochen, als wäre die Soziale Marktwirtschaft die Wirtschaftsordnung der Bundesrepublik Deutschland. Art. 1 Abs. 3 des Vertrages bestimmt: „Grundlage der Wirtschaftsunion ist die Soziale Marktwirtschaft als gemeinsame Wirtschaftsordnung beider Vertragsparteien“. Diese eindeutige Aussage hat das Grundgesetz freilich nicht geändert.

Das Europäische Gemeinschaftsrecht kennt in den derzeit geltenden Vertragstexten den Begriff der Sozialen Marktwirtschaft nicht. Allerdings verfaßt das Gemeinschaftsrecht nicht nur einen Binnenmarkt, der in Art. 14 Abs. 2 EGV als ein „Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen dieses Vertrages gewährleistet ist“, definiert ist, also durch die Grundfreiheiten, nämlich die Warenverkehrsfreiheit (Art. 28 ff. EGV), die Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 ff. EGV), die Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff. EGV), die Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 ff. EGV) und die Kapital- und Zahlungsverkehrsfreiheit (Art. 56 ff. EGV). Es schreibt in Art. 81 ff. EGV eine Wettbewerbsordnung vor und verpflichtet in Art. 4 Abs. 1 EGV die Tätigkeit der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft (u.a) „dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“, nach Art. 98 und Art. 105 Abs. 1 EGV für die Wirtschafts- und Währungspolitik jedenfalls insoweit, als dadurch „ein effizienter Einsatz der Ressourcen gefördert wird“. „Aufgabe der

Gemeinschaft ist es“ ausweislich Art. 2 EGV, „durch die Errichtung eines gemeinsamen Marktes und einer Wirtschafts- und Währungsunion sowie durch die Durchführung der in den Artikeln 3 und 4 genannten gemeinsamen Politiken und Maßnahmen“ auf „eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, ein hohes Beschäftigungsniveau, ein hohes Maß an sozialem Schutz, die Gleichstellung von Männern und Frauen, ein beständiges, nichtinflationäres Wachstum, einen hohen Grad von Wettbewerbsfähigkeit und Konvergenz der Wirtschaftsleistung, ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität, die Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten“. Das Europäische Gemeinschaftsrecht verbindet also das Markt- und Wettbewerbsprinzip mit dem Sozialprinzip (Ringler, 1997, 33 ff.). Zu den Zielen der Union, welche der Vertrag über eine Verfassung für Europa vom 29. Oktober 2004 setzt, gehört auch eine im „hohen Maße wettbewerbsfähige soziale Marktwirtschaft, die auf Vollbeschäftigung und sozialen Fortschritt abzielt“ (Art. I-3 Abs. 3 S. 1). Dieser Vertrag ist jedoch noch nicht von allen Vertragspartnern, den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, ratifiziert, auch nicht von Deutschland. Die Völker Frankreichs und der Niederlande haben ihn durch Referenden abgelehnt.

Die Doktrin des Bundesverfassungsgerichts von der wirtschaftspolitischen Neutralität des Grundgesetzes hat über lange Zeit eine rechtswissenschaftliche Diskussion der Wirtschaftsverfassung nicht aufkommen lassen. Hans-Carl Nipperdey allerdings hat bereits 1961 in einer vielzitierten Schrift dargelegt, daß die Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes die der Sozialen Marktwirtschaft sei (1965). Hans Friedrich Zacher hat sich stets für diese Position ausgesprochen (etwa 1981, 715 ff.; 1987, § 25, Rdn. 51 ff.). In jüngerer Zeit mehren sich die Stimmen, welche sich dem anschließen. Hingewiesen sei auf den Beitrag von Hans Heinrich Rupp in dem von Josef Isensee und Paul Kirchhof herausgegebenen Handbuch des Deutschen Staatsrechts (Band IX, 1997, § 203, S. 129 ff.).

## **2. Verfassung der Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit als Wirtschaftsverfassung**

Die Verfassungsordnung schafft auch eine Wirtschafts- und Sozialverfassung; denn die Wirtschaft und das Soziale dürfen sich nur im Rahmen der Verfassungsordnung und im übrigen nur im Rahmen der gesamten Rechtsordnung entfalten (i.d.S. Papier, 1994, § 18, Rdn. 1 ff., S. 800 ff.). Die Rechtsordnung ist essentieller Teil der Wirtschafts- und Sozialordnung und damit der Wirtschaft und des Sozialen. In diesem Sinne gehört die Rechtswissenschaft zur Wirtschafts- und Sozialwissenschaft, insbesondere die Verfassungswissenschaft. Die Verfassungsordnung beschränkt sich in der europäisch und global integrierten Wirtschaft (dazu Siebold 2002, insb. 147 ff., 209 ff., 266 ff.) nicht auf das Verfassungsgesetz des jeweiligen Staates, in Deutschland auf das Grundgesetz, sondern umfaßt zumindest das primäre

Gemeinschaftsrecht, die Gründungsverträge der Europäischen Union, aber auch das Weltwirtschaftsrecht, jedenfalls soweit dieses wirksam wird.

Grundlage des Verfassungsrechts ist die Verfassung, welche mit dem Menschen geboren ist, nämlich die Verfassung der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit, deren Geltung keines Gesetzes und keines Vertrages bedarf, weil sie die Würde des Menschen ausmacht (Schachtschneider 2005, 1. Kap.; ders. 2005b, 9 ff., 15 ff.). Dieses Weltrechtsprinzip macht Artikel 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948 für alle Menschen und alle Völker verbindlich. Es lautet:

„Alle Menschen sind frei und gleich an Würde und Rechten geboren. Sie sind mit Vernunft und Gewissen begabt und sollen einander im Geiste der Brüderlichkeit begegnen.“

Eine Verfassung der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit läßt nicht jede beliebige Wirtschaftsordnung zu. Vielmehr muß die Wirtschaftsordnung freiheitlich und gleichheitlich, vor allem aber brüderlich sein. Frei ist der Mensch nur, wenn er unter den eigenen Gesetzen lebt, unter den Gesetzen, die er gemeinsam mit all denen gegeben hat, mit denen er zusammenlebt. Freiheit ist die Autonomie des Willens oder eben die politische Freiheit (Schachtschneider 2005, 2. Kap., VI, VII, 5. Kap.). Als äußere Freiheit ist sie die „Unabhängigkeit von eines anderen nötiger Willkür“ (Kant MdS, 345); als innere Freiheit, ohne welche die äußere Freiheit nicht allgemein sein kann, ist sie die Sittlichkeit, deren Gesetz der kategorische Imperativ, das Sittengesetz, ist (Kant GrzMdS, 33 ff.; ders. KpV, 138 ff.). Ganz so definiert Art. 2 Abs. 1 GG die Freiheit, nämlich:

„Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt“.

Freiheit verwirklicht sich in den allgemeinen Gesetzen als den Gesetzen aller, die zur Allgemeinheit nur zu finden vermögen, wenn alle in ihrer politischen Willensbildung dem Sittengesetz, also dem Rechtsprinzip, folgen, d.h. als Gesetzgeber moralisch handeln (Schachtschneider 2005, 2. Kap., V und IV; ders. 2005e, 23 ff.). Die Gleichheit ist nicht nur die Gleichheit aller Menschen in der Freiheit, sondern die Rechtsanwendungsgleichheit (Schachtschneider 2005, 7. Kap.). Diese ist die Logik der Gesetzlichkeit, welche die allgemeine Freiheit verwirklicht. Die Gesetze binden alle Menschen, schon weil sie selbst die Gesetzgeber sind. Sie binden aber auch alle Menschen in gleicher Weise, weil sonst die Freiheit verletzt wäre. Der moralische Mensch achtet die Gesetze aus Pflicht; denn das Prinzip der Moralität ist: „Handle pflichtmäßig, aus Pflicht“ (Kant MdS, 521, 523). Die Gesetzlichkeit kann aber auch erzwungen werden, weil die Ungesetzlichkeit, das Unrecht, die allgemeine Freiheit verletzt (Kant MdS, 338 ff.; dazu Schachtschneider 2005, 2. Kap., VII). Das Gleichheitsprinzip gebietet als solches keine materiale Gleichheit im Sinne eines Egalitarismus (Kersting 2002/2005, 23 ff., 97 ff.), sondern ein Willkürverbot (BVerfGE 3, 58 (135 f.); 97, 298 (315); Schachtschneider 2005b, 369 ff.), das richtiger auf das Freiheitsprinzip zu stützen ist (Schachtschneider 2005, 7. Kap. II). Die Verteilungs-

gerechtigkeit als ein Postulat materialer Gleichheit verwirklicht sich durch die allgemeine Gesetzgeberschaft, freilich nur, wenn diese nicht zu einer parteilichen Herrschaft verkommen ist wie in der Parteidemokratie (dazu Schachtschneider 1994, 1045 ff.; ders. 2005b, 36 ff., 191 ff.), und die Verträge, zumal die Tarifverträge, einschließlich der Flächentarifverträge (Schachtschneider 2004, 245 ff.). Die freiheitsgemäße Teilung der Güter findet ihr Prinzip in dem dritten Ideal, dem der Brüderlichkeit. Der christliche Grundsatz des gemeinsamen Lebens ist das Liebesprinzip. Vers 18, 3. Mose, 19 lautet:

„Liebe Deinen Nächsten wie dich selbst; denn ich bin der Herr“.

