

## Kapitel 1

# Öffentliches Wirtschaftsrecht

## § 1 Wirtschaftspolitik, Wirtschaftsverwaltungsorganisation, Wirtschaftsförderung

Reiner Schmidt

### Übersicht

	Rdnr.		Rdnr.
<b>A. Verfassungsrechtliche Grundlagen des öffentlichen Wirtschaftsrechts</b>	1–53	3. Die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit (Art. 2 I GG)	39–41
I. Zur Geschichte des Wirtschaftsrechts	1– 5	<b>VI. Die Gestaltung der Wirtschaft durch Gesetzgeber, Regierung und Gerichte</b>	42–53
II. Öffentliches und privates Wirtschaftsrecht	6– 8	1. Der Gesetzgeber	42–44
III. Grundgesetz und „Wirtschaftsverfassung“	9–15	2. Die Regierung	45–48
1. Die „Wirtschaftsverfassung“ in der Staatsrechtslehre	10–11	3. Die Gerichte	49–53
2. Die „Wirtschaftsverfassung“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	12–13	<b>B. Die Organisation der Wirtschaftsverwaltung</b>	54–92
3. Das einzelne Bundesrecht als Prüfungsmaßstab	14	I. Verfassungsrechtliche Grundlagen	54–58
4. Der Rechtfertigungsbedarf für den Markteingriff	15	II. Die Bundesverwaltung	59–63
IV. Die Europäische Wirtschaftsverfassung	16–20	1. Die unmittelbare Bundesverwaltung	59–62
V. Einzelne Grundrechte	21–41	2. Die mittelbare Bundesverwaltung	63
1. Die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG)	22–31	III. Die Länderverwaltung	64–65
a) Die grundrechtlichen Gewährleistungen	25–26	IV. Die Selbstverwaltung der Wirtschaft	66–82
b) Die Eingriffsbefugnisse und ihre Grenzen	27–31	1. Allgemeines	66–68
2. Die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG)	32–38	2. Die Industrie- und Handelskammern	69–70
a) Die grundrechtlichen Gewährleistungen	34–35	3. Die Organisationen des Handwerks	71–76
b) Die Eingriffsbefugnisse und ihre Grenzen	36–38	a) Die Handwerkskammern	71–74
		b) Die Handwerksinnungen	75–76
		4. Die Kammern der freien Berufe	77–78
		5. Exkurs: Die Wirtschaftsverbände	79–82
		<b>V. Verwaltung in Privatrechtsform</b>	83–92
		1. Zulässigkeit	84–85
		2. Arten der Privatisierung	86
		3. Die Einbeziehung Privater in die Verwaltungspraxis	87–92

# 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

	Rdnr.		Rdnr.
a) Materielle Privatisierung durch Beleihung	87– 89	II. Rechtsgrundlagen der Subventionsvergabe	155–158
b) Funktionale Privatisierung durch Einsatz von Verwaltungshelfern	90– 91	1. Europäisches Gemeinschaftsrecht	156–157
c) Formale Privatisierung durch Gründung öffentlicher Unternehmen	92	2. Nationales Recht	158
<b>C. Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsaufsicht</b>	93–146	III. Gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Vorgaben für die Subventionsvergabe	159–171
I. Begriffliche Abgrenzung	93– 98	1. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben	159–164
II. Die Europäisierung der Wirtschaftspolitik	99–107	a) Grundsätzliches Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen	159–161
1. Die Vorgaben des EG-Vertrags	99–103	b) Das Beihilfekontrollverfahren	162–163
a) Bindung an „richtungweisende Grundsätze“	100	c) Rechtsschutz	164
b) Überwachung der Haushaltspolitik	101–102	2. Verfassungsrechtliche Vorgaben	165–171
c) Weitere Sicherungsmechanismen gegen übermäßige Defizite	103	a) Der Vorbehalt des Gesetzes	166–169
2. Der „Stabilitäts- und Wachstumspakt“	104–107	b) Materielle Verfassungsschranken	170–171
III. Die Konjunkturpolitik im nationalen Bereich	108–141	IV. Das Subventionsrechtsverhältnis	172–188
1. Allgemeines	108–110	1. Begründung durch Verwaltungsakt	173–174
2. Das finanzpolitische Instrumentarium des Stabilitätsgesetzes	111–114	a) Die einstufige Subventionsgewährung	173
3. Informationsinstrumente	115–118	b) Die zweistufige Subventionsgewährung	174
4. Die Koordinations- und Planungsinstrumente des Stabilitätsgesetzes	119–122	2. Begründung durch Verwaltungsvertrag	175
5. Die Geld- und Kreditpolitik in der Europäischen Währungsunion	123–141	3. Begründung durch privatrechtlichen Vertrag	176
a) Die Einführung des Euro durch das Gemeinschaftsrecht	123–125	4. Die Rückabwicklung des Subventionsrechtsverhältnisses	177–188
b) Das nationale Euro-Einführungsgesetz	126	a) Rückabwicklung bei Subventionsvergabe durch Verwaltungsakt	178–185
c) Das Europäische System der Zentralbanken	127–134	b) Rückabwicklung in sonstigen Fällen	186–188
d) Die Deutsche Bundesbank als nationale Zentralbank	135–141	V. Rechtsschutzfragen	189–193
IV. Die Wirtschaftsaufsicht	142–146	1. Positive Konkurrentenklage	190
1. Der Begriff der Wirtschaftsaufsicht	142–143	2. Negative Konkurrentenklage	191–193
2. Der Maßstab der Wirtschaftsaufsicht	144	<b>E. Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand</b>	194–211
3. Zwecke und Mittel der Wirtschaftsaufsicht	145–146	I. Die Errichtung öffentlicher und gemischtwirtschaftlicher Unternehmen	194–199
<b>D. Wirtschaftspolitik durch Subventionen</b>	147–193	II. Rechtliche Grenzen der Zulässigkeit eigenwirtschaftlicher Betätigung	200–211
I. Begriffliche und inhaltliche Abgrenzung	147–154	1. Gemeinschaftsrecht	201–202
1. Subvention und Beihilfe	148–152	2. Verfassungsrecht	203–206
2. Die Subventionsarten	153–154	a) Grundrechte	203
		b) Rechtsstaatsprinzip	204–205
		c) Bindung an die bundesstaatliche Kompetenzverteilung	206
		3. Haushaltsrechtliche Vorgaben	207
		4. Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen	208–210
		5. Wettbewerbsrechtliche Schranken	211

## Bibliographie

- Arndt, Hans-Wolfgang*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Steiner (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1999, Abschnitt VII., S. 783 ff.
- Badura, Peter*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl., 1999, 3. Abschnitt, S. 219 ff. (zitiert: Wirtschaftsverwaltungsrecht)
- Battis, Ulrich/Gusy, Christoph*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1983
- Berg, Wilfried*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, in: ders./Knemeyer/Papier/Steiner (Hrsg.), Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 6. Aufl., 1996, S. 537 ff.
- Brohm, Winfried*, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969
- Fikentscher, Wolfgang*, Wirtschaftsrecht, Bde. 1 und 2, 1983
- Frotscher, Werner*, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., 1999
- Huber, Ernst Rudolf*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., Bde. 1 und 2, 1953/54
- Jarass, Hans D.*, Wirtschaftsverwaltungsrecht mit Wirtschaftsverfassungsrecht, 3. Aufl., 1997 (zitiert: Bearbeiter, in: Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht)
- Papier, Hans Jürgen*, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, S. 799 (zitiert: Grundgesetz und Wirtschaftsordnung)
- ders.*, Fälle zum Wahlfach Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Aufl., 1984 (zitiert: Fälle zum Wirtschaftsverwaltungsrecht)
- Püttner, Günter*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1989
- Rinck, Gerd/Schwark, Eberhard*, Wirtschaftsrecht, 6. Aufl., 1986
- Rittner, Fritz*, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 1987
- Schmidt, Reiner*, Die staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 3, 1988, S. 92 ff. (zitiert: Staatliche Verantwortung).
- ders.*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990
- ders.* (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil, Bd. 1 und 2, 1995/96 (zitiert: Bearbeiter, in: Reiner Schmidt)
- ders.*, Kompendium Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1998 (zitiert: Bearbeiter, in: Reiner Schmidt, Kompendium)
- Steindorff, Ernst*, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1985.
- Stober, Rolf*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 11. Aufl., 1998
- ders.*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 11. Aufl., 1998
- ders.*, Handbuch des Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrechts, 1989 (zitiert: Handbuch)
- Tettinger, Peter*, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1980 (zitiert: Rechtsanwendung)
- Weimar, Robert/Schimikowski, Peter*, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, 1983
- Zacher Hans F.*, Bericht über das in der Bundesrepublik Deutschland geltende Wirtschaftsrecht, 1973

# A. Verfassungsrechtliche Grundlagen des öffentlichen Wirtschaftsrechts

## I. Zur Geschichte des Wirtschaftsrechts

Obwohl sich die Spuren des Wirtschaftsrechts über die mittelalterlichen Stadtrechte und die germanische Hauswirtschaft bis in die Antike zurückverfolgen lassen<sup>1</sup>, ist die Ausbildung eines besonderen rechtswissenschaftlichen Lehr- und Arbeitsgebietes „Wirtschaftsrecht“ jüngeren Datums<sup>2</sup>. Erst die zunehmenden staatlichen Einwirkun-

<sup>1</sup> *Fikentscher*, Bd. 2, S. 25 ff.

<sup>2</sup> Siehe etwa die Werke von *Goldschmidt*, Reichswirtschaftsrecht, 1923; *Hedemann*, Grundzüge des Wirtschaftsrechts, 1922 und *Nussbaum*, Das neue deutsche Wirtschaftsrecht, 1922. Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Hedemann*, Das Wirtschaftsrecht, Rückblick und Abschied, in: *Dietz u. a.* (Hrsg.), Fest-

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

gen auf das Wirtschaftsleben im letzten Drittel des 19. Jahrhunderts und die Aufarbeitung der Kriegs- und Nachkriegswirtschaft des Ersten Weltkrieges führten nämlich zu jener intensiven wissenschaftlichen Beschäftigung mit den rechtlichen Regelungen des Wirtschaftsgeschehens, in deren Verlauf sich das (moderne) Wirtschaftsrecht als selbstständiges Rechtsgebiet herausbildete. Die wirtschaftsverfassungsgeschichtlichen Traditionen reichen allerdings weiter zurück:

- 2 Frühe Ansätze zu zentraler und planmäßiger Ordnung der Wirtschaft finden sich bereits im Merkantilismus, der die älteren kleinräumigen Naturalwirtschaften des mittelalterlichen Gemeinwesens ablöste. Der Kameralismus, die deutsche Erscheinungsform des Merkantilismus, war aber keine in sich geschlossene Wirtschaftstheorie, sondern die Summe einzelner wirtschaftlicher Grundsätze, Empfehlungen und Maßnahmen, pragmatische „Wirtschaftspolitik“, die in den großräumigeren Territorialwirtschaften im Dienst des monarchischen Autarkie- und Machtstrebens stand. Er enthielt damit zwangsläufig auch zentralistische Elemente und eine starke Ausrichtung auf den Landesherrn, der seine Herrschaftsgewalt und die allgemeine Wohlfahrt durch protektionistische Maßnahmen nach außen (z. B. Einfuhrbeschränkungen) und durch Reglementierungen nach innen (z. B. Erlaubnispflichten, Subventionierungen, Monopolvergabe) zu sichern und zu stärken suchte.
- 3 Das merkantilistische Denken wurde durch die Ideen der Aufklärung und des Liberalismus von Grund auf in Frage gestellt. Sie zielten auf eine Zurückdrängung der „Wirksamkeit des Staates“<sup>3</sup> und waren darauf gerichtet, das Individuum von der bevormundenden fürstlichen Fürsorge, den hoheitlichen Dirigismen sowie den korporativen Bindungen des überkommenen Ordnungsgefüges möglichst zu befreien. Entscheidende wirtschaftsrechtliche Daten der Zeit waren der Erlaß des preußischen Gewerbesteueredikts von 1810, die Konstituierung der Gewerbefreiheit und damit auch des Gewerbepolizeirechts in Preußen mit der allgemeinen Gewerbeordnung vom Januar 1845, an der sich die spätere Gewerbeordnung des Norddeutschen Bundes vom Juni 1869 orientierte und die Gründung des Deutschen Zollvereins von 1834<sup>4</sup>; außerdem war mit der Positivierung von Grundrechten ein wesentlicher Schritt zur Unterscheidung von Staat und Gesellschaft getan. Wichtige Impulse für diese Rechtsentwicklung gingen unter anderem von der klassischen Nationalökonomie aus<sup>5</sup>, deren

---

schrift A. Hueck, 1959, S. 377 ff. Zur Wirtschaftsgeschichte allgemein siehe Hardach, Wirtschaftsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert, 1979; Hausserr, Wirtschaftsgeschichte der Neuzeit, 1981; Kellenbenz, Deutsche Wirtschaftsgeschichte, Bde. 1 und 2, 1977/81 und Zorn, Wirtschaftsgeschichte, in: HdWW, Bd. 9, 1982, S. 55 ff. m. w. N. Zur Geschichte des Wirtschaftsrechts vgl. Piepenbrock, Der Gedanke eines Wirtschaftsrechts in der neuzeitlichen Literatur bis zum Ersten Weltkrieg, 1964. Und zur Geschichte des Wirtschaftsverwaltung im allgemeinen und einzelner Zweige der Wirtschaftsverwaltung im besonderen siehe die einschlägigen Beiträge in Jeserich/Pohl/v. Unruh, Deutsche Verwaltungsgeschichte, Bde. 1 bis 6, 1983/88.

3 Vgl. Wilhelm v. Humboldt, Ideen zu einem Versuch, die Grenzen der Wirksamkeit des Staats zu bestimmen, 1851.

4 Vgl. Koselleck, Preußen zwischen Reform und Revolution, 1981.

5 Epochenmachend war vor allem das 1776 erschienene Werk von Adam Smith, An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations. Vom vernunftrechtlichen Naturrecht bestimmt, sah Smith die Antriebskraft für den Wohlstand im natürlichen Bestreben des Einzelnen, seine wirtschaftliche Situation zu verbessern, der damit, geleitet von einer „invisible hand“, notwendigerweise zur allgemeinen Wohlfahrt beitrage.

individualistische Wirtschaftsphilosophie eine liberale Wirtschaftspolitik gründete; die wirtschaftsliberalen Vorstellungen standen allerdings selbst in ihrer Blütezeit in Konkurrenz zur alten Wohlfahrtsidee und konnten deshalb die Wirtschaftspraxis insgesamt nur für einen eher kurzen Zeitraum maßgebend bestimmen. Mit dem Übergang zur Schutzzollpolitik (ab 1878/79) und der zunehmenden staatlichen Einflußnahme auf das Wirtschaftsleben im letzten Jahrhundertdrittel war dann die Wende zum schützenden und ordnenden Wirtschaftsstaat vollzogen. Das ohnehin zu keinem Zeitpunkt vollständig verwirklichte System des reinen Wirtschaftsliberalismus hatte damit eine deutliche staatsinterventionistische Einfärbung erhalten.

Weitgehend verabschiedet wurden die klassischen wirtschaftsliberalen Ordnungsprinzipien mit der Kriegswirtschaft des Ersten Weltkrieges, die eine zentrale Steuerung nahezu aller Wirtschaftssektoren und -kapazitäten erforderlich machte und zu einer Ausrichtung der Wirtschaftstätigkeit auf den Staat nötigte. Den „normativen Auftakt“ für das auf die Kriegsbedürfnisse zugeschnittene neue Wirtschaftsrecht bildeten sechzehn im August 1914 erlassene sog. „Reichswirtschaftsgesetze“<sup>6</sup>. Sie enthielten unter anderem die Ermächtigung an den Bundesrat, während „des Krieges diejenigen gesetzlichen Maßnahmen anzuordnen, welche sich zur Abhilfe wirtschaftlicher Störungen als notwendig erweisen“. Darin hat man zeitweise den „Geburtstag des modernen Wirtschaftsrechts“<sup>7</sup> gesehen, was allerdings wegen der weiter zurückreichenden wirtschaftsverfassungsgeschichtlichen Wurzeln zu einseitig ist. Immerhin hat das Kriegswirtschaftsrecht aber zahlreiche Handlungs- und Organisationsformen hervorgebracht, die nach dem Kriegsende zum Teil einen gewissen Vorbildcharakter für sozialistische Forderungen nach der künftigen Wirtschaftsgestaltung hatten und in späteren Krisenzeiten neu belebt wurden.

Die Weimarer Verfassung<sup>8</sup> versuchte die gegenläufigen liberal-konservativen, kapitalistischen, sozialreformerischen und sozialistischen Ordnungsvorstellungen der Nachkriegszeit in einem eigenen Abschnitt über das Wirtschaftsleben (Art. 151 bis 165 WRV) zu verbinden. In ihm finden sich klassisch-liberale Grundrechte wie die Vertragsfreiheit und die Garantie des Privateigentums, zugleich jedoch auch die Befugnis zur entschädigungslosen Enteignung (Art. 153 II 2 WRV); ein in Art. 165 WRV vorgesehener Reichswirtschaftsrat, mit dem rätestaatliche Vorstellungen aufgenommen worden waren, blieb weitgehend funktionslos. Die einfach-rechtliche Ausgestaltung der Wirtschaftsordnung orientierte sich in weiten Teilbereichen zwar grundsätzlich an der Vorkriegswirtschaft, ist aber gleichwohl durch ein starkes Anwachsen der staatlichen Einwirkungen auf die Privatwirtschaft gekennzeichnet – so z. B. durch Preisprüfungen, Preisregulierungen und Branchenüberwachung. Durch die Quantität dieser Einwirkungen wurde die Qualität der Ordnung des Verhältnisses von Staat und Wirtschaft verändert. Spätestens jetzt hatte die Wirtschaftsordnung nun auch in Friedenszeiten endgültig ein anderes Gesicht bekommen, was zusammen mit der Aufarbeitung der Kriegswirtschaft einen wesentlichen Beitrag zur Verselbständigung des „Wirt-

6 Gesetz vom 4. 8. 1914 (RGBl. 327).

7 So *Rinck*, Wirtschaftsrecht, 1977, S. 10; differenzierter jetzt die Neuauflage von *Rinck/Schwark*, S. 2: Geburtsstunde eines interventionistisch geprägten Wirtschaftsrechts.

8 RGBl. 1919, 1383.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

schaftsrechts“ als Rechts-, Lehr-, Forschungs- und Arbeitsgebiet leistete. Nach der Zeit des Nationalsozialismus<sup>9</sup> knüpfte das frühe Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland an diese Tradition an.

## II. Öffentliches und privates Wirtschaftsrecht

- 6 Ungeachtet dieser mittlerweile jahrzehntelangen Tradition entwickelte sich in der Fachwelt über die Zuordnung von Normen zu einem besonderen Rechtsgebiet „Wirtschaftsrecht“<sup>10</sup> und über die Aussonderung eines „öffentlichen Wirtschaftsrechts“<sup>11</sup> nur zögernd Konsens. Das liegt vor allem auch an der Unbestimmtheit des Gegenstands Wirtschaft. Manche Autoren lehnen es deshalb ab, auf die Wirtschaft als sachlichen Gegenstand des Wirtschaftsrechts abzustellen<sup>12</sup>. Eine nähere Bestimmung des Gegenstands Wirtschaft ist aber möglich und unverzichtbar. Auch die anderen gebräuchlichen Abgrenzungskriterien wie etwa die Wirtschaftsbezogenheit der einschlägigen Normen, ihre Wirtschaftsrelevanz und ihre Ausrichtung auf die gesamtwirtschaftliche Richtigkeit<sup>13</sup> müssen nämlich einen Sachbereich „Wirtschaft“ näher bestimmen. Dieser kann nicht, wie dies teilweise in der älteren Literatur geschah, auf einzelne Funktionen oder einzelne Bereiche des Wirtschaftens verengt werden, etwa auf die Produktion, auf wirtschaftliche Institutionen (Wirtschaftsrecht als Unternehmensrecht) oder auf partielle wirtschaftspolitische Ziele wie die Lösung von Konflikten zwischen Unternehmen und Arbeitnehmern<sup>14</sup>. Statt dessen ist auf den von der Volkswirtschaftslehre gemeinten Lebensbereich „Wirtschaften“ insgesamt abzustellen, also auf die Tätigkeit, welche der Versorgung der Menschen mit knappen Gütern und Dienstleistungen dient<sup>15</sup>. Einen Hinweis, ohne allerdings eine Definition zu liefern, gibt auch die Verfassung mit der Kompetenzbestimmung des Art. 74 Nr. 11 GG. Das Recht der Wirtschaft ist nicht auf den dort zu findenden Klammerzusatz (Bergbau, Industrie, Energiewirtschaft usw.) beschränkt, sondern es erfaßt alle Vorschriften, die sich auf die Erzeugung, Herstellung und Verteilung von Gütern beziehen ebenso wie alle normativen wirtschaftslenkenden und konjunkturpolitischen Maßnahmen<sup>16</sup>.

---

9 Zum Nationalsozialismus vgl. *Grawert*, Die nationalsozialistische Herrschaft, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdbStR, Bd. 1, 1987, S. 143 ff.; zur Aufbauphase *Stolleis*, Besatzungsherrschaft und Wiederaufbau deutscher Staatlichkeit 1945–1949, in: *Isensee/Kirchhof*, aaO, S. 173 ff.

10 Zu den zahlreichen Versuchen der begrifflichen Erfassung eines (öffentlichen) Wirtschaftsrechts vgl. *Brohm*, DÖV 1979, 18 (24 ff.).

11 Vgl. *Battis/Gusy*, S. 1 ff.; *Jarass*, in: *ders.*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., 1997, § 1, Rn. 16 ff.; *Rinck/Schwark*, S. 6 ff.; *Rittner*, S. 12 ff.; *Weimar/Schimikowski*, S. 1 ff.

12 Vgl. z. B. *Schwark*, Anlegerschutz durch Wirtschaftsrecht, 1979, S. 68.

13 Zu diesen einzelnen Kriterien vgl. *Brohm* (Fn. 10), S. 23 ff.; *Fikentscher*, Bd. 1, S. 1, S. 15 ff.; *Rittner*, S. 12; *Rinck/Schwark*, S. 4. Nach *Steindorff* (S. 5) beruht die Eigenständigkeit des Rechtsgebiets Wirtschaftsrecht in seiner besonderen Steuerungsaufgabe.

14 So aber noch *Huber*, Bd. 1, S. 10 ff.

15 Diese Definition der Wirtschaft findet sich etwa bei *Heinz J. Müller/Dietrichs*, Stichwort „Wirtschaft“, in: Staatslexikon, Bd. 8, 1983, Sp. 718.

16 Für eine weite Auslegung des Art. 74 Nr. 11 GG in st. Rspr. das Bundesverfassungsgericht, vgl. BVerfGE 5, 25 (28 f.); 28, 119 (146); 29, 402 (409); 55, 274 (308 f.) und 68, 319 (330). Einschränkend *Kunig*, JR 1986, 491 ff.

„Wirtschaftsrecht“ als Oberbegriff umfaßt die Summe der Rechtsregeln, die für das Wirtschaften bedeutsam sind. Da „Wirtschaften“ von Normen jeder Qualität bestimmt werden kann, ist unter „Rechtsregel“ von der Verfassungsnorm über einfache Gesetze und kommunale Satzungen bis hin zur richterlichen und staatlichen Entscheidung<sup>17</sup> jede Rechtsquelle zu verstehen. Wirtschaftsrecht findet sich im öffentlichen und im privaten Recht. Zwischen öffentlichem und privatem Wirtschaftsrecht kann am Maßstab herkömmlicher Kriterien abgegrenzt werden. 7

Zum öffentlichen Wirtschaftsrecht sind die Rechtssätze zu zählen, die das Wirtschaften regulieren **und** die dem Staat oder anderen Trägern öffentlicher Gewalt zugeordnet sind. Die Gesetzesmaterie des öffentlichen Wirtschaftsrechts gliedert sich in ein Wirtschaftsverfassungsrecht und ein Wirtschaftsverwaltungsrecht<sup>18</sup>. Demgegenüber zählen zum privaten Wirtschaftsrecht das Wettbewerbs- und das Kartellrecht, das Handels- und Gesellschaftsrecht und das Arbeitsrecht, wenngleich sich letztere als eigene Lehr- und Forschungsgebiete verselbständigen haben. 8

### III. Grundgesetz und „Wirtschaftsverfassung“

Der Begriff der Wirtschaftsverfassung wird allgemein verstanden als „die Summe der verfassungsrechtlichen Gestaltungselemente der Wirtschaft“<sup>19</sup>. Gerade weil das Grundgesetz im Gegensatz zur Weimarer Verfassung im Bereich „Wirtschaft“ sehr allgemein bleibt, war und ist umstritten, ob es eine grundsätzliche normative Entscheidung für ein bestimmtes Wirtschaftssystem in der Bundesrepublik Deutschland gibt<sup>20</sup>. 9

#### 1. Die „Wirtschaftsverfassung“ in der Staatsrechtslehre

Während der Aufbauphase der Bundesrepublik war der Streit um die „Wirtschaftsverfassung“ besonders heftig. Insbesondere die Schrift „Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz“ von *Nipperdey*<sup>21</sup> wurde so verstanden, als habe sich das Grundgesetz mit einem bestimmten Wirtschaftssystem, nämlich dem der sozialen Marktwirtschaft, identifiziert. Diese Ansicht, mit der dem Grundgesetz eine Systemgarantie für ein bestimmtes soziales Modell unterschoben wird, vermochte sich schon deshalb nicht 10

17 *Rinck/Schwark*, S. 12.

18 *Jarass* (Fn. 11), Rn. 25 stellt für das Wirtschaftsverwaltungsrecht darauf ab, ob staatliche Einwirkung durch Behörden „vermittelt“ wird und bezieht auch privatrechtliche Problemkreise mit ein.

19 *Reiner Schmidt*, in: *ders.*, Kompendium, § 2, Rn. 1. In der Literatur wird nicht immer deutlich genug gemacht, ob unter „Wirtschaftsverfassung“ ein tatsächlicher Zustand des Wirtschaftslebens, ein idealtypisches Wirtschaftssystem oder ein normatives Gefüge verstanden wird. Teilweise wird auch mit einem weiten, einfaches Gesetzesrecht mit einbeziehenden Begriff gearbeitet. Vgl. *Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 18.

20 Zum Streit um die Wirtschaftsverfassung vgl. aus der Literatur *Badura*, JuS 1976, 205 ff.; *Ehmke*, Wirtschaft und Verfassung, 1961, S. 7 ff.; *Hablitzel*, BayVBl. 1981, 65 ff., 100 ff.; *Müller-Graff*, Unternehmensinvestitionen und Investitionssteuerung im Marktrecht, 1984, S. 246 ff.; *Reiner Schmidt*, Wirtschaftspolitik und Verfassung, 1971, S. 128 ff. und *H.F. Zacher*, in: Festschrift für *Franz Böhm*, 1965, S. 63 ff.

21 *Nipperdey*, Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 1965.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

durchzusetzen, weil dieses Modell selbst zu unbestimmt ist. Bis heute kann die Wirtschaftswissenschaft nämlich nicht trennscharf zwischen den für die Marktwirtschaft zentralen Begriffen „marktkonform“ und „marktinkonform“ unterscheiden<sup>22</sup>. Eben- sowenig erfolgreich war die Auffassung, der Staat sei zu strikter Systemneutralität ver- pflichtet<sup>23</sup>. Das Grundgesetz enthält zu viele wirtschaftsgestaltende Vorgaben<sup>24</sup>, um ihm ein Abstinenzgebot entnehmen zu können.

- 11 Auch die Belegung der Debatte um die Wirtschaftsverfassung, die mit der Änderung des Art. 109 GG im Jahre 1967 einsetzte, erbrachte keine wesentlich neuen Erkennt- nisse zum Verhältnis Grundgesetz und Wirtschaftssystem. Neu war allerdings die Bin- dung der Haushaltswirtschaft von Bund und Ländern an die Erfordernisse des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ und dessen Instrumentalisierung durch das Stabilitäts- und Wachstumsgesetz. Daraus eine „Wirtschaftsverfassung der globalge- steuerten Marktwirtschaft“<sup>25</sup> ableiten zu wollen, hieße jedoch die Bedeutung der Ver- fassungsänderung zu überschätzen<sup>26</sup>.

## 2. Die „Wirtschaftsverfassung“ in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

- 12 Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts steht die wirtschaftspolitische Pro- grammatik unter dem Prinzip der „Neutralität des Grundgesetzes“. Der Begriff „Neu- tralität“ ist mißverständlich, weil er zu einer Unterschätzung der Bedeutung des Grundgesetzes für die Wirtschaft verleitet. Er findet sich bereits im Urteil zum Investitionshilfegesetz aus dem Jahr 1954<sup>27</sup>, in dem festgestellt wurde, daß sich der Verfas- sungsgeber nicht ausdrücklich für ein bestimmtes Wirtschaftssystem entschieden habe. Der Gesetzgeber könne vielmehr die ihm jeweils sachgemäß erscheinende Wirt- schaftspolitik verfolgen. Dieses Leitmotiv variiert das Gericht in ständiger Rechtspre- chung bis zum Mitbestimmungsurteil im Jahr 1979<sup>28</sup> nur unwesentlich<sup>29</sup>. Der grund- sätzlichen wirtschaftspolitischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers werden jeweils die verfassungsrechtlichen Bindungen gegenüber gestellt. Gebunden sei der Gesetzge- ber insbesondere an die Grundrechte. Wirtschaftslenkende Gesetze müßten ferner durch das öffentliche Interesse geboten sein und dürften nicht willkürlich die schutz- würdigen Interessen anderer vernachlässigen<sup>30</sup>. Insofern ist das Grundgesetz nur von „relativer Offenheit“<sup>31</sup>.

22 Vgl. statt vieler *Blum*, Marktwirtschaft, soziale, in: HdWW, Bd. 5, 1980, S. 153 ff.

23 So aber *Krüger*, DVBl. 1951, 361 (367).

24 Vgl. *Stober*, Allgemeines Wirtschaftsverwaltungsrecht, 11. Aufl., 1998, S. 68 f.

25 *Zuck*, BB 1967, 805 (807).

26 *Reiner Schmidt* (Fn. 20), S. 136 ff. (143).

27 BVerfGE 4, 7.

28 BVerfGE 50, 290.

29 Zur Rspr. des BVerfG, welche die Gesamtentscheidung des Verfassungsgebers für ein Wirtschaftssy- stem deutlich ablehnt, vgl. BVerfGE 4, 7 (17 f., Investitionshilfe); 7, 377 (400, Apotheken); 50, 290 (338, Mitbestimmung). Zur wirtschaftspolitischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers vgl. auch BVerfGE 25, 1 (19 f., Mühlen) und BVerfGE 30, 292 (317, 319, Erdölbevorratung).

30 BVerfGE 50, 290 (338, Mitbestimmung).

31 *Reiner Schmidt*, in: *ders.*, Kompendium, § 2, Rn. 5.



Der Gestaltungsspielraum des wirtschaftspolitischen Gesetzgebers wird insbesondere durch die bundesstaatliche Kompetenzverteilung, den sozialstaatlichen Auftrag, die rechtsstaatlichen Verfassungsgrundsätze und die grundrechtlichen Gewährleistungen begrenzt. Für irrelevant hält das Gericht dagegen die Übereinstimmung mit der bisherigen Wirtschafts- und Sozialordnung; auch auf die Wettbewerbsneutralität einer Maßnahme komme es nicht an<sup>32</sup>. 13

### 3. Das einzelne Grundrecht als Prüfungsmaßstab

Der Schwerpunkt der Auseinandersetzung um die „Wirtschaftsverfassung“ hat sich auf die Frage nach dem Maßstab für die Beurteilung wirtschaftspolitischer Gesetzgebung verlagert. Das Bundesverfassungsgericht stellt dabei auf „diejenigen Einzelgrundrechte (ab), welche die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und Grenzen der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers ... markieren“<sup>33</sup>. Damit wird die Bedeutung der jeweiligen Sachmaterie als die Interpretation leitender Gesichtspunkt betont und gleichzeitig die Vorstellung von einem die Grundrechte überhöhenden System abgelehnt. 14

### 4. Der Rechtfertigungsbedarf für den Markteingriff

Das Bundesverfassungsgericht stellt Einschränkungen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit unter den Vorbehalt überwiegender Gründe des Gemeinwohls<sup>34</sup>. Werden wirtschaftslenkende Maßnahmen zur Bewältigung von Krisen notwendig, dann sind diese nach ihrer Zweckerfüllung wieder aufzuheben. Für das Gericht gibt es trotz der wiederholten Ablehnung einer Systemgarantie doch einen „grundsätzlich freien Wettbewerb der als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt auftretenden Unternehmer“ als Grundprinzip<sup>35</sup>. Wenn das Gericht von einer „bestehenden Wirtschaftsverfassung“ spricht, dann wird dies allerdings nur in Verbindung mit dem jeweils herangezogenen Freiheitsrecht wie z. B. der Berufsausübung (Art. 12 I GG) verständlich. Aus dem Freiheitsgehalt und dem Schutzbereich des jeweiligen Wirtschaftsgrundrechts wird ein Rechtfertigungsgebot abgeleitet, dem sich der Gesetzgeber zu stellen hat. Für das Gericht ist die Wirtschaft „grundsätzlich marktwirtschaftlich“<sup>36</sup> geordnet, die Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung geht vor<sup>37</sup>. Ein „angemessener Spielraum zur Entfaltung der Unternehmerinitiative“ wird sogar für unantastbar gehalten<sup>38</sup>. Die Ablehnung einer Systemgarantie für die soziale Marktwirtschaft durch das Bundesverfassungsgericht darf nicht vergessen lassen, daß gesetzgeberisches Handeln im Bereich 15

32 BVerfGE 12, 341 (347, Umsatzsteuer). Zur Rspr. des BVerfG in bezug auf die verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gestaltung vgl. *Badura*, AöR 92 (1967), 382 ff. und *Papier*, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, Rn. 23 ff.

33 BVerfGE 50, 290 (336, Mitbestimmung).

34 BVerfGE 18, 315 (327).

35 BVerfGE 32, 305 (317).

36 BVerfGE 30, 292 (312); 38, 348 (361).

37 Vgl. BVerfGE 25, 1 (22); 50, 290 (366).

38 BVerfGE 29, 260 (267); 50, 290 (366).

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

der Wirtschaft als Eingriff in einen an sich freien Markt gewertet wird. Durch das vom Gericht zugrundegelegte Regel-Ausnahme-Verhältnis wird interventionistisches Handeln einem Legitimationsdruck ausgesetzt<sup>39</sup>. Der Einführung einer Investitionslenkung wären deshalb durch die einschlägigen Grundrechte engere verfassungsrechtliche Grenzen gezogen als dies die Neutralitätsthese des Bundesverfassungsgerichts vermuten läßt<sup>40</sup>.

### IV. Die Europäische Wirtschaftsverfassung

- 16 Die Frage nach der Wirtschaftsverfassung stellt sich nicht nur auf nationaler, sondern aufgrund der zunehmenden Europäisierung der Wirtschaft auch auf europäischer Ebene<sup>41</sup>. Da dem Gründungsvertrag der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, dem EWG-Vertrag (jetzt EGV), zumindest bei materieller Betrachtungsweise Verfassungscharakter zugesprochen wird<sup>42</sup>, sind vorrangig diesem Aussagen über die Europäische Wirtschaftsverfassung zu entnehmen, zumal die Europäische Union trotz der Ausweitung ihres Tätigkeitsbereichs dem Wesen nach eine Wirtschaftsgemeinschaft bleibt<sup>43</sup>.
- 17 Im Gegensatz zum Grundgesetz verpflichtet der EGV die Mitgliedstaaten auf eine koordinierte Wirtschaftspolitik mit freiem Wettbewerb (Art. 4 I EGV)<sup>44</sup>. Damit beruht die EU auf dem liberalen Konzept einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsverfassung. Dazu steht nicht im Widerspruch, daß der EGV teilweise interventionistische Instru-

39 Näheres bei *Reiner Schmidt*, Staatliche Verantwortung, S. 99 f.

40 In den siebziger Jahren wurden die verschiedensten Modelle diskutiert, ein Investitionsabgaben-, Branchenausschuß-, und Bedarfsrangskalamodell; auch war ein Bundesentwicklungsplan im Gespräch. Vgl. *Wiegel*, Verfassungsrechtliche Probleme einer staatlichen Investitionslenkung, 1982, S. 76. Zum ganzen auch *Müller-Graff* (Fn. 20), S. 137 ff. und *Bäumler*, Staatliche Investitionsplanung unter dem Grundgesetz, 1980, S. 3 ff.

41 Vgl. hierzu bereits *Scherer*, Die Wirtschaftsverfassung der EWG, 1970; *Zuleeg*, in: *Dürr u. a.* (Hrsg.), Wirtschafts- und gesellschaftspolitische Ordnungsprobleme der Europäischen Gemeinschaften, 1978, S. 73 ff. sowie aus jüngster Zeit *Mestmäcker*, Die Wirtschaftsverfassung in der Europäischen Union, 1993; *Nicolaysen*, Europarecht II, Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt, 1996, S. 317 ff.; *Petersmann*, EuZW 1993, 593 ff. Zum Begriff der Wirtschaftsverfassung siehe auch *Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 17 ff.; *Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 1992, S. 6 ff.; *Behrens*, in: *Brüggemeier* (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, 1994, S. 73 ff., jew. m. w. N.

42 Der EG-Vertrag wird als „Gemeinschaftsverfassung“ bezeichnet in *EuGH*, Gutachten 1/91, Slg. 1991, I-6079 (I-6102, Tz. 21); näher dazu *von Bogdandy*, in: *von Danwitz u. a.* (Hrsg.), Auf dem Wege zu einer europäischen Staatlichkeit, 1993, S. 9 (24 ff.); *Heintzen*, EuR 1997, 1 ff.; *Kahl*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 1, Rn. 1; *Rhinow/Schmid/Biaggini*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 1998, § 10, Rn. 2; *Schilling*, StWStP 7 (1996), S. 387 ff.; *Reiner Schmidt*, Die Verwaltung 28 (1995), S. 281 (286 f.). Krit. *A. Schmitt Glaeser*, Grundgesetz und Europarecht als Elemente Europäischen Verfassungsrechts, 1996, S. 48 ff.

43 BVerfGE 89, 155 (190, Maastricht); so auch *Stober* (Fn. 24), S. 73 ff.

44 = Art. 3a a. F. In diesem Sinne *Badura*, ZGR 1997, 291 (294); *Basedow*, in: FS *Everling*, Bd. 1, 1995, S. 49 (68); *Kahl*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 1, Rn. 3; *Petersmann*, EuZW 1993, 593 (594); *Reiner Schmidt*, Die Verwaltung 28 (1995), S. 281 (288); *Stober*, BB 1996, 1845 (1847); a. A. *Behrens*, in: *Brüggemeier* (Hrsg.), Verfassungen für ein ziviles Europa, 1994, S. 73 (86 ff.); *Immenga*, EuZW 1994, 14 (15 f.); *Mestmäcker*, in: Wettbewerbspolitik im Wandel, Colloquium anlässlich des 20jährigen Bestehens der Monopolkommission, 1995, S. 9 (15 f.); *Vollmer*, DB 1993, 25 ff., die allesamt von einem durch die jüngsten Vertragsänderungen intendierten „Systemwandel“ zu Lasten des freien Wettbewerbs ausgehen.

mente vorsieht, insbesondere im Agrarbereich<sup>45</sup> (Art 32–38 EGV)<sup>46</sup>, wo der freie Wettbewerb durch rigide Marktordnungen unterbunden wird. Auch hat die Gemeinschaft die ausdrückliche Kompetenz zur Förderung der Wettbewerbsfähigkeit der Industrie innerhalb ihres Hoheitsbereichs (Art. 157 EGV)<sup>47</sup>. Eine interventionistische Strukturpolitik der Gemeinschaft könnte angesichts der höchst unterschiedlichen Wirtschaftskraft in den einzelnen Mitgliedstaaten insbesondere bei der anstehenden Vereinheitlichung der Zahlungsmittel<sup>48</sup> eine wachsende Rolle spielen. Dennoch sieht die überwiegende Meinung die marktwirtschaftlichen Komponenten im Wirtschaftsverfassungsrecht der Gemeinschaft auch nach den Vertragsänderungen von Maastricht<sup>49</sup> und Amsterdam<sup>50</sup> als herrschend an.

Zentrales Mittel zur Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft ist der durch die Einheitliche Europäische Akte<sup>51</sup> gegründete Binnenmarkt<sup>52</sup>. Dieser umfaßt gem. Art. 14 II EGV einen Raum ohne Binnengrenzen, der auf vier Grundfreiheiten fußt<sup>53</sup>: dem freien Verkehr von

- Waren<sup>54</sup> (Art. 23–31 EGV),
- Personen (Arbeitnehmer genießen nach Art. 39–42 EGV Freizügigkeit<sup>55</sup>, Unternehmen nach Art. 43–48 EGV Niederlassungsfreiheit<sup>56</sup>),
- Dienstleistungen<sup>57</sup> (Art. 49–55 EGV) und
- Kapital<sup>58</sup> (Art. 56–60 EGV).

18

45 Siehe dazu ausführlich Götz, Harmonisierung des Agrarrechts in Europa, 1991; Priebe, in: Reiner Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bes. Teil 2, 1996, S. 225 ff.; von Urff, in: Zippel (Hrsg.), Ökonomische Grundlagen der europäischen Integration, 1993, S. 99 ff.

46 = Art. 38–47 a. F.

47 = Art. 130 a. F. Siehe dazu im einzelnen Immenga, EuZW 1994, 14 ff.; I. Schmidt, in: Caesar/Ohr (Hrsg.), Maastricht und Maastricht II: Vision oder Abenteuer? 1996, S. 69 ff.

48 Dazu näher unten, Abschnitt III.3.e).

49 Vertrag über die Europäische Union vom 7. 2. 1992, ABIEG 1992 C 224, S. 1 ff.; BGBl. 1992 II 1251.

50 Vertrag von Amsterdam zur Änderung des Vertrags über die Europäische Union, der Verträge zur Gründung der Europäischen Gemeinschaften sowie einiger damit zusammenhängender Rechtsakte vom 2. 10. 1997, ABIEG 1997 C 340, S. 1 ff.; siehe dazu die Überblicksdarstellungen bei Hilf/Pache, NJW 1998, 705 ff.; Lecheler, JuS 1998, 392 ff.; Brandeck Müller-Bouquet, APuZ B 47/97 vom 14. 11. 1997, S. 21 ff.; Streinz, EuZW 1998, 137 ff.

51 ABIEG 1987 C 169, S. 1 ff.

52 Zur Bedeutung des Binnenmarkt-begriffs siehe Dausies, EuZW 1990, 8 ff.; Reich, EuZW 1991, 203 ff. Umstritten ist die Abgrenzung zum Begriff des „Gemeinsamen Marktes“, vgl. dazu Kahl, in: Reiner Schmidt, Kompendium, § 1, Rn. 5 ff.; Streinz, Europarecht, 4. Aufl., 1999, Rn. 948 ff.

53 = Art. J.4 EUV a. F. Zum Inhalt der Grundfreiheiten vgl. statt vieler Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union, Rechtsordnung und Politik, 4. Aufl., 1993, S. 285 ff.; Bleckmann, Europarecht, 6. Aufl., 1997, S. 543 ff.; Kahl, in: Reiner Schmidt, Kompendium, § 1, Rn. 35 ff.; Nicolaysen, Europarecht II, Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt, 1996, S. 35 ff.; Schweitzer/Hummer, Europarecht, 5. Aufl., 1996, S. 330 ff.; Zuleeg, in: FS Everling, Bd. 2, 1995, S. 1717 ff., jew.m. z. w. N.

54 = Art. 9–37 a. F. Zur Entwicklung der Rspr. zur Warenverkehrsfreiheit siehe Arndt, JuS 1994, 469 ff.; U. Becker, EuR 1994, 162 ff.; Möschel, NJW 1994, 429 ff.; Steindorff, ZHR 158 (1994), S. 149 ff. jew.m. z. w. N.

55 = Art. 48–51 a. F. Der spektakulärste Fall der letzten Jahre bildete insoweit wohl die Entscheidung des EuGH über die Freizügigkeit von Berufsfußballspielern (Bosman), vgl. EuGH, Rs. C-415/93, Slg. 1995, I-4921 ff.; siehe dazu Gramlich, DÖV 1996, 801 ff.; Hilf/Pache, NJW 1996, 1169 ff.; Nettesheim, NVwZ 1996, 342 ff.

56 = Art. 52–58 a. F. Dazu eingehend Wägenbaur, EuZW 1991, 427 ff.

57 = Art. 59–66 a. F. Siehe dazu etwa Hailbronner/Nachbaur, EuZW 1992, 105 ff.

58 = Art. 67–73h a. F. Hierzu zuletzt Freitag, EWS 1997, 186 ff.; St. Weber, EuZW 1992, 561 ff.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

- 19 Einschränkungen dieser Grundfreiheiten durch nationale Maßnahmen dürfen nur erfolgen, wenn sie nicht diskriminierend wirken und verhältnismäßig sind<sup>59</sup>. Die Marktfreiheit bleibt mithin **der Integrationsfaktor** auf dem Weg zu einer europäischen politischen Einheit.
- 20 Ein zentralverwaltungswirtschaftliches Koordinationssystem ist nach der Gemeinschaftsverfassung ebenso ausgeschlossen wie nach dem Grundgesetz<sup>60</sup>. Da das Marktprinzip im Grundgesetz nicht explizit enthalten ist<sup>61</sup>, sondern nur aus einer Zusammenschau der einzelnen Grundrechtsgewährleistungen, organisatorischen Bestimmungen und allgemeinen Verfassungsprinzipien abstrahiert werden kann, ist es gerechtfertigt, in den Gemeinschaftsverträgen eine **Systementscheidung** zugunsten der ökologisch-sozialen<sup>62</sup> Marktwirtschaft zu sehen, die über die bloße **Funktionsgarantie** im nationalen Verfassungsrecht hinausgeht<sup>63</sup>.

## V. Einzelne Grundrechte

- 21 Im Anschluß an die bundesverfassungsgerichtliche Judikatur zur „Wirtschaftsverfassung“<sup>64</sup> stehen in der Rechtspraxis bei der Beurteilung der auf das Wirtschaftsleben bezogenen Gesetzgebung die Einzelgrundrechte im Vordergrund. Wegen der Vielfältigkeit der wirtschaftlichen Betätigungen und der staatlichen Eingriffe kommen insoweit zwar nahezu alle Grundrechte als Prüfungsmaßstab in Betracht<sup>65</sup>. Gleichwohl haben sich in dem hier interessierenden Zusammenhang aber doch gewisse Schwerpunkte herauskristallisiert<sup>66</sup>. Als wesentliche Elemente des grundrechtlichen Schutzes

59 Näher dazu *EuGH*, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165 (I-4197 f., Tz. 37) – Gebhard; *Herdegen*, Europarecht, 2. Aufl., 1999, Rn. 282 f.; *Jarass*, EuR 1995, 202 (220 ff.).

60 *Nicolaysen*, Europarecht II, 1996, S. 320.

61 Die soziale Marktwirtschaft als Grundprinzip hat zwar über die Bestimmung des Art. 1 Abs. 3 des Staatsvertrags zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR über die Schaffung einer Währungs-, Wirtschafts- und Sozialunion vom 18. 5. 1990, die nach Art. 40 Abs. 1 des Einigungsvertrages fortgilt, Eingang in das nationale Verfassungsrecht gefunden, vgl. dazu *Badura*, in: FS *Stern*, 1997, S. 409 (419 f.). Eine direkte Bezugnahme auf das gemeinschaftsrechtliche Marktprinzip im Rahmen der Neufassung des Art. 23 GG unterblieb jedoch, was *Müller-Graff*, EuR 1997, 433 (446) als „überraschend“ bezeichnet.

62 Zu diesen immanenten Einschränkungen der Marktfreiheit vgl. die Bestimmungen über die Sozialpolitik in Titel XI des EG-Vertrags sowie die sog. umweltrechtliche Querschnittsklausel in Art. 6, wonach die Erfordernisse des Umweltschutzes bei der Festlegung und Durchführung sämtlicher Gemeinschaftspolitiken und -maßnahmen einzubeziehen sind. Zu den Ausstrahlungswirkungen dieses „Umweltprinzips“ im Gemeinschaftsrecht vgl. grundlegend *Kahl*, Umweltprinzip und Gemeinschaftsrecht, 1993, S. 95 ff. Wie hier *Bleckmann*, DVBl. 1992, 335 (341); *Pernice*, NVwZ 1990, 201 (203); a. A. *Dickersbach*, NVwZ 1996, 962; *Pache*, NVwZ 1994, 318; *Reidt*, in: *Jarass* (Fn. 11), § 10, Rn. 74 („liberal-marktwirtschaftliche Wirtschaftsverfassung“).

63 Vgl. hierzu anschaulich *Badura*, in: FS *Stern*, 1997, S. 409 (412).

64 Nachweise in Fn. 29.

65 Siehe auch *Stober* (Fn. 24), S. 200 ff.

66 Nicht darzustellen sind deshalb insbesondere auch die in Art. 9 GG verankerten Grundrechte der Vereinigungsfreiheit und der Koalitionsfreiheit. Diese Grundrechte sind für das Wirtschaftsverfassungsrecht zwar von zentraler Bedeutung, berühren die hier interessierenden (engeren) wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Fragestellungen in aller Regel aber nur am Rande.

für die private Wirtschaftstätigkeit sind danach vor allem die Berufsfreiheit, die Eigentumsgarantie und die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit zu behandeln.

## 1. Die Berufsfreiheit (Art. 12 I GG)

Für den Einzelnen stellen Beruf und Arbeit regelmäßig „Lebensaufgabe und Lebensgrundlage“ dar, „durch die er zugleich seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung erbringt“<sup>67</sup>. Das Grundrecht der Berufsfreiheit zielt hierbei auf eine „möglichst unreglementierte berufliche Betätigung“<sup>68</sup> und gewährleistet in seinem Kern die freie Entscheidung der privaten Wirtschaftssubjekte darüber, in welcher Weise sie sich die materiellen Voraussetzungen ihrer Lebensführung beschaffen wollen<sup>69</sup>. Vor diesem Hintergrund wird in der Literatur seit längerer Zeit fundamentale Kritik an den bestehenden (Über-)Reglementierungen bei Berufszugang und Berufsausübung geäußert<sup>70</sup>, auf die der Gesetzgeber jüngst mit ersten Liberalisierungstendenzen reagierte<sup>71</sup>.