Das ist das Prinzip der Brüderlichkeit, das jede Herrschaft von Menschen über Menschen verbietet (Schachtschneider, 2005, 3. Kap.). Die Brüderlichkeit verlangt aber auch nach der Selbständigkeit jedes Menschen. Nur wer selbständig ist, ist selbstverantwortlich und damit der Freiheit als der Autonomie des Willens fähig. Diese Selbständigkeit setzt voraus, daß jeder ein hinreichendes Eigentum hat. Darum ist Eigentum ein Menschenrecht (Art. 17 AEMR). Die Verteilung der Güter eines Gemeinwesens, einer Volkswirtschaft, muß die Selbständigkeit aller Menschen verwirklichen. Nur die allgemeine Selbständigkeit entspricht den Idealen des modernen Staates, der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit (Schachtschneider 2005, 11. Kap., III). Diese Brüderlichkeit wird heute meist Solidarität genannt. Verfassungsgesetzlich hat sie ihr Prinzip in der sozialen Zielsetzung gefunden. Aus der Brüderlichkeit erwächst wie aus der Eigentumsgewährleistung selbst ein Recht auf Eigentum. Aus diesem folgt in der arbeitsteiligen Volkswirtschaft ein Recht auf Arbeit (Schachtschneider 1999, 755 ff.; ders. 2001, 303 ff.).

Die Wirtschaftsverfassung, welche der Verfassung des Menschen und damit dem Weltrechtsprinzip genügt, ist somit eine Verfassung, welche der Gleichheit in der Freiheit aller Menschen wie der Selbständigkeit jedes Menschen gerecht wird. Freiheit und Eigentum sind somit Grundlagen der Wirtschaftsverfassung, die Freiheit aber als politische Freiheit und das Eigentum als soziales Eigentum verstanden. Diese Konzeption der Wirtschaftsverfassung ist liberal und sozial, nicht liberalistisch, liberalistisch im Sinne von Freiheitsrechten als Rechten zur Willkür, welche den Freiheitsbegriff nicht mit der „Einbeziehung des Anderen“ (Habermas 1996), also mit der Sittlichkeit, verbindet. Es ist die Wirtschaftsverfassung einer Republik, deren fundamentales Gesetz das Sittengesetz oder eben das Liebesprinzip ist. Nur eine solche Republik verwirklicht das Rechtsprinzip. Solche Republiken gewährleisten den allgemeinen Frieden durch eine völkerrechtliche Zusammenarbeit, auch und vor allem in der Wirtschaft, eine Zusammenarbeit welche der Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit Verwirklichungschancen läßt und nicht zur globalen Despotie entartet, sei es eine kapitalistische, sei es eine sozialistische Despotie, welche sich entwickelt, wenn die politische Form von Freiheit, Gleichheit und Brüderlichkeit verlassen ist, die Demokratie, die nur in kleinen Einheiten Wirklichkeit zu finden vermag (Schachtschneider 2005b, 90).

### **3. Sozialprinzip**

#### **3.1 Höchster Rang des Sozialprinzips**

Während im Gegensatz zum Gemeinschaftsrecht Markt oder Marktwirtschaft und Wettbewerb keine Begriffe und damit keine Institutionen des Grundgesetzes sind, verpflichtet das Grundgesetz Deutschland unabänderlich, sozial zu sein. Nach Art. 20 Abs. 1 GG ist „die Bundesrepublik Deutschland ein demokratischer und sozialer Bundesstaat“. Diese politische Grundentscheidung steht ausweislich Art. 79 Abs. 3 GG, der sogenannten Ewigkeitsklausel, nicht zur Disposition der Politik, auch nicht zur Disposition der Integrationspolitik. Weder ein verfassungsänderndes Gesetz noch ein neues Verfassungsgesetz dürfen diese Entscheidung ändern, letzteres nicht, weil sie untrennbar mit der Freiheit der Menschen als deren Würde verbunden ist (i.d.S. BVerfGE 84, 90 (121)). Demgemäß muß nach Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG die verfassungsmäßige Ordnung in den Ländern Deutschlands (u.a.) dem Grundsatz des „sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes“ entsprechen und darf Deutschland nach Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG nur bei der Entwicklung einer Europäischen Union mitwirken, die (u.a.) „sozialen“ Grundsätzen verpflichtet ist. Das Sozialprinzip (zum Begriff und zum Prinzip Schachtschneider 1974, 31 ff.) hat somit in Deutschland höchsten Rang und ist darum auch das Leitprinzip der deutschen Wirtschaftsverfassung. Die Wirtschaft muß sozial sein, im übrigen auch aus ökonomischen Gründen (Hankel 2005, 291 ff.; Nölling, 2001, 107 ff.). Deutschland verfaßt somit ausweislich des Grundgesetzes eine Sozialwirtschaft. Nur eine Sozialwirtschaft kann dem Prinzip der Brüderlichkeit genügen und nur eine Sozialwirtschaft entspricht dem Sittengesetz, welches die Freiheit definiert. Auch die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG verpflichtet den Gebrauch des Eigentums, das Grundlage der Selbständigkeit der Menschen und zugleich Grundlage unternehmerischer Tätigkeit ist, nach Absatz 2 Satz 2 dem Wohl der Allgemeinheit. „Eigentum verpflichtet“ (Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG). Das Eigentum ist nicht nur durch Privatnützigkeit (BVerfGE 24, 367 (390); 50, 290 (339); 102, 1 (15); st. Rspr.), sondern auch durch Sozialpflichtigkeit (BVerfGE 8, 71 (80); 102, 1 (17); st. Rspr.) gekennzeichnet.

#### **3.2 Wirtschafts- und Sozialordnung gemäß dem Sozialprinzip**

Das Sozialprinzip verwirklicht sich in der Wirtschaftsordnung und in der Sozialordnung, die untrennbar verbunden sind (Erhard 2000, 171, 174, 208 f., 254 ff., u.ö.; Hankel 2005, 291 ff.). Die Sozialverfassung, die dem Sozialprinzip verpflichtet ist, hat ihr Leitprinzip in der Solidarität, einem anderen Wort für die Brüderlichkeit. Die Sozialversicherungen finden ihre Regelungen im Sozialgesetzbuch, das zwölf Bücher umfaßt. Das Recht des Sozialgesetzbuchs soll die Sozialleistungen „zur Verwirklichung sozialer Gerechtigkeit und sozialer Sicherheit“ gestalten. „Es soll dazu beitragen, ein menschenwürdiges Dasein zu sichern, gleiche Voraussetzungen für