Art. 12 I GG ist in erster Linie ein Abwehrrecht gegen die berufliche Freiheit beeinträchtigende, hoheitliche Maßnahmen<sup>72</sup>. Zunehmend gewinnen jedoch auch die objektiv-rechtlichen Gehalte der Berufsfreiheit an Bedeutung<sup>73</sup>. Hierzu ist etwa die Schutzpflichtdimension des Art. 12 I GG zu zählen, wonach die öffentliche Hand im Arbeits- und Berufsleben die soziale Gerechtigkeit zu fördern und Freiheitsgefährdungen von Seiten wirtschaftlich übermächtiger Privatpersonen entgegenzuwirken hat. Dieser staatlichen Schutzpflicht für die Sicherung der Berufsfreiheit kommt eine mittelbare Drittwirkung bei der Gestaltung von Arbeitsverhältnissen zwischen Privaten zu, die wesentliche Einschränkungen der Vertragsfreiheit bewirkt<sup>74</sup>. Des weiteren erwächst den Grundrechtsträgern aus Art. 12 I GG in Verbindung mit dem Gleich-

67 Vgl. BVerfGE 7, 377 (397); 50, 290 (362). Zur Funktion der Berufsfreiheit nach der Ordnung des Grundgesetzes vgl. *Breuer*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdBStR VI, 1989, § 147; *Ossenbühl*, AöR 115 (1990), 1 ff.

68 BVerfGE 34, 252 (256); 54, 301 (313); 59, 302 (315).

69 *Badura*, Staatsrecht, 2. Auflage, 1996, S. 178.

70 Vgl. den programmatischen Beitrag von *Hufen*, NJW 1994, 2913 ff. („Erinnerungen an ein Grundrecht“); krit. auch *P.M. Huber*, in: FS *Kriele*, 1997, S. 389 ff.; *Stober*, BB 1996, 1845 (1850 f.). Eine vordringende Meinung in der Literatur sieht den Großen Befähigungsnachweis im Handwerksrecht als verfassungswidrig an, weil er deutschen Gewerbetreibenden einen Wettbewerbsnachteil gegenüber Konkurrenten aus anderen EU-Mitgliedstaaten bringt, vgl. *Fastenrath*, JZ 1987, 170 (177 f.); *König*, AöR 118 (1993), S. 591 (607 ff.); *A. Meier*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 10, Rn. 51.

71 Vgl. etwa die Lockerung der Ladenschlußzeiten durch das neue Ladenschlußgesetz vom 30. 7. 1996 (BGBl. I 1186) sowie die Neuordnung des Handwerksrechts durch das Zweite Gesetz zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksrechtlicher Vorschriften vom 25. 3. 1998 (BGBl. I 596).

72 Dazu gehört jedoch nicht der Schutz vor Konkurrenz, auch nicht in Form der eigenwirtschaftlichen Betätigung des Staates durch öffentliche oder gemischtwirtschaftliche Unternehmen, vgl. BVerfGE 7, 377 (408); 11, 168 (189); 24, 236 (251); 31, 8 (31). Ausführlich dazu *Stober* (Fn. 24), S. 224 f.

73 Näher hierzu *Pitschas*, in: *Reiner Schmidt* (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bes. Teil 2, 1996, § 9, Rn. 117; *Tettinger*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 1996, Art. 12, Rn. 11 ff.; *Wieland*, in: *H. Dreier* (Hrsg.), GG, 1996, Art. 12, Rn. 145 ff. jew. m. z. w. N.

74 Siehe hierzu BVerfGE 81, 242 (255, Handelsvertreter).

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

heitssatz sowie dem Sozialstaatsprinzip ein derivatives Teilhaberecht an staatlichen Ausbildungsleistungen, weil die Verwirklichung der Berufsfreiheit ohne entsprechende Ausbildung nicht möglich ist<sup>75</sup>. In jüngster Zeit ist schließlich der Grundrechtsschutz durch Organisations- und Verfahrensnormen in den Blickpunkt des Interesses gerückt. Die Rechtsprechung hat insoweit die Reichweite des nicht justitiablen Beurteilungsspielraums bei Prüfungsentscheidungen eingeschränkt<sup>76</sup>.

- 24 Träger der Berufsfreiheit sind Deutsche im Sinne von Art. 116 GG, daneben aber auch inländische juristische Personen des Privatrechts und nicht-rechtsfähige Handelsgesellschaften (OHG, KG), sofern von diesen eine bestimmte Erwerbstätigkeit „ihrem Wesen und ihrer Art nach“ in gleicher Weise wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann<sup>77</sup>. Angehörigen der EU-Mitgliedstaaten muß aufgrund des allgemeinen Diskriminierungsverbots nach Art. 12 EGV sowie der Grundsätze der Arbeitnehmerfreizügigkeit (Art. 39 EGV) und der gewerblichen Niederlassungsfreiheit (Art. 43 ff. EGV) ein vergleichbarer Grundrechtsschutz gewährt werden<sup>78</sup>. Dies geschieht nach überwiegender Meinung durch eine unmittelbare Einbeziehung von EU-Ausländern in den Schutzbereich des Art. 12 I GG<sup>79</sup>. Ausländern aus Drittstaaten sowie Staatenlosen steht demgegenüber nur der weniger weitreichende Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit nach Art. 2 I GG zu<sup>80</sup>.

### a) Die grundrechtlichen Gewährleistungen

- 25 Mit der freien Wahl von Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte sowie der Berufsausübungsfreiheit enthält Art. 12 I GG verschiedene Gewährleistungen, deren Zentrum die positive und negative<sup>81</sup> Berufswahl- und Berufsausübungsfreiheit bildet. Entgegen dem Verfassungstext, der zwischen Berufswahl und Berufsausübung unterscheidet, stimmt man heute darin überein, daß Art. 12 I GG ein **einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit** garantiert. Dieses Verständnis hat Konsequenzen für die dem Gesetzgeber zustehenden Regelungsbefugnisse und ist sachlich überzeugend. Denn Berufswahl und Berufsausübung hängen eng miteinander zusammen: Namentlich

75 BVerfGE 33, 303 (330 f.); 37, 104 (113); 39, 258 (269 f.); 39, 276 (293); 39, 334 (372 ff.); 43, 291 (313 ff.); 59, 1 (25); 59, 172 (199); 66, 155 (179); 85, 36 (54 f.). Ein *originäres* Leistungsrecht auf die Schaffung zusätzlicher Ausbildungs- oder Arbeitsplätze besteht allerdings nach einhelliger Auffassung nicht, vgl. BVerfGE 85, 360 (373); Scholz, in: *Maunz/Dürig/Herzog/ders.*, GG, Art. 12, Rn. 61. Darauf hindeutende Aussagen in einzelnen Landesverfassungen (siehe etwa Art. 166 II Bay Verf., Art. 18 I Berl Verf., Art. 48 I Bbg Verf., Art. 8 I Brem Verf., Art. 28 II Hess Verf., Art. 17 I MV Verf., Art. 24 I NW Verf., Art. 53 II RP Verf., Art. 45 S. 2 Saar Verf., Art. 39 LSA Verf., Art. 36 Thür Verf.) sind daher rein programmatisch zu verstehen.

76 BVerfGE 84, 34 (49 ff., Juristische Staatsprüfung); 84, 59 (77 ff., Approbationsordnung für Ärzte).

77 So in direkter bzw. analoger Anwendung von Art. 19 III GG z. B. BVerfGE 21, 261 (266); 23, 208 (223); 53, 1 (13).

78 = Art. 6, 48, 52 ff. a. F. Näher zur Europäisierung der Berufsfreiheit *Pitschas*, in: *Reiner Schmidt* (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bes. Teil 2, 1996, § 9, Rn. 128 ff. m. w. N.

79 So etwa *Breuer* (Fn. 67), § 147, Rn. 21; *Jarass*, in: *ders./Piero*, GG, 4. Aufl., 1997, Art. 12, Rn. 9; a. A. *Bauer/Kahl*, JZ 1995, 1077 ff., die unter Berufung auf den Verfassungswortlaut Art. 2 I GG anwenden wollen; dagegen aus systematischen Gründen *Scholz* (Fn. 75), Rn. 96.

80 BVerfGE 78, 179 (196 f.); BVerwGE 59, 284 (294).

81 Zur negativen Berufsfreiheit („Nichtwahl“ eines Berufes) siehe BVerfGE 58, 358 (364).

„stellt die Aufnahme der Berufstätigkeit sowohl den Anfang der Berufsausübung dar wie die gerade hierin ... sich äußernde Betätigung der Berufswahl; ebenso sind der in der laufenden Berufsausübung sich äußernde Wille zur Beibehaltung des Berufs und schließlich die freiwillige Beendigung der Berufsausübung im Grunde zugleich Akte der Berufswahl“<sup>82</sup>. Berufswahl und Berufsausübung erfassen den einheitlichen Lebenssachverhalt „berufliche Betätigung“ also nur aus unterschiedlichen Blickwinkeln.

In dem einheitlichen Grundrecht der Berufsfreiheit spielt der **Berufsbegriff** eine wichtige Schlüsselrolle. Er umfaßt nach einer verbreiteten Auffassung jede erlaubte Tätigkeit, die auf Dauer bestimmt ist und der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient<sup>83</sup>. Hierzu zählen u. a. die Gewerbe- und Unternehmerfreiheit. Außerdem hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt „das Verhalten der Unternehmer im Wettbewerb“ als „Bestandteil ihrer Berufsausübung“ dem Schutz von Art. 12 I GG unterstellt<sup>84</sup>. Die Berufsfreiheit gewährleistet jedoch nicht nur die selbständige berufliche Betätigung, sondern auch die in unselbständigen Formen ausgeübte Berufstätigkeit; auch Doppelberufe und Berufskombinationen sowie die sog. „staatlich gebundenen“ Berufe etwa der Notare, Wirtschaftsprüfer und Rechtsanwälte werden prinzipiell von Art. 12 I GG erfaßt<sup>85</sup>. Bei alledem ist die verfassungsrechtliche Garantie nicht auf bestimmte traditionell oder gar rechtlich fixierte (sog. typische) Berufe beschränkt; vielmehr stehen grundsätzlich auch untypische Berufe unter dem Schutz des Art. 12 I GG<sup>86</sup>. 26

## b) Die Eingriffsbefugnisse und ihre Grenzen

Art. 12 I 2 GG räumt dem Gesetzgeber eine Regelungsbefugnis ein, die wegen der erwähnten Deutung von Art. 12 I GG als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit über die Berufsausübung hinaus „dem Grunde nach“ auch auf die Berufswahl bezogen wird<sup>87</sup>. Diese Befugnis ist allerdings ihrerseits wiederum durch die Verfassung begrenzt. In materieller Hinsicht bestimmt das Bundesverfassungsgericht diese Grenzen vor allem anhand der sog. **Stufentheorie**, die als Ergebnis einer strikten Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstanden wird<sup>88</sup>. Danach ist „zwischen 27

82 So die grundlegenden Ausführungen im Apotheken-Urteil (BVerfGE 7, 377 (401)).

83 Vgl. z. B. *Gubelt*, in: v. *Münch/Kunig* (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., 1992, Rdnr. 8 zu Art. 12 GG. Siehe zur Kritik, nur erlaubte Tätigkeiten in den Schutzbereich einzubeziehen, etwa *Friauf*, JA 1984, 537 (538 f.), *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Staatsrecht II, 15. Auflage, 1999, Rn. 810 ff. und *Reiner Schmidt*, in: *ders.*, Kompendium, § 2, Rn. 52 m. w. N.

84 BVerfGE 32, 311 (317); 46, 120 (137).

85 Vgl. etwa *BVerfGE*, NJW 1995, 951 (zweitberufliche Tätigkeit eines Rechtsanwalts). Siehe zum Ganzen auch *Friauf* (Fn. 83), S. 538 ff. und *Tettinger*, AöR 108 (1983), 92 (94 ff.).

86 Z. B. BVerfGE 7, 377 (397); 13, 97 (106); 14, 19 (22); 16, 147 (163 f.); 75, 246 (265, Vereinheitlichung verwandter Berufe); 78, 179 (193 nichtärztliche Psychotherapeuten).

87 Dazu grundlegend BVerfGE 7, 377 (400 ff., Apotheken) und *Brewer* (Fn. 67), § 147, Rn. 32 ff.

88 So z. B. BVerfGE 13, 97 (104); 25, 1 (12). Das Verhältnis zwischen Stufentheorie und Übermaßverbot ist bis heute nicht letztverbindlich geklärt. Vielfach wird die Stufenlehre als berufsfreiheitsspezifische Konkretisierung des rechtsstaatlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angesehen, vgl. *Hufen*, NJW 1994, 2913 (2917); *Jarass* (Fn. 11), § 3, Rn. 25 ff.; *Pieroth/Schlink* (Fn. 83), Rn. 846 ff. Es finden sich aber auch Stimmen, die beide Institute als voneinander unabhängig ansehen, in diesem Sinne etwa *J. Ipsen*, JuS 1990, 634 ff.; *Langer*, JuS 1993, 203 (209 f.).

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

bloßen Regelungen der **Berufsausübung** und Einschränkungen der **Berufswahl**, bei diesen wiederum zwischen subjektiven und objektiven Voraussetzungen der Zulassung zum Beruf“ zu unterscheiden<sup>89</sup>. Für jede dieser drei Stufen besteht dem Umfang nach eine abgestufte Regelungsbefugnis: Inhaltlich ist der Gesetzgeber um so freier, je mehr er eine reine Berufsausübungsregelung trifft, und um so enger begrenzt, je mehr er auch die Berufswahl berührt; außerdem gilt der Grundsatz, daß Eingriffe jeweils nur auf der „Stufe“ gerechtfertigt sind, die die geringste Beschränkung der Berufsfreiheit mit sich bringt<sup>90</sup>.

- 28 **Der Stufe der reinen Berufsausübung** ordnet man all jene Regelungen zu, die nicht auf die Berufswahl zurückwirken, sondern nur bestimmen, in welcher Art und Weise die Berufsangehörigen ihre Berufstätigkeit im einzelnen zu gestalten haben<sup>91</sup>. Dazu wurden in der bisherigen Entscheidungspraxis beispielsweise Arbeitszeitregelungen für Bäckereien und Konditoreien (Nachtbackverbot), Formen der Indienstnahme Privater wie die gesetzliche Verpflichtung der Banken zur Einbehaltung der Kapitalertragsteuer (Kuponsteuergesetz), die für Mineralölimporteuere begründete Verpflichtung zur Vorratshaltung von Erdölerzeugnissen (Erdölbevorrattung), die Kennzeichnungspflichten für den Verkauf von Halbfettmargarine oder Werbeverbote bei freien Berufen gerechnet<sup>92</sup>. Berufsausübungsregelungen setzen voraus, daß der Eingriff „mit sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls begründet werden“ kann, „das vom Gesetzgeber eingesetzte Mittel ... geeignet und erforderlich“ ist, „um den angestrebten Zweck zu erreichen“, und „bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht sowie der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit noch gewahrt“ ist<sup>93</sup>. Im praktischen Ergebnis bedeutet dies, daß dem Gesetzgeber im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung bei Ausübungsregelungen eine beträchtliche Gestaltungsfreiheit zukommt, die er in der bisherigen Verfassungspraxis nur eher selten überschritten hat<sup>94</sup>.
- 29 **Auf der Stufe der subjektiven Berufswahlregelungen** sind diejenigen Anforderungen an die Berufszulassung angesiedelt, auf deren Erfüllung der einzelne Bewerber Einfluß nehmen kann oder die zumindest in seiner Person liegen (persönliche Eigenschaf-

89 BVerfGE 13, 97 (105).

90 Vgl. zum Ganzen BVerfGE 7, 377 (403, 408, Apotheken); 13, 97 (105, Handwerksordnung).

91 Vgl. etwa BVerfGE 7, 377 (405 f.); 30, 292 (313); 61, 291 (308 ff.); 78, 155 (161 ff.).

92 BVerfGE 23, 50 (56, Nachtbackverbot); 22, 380 (383 f., Kuponsteuer); 30, 292 (313 ff., Erdölbevorrattung); 41, 360 (370, Nachtbackverbot); 46, 246 (256 f., Kennzeichnungspflichten); 71, 162 (172 ff., Werbeverbot für Ärzte); 76, 196 (207 ff.), BVerfG, NJW 1995, 775 (jew. Werbeverbot für Rechtsanwälte); BVerfGE 94, 372 (389 ff., Werbeverbot für Apotheker). In den früheren Entscheidungen wurde eine Verletzung von Art. 12 I GG zumeist im Ergebnis verneint. Neuerdings tendiert die Rspr. jedoch zu einer höheren Gewichtung der Berufsfreiheit ggü. staatlichen Eingriffen, insbes. im Falle der Werbeverbote, vgl. dazu noch BVerfG NJW 1996, 3070 (3071).

93 BVerfGE 65, 116 (125 f.); ähnlich z. B. BVerfGE 53, 135 (143 f.); 59, 336 (355); 61, 291 (312); 68, 155 (171). Das ältere Konzept der Stufentheorie, wonach bereits „vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls“ und in weitem Maße Zweckmäßigkeit Gesichtspunkte zur Rechtfertigung von Eingriffen genügen sollten (vgl. etwa BVerfGE 7, 377 [378, 405 f.]), ist insoweit in der neueren Judikatur differenziert fortentwickelt worden.

94 Beispiele für Grundrechtsverletzungen enthalten etwa BVerfGE 36, 47 (58 ff., Nachnahmeversandhandel mit Tieren); 40, 371 (382 ff., Werbefahrten); 53, 135 (143 ff., lebensmittelrechtliche Verkehrsverbote).



ten, Fähigkeiten usw.). Musterbeispiele hierfür sind Voraussetzungen, die an die persönliche Qualifikation und Ausbildung des Berufsbewerbers gestellt werden, sowie Mindest- und Höchstaltersgrenzen für die jeweilige berufliche Tätigkeit<sup>95</sup>. Solche subjektiven Berufswahlregelungen setzen voraus, daß sie unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zum Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes erlassen werden<sup>96</sup>. Als „wichtiges Gemeinschaftsgut“ wurden dabei bislang u. a. das „Interesse an der Erhaltung ... eines ... leistungsfähigen Handwerksstandes“, der Verbraucherschutz und die Volksgesundheit anerkannt<sup>97</sup>. Auf diesen Grundlagen bewertete man beispielsweise Vorschriften über den Befähigungsnachweis für das Handwerk und die Einführung von bestimmten Altersgrenzen als verfassungsmäßig<sup>98</sup>, den generellen Sachkundenachweis für den Einzelhandel und das sog. Buchführungsprivileg für steuerberatende Berufe hingegen als verfassungswidrig<sup>99</sup>.

Zur **Stufe der objektiven Berufswahlregelungen** rechnet man alle objektiven Bedingungen der Berufszulassung, auf deren Erfüllung der Berufsanwärter keinen Einfluß nehmen kann; Bedürfnisprüfungen und Kontingentierungen sind hierfür die bekanntesten Beispiele<sup>100</sup>. Derartige Eingriffe schränken die freie Berufswahl besonders stark ein und sind an entsprechend strenge Voraussetzungen gebunden. Sie sind nur zulässig zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut, müssen geeignet und erforderlich sein, um dieser schweren Gefahr zu begegnen, und überdies bei einer Gesamtabwägung die Grenzen der Zumutbarkeit einhalten<sup>101</sup>. „Überragend wichtige Gemeinschaftsgüter“ in diesem Sinne sind z. B. die Volksgesundheit, die Sicherung der Volksernährung, die Verkehrssicherheit und – nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts – sogar die „Erhaltung des Bestandes, der Funktionsfähigkeit und der Wirtschaftlichkeit der Deutschen Bundesbahn“<sup>102</sup>. Die danach an objektive Berufswahlregelungen zu stellenden strengen Anforderungen waren u. a. bei der Festlegung von Kraftfahrzeughöchstzahlen für den allgemeinen Güterfernverkehr und bei dem Errichtungsverbot für Mühlen zum Abbau überschüssiger Vermahlungskapazität erfüllt<sup>103</sup>, bei der Bedürfnisprüfung hinsichtlich des Gelegenheitsverkehrs mit Mietwagen und der Bedürfniskontrolle für Apotheken dagegen nicht<sup>104</sup>.

30

95 Vgl. zum Ganzen BVerfGE 7, 377 (406 f.); 9, 338 (344 f.); 13, 97 (106 f.); 54, 301 (314 f.); 59, 302 (315 f.); 64, 72 (82); 69, 209 (218).

96 Vgl. BVerfGE 7, 377 (406 f.); 9, 338 (345); 13, 97 (107); 19, 330 (336); 64, 72 (82).

97 BVerfGE 13, 97 (104, 110 zum Handwerk); 19, 330 (338 zum Verbraucherschutz); 25, 236 (247 zur Volksgesundheit).

98 Zum Befähigungsnachweis BVerfGE 13, 97 (104 ff.) und zu bestimmten Altersgrenzen BVerfGE 1, 264 (274 f., Bezirksschornsteinfeger); 9, 338 (344 ff., Hebammen); 64, 72 (82 f., Prüflingen für Baustatik).

99 BVerfGE 19, 330 (336 ff., Sachkundenachweis); 54, 301 (314 ff., Buchführungsprivileg); 59, 302 (317 ff., Buchführungsprivileg).

100 Vgl. BVerfGE 7, 377 (406); 11, 168 (178 ff.); 40, 196 (218); BVerwGE 1, 48; 5, 283; 8, 14.

101 Vgl. BVerfGE 7, 377 (408); 21, 245 (251 ff.); 25, 1 (17 ff., 22 ff.); 30, 292 (315); 33, 303 (337 f.); 40, 196 (218 ff., 222 ff.).

102 Siehe dazu BVerfGE 9, 39 (52 zur Volksgesundheit); 25, 1 (16 zur Volksernährung); 40, 196 (221 zur Verkehrssicherheit, 218 zur Bundesbahn). Weitere Beispiele bei *Czybulka*, NVwZ 1991, 145 (147); *Pieroth/Schlink* (Fn. 83), Rn. 857.

103 BVerfGE 25, 1 (10 ff. zum Errichtungsverbot für Mühlen); 40, 196 (216 ff. zum Güterfernverkehr).

104 BVerfGE 7, 377 zur Bedürfniskontrolle für Apotheken; 11, 168 (185 ff. zum Gelegenheitsverkehr).

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

- 31 Die Stufenqualifikation in ihrer durch das Apothekenurteil eingeführten Form läßt sich nicht in jedem Fall überzeugend vornehmen, zumal Berufsausübungsregelungen aufgrund ihrer tatsächlichen Auswirkungen eine Eingriffstiefe erlangen können, die auf die Freiheit der Berufswahl übergreift. Trotz teilweise vehementer Kritik aus der Literatur<sup>105</sup> hat die Rechtsprechung die Stufenlehre bis heute nicht aufgehoben, sondern stattdessen im Laufe der Zeit in eine umfassende Verhältnismäßigkeitsprüfung eingebettet, bei der eine „Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe“ stattfindet<sup>106</sup>. Danach können Berufsausübungsregelungen, die mittelbar die Freiheit der Berufswahl beeinträchtigen können, an den für Berufswahlregelungen geltenden Rechtfertigungskriterien gemessen werden<sup>107</sup>.

## 2. Die Eigentumsgarantie (Art. 14 GG)

- 32 Neben der Berufsfreiheit ist die Eigentumsgarantie das zweite zentrale Grundrecht für die wirtschaftliche Betätigung. Bei der Abgrenzung der beiden Grundrechte stellt man zumeist darauf ab, ob der Staat „eher in die Freiheit der individuellen Erwerbs- und Leistungstätigkeit“ eingreift oder „mehr die Innehabung und Verwendung vorhandener Vermögensgüter“ begrenzt; im erstgenannten Fall ist die Berufsfreiheit, im letztgenannten hingegen die Eigentumsgarantie berührt – oder anders: „Art. 14 I GG schützt das Erworbene, das Ergebnis der Betätigung, Art. 12 I GG dagegen den Erwerb, die Betätigung selbst“<sup>108</sup>. Im Gegensatz zur Berufsfreiheit sind Träger des Eigentumsgrundrechts nicht nur Deutsche, inländische juristische Personen des Privatrechts und – soweit sich die Eingriffe auf gesamthänderisch gebundenes Eigentum beziehen – Handelsgesellschaften<sup>109</sup>, sondern auch Ausländer<sup>110</sup>. Juristische Personen des öffentlichen Rechts können zwar Eigentümer sein; der Schutz des Art. 14 GG steht ihnen jedoch nicht zu<sup>111</sup>.
- 33 Besondere Aktualität kam Art. 14 GG im Zusammenhang mit der deutschen Wiedervereinigung zu. Die Regierungen der Bundesrepublik Deutschland und der DDR waren in einer am 15. Juni 1990 abgegebenen „Gemeinsamen Erklärung zur Regelung offener Vermögensfragen“ übereingekommen, daß die auf besatzungshoheitlicher Grundlage zwischen 1945 und 1949 vorgenommenen Enteignungen nicht rückgängig gemacht werden sollten. Diese Erklärung wurde durch Art. 43 des Einigungsvertrages

105 Vgl. statt vieler *Ossenbühl* (Fn. 67), S. 10.

106 BVerfGE 83, 1 (19); *BVerfG*, NJW 1993, 1575; *Reiner Schmidt*, in: *ders.*, Kompendium, § 2, Rn. 64 m. w. N.

107 Siehe etwa BVerfGE 86, 28 (38 f.), wo im Zusammenhang mit einer Berufsausübungsregelung von „subjektiven“ und „objektiven Merkmalen“ die Rede ist; *Jarass*, in: *ders./Pieroth* (Fn. 79), Art. 12, Rn. 20a, 22; *Tettinger* (Fn. 73), Rn. 120.

108 BVerfGE 30, 292 (335); 88, 366 (377); BGHZ 111, 349 (357 f.); *BGH*, NJW 1996, 2422 (2423). Zur Abgrenzung der beiden Grundrechte *Dörr*, NJW 1988, 1049.

109 BVerfGE 4, 7 (17).

110 Ausländische juristische Personen sind nach BVerfGE 21, 207 (208 f.) wegen Art. 19 III GG dagegen vom Schutz des Art. 14 GG ausgeschlossen.

111 Vgl. ausführlich *Kimminich*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 14, Rn. 112 ff.; a. A. *Wieland* (Fn. 73), Art. 14, Rn. 62.

sowie in Art. 143 III GG verfassungskräftig verbürgt. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung vom 23. April 1991<sup>112</sup> die Regelung als verfassungsgemäß angesehen und dies u. a. damit begründet, daß die Eigentumsgarantie keinen nachträglichen Schutz gegen Enteignungen biete, die auf besatzungsrechtlicher Grundlage vor Inkrafttreten des Grundgesetzes erfolgten.

### a) Die grundrechtlichen Gewährleistungen

Nach herkömmlichem Verständnis enthält Art. 14 GG sowohl eine Individualrechts- wie auch eine Institutsgarantie<sup>113</sup>. Als **Individualrechtsgarantie** sichert Art. 14 GG in erster Linie den Bestand an konkreten vermögenswerten Rechten und Rechtspositionen des einzelnen Eigentümers. Insoweit ist das verfassungsrechtliche Eigentum in seinem rechtlichen Gehalt gekennzeichnet durch Privatnützigkeit, „d. h. die Zuordnung zu einem Rechtsträger, in dessen Hand es ... ‚von Nutzen‘ sein soll, und durch die von dieser Nutzung nicht immer deutlich abgrenzbare grundsätzliche Verfügungsbefugnis über den Eigentumsgegenstand“<sup>114</sup>. Die Individualrechtsgarantie schließt also grundsätzlich die rechtliche Zuordnung zu einem privaten Rechtsträger sowie Nutzungs- und Verfügungsbefugnisse ein. Als **Institutsgarantie** soll Art. 14 GG darüber hinaus einen „Grundbestand von Normen“ sichern, „die als Eigentum im Sinne dieser Grundrechtsbestimmung bezeichnet werden“<sup>115</sup>; die konkrete Reichweite der Institutsgarantie ist allerdings unsicher, zumal – soweit ersichtlich – bislang kein Gesetz an ihr allein gescheitert ist<sup>116</sup>.

34

Der für den Schutz der privaten Wirtschaftssubjekte maßgebende verfassungsrechtliche **Eigentumsbegriff** ist nicht identisch mit dem des bürgerlichen Rechts<sup>117</sup>. Er geht vielmehr über das Sacheigentum hinaus und schließt auch vermögenswerte Rechte ein. Die verfassungsrechtliche Eigentumsgarantie erfaßt deshalb neben dem Eigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen u. a. die grundsätzliche Verfügungs- und Veräußerungsbefugnis des Eigentümers über den jeweiligen Eigentumsgegenstand, Forderungen, Aktien und andere Formen des Anteilseigentums an Unternehmen<sup>118</sup>. Auch die vermögenswerte Seite des Urheberrechts, das Recht zur wirtschaftlichen Auswertung von Patenten und schutzfähige, rechtmäßig eingetragene Warenzeichen zählen zu den Gewährleistungen des verfassungsrechtlichen Eigentums<sup>119</sup>. Ent-

35

112 BVerfGE 84, 90 (120 ff.); bestätigt in BVerfGE 94, 12 (33 ff.); diese Rspr. wird bis heute kontrovers diskutiert. Siehe etwa *Wasmuth*, NJW 1993, 2476 ff.

113 Vgl. z. B. BVerfGE 24, 367 (389); 26, 215 (222); 31, 229 (239 f.); 42, 263 (294); 58, 300 (339).

114 Vgl. BVerfGE 50, 290 (339); ähnlich z. B. BVerfGE 52, 1 (30) und BVerfGE 71, 230 (246 f.). Das Charakteristikum der „Privatnützigkeit“ wird teilweise auch der Institutsgarantie zugeordnet, was jedoch nicht zwingend ist.

115 BVerfGE 24, 367 (389).

116 Ebenso *Pieroth/Schlink* (Fn. 83), Rn. 953; *Wieland* (Fn. 73), Rn. 117.

117 Vgl. statt vieler *Bryde*, in: *v. Münch/Kunig* (Hrsg.), GG, Bd. 1, 4. Aufl., 1992, Rdnr. 11 zu Art. 14 GG m. w. N.

118 Zu den Eigentümerbefugnissen: BVerfGE 26, 215 (222); 52, 1 (31); zu Forderungen: BVerfGE 28, 119 (141); 42, 263 (292 f.); 45, 142 (179); 68, 193 (222); zu Aktien und anderem Anteilseigentum: BVerfGE 14, 263 (276 f.); 25, 371 (407); 50, 290 (341 f.).

119 Zum Urheberrecht: BVerfGE 31, 229 (238 ff.); 31, 270 (272); 49, 382 (392); zum Patentrecht: BVerfGE 36, 281 (290 f.); zum Warenzeichenrecht: BVerfGE 51, 193 (216 ff.); 78, 58 (73 f.).

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

sprechendes gilt für das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das durch einen Eingriff in die Substanz der Sach- und Rechtsgesamtheit „Gewerbebetrieb“ verletzt werden kann<sup>120</sup>. Sogar das Besitzrecht des Mieters an der gemieteten Wohnung ist Eigentum im verfassungsrechtlichen Sinne, da es der Deckung elementarer Lebensbedürfnisse dient<sup>121</sup>. Der Gesetzgeber hat daher bei der Ausgestaltung des Mietrechts auch die verfassungsrechtlich geschützten Interessen des Mieters zu beachten. Bei der Frage, ob und inwieweit vermögenswerte subjektiv-öffentliche Rechte den Schutz der Eigentumsgarantie genießen, stellt das Bundesverfassungsgericht ebenfalls darauf ab, ob „der ein subjektiv-öffentliches Recht begründende Sachverhalt dem Einzelnen eine Rechtsposition verschafft, die derjenigen des Eigentümers entspricht und die so stark ist, daß ihre ersatzlose Entziehung dem rechtsstaatlichen Gehalt des Grundgesetzes widersprechen würde“<sup>122</sup>; das wird insbesondere dann angenommen, wenn sich die Rechtsposition als Äquivalent eigener Leistung erweist<sup>123</sup>. Durch Art. 14 I GG nicht geschützt sind dagegen bloße Chancen und Verdienstmöglichkeiten<sup>124</sup>. Keinen verfassungsrechtlichen Schutz genießt außerdem grundsätzlich das Vermögen als solches<sup>125</sup>. Die in der Literatur bereits früher geäußerten Zweifel an der Unverbrüchlichkeit dieses Grundsatzes haben jüngst durch die Entscheidung des BVerfG zur Vermögenssteuer neue Nahrung erhalten<sup>126</sup>. Die Diskussion über den verfassungsrechtlichen Vermögensschutz befindet sich weiterhin im Fluß<sup>127</sup>.

### b) Die Eingriffsbefugnisse und ihre Grenzen

- 36 Die Besonderheit des Eigentumsgrundrechts besteht darin, daß es sich beim Eigentum, anders als etwa bei der persönlichen Freiheit, nicht um einen „vorrechtlichen“ bzw. „vorstaatlichen“, sondern um einen normativen Begriff handelt, dessen Inhalt

120 Vgl. etwa BGHZ 23, 157 (162 f.); BVerwGE 6, 247 (266); 30, 235 (239); 36, 248 (251); 62, 224 (225 ff.); 66, 307 (309); 95, 341 (348); BVerfGE 13, 225 (229); zweifelnd am „Gewerbebetrieb“ als geschütztes Recht i. S. d. Art. 14 GG BVerfGE 51, 193 (221 f.); 66, 116 (145); 68, 193 (222 f.); ablehnend *Wieland* (Fn. 73), Art. 14, Rn. 44.

121 BVerfGE 89, 1 (6); 91, 294 (310); zust. *Ibler*, AcP 197 (1997), S. 565 ff.; *Wieland* (Fn. 73), Art. 14, Rn. 27; krit. *Depenheuer*, NJW 1993, 2561 ff.; *Roellecke*, JZ 1995, 74 ff.; *Rüthers*, NJW 1993, 2587 ff.; *Schmidt-Preuß*, AG 1996, 1 (2 f.).

122 BVerfGE 40, 65 (83) m. w. N.

123 BVerfGE 14, 288 (293); 18, 392 (397); 53, 257 (291 f.) m. w. N. Krit. hierzu *Wieland* (Fn. 73), Art. 14, Rn. 55.

124 BVerfGE 28, 119 (142); 30, 292 (335); 45, 272 (296); 65, 196 (209); 68, 193 (222).

125 BVerfGE 27, 326 (343); 72, 175 (195); 78, 232 (243); 81, 108 (122); 91, 207 (220); BVerwGE 87, 324 (330); 98, 280 (291). Der Ausschluß des Vermögensschutzes hat in der Rechtspraxis namentlich für die Auferlegung von Geldleistungspflichten (Steuern und Abgaben) Konsequenzen. Nach Ansicht des BVerfG kommt insoweit ein Verstoß gegen die Eigentumsgarantie nämlich erst bei „erdrosselnder“ bzw. „konfiskatorischer“ Wirkung (BVerfGE 23, 288 (314 f.); 30, 250 (272); 38, 61 (102); 70, 219 (230); 78, 232 (243 f.); 82, 159 (190)) in Betracht. Zur Problematik und zur Kritik dieser Judikatur siehe etwa *Bryde* (Fn. 117), Rdnr. 23 zu Art. 14 GG; *Friauf*, DÖV 1980, 480 und *Paul Kirchhof*, VVDStRL 39 (1981), 213 (242 ff.).

126 BVerfGE 93, 121 ff. m. abw. Meinung *Böckenförde*; die Entscheidung wird in der Literatur kontrovers diskutiert. Zustimmend *Leisner*, NJW 1995, 2591 ff.; gegen ihn *Bull*, NJW 1996, 281 ff.; dagegen wiederum *K. Vogel*, NJW 1996, 1257 ff. Kritisch auch *Arndt/Schumacher*, NJW 1995, 2603 ff.

127 Zusammenfassung des Meinungsstands bei *Leisner*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.) HbdStR VI, 1989, § 149, Rn. 124 ff.

erst durch den parlamentarischen Gesetzgeber bestimmt und ausgefüllt werden muß: der Schutzbereich der Eigentumsgarantie ist mit anderen Worten normgeprägt, eine Schöpfung der gesamten geltenden Rechtsordnung<sup>128</sup>. Dabei überläßt das Europäische Gemeinschaftsrecht in Art. 295 EGV (= Art. 222 a. F.) die Gestaltung der Eigentumsordnung ausdrücklich den Mitgliedstaaten. Nach Art. 14 I 2 GG ist das Parlament zur Bestimmung von Eigentumsinhalt und -schränken und damit zugleich auch zur Konkretisierung der in Art. 14 II GG genannten Sozialpflichtigkeit des Eigentums berufen; außerdem ermächtigt Art. 14 III GG unter den dort genannten Voraussetzungen zur Enteignung „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“. Dementsprechend ist bei Eingriffen in das Eigentumsgrundrecht qualitativ zwischen der Inhalts- und Schrankenbestimmung einerseits und der Enteignung (Art. 14 III GG) andererseits zu unterscheiden<sup>129</sup>. Staatliche Zugriffe auf das Eigentum können immer nur einem dieser Institute zugeordnet werden.

Bei einer **Inhalts- und Schrankenbestimmung** handelt es sich um „die generelle und abstrakte Festlegung von Rechten und Pflichten durch den Gesetzgeber hinsichtlich solcher Rechtsgüter, die als Eigentum im Sinne der Verfassung zu verstehen sind“<sup>130</sup>. Da das Privateigentum einerseits eine eigenverantwortliche Lebensgestaltung des Einzelnen ermöglichen soll<sup>131</sup>, andererseits nach Art. 14 II GG gemeinwohlorientiert zu gebrauchen ist, obliegt es dem Gesetzgeber, eine Eigentumsordnung zu schaffen, die beiden verfassungsrechtlichen Direktiven gerecht wird<sup>132</sup>. Hierfür kann das Parlament naturgemäß einen Gestaltungsspielraum beanspruchen, der allerdings nicht unbegrenzt ist. Bei der näheren Bestimmung der dem Gesetzgeber gezogenen materiellrechtlichen Grenzen orientiert sich das Bundesverfassungsgericht vor allem an dem Verhältnismäßigkeitsprinzip und verlangt, daß „die Einschränkung der Eigentümerbefugnisse ... zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet und notwendig“ sein muß sowie „nicht übermäßig belastend und deshalb unzumutbar sein“ darf<sup>133</sup>. Für die vorzunehmende Interessenabwägung zwischen den Nutzungsinteressen des Eigentümers und dem Wohl der Allgemeinheit kommt es einerseits auf die Eigenart des vermögenswerten Rechts und das Ausmaß seines Sozialbezugs, andererseits auf die Bedeutung der konkreten Rechtsposition für den Eigentümer an. Soweit sich eine Eigentumsposition als Element zur Sicherung der persönlichen Freiheit des Eigentümers darstellt, genießt sie einen besonders ausgeprägten Schutz. Die Befugnis des Gesetzgebers zu Eigentumsbeschränkungen reicht andererseits umso weiter, je stär-

37

128 Siehe dazu etwa *Burmeister/Röger*, JuS 1994, 840 (842); *Lege*, JZ 1994, 431 (437); *Schoch*, in: Festschrift für *Boujong*, 1996, S. 655 (659 f.); *Wahl*, in: Festschrift für *Redeker*, 1993, S. 245 (257).

129 BVerfGE 58, 300 (330 f., NaBauskiesung); 70, 191 (199); 79, 174 (192). Zur Entwicklung der Eigentumsdogmatik siehe anschaulich *Breuer*, NuR 1996, 537 ff.; *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 1999, § 26, Rn. 3 ff.; *Steinberg/Lubberger*, Aufopferung – Enteignung und Staatshaftung, 1991, S. 31 ff. jew. m. z. w. N.

130 BVerfGE 52, 1 (27); ähnlich z. B. BVerfGE 58, 300 (330); 72, 66 (76).

131 Vgl. zur Funktion der Eigentumsgarantie auch *Badura*, in: *Benda/Maihofer/Vogel* (Hrsg.), HdbVerfR, 2. Aufl., 1994, § 10, Rn. 2 ff.

132 BVerfGE 58, 300 (334 f.); näher *Bryde* (Fn. 117), Art. 14, Rn. 59 ff.; *Ehlers*, VVDStRL 51 (1992), S. 211 (226); *Papier*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 14, Rn. 255.

133 BVerfGE 21, 150 (155); 52, 1 (32); 58, 137 (148); 70, 101 (111); 72, 9 (23); 74, 203 (214 f.); 75, 78 (97 f.); 76, 220 (238); 87, 114 (138); 92, 262 (273); *BVerfG*, NJW 1996, 246 f

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

ker eine vermögenswerte Rechtsposition in einem sozialen Bezug steht<sup>134</sup>. Einer gesteigerten Sozialpflichtigkeit unterliegt insbesondere das Privateigentum an Grund und Boden. Die Rechtsprechung hat insoweit unter Bezugnahme auf Art. 14 II GG die Doktrin von der **Situationsgebundenheit des Grundeigentums** entwickelt, wonach die Nutzungsbefugnisse des Eigentümers durch die Lage und Beschaffenheit seines Grundstücks sowie dessen Einbettung in die Umwelt geprägt werden und dadurch immanente Beschränkungen erleiden. Vor allem natur- und denkmalschützende Vorschriften schließen Eigentumsverwendungen aus, von denen ein „vernünftiger und einsichtiger Eigentümer, der auch das Gemeinwohl nicht aus dem Auge verliert, von sich aus im Blick auf die Lage und die Umweltverhältnisse seines Geländes ... absehen würde“<sup>135</sup>. Gesetzliche Nutzungsbeschränkungen sind auch dann als Inhalts- und Schrankenbestimmungen zu qualifizieren, wenn sie in bestehende, verfassungsrechtlich geschützte Eigentumspositionen eingreifen; sie schlagen also niemals in eine Enteignung um<sup>136</sup>. Überschreiten sie im Einzelfall die Grenze der Zumutbarkeit für den Eigentümer, so liegt ein Grundrechtsverstoß vor, gegen den der Betroffene gerichtlich vorgehen muß. So hielt das *BVerfG* z. B. die den Verlegern von Druckwerken gesetzlich auferlegte Verpflichtung zur unentgeltlichen Ablieferung von Belegstücken (Pflichtexemplaren) für unzulässig, „soweit die daraus im Einzelfall resultierende Vermögensbelastung ... wesentlich ins Gewicht fällt“, was für solche (wertvollen) Druckwerke bejaht wurde, „die mit großem Aufwand und zugleich nur in kleinen Auflagen hergestellt werden“<sup>137</sup>. Verfassungsrechtlich nicht beanstandet wurden dagegen beispielsweise bestimmte preisrechtliche Vorschriften, gesetzliche Beschränkungen der Veräußerungsbefugnis und des Erwerbsrechts für land- und forstwirtschaftliche Grundstücke sowie die 1976 eingeführte erweiterte Mitbestimmung in Großunternehmen<sup>138</sup>. Der Gesetzgeber kann die Verhältnismäßigkeit einer Inhalts- und Schrankenbestimmung allerdings durch Dispensvorbehalte, angemessene Übergangsregelungen oder finanzielle Kompensationsleistungen herstellen<sup>139</sup>. Ein Ausgleichsanspruch des Eigentümers<sup>140</sup> kommt vor allem dann in Betracht, wenn eine bereits ausgeübte oder

134 BVerfGE 50, 290 (340); 53, 257 (292); 70, 191 (201); siehe auch *Jarass*, in: *ders./Pieroth* (Fn. 79), Art. 14, Rn. 33; *Wendt*, in: *Sachs* (Hrsg.), GG, 1996, Art. 14, Rn. 111 ff.

135 St. Rspr. des BGH seit BGHZ 23, 30 (35); aus jüngster Zeit siehe BGHZ 105, 15 (18); 123, 242 (254 f.); siehe auch BVerwGE 49, 365 (368); 67, 84 (87); zusammenfassend *Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl., 1991, S. 146 ff. *Breuer*, NuR 1996, 537 (540) konstatiert hierzu, es „... scheint sich als dominierende Entwicklungslinie eine Stärkung des gesetzlich geregelten Naturschutzes gegenüber dem betroffenen Eigentum abzuzeichnen“. Diese Entwicklung dürfte sich unter der Geltung des Art. 20a GG noch intensivieren. Krit. dazu *Burmeister/Röger*, JuS 1994, 840 (845 f.); *Lege*, JZ 1994, 431 (438 f.); *Leisner* (Fn. 127), Rn. 157 ff.; *Papier* (Fn. 132), Art. 14, Rn. 386 ff.

136 Siehe dazu BVerfGE 52, 1 (27); 58, 300 (320); 70, 191 (200 ff.); 79, 174 (192); 83, 201 (211 f.); zuletzt *BVerfG*, NVwZ-RR 1998, 225 (227 f.); BVerwGE 94, 1 (3 ff.); BGHZ 121, 73 (78); 121, 328 (332); 123, 242 (245); 126, 379 (381 f.); 128, 204 (207 f.); *BGH*, DVBl. 1996, 671 (672) m. Anm. *Schmaltz*; *Bryde* (Fn. 117), Art. 14, Rn. 52; *Ossenbühl*, in: FS für *Friauf*, 1996, S. 391 (393); *Rittstieg*, in: FS für *Thieme*, 1993, S. 183 (192 f.). Zum Problem der Abgrenzung von Inhaltsbestimmung und Legalenteignung bei der gesetzlichen Neugestaltung von Eigentumsrechten siehe anschaulich *Ossenbühl*, JuS 1993, 200 ff.

137 BVerfGE 58, 137 (147 ff.).

138 BVerfGE 8, 274 (330, Preisrecht); 21, 73 (77 ff., Bodenverkehr); 50, 290 (339 ff., Mitbestimmung).

139 Vgl. BVerfGE 70, 191 (201 f.); 79, 174 (192); 83, 201 (211 ff.); *Pieroth/Schlink* (Fn. 83), Rn. 934 ff.

140 Vgl. zur ausgleichspflichtigen Inhalts- und Schrankenbestimmung *Kimminich*, NuR 1994, 261 ff.; *Kleinlein*, DVBl. 1991, 365 ff.; *Maurer*, DVBl. 1991, 781 ff.; *Schlette*, JuS 1996, 204 ff.; *Steinberg/Lub-*

sich nach Lage der Dinge objektiv anbietende Eigentumsnutzung im Interesse des Allgemeinwohls gesetzlich untersagt wird<sup>141</sup>. Der Anspruch kann jedoch nicht unmittelbar aus Art. 14 I GG abgeleitet werden, sondern muß spezialgesetzlich normiert sein<sup>142</sup>.

Die Abgrenzung der (grds. entschädigungslos hinzunehmenden) Inhalts- und Schrankenbestimmung von der (stets entschädigungspflichtigen) Enteignung ist im Gegensatz zu den früher herrschenden materiellen Schwere- oder Sonderopfertheorien nach dem Naßauskiesungsbeschluß des BVerfG<sup>143</sup> ausschließlich anhand **formaler** Kriterien vorzunehmen. Im Unterschied zur abstrakt-generellen Inhaltsbestimmung ist die **Enteignung** (Art. 14 III GG) durch einen staatlichen Zugriff gekennzeichnet<sup>144</sup>, der die vollständige oder teilweise Entziehung konkret-individueller, vermögenswerter Rechtspositionen bezweckt<sup>145</sup>. Die Teilentziehung einer vermögenswerten Rechtsposition setzt voraus, daß ein vom Vollrecht rechtlich abtrennbarer Teil herausgelöst wird. Dies trifft etwa auf die durch staatlichen Hoheitsakt bewirkte Belastung eines Grundstücks mit einer Dienstbarkeit, nicht jedoch für die Anordnung von Nutzungs- und Verfügungsbeschränkungen über eine Sache zu<sup>146</sup>. Enteignungen können unmittelbar durch Gesetz (Legal- bzw. Legislativenteignung; Ausnahmefall)<sup>147</sup> oder aufgrund Gesetzes durch Verwaltungsakt, Verordnung oder Satzung (Administrativenteignung; Regelfall) erfolgen. Sie sind nur zum Wohle der Allgemeinheit zulässig, müssen verhältnismäßig sein<sup>148</sup> und dürfen nach der sog. Junktimklausel des Art. 14 III 2 GG nur durch oder auf Grund eines Gesetzes erfolgen, das Art und Ausmaß der Ent-

38

berger (Fn. 129), S. 211 ff.; krit. zu dieser Rechtsfigur *Breuer*, NuR 1996, 537 (544 ff.); *Ossenbühl*, in: FS Friauf, 1996, S. 391 (398 ff.); *Papier* (Fn. 132), Art. 14, Rn. 336 ff.