die freie Entfaltung der Persönlichkeit, insbesondere auch für junge Menschen, zu schaffen, die Familie zu schützen und zu fördern, den Erwerb des Lebensunterhalts durch eine frei gewählte Tätigkeit zu ermöglichen und besondere Belastungen des Lebens, auch durch Hilfe zur Selbsthilfe, abzuwenden oder auszugleichen.“ (§ 1 Abs. 1 S. 2 SGB I). § 1 des SGB V, das die gesetzliche Krankenversicherung regelt, ist mit den Worten „Solidarität und Eigenverantwortung“ überschrieben. Die Krankenversicherung wird als Solidargemeinschaft bezeichnet (Satz 1) und die Finanzierung der Leistungen und sonstigen Ausgaben der Krankenkassen durch Beiträge der Mitglieder und der Arbeitgeber nennt § 3 SGB V „solidarische Finanzierung“. Demgemäß werden für versicherte Familienangehörige Beiträge (noch) nicht erhoben (Satz 3). Die finanzielle Vorsorge für die Fälle der Krankheit, des Alters, des Unfalls, der Pflegebedürftigkeit und der Arbeitslosigkeit sowie der Sozialhilfe vor allem im Falle der Armut (Hilfe zum Lebensunterhalt, Wohngeld, Kindergeld, Bildungsgeld, Ausbildungsförderung) sind essentielle Aufgaben der Wirtschaft, welche die Menschen entweder allein oder in Gemeinschaft, privatwirtschaftlich oder staatswirtschaftlich, freiwillig oder gezwungen zu bewältigen suchen. Die finanzielle Bewältigung der genannten Lebenslagen zu gewährleisten, verpflichtet das Sozialprinzip den Staat. Darin ist der Staat nicht nur Sozialstaat, sondern auch Wirtschaftsstaat. Das Sozialprinzip legt das System nicht fest, in welchem die Lebenslagen wirtschaftlich bewältigt werden (BVerfGE 103, 172 (185)), begründet aber die Verantwortung des Gemeinwesens für die Bewältigung, eben die soziale Verantwortung des Staates. Sein wesentliches Mittel ist das Gesetz (BVerfGE 1, 97 (105); 70, 278 (288); st. Rspr.; Schachtschneider 1994, 247 ff.). Der Staat darf sich der sozialen Verantwortung nicht entziehen. Er kann das in einer Demokratie auch nicht. Er ist ganz im Gegenteil wesentlich zum Zwecke der gemeinsamen Lebensbewältigung, nämlich für das gute Leben aller, eingerichtet. Die Verwirklichung des Sozialprinzips wird durch das demokratische Wahlrecht gesichert (Schachtschneider 2005, 11. Kap., III).

### **3.3 Sozialprinzip und Menschenrechte**

Das Sozialprinzip ist verwirklicht, wenn die Menschenrechte der ersten Generation, die liberalen Menschenrechte als politische Leitentscheidungen, für alle Menschen im Gemeinwesen die Lebenswirklichkeit bestimmen, wenn etwa die Berufswahlfreiheit dadurch Wirklichkeit hat, daß alle Menschen eine wirkliche Chance haben, einen Beruf auszuüben. Dem dient das Recht auf Arbeit, welches den Staat zu einer Politik der Vollbeschäftigung verpflichtet (Schachtschneider 2001, 827 ff.). Die Menschenrechte zweiter Generation, die sozialen Menschenrechte, dienen der Verwirklichung der liberalen Menschenrechte und damit der Selbständigkeit der Menschen als Bürger. Das in einem Staat, der seinem Begriff nach dem Gemeinwohl, der *salus publica*, verpflichtet ist, eingerichtete gemeinsame Leben führt kraft des Sozialprinzips zum Grundsatz der Einheitlichkeit der Lebensverhältnisse, dem

die Finanzverfassung verpflichtet ist (Art. 106 Abs. 3 S. 4 Ziff. 2 GG), zur Maxime Ludwig Erhards: "Wohlstand für alle".

### **3.4 Sozialprinzip und Wirtschaft des Volkes**

Die angesprochenen Aufgaben des gemeinsamen guten Lebens kann das Gemeinwesen, der Staat im weiteren Sinne als die Bürgerschaft, nur mit Hilfe der Wirtschaft des Volkes bewältigen. Es bedarf somit der Volkswirtschaft, um das Sozialprinzip des Staates zu verwirklichen. Schließlich ist der Staat die Organisation des Volkes für die Verwirklichung des guten Lebens aller Menschen im Staat, der Bürger (Schachtschneider 2005b, 42 ff.). Daraus folgt, daß der Staat des Volkes und die Wirtschaft des Volkes nicht getrennt werden können, wenn der Staat das Sozialprinzip, wie es seiner Verfassungspflicht entspricht, verwirklichen können soll. Die alltägliche Politik erweist den Zusammenhang. Das Volk bringt die soziale Verantwortung des Staates in den Wahlen vorrangig zur Geltung.

Das Gemeinwesen kann die sozialen Verpflichtungen nur erfüllen, wenn die Wirtschaft leistungsfähig ist. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu bewahren und zu fördern ist somit Verpflichtung des Staates aus dem Sozialprinzip. Der Staat hat nicht nur die Rechtllichkeit der Wirtschaft zu gewährleisten, sondern auch, soweit er es vermag, deren Erfolg. Der dem Sozialprinzip verpflichtete Staat ist Wohlfahrtsstaat (Zacher 1987, § 25, Rdn. 48 ff., 54; Link 1990, 34 ff.; anders noch Erhard 2000, 248), der als „sozialer Rechtsstaat“ (Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG) allerdings wesentlich Rechtsstaat ist (vgl. Böhm 1960, 82 ff.; Schachtschneider 1974, 52 ff., 71 ff.).

### **3.5 Sozialprinzip und wirtschaftliche Stabilität**

Das Sozialprinzip gebietet die wirtschaftliche Stabilität des Gemeinwesens (Zacher 1987, § 25, Rdn. 50; Schachtschneider 2001a, 314 ff.; Hänsch 2002, 61 ff.). Diese hat mit dem Prinzip des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Niederschlag im Grundgesetz gefunden, vor allem in Art. 109 Abs. 2 und Abs. 4 für die Haushaltswirtschaft von Bund und Ländern, aber auch in Art. 104a Abs. 4 GG für „Finanzhilfen für besonders bedeutsame Investitionen der Länder und Gemeinden“, „die zur Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts oder zum Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft im Bundesgebiet oder zur Förderung des wirtschaftlichen Wachstums erforderlich sind“, in Art. 115 Abs. 1 S. 2 in der Ermächtigung zur Kreditbeschaffung zwecks Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts. Die wirtschaftliche Stabilität oder eben das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht hat mittels des Sozialprinzips höchsten Verfassungsrang, nicht nur für die staatliche Haushaltswirtschaft, sondern für die gesamte Wirtschaft des Gemeinwesens (Papier, 1994/2002, Rdn. 186; Hänsch 2002, 140 ff.). Das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht wird in einer Wirtschaftsordnung, welche dem Privatheitsprinzip (dazu Schachtschneider 2005, 8. Kap., IV; ders. 2005a, 67 ff.) gemäß Markt und Wettbewerb größtmögliche Entfaltung läßt, wie das auch das Eu-

ropäische Gemeinschaftsrecht intendiert, durch die Einheit der Ziele definiert, welche für eine stabile Wirtschaft nach der vom Grundgesetz zugrunde gelegten volkswirtschaftlichen Theorie unverzichtbar sind, nämlich nach dem keynesianischen magischen Viereck (Schiller 1966; Hankel 1986, 229 ff.; ders. 2005, 291 ff.; Hänsch 2002, 42 ff., 138 ff., 152 ff.). Dieses definiert § 1 Stabilitäts- und Wachstumsgesetz von 1967 als die Zieleinheit von Stabilität des Preisniveaus, hohem Beschäftigungsstand, außenwirtschaftlichem Gleichgewicht und stetigem Wachstum, die „im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung“ mittels Globalsteuerung angestrebt werden soll (umfassend Hänsch 2002, 142 ff., 166 ff.). Daß die Sicherung des Preisniveaus durch das Sozialprinzip Aufgabe des Staates ist, hat das Bundesverfassungsgericht bereits im Preis-Urteil von 1958 ausgesprochen (BVerfGE 8, 274 (328 f.)). Das Sozialprinzip ist aber darüber hinaus das Leitprinzip der wirtschaftlichen Stabilität insgesamt. Ohne wirtschaftliche Stabilität bricht das Gemeinwesen, dessen Volkswirtschaft die sozialen, also die menschenrechtsgemäßen Lebensverhältnisse erarbeitet, zusammen. Die Stabilität der Preise sichert den Wert der Rechte, die Grundlage des Lebens der Menschen sind (vgl. BVerfGE 89, 155 (200 ff.)). Inflation höhlt den Wert des Eigentums aus. Deflation ruiniert die Wirtschaft (Hankel 2005, 306). Demgemäß gebietet nicht nur das Sozialprinzip, sondern auch die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG dem Staat, die Stabilität des Geldwertes zu sichern (BVerfGE 97, 350 (376)). Art. 14 Abs. 1 GG ist das Grundrecht des Bürgers auf Preisstabilität (Hankel/Nölling/Schachtschneider/Starbatty 1998, 205 f., 302 ff.). Insbesondere verpflichtet das Sozialprinzip den Staat zur Vollbeschäftigungspolitik (BVerfGE 100, 271 (284, 287); Hankel et. al 1998, 206 ff.; Schachtschneider 2001, 830 ff.). Arbeitslosigkeit, welche ein gewisses Maß überschreitet, verletzt das Sozialprinzip, wenn ein besserer Beschäftigungsstand bewirkt werden könnte. Ohne Arbeit verliert der Mensch nicht nur seine Selbständigkeit, sondern weitgehend auch seine Persönlichkeit, wenn nicht seine Würde (i.d.S. BVerfGE 100, 271 (287)). Ein Arbeitsplatz ist das wesentliche Eigentum des Menschen in der Arbeitsgesellschaft. Demgemäß gewährleistet nicht nur das Sozialprinzip, sondern auch die Eigentumsgewährleistung ein Recht auf Arbeit (Schachtschneider 1999, 775 ff.; ders., 2001, 838 ff.; a.A. die h.M., etwa Papier, 1984, 810 f.; Breuer 1989, § 147, Rdn. 7, 10, 13 ff., 73 ff.). Das außenwirtschaftliche Gleichgewicht sichert den Leistungs- und Zahlungsbilanzausgleich im Interesse der Stabilität des Außenwerts der Währung (Lachmann 2003, 227). Das stetige Wachstum bezweckt nicht nur und nicht einmal wesentlich der Mehrung des Wohlstandes, sondern ist eine bittere Notwendigkeit der Zinswirtschaft (Hankel 1972, 71 ff., 103 ff.; Hannich 1999, 45 ff.; vgl. auch Lachmann 2003, 184 ff.). Alle Ziele des magischen Vierecks dienen somit mit der wirtschaftlichen Stabilität der Verwirklichung des guten Lebens im Gemeinwesen und damit dem Sozialprinzip. Dem Sozialprinzip ist insbesondere die Währungspolitik verantwortlich, deren vorrangiges Ziel nach dem Gemeinschaftsrecht die Preisstabilität ist, die aber nachrangig die allgemeine Wirtschaftspolitik der Gemeinschaft zu unterstützen und zur Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft beizutragen hat