- 141 BVerfGE 58, 300 (338); 83, 201 (213); BVerwGE 84, 361 (371); *BVerwG*, NJW 1996, 409 m. w. N.
- 142 BVerwGE 94, 1 (8); *Ossenbühl* (Fn. 140), S. 391 (400). Auf die in diesem Zusammenhang stark umstrittenen Fragen der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit salvatorischer Klauseln und des für die Verfolgung des Ausgleichsanspruchs statthaften Rechtswegs kann an dieser Stelle nur hingewiesen werden. Siehe zu ersterer Problematik etwa *Detterbeck*, DÖV 1994, 273 ff.; *Pietzcker*, JuS 1991, 369 ff.; *Rennert*, VBIBW 1995, 41 (45 ff.); *Rozek*, Die Unterscheidung von Eigentumsbindung und Enteignung, 1998, S. 105 ff.; zum Rechtswegstreit einerseits BGHZ 128, 204 (205 ff.: Zivilrechtsweg), andererseits BVerwGE 94, 1 (6 ff.: Verwaltungsrechtsweg) sowie aus der Literatur *Lege*, NJW 1995, 2745 ff.; *Ossenbühl* (Fn. 140), S. 404 ff.; *Rinne*, DVBl. 1994, 23 ff.; *Schenke*, NJW 1995, 3145 ff.; *Schoch*, JZ 1995, 768 ff.
- 143 BVerfGE 58, 300 ff.
- 144 Vgl. etwa BVerfGE 45, 63 (75); 56, 249 (270); 58, 300 (330 f.); 70, 191 (199 f. m. w. N.). Vgl. hierzu und zum Folgenden auch *Schmidt-Aßmann*, JuS 1986, 833 m. z. w. N.
- 145 BVerfGE 52, 1 (27); ähnlich z. B. BVerfGE 42, 263 (299); 56, 249 (260); 58, 300 (330 f.); 70, 191 (199 f.); 71, 137 (143); 72, 66 (76); 74, 264 (280). Krit. zum von der Rspr. vertretenen Enteignungsbegriff *Schwabe*, in: FS für *Thieme*, 1993, S. 251 ff. („Die Misere des Enteignungsbegriffs“).
- 146 Näher zur Problematik *Burgi*, NVwZ 1994, 527 ff.; *Osterloh*, DVBl. 1991, 906 (912).
- 147 Beispiele hierfür bieten BVerfGE 24, 367 (398 ff.) – Hamburger Deichordnungsgesetz sowie jüngst BVerfGE 95, 1 (21 ff.) – Eisenbahnplanung durch Gesetz (Südümfahrung Stendal); vgl. dazu *Sachs*, JuS 1998, 364 ff. Grund für die nur ausnahmsweise Zulässigkeit der Legalenteignung ist, daß dem betroffenen Eigentümer dadurch der Verwaltungsrechtsweg abgeschnitten wird. Gegen förmliche Gesetze ist bekanntlich nur Verfassungsbeschwerde statthaft. Im Fall der Legalplanung (Planfeststellung durch Gesetz) müssen daher „triftige Gründe für die Annahme bestehen, daß die Durchführung einer behördlichen Planfeststellung mit erheblichen Nachteilen für das Gemeinwohl verbunden wäre, denen nur durch eine gesetzliche Regelung begegnet werden kann“ (BVerfGE a. a. O., S. 22).
- 148 BVerfGE 24, 367 (404); 45, 297 (335); *Schmidt-Aßmann* (Fn. 144), S. 837.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

schädigung<sup>149</sup> regelt. Dabei ist namentlich die Enteignungsvoraussetzung „nur zum Wohle der Allgemeinheit“ nicht schon durch jedes beliebige öffentliche Interesse erfüllt; erforderlich ist vielmehr „ein besonders schwerwiegendes, dringendes öffentliches Interesse“, das zudem durch den parlamentarischen Gesetzgeber festgelegt werden muß<sup>150</sup>. Beispiele für hiernach zulässige Enteignungszwecke finden sich u. a. im Bereich der Daseinsvorsorge wie etwa in der Sicherstellung der Energieversorgung<sup>151</sup>. Wegen der Gemeinwohlbindung unzulässig sind dagegen Enteignungen aus fiskalischen Gründen und zur Vermehrung des Staatsvermögens<sup>152</sup> oder allein zur Förderung privater Interessen<sup>153</sup>. Letzteres schließt sog. privatnützige Enteignungen, wie sie beispielsweise im Zusammenhang mit der „Teststrecke Boxberg“ zur Diskussion standen, zwar nicht generell aus; die „Enteignung zugunsten Privater“ ist aber an besonders strenge Anforderungen gebunden und setzt insbesondere voraus, daß der mit der jeweiligen Enteignung verfolgte Zweck durch das Gemeinwohl gerechtfertigt und eine effektive rechtliche Bindung des begünstigten privaten Wirtschaftssubjekts an das Gemeinwohlziel gesetzlich gesichert ist<sup>154</sup>.

### 3. Die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit (Art. 2 I GG)

- 39 Art. 2 I GG sichert die allgemeine Handlungsfreiheit auch auf wirtschaftlichem Gebiet<sup>155</sup>. Dies legt es nahe, weite Bereiche der wirtschaftlichen Betätigung auch der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit zuzuordnen. Indes ist insoweit zu berücksichtigen, daß Art. 2 I GG gegenüber den speziellen Grundrechtsgewährleistungen „Auffangcharakter“ hat, also nur subsidiär Anwendung findet<sup>156</sup>; eine Berufung auf die „wirtschaftliche Handlungsfreiheit“ scheidet daher aus, wenn und soweit die jeweilige Betätigung bereits durch die spezielleren Grundrechte erfaßt wird. Das ist vielfach der Fall<sup>157</sup>. Dem Schutzbereich des Art. 2 I GG werden jedoch neben der Werbe-, Produktions- und Konsumfreiheit gemeinhin die Vertragsfreiheit, die Unternehmensfreiheit und die Wettbewerbsfreiheit zugeordnet<sup>158</sup>.
- 40 Die wirtschaftliche Entfaltungsfreiheit steht unter dem dreifachen Vorbehalt des Art. 2 I Halbsatz 2 GG. Besondere Bedeutung hat dabei die „verfassungsmäßige Ord-

149 Hinsichtlich der Entschädigungshöhe ist der Gesetzgeber weder zum vollen Schadensersatz noch zum Ersatz des vollen Verkehrswertes verpflichtet; unter Berücksichtigung des Abwägungsgebots kann er vielmehr auch eine unterhalb des Verkehrswertes liegende Entschädigung vorschreiben (BVerfGE 24, 367 (420 f.); 46, 268 (285)).

150 Vgl. BVerfGE 56, 249 (261 f.); 66, 248 (257); 74, 264 (289).

151 BVerfGE 66, 248 (258).

152 BVerfGE 38, 175 (180).

153 BVerfGE 56, 249 (284 ff. – abw. Meinung *Böhmer*).

154 BVerfGE 74, 264 (284 ff., Teststrecke Boxberg); vgl. auch BVerfGE 56, 249 (266 ff., insbes. 284 ff. – abw. Meinung *Böhmer*); 66, 248 (257 ff.).

155 BVerfGE 10, 89 (99); 29, 260 (266 f.); 50, 290 (366); 73, 261 (270); 78, 232 (244).

156 Z. B. BVerfGE 6, 32 (37); 8, 274 (328); 12, 341 (347); *Erichsen*, Jura 1987, 367 (369 f.).

157 Siehe dazu nur *Papier*, Grundgesetz und Wirtschaftsordnung, Rn. 75, der zutreffend darauf hinweist, daß wesentliche Elemente der „allgemeinen Wirtschaftsfreiheit“ bereits durch die Spezialgrundrechte der Art. 12, 14 und 9 GG erfaßt sind.

158 Näher *Reiner Schmidt*, in: *ders.*, Kompendium, § 2, Rn. 35 ff., insb., Rn. 38; *Jarass* (Fn. 11), § 3, Rn. 59.



nung“ erlangt, die vom *BVerfG* als die Gesamtheit der Normen, die formell und materiell der Verfassung entsprechen, definiert wird<sup>159</sup>. Dies eröffnet dem Gesetzgeber beträchtliche Gestaltungsspielräume, ohne ihn allerdings von verfassungsrechtlichen Bindungen völlig frei zu stellen. In materieller Hinsicht ergeben sich diese Bindungen vor allem aus dem Übermaßverbot, wonach die jeweiligen gesetzgeberischen Eingriffe zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet, erforderlich und (in engerem Sinn) verhältnismäßig sein müssen<sup>160</sup>.

Im öffentlichen Wirtschaftsrecht haben diese Begrenzungen der gesetzgeberischen Befugnisse bislang eine eher geringe Tragweite<sup>161</sup>. Das läßt sich nicht zuletzt auch an den oben erwähnten Elementen der wirtschaftlichen Entfaltungsfreiheit ablesen, deren „verfassungsfester“ Gewährleistungsgehalt im praktischen Ergebnis sehr stark reduziert ist: So ist die Vertragsfreiheit durch gesetzliche Einschränkungen regelmäßig nicht in ihrem Kernbereich berührt<sup>162</sup>. In jüngster Zeit wurden jedoch unter Betonung der durch das Sozialstaatsprinzip gezogenen Grenzen der Privatautonomie die verfassungsrechtlichen Grenzen der Vertragsgestaltung vor allem bei der Kreditsicherung mittels Bürgschaften stärker betont<sup>163</sup>. Zum Schutz eines strukturell dem Gläubiger und dem Schuldner unterlegenen Bürgen ist ein Vertrag unwirksam, dessen Folgen für den Bürgen ungewöhnlich belastend sein können. Durch die sog. Unternehmensfreiheit soll nur ein „angemessener Spielraum zur Entfaltung der Unternehmerinitiative“ als „unantastbar“ geschützt sein<sup>164</sup>. Und auch eine Berufung auf die Wettbewerbsfreiheit soll erst dann Erfolg haben, wenn diese Freiheit in einem „unerträglichen Maße eingeschränkt“ ist bzw. wenn der Unternehmer in seinen „Wettbewerbsmöglichkeiten unzumutbar geschädigt worden ist“<sup>165</sup>.

## VI. Die Gestaltung der Wirtschaft durch Gesetzgeber, Regierung und Gerichte

### 1. Der Gesetzgeber

Wirtschaftliche Staatstätigkeit hat die Aufgabe, private und kollektive Bedürfnisbefriedigung optimal abzustimmen (allokative Funktion), das Wachstum zu fördern (stabilisierende Funktion) und die Markteinkommen zu korrigieren (distributive Funktion). Hierfür steht dem Bund eine fast umfassende Kompetenz zu<sup>166</sup>. Im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit des Art. 74 GG sind das Recht der Wirtschaft (Nr. 11) und das der Landwirtschaft, die Kernenergie (Nr. 11 a), das Arbeitsrecht (Nr. 12), die Vergesellschaftung von Grund und Boden, Naturschätzen und Produktionsmitteln (Nr. 15) und die Verhütung des Mißbrauchs wirtschaftlicher

159 Z. B. *BVerfGE* 6, 32 (32 LS 3, 38); 34, 369 (378 f.); 55, 144 (148); 55, 159 (165).

160 Vgl. *BVerfGE* 17, 306 (313 f.); 35, 382 (400 f.); 38, 312 (320); 55, 159 (165 ff.); 65, 196 (215) und *Merten*, *JuS* 1976, 345 (346).

161 Ähnlich die Einschätzung von *Jarass* (Fn. 11), § 3, Rn. 60.

162 Vgl. *Weimar/Schimikowski*, S. 31.

163 *BVerfGE* 89, 214 (232 ff.); *BVerfG*, *NJW* 1996, 2021.

164 *BVerfGE* 29, 260 (267); 50, 290 (366).

165 Vgl. *BVerwGE* 30, 191 (198 f.).

166 Vgl. *Stober* (Fn. 24), S. 162 ff.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

Machtstellung (Nr. 16) zu erwähnen. Vor allem die großzügige Interpretation des Rechts der Wirtschaft (Nr. 11) durch das Bundesverfassungsgericht<sup>167</sup> ermöglichen es dem Bundesgesetzgeber, nahezu alle das wirtschaftliche Leben regelnden Normen zu erlassen. Auch die in Art. 72 Abs. 2, 2. Alt. GG genannte „Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit“ wirkt tendenziell zentralistisch<sup>168</sup>. Aus dem Gebiet der ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit stehen dem Bund die wichtigen Bereiche Währungs-, Geld- und Münzwesen (Art. 73 Nr. 4 GG) offen. Im Rahmen der Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur, der Agrarstruktur und des Küstenschutzes (Art. 91 a I Nr. 2, 3 GG) wirkt er bei der Erfüllung der Länderaufgaben mit. Ebenso liegen Haushaltsrecht und Haushaltsgestaltung (Art. 109 Abs. 3, Art. 110 GG) in der Kompetenz des Bundes, dem auch die Gesetzgebung über die wichtigsten Steuern (Art. 105 Abs. 2 GG) und Abgaben zusteht<sup>169</sup>. Obwohl die Landesverfassungen teilweise umfangreiche Bestimmungen zum Wirtschaftsleben enthalten, spielen die Landesparlamente bei der Gestaltung der Wirtschaft nur eine untergeordnete Rolle<sup>170</sup>. Durch den europäischen Integrationsprozeß droht den Ländern im Bereich wirtschaftlicher Gestaltung trotz eines eigens eingeführten Länderbeteiligungsverfahrens weitere Auszehrung<sup>171</sup>.

- 43 Unter den vielfältigen wirtschaftsordnenden und wirtschaftlenkenden Gesetzen des Bundes sind diejenigen von besonderem Interesse, die für das marktwirtschaftliche Prinzip signifikant sind. Es handelt sich um das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von 1957 und um das Stabilitäts- und Wachstumsgesetz von 1967. Außerdem ist auf § 2 des Gesetzes über die Bildung eines Sachverständigenrates von 1963 hinzuweisen, das eine marktwirtschaftliche Ordnung ausdrücklich voraussetzt. Während das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zwar nicht das ordoliberalen Modell der vollständigen Konkurrenz in Reinkultur verwirklicht, bietet es doch den Rahmen für eine pragmatische Kartellpolitik, mit der gegen schädliche Einwirkungen von Kartellen, von marktbeherrschenden Unternehmen und gegen andere Wettbewerbsstörungen vorgegangen werden kann<sup>172</sup>.
- 44 Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, wichtige normative Ausprägung ordnungspolitischer Vorstellungen, wird im Bereich der Ablaufpolitik durch das Stabilitäts- und Wachstumsgesetz ergänzt. Dieses konkretisiert die verfassungsrechtliche Bindung (Art. 109 II GG) von Bund und Ländern an das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht. Mit dessen § 1 wurde durch die Ausrichtung auf die vier Teilziele Stabilität des Preisniveaus, hoher Beschäftigungsstand, außenwirtschaftliches Gleichgewicht und Wachs-

167 Vgl. die Nachweise in Fn. 16.

168 Hierzu *Zimmermann*, in: *K. Schmidt* (Hrsg.), Beiträge zu ökonomischen Problemen des Föderalismus, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF, Bd. 166, 1987, S. 35 ff.

169 Das BVerfG betont zu Recht (BVerfGE 55, 274 [301 f.], Sonderabgaben) die Bedeutung einer strikten Beachtung der finanzverfassungsrechtlichen Zuständigkeit der Bereiche von Bund und Ländern für die Stabilität der bundesstaatlichen Verfassung.

170 Z. B. Art. 151 ff. Bay Verf.; Art. 27 ff. Hess Verf. Siehe auch *Papier*, in: *Starck/Stern* (Hrsg.), Landesverfassungsgerichtsbarkeit, Bd. 3, 1983, S. 319 ff.

171 Hierzu *Borchmann*, AöR 112 (1987), 587 ff.; *Ress*, EuGRZ 1986, 549 ff.; *Schmidt-Meinecke*, Bundesländer und Europäische Gemeinschaft, Speyerer Forschungsberichte 59, 1988, *Schröder*, JöR 35 (1986), 83 ff. und *Mögele*, APF 1988, S. 253 ff.

172 Zur rechtspolitischen Konzeption des GWB siehe *Rittner*, S. 219 ff.

tum erstmals über den Sozialstaatsgrundsatz hinaus eine deutlichere Zielvorgabe für wirtschaftspolitisches Handeln geschaffen. Das Gesetz markiert einen wichtigen Einschnitt der wirtschaftspolitischen Entwicklung der Bundesrepublik. Der Schritt vom Haushaltsplan als bloßem Rechenwerk zu einem strategischen Mittel in der Hand des Haushaltsgesetzgebers war getan. Über die Haushaltswirtschaft hinaus wurde eine umfassende rechtliche Verpflichtung der öffentlichen Hand zur umfassenden Steuerung der Wirtschaft begründet. Über die Makrogrößen eröffnete sich der Gesetzgeber im Bereich der Wirtschaft die Möglichkeit zur Globalsteuerung, während der Mikrobereich weiterhin der Selbstregulierung überlassen bleiben sollte<sup>173</sup>.

## 2. Die Regierung

Bei der Gestaltung der Wirtschaft ist die Regierung der wichtigste Akteur. Vor allem ist sie es, der das konjunkturpolitische Instrumentarium des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes zur Verfügung steht. Sie informiert (Vorlage eines Jahreswirtschaftsberichts, § 2 StabG; Vorlage eines Subventionsberichts, § 12 Abs. 2 StabG), sie plant (mittelfristige Finanzplanung, §§ 9, 10, 14 StabG; §§ 50 ff. HGrG) und sie koordiniert (konzertierte Aktion, § 3 StabG; Konjunkturrat, § 18 StabG). Auch die Steuerung öffentlicher Ausgaben durch Konjunkturausgleichsrücklagen und Kreditaufnahmen (§§ 5 bis 8, 13, 14 StabG) und die Veränderung des Steuersatzes der Einkommen- und Körperschaftsteuer (§§ 26, 27 StabG) sowie die Kreditlimitierung zu Lasten der öffentlichen Haushalte (§§ 19 ff. StabG) liegen in der Hand der Regierung. Sowohl die spezielle verfassungsrechtliche Grundlage zum Erlaß von Rechtsverordnungen durch die Bundesregierung in Art. 109 IV GG i. V. m. den Bestimmungen des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes wie die allgemeine Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen nach Art. 80 I GG lassen der Bundesregierung erhebliche Normierungsspielräume, welche wegen der großzügigen Auslegung der Bestimmtheitsanforderungen des Art. 80 I 2 GG durch das Bundesverfassungsgericht noch erweitert wurden<sup>174</sup>. Nicht minder bedeutend sind die Möglichkeiten des Gesetzesinitiativrechts (Art. 76 I GG) für die Bundesregierung, die nahezu 80 Prozent der Gesetzesvorlagen einbringt<sup>175</sup>.

Neben den normativen Möglichkeiten schaffen Sachverstand und Planungskapazität der Bundesregierung Einflußmöglichkeiten auf die Gestaltung der Wirtschaft. Hierzu trägt auch die europäische Integration bei. Bei der Europäischen Gemeinschaft ist im Gegensatz zum Bundestag die Bundesregierung über den Ministerrat vertreten<sup>176</sup>. In

173 Zur wirtschaftspolitischen Bedeutung des Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes vgl. *Hansmeyer*, in: *Stern/Münch/Hansmeyer* (Hrsg.), *Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft*, Kommentar, 1972, S. 35 ff.

174 Zur Rechtsprechung des BVerfG *Hasskarl*, AöR 94 (1969), 85 ff.; *Magiera*, *Der Staat* 13 (1974), 1 ff. Die Judikatur des BVerfG ist schwankend, vgl. BVerfGE 8, 274 (Preisgesetz) einerseits und BVerfGE 58, 293 (Verordnung über Architekten- und Ingenieurleistungen) andererseits. Aus der jüngsten Rspr. vgl. BVerfGE 78, 249 (272 ff.).

175 Vgl. *Katz*, *Staatsrecht*, 13. Aufl., 1996, Rn. 432; *Stern*, *Staatsrecht*, Bd. 2, 1980, S. 618 ff.

176 Vgl. *Reidt*, in: *Jarass* (Fn. 11), § 5, Rn. 16. Zur Rücksichtnahmeverpflichtung der Bundesregierung gegenüber den Ländern bei in deren Gesetzgebungskompetenz eingreifenden Rechtsakten der EU siehe *BVerfG*, NVwZ 1996, 1013 ff.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

Bezug auf die häufig beklagte Verlagerung von Planungsfunktionen vom Gesetzgeber auf die Regierung und auf die Ministerialbürokratie ist unter Gewaltenteilungsgesichtspunkten zu beachten, daß im Regelfall die Parlamentsmehrheit von der Regierung getragen wird, die dem Parlament zugedachte Kontrollaufgabe deshalb nur von der Opposition geleistet werden kann<sup>177</sup>.

- 47 Mit Hilfe der Typenvielfalt von Maßnahme-, Plan-, Richtlinien- oder Ermächtigungsgesetzen kann allerdings auch der Gesetzgeber Wirtschaftspolitik betreiben. Die Volksvertretung beschränkt sich nicht auf die Gesetzgebung allein, sie nimmt vielmehr „über den Vertrauenszusammenhang des parlamentarischen Regierungssystems Einfluß auf die Politik insgesamt“<sup>178</sup>. Insofern ist der Regierung im Parlament ein Gegengewicht entstanden.
- 48 Neben der Regierung haben die **Behörden** des Bundes, der Länder und der Kommunen erhebliche Spielräume zur Gestaltung der Wirtschaft. Dies liegt zum einen daran, daß wirtschaftsordnende und wirtschaftslenkende Gesetze häufig mit weiten Generalklauseln arbeiten<sup>179</sup>, zum anderen daran, daß nach dem Grundgesetz die Exekutive nicht durchgängig vom parlamentarischen Gesetzgeber abhängt<sup>180</sup>. Ein Totalvorbehalt zugunsten der Legislative wird auch nicht von denjenigen gefordert, die aus rechtsstaatlichen Erwägungen und unter Berufung auf die Wesentlichkeitslehre des Bundesverfassungsgerichts insbesondere im Subventionsbereich für eine weitergehende Durchnormierung eintreten<sup>181</sup>. Wegen der Eigenart der Materie des öffentlichen Wirtschaftsrechts (Flüchtigkeit des Tatsachenmaterials, Notwendigkeit zu rascher Reaktion) sind Verwaltungsvorschriften ein bevorzugtes Mittel zur Organisation, zur Norminterpretation und zur Ermessenslenkung im Bereich der Wirtschaftsverwaltung. Vielfach haben sie gesetzesvertretende Funktionen übernommen, d. h. sie liefern erst die Entscheidungsmaßstäbe<sup>182</sup>.

## 3. Die Gerichte

- 49 Mit dem Investitionshilfeurteil<sup>183</sup> hatte das *Bundesverfassungsgericht* dem wirtschaftspolitischen Gesetzgeber einen weiten „Raum freier politischer Gestaltung“<sup>184</sup> eröffnet. Sind Maßnahmen nicht „schlechthin ungeeignet“<sup>185</sup>, dann werden sie generell akzeptiert. Der Gesetzgeber darf sich Fehlprognosen<sup>186</sup> bei seinen wirtschaftspoliti-

177 *Württemberg*, Staatsrechtliche Probleme politischer Planung, 1979, S. 329; *Graf Vitzthum*, Parlament und Planung, 1978, passim.

178 *Möbke*, Regierungsfunktionen des Parlaments, 1986, S. 133.

179 Z. B. „Schädliche Umwelteinwirkungen“, (§ 5 I Nr. 1 BImSchG) oder „Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“, (§ 1 StabG).

180 Grundsätzlich *Maurer/Schnapp*, VVDStRL 43 (1985), 135 ff., 172 ff.

181 Zum Gesetzesvorbehalt allgemein *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 1999, § 6, Rn. 3 ff. Zum Subventionswesen *Kahl*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 6, Rn. 22 ff. m. w. N.

182 Z. B. BVerwGE 58, 45 (Agrarsubventionen).

183 BVerfGE 4, 7.

184 So für die Deutschlandpolitik BVerfGE 36, 1 ff. (14).

185 BVerfGE 19, 119 (126 f.).

186 BVerfGE 25, 1 (12 f.).

schen Zielsetzungen erlauben<sup>187</sup>. Die traditionelle Zurückhaltung des Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem Gesetzgeber im Lebensbereich Wirtschaft, der damit weitgehend dem Gesetzgeber und der Verwaltung überlassen wird, ist keineswegs Ausdruck einer generellen Haltung des Gerichts; so sind z. B. die Handlungsspielräume in der Bildungspolitik weit geringer<sup>188</sup>.

Ein entscheidender Prüfstein für die Möglichkeiten einer Normierung wirtschaftspolitischer Ziele und Instrumente ist die Justitiabilität des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts (Art. 109 II GG). Die grundsätzliche Ausrichtung der Wirtschaftspolitik auf dessen in § 1 StabG näher aufgefächertes Zielbündel liefe leer, wenn im Ernst- und Extremfall das Bundesverfassungsgericht dem gesamtwirtschaftlichen Gleichgewicht jede Justitiabilität abspräche<sup>189</sup>. 50

Insgesamt bleibt abzuwarten, ob das Bundesverfassungsgericht die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Maßnahme aus dem Gesichtspunkt der objektiven Zweckuntauglichkeit weiterhin „nur sehr selten und nur in ganz besonders gelagerten Fällen“<sup>190</sup> bejaht oder ob, wie in anderen Lebensbereichen auch, der Gesetzgeber, wenn er die Wirtschaft ordnet und lenkt, etwas dichter an die Verfassung angebunden wird. Die Gefahr einer zu weitgehenden Juridifizierung wirtschaftspolitischer Sachverhalte besteht bisher nicht; eher ist das Gegenteil der Fall. 51

Auch die **Verwaltungsgerichtsbarkeit** hat trotz der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 IV GG und trotz der von ihr geforderten vollständigen richterlichen Rechtskontrolle der Verwaltung bei ihrer wirtschaftsgestaltenden und wirtschaftsverwaltenden Tätigkeit Letztentscheidungsspielräume zugestanden. Die verfassungsrechtliche Begründung für eine nur abgedämpfte Kontrolldichte hat das Bundesverfassungsgericht vor allem in der „Sasbach-Entscheidung“<sup>191</sup> entwickelt<sup>192</sup>. Nach Auffassung des Gerichts ist zwar die rechtsprechende Gewalt grundsätzlich nicht an die tatsächlichen und rechtlichen Feststellungen seitens anderer Gewalten gebunden, dies aber nur „unbeschadet normativ eröffneter Gestaltungs-, Ermessens- und Beurteilungsspielräume“<sup>193</sup>. Im Wirtschaftsverwaltungsrecht sind im so eröffneten Raum für administrative Letztentscheidungen folgende konkretisierende Typen entwickelt worden: Beurteilungsermächtigungen<sup>194</sup>, Einschätzungsprärogativen<sup>195</sup>, Prognosespielräume<sup>196</sup> 52

187 Vgl. BVerfGE 13, 97 (110); 25, 1 (13); 30, 292 (311 f.); 37, 1 (19 f.); 38, 61 (86 f.); 39, 210 (225 f.); 46, 246 (257); 51, 193 (208); 53, 135 (145).

188 Vgl. z. B. die Judikatur zum Schulwesen, BVerfGE 34, 165 (192 f., Förderstufe); BVerfGE 41, 251 (259 ff., Speyer-Kolleg); BVerfGE 45, 400 (417 ff., gymnasiale Oberstufe); BVerfGE 47, 46 (78 ff., Sexualkundeunterricht); BVerfGE 58, 257 (264 ff., Schulentlassung).

189 Zum Meinungsstand *Hollmann*, Rechtsstaatliche Kontrolle der Globalsteuerung, 1980, S. 133 ff.

190 BVerfGE 30, 250 (264, Absicherungsgesetz).

191 BVerfGE 61, 82.

192 Hierzu auch *Schmidt-Aßmann*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Art. 19 IV, Rn. 185–187. Zu den ungelösten Fragen der Entscheidung des BVerfG *Kloepfer*, *VerwArch* 76 (1985), 371 ff. (391 f.).

193 BVerfGE 61, 82 (111).

194 BVerwGE 62, 330 (Saatgutverwertung); BVerwGE 59, 213 (Eintragung in die Architektenliste).

195 BVerfG, DVBl. 1972, 895 mit Anmerkung von *Redeker* (Import von Schafen); BVerwG, DVBl. 1979, 877 (Vermahlungsplafond für Mühlen) und BVerwGE 64, 238 (Taxizulassung).

196 Nach h.M. soll für die gewerberechtliche Zulässigkeitsprüfung kein Prognosespielraum bestehen, vgl. *Tettinger*, Rechtsanwendung, S. 424 ff.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

und, im Umweltbereich, Rezeptionsbegriffe<sup>197</sup>. Im Ganzen ist es der Verwaltungsgerichtsbarkeit geglückt, plausible Kontrollmaßstäbe zu entwickeln. Außerdem spielt neben dem Verwaltungsermessen auch im öffentlichen Wirtschaftsrecht das Planungsermessen<sup>198</sup> eine Rolle.

- 53 Die von der Verwaltungsgerichtsbarkeit gewählte Kontrolldichte wird im Ganzen gesehen dem komplexen Verhältnis von parlamentarischer Entscheidung, administrativer Regelungsgewalt und richterlicher Kontrollaufgabe gerecht<sup>199</sup>.

## B. Die Organisation der Wirtschaftsverwaltung

### I. Verfassungsrechtliche Grundlagen

- 54 Nach dem Grundgesetz gilt das Prinzip der Trennung von Gesetzgebungs- und Verwaltungszuständigkeit<sup>200</sup>. Während dem Bund de facto ein klares Übergewicht bei der Gesetzgebung zukommt<sup>201</sup>, liegt der Schwerpunkt der wirtschaftsverwaltenden Tätigkeit aufgrund der Kompetenznormen der Art. 30 und 83 ff. GG bei den Ländern. Die Zuständigkeitsvermutung des Art. 30 GG für die Länder betrifft sowohl die gesetzesausführende wie die gesetzesfreie Verwaltung<sup>202</sup>. Bundes- und Landesverwaltung sind nach der Systematik der Art. 83 ff. GG organisatorisch streng voneinander zu unterscheiden, wenn sie auch in praxi vielfach ein gemeinsames Gefüge bilden<sup>203</sup>. Die Bundesverwaltung unterliegt nicht nur einer von den Ländern abweichenden Organisation, sondern auch anderen Gesetzen als die Landesverwaltung<sup>204</sup>. Grundsätzlich gilt ein verfassungsrechtliches Verbot der Mischverwaltung, d. h. „einer Verwaltungsorganisation, bei der eine Bundesbehörde einer Landesbehörde übergeordnet ist, oder bei der ein Zusammenwirken von Bundes- und Landesbehörden durch Zustimmungserfordernisse erfolgt“<sup>205</sup>.
- 55 Die Ausführung von Landesgesetzen ist ausschließlich Sache der Länder; der Bund darf hierzu keine eigenen Behörden errichten, es sei denn, es handelt sich um eine durch Bundesgesetz zur Gemeinschaftsaufgabe i. S. d. Art. 91a, 91b GG erklärte

197 Sie kommen vor allem im Recht der Technik vor, z. B. der „Stand der Technik“ in § 3 BImSchG.

198 Vgl. z. B. § 28 I PBefG (Planfeststellungsverfahren).

199 Für eine stärkere Betonung der Subsidiarität und der Garantie der Rechtssicherheit *Heinze*, in: Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverwaltungsgerichts, 1978, 279 ff. (291 f.).

200 Vgl. *L. Diederichsen*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 3, Rn. 12; *Püttner/Kretschmer*, Die Staatsorganisation, 2. Aufl., 1993, S. 206.

201 Die im Zuge der vereinigungsbedingten Verfassungsreform erfolgte Neufassung des Art. 72 II GG soll den zentralistischen Tendenzen bei der Gesetzgebung entgegenwirken, näher dazu *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 240; *Rybak/Hoffmann*, NVwZ 1995, 230 ff.; *Sannwald*, DÖV 1994, 629 ff.; *Sommermann*, Jura 1995, 393 (395 ff.).

202 BVerfGE 12, 205 (246 ff.); 22, 180 (217); 39, 96 (109).

203 Vgl. zum Ganzen auch *Hesse* (Fn. 201), Rn. 251.

204 Vgl. beispielhaft § 1 III VwVfG, wonach das Verwaltungsverfahrenrecht des Bundes grundsätzlich nicht für die Ausführung von Bundesgesetzen durch Landesbehörden gilt. Insoweit ist vielmehr das jeweilige Landes-VwVfG einschlägig.

205 BVerfGE 11, 105 (124); 32, 145 (156); 39, 96 (120); 41, 291 (311).

Angelegenheit<sup>206</sup>. Bundesrecht wird dagegen nach Art. 83 ff. GG entweder von Landesbehörden oder von Bundesbehörden ausgeführt. Das Grundgesetz räumt dem Bund in bestimmten, enumerativ aufgezählten Fällen (Art. 86 ff. und Art. 108 GG) Kompetenzen zur Ausführung von Bundesgesetzen durch eigene Behörden oder verselbständigte Verwaltungseinheiten<sup>207</sup> ein. Darüber hinaus wird der Bund entgegen der Vermutung des Art. 30 GG im Bereich der gesetzessfreien Verwaltung unter Inanspruchnahme einer Verwaltungskompetenz kraft Natur der Sache oder kraft Sachzusammenhangs wirtschaftsverwaltend tätig, indem er etwa die wissenschaftliche Großforschung fördert, Modellversuche durchführt und Maßnahmen der allgemeinen Wirtschaftsförderung, die für das ganze Bundesgebiet von überragender Bedeutung sind, ergreift<sup>208</sup>. Das Bundesverfassungsgericht erlaubt dies unter der Voraussetzung, daß die Überregionalität einer Aufgabe deren wirksame Erfüllung durch die Länder hindert<sup>209</sup>, läßt aber die Verwaltungskompetenz an der Gesetzgebungskompetenz enden<sup>210</sup>.

Die Länder haben im übrigen nach Art. 84 und 85 GG Wirtschaftsgesetze des Bundes in eigener Verantwortung zu vollziehen und hierzu grundsätzlich auch die Verwaltungsorganisation sowie das Verwaltungsverfahren zu regeln. Hierbei ergeben sich jedoch mehr oder weniger starke Einwirkungsmöglichkeiten des Bundes, die durch das grundsätzliche Verbot der Mischverwaltung nicht ausgeschlossen werden<sup>211</sup>. Nach Art. 84 I a.E. und Art. 85 I a.E. GG kann mit Zustimmung des Bundesrates die Kompetenz zur Regelung von Organisations- und Verfahrensfragen von den Ländern auf den Bund übertragen werden. Dies ist heute praktisch zum Regelfall geworden<sup>212</sup>. Soweit weiterhin die Länder für Organisation und Verfahren zuständig bleiben, kann die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates die zuständigen Landesbehörden durch den Erlaß von Verwaltungsvorschriften an eine bestimmte „Vollzugspolitik“ binden (Art. 84 II, 85 II GG). Daneben können die obersten Bundesbehörden Aufsichtsbefugnisse wahrnehmen. Bei der Ausführung von Wirtschaftsgesetzen des Bundes als eigene Angelegenheit der Länder übt das Bundesministerium für Wirtschaft eine Rechtsaufsicht aus (Art. 84 III, IV GG). Bei der Bundesauftragsverwaltung erstreckt sich die Bundesaufsicht neben der Gesetzmäßigkeit auch auf die Zweckmäßigkeit der Ausführung (Art. 85 IV GG, Fachaufsicht). Die Landesbehörden unterstehen insoweit sogar Einzelweisungen der obersten Bundesbehörden (Art. 85 III GG). Dies wird im Bereich der Wirtschaftsverwaltung u. a. beim Vollzug von Subventionsgesetzen (Geldleistungsgesetzen) bedeutsam, wenn der Bund mindestens die Hälfte der Ausgaben trägt (Art. 104a III 2 GG).

206 Vgl. etwa das Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“. Zur Kritik an der mit den Gemeinschaftsaufgaben verbundenen Durchbrechung der Aufgaben- und Finanzierungstrennung vgl. *Mager*, in: v. *Münch/Kunig* (Hrsg.), GG, Bd. 3, 3. Aufl., 1996, Art. 91a, Rn. 67 ff.; *Pfeifer*, in: *Reiner Schmidt* (Hrsg.), Aktuelle Fragen der regionalen Strukturpolitik, 1989, S. 41 ff.

207 Zu Begriff und Bedeutung vgl. *Schuppert*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch verselbständigte Verwaltungseinheiten, 1981. Siehe auch näher unten, Abschnitt II.2.b).

208 Näheres bei *Fischer-Menshausen*, in: v. *Münch/Kunig*, GG, Bd. 3, 3. Aufl., 1996, Art. 104 a, Rn. 10.

209 BVerfGE 22, 180 (217, Jugendhilfe).

210 BVerfGE 12, 205 (229, Rundfunk). Art. 74 Nr. 11 GG macht indes deutlich, daß diese Grenze recht weit gezogen ist.

211 Näher dazu BVerfGE 63, 1 (36 ff.).

212 Vgl. *Hesse* (Fn. 201), Rn. 245.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

- 57 Besondere Gefahren für die Unabhängigkeit der Länder bestehen in den Fällen, in denen der Bund den Ländern Finanzhilfen für besonders bedeutsame Investitionen (Art. 104a IV GG) gewährt. Die Länder sind auf diese Hilfen vielfach angewiesen; die vom Grundgesetz aufgestellten Förderungsvoraussetzungen bzw. strukturpolitischen Ziele („besonders bedeutsame Investitionen“, „Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“, „Ausgleich unterschiedlicher Wirtschaftskraft“, „Förderung des wirtschaftlichen Wachstums“) bilden wegen ihrer Unbestimmtheit und Weite keine wirksame Hemmschwelle für Bundesaktivitäten und können die ihnen zugeordnete Ordnungs- und Disziplinierungsaufgabe nicht erfüllen. Das Bundesverfassungsgericht hat versucht, durch eine restriktive Auslegung des Art. 104a IV GG gegenzusteuern<sup>213</sup>.
- 58 Aus alledem erhellt, daß dem Bund im Bereich der Wirtschaftsverwaltung trotz der grundsätzlich bestehenden Länderkompetenz ein maßgeblicher Einfluß verbleibt.

## II. Die Bundesverwaltung

### 1. Die unmittelbare Bundesverwaltung

- 59 Die Bundesministerien, vor allem das Bundeswirtschaftsministerium, nehmen im Rahmen der Richtlinienkompetenz des Bundeskanzlers (Art. 65 GG) staatsleitende Regierungsfunktionen auf dem Gebiet der Wirtschaftspolitik (z. B. Konjunkturpolitik, Strukturpolitik, Außenwirtschaftspolitik) wahr<sup>214</sup>. Daneben werden sie jedoch auch unmittelbar wirtschaftsverwaltend tätig<sup>215</sup>. Zu nennen sind hierbei einmal die Aufgaben, die sie als Spitzenbehörden des wirtschaftsverwaltenden Behördenunterbaus wahrnehmen, zum anderen speziell zugewiesene Tätigkeiten wie die Subventionsvergabe nach Maßgabe des Bundeshaushaltsplans, die Erteilung von Genehmigungen (z. B. nach § 24 III GWB) und die Aufsicht über bundesunmittelbare Körperschaften und Anstalten der Wirtschaftsverwaltung.
- 60 Das Schwergewicht der wirtschaftsverwaltenden Tätigkeit des Bundes liegt bei den selbständigen<sup>216</sup> Bundesoberbehörden. Sie sind unmittelbar obersten Bundesbehörden unterstellt, haben keinen Verwaltungsunterbau und sind für das ganze Bundesgebiet zuständig. In der Regel sind sie mit obrigkeitlichen Exekutivbefugnissen ausgestattet<sup>217</sup>. Ihre Errichtung erfolgt auf Grund des Art. 87 III 1 GG, soweit sich nichts anderes aus einer spezielleren Vorschrift ergibt. Für den Bereich der Wirtschaftsverwaltung kommen zusätzlich die Verwaltungskompetenznormen der Art. 87 d GG (z. B. Luftfahrtbundesamt), Art. 89 II GG (Bundesamt für Schiffsvermessung und

213 BVerfGE 39, 96 (Städtebauförderung); BVerfGE 41, 291 (Struktursonderprogramm).

214 Hierzu zählt etwa die Schließung des „Bündnis für Arbeit“ zwischen Bundesregierung und den Tarifpartnern, vgl. *Reidt*, in: Jarass (Fn. 11), § 5, Rn. 15.

215 *Tettinger*, Rechtsanwendung, S. 236.

216 *Beachte*: Die Selbständigkeit ist hier nur in einem organisatorisch-funktionellen Sinne zu verstehen. Bei Bundesoberbehörden handelt es sich also *nicht* um (rechtlich) verselbständigte Verwaltungseinheiten, vgl. *L. Diederichsen*, in: *Reiner Schmidt*, Compendium, § 3, Rn. 22.

217 Allgemein zu den Bundesoberbehörden *Dittmann*, Die Bundesverwaltung, 1983, S. 251 ff.



Deutsches Hydrographisches Institut) und Art. 108 I GG (Bundesmonopolverwaltung für Branntwein) zur Errichtung von Bundesoberbehörden in Betracht. Betrachtet man die in Art. 87 III 1 GG genannten Voraussetzungen für die Schaffung neuer Bundesoberbehörden<sup>218</sup>, so wird deutlich, daß dem Bund hier weitreichende Möglichkeiten zur Ausdehnung seiner Wirtschaftsverwaltungstätigkeit eingeräumt werden.

Gegenwärtig gibt es mehr als zwanzig Bundesoberbehörden, die den Schwerpunkt ihrer Tätigkeit im Wirtschaftsverwaltungsrecht haben. Eine Sonderstellung nimmt dabei das Bundeskartellamt ein. Aufgrund seiner bedeutenden Funktion als „Hüter des freien Wettbewerbs“ ist es von auf den Einzelfall bezogenen Weisungen des übergeordneten Bundesministeriums für Wirtschaft freigestellt<sup>219</sup> und handelt nach einem gerichtsähnlichen Verwaltungsverfahren (vgl. §§ 51 ff. GWB). Allerdings kann der Bundesminister für Wirtschaft trotz der Untersagung eines wirtschaftlichen Zusammenschlusses durch das Bundeskartellamt und sogar trotz einer Bestätigung dieser Verfügung durch die Gerichte einen Zusammenschluß erlauben, wenn überwiegende öffentliche Interessen dies rechtfertigen (§ 24 III bis V GWB). 61

Aus der grundsätzlichen Zulässigkeit der Schaffung organisatorisch verselbständigter Träger unmittelbarer Bundesverwaltung schließt die h.M. a maiore ad minus auf die Zulässigkeit der Errichtung von Verwaltungseinheiten mit geringerer funktionaler Selbständigkeit. Als solche existieren nicht rechtsfähige Bundesanstalten, die nicht zugleich Bundesoberbehörden sind, schlichte Bundesstellen oder sog. dislozierte Außenstellen<sup>220</sup>. Diese Behörden übernehmen lediglich Hilfsfunktionen für die Wirtschaftsverwaltung (z. B. im Bereich der Informationsbeschaffung und der Forschung) und sind daher streng genommen nicht zur Organisation der Wirtschaftsverwaltung zu rechnen<sup>221</sup>. Beispiele bilden die Bundesforschungsanstalten und die Bundesstelle für Außenhandelsinformation. Letztere ist eine ausgelagerte Verwaltungsstelle des Bundesministers für Wirtschaft in Form der nichtrechtsfähigen Anstalt<sup>222</sup> und soll der deutschen Wirtschaft und den Behörden Informationen über außenwirtschaftliche Probleme verschaffen und dadurch den Außenhandel fördern. Nicht selten werden derartige Einrichtungen der „nichtministeriellen Zentralverwaltung“ ohne gesetzliche Grundlage geschaffen<sup>223</sup>. Voraussetzung für die Errichtung ist lediglich das Vorliegen einer Verwaltungskompetenz des Bundes im betreffenden Sachbereich<sup>224</sup>. 62

218 Siehe im einzelnen *L. Diederichsen* (a. a. O.), Rn. 22 f.

219 Dies schließt die Möglichkeit allgemeiner Weisungen durch das Bundesministerium für Wirtschaft nicht aus. Diese müssen jedoch im Bundesanzeiger veröffentlicht werden, vgl. § 49 GWB.

220 Näher dazu *Reiner Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allg. Teil, 1990, S. 398 ff.; *Stern*, Staatsrecht, Bd. II, S. 831.

221 Vgl. *Reiner Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allg. Teil, 1990, S. 399.

222 *Stern*, a. a. O.

223 Krit. dazu *J. Ipsen*, Staatsrecht I, 9. Aufl., 1997, Rn. 641.

224 Insoweit wird teilweise eine ungeschriebene Verwaltungszuständigkeit des Bundes angenommen, was jedoch wegen Art. 30 GG verfassungsrechtlich problematisch ist. Zur Möglichkeit einer analogen Anwendbarkeit von Art. 87 III GG vgl. *Lerche*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Bd. III, Art. 87, Rn. 203 f.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

### 2. Die mittelbare Bundesverwaltung

- 63 Der Bund hat von der in Art. 87 III 1 GG des weiteren eingeräumten Möglichkeit, rechtlich<sup>225</sup> verselbständigte Träger der mittelbaren Bundesverwaltung (bundesunmittelbare<sup>226</sup> Körperschaften oder bundesunmittelbare Anstalten des öffentlichen Rechts) zu errichten, auf dem Gebiet des Wirtschaftsverwaltungsrechts ebenfalls regen Gebrauch gemacht. Von den insgesamt knapp zwanzig existierenden, bundesunmittelbaren Anstalten sind die meisten wirtschaftsverwaltend tätig<sup>227</sup>. Dies trifft auch auf die bundesunmittelbaren Körperschaften des öffentlichen Rechts zu<sup>228</sup>. Von den gesetzgeberischen Motiven, die mit der rechtlichen Verselbständigung von Verwaltungsträgern verbunden sind, sind es die Bildung abgeschirmter Sondervermögen, die Möglichkeit zu flexiblem Handeln und die partizipatorischen Chancen für die Mitverwaltung durch Interessenten, die den Eigenarten und Erfordernissen der Wirtschaftsverwaltung entgegenkommen<sup>229</sup>.

### III. Die Länderverwaltung

- 64 Die Kompetenzordnung, nach der die Wirtschaftsverwaltung gemäß der Grundregel des Art. 30 GG bei den Ländern liegt, umfaßt auch die Errichtung der Verwaltungsorganisation. Die Länderverfassungen fordern hierfür regelmäßig ein Gesetz<sup>230</sup>. Als Organisationsstrukturen finden sich (außer in kleineren Bundesländern<sup>231</sup>) im Bereich der unmittelbaren Staatsverwaltung oberste Landesbehörden, Landesoberbehörden sowie Landesmittel- und Landesunterbehörden der allgemeinen Verwaltung und der Sonderverwaltung. Alle Länder haben auch von der Möglichkeit der Dezentralisation Gebrauch gemacht und Verwaltungsaufgaben auf selbständige Verwaltungsträger, vor allem auf rechtsfähige Anstalten und Körperschaften übertragen (u. a. auf Kreditinstitute, Versicherungsanstalten, berufsständische Kammern).
- 65 Neben den Ländern nehmen die **Gemeinden** im Rahmen ihres Selbstverwaltungsrechts (Art. 28 II GG) Aufgaben der Wirtschaftsplanung und der Wirtschaftsförde-

225 Die rechtliche Selbständigkeit unterscheidet diese Verwaltungsträger von den Bundesoberbehörden, die als Träger unmittelbarer Bundesverwaltung lediglich organisatorisch verselbständigt sind, aber keine eigene Rechtspersönlichkeit aufweisen.

226 Der Begriff „bundesunmittelbar“ im Zusammenhang mit der „mittelbaren Bundesverwaltung“ führt naturgemäß zu Irritationen. Die betreffenden Körperschaften und Anstalten sind rechtlich selbständig und gehören damit zur mittelbaren Bundesverwaltung, unterstehen aber einer Rechtsaufsicht „unmittelbar“ durch die zuständigen Bundesbehörden. Vgl. näher *L. Diederichsen*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 3, Rn. 17; *J. Ipsen* (Fn. 223), Rn. 624.

227 An erster Stelle ist insoweit die Bundesbank zu nennen, die aufgrund ihrer durch § 12 BBankG verbürgten Unabhängigkeit freilich eine Sonderstellung einnimmt. Vgl. im einzelnen die Aufstellung bei *Dittmann* (Fn. 217), S. 259 f.

228 Es handelt sich dabei vorwiegend um berufsständische Körperschaften wie die Rechtsanwaltskammer beim Bundesgerichtshof und körperschaftlich verfaßte Kreditinstitute wie die Deutsche Pfandbriefanstalt.

229 Zu den Gründen der anstaltlichen Verselbständigung *Breuer*, *VVDStRL* 44 (1986), 227 ff.

230 *Z. B.* Art. 70 BW Verf.; Art. 77 Bay Verf.

231 Neben den Stadtstaaten Berlin, Bremen und Hamburg verzichten auch Brandenburg und Mecklenburg-Vorpommern auf eine Mittelinstanz, vgl. *Reidt*, in: *Jarass* (Fn. 11), § 5, Rn. 27.

rung wahr<sup>232</sup>. Wegen der Ausstrahlungswirkung über das jeweilige Gemeindegebiet hinaus sind kommunale Förderungsmaßnahmen nur im Rahmen der Gesetze möglich<sup>233</sup>.

#### IV. Die Selbstverwaltung der Wirtschaft

##### 1. Allgemeines

Der Begriff „Selbstverwaltung“ wird generell durch drei Merkmale gekennzeichnet: öffentlich-rechtliche Rechtsform, Mitwirkung der Betroffenen (Partizipation) sowie eigenverantwortliche Aufgabenerfüllung<sup>234</sup>. Von Selbstverwaltung der Wirtschaft spricht man demgemäß, wenn eine **öffentlich-rechtliche Organisation** vorhanden ist, die **öffentliche Verwaltungsaufgaben für bestimmte private Wirtschaftszweige erledigt**<sup>235</sup>. Nicht zur Selbstverwaltung der Wirtschaft zählen daher privatrechtliche Zusammenschlüsse wie etwa die Wirtschaftsverbände sowie die eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Die Dezentralisierung von Wirtschaftsverwaltungsaufgaben auf Selbstverwaltungsorgane hat zum Zweck, die staatliche Wirtschaftsverwaltung zu entlasten und zugleich die Wirtschaftsteilnehmer selbst an der Erledigung ihrer Angelegenheiten zu beteiligen und deren Sachverstand zu nutzen. Die Selbstverwaltung der Wirtschaft ist damit Ausdruck der Kooperation zwischen Staat und Wirtschaft.

66

Eine grundsätzliche, funktionelle Unterscheidung innerhalb der Träger der Selbstverwaltung der Wirtschaft kann getroffen werden zwischen Organisationen der **berufsständischen** (u. a. Architekten-, Ärzte-, Notare-, Rechtsanwalts-, Patentanwalt-, Wirtschaftsprüferkammern)<sup>236</sup> und der **wirtschaftlichen** (Handwerks-, Industrie- und Handels-, Landwirtschaftskammern) Selbstverwaltung<sup>237</sup>. Diese in der gesellschaftlichen Sphäre „urbeheimateten“<sup>238</sup> Organisationen werden auch heute noch durch Elemente gesellschaftlicher Verbandsstruktur geprägt, gehören aber zur mittelbaren Staatsverwaltung<sup>239</sup>. Ihr klassisches Gewand ist die öffentlichrechtliche Körperschaft, die unter der Rechts-, nicht der Fachaufsicht des Staates steht<sup>240</sup>. Im Gegensatz zu den Körperschaften des Art. 87 III GG werden bei den Kammern die Mitglieder des jeweiligen Hauptorgans von den Personen des jeweiligen Berufszweigs gewählt<sup>241</sup>.

67

232 *Lange*, Möglichkeiten und Grenzen gemeindlicher Wirtschaftsförderung, 1981; *Schäfer/Knemeyer/v.d.Heide*, Kommunale Wirtschaftsförderung, 1981; *Stober*, JZ 1984, 105 ff. und *Püttner*, S. 305 ff.

233 Dies wird betont von *Altenmüller*, DVBl. 1981, 691; *Reidt*, in: *Jarass* (Fn. 11), § 10, Rn. 8.

234 Vgl. *Hendler*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdbStR IV, 1990, § 106, Rn. 23 u. 61.

235 Im einzelnen ist hier vieles str., vgl. *Stober*, Handbuch, S. 892 f.

236 Näher zu den berufsständischen Kammern *Pitschas*, in: *Reiner Schmidt* (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bes. Teil 2, 1996, § 9, Rn. 205 ff.

237 Einen instruktiven Überblick über sämtliche, derzeit in Deutschland bestehenden Kammerorganisationen gibt *Tettinger*, Kammerrecht, 1997, S. 4 ff.

238 So, bezogen auf die Industrie- und Handelskammern, *Leibholz*, Die Stellung der Industrie- und Handelskammern in Gesellschaft und Staat, 1966, S. 8.

239 Dies ist nicht unbestritten; vgl. *Stern*, Staatsrecht, Bd. 1, 1984, S. 402.

240 Zu den Aufsichtsbefugnissen am Beispiel der Handwerkskammern siehe *Eyermann*, GewArch 1992, 209 ff.

241 Vgl. *Reidt*, in: *Jarass* (Fn. 11), § 6, Rn. 4.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

- 68 Den Kammern selbst stehen nach umstrittener Meinung als Hoheitsträger keine Grundrechte zu<sup>242</sup>, die Mitglieder dagegen können sich gegenüber ihrer Kammer auf Grundrechte berufen. Konflikte treten hier hauptsächlich infolge der mit dem Prinzip der „Verkammerung“ bestimmter Berufszweige verbundenen Zwangsmitgliedschaft (vgl. § 90 II HwO, § 2 I IHK-G) auf, die eine Rechtspflicht zur Entrichtung finanzieller Beiträge zur Folge hat (§ 113 HwO, § 3 II–VIII IHK-G)<sup>243</sup>. Die Verfassungsmäßigkeit dieser Eingriffe in die Grundrechte der privaten Wirtschaftsteilnehmer mißt das Bundesverfassungsgericht nicht an der Vereinigungsfreiheit des Art. 9 I GG, weil diese den Einzelnen nicht vor einer gesetzlich erzwungenen Eingliederung in eine öffentlich-rechtliche Körperschaft oder Anstalt schütze<sup>244</sup>; auch die Berufsfreiheit des Art. 12 I GG sei nicht berührt, weil die Kammerzugehörigkeit „einfache Folge“ der Berufsausübung sei und keine berufsregelnde Tendenz aufweise<sup>245</sup>. Vielmehr verwendet das Gericht als Prüfungsmaßstab die wirtschaftliche Handlungsfreiheit des Art. 2 I GG, die bei Erfüllung „legitimer öffentlicher Aufgaben“<sup>246</sup> durch die Kammer nicht verletzt werde<sup>247</sup>. Legitime öffentliche Aufgaben sind dabei solche, „an deren Erfüllung ein gesteigertes Interesse der Gemeinschaft besteht, die aber so geartet sind, daß sie weder im Wege privater Initiative wirksam wahrgenommen werden können, noch zu den im engeren Sinne staatlichen Aufgaben zählen, die der Staat selbst durch seine Behörden wahrnehmen muß“<sup>248</sup>. Der Bereich der legitimen öffentlichen Aufgaben deckt sich mit dem gesetzlich festgelegten Aufgabenbereich der Kammern (§ 91 HwO, § 1 IHK-G)<sup>249</sup>. Ein Pflichtmitglied hat dementsprechend einen Anspruch darauf, daß sich die öffentlich-rechtliche Zwangskörperschaft an ihren gesetzlich umrissenen Aufgabenkatalog hält. Aus Art. 2 I GG folgt ein Abwehrrecht gegenüber Tätigkeiten, die

242 Juristische Personen des öffentlichen Rechts können sich nach der Rechtsprechung des BVerfG auf Grundrechte als subjektive Rechte nur berufen, soweit sie wie die Universitäten (Art. 5 III 1 GG) oder die Rundfunkanstalten einem durch Grundrechte unmittelbar geschützten Lebensbereich zugeordnet sind; vgl. zusammenfassend BVerfGE 61, 82 (100 ff., Eigentumsrecht der Gemeinden, denen das Gericht den Schutz des Art. 14 I GG verwehrt); BVerfGE 70, 1 (15 ff., Heilmittelberufe); BVerfG, DVBl. 1987, 844 f. (Sparkassen). Den Kammern selbst ist ein grundrechtlich geschützter Lebensbereich als solcher nicht eingeräumt. Nur in einzelnen Landesverfassungen ist das Recht auf Selbstverwaltung der Wirtschaft garantiert, vgl. z. B. Art. 154 Bay Verf. A. A. *Tettinger* (Fn. 237), S. 100 ff.

243 Zahlreiche, in einer sog. „Interessengemeinschaft der IHK-Verweigerer“ zusammengeschlossene, kleinere Unternehmen klagten in den letzten Jahren vor Verwaltungs- und Verfassungsgerichten erfolglos gegen Pflichtmitgliedschaft und Beitragspflicht. Vgl. zusammenfassend *Jahn*, GewArch 1997, 177 ff.; *Stober*, GewArch 1996, 184 (185 ff.). Durch das am 2. 4. 1998 verabschiedete „Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern“ (Entwurf abgedr. in BT-Drs. 13/9378, S. 1 ff.) werden Kleingewerbetreibende, deren Gewerbeertrag oder Gewinn aus Gewerbebetrieb jährlich 10000 DM nicht überschreitet, ab 1. 1. 1999 von der Beitragspflicht befreit.

244 BVerfGE 15, 235 (IHK-Pflichtmitgliedschaft) mit Hinweis auf BVerfGE 10, 89 (102); 10, 354 (361 f.). Vgl. auch BVerfGE 32, 54 (64) und BVerfGE 38, 281 (297 f., Arbeitnehmerkammern).

245 BVerfGE 15, 235 (239); 32, 54 (63 f.); offengelassen in *BVerwG*, NJW 1997, 814 (815).

246 BVerfGE 15, 235 (241); 78, 320 (329).

247 Siehe zum Ganzen auch *Sodan*, Berufständische Zwangsvereinigung auf dem Prüfstand des Grundgesetzes, 1991; *Tettinger* (Fn. 237), 1997, S. 87 ff.

248 BVerfGE 38, 281 (299); krit. zu dieser Abgrenzungsformel *Bethge*, JA 1979, 281 ff.; *Hesse* (Fn. 201), Rn. 414.

249 Vgl. dazu umfassend *Tettinger* (Fn. 237), 1997, S. 129 ff.

außerhalb dieses Wirkungskreises liegen<sup>250</sup>. Nach einhelliger Auffassung steht den Kammern nicht das Recht zu, sich losgelöst von den gesetzlich festgelegten Kammeraufgaben und ohne direkten Bezug zu den spezifischen Interessen ihrer Mitglieder allgemeinpolitisch zu betätigen – die Wahrnehmung eines allgemeinpolitischen Mandats durch öffentlich-rechtliche Zwangsverbände ist unzulässig<sup>251</sup>.

## 2. Die Industrie- und Handelskammern

Unter den Körperschaften der Selbstverwaltung der Wirtschaft sind die Industrie- und Handelskammern gesamtwirtschaftlich die bedeutendsten. Den Industrie- und Handelskammern gehören nahezu alle Gewerbetreibenden in Deutschland an, sofern sie kein Handwerk ausüben oder eine landwirtschaftliche Genossenschaft betreiben (vgl. § 2 IHK-G). Zum eigenen Wirkungskreis der Kammer gehört neben der Hauptaufgabe der Wahrnehmung des Gesamtinteresses der zugehörigen Gewerbetreibenden die Förderung der gewerblichen Wirtschaft, die Unterstützung staatlicher Behörden durch Gutachten und Vorschläge sowie der Ausgleich unterschiedlicher Interessen der einzelnen Gewerbetreibenden (§ 1 I IHK-G)<sup>252</sup>. Über ihre Dachorganisation, den Deutschen Industrie- und Handelstag, haben die Industrie- und Handelskammern erheblichen Einfluß auf die regionale und überregionale Wirtschaftspolitik. Daneben sind aber auch die von ihnen erfüllten Servicefunktionen wichtig: Die Erstellung von Gutachten für die Gerichte, um Handelsbräuche (§ 346 HGB) oder Verkehrssitten festzustellen oder um Probleme firmen- und warenzeichenrechtlicher Art zu klären<sup>253</sup> und die Maßnahmen zur Förderung und Durchführung der kaufmännischen und gewerblichen Berufsbildung (§ 1 II IHK-G). Im übertragenen Wirkungskreis haben die Kammern nach Maßgabe verschiedenster Gesetze zahlreiche weitere Aufgaben zu erfüllen (§ 1 IV IHK-G). So bestellen und vereidigen sie etwa gewerbliche Sachverständige nach § 36 GewO i. V. m. dem jeweiligen Landesrecht<sup>254</sup>. Ferner gehört die Registrierung von Betriebsstandorten, die sich einer freiwilligen Umweltbetriebsprüfung (Öko-Audit) unterzogen haben, zum Aufgabenbereich der Kammern (§ 32 UAG<sup>255</sup>). Neuerdings soll den Kammern sogar anstelle der Amtsgerichte die Führung des Handelsregisters übertragen werden<sup>256</sup>. Explizit nicht zu den Aufgaben der Industrie- und Handelskammern gehört dagegen die Wahrnehmung sozialpolitischer und arbeitsrechtlicher Interessen (§ 1 V IHK-G)<sup>257</sup>.

250 So in ständiger Rechtsprechung das BVerwG, vgl. BVerwGE 64, 298 (Ärztammer); BVerwGE 74, 254 (Handwerkskammer), BVerwG, NJW 1987, 337 (Steuerberaterkammer); zu den beiden letztgenannten Urteilen *Pietzcker*, NJW 1987, 305 ff.

251 Vgl. BVerwGE 34, 69 (AStA); 59, 231 (238 f., Verfaßte Studentenschaft); 59, 242 (245) und 64, 115 (118 ff., Steuerberaterkammer); 64, 298 (301, Ärztekammer); *BVerwG* NJW 1977, 1893 (Handwerkskammer); *Frotscher*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., 1999, Rn. 434 ff.

252 Zu den Kammeraufgaben siehe im einzelnen auch *Frentzel/Jäkel/Junge*, Industrie- und Handelskammergesetz, 5. Aufl., 1991, S. 23 ff.; *Stober*, Die Industrie- und Handelskammer als Mittler zwischen Staat und Wirtschaft, 1992, S. 32 ff.

253 *Frentzel/Jäkel/Junge* (a. a. O.), S. 25 ff.

254 Vgl. etwa Art. 7 Nr. 2 des Bayer. Ausführungsgesetzes zum IHK-G (*Ziegler/Tremel* Nr. 349).

255 Umweltauditgesetz (UAG) vom 7. 12. 1995, BGBl. I 1591; näher *Kahl*, DV 29 (1996), S. 341 (368 ff.).

256 Siehe zu entsprechenden Bestrebungen *Stober*, ZRP 1998, 224 ff.

257 Zu den Grenzen des Tätigkeitsfeldes der Kammern *Meßerschmidt*, *VerwArch* 1990, 55 (62); *Redecker*, NJW 1982, 1266 ff. m. w. N. und *Tettinger*, *Kammerrecht*, 1997, S. 76 ff. u. S. 124 ff.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

- 70 Wichtigstes Organ der Industrie- und Handelskammern ist die von den Kammermitgliedern gewählte Vollversammlung, die insbesondere für den Beschluß über die Satzung und die Feststellung des Haushaltsplans zuständig ist (vgl. im einzelnen § 4 I 2 IHK-G). Die Vollversammlung wählt das Präsidium (§ 6 I IHK-G) und bestellt den Hauptgeschäftsführer (§ 7 I IHK-G).

### 3. Die Organisationen des Handwerks

#### a) Die Handwerkskammern

- 71 In den Handwerkskammern, Körperschaften des öffentlichen Rechts auf der Basis der Pflichtmitgliedschaft, sind die selbständigen Handwerker und die Inhaber handwerksähnlicher Betriebe im Kammerbezirk sowie die Gesellen und Lehrlinge dieser Gewerbetreibenden zusammengeschlossen (§ 90 I, II HwO<sup>258</sup>). Der Gesetzgeber hat darauf verzichtet, den Begriff des Handwerks definitorisch zu bestimmen; in einer Anlage A sind vielmehr alle zum Wirtschaftsbereich des Handwerks gehörenden Tätigkeiten aufgelistet (§ 1 II HwO). Dort finden sich 94 Gewerbearten, die als Handwerk betrieben werden können, während in einer Anlage B (§ 18 II HwO) 57 handwerksähnliche Gewerbearten erfaßt sind.
- 72 Kennzeichnend für das Handwerk sind der persönliche Einsatz des Unternehmers, eine verhältnismäßig kleine Betriebsgröße, ein geringer Kapitaleinsatz, vor allem aber das Gesamtbild aller Umstände unter Berücksichtigung der Besonderheiten des jeweiligen Gewerbebezugs<sup>259</sup>.
- 73 Wichtigste Aufgaben der Handwerkskammern sind die Interessenvertretung des Handwerks (§ 90 I HwO), die Führung der Handwerksrolle, in die die Handwerksmeister eingetragen werden (§ 6 I HwO), die Durchführung von Fortbildungsveranstaltungen, der Erlaß von Prüfungsordnungen und die Überwachung dieser Prüfungen<sup>260</sup>.
- 74 Organe der Handwerkskammern sind die Mitgliederversammlung, der Vorstand und die Ausschüsse (§ 92 HwO). Die Rechtsaufsicht liegt bei der obersten Landesbehörde (§ 115 I HwO).

#### b) Die Handwerksinnungen

- 75 Ebenso wie die Handwerkskammern sind die Handwerksinnungen Körperschaften des öffentlichen Rechts (§§ 52 ff. HwO). In ihnen vereinigen sich freiwillig die Handwerker desselben oder eines verwandten Handwerks innerhalb eines bestimm-

258 I.d.F.d. Zweiten Gesetzes zur Änderung der Handwerksordnung und anderer handwerksähnlicher Vorschriften vom 25. 3. 1998, BGBl. I 596.

259 Siehe näher A. Meier, in: Reiner Schmidt, Kompendium, § 10, Rn. 2 ff. m. w. N. Das BVerwG stellt auf das Gesamtbild ab, wonach heute auch moderne, teure Maschinen im Handwerk eingesetzt werden könnten, vgl. BVerwGE 17, 230 (232, Express-Schuhbar); 18, 226 ff. (232, grafisches Gewerbe); 58, 217 (Fassadenverkleidung); BAG, GewArch 86, 40 ff. (Schneiderbetrieb).

260 Eine nicht abschließende Auflistung der Aufgaben findet sich in § 91 I HwO.

ten Bezirks (meist auf Kreisebene). Ihre Hauptaufgabe besteht in der Förderung des gemeinsamen gewerblichen Interesses ihrer Mitglieder (näheres in § 54 I HwO)<sup>261</sup>.

Die Innungsaufsicht, die sich auf die Rechtsaufsicht beschränkt, führt die Handwerkskammer des jeweiligen Bezirks (§ 75 HwO). Die Innungen eines Gewerbes sind fachlich zu Landesinnungsverbänden (§ 79 HwO) zusammengeschlossen; örtlich sind die Innungen aller Fachrichtungen zu Kreishandwerkerschaften in privatrechtlicher Form (§ 86 HwO) verbunden<sup>262</sup>. 76

#### 4. Die Kammern der freien Berufe

Als berufsständische, nicht als wirtschaftsständische Form der Selbstverwaltung, werden die Kammern der freien Berufe angesehen. Sie bestehen auf Bundesebene für Rechtsanwälte<sup>263</sup>, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, auf Landesebene für Ärzte (einschließlich der Tier- und Zahnärzte), für Apotheker und Architekten. In diesen Kammern sind die Personen, die den jeweiligen Beruf ausüben, nach dem Prinzip der körperschaftlichen Selbstverwaltung (Pflichtmitgliedschaft) miteinander verbunden. 77

Die Kammern der freien Berufe, die höhere Dienstleistungen erbringen und nicht dem Gewerberecht unterliegen, haben wie die wirtschaftlichen Kammern die Aufgabe, das Gesamtinteresse des jeweiligen Berufsstands nach außen zu vertreten und nach innen durch eine Vielfalt von „Service-Funktionen“ zu fördern. Daneben dienen sie jedoch auch der Disziplinierung der Mitglieder durch Erlaß und Vollzug von Regelungen für eine standesgemäße Berufsausübung. Die zumeist in Satzungsform erlassenen Berufsordnungen müssen, weil es sich um Normen eines Selbstverwaltungsgremiums handelt, nicht den Anforderungen des Art. 80 I GG genügen. Da durch die Berufsordnungen jedoch das Grundrecht der Kammerangehörigen aus Art. 12 GG eingeschränkt wird, muß der Gesetzgeber das Wesentliche selbst regeln<sup>264</sup>. Dies ist schon deshalb gerechtfertigt, weil die über die Einhaltung der Berufspflichten wachende Berufsgerichtsbarkeit Sanktionen aussprechen kann, die bis zum Ausschluß vom Beruf reichen<sup>265</sup>. 78

261 Die Innungen sind tariffähig (§ 54 III Nr. 1 HwO), ebenso die Innungsverbände (§ 82 Nr. 3 HwO). Dies ist mit dem Grundgesetz vereinbar, weil der Gesetzgeber neben den Koalitionen des Art. 9 III GG auch anderen Zusammenschlüssen Tariffähigkeit verleihen kann, soweit dadurch nicht die Tariffähigkeit der Koalitionen ausgehöhlt wird (BVerfGE 20, 312 (320)).

262 Zu den „wirtschaftsständischen“ Kammern gehören auch die *Landwirtschaftskammern*, die in einigen Bundesländern errichtet worden sind. Der Bund hat von der Kompetenz des Art. 74 Nr. 17 GG nämlich bisher keinen Gebrauch gemacht. Zu den *Arbeitnehmerkammern* in Bremen und im Saarland vgl. BVerfGE 38, 281 ff. Sie haben als Zwangskörperschaften des öffentlichen Rechts die Aufgabe, Arbeitnehmerinteressen wahrzunehmen, vgl. *Peters*, Arbeitnehmerkammern in der BRD?, 1973, insbes. S. 85 ff.

263 Zu deren Kammern im einzelnen *Wolff/Bachof/Stober*, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987, § 94, Rn. 10 ff.

264 Vgl. BVerfGE 33, 125 (161 ff.); 38, 373 (381); 71, 162 (172); 76, 171 (184 ff.). Zum Ganzen *Reidt*, in: *Jarass* (Fn. 11), § 6, Rn. 16 f.; *Jarass*, NJW 1982, 1883 ff.; *Pitschas*, in: *Reiner Schmidt* (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bes. Teil 2, 1996, § 9, Rn. 236 f.

265 Vgl. für den Ausschluß vom Rechtsanwaltsberuf § 114 I Nr. 5 BRAO.

## 5. Exkurs: Die Wirtschaftsverbände

- 79 Nicht zur Wirtschaftsverwaltung gehören die Wirtschaftsverbände, welche die Verwaltungstätigkeit aber gleichwohl unterstützen, beeinflussen und gegebenenfalls auch stören. Es handelt sich dabei um Zusammenschlüsse von Unternehmern und Unternehmervereinigungen, die als privatautonome Vereinigungen die unternehmerischen Interessen ihrer Mitglieder fördern und Einfluß auf die Öffentlichkeit und die staatlichen Entscheidungsorgane ausüben<sup>266</sup>. Als Fachverbände sind sie zumeist in der Rechtsform des eingetragenen oder des nichtrechtsfähigen Vereins organisiert und vielfach durch gemeinsame Spitzenverbände (z. B. Bundesverband der Deutschen Industrie, Bundesverband der deutschen Gas- und Wasserwirtschaft, Gesamtverband der Versicherungswirtschaft) verbunden; sie haben eine wichtige Mittlerfunktion zwischen ihren Mitgliedern und den Entscheidungsträgern. Verfassungsrechtliche Grundlage für die Betätigung der Wirtschaftsverbände ist Art. 9 I GG, während dies für die Tarifvertragspartner (Arbeitgeberverbände, Gewerkschaften) Art. 9 III GG ist.
- 80 Neben den Möglichkeiten einer informellen Beeinflussung von Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsverwaltung gibt es vielfältige normierte Mitwirkungsbefugnisse. Zu den wichtigeren gehören auf der Ebene der Gesetzgebung die Anhörungen zu Gesetzgebungsvorhaben<sup>267</sup>, die für manche Fälle sogar obligatorisch sind, z. B. vor Erlaß von Rechtsverordnungen im Immissionsschutz- und Abfallrecht (vgl. § 51 BImSchG, § 60 KrW-/AbfG). Außerdem verweist der Gesetzgeber vielfach auf außernormative Regelungen (z. B. auf technische Regelwerke, § 5 I Nr. 2 [„Stand der Technik“] BImSchG). Umfangreiche, normativ kanalisierte Einflußmöglichkeiten auf die Verwaltung haben Wirtschaftsverbände vor allem über die Institutionalisierung eines Beiratswesens (Arbeitskreise, Ausschüsse) bei den Bundesministerien<sup>268</sup> oder auch bei anderen Behörden bzw. verselbständigten Verwaltungseinheiten<sup>269</sup>.
- 81 Wegen der in den Wirtschaftsverbänden verkörperten sozialen und wirtschaftlichen Macht hat der Gesetzgeber in § 27 GWB einen Aufnahmewang normiert, wenn die Ablehnung eine sachlich nicht gerechtfertigte ungleiche Behandlung darstellt und zu einer unbilligen Benachteiligung führt<sup>270</sup>. Auch der Ausschluß aus dem Verband, ins-

266 Zum Begriff *Rittner*, S. 202 ff.; *Leßmann*, Die öffentlichen Aufgaben und Funktionen privatrechtlicher Wirtschaftsverbände, 1976, S. 15 ff. Zur Stellung der Verbände allgemein v. *Arnim*, Gemeinwohl und Gruppeninteresse, 1977; *Böckenförde*, Der Staat 15 (1976), 457 ff.; *Gusy*, Vom Verbändestaat zum Neokorporatismus, 1981; *Häberle*, ZHR 145 (1981), 473 ff.; *Walter Schmidt*, Der Staat 17 (1978), 244 ff.; *Steinberg* (Hrsg.), Staat und Verbände, 1985.

267 § 23, 62, 64 Gemeinsame GO der Bundesministerien. Voraussetzung hierfür ist die Eintragung in die „Liste über die Registrierung von Verbänden und deren Vertreter“, die sog. „Lobby-Liste“, in die mehr als 1200 Verbände eingetragen sind.

268 Rechtsgrundlage in § 61, 62 Gemeinsame GO der Bundesministerien. Zum Verfahren vgl. §§ 88 ff. VwVfG.

269 Beispiele sind etwa der Versicherungsbeirat beim Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (§ 92 VAG), die Tarifkommission des Güterkraftverkehrs, die Frachtausschüsse der Binnenschifffahrt, der Verwaltungsrat des Stabilisierungsfonds für Wein; die Wirtschaftsverbände nominieren jeweils einen Teil der Mitglieder dieser Gremien.

270 Der Beitritt zu einem Wirtschaftsverband muß wegen Art. 9 I GG stets frei bleiben; zur negativen Koalitionsfreiheit vgl. *Scholz*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdbStR VI, 1989, § 151, Rn. 82 und BVerfGE 10, 89 (102); 38, 281 (298); 50, 290 (354).



bes. der von Vorstandsmitgliedern<sup>271</sup>, ist wegen der §§ 134, 138 BGB nicht ohne weiteres möglich<sup>272</sup>. Die weitergehenden Versuche der Durchsetzung einer innerverbandlichen demokratischen Struktur der Wirtschaftsverbände sind bisher verfassungspolitisches Postulat<sup>273</sup> und wichtigstes Anliegen der Forderungen nach einem besonderen Verbändegesetz<sup>274</sup> geblieben.

Trotz mancher berechtigten Kritik am übermächtigen Einfluß der Verbände („Neokorporatismus“) und der hieran anknüpfenden Reformüberlegungen (Stärkung der Mitgliederrechte, Institutionalisierung von Opposition innerhalb der Verbände usw.)<sup>275</sup> darf nicht verkannt werden, daß der Staat durch die Mitarbeit der Wirtschaftsverbände von bestimmten Aufgaben entlastet wird<sup>276</sup> und daß durch die frühzeitige Einbindung der Verbände in das Normsetzungsverfahren tendenziell Vollzugsdefizite abgebaut, ja manche gesetzlichen Maßnahmen überflüssig werden. Im Umweltrecht etwa gewinnt das Instrument der freiwilligen Selbstverpflichtung der Wirtschaft zur Erfüllung eines bestimmten, gesetzlich vorgegebenen Ziels als gesetzvertretende Maßnahme immer mehr an Bedeutung. Für den Erfolg derartiger, informaler Instrumente kommt es entscheidend auf den Einfluß und die Steuerungskraft der Verbände an, die stellvertretend für ihre Mitglieder Selbstverpflichtungserklärungen gegenüber den Behörden abgeben und die Mitglieder dann zur Einhaltung der darin festgelegten Ziele disziplinieren müssen<sup>277</sup>.

## V. Verwaltung in Privatrechtsform

Der Erfüllung von Verwaltungsaufgaben in Form des Privatrechts kommt wirtschaftspolitisch mittlerweile zentrale Bedeutung zu. Eine Absenkung der Staatsquote auch im Bereich der Verwaltung wird als wichtiger Beitrag zur Zukunftssicherung des Wirtschaftsstandorts Deutschland betrachtet<sup>278</sup>. Man verspricht sich davon u. a. eine bessere Nutzung privaten Sachverständs, höhere Kreditwürdigkeit und Wettbewerbsfähigkeit, den Abbau von Vollzugsdefiziten sowie allgemein eine (kosten-) effizientere Aufgabenerledigung<sup>279</sup>.

271 BGHZ 90, 92.

272 Rittner, S. 207 f.

273 Vgl. z. B. Teubner, Organisationsdemokratie und Verbandsverfassung, 1978, S. 179 ff.

274 Meessen, Erlaß eines Verbändegesetzes als rechtspolitische Aufgabe?, Recht und Staat, Heft 459 (1976) Siehe auch Grimm, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), HdbVerfR, 2. Aufl., § 15, Rn. 13 ff.

275 Zum Demokratiedefizit im Bereich der Verbände vgl. etwa Reidt, in: Jarass (Fn. 11), § 6, Rn. 35.

276 Kirberger, Staatsentlastung durch private Verbände, 1978.

277 Zu den gesetzabwendenden Vereinbarungen vgl. aus der rasch anschwellenden Literatur etwa Dempfle, Normvertretende Absprachen, 1994; Fluck/Schmitt, VerwArch 89 (1998), S. 220 ff.; Oebbecke, DVBl. 1986, 793 ff.

278 Vgl. dazu Schoch, DVBl. 1994, 1.

279 Zu den Privatisierungsmotiven siehe auch Erbguth/Stollmann, DÖV 1993, 798 ff.; Krölls, GewArch 1995, 129 (133 ff.); Reiner Schmidt, ZGR 1996, 345 (348).

# 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

## 1. Zulässigkeit

- 84 Bund, Ländern, Gemeinden und Selbstverwaltungsträgern der Wirtschaft steht aufgrund des Prinzips der Formenwahlfreiheit der Verwaltung<sup>280</sup> in bestimmten, durch das Gemeinschafts-, Verfassungs- und Verwaltungsrecht relativ großzügig gezogenen Grenzen<sup>281</sup> ein Gestaltungsspielraum zu, der auch privatrechtliche Formen der Aufgabenerfüllung ermöglicht.
- 85 Die Grundfreiheiten des EG-Vertrags sowie die Bestimmungen zum Schutz des Wettbewerbs (Art. 81 ff. EGV) und zur Zulässigkeit von Beihilfen (Art. 87 ff. EGV) können als „Privatisierungshebel“ interpretiert werden<sup>282</sup>. Eine „privatisierungsfreundliche“ Tendenz läßt sich namentlich aus Art. 86 I EGV ableiten, der ein Verbot der Begünstigung staatlicher Unternehmen im Wettbewerb statuiert<sup>283</sup>. Die Grundrechte und die grundlegenden Prinzipien der Staatsorganisation in Art. 20 GG richten zumindest keine unüberwindbaren Hürden für eine Privatisierung auf<sup>284</sup>. Auch der Funktionsvorbehalt des Art. 33 IV GG oder die Bestimmungen des Haushaltsrechts stehen einer Verlagerung öffentlicher Verwaltungsaufgaben in den privaten Sektor nicht grundsätzlich entgegen<sup>285</sup>. Auch aus der Nichterwähnung privatrechtlich organisierter Träger öffentlicher Verwaltung in Art. 83 ff. GG kann nach h.M. nicht auf ein verfassungsrechtliches Verbot der Delegation von Verwaltungsaufgaben an Privatrechtssubjekte geschlossen werden<sup>286</sup>. Ausdrückliche, verfassungsrechtliche Privatisierungsgebote werden in Art. 87e III und 143b I GG für die Eisenbahnen des Bundes und das Sondervermögen Deutsche Bundespost aufgestellt und sind mittlerweile gesetzlich umgesetzt<sup>287</sup>. In der Literatur wird darüber hinaus verschiedentlich eine „gemeinschaftsrechtsfreundliche Interpretation des Grundgesetzes“ im Lichte der aus dem EG-Vertrag abstrahierbaren Systemgarantie für die Marktwirtschaft gefordert, aus der sich eine allgemeine Rechtspflicht zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben ergeben soll<sup>288</sup>. Im Bereich des Verwaltungsrechts können vor allem dem Haus-

280 BVerwGE 13, 47 (54); BGHZ 37, 1 (27); 38, 49 (51); ausführlich dazu *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984; *Püttner*, Zur Wahl der Rechtsform für kommunale Unternehmen und Einrichtungen, Rechtsgutachten 1993, S. 18 ff.; *Vollmöller*, ThürVBl 1996, 193 (195).

281 Siehe dazu auch *Krölls*, GewArch 1995, 129 (135 ff.); *Schoch*, DVBl. 1994, 962 (969 ff.).

282 = Art. 82 ff. bzw. 85 ff. a. F. Im einzelnen *Reiner Schmidt*, Die Verwaltung 28 (1995), S. 281 (291 ff.) m. w. N.

283 = Art. 90 I a. F. Vgl. *H. Bauer*, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (261); *Lecheler*, BayVBl 1994, 555 (557).

284 Es wird vielfach von einer „grundsätzlichen Privatisierungsoffenheit des Grundgesetzes“ gesprochen, vgl. *Osterloh*, VVDStRL 54 (1995), S. 204 (207); siehe auch *Kahl*, DVBl. 1995, 1327 (1331 f.); *Schoch*, DVBl. 1994, 962 (969 ff.); *Tettinger*, DÖV 1996, 764 (768 f.); *Trute*, DVBl. 1996, 950 (954 ff.).

285 Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit lassen sich eher zugunsten einer Entstaatlichung von Verwaltungsaufgaben fruchtbar machen, vgl. *Reiner Schmidt*, a. a. O., S. 285.

286 Näher *Jarass/Pieroith* (Fn. 79), Art. 87, Rn. 13; *Püttner/Kretschmer* (Fn. 200), S. 219 ff.

287 Vgl. etwa zur Neuordnung des Eisenbahnwesens *Schmidt-Aßmann/Röhl*, DÖV 1994, 577 ff.; zur Postreform *Stern*, DVBl. 1997, 309 ff.

288 In diesem Sinne *Basedow*, Von der deutschen zur europäischen Wirtschaftsverfassung, 1992, S. 19 ff., 26 ff.; ebenso *H. Bauer*, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (258); *Kahl*, NVwZ 1996, 1082 ff.; *Müller-Graff*, EuR 1997, 433 (441 f.); *Schmid/Vollmöller*, NJW 1998, 716 (717 f.); *Reiner Schmidt*, Die Verwaltung 28 (1995), S. 281 (290 ff.); *Seidel*, in: FS *Everling*, Bd. 2, 1995, S. 1393 (1398 ff.); a. A. *Hailbronner*, NJW 1991, 593 (598 f.); zweifelnd auch *Koenig/Braun/Lekar*, EuZW 1998, 5 (10 f.); *Püttner*, in: *Cox* (Hrsg.), Perspektiven öffentlicher Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung der Europäischen Union, Bd. II, 1996, S. 135 (138 f.); *Schroeder*, ZHR 161 (1997), S. 805 (833 f.).

haltsrecht von Bund, Ländern und Gemeinden mittelbare Privatisierungsdirektiven entnommen werden<sup>289</sup>.

## 2. Arten der Privatisierung

Der Begriff der Privatisierung bezeichnet, über den Bereich der Verwaltungstätigkeit 86 im engeren Sinne hinausgehend, allgemein die Verlagerung von Angelegenheiten, die bisher von der öffentlichen Hand wahrgenommen wurden, in den privaten Bereich<sup>290</sup>. Gemeinhin werden vier Grundformen der Privatisierung unterschieden<sup>291</sup>: die **materielle** oder **Aufgabenprivatisierung**, bei der bestimmte Verwaltungsaufgaben zur eigenverantwortlichen Wahrnehmung auf Privatrechtssubjekte delegiert werden; die **funktionale Privatisierung**, bei der Privatpersonen lediglich als Verwaltungshelfer die technische Durchführung einer Verwaltungsaufgabe übernehmen, während die rechtliche Verantwortung für die ordnungsgemäße Erfüllung bei der öffentlichen Hand verbleibt; ferner die **formale** oder **Organisationsprivatisierung**, bei der der Verwaltungsträger seine Aufgabe selbst in Formen des Privatrechts wahrnimmt und schließlich die (hier nicht näher interessierende) **Vermögensprivatisierung**, bei der staatliches oder kommunales Eigentum auf Private übertragen wird<sup>292</sup>.

## 3. Die Einbeziehung Privater in die Verwaltungspraxis

### a) Materielle Privatisierung durch Beleihung

Um die öffentliche Verwaltung zu entlasten, zu dezentralisieren und um private Res- 87ourcen (Finanzmittel, Sachverstand) nutzbar zu machen, bedienen sich die Verwaltungsträger zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben in verschiedenen Bereichen sog. „Beliehener“<sup>293</sup>. Der Beliehene wird durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes ermächtigt, hoheitliche Befugnisse im eigenen Namen, d. h. der Verwaltung gegenüber selbstständig, zu erledigen<sup>294</sup>. Es handelt sich mithin bei der Beleihung um einen Fall der materiellen Privatisierung von Verwaltungsaufgaben.

Wegen des grundsätzlichen Vorbehalts hoheitlicher Befugnisse für Angehörige des 88 öffentlichen Dienstes (Art. 33 IV GG) unterliegt die Beleihung einem institutionellen Gesetzesvorbehalt und kann nur für einzelne, spezielle schlichthoheitliche oder obrig-

289 Näher *H. Bauer*, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (270 f.). In Bayern wird den Gemeinden z. B. bei ihrer Haushaltswirtschaft eine Pflicht zur Prüfung auferlegt, ob und in welchem Umfang Verwaltungsaufgaben durch private Dritte oder unter Heranziehung Dritter ebenso gut erledigt werden können, vgl. Art. 61 II 2 Bay GemO sowie *Tettinger*, DÖV 1996, 764 (770).

290 *H. Bauer*, VVDStRL 54 (1995), S. 243 (250) m. w. N. zum Meinungsstand.

291 Vgl. statt vieler *Reiner Schmidt*, in: *Biernat/Hendler/Schoch/Wasilewski* (Hrsg.), Grundfragen des Verwaltungsrechts und der Privatisierung, 1994, S. 210 (211 ff.); *Schoch*, DVBl. 1994, 962 ff.

292 Ein Beispiel hierfür bietet der Börsengang der durch vorherige formale Privatisierung entstandenen Telekom AG.

293 Vgl. v. *Heimburg*, Verwaltungsaufgaben und Private, 1982; *Ossenbühl/Gallwas*, VVDStRL 29 (1971), 137 ff.; 211 ff.; *Maurer* (Fn. 129), § 23, Rn. 56 ff. und *Wolff/Bachoff/Stober* (Fn. 263), § 104.

294 Zum Begriff siehe statt vieler *Reidt*, in: *Jarass* (Fn. 11), § 6, Rn. 25 ff.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

keitliche Zuständigkeiten eingeräumt werden<sup>295</sup>. Verfassungsrechtliche Bedenken, die aus den Art. 83 ff. GG gegen die Beleihung geltend gemacht werden, dürfen heute als überwunden angesehen werden<sup>296</sup>. Insbesondere begibt sich der Staat nicht unzulässig seiner Hoheitsrechte, weil der Beliehene seiner Aufsicht untersteht<sup>297</sup>.

- 89 Die im Bereich der Wirtschaftsverwaltung tätigen Beliehenen agieren auf den unterschiedlichsten Rechtsgrundlagen mit unterschiedlichen Befugnissen. Sie sind vor allem im Verkehrswesen (Seeschiffahrtskapitäne, Luftfahrzeugführer, Fahrer und Schaffner von Straßenbahnen und Omnibussen, Frachtausgleichsstellen in der Binnenschifffahrt) oder als Sachverständige (z. B. Lebensmittelsachverständige, Prüfengeure für Baustatik, öffentlich bestellte Vermessungsingenieure, anerkannte Sachverständige gem. Kraftfahrersachverständigenengesetz) tätig<sup>298</sup>. Das neue Abfallwirtschaftsrecht sieht eine partielle Aufgabenprivatisierung bei der Entsorgung vor<sup>299</sup>.

### b) Funktionale Privatisierung durch Einsatz von Verwaltungshelfern

- 90 Im Gegensatz zum Beliehenen ist der **Verwaltungshelfer** kein eigener Verwaltungsträger, da er unselbständig im Auftrag und nach Weisung einer Behörde bei der Erledigung hoheitlicher Aufgaben mitwirkt. Die eigentliche Zuständigkeit und Aufgabenverantwortung verbleibt beim jeweiligen Verwaltungsträger, so daß nach obiger Systematik eine funktionale Privatisierung vorliegt<sup>300</sup>. Der Einsatz privater Verwaltungshelfer spielt bei der Wirtschaftsverwaltung eine wichtige Rolle. Besonders im Bereich der Ver- und Entsorgung hat sich in der Verwaltungspraxis eine Vielzahl von Kooperationsmodellen zwischen Behörden und Verwaltungshelfern herausgebildet (sog. „Public Private Partnership“)<sup>301</sup>.
- 91 Nicht um Verwaltungshilfe handelt es sich, wenn Privatpersonen durch Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe nur einer ihnen gesetzlich auferlegten Handlungspflicht nachkommen. Diese **Indienstgenommenen** üben keinerlei Hoheitsbefugnisse aus. Beispiele hierfür sind der Einzug der Lohnsteuer des Arbeitnehmers durch den Arbeitgeber oder die Auferlegung von Ölbevorratungspflichten durch das Erdölbevorratungsgesetz<sup>302</sup>.

295 Wolff/Bachof/Stober (Fn. 263), § 104, Rn. 6.

296 Steiner, Öffentliche Verwaltung durch Private, 1975, S. 256, insbes. Fn. 23.

297 Michaelis, Der Beliehene, 1969, S. 154 ff.; Hermes, BB 1984, 96 ff. (100 f.).

298 Zu den jeweiligen spezialgesetzlichen Rechtsgrundlagen siehe Wolff/Bachof/Stober (Fn. 263), § 104, Rn. 2. Umstritten ist hier vieles, vgl. z. B. die Auseinandersetzung um die Befugnisse der Technischen Überwachungsvereine bei Götz/Lukes, Zur Rechtsstruktur der Technischen Überwachungsvereine, 1980, oder zu den Schwierigkeiten bei der Deregulierung Reiner Schmidt, Verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen der Deregulierung im Recht der überwachungsbedürftigen Anlagen am Beispiel der Aufzugsverordnung, 1997.

299 Vgl. grundlegend Schoch, Privatisierung der Abfallentsorgung, 1992; zum Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz siehe statt vieler Kahl, DVBl. 1995, 1327 ff. m. z. w. N.

300 Vgl. dazu Reidt, in: Jarass (Fn. 11), § 6, Rn. 30.

301 Zu den einzelnen Modellen vgl. anschaulich Tettinger, DÖV 1996, 764 (765 f.). Zum Dualen System nach der Verpackungsverordnung vgl. etwa Frenz, GewArch 1994, 145 ff.; Scholz/Aulehner, BB 1993, 2250 (2252 f.).

302 Vgl. Stober (Fn. 24), S. 375 f.

### c) Formale Privatisierung durch Gründung öffentlicher Unternehmen

Die Wahrnehmung unmittelbarer Verwaltungsaufgaben durch die Verwaltungsbehörden in der Form des Privatrechts setzt voraus, daß die jeweilige Aufgabe auch ohne die Inanspruchnahme hoheitlicher Befugnisse ordnungsgemäß erfüllt werden kann, was im Bereich der Ordnungs- und Abgabenverwaltung a priori zu verneinen ist<sup>303</sup>. Bei der Leistungsverwaltung hingegen ist eine Organisationsprivatisierung zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben grundsätzlich möglich, soweit nicht gesetzliche Vorschriften entgegenstehen<sup>304</sup>. In praxi ist die formale Privatisierung vor allem im Bereich der kommunalen Wirtschaftsverwaltung anzutreffen, wo seit einigen Jahren zahlreiche, bislang als sog. Eigenbetriebe der Verwaltung zugehörnde Verkehrs- und Versorgungsbetriebe zu selbständig agierenden sog. Eigengesellschaften umgewandelt werden<sup>305</sup>. Die Gemeindeordnungen verschiedener Bundesländer haben mittlerweile den früher im Bereich der wirtschaftlichen Betätigung verbreiteten, gesetzlichen Vorrang zugunsten des rechtlich unselbständigen Eigenbetriebs aufgegeben und die Kommunalverwaltung somit unter bestimmten Voraussetzungen<sup>306</sup> einer Organisationsprivatisierung geöffnet. Nach einer in der Literatur im Vordringen befindlichen Ansicht umfaßt die aus Art. 28 II 1 GG fließende kommunale Organisationshoheit jedoch auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung die Befugnis, gemeindliche Aufgaben in Privatrechtsform zu erfüllen<sup>307</sup>. Da die Selbstverwaltung nur im Rahmen der Gesetze besteht, bleibt es den Landesgesetzgebern allerdings unbenommen, in ihren Gemeindeordnungen einen Vorrang öffentlich-rechtlicher Organisationsformen zu statuieren bzw. beizubehalten. Art. 28 II 1 GG ermöglicht mit anderen Worten zwar eine formale Privatisierung von Wirtschaftsverwaltungsaufgaben, erfordert sie jedoch nicht<sup>308</sup>.

## C. Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsaufsicht

### I. Begriffliche Abgrenzung

Öffentliches Wirtschaftsrecht als Summe der Rechtssätze, die das Wirtschaften regulieren und die der öffentlichen Hand zurechenbar sind, ist auf den Gesamtbereich der Wirtschaftspolitik und der Wirtschaftsaufsicht bezogen. 93

303 Vgl. Maurer (Fn. 129), § 3, Rn. 9.

304 So schließt etwa Art. 91 II 1 Bay GemO eine Beteiligung der Gemeinden an Privatbanken grundsätzlich aus.

305 Näher dazu mit Zahlenmaterial Cronauge, Kommunale Unternehmen, 2. Aufl., 1995, Rn. 83 ff.; Schoch (Fn. 299), S. 24; Vollmöller, ThürVBl 1996, 193.

306 Hierzu gehört u. a., daß die Haftung der Gemeinde auf einen Höchstbetrag begrenzt und ihr ein angemessener Einfluß im Aufsichtsrat oder einem entsprechenden Überwachungsgremium eingeräumt wird, vgl. etwa Art. 91 I 1 Nr. 3 und 4 Bay GemO. Näher dazu unten, Abschnitt V.

307 Vgl. Ehlers, DÖV 1986, 897 (898); Reiner Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allg. Teil, 1990, S. 528; Schoch, a. a. O., S. 44 f.; Graf Vitzthum, AöR 104 (1979), S. 580 (581); Vollmöller, a. a. O., S. 196 f.

308 BVerfGE 91, 228 (238 ff.); näher dazu Erichsen/Weiß, Kommunale Selbstverwaltung und staatliche Organisationsvorgaben, 1995.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

- 94 Unter **Wirtschaftspolitik** werden dabei alle Maßnahmen der leitenden Staatsorgane (u. a. Regierung, Parlament, Bundesbank) zur Verfolgung bestimmter Ziele im Bereich der Wirtschaft verstanden<sup>309</sup>. Öffentliches Wirtschaftsrecht liefert das rechtliche Instrumentarium und es formuliert die Ziele für wirtschaftspolitisches Handeln. Wirtschaftspolitik wird herkömmlicherweise in die großen Bereiche der Ordnungs-, Prozeß- und Strukturpolitik eingeteilt<sup>310</sup>. Zur **Ordnungspolitik** zählt insbesondere die Entscheidung über das volkswirtschaftliche Lenkungssystem. Soll hierbei der private Sektor dominieren, dann muß durch entsprechende Wettbewerbspolitik wirksamer Wettbewerb hergestellt und bewahrt werden. Ein wichtiges rechtliches Instrumentarium hierfür ist das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen.
- 95 Zur **Strukturpolitik** gehören sektorale, auf Branchen bezogene und regionale, auf Problemgebiete gerichtete wirtschaftspolitische Maßnahmen, mit denen die sich langfristig vollziehenden Strukturwandlungen in einzelnen Wirtschaftszweigen bzw. -regionen beeinflußt werden sollen. Rechtlicher Rahmen, Auftrag und Instrumentenkasten für derartige Aktivitäten sind insbesondere die Gemeinschaftsaufgabe des Art. 91 a I Nr. 2 GG, das dazugehörige Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ und das Investitionszulagengesetz.
- 96 Die **Prozeßpolitik**, auch Ablaufpolitik genannt, will die kurzfristigen Konjunkturschwankungen mittels einer Detailsteuerung (Mikropolitik), vor allem aber mit Maßnahmen, die auf die volkswirtschaftliche Gesamtnachfrage gerichtet sind (Makropolitik), beeinflussen. Hierzu gehören der Einsatz der öffentlichen Haushalte, die Währungs- und die Außenwirtschaftspolitik. Art. 109 GG mit den Abs. II bis IV stellt hierfür die verfassungsrechtliche Zielbestimmung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts und den Rahmen für das Stabilitätsgesetz mit seinem reichen Instrumentarium zur Verfügung. Auch für die Währungspolitik durch die Bundesbank liegt mit Art. 88 GG und dem Gesetz über die Deutsche Bundesbank ein normatives Regelwerk bereit. Die nationale rechtliche Ordnung der Außenwirtschaft dagegen hat wegen des Europäischen Gemeinschaftsrechts an Bedeutung verloren.
- 97 Statt von Wirtschaftspolitik wird in der Rechtswissenschaft gelegentlich von **Wirtschaftslenkung** gesprochen<sup>311</sup>. Gemeint ist damit diejenige staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, deren Spezifikum in der Beeinflussung von „Produktion und Distribution“ der Volkswirtschaft liegen soll<sup>312</sup>. Da jede wirtschaftspolitische Maßnahme zumindest auch eine Veränderung der Verteilung oder der Erzeugung beabsichtigt, ist es konsequent, daß zumindest in der Wirtschaftswissenschaft der Begriff der Wirtschaftslenkung nicht mehr diskutiert wird. Es wäre wünschenswert, ihn auch in der Rechtswissenschaft fallen zu lassen. Er erfüllt nämlich seine Funktion der Unterschei-

309 Ähnlich etwa v. Arnim, Volkswirtschaftspolitik, 1985, S. 21; Giersch, Allgemeine Wirtschaftspolitik, Bd. 1, 1960, S. 17; Schiller, Wirtschaftspolitik, in: HdWSW, Bd. 12, 1965, S. 210 ff. (S. 210) und Tuchtfeldt, Wirtschaftspolitik, in: HdWW, Bd. 9, 1982, S. 178 ff. (S. 179).

310 Tuchtfeldt a. a. O., S. 179.

311 So z. B. Weimar/Schimikowski, S. 154 ff., die damit „alle staatlichen Maßnahmen“ meinen, „mit denen unmittelbar oder mittelbar Einfluß auf die Wirtschaft ausgeübt wird“ (aaO, S. 154).

312 So schon Röpke, Staatsinterventionismus, in: HdWSt, Ergänzungsband zur 4. Aufl. 1929, S. 861 ff. (S. 864).

dung wirtschaftslenkender von wirtschaftspolitischen Maßnahmen nicht; außerdem wird er ganz unterschiedlich und damit mißverständlich gebraucht<sup>313</sup>.

Während Wirtschaftspolitik wirtschaftliches Geschehen nach politischen Zielvorstellungen zu gestalten sucht, will **Wirtschaftsaufsicht** die selbstverantwortliche Teilnahme am Wirtschaftsverkehr mit den dafür geschaffenen Rechtsregeln aus Gründen des Gemeinwohls in Einklang halten<sup>314</sup>. 98

## II. Die Europäisierung der Wirtschaftspolitik

### 1. Die Vorgaben des EG-Vertrags

Auch im Bereich der Wirtschaftspolitik findet seit längerer Zeit ein Europäisierungsprozeß statt. Die Unionsverträge von Maastricht und Amsterdam haben die Errichtung einer „Wirtschafts- und Währungsunion“ (Art. 2 EGV) in den Zielkatalog der Gemeinschaft aufgenommen. Eine echte „Supranationalisierung“ findet vorerst jedoch nur im Bereich der Geldpolitik statt: die meisten Mitgliedstaaten haben mit dem Eintritt in die dritten Stufe der Wirtschafts- und Währungsunion am 1. 1. 1999 ihre „Währungssouveränität“ in vollem Umfang auf die Gemeinschaft übertragen<sup>315</sup>. Den Mitgliedstaaten verbleibt die Kompetenz für die Wirtschaftspolitik<sup>316</sup>. Da diese jedoch für die Geldwertstabilität von entscheidender Bedeutung ist, werden die Mitgliedstaaten an das Gebot „dauerhafter Konvergenz der Wirtschaftsleistungen“ (Art. 99 III EGV) gebunden<sup>317</sup>. Die Einhaltung der Konvergenzanforderungen wird intergouvernemental überwacht<sup>318</sup>. Eine Kompetenzverlagerung im gesamten Bereich der Wirtschafts- und Finanzpolitik würde gegenwärtig wohl die durch Art. 79 III GG gezogenen Integrationssschranken sprengen<sup>319</sup>. 99

313 Nach *Jarass* (Fn. 11), § 2, Rn. 2 setzt „Wirtschaftslenkung bei den unternehmerischen Entscheidungen selbst an“; nach *Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 1971, S. 45, kommt es auf die Betonung der gestaltenden Beeinflussung der Privatwirtschaft unter instrumentaler Verwendung rechtlicher Mittel an, wobei globale Maßnahmen wie die Aufwertungsentscheidung und die Änderung des Diskontsatzes ausdrücklich einbezogen werden sollen. Das BVerfG vermerkt beide Begriffe und spricht von wirtschaftspolitischen Lenkungsmaßnahmen; so BVerfGE 51, 193 (208) m. w. N.