(Art. 105 Abs. 1 S. 1 EGV). Die Ziele der Gemeinschaft kann man als das Ziel des guten Lebens aller Unionsbürger zusammenfassen.

### **3.6 Sozialwirtschaft**

Das Sozialprinzip erweist sich nicht nur als das höchstrangige, sondern als ein material weitreichendes und tiefwirkendes Prinzip der Wirtschaftsverfassung, das nicht nur feststellt, daß das Gemeinwesen insgesamt die Verantwortung für die Wirtschaft trägt, sondern das die Organisation des Gemeinwesens für das gemeine Wohl, nämlich den Staat, verpflichtet, die Wirtschaft zum Erfolg zu führen. Der Staat des Sozialprinzips ist nicht der Rechtsbewahrerstaat oder der Nachwächterstaat (Erhard 2000, 240 ff.), sondern eben der Wohlfahrtsstaat, aber als Rechtsstaat. Die Wirtschaftsverfassung des Sozialprinzips ist die Sozialwirtschaft. Das Wort Sozialwirtschaft bringt zur Sprache, daß die Wirtschaft Sache des Gemeinwesens ist. Die Wirtschaft dient dem Gemeinwesen, aber das Gemeinwesen hat auch die Verantwortung für die Wirtschaft, wie das die Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946 in Art. 151 f. ausgesprochen hat. Im Begriff der sozialen Marktwirtschaft ist die freie Marktwirtschaft mit dem sozialen Ausgleich verbunden (Erhard 2000, 254 ff.; Starbatty 1996, 63 ff.; Lachmann 2003, 40 ff.; ders., 2005e, 29 ff., 33), nach Ludwig Erhard ist darüber hinaus der „freie Wettbewerb“, in dem „die bessere Leistung den Vorrang vor der schlechteren erhält“ soziales Element der Marktwirtschaft (2000, 174 f., u.ö.). Der soziale Ausgleich dient dem Frieden im Gemeinwesen, den die freie Marktwirtschaft nicht gewährleistet. Der freie Markt ist ein Krieg aller gegen alle (Leisner 1982, 359). Der Wettbewerb erhält und fördert die Leistungsfähigkeit der Wirtschaft, wenn er denn seinen Namen verdient. Im Begriff der marktlichen Sozialwirtschaft haben Markt und Wettbewerb von vornherein eine dienende Funktion (Rüstow 1961, 68; Ulrich 2002, 174) und die Wirtschaft steht in der Verantwortung des Gemeinwesens, in der Hoheit des Staates (Röpke 1958, 19; Ulrich 2002, 167 ff. (172)).

Das Sozialprinzip steuert weitere Politiken des Gemeinwesens, insbesondere die Daseinsvorsorge von Bund, Ländern und Gemeinden (Zacher 1987, § 25, Rdn. 57 ff.), wie die Energieversorgung, Wasserversorgung, Abfallbeseitigung und anderes, ohne daß allein schon deswegen die Privatisierung von Einrichtungen der Daseinsvorsorge unterbunden wäre. Die Deregulierung derselben aber muß sich in den Grenzen halten, die das Sozialprinzip zieht. Das GATS freilich weist in eine andere Richtung. Diese Aspekte können hier nicht vertieft, andere nicht einmal angesprochen werden.

## **4. Marktlichkeit und Wettbewerbllichkeit**

### **4.1 Grundrechtsgemäße Wirtschaftsordnung**

Die Wirtschaftsordnung des Gemeinwesens muß aber der Verfassung und dem Verfassungsgesetz genügen, insbesondere den Grundrechten. Die Grundrechte sind

ein wesentlicher Teil der Wirtschaftsverfassung, obwohl außer der Sozialisierungsklausel des Art. 15 GG nur die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG eine spezifisch wirtschaftsverfassungsrechtliche Regelung trifft. Alle Grundrechte haben aber Bedeutung für die Wirtschaftsordnung und gelten insbesondere für die Wirtschaft. Das ist für die Freiheit des Art. 2 Abs. 1 GG, die Gleichheitsgrundsätze des Art. 3 GG, für die Kommunikationsgrundrechte des Art. 5 Abs. 1 GG, die Vereinigungsfreiheit des Art. 9 Abs. 1 GG, die Freizügigkeit des Art. 11 Abs. 1 GG, die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, vor allem aber für die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 und 2 GG unschwer einzusehen, ist aber auch für die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG, für den Schutz von Ehe und Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG und insbesondere für die Glaubens-, Gewissens- und Bekenntnisfreiheit und die Religionsausübungsfreiheit des Art. 4 Abs. 1 und 2 GG richtig.

Wenn die Wirtschaftsordnung der Eigentumsgewährleistung, der Berufsfreiheit, der Vereinigungsfreiheit, insbesondere Koalitionsfreiheit, und der allgemeinen Handlungsfreiheit oder besser der Freiheit, gerecht werden soll, muß sie marktlich und wettbewerblich sein. Die marktliche und wettbewerbliche Wirtschaft, welche den Grundrechten genügt, muß aber eine Sozialwirtschaft bleiben. Darum kann die Wirtschaftsordnung nicht als Marktwirtschaft und auch nicht als Soziale Marktwirtschaft definiert werden, sondern nur als marktliche oder auch als marktliche und wettbewerbliche Sozialwirtschaft.

Die Wirtschaft nach dem Grundgesetz ist nicht durchgehend marktlich und wettbewerblich gestaltet, etwa nicht die Sozialversicherungen, die ein wesentlicher Teil der Wirtschaft sind, muß das aber auch nicht, auch nicht nach dem Gemeinschaftsrecht. Die sozialen Versicherungsträger etwa sind nach Art. 87 Abs. 2 GG bundesunmittelbare oder landesunmittelbare Körperschaften des öffentlichen Rechts, also im weiteren Sinne Teil des Staates. Auch sonst ist der Staat trotz aller vor allem gemeinschaftsrechtlich veranlaßten Privatisierungen in erheblichem Umfang an der Wirtschaft beteiligt, sei es als Unternehmer oder sei es als Teilhaber von Unternehmen, beides verfassungsrechtlich mehr als fragwürdige Tätigkeiten des Staates (Schachtschneider 1986; ders., 2005a, 181 ff.).

Im weiteren Sinne gehört die gesamte Staatstätigkeit zur Wirtschaft. Das erweist schon der öffentliche Dienst, der die wirtschaftliche Lebensgrundlage der öffentlich Bediensteten und ihrer Familien ergibt. Besonders deutlich zeigt das das Stabilitäts- und Wachstumsgesetz von 1967, das das gesamtwirtschaftliche Gewicht der öffentlichen Haushalte fiskalpolitisch (antizyklisch) einzusetzen vorsieht (Hänsch 2002, 138 ff., 152 ff.). Demgemäß ist auch die Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur Haushaltsdisziplin, also zur Vermeidung eines übermäßigen Defizits und eines übermäßigen Schuldenstandes, in dem Kapitel über die Wirtschaftspolitik geregelt (Art. 104 EGV).