314 Ähnlich schon *Bullinger*, VVDStRL 22 (1965), S. 264 ff. (324); vgl. auch *Reiner Schmidt*, Wirtschaftsaufsicht, in: HdWW, Bd. 9, 1982, S. 34 ff.; *Scholz*, Wirtschaftsaufsicht und subjektiver Konkurrentenschutz, 1971, S. 136, stellt auf die generelle Beobachtungsfunktion und auf die Berichtigungsfunktion der Wirtschaftsaufsicht ab. Zur Unterteilung der gesamten staatlichen wirtschaftsgestaltenden Tätigkeit in Maßnahmen der Wirtschaftsaufsicht und der Wirtschaftslenkung vgl. *Henke*, DVBl. 1983, 932 ff.

315 Näher zum neu geschaffenen Europäischen System der Zentralbanken unten, Abschnitt III.3. e) cc).

316 Anschaulich dazu *Hartmann*, EuZW 1996, 133 (134): „Policy-Mix aus eurozentraler Geldpolitik einerseits und mitgliedstaatlich-dezentralen Finanzpolitiken andererseits“; siehe dazu auch *Beck*, Stabilitätspolitik in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, 1997, S. 49 ff.; *Morgenthaler*, JuS 1997, 673 (680); *Nicolaysen*, Rechtsfragen der Währungsunion, 1993, S. 31 ff.

317 = Art. 103 a. F. Vgl. *Oppermann/Classen*, NJW 1993, 5 (9 f.).

318 Näher dazu sogleich unten, bb).

319 So hätte etwa die Begründung einer Wirtschaftsunion die Übertragung der Budget- und Steuerhoheit auf die Gemeinschaft erzwungen, vgl. *A. Weber*, JZ 1994, 53 (54). Die Europäische Union ist als Wirtschaftsgemeinschaft jedoch derzeit nicht auf eine umfassende Staatlichkeit gerichtet, vgl. *Kirchhof*, in: *ders./Schäfer/Tietmeyer*, Europa als politische Idee und als rechtliche Form, 1993, S. 63 (68 ff.).

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

### a) Bindung an „richtungweisende Grundsätze“

- 100 Art. 4 III EGV (= Art. 3a a. F.) stellt „richtungweisende Grundsätze“ für die Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten auf. Hierzu zählen „stabile Preise, gesunde öffentliche Finanzen und monetäre Rahmenbedingungen sowie eine dauerhaft finanzierbare Zahlungsbilanz“. Diese allgemeine Zielverpflichtung wird jährlich durch vom Rat der Wirtschafts- und Finanzminister (nach der englischen Bezeichnung kurz ECOFIN-Rat genannt) mit qualifizierter Mehrheit erlassene „Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft“ auf der Grundlage des Art. 99 II EGV<sup>320</sup> konkretisiert. Die „Grundzüge“ ergehen ausschließlich in Form von Empfehlungen<sup>321</sup>, denen gemäß Art. 249 V EGV (= Art. 189 a. F.) keine rechtliche, sondern nur eine politische Verbindlichkeit für die Mitgliedstaaten zukommt. Die Einhaltung der „Grundzüge“ in den einzelnen Mitgliedstaaten wird nach Maßgabe der Art. 99 III–V EGV vom ECOFIN-Rat überwacht. Ein nationales Abweichen kann jedoch wiederum nur durch Verabschiedung der „erforderlichen Empfehlungen an den betreffenden Mitgliedstaat“ (Art. 99 IV EGV) beantwortet werden. Hieran wird die fortbestehende nationale Souveränität im Bereich der Wirtschaftspolitik deutlich.

### b) Überwachung der Haushaltspolitik

- 101 Eine strengere Regelung trifft Art. 104 EGV (= Art. 104c a. F.) in bezug auf die Haushaltspolitik der Mitgliedstaaten wegen ihrer zentralen Bedeutung für die Erfüllung der Konvergenzanforderungen. Zur Förderung der Geldwertstabilität haben die Mitgliedstaaten „übermäßige öffentliche Defizite“ zu vermeiden (Art. 104 I EGV). Im Bereich der Haushaltskonsolidierung sind in den letzten Jahren überall bedeutende Fortschritte erzielt worden<sup>322</sup>, was auf den Umstand zurückzuführen ist, daß die „geordnete Finanzlage der öffentlichen Hand“ zugleich nach Art. 121 I EGV ein für die Teilnahme an der dritten Stufe der Währungsunion erforderliches Konvergenzkriterium<sup>323</sup> war. Sollte die Haushaltsdisziplin in den Mitgliedstaaten jedoch **dauerhaft** nicht gewahrt werden können, so entfiel die politische und nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts auch die verfassungsrechtliche Grundlage für die Teilnahme Deutschlands an der Währungsunion<sup>324</sup>. Die Überwachung der Haushaltsdisziplin in den einzelnen Mitgliedstaaten ist daher auch fürderhin eine wichtige Aufgabe, mit der

320 = Art. 103 a. F. Zum komplizierten Verfahren der Verabschiedung der Grundzüge siehe statt aller *Nicolaysen*, *Europarecht* II, 1996, S. 338 ff.

321 Siehe zuletzt die „Empfehlung des Rates vom 7. 7. 1997 über die Grundzüge der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft“, ABIEG L 209, S. 12 ff.

322 Noch im Jahre 1994 ergingen gegen sämtliche Mitgliedstaaten außer Irland und Luxemburg Entscheidungen des Rates über das Vorliegen eines übermäßigen Haushaltsdefizits. Bei der am 2. 5. 1998 getroffenen Entscheidung über die Teilnehmer an der dritten Stufe der Währungsunion wurde ein übermäßiges Defizit dagegen bei keinem Mitgliedstaat mehr festgestellt. Infolgedessen wurden die im Jahre 1994 getroffenen Entscheidungen vom Rat förmlich aufgehoben, vgl. ABIEG 1998 L 139, S. 9 ff.

323 = Art. 109j a. F. Zu den viel diskutierten Konvergenzkriterien siehe aus ökonomischer Sicht *Bünning*, *Die Konvergenzkriterien des Maastricht-Vertrages unter besonderer Berücksichtigung ihrer Konsistenz*, 1997.

324 Näher BVerfGE 89, 155 (204 f.) – Maastricht; *Kirchhof*, in: *Waigel* (Hrsg.), *Unsere Zukunft heißt Europa*, 2. Aufl., 1996, S. 111 (139 f.).



nach Art. 104 II EGV die Kommission betraut ist. Die Mitgliedstaaten haben der Kommission zu diesem Zweck zweimal jährlich ihre Haushaltsdaten zu übermitteln<sup>325</sup>. Die Kommission prüft diese anhand von zwei Kriterien:

- das öffentliche Defizit darf nicht mehr als 3 % des Bruttoinlandsprodukts zu Marktpreisen im jeweiligen Mitgliedstaat betragen (Referenzwert)<sup>326</sup>, es sei denn, daß das Defizit „**erheblich und laufend zurückgegangen ist** und einen Wert in der Nähe des Referenzwerts erreicht hat“ oder der Referenzwert „**nur ausnahmsweise und vorübergehend überschritten wird** und .. in der Nähe des Referenzwerts bleibt“;
- die Neuverschuldung darf nicht mehr als 60 % des Bruttoinlandsprodukts betragen, es sei denn, daß sie „**hinreichend rückläufig ist und sich rasch genug dem Referenzwert nähert**“.

Ein dauerhaftes und schwerwiegendes deficit spending eines Mitgliedstaats kann nach Maßgabe eines komplizierten Verfahrens (Art. 104 III–XI EGV)<sup>327</sup> letztlich zu einschneidenden Sanktionen wie der zwangsweisen Hinterlegung einer finanziellen Einlage bei der Gemeinschaft oder der Verhängung von „Geldbußen in angemessener Höhe“ durch den ECOFIN-Rat führen. Die Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen unsolide haushaltende Mitgliedstaaten ist dagegen ausgeschlossen (Art. 104 X EGV). 102

### c) Weitere Sicherungsmechanismen gegen übermäßige Defizite

Den Mitgliedstaaten ist es vertraglich untersagt, zur Konsolidierung ihres Haushalts Überziehungs- und sonstige Kredite bei der Europäischen Zentralbank oder den nationalen Zentralbanken in Anspruch zu nehmen (Art. 101 I EGV)<sup>328</sup>. Damit wird zugleich „eine in manchen Ländern sprudelnde Quelle der Inflation verstopft“<sup>329</sup>. Ferner wird durch Art. 103 EGV (= Art. 104b a. F.) die Haftung der Gemeinschaft oder anderer Mitgliedstaaten für die übermäßige Schuldenpolitik eines Mitgliedstaats ausgeschlossen („no bail-out“). 103

## 2. Der „Stabilitäts- und Wachstumspakt“

Aufgrund verschiedentlich geäußerter Befürchtungen, wonach die finanzpolitische Disziplin der Mitgliedstaaten nach der Entscheidung über die Teilnehmer an der dritten Stufe der Währungsunion wieder nachlassen könnte, wurde auf Betreiben des deutschen Finanzministers vom Europäischen Rat auf der Amsterdamer Vertragskon-

104

325 Rechtsgrundlage hierfür ist Art. 4 der „Verordnung Nr. 3605/93 des Rates vom 22. 11. 1993 über die Anwendung des dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügten Protokolls über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit“, ABIEG L 332, S. 7 (8).

326 *Beachte*: Die Referenzwerte ergeben sich nicht unmittelbar aus dem EG-Vertrag, sondern aus Art. 1 des dem Vertrag von Maastricht beigefügten „Protokoll über das Verfahren bei einem übermäßigen Defizit“, ABIEG 1992 C 224, S. 120. Siehe zu den Konvergenzkriterien im einzelnen *Becker-Neetz*, EWS 1996, 369 (371 ff.); *Kortz*, RIW 1997, 357 ff.; *G. Meier*, NJW 1996, 1027 ff.; *Nicolaysen*, Europarecht II, 1996, S. 378 ff.

327 Siehe dazu etwa *Hüde*, EuZW 1992, 171 (176 f.).

328 = Art. 104 a. F. Nach § 20 BBankG sind nur noch Kontoüberziehungen im Verlauf eines Tages zugelassen.

329 *Nicolaysen*, Europarecht II, 1996, S. 347.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

ferenz ein sog. „Stabilitäts- und Wachstumspakt“ geschlossen<sup>330</sup>. Dieser besteht aus einer – rein politisch zu verstehenden – „Entschließung des Europäischen Rates über den Stabilitäts- und Wachstumspakt“<sup>331</sup>, in der sich alle an der Wirtschafts- und Währungsunion beteiligten Akteure (Mitgliedstaaten, Rat, Kommission) verpflichten, das vertraglich vorgegebene Stabilitätsziel strikt zu beachten und die zu seiner Verwirklichung erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen. Die Mitgliedstaaten haben sich beispielsweise in der Entschließung politisch gebunden, mittelfristig einen ausgeglichenen Haushalt oder gar einen Überschuß zu erreichen. Zur rechtlichen Durchsetzung des Stabilitätspakts hat der Rat zwei Verordnungen verabschiedet, die dem allgemein als schwerfällig und unzureichend empfundenen<sup>332</sup> Verfahren zur Überwachung der mitgliedstaatlichen Haushaltspolitik nach Art. 104 EGV „nachträglich Korsettstangen einziehen“ sollen<sup>333</sup>.

- 105 – Die „Verordnung des Rates über den Ausbau der haushaltspolitischen Überwachung und der Überwachung und Koordinierung der Wirtschaftspolitiken“<sup>334</sup> hat präventiven Charakter. Sie soll bereits dem Entstehen übermäßiger öffentlicher Defizite im Haushalt der Mitgliedstaaten durch ein „Frühwarnsystem“ entgegenwirken. Die Teilnehmerstaaten der Wirtschafts- und Währungsunion haben danach ab dem Jahre 1999 jährlich sog. „Stabilitätsprogramme“<sup>335</sup> zu veröffentlichen, die innerhalb von zwei Monaten von den EG-Organen nach Maßgabe des in Art. 99 III und IV EGV (= Art. 103 a. F.) vorgesehenen Verfahrens auf ihre Übereinstimmung mit den vertraglichen Vorgaben sowie ihre Realisierbarkeit geprüft werden. Wird dabei ein Abweichen von der mittelfristigen Haushaltsplanung festgestellt, so richtet der Rat eine Empfehlung an den betreffenden Mitgliedstaat, die notwendigen Anpassungsmaßnahmen zu ergreifen. Dieser „frühzeitigen Warnung“ kann ggfs. eine „verschärfte Mahnung“ mit der Aufforderung folgen, „umgehend Korrekturmaßnahmen zu ergreifen“.
- 106 – Die „Verordnung über die Beschleunigung und Klärung des Verfahrens bei einem übermäßigen Defizit“<sup>336</sup> dient dagegen in erster Linie der effektiveren Bekämpfung

330 Der von Finanzminister Waigel im November 1995 vorgelegte Entwurf für einen Stabilitätspakt wurde auf der Konferenz des Europäischen Rates in Dublin im Dezember 1996 zum „Stabilitäts- und Wachstumspakt“ erweitert, wobei einige strenge Kriterien des ursprünglichen Entwurfs, wie z. B. ein automatischer Eintritt von Wirtschaftssanktionen bei Verfehlung der Stabilitätvorgaben, nicht übernommen wurden. Der Dubliner Entwurf wurde dann zur Grundlage der Amsterdamer Beschlüsse gemacht. Siehe im einzelnen *Schönfelder/Thiel*, *Integration* 1998, 69 (71 ff.). Zum ursprünglichen Entwurf für den Stabilitätspakt vgl. *Häde*, *EuZW* 1996, 138 ff.; *Hahn*, *JZ* 1997, 1133 ff.; *Hartmann*, *EuZW* 1996, 133 ff.

331 Vom 17. 7. 1997, *ABIEG* C 236, S. 1 ff.

332 Vgl. beispielhaft *Häde*, *JZ* 1997, 269 (270); *Morgenthaler*, *JuS* 1997, 673 (680); *Steindorff*, *EuZW* 1996, 6.

333 So plastisch *Neumann*, *APuZ* B 47/97 vom 14. 11. 1997, S. 3 (5). *Beachte*: Der Stabilitätspakt knüpft allein an den festgelegten Referenzwert von 3 % für das Haushaltsdefizit an. Für den Fall einer Staatsverschuldung jenseits von 60 % des Bruttoinlandsprodukts gelten die hier besprochenen Verordnungen daher nicht. In diesem Fall ist das Überwachungsverfahren nach Art. 104 EGV (= Art. 104c a. F.) durchzuführen.

334 Verordnung Nr. 1466/97 vom 7. 7. 1997, *ABIEG* L 209, S. 1 ff.

335 Die Verordnung bezieht jedoch auch die an der Währungsunion nicht teilnehmenden Mitgliedstaaten ein und gibt ihnen auf, jährliche „Konvergenzprogramme“ vorzulegen.

336 Verordnung Nr. 1467/97 vom 7. 7. 1997, *ABIEG* L 209, S. 6 ff.

bereits bestehender Haushaltsdefizite und trifft dazu Regelungen, die Art. 104 EGV (= Art. 104c a. F.) ergänzen und präzisieren. Zur Vollzugsverbesserung legt die Verordnung die Voraussetzungen fest, bei deren Vorliegen davon ausgegangen werden kann, daß der oben angesprochene haushaltsbezogene Referenzwert von 3 % „**nur ausnahmsweise und vorübergehend überschritten**“ wird. Des weiteren wird das in Art. 104 EGV vorgesehene, multilaterale Haushaltsüberwachungsverfahren durch Kommission und ECOFIN-Rat an bestimmte Fristen gebunden<sup>337</sup>. Sanktionen gegen einen Mitgliedstaat sollen danach innerhalb eines Gesamtzeitraums von höchstens zehn Monaten nach der förmlichen Feststellung eines übermäßigen Haushaltsdefizits durch den Rat verhängt werden<sup>338</sup>. In der Regel soll vom betreffenden Mitgliedstaat als Sanktion die Hinterlegung einer unverzinslichen Einlage bei der Gemeinschaft verlangt werden, deren Höhe sich am Bruttoinlandsprodukt orientiert<sup>339</sup>. Die Einlage soll in eine nicht rückzahlbare Geldbuße umgewandelt werden, wenn der Mitgliedstaat das übermäßige Defizit nicht innerhalb von zwei Jahren nach dem Sanktionsbeschluß beseitigt.

Für die Bundesrepublik Deutschland ergibt sich bei der Einhaltung der Haushaltsdisziplin aufgrund ihrer föderativen Struktur ein Sonderproblem, auf das an dieser Stelle nur hingewiesen werden kann: der Bund hat verfassungsrechtlich nur beschränkte Möglichkeiten, auf die Haushaltshoheit der Länder einzuwirken und diese zur Einhaltung der supranationalen Stabilitätskriterien zu zwingen<sup>340</sup>. Gelingt dies nicht, so stellt sich die Frage, wer innerstaatlich zur Erfüllung etwaiger Sanktionen verpflichtet ist<sup>341</sup>. 107

### III. Die Konjunkturpolitik im nationalen Bereich

#### 1. Allgemeines

Die Konstituierung der Vertragsfreiheit durch das Grundgesetz und das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, wichtiger Markstein auf dem Weg zur sozialen Marktwirtschaft<sup>342</sup>, waren als ordnungspolitische Entscheidungen nicht ausreichend, um die 108

337 Der Rat hat die von den Mitgliedstaaten der Kommission übermittelten Haushaltsdaten nach der neuen Verfahrensverordnung *innerhalb von drei Monaten* zu prüfen und zu entscheiden, ob ein übermäßiges Defizit besteht. In der in diesem Fall auszusprechenden Empfehlung wird dem betreffenden Mitgliedstaat eine *Frist von höchstens vier Monaten* für das Ergreifen wirksamer Maßnahmen gesetzt.

338 Nach Art. 9 VO ruht das Verfahren jedoch, solange der betreffende Mitgliedstaat gemäß den vom Rat erlassenen Empfehlungen tätig wird und sich ernsthaft bemüht, das Haushaltsdefizit zu beseitigen.

339 Der Betrag wird zwischen 0,2 % und 0,5 % des BIP liegen. Siehe im einzelnen Art. 12 VO.

340 Instrukтив hierzu *Stern*, in: FS Everling, Bd. II, 1995, S. 1469 (1480 ff.); siehe auch *Häde*, JZ 1997, 269 (270 ff.); *Hartmann*, Europäische Union und die Budgetautonomie der deutschen Länder, 1994.

341 Das Bundesfinanzministerium hat im April 1998 den Gesetzentwurf für ein nationales Stabilitäts-pakt-Gesetz vorgelegt, nach dem sich Bund und Länder im Fall der Verhängung von Sanktionen gegen die Bundesrepublik Deutschland die finanziellen Lasten hälftig teilen sollen. Die Länder gehen demgegenüber bislang von einem Schlüssel von 40:60 zu Lasten des Bundeshaushalts aus. Vgl. zum Ganzen SZ Nr. 94 vom 24. 4. 1998, S. 29.

342 Vgl. *Grosser*, in: *Andersen/Bahro/Grosser/Lange* (Hrsg.), *Der Staat in der Wirtschaft der Bundesrepublik*, 1985, S. 3 ff.; S. 61 ff.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

konjunkturellen Schwankungen der im ganzen prosperierenden Bundesrepublik auszugleichen. Insbesondere die Erfahrungen der Jahre 1965/1966 führten zur Entwicklung des Konzepts einer antizyklischen Fiskalpolitik<sup>343</sup> unter dem Begriff der Globalsteuerung. Diese will die Mikrogrößen dem freien Wettbewerb überlassen, versucht aber die Makrogrößen (Volkseinkommen, Ein- und Ausfuhr, Investitionsquote) vornehmlich über den Haushalt zu steuern<sup>344</sup>.

- 109 Die rechtliche Verpflichtung des Staates auf eine globale Steuerung der Wirtschaft wurde durch die Neufassung des Art. 109 GG<sup>345</sup> und durch die gleichzeitige Verabschiedung des Stabilitätsgesetzes begründet. Nach Art. 109 Abs. 2 GG haben Bund und Länder bei ihrer Haushaltswirtschaft den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen. Diese auf die Haushaltswirtschaft bezogene Staatszielbestimmung wird durch § 1 StabG insofern verallgemeinert, als sie nicht nur für die finanzpolitischen, sondern auch für die wirtschaftspolitischen Maßnahmen von Bund und Ländern gilt. Außerdem konkretisiert das Stabilitätsgesetz den Begriff des „gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“, indem es in § 1 StabG bestimmt, daß die Maßnahmen zur Stabilität des Preisniveaus, hohem Beschäftigungsstand und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum<sup>346</sup> beizutragen haben. Damit wurde die gesamte Wirtschaftspolitik normativ verpflichtet. Außerdem wurde durch die Neufassung des Art. 109 III GG im Jahr 1969<sup>347</sup> der Grundsatz der getrennten Haushaltswirtschaft (Art. 109 I GG) durchbrochen. Der Bund hat seitdem die Grundsatzgesetzgebungskompetenz für das Haushaltsrecht, für eine konjunkturgerechte Haushaltswirtschaft und für eine mehrjährige Finanzplanung. Aufgrund des neuen Absatzes III erging im Jahr 1969 das Haushaltsgrundsatzgesetz<sup>348</sup>. Art. 109 und Art. 115 GG vervollständigen das verfassungsrechtliche Regelwerk zur antizyklischen Gestaltung der öffentlichen Haushalte.
- 110 Das Konzept der Globalsteuerung basiert auf den Grundvoraussetzungen von stabilem Wachstum und stabilem Konjunkturzyklus; es war dem neuen Phänomen der Stagflation (gleichzeitiges Auftreten hoher Inflationsraten und hoher Unterbeschäftigung) nicht gewachsen und geriet unter den Druck des Monetarismus<sup>349</sup>. Diese Konterrevolution gegen die keynesianische Revolution erwartet von der Fiskalpolitik keine globale, sondern nur eine alloкатive Wirkung und setzt statt dessen auf die Geldpolitik, auf eine feste und bestimmte Rate einer der Wachstumsrate angepaßten monetären Gesamtgröße<sup>350</sup>.

343 Zu den Konjunkturschwankungen in der Bundesrepublik vgl. *Schlesinger*, Beschäftigungs- und Konjunkturpolitik in der Bundesrepublik Deutschland, in: HdWW, Bd. 1, 1977, S. 499 ff.; *Schlecht*, Erfahrungen und Lehren aus dem jüngsten Konjunkturzyklus, Walter Eucken-Institut, Vorträge und Aufsätze, Bd. 35, 1972; *ders.*, Konjunkturpolitik in der Krise, Walter Eucken-Institut, Vorträge und Aufsätze, Bd. 94, 1983.

344 Zur Globalsteuerung vgl. *Schiller* (Fn. 309), S. 210 ff. und *Starbatty*, Theorie und Praxis der Globalsteuerung, 1974.

345 15. Gesetz zur Änderung des GG vom 8. 6. 1967 (BGBl. I 581).

346 Zu diesem sog. „magischen Viereck“: *Reidt*, in: *Jarass* (Fn. 11), § 13, Rn. 2 ff. m. w. N.

347 20. ÄndG vom 12. 5. 1969 (BGBl. I 357).

348 Gesetz vom 19. 8. 1969 (BGBl. I 1273).

349 Zu dessen Grundkonzept vgl. *Ehrlicher*, Geldtheorie und Geldpolitik, in: HdWW, Bd. 3, 1981, S. 423 ff. (S. 436 ff.).

350 Vgl. *Friedman*, in: *Brunner u. a.* (Hrsg.), Geldtheorie, 1974, S. 314 ff. (S. 329).

## 2. Das finanzpolitische Instrumentarium des Stabilitätsgesetzes

Das Stabilitätsgesetz ermöglicht eine antizyklische Ausgabenpolitik der öffentlichen Haushalte und den konjunkturpolitischen Einsatz steuerlicher Mittel<sup>351</sup>. Einerseits soll öffentliche Nachfrage angeregt bzw. abgeschöpft werden, andererseits wird die private Nachfrage über die Steuerpolitik reguliert. 111

Die **Fiskalpolitik**, ein traditionelles Mittel zum Ausgleich von Konjunkturschwankungen, beruht auf der Erkenntnis, daß Nachfragerücken in Zeiten des wirtschaftlichen Rückgangs durch eine Ausweitung der Staatsausgaben zu füllen und Nachfrageüberschüsse in der Hochkonjunktur durch Absenkung der öffentlichen Ausgaben zu dämpfen sind. Der jeweiligen konjunkturellen Lage wird durch Steuerung der öffentlichen Nachfrage entgegengewirkt (antizyklische Fiskalpolitik). Wichtigstes Instrument hierfür ist der öffentliche Haushalt<sup>352</sup>. Der Verfassungsgeber hat dies bei Neufassung des Art. 109 II GG dadurch zum Ausdruck gebracht, daß Bund und Länder bei ihrer **Haushaltswirtschaft** auf das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht insoweit verpflichtet werden, als sie diesem „Rechnung zu tragen“ haben. Die Konzeption einer Steigerung bzw. Verringerung der öffentlichen Ausgaben zur Nachfragebelebung bzw. zur Nachfragedämpfung wird in den §§ 5, 6, 14 StabG näher ausgestaltet. Nach den §§ 5, 14 StabG sind Bund und Länder zu einer konjunkturgerechten Aufstellung ihrer Haushalte verpflichtet. Nach §§ 6 I, II, 14 StabG ist die Bundesregierung zum antizyklischen Vollzug eines bereits verabschiedeten Haushalts ermächtigt. Zur **Konjunkturdämpfung** kann der Bundesminister der Finanzen mit Ermächtigung der Bundesregierung eine hauswirtschaftliche Sperre verfügen (§§ 5 II, 6 I StabG). Nachfragedämpfend wirkt auch die Anordnung einer obligatorischen Konjunkturausgleichsrücklage durch die Bundesregierung nach Art. 109 IV Nr. 2 GG, § 15 StabG. Voraussetzung ist, daß das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht gestört, nicht nur gefährdet ist. Außerdem kann der Bund die Kreditaufnahme durch die Länder, Gemeinden, Gemeinde- und Zweckverbände sowie die öffentlichen Sondervermögen durch Erlass einer Kreditlimitierungsverordnung beschränken (Art. 109 IV Nr. 1 GG, §§ 19 bis 25 StabG). Zur **Konjunkturbelebung** stehen der Bundesregierung das Instrumentarium der §§ 5 II, 6 II StabG zur Verfügung. Deckungsmittel für zusätzliche öffentliche Ausgaben sind dabei zunächst der Konjunkturausgleichsrücklage zu entnehmen. 112

Besondere Bedeutung wird der Steuer als konjunkturelles Instrument des Stabilitätsgesetzes zugemessen. Durch Gewährung von Investitionsprämien, durch Variation der steuerlichen Abschreibungssätze und durch Veränderung der Einkommen- und Körperschaftsteuer soll die private Nachfrage an das Angebotspotential angepaßt werden. 113

351 Zur Fiskalpolitik in der Marktwirtschaft und zu deren Instrumentalisierung durch das StabG vgl. Pohmer, Finanzwirtschaft. III: Politik, in: HdWW, Bd. 3, 1981, S. 261 ff.; Friauf/Wagner, VVDStRL 27 (1969), 1 ff., 47 ff.; v. Mutius/Schuppert, VVDStRL 42 (1984), 147 ff., 216 ff.

352 Zur wirtschaftspolitischen Gestaltungsfunktion des Haushalts vgl. Stern, Staatsrecht II, 1980, S. 1198 ff. Die rechtlichen und tatsächlichen Grenzen des wirtschaftspolitischen Einsatzes des Haushalts dürfen nicht unterschätzt werden. Haushaltsrecht ist nämlich primär als Ordnungsrecht konzipiert, ähnlich auch Fischer-Menshausen, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), GG, Bd. 3, 3. Aufl., 1996, Rdnr. 2 zu Art. 110 GG; außerdem sind mehr als 80 % des Haushaltsvolumens gesetzlich gebunden. Die Schätzungen reichen sogar von 80 % bis zu 95 %, vgl. Koller, Der öffentliche Haushalt als Instrument der Staats- und Wirtschaftslenkung, 1983, S. 201.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

Normative Grundlage hierfür sind die §§ 26, 27 StabG in Verbindung mit den einschlägigen Vorschriften des Einkommen- und Körperschaftsteuergesetzes.

- 114** Mit dem Recht der Bundesregierung, zur Festlegung der Konjunkturausgleichsrücklagen, zur Kreditbeschränkung und zur Steuervariation in Form der Rechtsverordnung zu handeln, werden die Grundsätze des Ordnungsrechts des Art. 80 GG<sup>353</sup> weitgehend durchbrochen. Als Ermächtigungsadressat ist nämlich nur die Bundesregierung, nicht auch ein einzelner Bundesminister, vorgesehen. Eine Subdelegation ist unzulässig, die Zustimmungsbefugnis des Bundesrats ist gesetzlich unabdingbar und außerdem räumt Art. 109 IV 4 GG dem Bundestag das Recht ein, die Aufhebung der Rechtsverordnungen zu verlangen.

### 3. Informationsinstrumente

- 115** Zur Information und Orientierung von Bundestag und Bundesrat, vor allem aber der gesellschaftlichen Gruppen dienen die Jahreswirtschaftsberichte (§ 2 StabG) und die Subventionsberichte (§ 12 StabG) der Bundesregierung. Außerdem liefert der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung jährlich ein Gutachten, um die Urteilsbildung der wirtschaftspolitisch verantwortlichen Instanzen sowie der Öffentlichkeit zu erleichtern.
- 116** Der **Jahreswirtschaftsbericht** ist nach § 2 I StabG im Januar eines jeden Jahres dem Bundestag und dem Bundesrat vorzulegen. Er muß eine Stellungnahme zum Jahresgutachten des Sachverständigenrates, eine Darlegung der angestrebten wirtschafts- und finanzpolitischen Ziele (Jahresprojektion) und die für das laufende Jahr geplanten wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen enthalten. Seine besondere Bedeutung liegt in der Quantifizierung der in § 1 S. 2 StabG genannten wirtschaftspolitischen Teilziele. Durch die Gegenüberstellung der Soll- mit den Ist-Werten wird die Bundesregierung einem Erfolgsdruck ausgesetzt<sup>354</sup>.
- 117** Mit dem Ziel, „energische Maßnahmen zur Eindämmung der Subventionen einzuleiten“<sup>355</sup>, ist vom Stabilitätsgesetz das Instrument eines Subventionsberichts aufgenommen worden. Dieser ist gem. § 12 II bis IV StabG im zweijährigen Turnus zu erstellen. Der Bericht, der eine zahlenmäßige Übersicht der Finanzhilfen, gegliedert nach Erhaltungs-, Anpassungs- und Förderungssubventionen enthält und der auch die Steuervergünstigungen erfaßt, muß einen zeitlich festgelegten Abbauvorschlag der Bundesregierung für die Beendigung der Finanzhilfen aufnehmen (§ 12 IV 3 und 4 StabG). Die bisherigen fünfzehn Subventionsberichte sind, was die Eindämmung von Subventionen anlangt, fast wirkungslos geblieben<sup>356</sup>. Die Kritik an den Subventions-

<sup>353</sup> Wilke, AöR 93 (1968), S. 270 ff.

<sup>354</sup> Da die Jahresprojektion nur die globalen Aggregatgrößen des gesamtwirtschaftlichen Kreislaufs enthält, kann durch die gelieferten Daten kein Vertrauenstatbestand entstehen. Vgl. Möller (Hrsg.), Kommentar zum StabG, 1969, Rdnr. 7 a zu § 2 StabG; Hollmann (Fn. 189), S. 302.

<sup>355</sup> BT-Drs. 10/3821.

<sup>356</sup> Vgl. Zimmermann, Die Informationsfunktion des Subventionsberichts, FinArch, N.F. 35 (1976/77), 451 ff. (467).

berichten, die sich auf deren unglückliche Begrifflichkeit und Inkonsistenz<sup>357</sup>, auf unzureichende Äußerungen in den Berichten zum wichtigen Thema der Erfolgskontrolle von Subventionen<sup>358</sup>, auf den viel zu niedrigen Ausweis der Höhe der Subventionen in den Berichten<sup>359</sup> und auf fehlende Aussagen zur Subventionstechnik<sup>360</sup> bezieht, ist durchaus berechtigt.

Im Gegensatz zu den Jahreswirtschaftsberichten und zu den Subventionsberichten wurde die Tätigkeit des **Sachverständigenrats** zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung durch ein eigenes Gesetz (SVG) begründet<sup>361</sup>. Nach § 2 S. 6 SVG soll der Sachverständigenrat die Möglichkeiten zur Vermeidung oder Beseitigung von wirtschaftlichen Fehlentwicklungen aufzeigen; es ist ihm jedoch ausdrücklich verwehrt, Empfehlungen auszusprechen. Damit ist der Sachverständigenrat in eine Sonderstellung gerückt, die sich nicht nur durch seine Aufgabenstellung begründet. Die Unabhängigkeit seiner fünf Mitglieder, die während ihrer fünfjährigen Amtszeit nicht abberufen werden können, die Verpflichtung der Behörden, Amtshilfe zu leisten, vor allem aber seine Verkoppelung mit der Wirtschaftspolitik, lassen es zweifelhaft erscheinen, ob es sich bei ihm noch um ein Beratungsgremium handelt. Der Sachverständigenrat ist nämlich verpflichtet (§ 6 I SVG), bis zum 15. November eines jeden Jahres ein Gutachten zu erstellen, zu dem nach § 2 I 2 StabG die Bundesregierung im Jahreswirtschaftsbericht Stellung zu beziehen hat. Nicht zuletzt wegen der fachlichen Autorität seiner bisherigen Mitglieder kommt dem Sachverständigenrat die Funktion eines „pouvoir neutre“<sup>362</sup> zu. Die ihm vom Gesetzgeber zugeordneten Funktionen der Erziehung, der Versachlichung, der Integration und der Kontrolle sind verfassungsrechtlich unbedenklich und wurden vom Sachverständigenrat entgegen seinen Kritikern<sup>363</sup> nicht dazu genutzt, die Funktion einer „Nebenregierung“ zu übernehmen.

#### 4. Die Koordinations- und Planungsinstrumente des Stabilitätsgesetzes

Zur konjunkturellen Planung und Koordinierung sieht das Stabilitätsgesetz eine Reihe von Gremien vor. 119

Mit der **konzertierten Aktion** (§ 3 StabG), dem gleichzeitig aufeinander abgestimmten Verhalten der Gebietskörperschaften, Gewerkschaften und Unternehmensverbände zur Erreichung der Ziele des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts, sollte auf die 120

357 Vgl. *Hansmeyer*, Bemerkungen zum Subventionsbericht, *FinArch*, N.F. 30 (1971/72), 103 ff.; *Zimmermann*, Vergleichbarkeit in der Subventionsberichterstattung des Bundes, *FinArch*, N.F. 37 (1979), 459 ff.

358 Vgl. *Zimmermann*, Subventionsberichterstattung und Erfolgskontrolle, *FinArch*, N.F. 43 (1985), 86 ff.

359 Vgl. *Jüttemeier/Lammers*, Subventionen in der Bundesrepublik Deutschland, 1979; *Gerken/Jüttemeier/Schatz/K.-D. Schmidt*, Mehr Arbeitsplätze durch Subventionsabbau, 1985.

360 Vgl. *Zimmermann* (Fn. 356), S. 460.

361 G.v. 14. 8. 1963 (BGBl. I 685).

362 So *H.K. Schneider* (Hrsg.), Grundsatzprobleme wirtschaftspolitischer Beratung, 1968, S. 7.

363 *Böckenförde*, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 257; *Heinze*, Der Staat 6 (1967), S. 433 ff. (436 f.) und *Molitor* (Hrsg.), Zehn Jahre Sachverständigenrat, 1973.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

Willensbildung der autonomen Gruppen Einfluß genommen werden. Die gesetzlich institutionalisierte Gesprächsrunde von Regierung und Verbänden war während der Gesamtzeit ihres Bestehens (1966 bis Mitte 1977) durch überhöhte Erwartungen belastet. An die Stelle von Distanz, Nicht-Einmischung und Nicht-Identifikation sollte partnerschaftliches Denken treten. Die konzertierte Aktion wurde sogar zum Rohentwurf einer Verfassungstheorie des kooperativen Staates benutzt<sup>364</sup>. Die mit der konzertierten Aktion verbundenen Befürchtungen („Vergesellschaftung des Staates“<sup>365</sup>) haben sich nicht bestätigt. Die innere Souveränität des Staates kam nämlich schon deshalb nicht in Gefahr, weil das Zusammenwirken nach § 3 StabG nie über ein unverbindliches Interessenclearing hinauskam.

- 121** Der Koordination der Haushalts- und Finanzplanungen von Bund, Ländern und Gemeinden dienen der **Konjunkturrat** (§ 18 StabG) und der **Finanzplanungsrat** (§ 51 HGrG). Verfassungsrechtliche Befürchtungen, der Konjunkturrat könne die selbständige politische Entscheidungsgewalt der Regierung gefährden, haben sich als unbegründet erwiesen<sup>366</sup>.
- 122** Mit dem Stabilitätsgesetz (§§ 9, 10, 14, 17 StabG) wurde auf der Grundlage von Art. 109 III GG eine **mehrfährige Finanzplanung** als finanzpolitisches Instrument geschaffen. Sie sollte Ordnungs-, Lenkungs-, Informations- und Programmfunktionen erfüllen. Wegen der präjudizierenden Wirkung der Finanzpläne auf das Parlament wurde immer wieder auf die Notwendigkeit einer Verstärkung des parlamentarischen Einflusses hingewiesen<sup>367</sup>. Die gegenüber der mittelfristigen Finanzplanung geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken können aber zurückgestellt werden, weil diese nahezu bedeutungslos geblieben ist<sup>368</sup>.

## 5. Die Geld- und Kreditpolitik in der Europäischen Währungsunion

### a) Die Einführung des Euro durch das Gemeinschaftsrecht

- 123** Im Unionsvertrag von Maastricht wurde der „Fahrplan“ für das langgehegte<sup>369</sup> Projekt der Europäischen Währungsunion primärrechtlich fixiert und deren Verwirklichung in

<sup>364</sup> So Ritter, AöR 104 (1979), 389 ff. (413). Allgemein zum kooperativen Staat siehe Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 1998, 1. Kapitel, Rn. 45 ff.

<sup>365</sup> Statt vieler Biedenkopf, BB 1968, 1005 ff.

<sup>366</sup> Zum Diskussionsstand vgl. Hollmann (Fn. 189), S. 324 m. w. N.

<sup>367</sup> Zur Diskussion vgl. Gresser, Probleme der mehrjährigen öffentlichen Finanzplanung, 1974; Moeser, Die Beteiligung des Bundestages an der staatlichen Haushaltsgewalt, 1978, S. 92 ff.; Nachtkamp, Mehrjährige Finanzplanung und mittelfristige Zielprojektionen der Bundesregierung, 1976; Graf Vitzthum (Fn. 177), S. 164 ff. und Würtenberger (Fn. 177), S. 287 ff.

<sup>368</sup> Ähnlich die Wertung von Maunz, in: ders./Dürig/Herzog/Scholz, GG, Rdnr. 50 zu Art. 109 GG.

<sup>369</sup> Einen instruktiven Überblick über die letztlich bis in die unmittelbare Nachkriegszeit zurückreichende Entwicklungsgeschichte der Europäischen Währungsunion geben etwa Beck, Stabilitätspolitik in der Europäischen Wirtschafts- und Währungsunion, 1997, S. 19 ff.; Ensthaler, JuS 1994, 26 ff.; Hahn, Der Vertrag von Maastricht als völkerrechtliche Übereinkunft und Verfassung, 1992, S. 11 ff.; Schlesinger, in: Waigel (Hrsg.), Unsere Zukunft heißt Europa, 2. Aufl., 1996, S. 235 ff.; Tettinger, RIW-Beil. 3/1992, S. 1 ff.; Tietmeyer, in: Kirchhof/Schäfer/ders., Europa als politische Idee und als rechtliche Form, 1993, S. 35 (38 ff.).



drei Stufen bis zum Jahre 1999 unwiderruflich<sup>370</sup> festgeschrieben. Die erste Stufe begann am 1. 7. 1990, die zweite am 1. 1. 1994<sup>371</sup>. Beide Stufen dienten der Vorbereitung der Währungsunion. Auf der Sondertagung des Europäischen Rates in Brüssel wurde am 2. 5. 1998 verbindlich über den Teilnehmerkreis an der Währungsunion entschieden, wobei mit Ausnahme Griechenlands alle Beitrittskandidaten die vertraglich vorgesehenen Konvergenzkriterien erfüllten<sup>372</sup>. Am 1. 1. 1999 trat die dritte Stufe der Währungsunion, die „Vergemeinschaftungsstufe“, mit elf Mitgliedstaaten in Kraft. Die Teilnahme Deutschlands ist verfassungsrechtlich durch Art. 23 und 88 S.2 GG abgesichert<sup>373</sup>.

Der Übergang zur einheitlichen Währung bildet nach Ansicht der Euro-Befürworter die entscheidende Grundlage für das in Art. 2 EGV angestrebte, beständige und nicht-inflationäre Wirtschaftswachstum sowie die Verwirklichung eines echten Binnenmarktes<sup>374</sup>. Die Deutsche Bundesbank sieht die Vorteile des Euro insbesondere in einer Verringerung der Transaktionskosten im Binnenmarkt sowie der Beseitigung der Wechselkursrisikos<sup>375</sup>. Die Schaffung eines größeren und effizienteren Finanzmarktes mit mehr Preistransparenz stärkt die globale Wettbewerbsfähigkeit der Unternehmen und die Planungssicherheit der Verbraucher. Die Einheitswährung führt andererseits nach Ansicht von Kritikern zu einem verschärften Standortwettbewerb, der sich zumindest kurzfristig belastend für den deutschen Arbeitsmarkt auswirken könnte. Politisch wird der Verwirklichung der Währungsunion zum Teil noch weitaus grundsätzlichere Bedeutung zugemessen: sie soll den europäischen Einigungsprozeß insgesamt endgültig unumkehrbar machen<sup>376</sup> und so „ein Garant des Friedens im 21. Jahrhundert“ sein<sup>377</sup>. Freilich sind ebenso Kassandrarufer zu vernehmen, die politische Instabilität infolge einer regionalen Verschärfung des Beschäftigungsproblems<sup>378</sup> in Kombination mit einem durch die wirtschaftlichen Konvergenzvorgaben stark verengten sozialpolitischen Handlungsspielraum der Mitgliedstaaten befürchten<sup>379</sup>. Es

370 Auf die durch BVerfGE 89, 155 (202 f.) – Maastricht ausgelöste, mittlerweile rechtshistorische Kontroverse, ob dem Deutschen Bundestag noch ein Parlamentsvorbehalt für die Entscheidung über den Eintritt in die Währungsunion zukommt, soll hier nicht weiter eingegangen werden. Ablehnend insoweit die h.M., vgl. nur *Pernice*, in: FS *Everling*, Bd. II, 1995, S. 1057 (1065 ff.); *Puttler*, ZRP 1998, 168 ff.; *Selmayr*, EuZW 1998, 101 (106 ff.), jew.m. w. N.

371 Zur Bedeutung der zweiten Stufe siehe Art. 116 EGV (Art. 109e a. F.).

372 Vgl. im einzelnen die Gründe für die „Entscheidung des Rates der Staats- und Regierungschefs zum Teilnehmerkreis an der Wirtschafts- und Währungsunion“ vom 2. 5. 1998, abgedr. in Bull. der BReg. Nr. 30 vom 11. 5. 1998, S. 353 ff.

373 Vgl. dazu jüngst *BVerfG*, Beschlüsse vom 31. 3. 1998, EuZW 1998, 279 ff.

374 Vgl. Ziff. 2 der „Erklärung des Rates für Wirtschaft und Finanzen zur Haushaltskonsolidierung“ vom 1. 5. 1998, abgedr. in: Bull. der BReg. Nr. 30 vom 11. 5. 1998, S. 358 f.

375 Vgl. Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Mai 1998, S. 17 (21); ähnlich *Bofinger*, APuZ B 47/97 vom 14. 11. 1997, S. 11 (15 ff.).

376 In diesem Sinne *Tietmeyer*, Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion – Eine deutsche Sicht, 1992, S. 38 ff. Die Bundesregierung geht in der Begründung ihres „Entwurfs eines Gesetzes zur Einführung des Euro (Euro-Einführungsgesetz -EuroEG)“ davon aus, daß „die Fortentwicklung des Europäischen Binnenmarktes zu einer Wirtschafts- und Währungsunion ... die europäische Integration weiter verstärken“ wird, vgl. BT-Drs. 13/9347, S. 21.

377 So Ex-Bundeskanzler *Kohl*, in: FS *F. Klein*, 1994, S. 15 ff.; siehe auch *Morgenthaler*, JuS 1997, 673.

378 So etwa *Morgenthaler*, JuS 1997, 673 (681); *Neumann*, APuZ B 47/97 vom 14. 11. 1997, S. 3 (8).

379 Vgl. etwa *Hahn*, JZ 1996, 321 (326). Die SPD-Fraktion im Bundestag hat daher immer wieder gefordert, die Einführung des Euro müsse von sozial- und steuerpolitischen Regelungen auf Gemeinschaftsebene flankiert werden, um ein „Sozialdumping“ zu vermeiden, vgl. wib vom 8. 4. 1998, S. 57.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

erscheint darum gegenwärtig nicht unberechtigt, das Projekt Währungsunion als „Abenteuer“ mit ungewissem Ausgang zu bezeichnen<sup>380</sup>.

- 125** Die mit der dritten Stufe der Währungsunion verbundene Einführung des Euro verläuft gemäß des vom Europäischen Rat auf seiner Tagung in Madrid im Dezember 1995 beschlossenen, sog. „Szenarios“ in drei Etappen: am 1. 1. 1999 setzte der Rat aufgrund des in Art. 123 IV EGV (= Art. 109I a. F.) festgelegten Verfahrens unwiderruflich die Umrechnungskurse fest, zu denen die Währungen der Teilnehmerstaaten durch den Euro ersetzt werden (Phase 3a)<sup>381</sup>. Es handelt sich um eine bloße Währungsumstellung zum einheitlichen Umrechnungskurs, so daß die Wertrelationen unverändert bleiben<sup>382</sup>. Der Euro wird durch die Umstellung zur maßgeblichen Währung innerhalb der Teilnehmerstaaten, die jedoch vorerst nur als Buchgeld zur Verfügung steht. Die nationalen Währungen behalten ihre volle Bedeutung als gesetzliches Zahlungsmittel im Geschäftsverkehr, sind jedoch nurmehr als Denominationen (Untereinheiten) anzusehen, die den Wert des Euro in nationalen Währungseinheiten ausdrücken<sup>383</sup>. Grundsätzlich hat jede Privatperson bis zum 31. 12. 2001 die Wahl, bei neu geschlossenen<sup>384</sup> vertraglichen Vereinbarungen sowie im bargeldlosen Zahlungsverkehr Euro oder D-Mark zu benutzen; ein Zwang zur Verwendung des Euro besteht vorerst nicht. Die öffentliche Verwaltung wird ihre Buchführung erst zum 1. 1. 2002 auf den Euro umstellen. Ab diesem Zeitpunkt (Phase 3b) geben EZB und nationale Zentralbanken Euro-Banknoten und Euro-Münzen in Umlauf<sup>385</sup>; der Euro wird damit neben den nationalen Währungen gesetzliches Zahlungsmittel. Die D-Mark soll innerhalb eines weiteren, höchstens halbjährigen Übergangszeitraums ab dem 1. 1. 2002 (Phase 3c) ihre Gültigkeit verlieren, womit der Euro ausschließliches gesetzliches Zahlungsmittel wird<sup>386</sup>.

380 Vgl. *Möschel*, JZ 1998, 217 (223), der sich zum Teil polemisch mit den politischen und ökonomischen Gründen für die Währungsunion auseinandersetzt. Krit. auch *Tettinger*, RIW-Beil. 3/1992, S. 1 (11): „... voreiliger, durch Flickschusterei forciertes Zwischenschritt“.

381 Näheres zur Umrechnung enthält eine spezielle, auf Art. 308 EGV gestützte Verordnung des Rates, die „Verordnung Nr. 1103/97 des Rates über bestimmte Vorschriften im Zusammenhang mit der Einführung des Euro vom 17. 6. 1997“, ABIEG L 162, S. 1 ff.; vgl. dazu *Dehmer/Batke-Spitzer*, DStR 1998, 36 (38 f.). Die Verordnung mußte auf Art. 235 EGV a. F. gestützt werden, weil die spezielle Rechtsgrundlage des Art. 109I IV 3 EGV a. F. vor der förmlichen Benennung der Teilnehmer an der dritten Stufe der Währungsunion gem. Art. 109j IV EGV a. F. noch nicht verfügbar war, vgl. den fünften Erwägungsgrund der Verordnung, a. a. O.

382 Die Euro-Einführung ist damit keine Währungsreform, vgl. den Zwischenbericht des Arbeitsstabes Wirtschafts- und Währungsunion beim Bundesministerium der Finanzen zur Einführung des Euro in Gesetzgebung und öffentlicher Verwaltung vom 28. 4. 1997, BT-Drs. 13/7727, S. 1 (5).

383 Zum (umstrittenen) rechtlichen Status des Euro in der Übergangszeit siehe auch von *Borries/Replinger-Hach*, NJW 1996, 3111 (3114).

384 Für Vereinbarungen aus der Zeit vor dem 1. 1. 1999 gilt im Interesse der Rechtssicherheit nach Art. 3 der soeben genannten Verordnung der Grundsatz der *Vertragskontinuität*, d. h. ohne spezielle Abrede wird das Zahlungsmittel nicht umgestellt. Auch Rücktrittsrechte o. ä. werden durch die Einführung des Euro nicht begründet.

385 Näheres hierzu regeln Art. 10 und 11 der „Verordnung Nr. 974/98 des Rates über die Einführung des Euro vom 3. 5. 1998“, ABIEG L 139, S. 1 (4 f.).

386 Vgl. Art. 15 der soeben genannten Verordnung, a. a. O. sowie von *Borries/Replinger-Hach* (Fn. 383), S. 3116. Die Bundesregierung plant, die Phase 3c zeitlich auf Null zu reduzieren („juristischer Big Bang“) und stattdessen eine Nachfrist zu bestimmen, in der DM-Noten und -Münzen von den Kreditinstituten noch zurückgenommen werden bzw. nach Parteivereinbarung im Privatverkehrsverkehr weiter verwendbar bleiben. Vgl. dazu den Zwischenbericht (a. a. O.), S. 12.

## b) Das nationale Euro-Einführungsgesetz

Die Einführung des Euro mit Wirkung vom 1. 1. 1999 macht im nationalen Bereich eine Begleitregelung erforderlich, die sämtliche Rechtsnormen, welche die Verwendung der D-Mark vorschreiben, ändert, um einen möglichst reibungslosen Übergang auf die gemeinsame Währung zu ermöglichen. Dies soll durch das „Gesetz zur Einführung des Euro (Euro-Einführungsgesetz – EuroEG)“<sup>387</sup> gewährleistet werden, das für die Übergangszeit vom 1. 1. 1999 bis 31. 12. 2001 gilt. Das EuroEG paßt in Form eines Artikelgesetzes verschiedene Währungs- und Wirtschaftsgesetze an die gemeinschaftsrechtlich vorgeschriebene Währungsumstellung an<sup>388</sup>. Die in diesem Zusammenhang wichtigste Änderung betrifft die Ersetzung der Leitzinsen der Deutschen Bundesbank durch im einzelnen noch unbestimmte Referenzzinssätze nach dem sog. Diskontsatz-Überleitungs-Gesetz (DÜG)<sup>389</sup>. Der Diskontsatz wird danach durch einen sog. Basiszinssatz ersetzt (§ 1 DÜG), dessen Höhe zunächst mit dem letzten Diskontsatz der Bundesbank identisch ist und künftig durch die EZB bestimmt wird. Der Lombardsatz soll aufgrund einer noch zu erlassenden Rechtsverordnung der Bundesregierung ohne unmittelbare Anknüpfung an den von der Bundesbank zuletzt festgelegten Satz durch dasjenige, von der EZB noch zu benennende Steuerungsmittel substituiert werden, das ihm in seiner Funktion am ehesten entspricht (§ 3 II Nr. 1 DÜG). 126

## c) Das Europäische System der Zentralbanken

Die früher der Deutschen Bundesbank obliegenden Aufgaben der Gestaltung des Geld- und Währungswesens<sup>390</sup> sind mit Wirkung vom 1. 1. 1999 auf das Europäische System der Zentralbanken (ESZB) übergegangen, das aus der Europäischen Zentralbank (EZB) mit Sitz in Frankfurt am Main als Rechtsnachfolger des Europäischen Währungsinstituts (EWI) sowie aus den nationalen Zentralbanken besteht (vgl. Art. 8 EGV und Art. 107 I EGV = Art. 4a, 106 a. F.). Grundlegende Aufgabe des ESZB ist es, die Geldpolitik der Gemeinschaft festzulegen und auszuführen. Dazu gehört die Definition geldpolitischer Ziele, die Festlegung der Leitzinssätze und die Bereitstellung von Zentralbankgeld. Daneben ist das ESZB für Devisengeschäfte mit Drittstaaten gem. Art. 111 EGV (= Art. 109 a. F.) zuständig, verwaltet die Währungsreserven der Mitgliedstaaten und fördert das reibungslose Funktionieren der Zahlungssysteme (Art. 3 ESZB-Satzung). 127

Das ESZB wird von den Beschlußorganen der EZB, dem Europäischen Zentralbankrat (EZB-Rat) und dem Direktorium, nach Maßgabe einer Satzung (ESZB-Satzung)<sup>391</sup> geleitet (Art. 107 III, IV EGV = Art. 106 a. F.; Art. 8, 9 III ESZB-Satzung)<sup>392</sup>. 128

387 BGBl. 1998 I, 1242 ff.; näher dazu *Dehmer/Batke-Spitzer*, DSStR 1998, 36 (40 ff.); *Dittrich*, NJW 1998, 1269 ff.

388 Im einzelnen wird das Gesellschaftsrecht, das Bilanzrecht, das Börsenrecht, das Steuerrecht, das Mietrecht sowie das zivilprozessuale Mahnverfahren der Anwendung des Euro geöffnet.

389 Art. 1 des Euro-EG, BT-Drs. 13/9347, S. 5.

390 Siehe dazu die Voraufgabe, Rn. 121 f.

391 Die Satzung ist enthalten im dem Vertrag von Maastricht beigefügten „Protokoll über die Satzung des Europäischen Systems der Zentralbanken und der Europäischen Zentralbank“, ABIEG 1992 C 224, S. 104 ff.

392 Für bestimmte, hier nicht näher interessierende Angelegenheiten ist der sog. Erweiterte Rat der EZB zuständig, vgl. dazu Art. 45 ff. ESZB-Satzung.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

Dem Direktorium gehören sechs von den Staats- und Regierungschefs der Teilnehmerstaaten bestimmte Mitglieder an: der Präsident der EZB (Amtszeit acht Jahre), der Vizepräsident (Amtszeit vier Jahre) sowie vier weitere Mitglieder mit einer Amtszeit zwischen fünf und acht Jahren. Eine Wiederernennung ist für alle Mitglieder ausgeschlossen (Art. 112 EGV = Art. 109a a. F.; Art. 11 II, 50 ESZB-Satzung). Der EZB-Rat besteht aus den Mitgliedern des Direktoriums sowie den Präsidenten der nationalen Zentralbanken, deren Amtszeit im Interesse kontinuierlicher Finanzpolitik mindestens fünf Jahre betragen muß (Art. 14 II ESZB-Satzung). Den Vorsitz in Rat und Direktorium führt der Präsident der EZB. Dieser vertritt zudem die EZB nach außen (Art. 13 ESZB-Satzung).

- 129** Jedes Mitglied der Beschlußorgane genießt nach Maßgabe des Art. 108 EGV (= Art. 107 a. F.) fachliche und persönliche Unabhängigkeit gegenüber den EG-Organen sowie den Regierungen der Mitgliedstaaten. Die durch den Vertrag geschaffene, institutionelle, funktionelle, personelle und finanzielle Unabhängigkeit von EZB und ESZB<sup>393</sup> entspricht weitgehend deutscher Tradition und geht partiell sogar noch über die Stellung der Bundesbank hinaus<sup>394</sup>.
- 130** Der EZB-Rat tritt mindestens zehnmal im Jahr zusammen, um die für die Erfüllung der Aufgaben des ESZB notwendigen Leitlinien und Entscheidungen zu erlassen (Art. 12 I, 10 V ESZB-Satzung). Dabei hat jedes Mitglied eine Stimme. Für Abstimmungen genügt in der Regel die einfache Mehrheit. Bei Stimmgleichheit gibt die Stimme des EZB-Präsidenten den Ausschlag (Art. 10 II ESZB-Satzung). Das Direktorium führt die Beschlüsse des EZB-Rates aus und erteilt den nationalen Zentralbanken die hierfür erforderlichen Weisungen (Art. 12 I ESZB-Satzung). Außerdem führt es die laufenden Geschäfte der EZB (Art. 11 VI ESZB-Satzung).
- 131** Die EZB ist bei Aufnahme ihrer Tätigkeit mit einem Kapital von knapp 4 Milliarden Euro ausgestattet<sup>395</sup>. Sie besitzt Rechtspersönlichkeit (Art. 107 II EGV = Art. 106 II a. F.; Art. 9 I ESZB-Satzung), hat daher in jedem Mitgliedstaat die nach nationalem Recht einer juristischen Person zukommende Rechts- und Geschäftsfähigkeit, kann Vermögen erwerben und veräußern sowie zur Erfüllung ihrer Aufgaben Rechtsakte erlassen (Art. 110 EGV = Art. 108a a. F.; Art. 34 ESZB-Satzung), gegen die Nichtigkeitsklage nach Art. 230 EGV (= Art. 173 a. F.) statthaft ist (Art. 35 I ESZB-Satzung)<sup>396</sup>. Des weiteren kann sie unverbindliche Empfehlungen und Stellungnahmen abgeben (Art. 110 I EGV) und ist vor dem Erlass sämtlicher, in ihren Zuständigkeitsbereich fallender Rechtsakte der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten zu hören

393 Vgl. dazu ausführlich *Janzen*, Der neue Artikel 88 Satz 2 des Grundgesetzes, 1996, S. 89 ff. m. z. w. N.

394 Die Unabhängigkeit der Bundesbank war nach allgemeiner Meinung nur durch das Bundesbankgesetz, nicht aber verfassungsrechtlich gewährleistet, vgl. dazu BVerwGE 41, 334 ff. sowie *Reiner Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allg. Teil, 1990, S. 360 ff. Indes ist die Unabhängigkeit der EZB unter dem Gesichtspunkt des Demokratieprinzips nicht unproblematisch. Das BVerfG hat eine diesbezügliche „Modifikation“ jedoch „im Dienste der Sicherung des in eine Währung gesetzten Einlösungsvertrauens“ für „vertretbar“ gehalten, vgl. BVerfGE 89, 155 (208) – Maastricht. Zum Legitimationsproblem vgl. ausführlich *Brosius-Gersdorf*, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, 1997.

395 Art. 28 I ESZB-Satzung sieht zwar ein Startkapital von 5 Milliarden Euro vor, der EZB-Rat hielt jedoch auch 4 Milliarden Euro für ausreichend.

396 Vgl. *Häde*, EuZW 1992, 171 (176).

(Art. 4 ESZB-Satzung). Sie hat regelmäßig dem Europäischen Rat, den Organen der EG sowie der Öffentlichkeit nach Maßgabe des Art. 15 ESZB-Satzung über ihre Tätigkeit Bericht zu erstatten sowie ihre Jahresabschlüsse zu veröffentlichen (Art. 26 II ESZB-Satzung).

Die EZB und die nationalen Zentralbanken haben gem. Art. 105 I EGV im Einklang mit dem Grundsatz einer offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb zu handeln und sich dabei vorrangig am Ziel der Preisstabilität zu orientieren. Auch insoweit besteht ein qualitativer Unterschied zum bisherigen Recht, war doch die Bundesbank nach § 3 BBankG a. F. ganz allgemein auf die Währungssicherung verpflichtet. Freilich ist zu berücksichtigen, daß die Währungspolitik der EZB allein nicht die Stabilität des Euro garantieren kann, da sich etwa Löhne und Importpreise als nichtmonetäre Inflationsimpulse auswirken. Nimmt die EZB ihre Aufgabe der Stabilitätssicherung jedoch ernst, so muß sie ggfs. – nach dem Vorbild der Deutschen Bundesbank – Kaufkraftverlusten durch monetäre Maßnahmen wie Erhöhung der Leitzinsen entgegenwirken. **132**

Die währungspolitischen Instrumente der EZB sind abschließend weder im EG-Vertrag noch in der ESZB-Satzung festgelegt. Der EZB-Rat muß sie vielmehr selbst auswählen. Die Satzung ermöglicht die Aufstellung allgemeiner Grundsätze für die Offenmarktpolitik durch die Zentralbanken der Teilnehmerstaaten (Art. 18 ESZB-Satzung) sowie die Begründung einer Pflicht für die nationalen Banken zur Unterhaltung von Mindestreserven bei der EZB (Art. 19 ESZB-Satzung). Sonstige geldpolitische Instrumente kann der EZB-Rat nach seinem Ermessen durch einen von einer Mehrheit von zwei Dritteln der abgegebenen Stimmen getragenen Beschluß festsetzen (Art. 20 ESZB-Satzung)<sup>397</sup>. **133**

Die Geldpolitik erfüllt innerhalb der Teilnehmerstaaten an der Währungsunion traditionell sehr unterschiedliche Funktionen. Während in Deutschland stets die Sicherung der internen Stabilität des Geldwerts im Vordergrund der erfolgreichen Tätigkeit der Bundesbank stand, wird die Geldpolitik etwa in Frankreich als Medium der allgemeinen Wirtschaftspolitik betrachtet, was die Gefahr einer Instrumentalisierung der EZB zu beschäftigungspolitischen Zwecken nahelegt<sup>398</sup>. Risiken für die Geldwertstabilität in Europa sind ganz allgemein darin zu sehen, daß die EZB ihre Geldpolitik auf Druck einzelner Mitgliedstaaten auf Dauer auch an währungsfremden Zielen ausrichten könnte. Hinzu kommt, daß wichtige EU-Mitgliedstaaten wie Großbritannien eine **134**

<sup>397</sup> Der Europäische Zentralbankrat hat sich am 1. 6. 1998 konstituiert und berät derzeit über geldpolitische Steuerungskonzepte, wobei die Auffassungen der Teilnehmerstaaten stark divergieren. Während etwa Italien eine Stabilitätspolitik durch Mindestreserveanordnungen favorisiert, möchte die Bundesrepublik Deutschland den traditionell von der Bundesbank verfolgten Kurs der Steuerung der Geldmenge auch im ESZB durchsetzen. Die Vorgabe von Geldmengenzielen wird indessen beispielsweise von den nicht an der Währungsunion teilnehmenden Briten für unpraktikabel gehalten, da die Geldmenge durch zahlreiche endogene Faktoren letztlich dem Einfluß der Notenbank weitgehend entzogen ist. Nach Ansicht des deutschen Direktoriumsmitglieds der EZB, *Issing*, empfiehlt sich eine Mischstrategie, die ein vorgegebenes Geldmengenziel durch Elemente einer direkten Inflationssteuerung ergänzt. Die Auswahl geldpolitischer Instrumente sollte dabei von der Beobachtung und Interpretation einer Vielzahl von Indikatoren abhängig sein, zu denen etwa Geldmenge, Preisentwicklung, Lohnkosten und Wechselkurse des Euro zu anderen Währungen gehören. Vgl. dazu die FAZ-Beilage „50 Jahre DM“ vom 2. 6. 1998, S. B 9.

<sup>398</sup> Näher *Möschel* (Fn. 380), S. 219f.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

unabhängige Zentralbank als unvereinbar mit ihrem traditionellen Demokratieverständnis betrachten und wohl auch aus diesem Grunde zunächst nicht an der Währungsunion teilnehmen. Der mangelnde Konsens darüber, wie die europäische Währungspolitik zu betreiben und zu verantworten ist, läßt die Erfolgsaussichten der Stabilitätspolitik des ESZB als ungewiß erscheinen<sup>399</sup>.

### d) Die Deutsche Bundesbank als nationale Zentralbank

- 135 Wurden bisher alle wesentlichen geldpolitischen Entscheidungen von der Bundesbank als „Hüterin der D-Mark“ weitgehend eigenverantwortlich getroffen, so ist die Bundesbank nunmehr als Zentralbank der Bundesrepublik Deutschland integraler Bestandteil des ESZB und wirkt an der Erfüllung von dessen Aufgaben mit (§ 3 BBankG<sup>400</sup>), was im wesentlichen eine Beschränkung auf Kunden- und Vollzugsgeschäfte bedeutet. Die bisher ausgeübten Befugnisse der Steuerung der Geldmenge durch Notenemission, Leitzinsfestsetzung, selbständige Offenmarktpolitik und Mindestreserveanordnungen sind oder werden ihr mittelfristig entzogen<sup>401</sup>. Die gemeinschaftlich gesteuerte Geldpolitik kann die Bundesbank daher nur noch mittelbar über ihren Präsidenten als Vertreter Deutschlands im EZB-Rat beeinflussen. Hieran wird deutlich, daß die Mitgliedstaaten in der Wirtschafts- und Währungsunion „in beträchtlichem Umfange auf die Ausübung ihrer Souveränität verzichten müssen“<sup>402</sup>.
- 136 Die Bundesbank wird durch drei Organe geleitet, den Zentralbankrat, das Direktorium und die Vorstände der Landeszentralbanken. Der Zentralbankrat bestimmt die Geschäftspolitik der Bank und handelt bei der Erfüllung ihrer Aufgaben innerhalb des ESZB im Rahmen der Leitlinien und Weisungen des Direktoriums der EZB (Art. 14 III ESZB-Satzung, § 6 I 2 BBankG). Der Zentralbankrat setzt sich aus dem Präsidenten und Vizepräsidenten zusammen, die zugleich dem Direktorium vorstehen, den weiteren Mitgliedern des Direktoriums und den Präsidenten der Landeszentralbanken (§ 6 II BBankG).
- 137 Das Direktorium, das zentrale Exekutivorgan der Bank, ist nach § 7 I BBankG für die Durchführung der Beschlüsse des Zentralbankrates verantwortlich, ebenso für die sonstige Verwaltung, soweit nicht die Vorstände der Landeszentralbanken zuständig sind. Neben dem Präsidenten und dem Vizepräsidenten gehören ihm bis zu sechs weitere Mitglieder (§ 7 II BBankG) an.
- 138 Die Leitung der neun Landeszentralbanken, der in jedem Bundesland unterhaltenen Hauptverwaltungsstellen, liegt bei deren Vorstand, der jeweils aus Präsident und Vizepräsident (§ 8 III BBankG) besteht.

399 Vgl. hierzu *Reiner Schmidt*, ZRP 1998, 161 f.

400 I.d.F.d. Sechsten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes über die Deutsche Bundesbank vom 22. 12. 1997, BGBl. I 3274.

401 Näher *Brosius-Gersdorf* (Fn. 394), S. 282 ff.; *Janzen* (Fn. 393), S. 178 ff.

402 *von Simson/Schwarze*, Europäische Integration und Grundgesetz, 1992, S. 46 ff. (Zitat S. 47). Siehe aber auch *Kirchhof*, in: *Waigel* (Hrsg.), Unsere Zukunft heißt Europa, 2. Aufl., 1996, S. 111 (122 f.), wonach die Struktursicherungsklausel des Art. 23 I 1 GG den Mitgliedstaaten auch weiterhin eine währungspolitische Verantwortlichkeit in Form der Kontrolle und ggfs. Nachsteuerung der Geldwertstabilität auferlegt.

Präsident, Vizepräsident und die weiteren Mitglieder des Direktoriums werden auf Vorschlag der Bundesregierung in der Regel für acht Jahre vom Bundespräsidenten bestellt. Zuvor ist der Zentralbankrat zu hören (§ 7 III BBankG). Ebenso wird bei Bestellung des Vorstands der Landeszentralbanken verfahren; das Vorschlagsrecht liegt hier aber beim Bundesrat (§ 8 IV BBankG). 139

Die Bundesbank ist bei der Erfüllung ihrer Aufgaben nunmehr dem vorrangigen Ziel der Preisstabilität verpflichtet (§ 3 I 2 BBankG). Ihre Hauptaufgabe besteht darin, die vom EZB-Rat beschlossene Geldpolitik am Markt umzusetzen. In der Übergangszeit bis zum Jahre 2002 hat sie noch die Befugnis zur Ausgabe von DM-Banknoten nach § 14 I 1 BBankG, benötigt hierfür aber eine Genehmigung des EZB-Rats (Art. 16 EZB-Satzung). Als Bank der Banken dient die Bundesbank zudem den Geschäftsbanken zur Refinanzierung durch Wechsel- und Scheck-Diskontierung bzw. Rediskontierung, Schatzwechsel-Diskontierung und Lombardgewährung, also der Gewährung von Darlehen gegen Verpfändung bestimmter Wertpapiere (§ 19 I Nrn. 1, 2 und 3 BBankG). Derartige Geschäfte sind nach Maßgabe von noch zu erlassenden Leitlinien und Weisungen der EZB vorzunehmen. Als „Hausbank des Bundes“ kann die Bundesbank auch weiterhin Finanzierungsschätze, Bundesschatzbriefe, Bundesobligationen und andere Schuldtitel des Bundes emittieren. 140

Die Aufgabenteilung zwischen ihr und der Bundesregierung ist in § 12 BBankG geregelt, wonach die Bundesbank die allgemeine Wirtschaftspolitik der Bundesregierung unterstützt, soweit dies unter Wahrung ihrer Aufgabe als Bestandteil des ESZB möglich ist. 141

#### IV. Die Wirtschaftsaufsicht

##### 1. Der Begriff der Wirtschaftsaufsicht

Gemeinsamkeiten zwischen Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsaufsicht bestehen, weil bei beiden durch den Staat auf die Wirtschaft eingewirkt werden soll und tatsächlich eingewirkt wird. Zum Instrumentarium der Wirtschaftspolitik gehört der Erlaß von Normen. Wirtschaftsaufsicht dagegen hat kontrollierenden Charakter, sie setzt Maßstäbe durch. Das Verhalten bestimmter Wirtschaftssubjekte soll mit Mitteln der Wirtschaftsaufsicht an einem vorhandenen rechtlichen Maßstab gemessen, punktuelle Gefahren sollen abgewehrt und einzelne Mißbräuche verhütet werden. Wenn in der Lehre teilweise die Wirtschaftsaufsicht noch als Teil der Staatsaufsicht angesehen wird, ist dies nicht mehr haltbar. Bei der allgemeinen Staatsaufsicht geht es nämlich um Eingriffsbefugnisse **innerhalb** der Staatsverwaltung, während sich die Wirtschaftsaufsicht an die selbstverantwortlichen Marktteilnehmer wendet<sup>403</sup>. 142

Als Wirtschaftsaufsicht kann also die staatliche Tätigkeit definiert werden, welche die selbstverantwortliche Teilnahme am privatwirtschaftlichen Wirtschaftsverkehr mit den dafür geschaffenen Rechtsregeln aus Gründen des Gemeinwohls in Einklang zu halten versucht. 143

<sup>403</sup> Vgl. Reiner Schmidt (Fn. 20), S. 35.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

### 2. Der Maßstab der Wirtschaftsaufsicht

- 144 Das Rechtsstaatsprinzip fordert für die Wirtschaftsaufsicht durch die Wirtschaftsaufsichtsbehörden gesetzliche Grundlagen, welche die Eingriffe für den Bürger hinreichend bestimmt, meßbar und vorhersehbar machen. Der Gesetzgeber hat die normativen Grundlagen der Wirtschaftsaufsicht nur teilweise spezialgesetzlich normiert (z. B. im Versicherungsaufsichtsgesetz, im Kreditwesengesetz, im Energiewirtschaftsgesetz). Wegen des Zwangs zu raschem und flexiblem aufsichtsrechtlichen Einschreiten verwendet er vielfach Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe. Damit entsteht die Gefahr, daß die Wirtschaftsaufsichtsbehörden über ihre eigentliche Aufgabe der rechtlichen Kontrolle hinausgehen und Wirtschaftspolitik betreiben<sup>404</sup>. Das Bundesverfassungsgericht löst das Problem der widerstreitenden Anforderungen von Vorhersehbarkeit, Bestimmtheit und Meßbarkeit auf der einen Seite und der Möglichkeit flexibler Handhabung auf der anderen Seite zugunsten des Gesetzgebers<sup>405</sup>. Es verwehrt ihm nämlich auch für Eingriffsermächtigungen im Wirtschaftsverwaltungsrecht nicht, Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden<sup>406</sup>; er könne sich eines Begriffes bedienen, der einen Kreis von Sachverhalten deckt oder auch mit eng umschriebenen Tatbestandsmerkmalen arbeiten<sup>407</sup>.

### 3. Zwecke und Mittel der Wirtschaftsaufsicht

- 145 Wirtschaftsaufsichtsbehörden haben Überwachungs- und Berichtigungsfunktionen. Diese erfüllen sie zur reinen Gefahrenabwehr (z. B. nach der Gewerbeordnung), zum Schutz rechtskundiger und sozial schwacher Vertragspartner (z. B. nach dem Versicherungsaufsichtsgesetz<sup>408</sup>), zur Sorge um die Struktur eines Wirtschaftszweiges (nach dem Kreditwesengesetz<sup>409</sup>), zur Funktionsfähigkeit ganzer Unternehmen (z. B. nach dem Aktiengesetz) oder zum Schutz des Marktes gegen zuviel oder gegen zuwenig Wettbewerb (z. B. nach UWG/GWB). Die zur Verfügung stehenden Aufsichtsmittel werden unterschiedlich systematisiert. Man kann je nach der Eingriffsintensität, nach der Beobachtungsfunktion bzw. der Berichtigungsfunktion<sup>410</sup> oder schließlich nach dem Grad der Spezialität (allgemeine Unternehmensaufsicht oder Sonderaufsicht<sup>411</sup>), unterscheiden. Bei den zur Verfügung stehenden Aufsichtsmitteln kann differenziert werden zwischen Informationsmitteln, Verboten mit Anzeigevorbehalt, Verboten mit Erlaubnisvorbehalt, Auflagen und Bedingungen, Versagungen und Untersagungen, Verboten mit Befreiungsvorbehalt und absoluten Verboten<sup>412</sup>.

404 Zur Problematik der Generalermächtigungen im VAG vgl. H.P. Ipsen, DÖV 1975, 805 ff.

405 Hierzu Tettinger, Rechtsanwendung, S. 234 ff.

406 BVerfGE 8, 274 (326, Preisgesetz).

407 BVerfGE 21, 73 (79, Grundstücksverkehrsgesetz).

408 Zum Zweck der Versicherungsaufsicht Mösbauer, DÖV 1985, 811 (813 ff.).

409 Der BGH hat allerdings in zwei aufsehenerregenden Urteilen festgestellt, daß die Bankenaufsicht auch dem Schutz der Einlagengläubiger der Banken diene, vgl. BGHZ 74, 144 (Wetterstein); BGHZ 75, 120 (Herstatt).

410 So schon Triepel, Die Reichtsaufsicht, 1917, S. 120.

411 Bullinger (Fn. 314), S. 264 (311 ff.).

412 Zur Systematik der Instrumente der Wirtschaftsaufsicht siehe auch Stober, (Fn. 24), S. 287 ff.



Zu den Informationsmitteln gehören Informationspflichten der Marktteilnehmer und Informationsrechte der Aufsichtsbehörden. Informationspflichten sind beispielsweise die kaufmännischen Informationspflichten, wie die Veröffentlichung geprüfter Jahresabschlüsse nach dem Handelsgesetzbuch (§§ 325 ff. HGB), dem Kreditwesengesetz (§ 26 KWG), Informationsrechte sind z. B. Auskunfts-, Nachschau- und Betretungsrechte, die sich u. a. im Gaststätten- (§ 22 GastG) und im Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz (§ 43 LMBG) finden. Verbote mit Anzeige- oder Erlaubnisvorbehalt sind präventive Aufsichtsmittel, wie z. B. Anzeigepflichten bei Aufnahme eines selbständigen Gewerbes (§§ 14, 146 II Nr. 1 GewO). Einschneidender sind die Möglichkeiten des Gebrauchs von Nebenbestimmungen wie Auflagen und Bedingungen (z. B. in § 12 BImSchG). Ein wichtiges Mittel ist die Versagung von Genehmigungen oder Erlaubnissen (vgl. § 4 GastG). Das Verbot mit Befreiungsvorbehalt kommt nur in Ausnahmefällen vor, wie z. B. die Befreiung von im Reisegewerbe verbotenen Tätigkeiten (§ 56 II GewO i. V. m. der VO über Ausnahmen von den Verboten des Vertriebs bestimmter Waren im Reisegewerbe)<sup>413</sup>, Befreiung von Herstellungs-, Erwerbs- und Handelsverboten nach dem Waffengesetz (§ 37 III, 38 II WaffG). Das absolute Verbot ist noch seltener zu finden als das Verbot mit Befreiungsvorbehalt. Beispiele hierfür sind Straftatbestände, die eine bestimmte wirtschaftliche Betätigung verbieten (z. B. § 260 StGB). Von der Geltung dieser Straftatbestände gibt es keine Befreiungen oder Ausnahmen, sie gelten ausnahmslos für jedes Wirtschaftssubjekt. Die Gewerbeordnung wahrt hier die Einheit der Rechtsordnung dadurch, daß die Gewerbebefreiung nach § 1 GewO nur erlaubte Tätigkeiten umfaßt.

## D. Wirtschaftspolitik durch Subventionen

### I. Begriffliche und inhaltliche Abgrenzung

Wirtschaftspolitik durch Subventionen sieht sich stets ordnungspolitischer Kritik ausgesetzt, weil sie zu Wettbewerbsverzerrungen, Behinderungen des wirtschaftlichen Strukturwandels und zur Fehlleitung von Produktionsfaktoren führt<sup>414</sup>. Diese Kritik hat jedoch der kaum zu überschätzenden Bedeutung der Finanzhilfen, die sich aus dem Umfang und der Vielfalt der zur Verteilung stehenden Mittel<sup>415</sup> ergibt, keinen Abbruch tun können. Die Rechtswissenschaft hat dieser wirtschaftlichen Bedeutung durch eine Vielzahl grundlegender Erörterungen zum Subventionsrecht Rechnung

<sup>413</sup> Vom 29. 11. 1962 (BGBl. I 695).

<sup>414</sup> Gerken/Jüttemeier/Schatz/K.-D. Schmidt (Fn. 359); Stern/Werner, Subventionsabbau – Notwendigkeit und Möglichkeiten, 1987. Zu den verfassungsrechtlichen Fragen des Abbaus von Subventionen siehe BVerfGE 78, 249 (277 ff.: Fehlbelegungsabgabe).

<sup>415</sup> Der 15. Subventionsbericht der Bundesregierung (BT-Drs. 13/2230) beziffert die Subventionen des Bundes für 1996 mit knapp 43 Mrd. DM. Hinzu kommen geschätzte Subventionen von Ländern und Gemeinden in etwa derselben Höhe sowie weitere Hilfen von etwa 13 Mrd. DM aus dem ERP Sondervermögen und als EG-Hilfen. Das tatsächliche Subventionsvolumen ist jedoch deutlich höher zu veranschlagen, vgl. Gerken/Jüttemeier/Schatz/K.-D. Schmidt (Fn. 359); S. 5 ff. Zur Vielfalt der Finanzierungshilfen s. Dittes, Die Finanzierungshilfen des Bundes und der Länder an die gewerbliche Wirtschaft, ZKredW, Sonderhefte 1–3, 1987.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

getragen<sup>416</sup>, ohne daß es bisher gelungen wäre, die streitigen Fragen dieses Rechtsgebietes abschließend zu klären. Die Problematik verschärft sich in jüngster Zeit durch die starke Europäisierung des nationalen Subventionsrechts<sup>417</sup>, die auch den verfassungsrechtlichen Grundsatz des Vertrauensschutzes berührt.

### 1. Subvention und Beihilfe

- 148 Europäisierungstendenzen machen sich bereits bei der Definition des Subventionsbegriffes bemerkbar, der trotz langjähriger Diskussionen immer noch unklar und umstritten ist und dem teilweise die Definierbarkeit überhaupt abgesprochen wird<sup>418</sup>. Die vorhandenen spezialgesetzlichen Umschreibungen des Subventionsbegriffes<sup>419</sup> sind nach einhelliger Meinung nicht generalisierbar, da sie einseitig auf den jeweiligen Gesetzeszweck bezogen sind<sup>420</sup>. Rechtsprechung und Lehre haben jedoch anhand der jede Subventionierung kennzeichnenden, allgemeinen Strukturelemente<sup>421</sup> eine Definition für den nationalen Rechtsbereich herausgearbeitet.
- 149 Zu den unverzichtbaren Strukturelementen zählen der Staat oder ein sonstiger Verwaltungsträger als **Subventionsgeber**, dem eine natürliche oder juristische Person des Privatrechts als begünstigter **Subventionsnehmer** gegenüberstehen muß. Damit scheiden Finanzzuweisungen innerhalb des öffentlichen Bereichs als Subventionen ebenso aus wie (gesetzlich vorgeschriebene) Ausgleichszahlungen zwischen Privatrechtssubjekten<sup>422</sup>. Die **Subventionsleistung** an den Begünstigten erfolgt in Form einer finanziellen Zuwendung in unterschiedlichen Vergabeformen. Schließlich muß die Zuwendung zur Verfolgung eines **öffentlichen Zweckes** gewährt werden. Im Unterschied zur Sozialleistung dient die Subvention nämlich nicht der Unterstützung des Privaten um seiner selbst willen, sondern der Verhaltenssteuerung mit dem Ziel, den Subventionsnehmer zu einem im öffentlichen Interesse liegenden Vorgehen (wie der Durchfüh-

---

416 Siehe u. a.: *Bleckmann*, Subventionsrecht, 1978; *Ehlers*, VerwArch 74 (1983), S. 112 ff.; *Götz*, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966; *Haverkate*, in: *Reiner Schmidt* (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bes. Teil 1, 1995, S. 331 ff.; *Henke*, Das Recht der Wirtschaftssubventionen als öffentliches Vertragsrecht, 1979; *Henseler*, VerwArch 77 (1986), S. 249 ff.; *Ipsen*, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956; *Ipsen/Zacher*, VVDStRL 25 (1967), 257 ff., 308 ff.; *Jarass*, JuS 1980, 115 ff.; *Jooss*, in: *Klein* (Hrsg.), Lehrbuch des öffentlichen Finanzrechts, 1987, S. 283 ff.; *Stober*, BB 1996, 1845 ff.; *Zuleeg*, Die Rechtsform der Subvention, 1965. Besonders zu erwähnen ist die Beschäftigung des 55. Deutschen Juristentages mit dem Subventionsrecht, vgl. *Bleckmann*, in: Verhandlungen des 55. DJT, Bd. 1, 1984, D. 7 ff. und *Friauf* aaO, Bd. 2, 1984, M 8 ff.; Begleitaufratz von *Jarass*, NVwZ 1984, 473 ff. Einer stärkeren Durchdringung bedürfen z. B. noch die Rechtsfragen der Subventionskontrolle (vgl. hierzu auch *Wintrich*, NVwZ 1988, 895 ff.) und die des Bund-Länder-Verhältnisses (vgl. *Pauker*, DÖV 1988, 64 ff.).

417 Vgl. *Haverkate*, a. a. O., § 4, Rn. 1.

418 *Gündisch*, NVwZ 1984, 489 (490); *Zuleeg* (Fn. 416), S. 14.

419 Vgl. insoweit den strafrechtlichen Subventionsbegriff in § 264 VI StGB sowie die Legaldefinitionen des verwandten Begriffs der „Zuwendungen“ in § 14 HGrG, 23 BHO. Ausführlich dazu *Berg*, in: *ders./Knemeyer/Papier/Steiner*, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 6. Aufl., 1996, Teil I, Rn. 42 ff.

420 Ebenso *Frotscher*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., 1999, Rn. 375 f.; *Reidt*, in: *Jarass* (Fn. 11), § 10, Rn. 17.

421 Ausführlich dazu *Haverkate* (Fn. 416), § 4, Rn. 6 ff.; *H.-P. Ipsen*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdbStR IV, 1990, § 92, Rn. 25 ff., jew. m. w. N.

422 Vgl. *Bleckmann*, in: Verhandlungen des 55. DJT, Bd. 1, 1984, D. 7 (13 ff.).

rung von Umweltschutzinvestitionen, Belebung strukturschwacher Gebiete, Sicherung von Arbeitsplätzen) zu veranlassen<sup>423</sup>. Unter Berücksichtigung dieser Strukturelemente umfaßt der nationale Subventionsbegriff *finanzielle Zuwendungen oder geldwerte Vorteile des Staates oder eines anderen Verwaltungsträgers für Private zur Förderung eines im öffentlichen Interesse liegenden Zwecks ohne marktmäßige Gegenleistung*<sup>424</sup>.

Das EG-Recht geht demgegenüber von einem am Schutz der Wettbewerbsfreiheit orientierten und deshalb gegenüber dem nationalen Recht inhaltlich weitergehenden Terminus der „Beihilfe“ aus<sup>425</sup>. Beihilfen im Sinne des Gemeinschaftsrechts sind alle der öffentlichen Hand zurechenbaren<sup>426</sup> Maßnahmen, die nach ihrer tatsächlichen Wirkung<sup>427</sup> „die Belastungen vermindern, welche ein Unternehmen normalerweise zu tragen hat“<sup>428</sup>. Das Vorliegen einer Beihilfe ist nach der Rechtsprechung des *EuGH* stets zu vermuten, wenn sich Leistungen des Staates an Unternehmen im konkreten Fall bei objektiver Betrachtung ökonomisch nicht rechtfertigen lassen, mit anderen Worten, wenn ein „marktwirtschaftlich handelnder Kapitalgeber“ unter vergleichbaren Bedingungen keine Investition in das Unternehmen getätigt hätte<sup>429</sup>. Diese Vermutung drängt sich insbesondere auf, wenn sich der Wirtschaftszweig, dem das geförderte Unternehmen angehört, in Schwierigkeiten befindet bzw. unter strukturellen Überkapazitäten leidet<sup>430</sup>.

Als Empfänger einer Beihilfe kommen – im Gegensatz zum nationalen Recht – auch öffentliche Unternehmen in Betracht<sup>431</sup>. Des weiteren umfaßt der Beihilfebegriff anders als der Subventionsbegriff des nationalen Wirtschaftsverwaltungsrechts nicht nur positive Zuwendungen (sog. direkte oder Leistungssubventionen), sondern auch Realförderungen und den staatlichen Verzicht auf vom Begünstigten nach dem Gesetz geschuldete Leistungen, wie etwa Abgaben (sog. indirekte bzw. Verschonungssubventionen)<sup>432</sup>.

150

151

423 *Reidt*, in: *Jarass* (Fn. 11), § 10, Rn. 25.

424 Vgl. BVerfGE 17, 210 (216); *Haverkate* (Fn. 416), § 4, Rn. 6 ff.; *Maurer* (Fn. 129), § 17, Rn. 5.

425 Näher hierzu *Kahl*, NVwZ 1996, 1082 (1084); *Modlich*, Nationale Infrastrukturmaßnahmen und Art. 92 Abs. 1 EGV, 1996, S. 15 ff.; *Nicolaysen*, Europarecht II, Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt, 1996, S. 280 ff.; *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, 1997, S. 28 ff.; *von Wallenberg*, in: *Grabitz/Hilf*, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 92, Rn. 3, jew. m. z. w. N.

426 Der Beihilfecharakter wird grds. nicht dadurch ausgeschlossen, daß die Leistung aus Mitteln staatlicher Holdinggesellschaften oder öffentlicher Unternehmen erbracht wird, vgl. *EuGH*, Slg. 1988, 219 (271 f.); *Müller-Graff*, ZHR 152 (1988), S. 403 (412 ff.); *Mederer*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EWGV, 5. Aufl., 1999, Art. 92, Rn. 8 ff.

427 Nicht maßgeblich für den Beihilfebegriff sind dagegen Art und Zielsetzung einer Maßnahme, vgl. *Götz*, in: *Dauses*, Handbuch des EG-Wirtschaftsrechts, Abschn. H III., Rn. 15.

428 *EuGH*, Rs. 30/59, Slg. 1961, 3 (43); Rs. C-387/92, Slg. 1994, I-877 (I-907, Tz. 13).

429 Dieser Vergleichsmaßstab wurde von der EG-Kommission entwickelt. Vgl. dazu etwa die Mitteilung der Kommission an die Mitgliedstaaten über die Anwendung der Beihilfavorschriften des EG-Vertrags auf öffentliche Unternehmen in der verarbeitenden Industrie, ABIEG 1993 C 307, S. 3 (5 ff.).

430 Zu weiteren Indizien vgl. *M. Dreher*, in: *GS Knobbe-Keuk*, 1997, S. 583 (587 ff.); *Kahl* (Fn. 425), S. 1084 f.; *Schroeder*, ZHR 161 (1997), S. 805 (813 ff.) m. z. w. N.

431 *Haverkate* (Fn. 416), § 4, Rn. 9.

432 Ebenso *Dickersbach*, NVwZ 1996, 962 (963); *Kahl*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 6, Rn. 7; *Kokott*, DVBl. 1993, 1235; *Maurer* (Fn. 129), § 17, Rn. 4a.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

- 152 Der Beihilfebegriff gilt unmittelbar für **Gemeinschaftsbeihilfen**, das sind sämtliche Leistungen, die durch die EG-Kommission nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts bewilligt werden. Im Lichte der nach Art. 10 EGV allen mitgliedstaatlichen Hoheitsträgern obliegenden Pflicht zur gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts<sup>433</sup> unterfallen aber auch Subventionsmaßnahmen der Mitgliedstaaten an in ihrem Hoheitsgebiet tätige Unternehmen dem Beihilfebegriff des EG-Rechts, sofern sie den freien Wettbewerb im europäischen Binnenmarkt zu verfälschen bzw. den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen drohen (Art. 87 I a.E. EGV = Art. 92 a. F.). Da dies häufig der Fall ist, wird der nationale Subventionsbegriff weitgehend vom gemeinschaftsrechtlichen Begriff der Beihilfe überlagert<sup>434</sup>. Dies hat zur Folge, daß in jüngster Zeit vermehrt Sachverhalte, die nicht unter den nationalen Subventionsbegriff fallen, in den „Gegenwind des europäischen Beihilferegimes“<sup>435</sup> geraten. Hiervon sind etwa die in Deutschland verbreiteten öffentlich-rechtlichen Kreditinstitute (Sparkassen und Landesbanken)<sup>436</sup> aufgrund der ihnen durch Anstaltslast und Gewährträgerhaftung<sup>437</sup> de facto entstehenden Wettbewerbsvorteile gegenüber Privatbanken betroffen<sup>438</sup>. Auch die vom Bund im Rahmen der Privatisierung von Bahn und Post übernommenen Einstandspflichten für die betriebliche Altersversorgung der Beschäftigten erfüllen möglicherweise den Beihilfebegriff<sup>439</sup>.

### 2. Die Subventionsarten

- 153 Das soeben genannte Beispiel erhellt, daß Beihilfen bzw. Subventionen in vielfältigen Erscheinungsformen auftreten. Bei einer Systematisierung nach dem **Förderzweck** lassen sich etwa Erhaltungs-, Anpassungs-, Produktivitäts- und sonstige Hilfen unterscheiden<sup>440</sup>. Hinsichtlich der **Förderungsmittel** ist eine Klassifizierung nach folgenden Hauptarten üblich:
- 154 Am häufigsten werden Subventionen als **Zuschüsse** (teilweise auch als Finanzhilfen, Beihilfen, Prämien oder Zulagen bezeichnet) vergeben. Dazu zählen auch die sog. Zinsverbilligungszuschüsse, mit denen der Subventionsgeber die Zinsbelastung eines

433 Art. 5 a. F. Zum Rechtsinstitut der gemeinschaftsrechtskonformen Auslegung grundlegend *EuGH*, Rs. 14/83, Slg. 1984, 1891 (1909) – von Colson; Rs. 79/83, Slg. 1984, 1921 (1942) – Harz. Zur neueren Entwicklung siehe etwa *Jarass*, *EuR* 1991, 211 ff.; *Metallinos*, *Die europarechtskonforme Auslegung*, 1994; *Ress*, *DÖV* 1994, 489 ff.

434 Im Folgenden wird der seit langem eingebürgerte Begriff der Subvention trotzdem weiter neben dem Beihilfebegriff verwendet.

435 So der programmatische Titel des Beitrags von *Kahl* (Fn. 425).

436 Zum „Drei-Säulen-Modell“ des deutschen Bankwesens siehe statt vieler *Gramlich*, in: *Reiner Schmidt* (Hrsg.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Bes. Teil 1, 1995, § 5, Rn. 13 ff.

437 Gewährträgerhaftung bedeutet, daß die öffentliche Hand als Träger subsidiär unbeschränkt für die Verbindlichkeiten der Anstalt gegenüber Gläubigern haftet. Die Anstaltslast verpflichtet den Träger ergänzend, die Anstalt für die gesamte Dauer ihres Bestehens (finanziell) funktionsfähig zu halten. Vgl. näher *Thode/Peres*, *BB* 1997, 1749 f.

438 Vgl. zur Problematik ausführlich *Herdegen*, *WM* 1997, 1130 ff.; *Immenga/Rudo*, *Die Beurteilung von Gewährträgerhaftung und Anstaltslast der Sparkassen und Landesbanken nach dem EU-Beihilferecht*, 1997; *Koenig*, *EuZW* 1995, 595 ff.; *Schmid/Vollmöller*, *NJW* 1998, 716 ff., jew.m. z. w. N.

439 Siehe zu dieser Problematik *Koenig/Braun/Lekar*, *EuZW* 1998, 5 ff.

440 Vgl. zu dieser Einteilung § 12 II StabG.

vom Subventionsnehmer zur Verwirklichung eines geforderten Vorhabens aufgenommenen Darlehens verringert; als Zuschuß erhält der Begünstigte eine nicht zurückzahlbare Geldleistung. Im Gegensatz dazu müssen **Darlehen** zwar – ratenweise – zurückgezahlt werden, sie haben aber Subventionswirkung, wenn sie zu günstigeren Bedingungen als auf dem freien Markt gewährt werden, etwa zu großzügigeren Rückzahlungsbedingungen oder zu einem niedrigeren Zinssatz. In Form der **Bürgschaft** erfolgt die Subventionierung, wenn der Subventionsgeber gegenüber einem Gläubiger des Begünstigten zusichert, notfalls für dessen, häufig aus einem Darlehensvertrag resultierende Verbindlichkeiten einzustehen<sup>441</sup>. Davon kann die **Garantie** unterschieden werden, mit der die öffentliche Hand dem Subventionsempfänger das Risiko eines Vorhabens abnimmt und sich für einen bestimmten Erfolg einzustehen verpflichtet<sup>442</sup>. Schließlich räumt die Subventionierung durch **Realförderung**, also die Gewährung verbilligter oder kostenloser Sachleistungen, insbesondere im Zusammenhang mit dem Verkauf oder der Erschließung von Grundstücken oder durch die Bevorzugung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, der öffentlichen Hand eine Vielzahl von Fördervarianten ein<sup>443</sup>.

## II. Rechtsgrundlagen der Subventionsvergabe

Wie bereits erwähnt, ist grundsätzlich zwischen Beihilfen, die von der Gemeinschaft gewährt werden (Gemeinschaftsbeihilfen) und Subventionen, die von den Mitgliedstaaten an Unternehmen in ihrem Hoheitsbereich vergeben werden, zu unterscheiden. Gemeinschaftsbeihilfen sind auf die Bestimmungen des primären und sekundären Gemeinschaftsrechts gestützt. Für mitgliedstaatliche Subventionen ist nach einer Ermächtigungsgrundlage im nationalen Recht zu suchen.

155

### 1. Europäisches Gemeinschaftsrecht

Das Primärrecht sieht vereinzelt unmittelbare Rechtsgrundlagen zur Vergabe von Gemeinschaftsbeihilfen vor. Zu nennen ist insoweit beispielhaft die unmittelbar nach dem EG-Vertrag bestehende Kompetenz zur finanziellen Unterstützung der technologischen Entwicklung in Unternehmen, Forschungszentren und Hochschulen (Art. 163 II EGV = Art. 130f a. F.). Darüber hinaus werden Gemeinschaftsbeihilfen von den verschiedenen im Vertrag vorgesehenen Gemeinschaftsfonds vergeben<sup>444</sup>. Soweit sich keine spezielle Regelung findet, schließen die im EG-Vertrag abschließend genannten

156

441 Zu den gemeinschaftsrechtlichen Grenzen für Staatsbürgschaften vgl. *Habersack*, ZHR 159 (1995), S. 663 ff.

442 *Henke* (Fn. 416), S. 217.

443 Dazu *Henke* (Fn. 416), S. 3, der zu Recht darauf hinweist, daß auf Realförderungen nicht ohne weiteres dieselben rechtlichen Grundsätze anwendbar sind wie auf Geldleistungen, da hier das Subventionselement nur als Teil eines anderen Rechtsverhältnisses erscheint.

444 Z. B. Garantiefonds für die Landwirtschaft nach Art. 34 III EGV (Art. 40 a. F.); Europäischer Sozialfonds nach Art. 146 EGV (Art. 123 a. F.); Europäischer Fonds für regionale Entwicklung nach Art. 160 EGV (Art. 130c a. F.); Strukturfonds und Kohäsionsfonds nach Art. 161 EGV (Art. 130d a. F.) zur Förderung der Infrastruktur in den ärmsten Regionen der Union.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

Gemeinschaftszuständigkeiten nach h.M. konkludent entsprechende Finanzierungs-kompetenzen ein<sup>445</sup>.

- 157 Die Beihilfegewährung erfolgt aufgrund der primärrechtlichen Ermächtigungsnormen regelmäßig in Form von Richtlinien und Verordnungen. Die Verteilung von Fondsmitteln findet jedoch teilweise auch ohne den Erlaß eines speziellen Sekundärrechtsakts statt<sup>446</sup>. Die Durchführung der Beihilfemaßnahmen obliegt den Mitgliedstaaten, da die Gemeinschaft selbst nur ganz rudimentär über eigene Verwaltungsbehörden verfügt.

## 2. Nationales Recht

- 158 Im nationalen Bereich werden Subventionen nur teilweise aufgrund gesetzlicher Regelung vergeben. Überwiegend fällt die Subventionierung in den Bereich der gesetzesfreien Verwaltung. Aufgrund einer entsprechenden Mittelzuweisung im Haushaltsplan von Bund und Ländern werden regelmäßig Umfang und Verfahren der Förderung durch Verwaltungsvorschriften in Form sog. Subventionsrichtlinien bestimmt. Sie regeln – in ihrer Funktion rechtsnormähnlich<sup>447</sup> – die Voraussetzungen für die Verteilung der Mittel, setzen Maßstäbe für die Verteilung im Einzelfall und behandeln Verfahrensfragen<sup>448</sup>. Sie sind gerichtlich lediglich daraufhin überprüfbar, ob sie sich im Rahmen der gesetzlichen Zweckbestimmung halten und die verfassungsrechtlichen Maßstäbe, insbesondere den Gleichheitssatz beachten<sup>449</sup>. Die Richtlinien dokumentieren die jeweilige Verwaltungspraxis mit der Folge, daß die Exekutive nach den Grundsätzen der Selbstbindung der Verwaltung gehalten ist, allen Antragstellern gegenüber entsprechend den Richtlinien zu verfahren. Sie konkretisieren insoweit den Gleichheitssatz, aus dem sich auch ein Anspruch des Bewerbers auf Subventionierung ergeben kann<sup>450</sup>. Da de facto also eine Bindung der Verwaltung an die Vergaberichtlinien auch nach außen besteht, ist die Forderung nach deren Veröffentlichung unter dem Gesichtspunkt „der gleichmäßigen Chancen aller, für die die Subvention bestimmt ist, auf Erhalt der Zuwendung“<sup>451</sup>, berechtigt.