Markt und Wettbewerb sind zwar ein Grundsatz des Gemeinschaftsrechts, aber keinesfalls Prinzipien der grundgesetzlichen Wirtschaftsverfassung, die es gebieten

würden, daß der Staat Regelungen der Wirtschaftsordnung, die vom Markt- und Wettbewerbsprinzip abweichen, in besonderer Weise gegenüber diesen Prinzipien rechtfertigen müßte. Das Markt- und das Wettbewerbsprinzip sind somit keine verfassungsrangigen Leitprinzipien des Grundgesetzes. Weil aber, wie gesagt, die Wirtschaftsordnung den Grundrechten genügen muß, ergeben sich Märkte und entfaltet sich Wettbewerb.

## 4.2 Eigentumsgewährleistung

Die Wirtschaftsordnung muß der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 und 2 GG entsprechen. Eigentum ist das Eigene, die Handlungsmöglichkeiten des Menschen, welche der Gesetzgeber, der nach Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen hat, als Eigentum regelt (Schachtschneider 1999, 743 ff.; ders. 2005, 10. Kap.). Es ist nicht in das Belieben des Gesetzgebers gestellt, was er als Eigentum anerkennt. Vielmehr ist das Eigene, das Mein und Dein, als Eigentum anzuerkennen. Sonst würde das Menschen- und Grundrecht der Eigentumsgewährleistung leerlaufen. Die Eigentumsordnung hat nicht nur die Eigentumsgewährleistung, sondern auch die anderen Verfassungsprinzipien zu verwirklichen, etwa den Schutz von Ehe und Familie zu gewährleisten, so daß eine eigentumsmäßige Ordnung des Ehe- und Familienlebens, wie sie die Aufklärer noch hingenommen haben, nicht in Betracht kommt.

Eigentum ist abgesehen von der Sozialpflichtigkeit durch Privatnützigkeit und Verfügungsbefugnis definiert (BVerfGE 31, 229 (240); 50, 290 (339); 102, 1 (15), st. Rspr.). Der Eigentümer darf also sein Eigentum, etwa seine Waren, veräußern. Das dürfen alle Eigentümer und dadurch entsteht der Markt, aber auch der Wettbewerb. Auch das Unternehmen ist Eigenes der Unternehmer und damit Eigentum derselben. Das Recht am Unternehmen ist seit langem von der Zivilrechtsprechung als Eigentum im Sinne des Deliktsrechts des § 823 Abs. 1 BGB, also als ein Unterfall des gesetzlich geregelten Eigentums, anerkannt (RGZ 163, 21 (23); BGHZ 3, 270 (278 ff.); 98, 341 (351); st. Rspr.) und damit durch die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 GG geschützt (BGHZ 98, 341 (351); 111, 349 (355 f.); BVerwGE 67, 93 (96); dazu Papier 1994/2002, Rdn. 95 ff., 200; Schachtschneider 2005c, Umweltrecht 342 ff., Produktwarnung 187 ff.). Das Bundesverfassungsgericht hat den Schutz der Unternehmen durch die Eigentumsgewährleistung in seiner bisherigen Rechtsprechung jedoch offen gelassen (BVerfGE 45, 142 (173); 84, 212 (232)). Der Unternehmer gebraucht sein Unternehmen, also sein Eigentum, vor allem durch seine Tätigkeit am Markt, der auch durch seine unternehmerische Tätigkeit entsteht und besteht. Der Eigentumsgebrauch ist eigentumsgemäße Handlungsfreiheit, die ihren Grundrechtsschutz in der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG findet. Unternehmerisches Handeln ist spezifisch Eigentumsgebrauch. Das spezifische Grundrecht der Unternehmensfreiheit ist somit nicht die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG, sondern die Eigentumsgewährleistung des Art. 14 Abs. 1 und Abs. 2 GG. Wie das Eigentum ist demgemäß die unternehmerische Tätigkeit durch Privatheit ge-

kennzeichnet. Im eigentlichen Sinne gibt es keine Unternehmen des Staates, sondern allenfalls unternehmerische Verwaltungen des Staates. Eine Folge der Privatheit der Lebensbewältigung, welche vornehmlich durch die Eigentumsgewährleistung grundrechtlich geschützt ist, sind der Markt und der Wettbewerb (Leisner 1994, 712 ff.; Schachtschneider 1999, 780 ff.; ders., 2005, 10. Kap., V). Das Privatheitsprinzip der Grundrechte und im übrigen auch der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten des Binnenmarktes (Schachtschneider 2005a, 67 ff., 100 ff.) implizieren Markt und Wettbewerb. Grundrechtsgeschützt ist aber spezifisch das Privatheitsprinzip. Das Privatheitsprinzip gebietet nicht nur die Selbständigkeit jedes Menschen, sondern auch dessen Selbstverantwortung. Die Eigentumsgewährleistung hindert den Staat nicht daran, unternehmerische, also privatheitliche, Tätigkeiten zu unterbinden oder einzuschränken, wenn er gute Gründe für die staatliche Lebensbewältigung hat. Diese Gründe müssen eine verfassungsgesetzliche Rechtfertigung finden, die aber auch dem Sozialprinzip abgewonnen werden kann. Grundsätzlich gibt es aber einen Vorrang der Privatheit der Lebensbewältigung, auch Subsidiaritätsprinzip genannt, und damit eine grundrechtsvermittelte starke Sicherung von Markt und Wettbewerb, ohne daß letztere selbst Gegenstand des Grundrechtsschutzes sind. Das Bundesverfassungsgericht spricht zwar von einem Grundrecht auf Teilhabe am Wettbewerb (BVerfGE 105, 252 (265)), das Bundesverwaltungsgericht sogar von einer Wettbewerbsfreiheit (BVerwGE 30, 191 (198) u.ö.; auch Papier 1994, § 18, Rdn. 77 ff.), stellt diese aber zur Disposition der Gesetzgebung, im übrigen gestützt auf die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG (dazu Schachtschneider 2005c, Produktwarnung, 152 ff.).

Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Relevanz der Eigentumsgewährleistung des Art. 14 GG folgt bereits aus der Sozialisierungsklausel des Art. 15 GG, wonach „Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel“ „zum Zwecke der Vergesellschaftung durch ein Gesetz, das Art und Ausmaß der Entschädigung regelt, in Gemeineigentum oder in andere Form der Gemeinwirtschaft überführt werden können“. Diese Klausel, von der bisher nicht Gebrauch gemacht worden ist, gehört zur Eigentumsgewährleistung, wie sich schon darin erweist, daß die Sozialisierung nicht ohne Entschädigung erfolgen darf. Für die Entschädigung wird auf die Enteignungsentzündung des Art. 14 Abs. 3 GG verwiesen (Satz 2 des Art. 15 GG). Die Produktionsmittel sind die Unternehmen, jedenfalls des produzierenden Gewerbes. Streitig ist, ob auch die Banken und Versicherungen zu Produktionsmitteln im Sinne des Art. 15 GG gehören (vgl. Papier 1994, § 18, Rdn. 17). Art. 160 Abs. 2 BayVerf hat sie explizit als Sozialisierungsobjekte aufgeführt. Das ist nicht nur wegen des Wortlautes des Art. 15 GG abzulehnen, sondern auch, weil die Bank- und Versicherungsgeschäfte als solche keinen grundrechtlichen Schutz genießen, also abgesehen von dem schwachen Schutz durch die Kompetenzregelung des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG für ein „privatrechtliches Versicherungswesen“, staatlich bewerkstelligt werden könnten, so daß es keiner Sozialisierung von Banken und Versicherungen bedürfte, weil das Verbot derartiger Tätigkeiten ausreichen würde. Ein solches Verbot würde

freilich wegen des Privatheitsprinzips tragfähige verfassungsrechtliche Gründe voraussetzen. Die Sozialisierungsklausel zeigt, daß die Eigentumsgewährleistung nicht auf einen irgendwie definierten nichtwirtschaftlichen Bereich beschränkt werden kann, sondern die Unternehmen in allen ihren Erscheinungsformen schützt. Die Sozialisierungsklausel zeigt aber auch, daß das Grundgesetz auch eine sozialisierte Wirtschaftsordnung ermöglicht, die nicht marktlich und wettbewerblich ist, wegen des Privatheitsprinzips nicht ganz, aber doch teilweise (so Papier, 1994, § 18, Rdn. 17 f.).