## III. Gemeinschafts- und verfassungsrechtliche Vorgaben für die Subventionsvergabe

### 1. Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben

#### a) Grundsätzliches Verbot wettbewerbsverfälschender Beihilfen

- 159 Beihilfen sind als Mittel staatlicher Wirtschaftslenkung im Gemeinsamen Markt prinzipiell unerwünscht, unterlaufen sie doch das erklärte Ziel der Gemeinschaft, ein

445 Vgl. zum Ganzen anschaulich *Bleckmann*, DÖV 1977, 615 ff.; *Haverkate* (Fn. 416), § 4, Rn. 14 ff. m. z. w. N.

446 Näher *Haverkate* (Fn. 416), § 4, Rn. 28.

447 Vgl. BVerwGE 58, 49 (51).

448 *Jooss* (Fn. 416), S. 316.

449 BVerwGE 58, 45 (51); 75, 109 (117).

450 BVerwGE 34, 278 (280 ff.); 44, 1 (6); 46, 89 (90 f.); 52, 193 (196); 58, 45 (49).

451 *Henke* (Fn. 416), S. 78.

System zu schaffen, das den freien Wettbewerb vor Verfälschungen schützt (Art. 3 I lit. g EGV). Andererseits würde ein völliger Verzicht auf regionale oder sektorale Stützungsmaßnahmen angesichts der höchst unterschiedlichen Wirtschaftskraft und Produktivität innerhalb der Gemeinschaft dem wirtschaftlichen und politischen Integrationsprozeß letztlich mehr schaden als nützen. Beihilfen haben daher auch innerhalb der traditionell wirtschaftsliberalen Gemeinschaftsordnung ihren legitimen Platz dort, wo ein allokatives Marktversagen festzustellen ist und dadurch die in Art. 2 EGV genannten Kohäsionsziele gefährdet werden<sup>452</sup>. Dementsprechend haben die Mitgliedstaaten an der Praxis, den Unternehmen in ihrem Hoheitsbereich finanzielle Unterstützung zu gewähren, stets festgehalten und diese in jüngster Zeit sogar intensiviert<sup>453</sup>. Die Kommission hat ihrerseits bereits in ihrem ersten Bericht über die Wettbewerbspolitik aus dem Jahre 1970 anerkannt, daß die Gewährung staatlicher Beihilfen mit dem Prinzip eines „redlichen“ Wettbewerbs im Binnenmarkt durchaus vereinbar ist, soweit diese am Gemeinschaftsinteresse orientiert und strukturpolitisch erforderlich sind<sup>454</sup>.

Die Gemeinschaftsverträge enthalten daher kein striktes Beihilfeverbot<sup>455</sup>, sondern ein nuanciertes Regelungsregime, das sowohl Gemeinschaftsbeihilfen nach Maßgabe der im Vertrag enthaltenen Ermächtigungsnormen als auch strukturpolitisch notwendige und mit dem Gemeinschaftsinteresse vereinbare Beihilfen seitens der Mitgliedstaaten ermöglicht. Die Gewährung wettbewerbsverfälschender und handelsbeeinträchtigender Beihilfen ist jedoch grundsätzlich verboten (Art. 87 I EGV = Art. 92 a. F.). Für eine mögliche Wettbewerbsverfälschung genügt, daß die Beihilfe die Stellung des begünstigten Unternehmens gegenüber seinen Konkurrenten voraussichtlich (spürbar)<sup>456</sup> verbessert. Beihilfen entfalten eine potentiell handelsbeeinträchtigende Wirkung, wenn sie geeignet sind, im innergemeinschaftlichen Handel Einfuhren aus anderen Mitgliedstaaten künstlich zu erschweren bzw. umgekehrt Ausfuhren in andere Mitgliedstaaten künstlich erleichtern.

160

Von diesem Verbot dispensieren die Art. 87 II und III EGV, die Fälle auflisten, in denen Beihilfen per se erlaubt sind bzw. nach einer Ermessensentscheidung der Kom-

161

452 Anschaulich hierzu *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, 1997, S. 18 ff. m. w. N.; siehe auch *Arndt*, Rn. 204; *Uerpmann*, DÖV 1998, 226 f.

453 Die Kommission hat mittlerweile jährlich über rund 500 Beihilfenfälle, darunter nahezu 200 mit deutscher Beteiligung, zu entscheiden. In Deutschland ist die Zahl der Beihilfenfälle seit der Wiedervereinigung stark angestiegen, vgl. SZ Nr. 108 vom 12. 5. 1998, S. 23.

454 1. Bericht über die Wettbewerbspolitik, 1970, S. 11 ff.

455 Nach der Rspr. des EuGH ist das Beihilfeverbot „weder absolut noch unbedingt“, vgl. *EuGH*, Rs. 78/76, Slg. 1977, 595 (609 f.); Rs. C-301/87, Slg. 1990, I-307 (I-355 f.) – *Boussac*; *Habersack*, ZHR 159 (1995), S. 663 (665); *Klein/Haratsch*, EWS 1997, 410 (411). Auch die für den Montanbereich getroffene Regelung des Art. 4c EGKSV, die dem Wortlaut nach Subventionen und Beihilfen ohne Ausnahme untersagt, wurde auf hermeneutischem Wege stark relativiert. Zur gegenwärtigen Beihilfepraxis in diesem Bereich siehe etwa die Entscheidung Nr. 3855/91/EGKS der Kommission vom 27. 11. 1991 zur Einführung gemeinschaftlicher Vorschriften über Beihilfen an die Eisen- und Stahlindustrie, ABIEG L 362, S. 57 ff.

456 Das „Spürbarkeitskriterium“ ist umstritten. Zum Meinungsstand vgl. *Kahl*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 6, Rn. 10.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

mission zugelassen werden können<sup>457</sup>. Den für Deutschland praktisch wichtigsten Fall bildet insoweit die sog. „Teilungsklausel“ des Art. 87 II lit. c EGV. Danach sind Beihilfen für die Wirtschaft in durch die deutsche Teilung betroffenen Gebieten zulässig, soweit sie zum Ausgleich der durch die Teilung verursachten wirtschaftlichen Nachteile erforderlich sind. Hierauf wurden zahlreiche Förderungsmaßnahmen betreffend den „Aufbau Ost“ gestützt<sup>458</sup>.

### b) Das Beihilfekontrollverfahren

- 162 Die Kommission fungiert gemäß Art. 88 EGV als zentrales Beihilfekontrollorgan innerhalb der Gemeinschaft; ihr obliegt sowohl die repressive Kontrolle bereits bestehender Beihilfen als auch die präventive Kontrolle geplanter Beihilfen nach einem im Wesentlichen durch die Rechtsprechung des EuGH geprägten Verfahren<sup>459</sup>. Jeder Mitgliedstaat hat die Kommission grundsätzlich vorab von der beabsichtigten Einführung oder Umgestaltung von Maßnahmen, die den Beihilfebegriff erfüllen, zu unterrichten (Notifizierungspflicht)<sup>460</sup>. Die Kommission hat daraufhin binnen zwei Monaten eine **Vorprüfung** vorzunehmen, die einer ersten Meinungsbildung über die Verein-

457 Teilweise wird Art. 87 I EGV daher entsprechend der im nationalen Recht herrschenden Terminologie als „präventives Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ bezeichnet, vgl. *Magiera*, in: *Hailbronner/Klein/ders./Müller-Graff*, Handkommentar zum EU-Vertrag, Art. 92, Rn. 13; *Seidel*, Das Beihilferecht der Europäischen Gemeinschaft, 1984, S. 12; *von Wallenberg*, in: *Grabitz/Hilf*, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 92, Rn. 2; *Mederer*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EWGV, 5. Aufl., 1999, Art. 92, Rn. 1. Auf die Erlaubnisvorbehalte in Art. 87 II und III EGV kann hier aus Raumgründen nicht näher eingegangen werden. Siehe dazu etwa *Kahl*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 6, Rn. 12 ff.

458 Vgl. dazu die Entscheidung der Kommission über Beihilfevorhaben Deutschlands zugunsten der Chemiestandorte in Sachsen-Anhalt und Sachsen vom 29. 5. 1996, ABIEG L 239, S. 1 ff. sowie die Entscheidung über die Zulässigkeit der Vergabe von Fördermitteln an die Volkswagenwerke in Mosel und Chemnitz durch die sächsische Landesregierung vom 26. 6. 1996, ABIEG L 308, S. 46 ff.; hierzu *Falkenkötter*, NJW 1996, 2689 ff. Allgemein zur europäischen Beihilfeaufsicht gegenüber staatlichen Finanzhilfen für die neuen Bundesländer *Götz*, in: FS *Heymanns-Verlag*, 1995, S. 319 ff.; *Kruse*, EuZW 1998, 229 ff.; *Uerpmann*, DÖV 1998, 226 ff.

459 Art. 93 a. F. Siehe dazu jüngst zusammenfassend *EuGH*, Rs. C-367/95 P, EuZW 1998, 336 (338, Tz. 33 ff.) – *Sytraval und Brink's France m.Anm. Hoenike* sowie aus der Literatur *Fischer*, Europarecht in der öffentlichen Verwaltung, 1994, S. 303 ff.; *Nicolaysen*, Europarecht II, Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt, 1996, S. 293 ff.; *Schroeder*, ZIP 1996, 2097 ff.; *Streinz*, Europarecht, 4. Aufl., 1999, Rn. 857 ff. Das Beihilfekontrollverfahren soll künftig durch eine eigenständige Verfahrensverordnung auf der Grundlage des Art. 89 EGV (ex-Art. 93 EGV) formalisiert werden, vgl. den „Vorschlag der Kommission für eine Verordnung des Rates über Vorschriften für die Anwendung von Art. 93 des EG-Vertrags“ vom 24. 2. 1998, ABIEG C 116, S. 13 ff.; dazu *Sinnaeve*, EuZW 1998, 268 ff.

460 Nach einem von der Kommission am 20. 5. 1992 verabschiedeten „Gemeinschaftsrahmen für Beihilfen an kleine und mittlere Unternehmen“ sind jedoch sog. „De minimis“-Beihilfen an Unternehmen, deren Größe eine festgesetzte Bagatellgrenze unterschreitet (bis zu 50 Mitarbeiter und bis zu 15 Mio. ECU Jahresumsatz), von der Notifizierungspflicht befreit, vgl. ABIEG 1992 C 213, S. 2 (4 f.); ausführlich dazu *Klein/Haratsch*, EWS 1997, 411 ff. Daneben sieht Art. 1 der am 8. 5. 1998 in Kraft getretenen „Verordnung Nr. 994/98 des Rates über die Anwendung der Art. 92 und 93 des EG-Vertrags auf bestimmte Gruppen horizontaler Beihilfen“ für bestimmte Gruppen von Beihilfen eine Befreiung von der Notifizierungspflicht vor. Dies betrifft außer Beihilfen zugunsten kleiner und mittlerer Unternehmen Beihilfen für Forschung und Entwicklung, Umweltschutz, Beschäftigung und Ausbildung sowie Beihilfen zur Regionalförderung.



barkeit der geplanten Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt dient<sup>461</sup>. Gelangt sie dabei zu dem Schluß, daß die angemeldete Maßnahme nicht den Beihilfebegriff erfüllt oder als Beihilfe in bezug auf die Wettbewerbsfreiheit im Binnenmarkt offensichtlich unbedenklich ist, etwa weil sie einen Ausnahmetatbestand nach Art. 87 II EGV erfüllt, so stellt sie dies durch Entscheidung fest (Unbedenklichkeitserklärung). Hegt die Kommission dagegen aufgrund der ihr vom betroffenen Mitgliedstaat vorgelegten Unterlagen Zweifel hinsichtlich der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem Gemeinsamen Markt oder ist eine Beurteilung mit Schwierigkeiten verbunden, so hat sie ein förmliches Prüfungsverfahren nach Art. 88 II EGV einzuleiten, in dem der betroffene Mitgliedstaat, der potentielle Beihilfempfänger sowie dessen bekannte Konkurrenten zur Abgabe von Stellungnahmen aufgefordert werden. Das förmliche Prüfungsverfahren ist nicht fristgebunden und endet mit einer abschließenden Positiv- oder Negativentscheidung über die geplante Beihilfe.

Ehe die Kommission eine angemeldete Beihilfe im Vor- oder Hauptprüfungsverfahren förmlich genehmigt hat, darf diese nicht vollzogen werden (Art. 88 III 3 EGV, Sperrwirkung des Prüfungsverfahrens)<sup>462</sup>. Unterläßt ein Mitgliedstaat die erforderliche Anmeldung einer Beihilfe<sup>463</sup> oder kommt die Kommission zu einer Negativentscheidung, so erläßt sie nach Art. 88 II EGV ein förmliches Durchführungsverbot, das – zur Wahrung des *effet utile* des Gemeinschaftsrechts und zum effektiven Rechtsschutz von Konkurrenten – unmittelbare Wirkung in den Mitgliedstaaten hat<sup>464</sup>. Wurde die Beihilfemaßnahme ungeachtet der Sperrwirkung eines laufenden Prüfungsverfahrens vom betreffenden Mitgliedstaat bereits durchgeführt, so ergeht – ebenfalls auf der Grundlage von Art. 88 II EGV – eine Entscheidung, wonach der betreffende Mitgliedstaat zur Rückforderung des Geleisteten verpflichtet wird<sup>465</sup>.

163

461 *EuGH*, Rs. C-367/95 P, *EuZW* 1998, 336 (338, Tz. 38) – Sytraval und Brink's France m.Anm. *Hoenike*.

462 Hat die Kommission dagegen nicht innerhalb von zwei Monaten nach Eingang der vollständigen Anmeldung eine Entscheidung getroffen, so endet die Sperrwirkung. Der betreffende Mitgliedstaat darf die Beihilfe jedoch erst durchführen, nachdem er dies der Kommission zuvor angekündigt hat, vgl. *EuGH*, Rs. C-39/94, *Slg.* 1996, I-3547 (I-3590, Tz. 38) – SFEI. Die Kommission soll nach der Ankündigung nochmals 15 Werktage lang Zeit haben, doch noch ein förmliches Prüfungsverfahren mit der Folge der Sperrwirkung einzuleiten. Eine ähnliche Regelung sieht nunmehr Art. 4 VI des Vorschlags der Kommission für eine Verfahrensverordnung (a. a. O.) vor. Näher dazu *Sinnaeve*, *EuZW* 1998, 268 (269 f.).

463 Die Umgehung des Anmeldeverfahrens kommt in der Praxis immer häufiger vor, wobei Deutschland einen negativen Spitzenplatz innerhalb der Mitgliedstaaten einnimmt, vgl. *SZ* Nr. 108 vom 12. 5. 1998, S. 23.

464 Dies bedeutet, daß ein Konkurrent des Beihilfempfängers die im nationalen Bereich vor einer Entscheidung der Kommission getroffenen Durchführungsmaßnahmen (Vollzug der Beihilfe durch Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag) von den nationalen Gerichten aufheben lassen kann. Zu Konkurrentenklagen im Beihilferecht siehe ausführlich *J.-P. Schneider*, *DVBl.* 1996, 1301 (1306 f.) m.z. *Rspr.-Nachweisen* sowie näher unten.

465 Art. 88 II EGV gibt der Kommission über seinen Wortlaut hinaus das Recht, die Rückforderung der Beihilfe anzuordnen, vgl. *EuGH*, Rs. 310/85, *Slg.* 1987, 901 (927, Tz. 24) – *Deufil*; verb. Rs. C-278, C-279 u. C-280/92, *Slg.* 1994, I-4103 (I-4170, Tz. 78) – *Kommission/Spanien*; *Jestaedt*, *EuZW* 1993, 49 (50).

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

### c) Rechtsschutz

- 164 Gegen eine Negativentscheidung der Kommission können der betroffene Mitgliedstaat und das durch die geplante Beihilfe begünstigte Unternehmen Nichtigkeitsklage nach Art. 230 IV EGV (= Art. 173 a. F.) erheben. Gegen die Genehmigung einer Beihilfe auch im Vorprüfungsverfahren steht dagegen den durch die Beihilfe unmittelbar und individuell betroffenen Konkurrenten des Begünstigten die Nichtigkeitsklage zur Verfügung<sup>466</sup>. Die europäischen Gerichte beschränken sich allerdings angesichts der Komplexität der von der Kommission bei ihrer Entscheidung zu würdigenden wirtschaftlichen und technischen Faktoren strikt auf die Überprüfung der Einhaltung der einschlägigen Verfahrensvorschriften sowie das Vorliegen von Ermessensfehlern<sup>467</sup>. Konkurrenten können sich darüber hinaus jederzeit mit einer formlosen Beschwerde an die Kommission wenden, insbesondere wenn sie vermuten, daß Beihilfen nicht ordnungsgemäß notifiziert wurden<sup>468</sup>. Die Beschwerde verschafft Konkurrenten jedoch nicht die Stellung eines Beteiligten am Beihilfekontrollverfahren mit entsprechenden Verfahrensrechten (z. B. auf Akteneinsicht). Das Beihilfekontrollverfahren hat vielmehr streng bilateralen Charakter und kennt als Akteure daher nur die Kommission und den notifizierungspflichtigen Mitgliedstaat.

## 2. Verfassungsrechtliche Vorgaben

- 165 Es ist verfassungsrechtlich unbestritten, daß die öffentliche Hand in Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips zur Durchsetzung ihrer wirtschaftspolitischen Ziele auch das Mittel der Subventionsvergabe einsetzen darf<sup>469</sup>. Zugleich enthält aber die Verfassung formelle und materielle Schranken für die Zulässigkeit jeder Subventionsgewährung, an der grundsätzlich auch Gemeinschaftsbeihilfen zu messen sind.

### a) Der Vorbehalt des Gesetzes

- 166 Umstritten ist, inwieweit der aus dem in Art. 20 III GG normierten Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung bzw. unmittelbar aus den Grundrechten oder schlicht aus dem Verfassungsgewohnheitsrecht abgeleitete<sup>470</sup> Vorbehalt des Gesetzes, der für die Tätigkeit der Exekutive eine gesetzliche Grundlage verlangt, auch im Subventionsrecht gilt<sup>471</sup>. Lange Zeit wurde der Gesetzesvorbehalt ausschließlich im Sinne

466 Diese ist gegen die an den Mitgliedstaat gerichtete Entscheidung der Kommission zu richten, vgl. *EuGH*, Rs. C-367/95 P, *EuZW* 1998, 336 (339, Tz. 45) – Sytraval und Brink's France m.Anm. *Hoerike*.

467 Die Verfahrensvorschriften werden hierbei sehr ernst genommen. So nahm der Gerichtshof in der Entscheidung vom 24. 10. 1996, verb. Rs. C-329/93, C-62/95, C-63/95, Slg. 1996, I-5151 (I-5211 ff., Tz. 23 ff.), einen Verstoß gegen die aus Art. 253 EGV (ex-Art. 190 EGV) folgende Begründungspflicht an und hob die Entscheidung der Kommission zur Unzulässigkeit der Förderung des Bremer Vulkan auf, vgl. dazu *Hakenberg/Tremmel*, *EWS* 1997, 217 (219).

468 Näher zu den Rechten Dritter im Beihilfekontrollverfahren *Sinnaeve*, *EuZW* 1998, 268 (272 f.).

469 *Hesse* (Fn. 201), Rn. 211; *Wolff/Bachof*, *Verwaltungsrecht* III, 1978, S. 306.

470 Die exakte dogmatische Verortung ist nach wie vor umstritten. Zum Meinungsstand vgl. *Wehr*, *JuS* 1997, 419 (420) m. w. N.

471 Siehe dazu ausführlich *Stober*, *GewArch* 1993, 136 ff., 187 ff. Allgemein zum Gesetzesvorbehalt siehe jüngst *Sobota*, *Das Prinzip Rechtsstaat*, 1997, S. 107 ff.

klassisch-rechtsstaatlicher Tradition verstanden, wonach lediglich Eingriffe in „Freiheit und Eigentum“ der Bürger einer formalgesetzlichen Regelung bedurften<sup>472</sup>. Die Leistungsverwaltung unterlag damit grundsätzlich nicht dem Gesetzesvorbehalt. Nach dem Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde diese Ansicht von einem Teil der Literatur als überholt angesehen. Unter Berufung auf das Demokratie-, Sozial- und Rechtsstaatsprinzip forderte die Lehre vom Totalvorbehalt für jede Tätigkeit des Staates eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage<sup>473</sup>.

Die Rechtsprechung und die h. M. sind dem nicht gefolgt, konnten allerdings nicht darüber hinwegsehen, daß gerade Subventionsgewährungen nicht ausschließlich begünstigende Wirkung haben, sondern zugleich als „Eingriff“ in das Marktgeschehen und die Wettbewerbsposition für die von der Leistung Ausgeschlossenen wirtschaftliche Nachteile mit sich bringen können. Als Konsequenz bejahte zwar auch die überwiegende Meinung das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage, doch wurden an sie teilweise nur geringe Anforderungen gestellt: Es sollte nämlich grundsätzlich genügen, wenn die Mittel im Haushaltsplan, der Bestandteil des förmlichen Haushaltsgesetzes ist, etatmäßig bereitgestellt waren und eine ausreichende Zweckbestimmung vorgesehen war<sup>474</sup>. Eine gesonderte gesetzliche Ermächtigung wurde lediglich gefordert, wenn ein untrennbarer Zusammenhang zwischen der Begünstigungsgewährung und der Auferlegung einer Belastung besteht<sup>475</sup>, die Förderung des Subventionsnehmers zwingend zur Belastung eines Dritten führt<sup>476</sup> oder der Gewährleistungsbereich eines Grundrechts in besonderer Weise betroffen ist<sup>477</sup>.

167

Die festgefahrene Diskussion kam erst wieder durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in Bewegung, nach der im Geltungsbereich einer demokratisch-parlamentarischen Verfassung staatliche Entscheidungen, die für die Verwirklichung eines bestimmten Grundrechts oder der grundlegenden Prinzipien der Verfassung wesentlich sind, vom Gesetzgeber selbst getroffen werden müssen, ohne daß es dabei auf das Abgrenzungsmerkmal des „Eingriffs“ ankommen soll<sup>478</sup>. Über die Bedeutung dieser „Wesentlichkeitslehre“ für das Subventionsrecht besteht noch keine Einigkeit. Da nämlich Art und Umfang der Ausdehnung des Gesetzesvorbehalts unbestimmt geblieben sind, berufen sich sowohl Befürworter als auch Gegner eines Gesetzesvorbehalts in der Leistungsverwaltung auf das Bundesverfassungsgericht, ohne ihre Positionen abzuändern. Die h. M. kommt über eine „differenzierende Betrachtungsweise“

168

472 So noch *Jellinek*, Verwaltungsrecht, 1931, S. 88.

473 *Götz* (Fn. 416), S. 281 f.; *Imboden*, Das Gesetz als Garantie rechtsstaatlicher Verwaltung, 1962; *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 143 f., 175 ff.; *Rupp*, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 2. Aufl., 1991, S. 113 ff.

474 BVerwGE 6, 282 (287); 58, 45 (48); 75, 109 (117); zustimmend *Ballersted*, in: *Bettermann/Nipperdey/Scheuner* (Hrsg.), Die Grundrechte, 3. Bd. 1. Halbbd., 1972, S. 1 ff.; *Peters*, in: Festschrift für *Hans Huber*, 1961, 206 (210, 221); *Wolff/Bachoff/Stober*, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., 1994, § 18, Rn. 13.

475 Vgl. BVerwGE 6, 282 (287); *Oldiges*, NJW 1984, 1928 f.

476 BVerwGE 6, 282 (287); *Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, Rn. 86; *Jooss* (Fn. 416), S. 311; *Reidt*, in: *Jarass* (Fn. 11), § 10, Rn. 42.

477 So etwa bei Pressesubventionen (vgl. OVG Berlin, DVBl. 1975, 905; *Püttner*, JuS 1995, 1069 ff.) und bei der Förderung von Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften (BVerwGE 90, 112 [126]; *Heintschel von Heinegg/Schäfer*, DVBl. 1991, 1341 [1346 f.]).

478 BVerfGE 40, 237 (249); 47, 46 (78 ff.); 48, 210 (221); 49, 89 (126); 57, 295 (320 f.); 58, 257 (268 f.); 61, 270 (275).

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

zu dem Ergebnis, daß „wesentlich“ i. S. der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nur solche Subventionsmaßnahmen sind, für die bereits bisher ausnahmsweise das Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage bejaht wurde<sup>479</sup>. Demgegenüber ist festzuhalten, daß sich Subventionsgewährungen immer im grundrechtssensiblen Bereich bewegen, da sie regelmäßig die Grundrechte der Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG) und der Wettbewerbsgleichheit (Art. 3 I GG) berühren und darüber hinaus das gesamte Organisationsgefüge von Staat und Gesellschaft beeinflussen<sup>480</sup>. Die Forderung nach einer materiell-rechtlichen Ermächtigungsgrundlage für jede Subventionierung<sup>481</sup> ist deshalb gerechtfertigt.

- 169 Nicht zuletzt dürfte auch der Prozeß der Europäisierung des Subventionsrechts zu einer verstärkten Normativierung beitragen. Soweit zur innerstaatlichen Durchführung von Gemeinschaftsbeihilfen entsprechende Richtlinien erlassen werden, gelten für deren Umsetzung prinzipiell die vom *EuGH* aus Gründen der Rechtssicherheit aufgestellten, strengen Erfordernisse<sup>482</sup>. Der *EuGH* verlangt für die Umsetzung von Gemeinschaftsrecht, das dem Einzelnen Vergünstigungen einräumen will, in ständiger Rechtsprechung den Erlaß zwingender, nach außen wirksamer Rechtssätze. Diesem Rechtsnormvorbehalt genügt die in der deutschen Subventionspraxis verbreitete Verwaltungsvorschrift nicht, da ihr die Außenwirkung fehlt. Sind daher beim Vollzug von Gemeinschaftsbeihilfen durch die Mitgliedstaaten ohnehin gesetzliche Regelungen erforderlich, so spricht dies dafür, auch bei nationalen Subventionen die bestehenden Verwaltungsvorschriften durch Rechtsnormen zu substituieren<sup>483</sup>.

### b) Materielle Verfassungsschranken

- 170 Unter den materiellrechtlichen Verfassungsschranken der Subventionsgewährung sind in erster Linie die Art. 2 I und 3 GG zu nennen. So darf in die nach überwiegender Meinung durch Art. 2 I GG geschützte Wettbewerbsfreiheit nur eingegriffen werden, wenn die Subventionierung eines Begünstigten den Wesensgehalt der wirtschaftlichen Freiheit der Konkurrenten unangetastet läßt<sup>484</sup>. Darüberhinaus kommt der Beachtung des Gleichheitssatzes aus Art. 3 GG besondere Bedeutung zu. Er verbietet willkürliche Diskriminierungen und läßt eine unterschiedliche Behandlung bei der

479 Vgl. zum Ganzen auch *Battis/Gusy*, S. 129; *Oldiges* (Fn. 475), S. 1929; *Stober* (Fn. 24), S. 88 ff.

480 Ausführlich *H. Bauer*, DÖV 1983, 53 ff.

481 *Arndt*, Rn. 19 ff.; *H. Bauer* (Fn. 480), S. 53 ff.; *Jakobs*, BayVBl. 1985, 355 f.; *Kahl*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 6, Rn. 24; *Mayer/Kopp*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 1985, S. 140; *Zuleeg*, DÖV 1984, 734 f. Insbesondere ist eine Festlegung des Subventionszwecks durch den Gesetzgeber notwendig, siehe *Haverkate*, NVwZ 1989, 769 ff.

482 Vgl. dazu allgemein *Pernice*, EuR 1994, 325 (333 ff.). Der *EuGH* hat sich zwar zur Praxis der Subventionsvergabe aufgrund von Verwaltungsvorschriften noch nicht explizit geäußert. In anderen Rechtsbereichen wird jedoch die Tauglichkeit dieses Instruments zur ordnungsgemäßen Umsetzung von Richtlinien in das nationale Recht in ständiger Rspr. verneint, vgl. dazu *EuGH*, Rs. C-131/88, Slg. 1991, I-825 (I-879) – Grundwasserrichtlinie; Rs. C-361/88, Slg. 1991, I-2567 (I-2597 ff.) – Richtlinie über Schwefeldioxid und Schwebstaub; Rs. C-59/89, Slg. 1991, I-2607 (I-2626 ff.) – Bleirichtlinie; zuletzt Rs. C-262/95, Slg. 1996, I-5729 ff. – Folgerichtlinien zur Gewässerschutzrichtlinie.

483 Ebenso *Haverkate* (Fn. 416), § 4, Rn. 41; *Stober*, BB 1996, 1845 (1848).

484 BVerwGE 6, 134 (141).

Subventionierung nur zu, soweit sich aus dem Zweck der Förderungsmaßnahme eine sachliche Eingrenzung des Kreises der Begünstigten ergibt<sup>485</sup>.

Weitere Schranken für die Subventionsvergabe ergeben sich aus dem Gewährleistungsgehalt spezieller Freiheitsgrundrechte. So darf der Staat keine Entwicklungen fördern, die verfassungsrechtlich besonders abgeschirmte Bereiche wie den der Pressefreiheit (Art. 5 I 2 GG) tangieren<sup>486</sup>. Einen weiteren verfassungsrechtlichen Maßstab für die Subventionskontrolle stellt das Verhältnismäßigkeitsprinzip dar, welches fordert, daß die Subventionierung zur Erreichung des gewünschten Zwecks geeignet, erforderlich und angemessen sein muß<sup>487</sup>. Eine Anwendung dieses Grundsatzes setzt allerdings eine präzise Zweckbestimmung voraus, die wiederum zulässigerweise nur durch Gesetz, nicht aber durch Subventionsrichtlinien erfolgen kann<sup>488</sup>. 171

#### IV. Das Subventionsrechtsverhältnis

Die Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Subventionsgeber und Subventionsnehmer, insbesondere im Hinblick auf Begründung und Abwicklung des Subventionsverhältnisses, können mangels allgemeiner gesetzlicher Vorschriften über die Subventionsvergabe äußerst vielfältig sein. Entscheidend geprägt wird das Subventionsrechtsverhältnis dabei durch die Rechtsform, in der die Subvention vergeben wird. Nach dem Grundsatz der Formenwahlfreiheit der Verwaltung<sup>489</sup> steht es den zuständigen Behörden offen, das Subventionsverhältnis öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu gestalten oder auch eine gemischte Rechtsform zu wählen. 172

##### 1. Begründung durch Verwaltungsakt

###### a) Die einstufige Subventionsgewährung

Subventionen, die in Form von **Zuschüssen** eingeräumt werden, werden durch einen antragsabhängigen, sog. mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt<sup>490</sup> bewilligt. Er kann – insbesondere zur Sicherung des Subventionszweckes – mit Nebenbestimmungen nach § 36 VwVfG versehen werden<sup>491</sup>. Allerdings sind stets nur sachbezogene Nebenbestimmungen zulässig, die im Zusammenhang mit der Subventionsgewährung stehen und zur Sicherung des Subventionszweckes geeignet, erforderlich und zweckmäßig 173

485 Vgl. BVerfGE 12, 367.

486 Vgl. OVG Berlin, NJW 1975, 1938.

487 Vgl. dazu *Haverkate* (Fn. 416), § 4, Rn. 89 ff.; allgemein zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz *Bleckmann*, JuS 1994, 177 ff.

488 *Haverkate*, Rechtsfragen des Leistungsstaates, 1983, S. 196 ff.

489 Vgl. näher *Frotscher*, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 3. Aufl., 1999, Rn. 405; *Maurer* (Fn. 129), § 3, Rn. 9.

490 *Erichsen/Martens*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1988, S. 218; *Stober*, Besonderes Wirtschaftsverwaltungsrecht, 11. Aufl., 1998, S. 292.

491 Außerdem wird die zweckentsprechende Verwendung durch das Gesetz selbst, durch Verwaltungsvorschrift oder durch vertragliche Bindung rechtlich gesichert, siehe *Maurer* (Fn. 129), § 17, Rn. 8.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

sind<sup>492</sup>. Dem Einwand, bei der Subventionsgewährung handle es sich materiell auch dann, wenn sie sich formell als Verwaltungsakt darstelle, um einen Vertrag, weil ohne die Mitwirkung des Subventionsempfängers diesem die Vergünstigung nicht aufgenötigt werden könne<sup>493</sup>, ist die Rechtsprechung nicht gefolgt: Vielmehr sieht sie das Fehlen von Vertragsverhandlungen und die „Unterwerfung“ des Begünstigten unter die in den Subventionsrichtlinien genannten Bedingungen und Voraussetzungen als entscheidendes Kriterium gegen die Annahme eines Vertrages an<sup>494</sup>.

### b) Die zweistufige Subventionsgewährung

- 174 Erschöpft sich die Subventionierung nicht in der einmaligen Bewilligung, sondern tritt wie bei der Gewährung eines Darlehens oder der Leistung einer Bürgschaft ein privatrechtliches Rechtsverhältnis hinzu, dann erfolgt die Subventionierung in einem zweistufigen Verfahren. Während im ersten Verfahrensabschnitt durch einen öffentlich-rechtlichen Bewilligungsbescheid darüber entschieden wird, ob das Subventionsdarlehen gewährt wird, schließen Behörde und Subventionsempfänger auf der zweiten Stufe einen privatrechtlichen Darlehens- oder Bürgschaftsvertrag, der das „Wie“ der Subventionsabwicklung regelt<sup>495</sup>. Diese sog. Zweistufentheorie stößt jedoch zu Recht auf Kritik, da sie ein einheitliches Lebensverhältnis in zwei Rechtsverhältnisse aufspaltet, Streitigkeiten verschiedenen Rechtswegen zuordnet und überdies eine befriedigende Abgrenzung beider Stufen häufig nicht möglich ist<sup>496</sup>. Es werden deshalb auch für diese Fälle einstufige Regelungsverhältnisse befürwortet, sei es, daß diese durch Verwaltungsakt<sup>497</sup>, Verwaltungsvertrag<sup>498</sup> oder durch privatrechtlichen Vertrag<sup>499</sup> begründet werden. Die Annahme von zwei nebeneinander stehenden Rechtsverhältnissen ist allerdings stets dann unumgänglich, wenn in die Darlehensvergabe eine Bank eingeschaltet wird<sup>500</sup>.

## 2. Begründung durch Verwaltungsvertrag

- 175 Nach Maßgabe der §§ 54 ff. VwVfG kann ein Subventionsrechtsverhältnis auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag begründet werden, wenn keine Rechtsvorschriften entgegenstehen<sup>501</sup>. Bei einer vertraglichen Ausgestaltung des Subventionsverhältnisses ist formell insbesondere das Schriftformerfordernis des § 57 VwVfG zu beachten. Materiell wird das vom Subventionsgeber bezweckte Verhalten des Begünstigten zur

492 Zu unter diesem Gesichtspunkt problematischen Gruppen von Nebenbestimmungen siehe *Sleich*, NJW 1988, 236 (240 ff.).

493 Für die Annahme eines Vertrages: *Henke*, DÖV 1985, 41, 47; *Ehlers* (Fn. 416), S. 112 (122).

494 BVerwGE 52, 155 (160 ff.); 61, 296 (299); *BVerwG*, NJW 1977, 1838 (1839).

495 So vor allem die Rechtsprechung: BVerwGE 1, 308 (310); 7, 180 (181); 13, 307 (310 f.); 45, 13 (14); BGHZ 40, 206 (210); 52, 155 (160 ff.); 61, 296 (299); aus der Literatur: *Ipsen* (Fn. 416), S. 62 ff.

496 Ausführlich *Maurer* (Fn. 129), § 17, Rn. 14 ff.; vgl. ferner *Bosse*, Der subordinationsrechtliche Verwaltungsvertrag als Handlungsform öffentlicher Verwaltung, 1974, S. 96 ff.

497 *Zuleeg* (Fn. 416), S. 61.

498 *Bosse*, a. a. O., S. 103 ff.; *Henke* (Fn. 416), S. 20 ff.; *Menger*, VerwArch 69 (1978), S. 93 ff.

499 *Götz* (Fn. 416), S. 56 ff.

500 *Maurer* (Fn. 129), § 17, Rn. 28; *Kahl*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 6, Rn. 33.

501 Vgl. z. B. § 5 IV InvZulG, der die Subventionsvergabe durch Verwaltungsakt vorschreibt.

„Gegenleistung“, die nach § 56 I 2 VwVfG angemessen und in sachlichem Zusammenhang mit der Subventionsvergünstigung stehen muß (sog. Koppelungsverbot). Bei gebundenen Subventionen sind die weiterreichenden Beschränkungen des § 56 II VwVfG zu beachten. Obwohl die vertragliche Ausgestaltung zahlreiche Vorteile bietet, weil die Vertragsform in besonderer Weise der Leistungsverwaltung und dem Austauschgedanken des Zuwendungsrechts entspricht und durch die Beteiligung des Begünstigten am Bewilligungsverfahren die Effizienz der Wirtschaftsförderung mehr gefördert wird als durch erzwungene Nebenbestimmungen<sup>502</sup>, führt der öffentlich-rechtliche Vertrag im Bereich der Subventionsverwaltung noch ein Schattendasein. Ursächlich dafür dürfte sein, daß im Falle der Rückabwicklung die Begünstigung nicht durch Leistungsbescheid zurückgefordert werden kann, sondern der Verwaltungsvertrag gekündigt und der Erstattungsanspruch durch Leistungsklage beim Verwaltungsgericht geltend gemacht werden muß<sup>503</sup>.

### 3. Begründung durch privatrechtlichen Vertrag

Bei der Subventionierung durch Realförderung wie der bevorzugten Vergabe eines öffentlichen Auftrages, dem verbilligten Verkauf eines Grundstücks oder dem Abschluß eines günstigen Pachtvertrages kommt regelmäßig Verwaltungsprivatrecht zur Anwendung. Denn die Behörde bedient sich zur Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgaben privatrechtlichen Handlungsformen, bleibt dabei allerdings an die Grundrechte gebunden<sup>504</sup>. Umstritten ist, ob aus Gründen der Rechtsklarheit zum Abschluß des privatrechtlichen Vertrages eine öffentlich-rechtliche Entscheidung über das „Ob“ der Bevorzugung, die am Maßstab des öffentlichen Rechts zu treffen ist, hinzukommen muß<sup>505</sup>. Im Ergebnis erscheint es aber nicht geboten, in diesem Bereich die Zweistufentheorie aufrechtzuerhalten, da die Rechte des Subventionsempfängers auch durch die Geltung der verwaltungsprivatrechtlichen Grundsätze gewahrt bleiben<sup>506</sup>.

176

### 4. Die Rückabwicklung des Subventionsrechtsverhältnisses

Treten nach teilweiser oder vollständiger Abwicklung Störungen im Subventionsrechtsverhältnis auf, stellt sich die Frage nach Rückabwicklung und Rückforderung der Subventionen. Ihre Beantwortung hängt von der jeweils gewählten Handlungsform und der Art der Subventionen ab. Stets ist dabei zwischen der förmlichen Aufhebung des Subventionsverhältnisses durch einen Rechtsakt und dem sich daraus ergebenden Rückabwicklungsverhältnis (Erstattungsanspruch der Behörde gegen den Begünstigten) zu unterscheiden.

177

502 Henke (Fn. 416), S. 33 ff.; Jakobs (Fn. 481), S. 353; Stober, Handbuch, S. 1235.

503 BVerwGE 59, 65.

504 Stober, Handbuch, S. 1237.

505 So z. B. VGH Mannheim, NJW 1978, 2050.

506 Götz (Fn. 416), S. 56 ff.; Stober, a. a. O. Die Rechtsprechung ist uneinheitlich: Für die Zweistufentheorie BVerwGE 7, 89 (91); 34, 213 (214 f.); ausschließliche Privatrechtsgestaltung nehmen dagegen an BVerwGE 14, 65 (68); 38, 281 (283).

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

### a) Rückabwicklung bei Subventionsvergabe durch Verwaltungsakt

#### aa) Das anwendbare Recht

- 178 Im für Praxis und Klausur wichtigsten Fall, daß das Subventionsrechtsverhältnis durch Verwaltungsakt begründet wurde, setzt die Rückforderung von Subventionsleistungen voraus, daß der Bewilligungsbescheid durch den Eintritt einer beigefügten Bedingung gegenstandslos geworden oder wirksam aufgehoben worden ist und damit ein Erstattungsanspruch begründet wurde<sup>507</sup>. Soweit keine Spezialregelungen eingreifen, bestimmt sich die Zulässigkeit der Aufhebung nach den §§ 48, 49 VwVfG. Einer der wichtigsten Aufhebungsgründe ist die zweckwidrige Mittelverwendung, die als nachträglicher Mißbrauch von Förderungsmitteln nach h.M. nicht zur Rechtswidrigkeit des Subventionsbescheides i. S. d. § 48 VwVfG führt, weil es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit allein auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsakts ankommt. Die Aufhebung eines nachträglich rechtswidrig gewordenen Leistungsbescheides ist deshalb nur nach § 49 VwVfG (Widerruf) möglich<sup>508</sup>.
- 179 Soweit es sich dagegen um die Rückforderung von Beihilfen im Sinne des Gemeinschaftsrechts handelt, die unter Verstoß gegen die einschlägigen Bestimmungen des EG-Vertrags gewährt wurden, ist der Subventionsbescheid als von Anfang an rechtswidrig anzusehen. Die Rückforderung findet mangels spezieller Vorschriften im Gemeinschaftsrecht nach Maßgabe des nationalen Rechts statt. Soweit keine Spezialregelungen bestehen, ist dafür § 48 VwVfG (Rücknahme) einschlägig.

#### bb) Der formell gemeinschaftswidrige Subventionsbescheid

- 180 Ein Sonderproblem ergibt sich für den praktisch häufigen Fall, daß ein Mitgliedstaat eine als Beihilfe zu qualifizierende Subvention ohne vorherige Notifizierung oder vor einer abschließenden Entscheidung der Kommission gewährt hat. Hierzu hat der Gerichtshof in zwei Entscheidungen Stellung genommen<sup>509</sup>. Der Subventionsbescheid ist wegen Verstoßes gegen Art. 88 III EGV (= Art. 93 a. F.) formell gemeinschaftswidrig. Dies berechtigt die Kommission nach Ansicht des EuGH jedoch nicht dazu, die Beihilfemaßnahme ohne Prüfung ihrer Vereinbarkeit mit dem Gemeinsamen Markt zu untersagen bzw. vom betreffenden Mitgliedstaat die Rückforderung des Geleisteten zu verlangen. Der mitgliedstaatliche Verstoß gegen die Verfahrensregelung wird vielmehr dadurch sanktioniert, daß die Kommission unter erleichterten Voraussetzungen, nämlich auf der Grundlage der ihr vorliegenden Informationen, die materielle Rechtmäßigkeit der Beihilfe beurteilen kann. Bei einem negativen Ergeb-

507 Die behördliche Aufforderung an den Begünstigten, das Erlangte zu erstatten, enthält im Zweifel konkludent die Aufhebung des Verwaltungsakts. Näher zum Ganzen *Kahl*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 6, Rn. 36 m. w. N.

508 Dies ist umstritten. Für die hier vertretene Auffassung spricht jedoch nunmehr die durch das Genehmigungsbeschleunigungsgesetz vorgenommene Neufassung des § 49 III VwVfG, wonach auch eine zweckwidrige Mittelverwendung die Behörde zum Widerruf berechtigt, vgl. *Dickersbach*, NVwZ 1996, 962 (966); *Kahl*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 6, Rn. 40; a. A. *Baumeister*, NVwZ 1997, 19 (21 f.).

509 *EuGH*, Rs. C-301/87, Slg. 1990, I-307 (I-354 ff., Tz. 9 ff.) – Boussac; Rs. C-354/90, Slg. 1991, 5505 (5528 f., Tz. 12 ff.) – Transformateurs de Saumon.



nis kann sie den Mitgliedstaat dann nach Art. 88 II EGV zur Rückforderung des Geleisteten verpflichten<sup>510</sup>.

Aufgrund der unmittelbaren Wirkung des Art. 88 III 3 EGV in den einzelnen Mitgliedstaaten können zugleich Konkurrenten des Beihilfeempfängers vor nationalen Verwaltungsgerichten Anfechtungsklage gegen den Subventionsbescheid erheben bzw. einstweiligen Rechtsschutz beantragen. Das nationale Gericht wird daraufhin den formell gemeinschaftsrechtswidrigen Subventionsbescheid aufheben und nach § 113 I 2 VwGO den Subventionsgeber zur Rückforderung verpflichten. Erwächst eine solche Entscheidung in Rechtskraft, so hat sie auch dann Bestand, wenn die Kommission bei der von ihr vorzunehmenden Sachprüfung später die Vereinbarkeit der Beihilfe mit dem Gemeinsamen Markt feststellt<sup>511</sup>. Aufgrund der formellen Rechtswidrigkeit des Beihilfebescheids hat der Subventionsgeber zudem grundsätzlich die Möglichkeit zur Rücknahme des Subventionsbescheids nach § 48 VwVfG. Jedoch wird eine Rücknahme lediglich formell gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfebescheide in der Literatur überwiegend für unverhältnismäßig gehalten<sup>512</sup>.

181

### cc) Die rückwirkende Aufhebung des Subventionsbescheids

Die rückwirkende Aufhebung eines durch Verwaltungsakt begründeten Subventionsverhältnisses ist möglich, wenn der Verwaltungsakt von Anfang an als rechtswidrig anzusehen ist (§ 48 I 1, II 4 VwVfG). Lange Zeit problematisch war jedoch der wichtige Fall des rückwirkenden Widerrufs von Subventionen, die ursprünglich rechtmäßig vergeben, dann aber zweckwidrig verwendet wurden (Zweckverfehlung). Bis zum Jahre 1996 räumten lediglich die Spezialregelung des § 44a BHO und die gleichlautenden Regelungen in den einzelnen Landeshaushaltsgesetzen dem Subventionsgeber die Möglichkeit eines Widerrufs der Gewährung von Zuwendungen<sup>513</sup> mit Wirkung für die Vergangenheit ein, der die vollständige Rückforderung der bereits geleisteten Zuwendungen ermöglicht. Die Verwaltungsverfahrensgesetze von Bund und Ländern sahen eine rückwirkende Aufhebung dagegen nur für von Anfang an rechtswidrige Verwaltungsakte vor. Der Bundesgesetzgeber hat die als rechtssystematisch unglücklich empfundene<sup>514</sup> haushaltsrechtliche Spezialregelung nunmehr in das Verwaltungs-

182

510 Näher zum Ganzen *J.-P. Schneider*, DVBl. 1996, 1301 (1305 f.) m. w. N. aus der Rspr. sowie ausführlich *Sinnaeve*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger nationaler Beihilfen, 1997, S. 78 ff.

511 *Jestaedt*, EuZW 1993, 49 (51). Diese Konsequenz erscheint zur Wahrung der praktischen Wirksamkeit des Durchführungsverbots erforderlich, weil dessen Verletzung sonst möglicherweise sanktionslos bliebe.

512 Vgl. *Dickersbach*, GewArch 1993, 177 (180); *Gornig/Trüe*, JZ 1993, 934 (941); *Haverkate* (Fn. 416), § 4, Rn. 57; *Kahl*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 6, Rn. 52; *Kokott*, DVBl. 1993, 1235 (1236); *Magiera*, in: *Hailbronner u. a.*, Handkomm EUV, Art. 93 EGV, Rn. 32; *Pache*, NVwZ 1994, 318 (320); *Stober*, JZ 1992, 1087 (1087); *Triantafyllou*, NVwZ 1992, 436 (439); v. *Wallenberg*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 93 EGV, Rn. 76; *Mederer*, in: *von der Groeben/Thiesing/Ehlermann*, Kommentar zum EWGV, 5. Aufl., 1999, Art. 93, Rn. 62.

513 Der Begriff der „Zuwendungen“ im haushaltsrechtlichen Sinne ist enger als der Subventionsbegriff. Vgl. die Legaldefinitionen in § 14 HGrG, 23 BHO.

514 Zur Kritik an dieser Rechtslage siehe statt vieler *Gröpl*, VerwArch 88 (1997), S. 23 (33); *Steiner*, VerwArch 83 (1992), S. 479 (484 f.).

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

verfahrensgesetz integriert und damit generalisiert. § 49 III VwVfG n. F<sup>515</sup>. gewährt de lege lata eine rückwirkende Widerrufsbefugnis für alle Subventionsbescheide, der ergänzende Erstattungsanspruch ist im neuen § 49a VwVfG geregelt. § 44a BHO wurde infolgedessen aufgehoben<sup>516</sup>. Die Landesverwaltungsverfahrensgesetze sind an das neue Bundesrecht anzupassen<sup>517</sup>.

### dd) Einschränkung des Vertrauensschutzes bei gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfen

- 183 Bei der Rückforderung von durch Verwaltungsakt bewilligten Subventionen, die unzulässige Beihilfen im Sinne des EG-Rechts darstellen, wird der Vertrauensschutz des Empfängers durch die neuere Rechtsprechung des *EuGH* stark eingeschränkt. Die Mitgliedstaaten unterliegen nach ständiger Rechtsprechung aufgrund ihrer Pflicht zur Gemeinschaftstreue (Art. 10 EGV = Art. 5 a.F.) einem Vereitelungsverbot, wonach die Durchsetzung der EG-Wettbewerbsordnung nicht durch Vorschriften des nationalen Rechts praktisch unmöglich gemacht werden darf<sup>518</sup>. Daher haben sie Beihilfen, die unter Verstoß gegen das EG-Recht gewährt wurden, vom Begünstigten zurückzufordern, sobald die Kommission die materielle Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Beihilfe durch eine bestandskräftige Entscheidung nach Art. 88 II EGV festgestellt hat. Das in § 48 I 1 VwVfG bei der Rücknahme begünstigender Verwaltungsakte vorgesehene Entschließungsermessen der Behörden wird also im Fall materiell gemeinschaftsrechtswidriger Beihilfen auf Null reduziert<sup>519</sup>.
- 184 Nach der Rechtsprechung des *EuGH* führt das die Mitgliedstaaten betreffende Vereitelungsverbot bei der Entscheidung über die Rücknahme europarechtswidriger Beihilfen ferner in aller Regel zu einem Überwiegen des öffentlichen Rücknahmeinteresses zu Lasten des individuellen Vertrauensschutzes<sup>520</sup>. Ein Vertrauensschutz des Beihilfempfangers scheidet a priori aus, wenn dieser die Rechtswidrigkeit der zu seinen Gunsten getroffenen Maßnahme erkennen konnte. Der Empfänger wird dadurch de facto verpflichtet, sich zu vergewissern, ob sein Mitgliedstaat die formellen und materiellen

515 I.d.F.d. Gesetzes zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften vom 2. 5. 1996, BGBl. I 656; siehe dazu *Baumeister*, NVwZ 1997, 19 ff.; *Dickersbach*, NVwZ 1996, 962 (965 f.); *Gröpl*, VerwArch 88 (1997), S. 23 ff.; *Heße*, NJW 1996, 2779 ff.; *Sachs/Wermeckes*, NVwZ 1996, 1185 ff.