Aus der Unternehmensfreiheit aufgrund der Eigentumsgewährleistung (Schachtschneider 2005c, Produktwarnung, 187 ff., Umweltschutz, 342 ff.) ergibt sich, daß die Wirtschaftsordnung nach dem Grundgesetz marktlich und wettbewerblich sein muß. Das Europäische Gemeinschaftsrecht kennt im übrigen ein Grundrecht der wirtschaftlichen Handelsfreiheit (EuGHE 1970, 1125 (1135 ff.); 1985, 531 (548)), das in der im Jahre 2000 in Nizza deklarierten Grundrechtscharta, die Teil II des Vertrages über eine Verfassung für Europa werden soll, als Unternehmensfreiheit aufgegriffen ist (Art. 16 EU-Grundrechtscharta, Art. II-76 Verfassungsvertrag).

#### **4.3 Berufsfreiheit**

Vielfach wird aus der (sogenannten) Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG die Gewerbefreiheit und damit eine Unternehmensfreiheit hergeleitet (BVerfGE 32, 311 (317); 71, 183 (189); i.d.S. BVerfGE 50, 290 (362 ff.); 97, 228 (253); Papier 1994, § 18, Rdn. 34 ff.; dazu kritisch Schachtschneider 2005c, Produktwarnung, 114 ff., Umweltschutz, 334 ff.). Der Berufsbegriff wird überaus weit definiert, nämlich als jede erlaubte Tätigkeit, die nicht nur vorübergehend ausgeübt wird, wenn diese darauf zielt, den Lebensunterhalt zu verdienen (BVerfGE 7, 377 (397 ff.); 97, 228 (252 f.); 105, 252 (264); st. Rspr.). Das erfaßt auch unternehmerische Tätigkeiten. Insbesondere gibt das Bundesverfassungsgericht auch Unternehmen in den unterschiedlichen Formen des Gesellschaftsrechts Grundrechtsschutz aus Art. 12 Abs. 1 GG gegen Gesetze mit berufsregelnder Tendenz (etwa BVerfGE 13, 181 (186); 96, 375 (397); st. Rspr.). Ein Beruf ist jedoch nur die in irgendeiner Art und Weise erlernte, also gekonnte Tätigkeit, die Profession, nicht auch das Gewerbe. Das Grundgesetz unterscheidet in Art. 55 Abs. 2 und Art. 66 zwischen dem Amt, dem Gewerbe, dem Beruf und dem auf Erwerb gerichteten Unternehmen. Das legt es nahe, dem Wortlaut des Grundrechts gemäß der tradierten Unterscheidung von Profession und Gewerbe zu folgen. Fraglos werden Berufe in Unternehmen ausgeübt und gibt es Berufe, die in Gewerbebetrieben wahrgenommen werden, aber das Grundrecht der Berufsfreiheit ist personalistisch und nicht kommerzialistisch zu konzipieren. Es ist für die Würde des Menschen von großer Bedeutung, daß er den Beruf seiner Wahl ausüben kann. In bestimmten Zusammenhängen können sich Unternehmen, soweit mit diesen Berufe ausgeübt werden, allerdings auf die Berufsausübungsfreiheit berufen. Berufe gibt es in jeder Wirtschaftsordnung. Ein Beruf darf nach ständiger Rechtsprechung nur ausgeübt werden, wenn die Tätigkeit erlaubt ist

(BVerfGE 7, 377 (397); 81, 70 (85); st. Rspr.). Der Gesetzgeber kann somit private Tätigkeiten unterbinden, etwa indem er einen Aufgabenbereich dem Staat überträgt. So war das lange Zeit für die Arbeitsvermittlung geregelt (vgl. BVerfGE 21, 245 ff.). Das Arbeitsvermittlungsmonopol ist erst 1991 am Europäischen Gerichtshof gescheitert (EuGHE 1991, I-1979 (Rdn. 16 ff.); 1997, I-7119 (Rdn. 17 ff.)). Aus der Berufsfreiheit läßt sich somit kein unternehmerisches Privatheitsprinzip herleiten. Folglich gibt die Berufsfreiheit wenig für die Wirtschaftsordnung her. Ein Markt- und Wettbewerbsprinzip findet in der Berufsfreiheit keine Stütze.

#### **4.4 Koalitionsfreiheit**

Die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG spricht gerade dadurch für die Markt- und Wettbewerblichkeit der grundgesetzlichen Wirtschaftsordnung, daß das markt-spezifische Wettbewerbsprinzip für den Arbeitsmarkt eingeschränkt wird. Die Koalitionsfreiheit gewährleistet das Recht, „zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen Vereinigungen zu bilden“ „für jedermann und für alle Berufe“. Diese Vereinigungen sind bekanntlich die Gewerkschaften und die Arbeitgeberverbände. Hier muß nicht geklärt werden, ob auch andere Vereinigungen, die ihre Wirtschaftsbedingungen wahren oder fördern wollen, wie etwa die Kassenärztlichen Vereinigungen, Schutz in diesem Grundrecht zu finden vermögen (dafür Schachtschneider/Emmerich-Fritsche 2002, 32 ff., 40 ff.). Die Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände sind in gewissem Sinne Kartelle, welche eine Erscheinung des Marktes und des Wettbewerbs sind. Diese finden hier grundrechtlichen Schutz. Das zeigt, daß es auch für die Arbeit einen Markt gibt, den das Grundgesetz allerdings entgegen dem Wettbewerbsprinzip zu vermachten erlaubt. Das Prinzip der Markt- und Wettbewerblichkeit findet in Art. 9 Abs. 3 GG immerhin eine mittelbare Bestätigung.

#### **4.5 Allgemeine Freiheit**

Neben der Eigentumsgewährleistung ist die wesentliche Rechtsgrundlage der Privatheit die allgemeine Freiheit oder die allgemeine Handlungsfreiheit (so BVerfGE 6, 32 (36 ff.); 97, 350 (377); st. Rspr.), welche Art. 2 Abs. 1 GG schützt. Die Privatheit ist keineswegs der ausschließliche Schutzgegenstand dieses Grundrechts, das die Freiheit des Menschen insgesamt schützt, also auch und vor allem die politische Freiheit (Schachtschneider 2000, 5. und 8. Kap.), aber die Persönlichkeit entfaltet der Mensch im Rahmen der allgemeinen Gesetze wesentlich in Privatheit. Jeder Mensch hat das Recht, seinen Weg des Glücks zu gehen, wenn er anderen nicht schadet. Die Gemeinverträglichkeit seines Handelns sichern die allgemeinen Gesetze als die Gesetze aller Bürger. Das Privatheitsprinzip ist wesentliche Rechtsgrundlage des Marktes und des Wettbewerbs. Demgemäß sieht das Bundesverfassungsgericht auch die „Freiheit des wirtschaftlichen Handelns“ (BVerfGE 8, 274 (328); 95, 267 (303); st. Rspr.), einschließlich der „unternehmerischen Dispositionsfreiheit“ (BVerfGE 95, 173 (188)) durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Die Unternehmensfrei-

heit ist wesentlich Vertragsfreiheit (BVerfGE 8, 274 (328); 95, 267 (303); st. Rspr.). Die Vertragsfreiheit ist ein Grundprinzip der Menschheit des Menschen (Schachtschneider 2000, 8. Kap., VIII). Ein Unternehmen kann man als die Einheit einer Menge von Möglichkeiten, insbesondere Rechten aus Gesetzen und Verträgen, definieren, die zu einem Zweck zusammengefaßt wird. Dieser Zweck ist regelmäßig, Gewinn zu erzielen. Demgemäß ist ein Unternehmen durch privatheitliches Handeln gekennzeichnet (Schachtschneider 2005, 8. Kap., VI.). Das Privatheitsprinzip, welches der privaten und damit unternehmerischen den Vorrang vor der staatlichen Lebensbewältigung einzuräumen gebietet, führt zu Markt und Wettbewerb, die sich allein schon aus der Vielfalt der Privaten und (gegebenenfalls) der Unternehmen ergeben.

**Ergebnis:**

Aus den Grundrechten, zumal aus dem Privatheitsprinzip derselben, folgt somit die Marktlichkeit und Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaftsordnung und somit verbunden mit dem Sozialprinzip der Wirtschaftsverfassung der marktlichen Sozialwirtschaft. Gabor Steingart spricht von dem „marktwirtschaftlichen Sozialstaat“ (2004, 154 f.).

## 5. Sorge des Staates für Markt und Wettbewerb

Das Gemeinwesen überläßt die Wirtschaft und damit einen wesentlichen Teil der Lebensbewältigung wegen des Privatheitsprinzips aus der Eigentumsgewährleistung, der allgemeinen Freiheit und den anderen Grundrechten Markt und Wettbewerb und vertraut auf deren Erfolg, weil die Erfahrung lehrt, daß eine marktliche und wettbewerbsfähige Wirtschaftsordnung, richtig verfaßt, erfolgreicher ist als andere Ordnungen. Der Staat gewährleistet nicht nur die Rechtsordnung, welche durch Rechtmäßigkeit die Friedlichkeit des privaten Handelns sichert, sondern kümmert sich um den bestmöglichen Erfolg der marktlichen und wettbewerbsfähigen Wirtschaft, wie ihm das das Sozialprinzip, welches ihm die Verantwortung für die wirtschaftliche Stabilität, ja den Wohlstand, überträgt, gebietet. Demgemäß stellt der Staat Marktordnungen und vor allem eine Wettbewerbsordnung, aber auch eine Arbeitsordnung neben vielen vor allem sicherheitspolitisch (polizeilich) veranlaßten Ordnungen bereit. Die Wettbewerbsordnung, die aus dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb und vor allem dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen besteht, ist um bestmöglichen Wettbewerb im Interesse bestmöglichen Erfolges der Wirtschaft bemüht. „Wohlstand für alle“ und „Wohlstand durch Wettbewerb“ gehören untrennbar zusammen, hat Ludwig Erhard gelehrt (2000, 9). Angesichts des Wechsels der wirtschaftlichen Verhältnisse, des Einflusses der inneren und äußeren Interessen, aber auch der mehr oder weniger irigen Ökonomik ist die Wettbewerbsordnung für den Wohlstand des Volkes förderlich oder hinderlich. Typisch wird die Wettbewerbsordnung stetig geändert, jüngst wegen gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben in den Jahren 2004 (UWG) und 2005 (GWB). Das Wettbewerbsrecht ist nicht nur für den

Erfolg der Wirtschaft bedeutsam, sondern neben anderen Ordnungen, vor allem der arbeitsrechtlichen Tarifordnung, für die Verteilung der Lebensmöglichkeiten, im Lande, in der Region und in der Welt. Eine marktliche und wettbewerbliche Wirtschaftsordnung muß die Verteilungsergebnisse dieser Ordnung respektieren (Schachtschneider 1999, 780 ff.; ders. 2005, 10. Kap., V.) und kann diese nur begrenzt nach den Prinzipien des Bedarfs und der Leistung, aber auch nach dem Erbrecht im Interesse der sozialen Gerechtigkeit ausgleichen (vgl. Lachmann 2004, 44). Die Verteilung der Lebensmöglichkeiten bestimmt sich nicht nach einem Gleichheitsprinzip, wenn auch die Ideologie der Gleichheit außerordentlich starke politische Wirkung entfaltet. Ein Egalitarismus ist mit dem Privatheitsprinzip unvereinbar (Kersting 2002/2005, 93 ff., 97 ff.; Schachtschneider 1974, 59). Der Egalitarismus führt im übrigen zum totalitären Staat, die Gefahr des internationalen Integrationismus.

## **6. Markt- und Wettbewerbswirtschaft der Europäischen Gemeinschaft**

Die Europäische Gemeinschaft, die im Gegensatz zum Grundgesetz dem Markt- und Wettbewerbsprinzip verpflichtet ist und das durch den Grundsatz des Art. 4 Abs. 1 und 2 EGV von der „offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb“ zum Ausdruck bringt, läßt der marktlichen Sozialwirtschaft, der Wirtschaftsverfassung Deutschlands, keine Chance. Trotz der sozialen Zielsetzung in Art. 2 EGV, die bei der Verwirklichung aller Politiken der Gemeinschaft zu berücksichtigen ist (EuGH 1963, 140 (153 f.); 1988, 1213 (Rdn. 24); st. Rspr.), trotz verschiedener Fonds, insbesondere des Sozial-, Regional-, Struktur- und Kohärenzfonds, und trotz begrenzter sozialpolitischer Befugnisse der Gemeinschaft aus Art. 136 ff. EGV hat das Sozialprinzip in der Europäischen Union keine Verwirklichungschance, wie die Entwicklung erweist. Zum einen kann die Gemeinschaft sozialpolitische Maßnahmen entweder nur im Verfahren der Mitentscheidung nach Art. 251 EGV beschließen, das mehr als schwerfällig ist, oder gar nur durch einstimmige Beschlüsse des Rates (Art. 137 Abs. 2 2. Uabs. EGV), ganz abgesehen davon, daß die sozialpolitischen Befugnisse eng zugeschnitten sind. Mehrheiten und gar die Einstimmigkeit im Rat sind angesichts der heterogenen Interessen der Mitgliedstaaten schwer erreichbar. Demgegenüber werden aber das Markt- und das Wettbewerbsprinzip mit aller Härte durchgesetzt, weil es Rechtsprinzipien sind, die zum einen unmittelbar und vorrangig von allen Behörden und Gerichten angewandt werden müssen (Schachtschneider/Emmerich-Fritsche 2005, § 5) und zum anderen der Europäische Gerichtshof die Grundfreiheiten, das Binnenmarktprinzip, aber auch die Wettbewerbsregeln wie das Beihilferecht extensiv im Sinne einer liberalen Markt- und Wettbewerbswirtschaft praktiziert (Schachtschneider 2005d, 2. Teil, B, f). Die Sozialwirtschaft, d.h. die Verantwortung des Staates für das gemeinsame gute Leben, also für Wirtschaft und Soziales, für den Wohlstand aller, gebietet die Einheit von Wirt-

schafts-, Währungs- und Sozialunion (Hankel u.a. 1998, 27 ff., 247 ff.; ders. 2005, 291 ff.; Harbrecht 1996, 49 ff., 64 ff.; Schachtschneider 2001a, 25 ff., 47 f.; i.d.S. auch Erhard 2000, 246 f.). Diese ist in der Europäischen Union auseinandergerissen. Die Gemeinschaft hat die alleinige Verantwortung für die Währung, die überwiegende Verantwortung für die Wirtschaft und nur eine marginale Verantwortung für das Soziale (W. Nölling 2001, 107 ff.). Das hat zur unvollständigen Staatlichkeit geführt, in der die soziale Verantwortung Not leidet. Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Union ist derzeit liberal. Die Wirtschaftsverfassung Deutschlands demgegenüber soll sozial sein. Die Wirklichkeit ist von der europäischen Integration bestimmt, das Recht in Deutschland vom Grundgesetz; denn das Sozialprinzip hat nicht nur höchsten, sondern unveränderlichen Rang in Deutschland. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts muß die Grenzen der Strukturprinzipien respektieren. Dazu gehört ausweislich Art. 23 Abs. 1 S. 1 GG das Sozialprinzip. Die marktliche Sozialwirtschaft, die Wirtschaftsverfassung Deutschlands nach der Verfassung der Menschheit des Menschen, aber auch nach dem Verfassungsgesetz, dem Grundgesetz, ist wieder herzustellen.

## Literatur

- Böhm F. (1960), Der Rechtsstaat und der soziale Wohlfahrtsstaat, in: E.-J. Mestmäcker, Franz Böhm, Reden und Schriften. Über die Ordnung einer freien Gesellschaft, einer freien Wirtschaft und über die Wiedergutmachung, Karlsruhe: Müller, 82 ff.
- Breuer R. (1989), Freiheit des Berufs, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI, Freiheitsrechte, § 147, Heidelberg: C. F. Müller, 877 ff.
- Erhard L. (2000), Wohlstand für alle, 1957, bearbeitet von W. Langer, Jubiläumsausgabe Düsseldorf: Econ
- Habermas J. (1996), Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt: Suhrkamp
- Hänsch H.-M. (2002), Gesamtwirtschaftliche Stabilität als Verfassungsprinzip. Die gesamtwirtschaftliche Stabilität der deutschen Wirtschaftsverfassung und die Europäische Währungsunion, Berlin: Duncker & Humblot
- Hankel W. (1970), Währungspolitik, Geldwertstabilisierung, Währungsintegration und Spärschutz, 2. Aufl. 1972, Stuttgart: Kohlhammer
- Hankel W. (1986), Die außenwirtschaftliche Absicherung der Globalsteuerung. Eine Amfortaswunde?, in: H. Körner/Ch. Uhlig (Hrsg.), *Die Zukunft der Globalsteuerung*, Karl Schiller zum 75. Geburtstag gewidmet, Bern/Stuttgart: Haupt, 229 ff.
- Hankel W./Nölling W./Schachtschneider K. A./Starbatty J. (1998), Die Euro-Klage. Warum die Währungsunion scheitern muß, Reinbek: Rowohlt
- Hankel 2005, Keynes und die Agenda 2010, in: L. F. Neumann/ H. Ronahn (Hrsg.), *Wirtschaftspolitik in offenen Demokratien*, Festschrift für Uwe Jens, Marburg: Metropolis, 291 ff.
- Hannich G (1999), Sprengstoff Geld: Wie das Kapitalsystem unsere Welt zerstört, 2. Aufl.
- Harbrecht W. (1996), Die soziale Marktwirtschaft und die europäische Integration. Wie sozial ist die Wirtschaftsordnung der EU?, in: W. Lachmann, *Erneuerung der Sozialen Marktwirtschaft – Chancen und Risiken*, Münster: LIT, 49 ff.
- Kant I. (MdS 1797/1798), Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Band 7, 1968, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft
- Kant I. (GrzMdS 1785/1786), Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, ed. Weischedel, Band 6, 1968, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft
- Kant I. (KpV 1788), Kritik der praktischen Vernunft, ed. Weischedel, Band 6, 1968, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft
- Kersting W. (2002/2005), Kritik der Gleichheit. Über die Grenzen der Gerechtigkeit und der Moral, Weilerswist: Velbrück
- Lachmann W. (1988), Ethik und soziale Marktwirtschaft, in: Aus Politik und Zeitgeschichte, B 17/88, Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung, 15 ff.

- Lachmann W. (2003), Volkswirtschaftslehre 1, 4. Aufl., Berlin: Springer
- Lachmann W. (2004), Volkswirtschaftslehre 2, 2. Aufl., Berlin: Springer
- Leisner W. (1982), Die Demokratische Anarchie. Verlust der Ordnung als Staatsprinzip?, Berlin: Duncker & Humblot
- Leisner W. (1996), Das Eigentum Privater – Grundpfeiler der sozialen Marktwirtschaft, 1994, in: ders. *Eigentum* (hrsg. v. J. Isensee), Berlin: Duncker & Humblot, 712 ff.
- Link Ch. (1990), Staatszwecke im Verfassungsstaat – nach 40 Jahren Grundgesetz, VVDStRL 48, Berlin: de Gruyter, 7 ff.
- Nipperdey H.-C. (1965), Soziale Marktwirtschaft, 3. Aufl., Köln/München: Heymann
- Nölling W. (2001), Euro – der Sozialstaatsbruch, in: Die Euro-Illusion. Ist Europa noch zu retten?, mit W. Hankel/K. A. Schachtschneider/J. Starbatty, Reinbek: Rowohlt, 107 ff.
- Papier H.-J. (1984), Art. 12 – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, DVBl. 810 f.
- Papier H.-J. (1994), Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl., § 18, Heidelberg: C. F. Müller, 799 ff.
- Papier H.-J. (1994/2002), Art. 14 GG, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, München: Beck
- Ringler J. (1997), Die europäische Sozialunion, Berlin: Duncker & Humblot
- Röpke W. (1958), Jenseits von Angebot und Nachfrage, Zürich: Erlenbach
- Rüstow A. (1961), Paläoliberalismus, Kommunismus und Neoliberalismus, in F. Greiß/F. W. Meyer (Hrsg.), *Wirtschaft, Gesellschaft und Kultur*, Festgabe für Alfred Müller-Armack, Berlin: Duncker & Humblot, 61 ff.
- Rupp H. H. (1997), Die Soziale Marktwirtschaft in ihrer Verfassungsbedeutung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. IX, Die Einheit Deutschlands - Festigung und Übergang, § 203, Heidelberg: C. F. Müller, 129 ff.
- Schachtschneider K. A. (1974), Das Sozialprinzip. Zu seiner Stellung im Verfassungssystem des Grundgesetzes, Bielefeld: Giesecking
- Schachtschneider K. A. (1986), Staatsunternehmen und Privatrecht. Kritik der Fiskustheorie, exemplifiziert an § 1 UWG, Berlin: de Gruyter
- Schachtschneider K. A. (1994), Res publica res populi. Grundlegung einer Allgemeinen Republiklehre, Berlin: Duncker & Humblot
- Schachtschneider K. A. (1999), Das Recht am und das Recht auf Eigentum, in: J. Isensee, H. Lecheler (Hrsg.), *Freiheit und Eigentum*, Festschrift für Walter Leisner, Berlin: Duncker & Humblot, 743 ff.
- Schachtschneider K. A. (2001), Recht auf Arbeit - Pflicht zur Arbeit, in: K. A. Schachtschneider u.a. (Hrsg.), *Transport - Wirtschaft - Recht*, Gedächtnisschrift für Johann Georg Helm, Berlin: Duncker & Humblot, 827 ff.

- Schachtschneider K. A. (2001a), Euro – der Rechtsbruch; Das Recht und die Pflicht zum Ausstieg aus der Währungsunion, in: Die Euro-Illusion. Ist Europa noch zu retten?, mit W. Hankel/W. Nölling/J. Starbatty, Reinbek: Rowohlt, 27 ff., 271 ff.
- Schachtschneider K. A. (2004), Flächentarife und die Soziale Frage, in: R. Krause/W. Veelken/K. Vieweg (Hrsg.), *Recht der Wirtschaft und der Arbeit in Europa*. Gedächtnisschrift für Wolfgang Blomeyer, Berlin: Duncker & Humblot, 245 ff.
- Schachtschneider K. A. (2005), Freiheit in der Republik, Manuskript, Nürnberg, i.E.
- Schachtschneider K. A. (2005a), Der Anspruch auf materiale Privatisierung. Exemplifiziert am staatlichen und kommunalen Vermessungswesen in Bayern, Berlin: Duncker & Humblot
- Schachtschneider K. A. (2005b), Prinzipien des Rechtsstaates, 6. Aufl., Nürnberg
- Schachtschneider K. A. (2005c), Fallstudien zum Öffentlichen Wirtschaftsrecht, 4. Aufl., Nürnberg
- Schachtschneider K. A. (2005d), Verfassungsklage Dr. P. Gauweiler gegen das Zustimmungsgesetz zum Vertrag über eine Verfassung für Europa vom 27. Mai 2005, Nürnberg
- Schachtschneider K. A. (2005e), Sittlichkeit und Moralität – Fundamente von Ethik und Politik in der Republik, 2004, in: ders., *Freiheit – Recht – Staat*, D. I. Siebold/A. Emmerich-Fritsche (Hrsg.), Berlin: Duncker & Humblot, 23 ff.
- Schachtschneider K. A. und Emmerich-Fritsche A. und Hankel W. (2002), Revolution der Krankenversicherung. Prinzipien, Thesen und Gesetz, Hamburg: Hanserbuch
- Schachtschneider K. A. und Emmerich-Fritsche A. (2005), Das Verhältnis des Europäischen Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht Deutschlands, in: dies., *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union*, § 5, Nürnberg, 100 ff.
- Schiller K. (1966), Preisstabilität durch globale Steuerung der Marktwirtschaft, Tübingen: Mohr
- Siebold D. I. (2003), Die Welthandelsorganisation und die Europäische Gemeinschaft. Ein Beitrag zur globalen wirtschaftlichen Integration, Berlin: Duncker & Humblot
- Starbatty J. (1976), Die Entzauberung der „Utopia“ – Zur Frage des Christlichen in der utopischen Ethik, in: Ch. Watrin/H. Willgerodt (Hrsg.), *Widersprüche der Kapitalismuskritik*, Festgabe für Alfred Müller-Armack zum 75. Geburtstag, Bern/Stuttgart: Haupt, 215 ff.
- Starbatty J. (1996), Soziale Marktwirtschaft als Forschungsgegenstand: Ein Literaturbericht, in: Ludwig-Erhard-Stiftung (Hrsg.), *Soziale Marktwirtschaft als historische Weichenstellung*. Bewertungen und Ausblicke. Eine Festschrift zum Hundertsten Geburtstag von Ludwig Erhard, Düsseldorf : ST-Verlag, 63 ff.
- Steingart G (2004), Deutschland. Der Abstieg eines Superstars, München: Piper

- Ulrich P. (2002), *Der entzauberte Markt. Eine wirtschaftsethische Orientierung*, Freiburg: Herder
- Zacher H. F. (1981), Sozialrecht und soziale Marktwirtschaft, in: W. Gitter (Hrsg.), *Im Dienst des Sozialrechts*, Festschrift für Georg Wannagat zum 65. Geburtstag, Köln: Heymann, 715 ff.
- Zacher H. F. (1987), Die soziale Zielsetzung, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band I, Grundlagen von Staat und Verfassung, § 25, Heidelberg: C. F. Müller, 1045 ff.