516 *Sachs*, in: *Stelkens/Bonk/ders.*, VwVfG, 5. Aufl., 1998, § 49, Rn. 90 f.

517 Dabei kann es zu Abweichungen in der Gesetzessystematik kommen. So ist der rückwirkende Widerruf des Leistungsbescheids nach dem Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetz in Art. 49 IIa geregelt. Dies macht in der Sache jedoch keinen Unterschied.

518 *EuGH*, Rs. 130/79, Slg. 1980, 1887 (1900) – Express Dairy Foods; Rs. 205–215/82, Slg. 1983, 2633 (2666 f.) – Deutsche Milchkontor; Rs. C-142/87, Slg. 1990, I-959 (I-1019, Tz. 61) – Kommission/Belgien; Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437 (I-3456, Tz. 12) – BUG-Alutechnik. Näher dazu *Magiera*, in: FS Börner, 1992, S. 213 (223 ff.); *Streinz*, in: *Schweitzer* (Hrsg.), Europäisches Verwaltungsrecht, 1991, S. 241 (262 ff.); *Zuleeg*, VVDStRL 53 (1994), S. 154 (192 ff.).

519 Statt vieler *Fischer*, DVBl. 1990, 1089 (1093 f.); *Kahl*, JA 1996, 857 (859) m. w. N.

520 Die Problematik kann hier nicht abschließend dargestellt werden. Vgl. zur Vertiefung *Kahl*, JA 1996, 857 (858 f.); *ders.*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 6, Rn. 51 ff. m. z. w. N.; *Magiera*, in: FS Börner, 1992, S. 213 (226 ff.); *Reufels*, Europäische Subventionskontrolle durch Private, 1997, S. 81 ff.; *Richter*, DÖV 1995, 846 (851); *Streinz*, Die Verwaltung 1990, S. 153 (177 ff.).

Beihilfavorschriften des EG-Rechts beachtet hat<sup>521</sup>. Kommt ein schutzwürdiges Vertrauen in Betracht, so muß nach Ansicht des *EuGH* bei der Anwendung der nationalen Rücknahmevorschriften das Interesse der Gemeinschaft am Funktionieren eines Systems unverfälschten Wettbewerbs i. S. d. Art. 3 I lit. g EGV „in vollem Umfang berücksichtigt werden“<sup>522</sup>. Die in § 48 II VwVfG genannten Regelbeispiele für das Vorliegen eines die Rücknahme ausschließenden, schutzwürdigen Vertrauens beim Begünstigten sind daher gemeinschaftsrechtskonform auszulegen<sup>523</sup> mit der Folge, daß bei der nach § 48 II 1 VwVfG erforderlichen Abwägung des privaten Bestandsschutzinteresses mit dem öffentlichen Rücknahmeinteresse in aller Regel letzteres überwiegt. Dies soll insbesondere für den häufigen Fall gelten, daß der Begünstigte die ihm gewährte Leistung bereits (gutgläubig) verbraucht hat. Das Prinzip der Funktionsfähigkeit der europäischen Wettbewerbsordnung soll eine Rücknahme sogar nach Ablauf der in § 48 IV VwVfG vorgesehenen Ausschlussfrist ermöglichen<sup>524</sup>. Dies ist verfassungsrechtlich nicht unproblematisch, schließt doch § 48 VwVfG als Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips<sup>525</sup> eine Rücknahme aus, soweit der Begünstigte in schutzwürdiger Weise auf den Fortbestand des Beihilfebescheids vertraut.

Der *Gerichtshof* versucht mit dieser überaus rigiden Rechtsprechung, seiner ihm durch Art. 220 EGV (= Art. 164 a.F.) zugewiesenen Funktion zur Wahrung des Gemeinschaftsrechts entsprechend, den effet utile der europäischen Wettbewerbsordnung gegenüber mitgliedstaatlichem Subventionsmißbrauch zu schützen, was angesichts in jüngster Zeit gehäuft auftretender Mißbrauchsfälle<sup>526</sup> durchaus verständlich erscheint<sup>527</sup>. Es mehren sich jedoch die Stimmen, die in der weitgehenden Ausbeulung der Systematik des § 48 VwVfG eine unzulässige Kompetenzüberschreitung seitens des Gerichtshofs sehen und eine Überprüfung der *EuGH*-Rechtsprechung durch das *BVerfG* im Sinne der Leitlinien aus der „Maastricht“-Entscheidung fordern<sup>528</sup>. Das Beihilferecht könnte sich somit zum Testfall für das „Kooperationsverhältnis“ zwischen *BVerfG* und *EuGH* entwickeln.

185

521 A. A. insoweit BVerfGE 92, 81 (84). Krit. auch *Bardenhewer*, in: FS *Böckenförde*, 1995, S. 239 (246 ff.); *Fastenrath*, VVDStRL 53 (1994), S. 279; *Streinz*, Die Verwaltung 1990, S. 153 (180); *Triantafyllou*, NVwZ 1992, 436 (439).

522 *EuGH*, Rs. 205–215/82, Slg. 1983, 2633 (2669) – Deutsche Milchkontor; Rs. C-5/89, Slg. 1990, I-3437 (I-3456, Tz. 12) – BUG-Alutechnik; Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591 (I-1616, Tz. 24) – Alcan.

523 Vgl. *Schmidt-Räntsch*, EuZW 1990, 376 (378).

524 *EuGH*, Rs. C-24/95, Slg. 1997, I-1591 (I-1617 ff., Tz. 27 ff.) – Alcan; krit. hierzu *Hoerike*, EuZW 1997, 279 f.

525 Zur Entwicklung des Vertrauensschutzes als Verfassungsprinzip siehe BVerfGE 30, 392 (403); 50, 244 (250); 59, 128 (164); 74, 357 (362 f.); *Lehner*, Die Verwaltung 26 (1993), S. 183 (188 ff.).

526 Zur Notwendigkeit einer Erfolgskontrolle bei Subventionen vgl. bereits *Ehlers*, DVBl. 1993, 861 (866 ff.). Zu den Möglichkeiten der Betrugsbekämpfung im Bereich der Agrarsubventionen siehe jüngst *Mögele*, EWS 1998, 1 ff.

527 Vgl. *Bardenhewer* (Fn. 521), S. 251 ff.

528 So jüngst explizit *Scholz*, DÖV 1998, 261 ff. Kritisch auch *Bardenhewer* (Fn. 521), S. 255 ff.; *P. M. Huber*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1997, S. 204 f.; *Kahl*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 6, Rn. 61 m. Fußn. 129; *Kokott*, DVBl. 1993, 1235 (1240); *Michaelis*, JA 1997, 754 (756 f.). Dagegen ist *Schulze*, EuZW 1993, 279 (282 f.) der Meinung, § 48 VwVfG schütze das Vertrauen eines Begünstigten in den Bestand eines Verwaltungsakts nicht in stärkerem Maße als das Gemeinschaftsrecht. Abweichend auch BVerfGE 92, 81 (85 ff.); *von Danwitz*, DVBl. 1998, 421 (424), wonach es dem *EuGH* nicht um den generellen Ausschluß des Vertrauensschutzes geht, sondern darum, „in jedem Einzelfall über den Umfang des gewährten Vertrauensschutzes zu befinden“.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

### b) Rückabwicklung in sonstigen Fällen

- 186** Soweit die Subventionierung zweistufig erfolgte, ergeben sich Probleme bei der Rückabwicklung, weil die Aufhebung des Bewilligungsbescheides zunächst das privatrechtliche Rechtsverhältnis unberührt läßt. Der Wegfall des Bewilligungsbescheides stellt jedoch zumindest einen Grund für die Kündigung eines Darlehens- oder Bürgschaftsvertrages dar<sup>529</sup>.
- 187** Ist die Subvention durch öffentlichrechtlichen Vertrag bewilligt worden, so setzt die Rückforderung der Subvention voraus, daß der Vertrag aufgehoben wird. Dies geschieht automatisch, wenn eine entsprechende Vorbehaltsklausel eingefügt ist. Ansonsten kann der Vertrag nach § 60 VwVfG von der Behörde gekündigt werden, wenn sich die Verhältnisse so geändert haben, daß ihr ein Festhalten an der ursprünglichen Vertragsvereinbarung nicht zugemutet werden kann (§ 60 I 1 VwVfG) oder wenn eine Aufrechterhaltung des Vertrages zu schweren Nachteilen für das Gemeinwohl führen würde (§ 60 I 2 VwVfG). Teilweise wird auch die Meinung vertreten, daß es einer Kündigung nicht bedarf, weil der Vertrag bei einer bestandskräftigen Feststellung der Gemeinschaftsrechtswidrigkeit der Beihilfe nach Art. 88 II EGV gemäß § 58 II VwVfG automatisch unwirksam wird<sup>530</sup>. Eine andere Ansicht geht davon aus, daß ein Vertrag über die Gewährung einer gemeinschaftsrechtswidrigen Beihilfe nach § 59 I VwVfG i. V. m. § 134 BGB nichtig ist<sup>531</sup>. Der Meinungsstreit ist angesichts der geringen Bedeutung von Subventionsverträgen in der Praxis eher akademischer Natur.
- 188** Sofern vertraglich nicht nach § 61 VwVfG die Unterwerfung des Subventionsempfängers unter die sofortige Vollstreckung vereinbart worden ist<sup>532</sup>, ist die Rückforderung des Geleisteten in jedem Fall nur im Wege der Leistungsklage vor dem Verwaltungsgericht möglich<sup>533</sup>. Materielle Rechtsgrundlage für die Erstattung ist dann – sofern keine vertragliche Vereinbarung vorliegt – der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch<sup>534</sup>.

### V. Rechtsschutzfragen

- 189** Sowohl für den begünstigten als auch den nichtbegünstigten Unternehmer kann sich die Frage nach wirksamen Rechtsschutz stellen. Der Rechtsschutz des subventionierten Unternehmers wirkt gegenüber dem allgemeinen Verwaltungsprozeßrecht keine speziellen Probleme auf, da es in der Regel um den Wegfall unerwünschter Neben-

529 *Rittner*, S. 510; nach *Maurer* (Fn. 129), § 17, Rn. 19 ist der Bewilligungsbescheid Wirksamkeitsvoraussetzung der Darlehensverträge, der mit dessen Wegfall zusammenbricht.

530 So *J.-P. Schneider*, NJW 1992, 1197 (1200).

531 Zum Meinungsstand siehe *S. Beckmann*, Die Rückforderung gemeinschaftsrechtswidriger staatlicher Beihilfen, 1996, S. 69 ff.; *Michels*, Vertrauensschutz beim Vollzug von Gemeinschaftsrecht und bei der Rückforderung rechtswidriger Beihilfen, 1997, S. 156 ff.

532 *Ehlers* (Fn. 416), 128; *Jooss* (Fn. 416), S. 320.

533 BVerwGE 59, 60 (65); *Reidt*, in: *Jarass* (Fn. 11), § 10, Rn. 68; *Weimar/Schimikowski*, S. 196. Nach *BVerwG*, DÖV 1992, 529 (531) ist auch eine entsprechende Anwendung der § 325 I 1, 346 S. 1 BGB denkbar.

534 Zum öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch siehe *Maurer* (Fn. 129), § 28, Rn. 20 ff.

bestimmungen geht. Bei einer Subventionierung durch öffentlichrechtlichen Vertrag ist die Leistungsklage eröffnet, um den Abschluß eines Vertrages ohne die unerwünschten Vertragsklauseln durchzusetzen<sup>535</sup>. Wurde über die Subventionierung durch einen mit Nebenbestimmungen versehenen Verwaltungsakt entschieden, kommt es auf die aus dem allgemeinen Verwaltungsrecht bekannte Streitfrage an, ob richtige Klageart die Verpflichtungsklage auf uneingeschränkte Subventionierung oder die isolierte Anfechtungsklage gegen die mißbilligte Nebenbestimmung ist<sup>536</sup>. Dagegen wirft der Rechtsschutz des nichtbegünstigten Unternehmers unter dem Stichwort der „Konkurrentenklage“ eine Reihe spezifischer Probleme auf, sei es, daß der Mitbewerber ebenfalls in den Genuß der Begünstigungen kommen will (positive Konkurrentenklage), sei es, daß er sich durch die Förderung eines Konkurrenten benachteiligt sieht und dagegen vorgehen will (negative Konkurrentenklage).

### 1. Positive Konkurrentenklage

Wenn es dem Unternehmer darum geht, selber in den Genuß von Subventionen zu kommen, kommt die Verpflichtungsklage oder allgemeine Leistungsklage als zulässige Klageart in Betracht, je nach der Handlungsform, in der die Subvention vergeben wird. In jedem Fall setzt der Erfolg einer positiven Konkurrentenklage jedoch voraus, daß der Kläger einen Rechtsanspruch auf Subventionierung hat. Läßt dieser sich nicht ausnahmsweise unmittelbar aus einem Spezialgesetz<sup>537</sup>, aus einer behördlichen Zusage nach § 38 VwVfG oder aus den Grundrechten herleiten<sup>538</sup>, so liegt die Entscheidung im Ermessen der Verwaltung. Ein Rechtsanspruch kann sich dann nur durch eine von der Behörde geübte Subventionspraxis unter dem Gesichtspunkt der Selbstbindung der Verwaltung i. V. m. Art. 3 I GG ergeben<sup>539</sup>. Dazu muß der Subventionsbewerber in den Kreis der nach der Subventionierung zugrundeliegenden Vergaberichtlinien begünstigten Personen fallen und nachweisen können, daß es sich um einen der bisherigen Vergabep Praxis vergleichbaren Fall handelt. Ansonsten scheidet der Subventionsanspruch an der weiten Gestaltungsfreiheit des Staates<sup>540</sup>.

### 2. Negative Konkurrentenklage

Die negative Konkurrentenklage kann sowohl vor den Gemeinschaftsgerichten als auch vor nationalen Gerichten erhoben werden. Erkennt die Kommission im präventiven Beihilfekontrollverfahren eine geplante Beihilfe als mit dem Gemeinsamen Markt vereinbar an, so können unmittelbar und individuell betroffene Konkurrenten des

535 Henke (Fn. 416), S. 135.

536 Siehe dazu Kopp/Schenke, VwGO, 11. Aufl., 1998, § 42, Rn. 22 ff. m. zahlr. w. N.

537 Z. B. aus dem jüngst neu gefaßten Investitionszulagengesetz 1999, siehe dazu Kraeusel, BB 1997, 2616 ff.

538 Vgl. etwa BVerwGE 23, 347 (350); 27, 360 (364) zu Subventionsansprüchen von Privatschulen aus Art. 7 IV i. V. m. Art. 3 I GG und dem Sozialstaatsprinzip.

539 Siehe dazu eingehend Maurer (Fn. 129), § 24, Rn. 21 ff.; Ossenbühl, in: HdbStR III, § 65, Rn. 44 ff.

540 Rittner/Stephan, GewArch 1985, 177 (178); insbes. zu den aus den Grundrechten ableitbaren Rechten Friehe, JuS 1981, 867 ff. Siehe außerdem Rengeling, in: Gedächtnisschrift Klein, 1977, S. 416 ff.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

Begünstigten gegen die abschließende Kommissionsentscheidung, aber auch schon gegen eine Unbedenklichkeitserklärung aufgrund des Vorprüfungsverfahrens Nichtigkeitsklage nach Art. 230 IV erheben<sup>541</sup>.

- 192** Vor den nationalen Verwaltungsgerichten ist die Anfechtungsklage gegen einen dem Konkurrenten erteilten Bewilligungsbescheid (= VA) oder die auf die Unwirksamkeit eines mit dem Konkurrenten abgeschlossenen Subventionsvertrages gerichtete Feststellungsklage statthaft<sup>542</sup>. Die Klagebefugnis des Konkurrenten ist regelmäßig zu bejahen, da nicht ausgeschlossen werden kann, daß er durch willkürliche Subventionsvergabe in seiner wirtschaftlichen Chancengleichheit (Art. 3 I GG), seiner Berufsfreiheit (Art. 12 I GG), seiner Wettbewerbsfreiheit (Art. 12 I bzw. 2 I GG) oder in seinem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Art. 14 GG) betroffen ist<sup>543</sup>. Zudem kann sich ein Konkurrent nach h.M. auf Art. 87 I EGV berufen, der zumindest auch die Gewährleistung der individuellen Handlungs- und Entscheidungsfreiheit auf wirtschaftlichem Gebiet schützt<sup>544</sup>.
- 193** Zu beachten ist jedoch stets, daß der Kläger in seiner Rechtssphäre nur mittelbar durch die Begünstigung eines Konkurrenten betroffen wird. Die Ausdehnung des Schutzbereichs der Freiheitsrechte auf derartige „Begünstigungsabwehransprüche“<sup>545</sup> setzt voraus, daß der Staat durch die Subventionierung eines Konkurrenten mit einer gewissen „Eingriffstiefe“ auf die Grundrechte des Klägers einwirkt<sup>546</sup>. Eine Verhärtung der Wettbewerbssituation oder geringere Marktchancen reichen daher für die Annahme einer die Klage begründenden Rechtsverletzung nicht aus; ein schwerwiegender Eingriff ist jedoch unzweifelhaft gegeben, wenn die Begünstigung des Konkurrenten unmittelbar zur Betriebsaufgabe zwingt<sup>547</sup>. Letztlich muß es insoweit auf Zumutbarkeitserwägungen ankommen, bei denen auch die Höhe der Subvention eine Rolle spielt<sup>548</sup>. Zudem muß der Kreis der von der Subventionierung betroffenen Personen zur Meidung einer Popularklage deutlich abgrenzbar sein, um von einem mittelbaren staatlichen Eingriff sprechen zu können.

541 Art 173 a. F. Siehe dazu *Dickersbach*, NVwZ 1996, 962 (964 f.); *Hakenberg/Tremmel*, EWS 1997, 217 (223 f.), jew.m.Rspr.-Nachw.

542 Str.; teilweise wird insoweit die Unterlassungsklage präferiert, vgl. zum Ganzen *Ericksen*, Jura 1994, 385 ff.; *Gusy*, JA 1991, 327 (332).

543 BVerwGE 30, 191 (198). Eine im Vordringen befindliche Meinung sieht zu Recht Art. 12 I GG als einschlägig an, vgl. *Kahl*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 6, Rn. 81 ff. m. w. N.

544 Art. 92 a. F. In diesem Sinne von *Wallenberg*, in: *Grabitz/Hilf*, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 93, Rn. 32.

545 Zu Begriff und Systematisierung siehe *P.M. Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 358 ff. m. w. N.

546 So auch *Haverkate* (Fn. 488), S. 165; *Leisner*, DVBl. 1989, 1025 (1027).

547 Vgl. z. B. *Jarass* (Fn. 416), S. 473; *Jooss* (Fn. 416), S. 330 f.; weitergehend: *Mayer/Kopp* (Fn. 481), S. 140; *Ehlers*, DVBl. 1986, 917 (922).

548 *P.M. Huber*, Konkurrenzschutz im Verwaltungsrecht, 1991, S. 384 f.

## E. Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand

### I. Die Errichtung öffentlicher und gemischtwirtschaftlicher Unternehmen

Um den Wirtschaftsprozess zu regulieren, stehen dem Staat prinzipiell zwei Strategien zur Verfügung<sup>549</sup>: zum einen kann er **wirtschaftsverwaltend** tätig werden, indem er durch Eingriffe oder die Gewähr von Leistungen auf das Wirtschaftsleben einwirkt. Die insoweit zur Verfügung stehenden Befugnisse waren Gegenstand der bisherigen Erörterungen. Zum anderen kann sich die öffentliche Hand<sup>550</sup> auch **selbst wirtschaftlich betätigen**, d. h. als Anbieter von Waren oder Dienstleistungen am Markt auftreten. 194

Die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand hat Tradition<sup>551</sup> und ist auch in Zeiten zunehmender Organisationsprivatisierung von Bedeutung. So ist der Bund etwa an Verkehrsbetrieben wie der Deutschen Bahn AG und der Lufthansa sowie an verschiedenen Flughafenbetreibergesellschaften beteiligt. Bei der Deutschen Post AG führt er als alleiniger Aktionär die Geschäfte. Die Länder betreiben u. a. Energieversorgungs-, Wohnungsbau- und Versicherungsunternehmen, Spielbanken und Lotterien. Auf kommunaler Ebene kann auf die von der Obrigkeit erbrachten Leistungen der Daseinsvorsorge (Ver- und Entsorgung) verwiesen werden. Daneben unterhalten Bund, Länder und Kommunen jeweils eigene Kreditinstitute. 195

Die genannten Unternehmungen werden allgemein als „öffentliche Unternehmen“ bezeichnet, ohne daß dieser Begriff rechtlich exakt umrissen ist. Zumeist wird zur Begriffsbestimmung auf Art. 2 der aufgrund Art. 86 III EGV (= Art. 90 a. F.) ergangenen sog. Transparenzrichtlinie<sup>552</sup> zurückgegriffen, wonach ein öffentliches Unternehmen sich dadurch auszeichnet, daß die öffentliche Hand „aufgrund Eigentums, finanzieller Beteiligung, Satzung oder sonstigen Bestimmungen, die die Tätigkeit des Unternehmens regeln, unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann“. Es muß sich danach um eine zumindest faktisch selbständig handelnde Organisationseinheit handeln, die schwerpunktmäßig eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt<sup>553</sup>, und an der die öffentliche Hand unmittelbar oder mittelbar mit prägender Bedeutung für die Unternehmenspolitik beteiligt ist<sup>554</sup>. Die Definition des Art. 2 der 196

549 Vgl. Ehlers, JZ 1990, 1089 (1090).

550 Verstanden als Sammelbegriff für alle juristischen Personen des öffentlichen Rechts, vgl. Ronellenfitsch, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HdbStR III, 1988, § 84, Rn. 1 (Fn. 1).

551 Zur historischen Entwicklung der wirtschaftlichen Betätigung des Staates vgl. statt aller Ronellenfitsch, a. a. O., § 84, Rn. 8 ff.

552 Richtlinie 80/723/EWG des Rates über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen vom 25. 6. 1980, ABIEG L 195, S. 35.

553 Soziale und kulturelle Einrichtungen wie Bibliotheken und Schulen sind daher auch dann, wenn sie in selbständiger Form (etwa als Anstalten des öffentlichen Rechts) betrieben werden, keine öffentlichen Unternehmen. Umstritten ist die Behandlung von kommunalen Betrieben im Bereich der Daseinsvorsorge. Nach zutreffender Ansicht handelt es sich insoweit um öffentliche Unternehmen, da etwa die Tätigkeit eines kommunalen Verkehrsbetriebs inhaltlich eindeutig wirtschaftlicher Natur ist. Vgl. zum Ganzen Reiner Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allg. Teil, 1990, S. 503 ff.; Vollmöller, in: Reiner Schmidt, Compendium, § 5, Rn. 3.

554 Siehe etwa Ehlers, JZ 1990, 1089 (1092).

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

Transparenzrichtlinie kann jedoch schon aufgrund ihres bereicherspezifischen Bezugs letztlich nur indizielle Funktion haben. Allgemein ist der Begriff des öffentlichen Unternehmens in einem weiten, funktionalen Sinne zu verstehen, der die von derartigen Unternehmen ausgehenden Gefahren für den freien Wettbewerb im europäischen Binnenmarkt im Auge behält<sup>555</sup>. Maßgebliches Kriterium muß danach das **Vorliegen einer Sonderbeziehung des Unternehmens zur öffentlichen Hand** sein, kraft derer dem Unternehmen die wirtschaftliche Autonomie ermangelt, so daß die öffentliche Hand auf dessen Geschicke maßgeblichen Einfluß nehmen kann<sup>556</sup>.

- 197 Die Bezeichnung eines Unternehmens als „öffentlich“ bedeutet lediglich, daß ein Hoheitsträger am Unternehmen beteiligt ist, und der Zweck des Unternehmens zumindest auch in der Erfüllung von Aufgaben des Gemeinwesens liegt. Daraus folgt jedoch nicht, daß öffentliche Unternehmen nur in öffentlich-rechtlicher Organisationsform (Regiebetrieb, Eigenbetrieb, öffentlich-rechtliche Anstalt) betrieben werden können<sup>557</sup>. De facto sind die meisten Staatsunternehmen privatrechtlich organisiert und auch auf kommunaler Ebene setzen sich aus den oben genannten Gründen<sup>558</sup> zunehmend sog. Eigengesellschaften in Form von Kapitalgesellschaften<sup>559</sup> (z. B. Stadtwerke AG bzw. GmbH) durch. Die Errichtung öffentlicher Unternehmen in der Form des Privatrechts befreit die Verwaltung nach allgemeiner Meinung jedoch nicht von ihrer Bindung an die Grundrechte sowie die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung. Dies ist unstrittig, solange es unmittelbar um die Erfüllung öffentlicher Aufgaben geht. Umstritten ist die Grundrechtsbindung dagegen bei der rein fiskalischen Tätigkeit öffentlicher Unternehmen<sup>560</sup>.
- 198 Sind neben der öffentlichen Hand auch Privatpersonen Anteilseigner eines Unternehmens, so spricht man von **gemischtwirtschaftlichen** Unternehmen. Diese können, weil sich insoweit Private ohne förmliche Beleihung an der Erfüllung hoheitlicher Aufgaben beteiligen, nur in Privatrechtsform betrieben werden. Haben die beteiligten Hoheitsträger intern beherrschenden Einfluß, so gelten dieselben Regeln wie für öffentliche Unternehmen. Modifikationen ergeben sich allerdings bei der Frage der Grundrechtsbindung und der Grundrechtsfähigkeit des Unternehmens<sup>561</sup>.
- 199 Die Grundrechtsbindung öffentlicher Unternehmen wird allgemein bejaht. Hinsichtlich der in Privatrechtsform geführten Unternehmen wird insoweit die Rechtsfigur des sog. Verwaltungsprivatrechts herangezogen. Die an gemischtwirtschaftlichen Unternehmen beteiligten Privatpersonen können indes nicht ohne weiteres an das öffent-

555 Vgl. *Eichenhofer*, NJW 1991, 2857 (2859).

556 Vgl. hierzu auch *EuGH*, verb. Rs. 188-190/80, Slg. 1982, 2545 (2579, Tz. 26) – Transparenzrichtlinie; *Nicolaysen*, Europarecht II, 1996, S. 267 f.; *Pernice*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), Kommentar zur EU, Art. 90, Rn. 19; *Reiner Schmidt*, Die Verwaltung 28 (1995), S. 281 (298 f.).

557 Insoweit gilt dasselbe wie für „öffentliche“ Einrichtungen der Gemeinden nach dem Kommunalrecht.

558 Siehe dazu bereits oben, Abschnitt II.5.a).

559 Grund dafür ist, daß die Gemeindeordnungen regelmäßig eine Haftungsbegrenzung der Gemeinde zur Voraussetzung für die Beteiligung an einem öffentlichen Unternehmen machen, vgl. etwa Art. 91 I Nr. 4 Bay GemO.

560 Vgl. zum Meinungsstand *Vollmöller*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 5, Rn. 47 f.

561 Siehe dazu anschaulich *Gusy*, JA 1995, 166 (171 f.). Ausführlich dazu *Becker*, Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen, 1997.



liche Recht gebunden sein. Hierfür bedarf es spezieller Bindungen durch Gesetz oder die Unternehmenssatzung. Was die Grundrechtsfähigkeit betrifft, so wird sie bei rein öffentlichen Unternehmen einhellig mit der Begründung abgelehnt, daß der Staat bei der Erfüllung öffentlicher Aufgaben Verpflichteter und nicht Berechtigter der Grundrechte ist. Die wohl h.L.<sup>562</sup> sieht dagegen gemischtwirtschaftliche Unternehmen zumindest insoweit als grundrechtsfähig an, als die private Anteilseignerschaft die Bagatellgrenze überschreitet und im konkreten Fall eine grundrechtstypische Gefährdungslage besteht. Faktische Grundrechtseingriffe können sich insbesondere aufgrund der Bindung des Unternehmens an bestimmte öffentliche Zwecke ergeben. Art. 19 III GG steht insoweit einem Schutz der privaten Anteilseigner nicht entgegen; die Bestimmung soll im Gegenteil ihrem Telos nach gerade den Grundrechtsschutz des Individuums verbessern<sup>563</sup>.

## II. Rechtliche Grenzen der Zulässigkeit eigenwirtschaftlicher Betätigung

Die rechtlichen Grenzen einer Wirtschaftsbeteiligung des Staates durch öffentliche Unternehmen ergeben sich im einzelnen aus dem europäischen Gemeinschaftsrecht, dem nationalen Verfassungsrecht, dem Haushaltsrecht von Bund und Ländern, dem Wettbewerbsrecht sowie den Bestimmungen über die wirtschaftliche Betätigung der Kommunen. 200

### 1. Gemeinschaftsrecht

Mit der Tätigkeit öffentlicher Unternehmen im europäischen Binnenmarkt befaßt sich die nicht leicht zu verstehende Vorschrift des Art. 86 EGV (= Art. 90 a. F.). Danach sind öffentliche Unternehmen dem Grundsatz nach erlaubt. Nach Art. 86 I EGV dürfen die Mitgliedstaaten jedoch in bezug auf öffentliche Unternehmen keine den Bestimmungen über die Grundfreiheiten des EG-Vertrags widersprechenden Maßnahmen treffen oder beibehalten, insbesondere öffentlichen Unternehmen keine Wettbewerbsvorteile gegenüber Privatunternehmen verschaffen (Grundsatz der Gleichbehandlung öffentlicher und privater Unternehmen durch die Mitgliedstaaten)<sup>564</sup>. Auch die Gewährung von Beihilfen an öffentliche Unternehmen ist grundsätzlich unzulässig. Ziel des Art. 86 I EGV ist es, die von der naturgemäß engen Verflechtung zwischen Staat und öffentlichen Unternehmen ausgehende Gefahr einer Einräumung ungerechtfertigter Wettbewerbsvorteile auszuschließen<sup>565</sup>. Die durch die Existenz öffentlicher Unternehmen bestehende „offene Flanke“ der marktwirtschaftlichen Ordnung der Gemeinschaft soll mithin durch die strikte Bindung öffentlicher 201

562 Wie hier *Vollmöller*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 5, Rn. 15 ff.; a. A. *BVerfG*, NJW 1990, 1783; kritisch auch *Reidt*, in: *Jarass* (Fn. 11), § 12, Rn. 25.

563 Vgl. *Schmidt-Aßmann*, BB-Beil. 34/1990, S. 10 (12 f.).

564 Vgl. *Badura*, ZGR 1997, 291 (298 f.); *Burgi*, EuR 1997, 261 (271); *Pernice* (Fn. 556), Art. 90, Rn. 3 m. w. N.; *Püttner*, in: *Eichhorn* (Hrsg.), Perspektiven öffentlicher Unternehmen in der Wirtschafts- und Rechtsordnung der Europäischen Union, Band I, 1995, S. 13 (14 ff.).

565 *Pernice* (Fn. 556), Art. 90, Rn. 6 spricht insoweit treffend von einem „Verbot mittelbarer Vertragsverletzung“ durch wettbewerbswidrigen Einfluß der Mitgliedstaaten auf ihre öffentlichen Unternehmen.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

Unternehmen an die wirtschaftlichen Grundfreiheiten des Vertrags geschlossen werden<sup>566</sup>. Die neuere Rechtsprechung des *EuGH* läßt dabei die Tendenz erkennen, die Wettbewerbsvorschriften auch auf die Wahrnehmung klassischer Verwaltungsaufgaben durch öffentliche Unternehmen zu erstrecken, soweit der dahinter stehende Verwaltungsträger durch die angebotenen Leistungen in Konkurrenz zu Privatunternehmen tritt<sup>567</sup>. Der *Gerichtshof* verneint das Vorliegen eines an die Wettbewerbsbestimmungen gebundenen öffentlichen Unternehmens lediglich, wenn es im Einzelfall um die Ausübung „typischerweise hoheitlicher Vorrechte“ und nicht um eine Unternehmenstätigkeit geht<sup>568</sup>.

- 202 Die Wettbewerbsregeln der Art. 81 ff. EGV (= Art. 85 ff. a. F.) gelten nach Art. 86 II 1 EGV jedoch nicht für öffentliche Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, soweit die Unternehmen die ihnen übertragene Aufgabe bei Anwendung der Wettbewerbsbestimmungen nicht ordnungsgemäß erfüllen könnten. Ein Dispens scheidet jedoch trotz Vorliegens dieser Voraussetzung nach Art. 86 II 2 EGV aus, wenn dies zu einer übermäßigen Beeinträchtigung des Handelsverkehrs innerhalb der Gemeinschaft führen würde. Schon bei oberflächlicher Betrachtung erhellt, daß es sich bei Art. 86 II EGV um eine an strenge Voraussetzungen gebundene Ausnahmegesetzgebung handelt, die in der Praxis deshalb weitgehend ohne Bedeutung geblieben ist<sup>569</sup>. Lediglich im durch gemischtwirtschaftliche Unternehmen geprägten Bereich der Energieversorgung hat der *Gerichtshof* Wettbewerbsprivilegierungen durch sog. Ausschließlichkeitsvereinbarungen<sup>570</sup>, die dem Empfänger den Bezug von billigerem Strom aus anderen Mitgliedstaaten untersagen, unter Verweis auf die hohen wirtschaftlichen Risiken der Energieversorger als gerechtfertigt angesehen<sup>571</sup>. Dies vermag den Befund, daß öffentliche Unternehmen im Binnenmarkt zwar grundsätzlich zulässig sind, jedoch vor dem Hintergrund der Wettbewerbsfreiheit a priori einem Rechtfertigungszwang unterliegen, nicht grundlegend zu ändern. Die staatliche Beteiligung am Wirtschaftsgeschehen durch öffentliche Unternehmen muß, um vor dem auf dem Grundsatz des

---

566 *Badura*, ZGR 1997, 291 (293 f.); *Kahl*, NVwZ 1996, 1082 (1083); *Reiner Schmidt*, Die Verwaltung 28 (1995), S. 281 (297).

567 *Herdegen*, Europarecht, 1997, Rn. 346.

568 An diesem Maßstab gemessen wurde etwa die Vermittlung von Arbeitsplätzen durch die Bundesanstalt für Arbeit als unternehmerische Tätigkeit qualifiziert, vgl. *EuGH*, Rs. C-41/90, Slg. 1991, I-1979 (I-2017, Tz. 23) – *Höfner und Elser* (vgl. dazu *Eichenhofer*, NJW 1991, 2857 ff.), ebenso das Anbieten einer auf dem Kapitalisierungsprinzip beruhenden Zusatzrentenversicherung durch einen staatlicher Sozialversicherungsträger, vgl. *EuGH*, Rs. C-244/94, Slg. 1995, I-4013 (I-4030, Tz. 22). Lediglich die Flugüberwachung wurde als Ausübung „typischerweise hoheitlicher Vorrechte“ angesehen und daher von der Beachtung der Wettbewerbsregeln freigestellt, vgl. *EuGH*, Rs. C-364/92, Slg. 1994, I-43 (I-63 f., Tz. 30) – *SAT Fluggesellschaft*.

569 Die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen können daher hier unerörtert bleiben. Vgl. dazu ausführlich *Burgi*, EuR 1997, 261 (274 ff.); *Kahl*, NVwZ 1996, 1081 (1083 f.); *Mestmäcker*, RabelsZ 52 (1988), S. 526 (558 ff.); *Nicolaysen*, Europarecht II, 1996, S. 275 ff.; *Pernice* (Fn. 556), Art. 90, Rn. 51 ff.; *Püttner* (Fn. 564), S. 18 ff.; *von Wilmsowsky*, ZHR 155 (1991), S. 545 ff., jew.m. z. w. N.

570 Näher dazu *Wilms*, Das Europäische Gemeinschaftsrecht und die öffentlichen Unternehmen, 1996, S. 204 ff.

571 *EuGH*, Rs. C-393/92, Slg. 1994, I-1477 (I-1520 ff., Tz. 46 ff.) – *Almelo*; vgl. dazu *Herdegen*, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 364; *Rapp-Jung*, EuZW 1994, 464 ff.

freien und unverfälschten Wettbewerbs basierenden Gemeinschaftsrecht zu bestehen, stets durch ein zwingendes, nicht-wirtschaftliches Allgemeininteresse gerechtfertigt werden<sup>572</sup>.

## 2. Verfassungsrecht

### a) Grundrechte

Dem Grundgesetz läßt sich eine generelle Aussage über die Zulässigkeit erwerbswirtschaftlicher Betätigungen der öffentlichen Hand nicht entnehmen. Da der Verfassung nach überwiegender Auffassung kein allgemeingültiges Subsidiaritätsprinzip, wonach sich der Staat gegenüber Privaten nur subsidiär wirtschaftlich betätigen dürfte, zugrunde liegt<sup>573</sup>, ist eine aktive Marktteilnahme von Hoheitsträgern in Gestalt öffentlicher Unternehmen jedenfalls insoweit nicht ausgeschlossen, als es um Wirtschaftsbetätigungen geht, die der Befriedigung öffentlicher Bedürfnisse dienen<sup>574</sup>. Allerdings wird dadurch eine „Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks“<sup>575</sup> bewirkt, die zumindest dann als Eingriff in den Freiheitsbereich privater Mitbewerber bewertet werden muß, wenn eine private Wirtschaftstätigkeit im betreffenden Marktsegment unmöglich gemacht oder unzumutbar eingeschränkt wird<sup>576</sup>. Dies ist etwa bei der Schaffung einer Monopolstellung zugunsten eines öffentlichen Unternehmens der Fall<sup>577</sup>. Unter diesen Umständen bedarf es für die erwerbswirtschaftliche Betätigung des Staates zwingend einer gesetzlichen Grundlage. Zudem muß sich der Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit an den Grundsätzen des Übermaßverbots messen lassen. Insbesondere die Erforderlichkeit der Einrichtung öffentlicher Unternehmen zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben ist dann nachzuweisen. Da die Schaffung von Staatsmonopolen eine objektive Berufszugangssperre für private Unternehmer im jeweiligen Marktsegment darstellt, ist zur Rechtfertigung in Anwendung der Stufenlehre ein „überragend wichtiges Gemeinschaftsgut“ erforderlich, das ohne Monopolisierung einer nachweisbaren oder höchstwahrscheinlichen schweren Gefahr ausgesetzt wäre<sup>578</sup>. Als derartiges Gemeinschaftsgut kommt regelmäßig die Sicherung der Funktionsfähigkeit staatlicher Einrichtungen zur Daseinsvorsorge<sup>579</sup> in Betracht. Nachge-

203

572 Vgl. *Badura*, ZGR 1997, 291 (300 ff.); a. A. *Hailbronner*, NJW 1991, 593 (599), der aus dem EG-Vertrag eine „Legalitätsvermutung zugunsten der öffentlichen Unternehmen“ ableitet; ähnlich *Burgi*, EuR 1997, 261 (273 f.).

573 BVerwGE 23, 304 (306); 39, 329 (338); *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1096); *Reiner Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allg. Teil, 1990, S. 520. Zum Subsidiaritätsprinzip siehe allgemein *Oppermann*, JuS 1996, 569 ff.; *Stober*, Handbuch, § 15.

574 *Scholz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog/ders.*, GG, Art. 12, Rn. 402 spricht von zulässiger „sozialwirtschaftlicher Staatsbetätigung“ im Gegensatz zur nicht verfassungsrechtlich legitimierten, rein fiskalischen Erwerbstätigkeit.

575 BVerwGE 71, 183 (193); *BVerwG*, BayVBl 1995, 698 (699).

576 Im einzelnen ist hier vieles streitig. Vgl. zum Ganzen *Berg*, GewArch 1990, 225 (228 f.); *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1096); *Gusy*, JA 1995, 166 (170); *Scholz* (Fn. 574), Art. 12, Rn. 401 ff.; *Vollmöller*, in: *Reiner Schmidt*, Compendium, § 5, Rn. 26 ff., jew.m. w. N.

577 Näher dazu *Langer*, Monopole als Handlungsinstrumente der öffentlichen Hand, 1998, S. 65 ff. m. w. N.

578 Siehe auch *Papier*, in: FS *Stern*, 1997, S. 543 (554 ff.); *Scholz* (Fn. 574), Rn. 401 ff.

579 Verstanden im Sinne *Forstoffs* als angemessene Versorgung der Bürger mit den Leistungen, die für eine dem jeweiligen Zivilisationsstand entsprechende Lebensführung erforderlich sind. Hierzu

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

wiesen werden muß insoweit, daß eine staatliche Aufgabenerfüllung zur Abwehr der Gefahr einer unzureichenden Versorgung der Bürger unerlässlich oder zumindest besser geeignet ist als eine Tätigkeit Privater. Dies ist eine Frage des Einzelfalles und läßt sich nicht generell entscheiden.

### b) Rechtsstaatsprinzip

- 204 Zumeist wird sich ein gezielter Grundrechtseingriff durch die Tätigkeit öffentlicher Unternehmen nicht feststellen lassen, da die Grundrechte keinen Schutz vor Konkurrenz gewährleisten. Das Rechtsstaatsprinzip bindet jedoch auch in diesem Fall die öffentliche Hand an das Gemeinwohl, d. h. ihre erwerbswirtschaftliche Betätigung darf nicht ausschließlich auf Gewinnerzielung gerichtet sein, sondern muß der Verwirklichung eines öffentlichen Zwecks dienen<sup>580</sup>. Aufgrund der Vielgestaltigkeit denkbarer Gemeinwohlzwecke vermag dieses Kriterium allerdings kaum als verfassungsrechtliches Korrektiv für eine staatliche Marktteilnahme zu wirken. Da letztlich auch der aus einer erwerbswirtschaftlichen Betätigung erzielte Gewinn die Erfüllung öffentlicher Aufgaben befördern kann, ist die erforderliche rechtsstaatliche Legitimation öffentlicher Unternehmen regelmäßig gegeben.
- 205 Gefahren für die Gemeinwohlbindung der Verwaltung ergeben sich allerdings aus der Beteiligung der öffentlichen Hand an Unternehmen in Privatrechtsform. Das auf individuelle Handlungsfreiheit ausgerichtete Privatrecht folgt nämlich grundsätzlich anderen Ordnungsprinzipien als das gemeinwohlorientierte öffentliche Recht. Im Konflikt zwischen öffentlich-rechtlichen Weisungs- und Aufsichtsbefugnissen und dem vom Bund gesetzten Gesellschaftsrecht geht wegen der Konkurrenzregel des Art. 31 GG letzteres vor. Eine rechtlich verselbständigte Eigengesellschaft legt ihre Organwalter ausschließlich auf das Unternehmensinteresse fest. Zudem wird die staatliche Kontrolle von Eigengesellschaften durch die Nichtöffentlichkeit der Sitzungen der Unternehmensorgane, die Ungebundenheit der Aufsichtsratsmitglieder gegenüber Weisungen der am Unternehmen beteiligten Hoheitsträger sowie die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer beeinträchtigt<sup>581</sup>. Letzterer Gesichtspunkt erscheint zudem aus Sicht des Demokratieprinzips problematisch, üben die Beschäftigten doch Mitentscheidungsbefugnisse innerhalb eines privatrechtlich organisierten Verwaltungsträgers aus, ohne daß ihnen eine demokratische Legitimation zukommt<sup>582</sup>. Es stellt sich daher die noch nicht abschließend diskutierte Frage, ob und wie die nach dem Rechtsstaatsprinzip gebotene Gemeinwohlbindung von Eigengesellschaften gesichert werden kann<sup>583</sup>.

---

gehören vor allem Versorgungs- und Verkehrsleistungen sowie Leistungen der Gesundheitspflege. Zu den Erscheinungsformen der Daseinsvorsorge siehe im einzelnen *Rüfner*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR* III, 1988, § 81, Rn. 6 ff.

580 Eine „Gewerbefreiheit zugunsten der öffentlichen Hand“ kann nicht anerkannt werden. Vgl. hierzu *Badura*, *ZGR* 1997, 291 (292); *Berg*, *ThürVBl* 1994, 145; *Ronellenfisch* (Fn. 550), § 84, Rn. 39; *Scholz* (Fn. 574), Rn. 402.

581 Siehe dazu ausführlich *Reiner Schmidt*, *ZGR* 1996, 345 (350 ff.) m. w. N.

582 Näher zum Problem *Reiner Schmidt*, in: *FS Knöpfle*, 1996, S. 304 ff. m. w. N.

583 Für die Schaffung eines speziellen „Verwaltungsgesellschaftsrechts“ *Kraft*, *Das Verwaltungsgesellschaftsrecht*, 1982; zust. *von Danwitz*, *AöR* 120 (1995), S. 595 ff.; a. A. (für die Ausschöpfung des vorhandenen gesellschaftsrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Einwirkungspotentials plädierend) *Reidt*, in: *Jarass* (Fn. 11), § 18; *Reiner Schmidt*, *ZGR* 1996, 345 (356 ff.); *Vollmöller*, in: *Reiner Schmidt*, *Kompendium*, § 5, Rn. 53.

### c) Bindung an die bundesstaatliche Kompetenzverteilung

Strittig ist überdies die Frage, ob und inwieweit die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand an die grundgesetzliche Kompetenzordnung der Art. 30, 83 ff. GG gebunden ist. Der Bund bliebe danach auf die im Grundgesetz ausdrücklich aufgeführten Unternehmungen (z. B. Bahn, Post) beschränkt und müßte eine aktive Teilnahme am Marktgeschehen im übrigen Ländern und Kommunen überlassen. Dieses an sich stringente Ergebnis wird von der h.M. durch einen Strauß verschiedener, hier im einzelnen nicht darstellbarer Argumente<sup>584</sup> auszuhebeln versucht, weil sonst zahlreiche Bundesunternehmen als verfassungswidrig eingestuft werden müßten. 206

### 3. Haushaltsrechtliche Vorgaben

Eine Subsidiaritätsklausel zu Lasten öffentlicher Unternehmen, die in Privatrechtsform betrieben werden, enthalten § 65 I Nr. 1 BHO sowie die entsprechenden Haushaltsgesetze der Länder: danach sollen Bund und Länder privatrechtliche Unternehmen nur gründen oder sich an solchen beteiligen, wenn hierfür ein wichtiges Interesse besteht und sich der angestrebte Zweck nicht besser und wirtschaftlicher auf andere Weise erreichen läßt. Zudem stellt § 65 I Nr. 2–4 BHO weitere inhaltliche Einschränkungen auf. Freilich vermag eine bloße Sollvorschrift im Haushaltsrecht, die zum Innenrecht der Verwaltung zählt und daher keine Schutzwirkung für private Mitbewerber entfaltet, eine erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in den Formen des Privatrechts nicht auszuschließen. 207

### 4. Wirtschaftliche Betätigung der Kommunen

Die ausführlichste Regelung über die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit von Hoheitsträgern findet sich in den Gemeindeordnungen der Länder. Hierbei ist zwischen kommunalen **Einrichtungen der Daseinsvorsorge**, zu deren Errichtung die Gemeinden gesetzlich verpflichtet sind (Pflichtaufgaben), und **wirtschaftlichen Unternehmen** zu unterscheiden, deren Schaffung und Unterhaltung im Rahmen bestimmter gesetzlicher Vorgaben zu den freiwilligen Aufgaben der Gemeinden zählt. Kommunale Verkehrs- und Versorgungsbetriebe können zwar in Form öffentlicher Unternehmen der Gemeinde geführt werden, fallen jedoch nicht unter den Begriff des wirtschaftlichen Unternehmens und die dafür geltenden Beschränkungen<sup>585</sup>. Gemeinden dürfen wirtschaftliche Unternehmen nach den Kommunalgesetzen nur errichten bzw. wesentlich erweitern, wenn

- ein (dringender) öffentlicher Zweck dies erfordert;
- das Unternehmen nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und zum voraussichtlichen Bedarf steht;
- der mit der Errichtung des Unternehmens verbundene Zweck nicht ebensogut und wirtschaftlich durch eine Privatperson erfüllt werden kann (Subsidiaritätsklausel)<sup>586</sup>.

208

584 Näher dazu *Ronellenfisch* (Fn. 550), § 84, Rn. 4; *Vollmöller*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 5, Rn. 23 ff., jew. m. w. N.

585 Siehe dazu auch *Gusy*, JA 1995, 166 (169 f.); *von Mutius*, Kommunalrecht, 1996, Rn. 513 ff.; *Seewald*, in: *Steiner* (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1999, Abschnitt I, Rn. 264 ff.

586 *Beachte*: Diese ist nicht in allen Gemeindeordnungen enthalten.

## 1 Öffentliches Wirtschaftsrecht

- 209 Noch striktere Beschränkungen gelten zum Teil für kommunalwirtschaftliche Unternehmen, die in privatrechtlicher Form errichtet werden. So muß nach Art. 91 Bay GemO im Gesellschaftsvertrag sichergestellt sein, daß das Unternehmen seinen öffentlichen Zweck erfüllt. Die Gemeinde muß des weiteren angemessenen Einfluß im Aufsichtsrat oder in einem entsprechenden Überwachungsorgan erhalten und ihre Haftung grundsätzlich auf einen bestimmten Betrag begrenzen. Eine Beteiligung an Privatbanken ist, mit Ausnahme des Erwerbs von Geschäftsanteilen an eingetragenen Kreditgenossenschaften mit begrenzter Haftpflicht, ausgeschlossen.
- 210 Umstritten ist, ob private Konkurrenten notfalls gerichtlich die Einhaltung der Beschränkungen für die kommunalwirtschaftliche Tätigkeit durchsetzen können. Eine drittschützende Wirkung der einschlägigen Bestimmungen der Kommunalordnungen wird überwiegend abgelehnt, da die Gemeinden dadurch lediglich vor der Eingehung übermäßiger wirtschaftlicher Risiken bewahrt werden sollen, mithin ausschließlich öffentliche Interessen geschützt werden. Die Gruppe der Mitbewerber wird allenfalls reflexartig geschützt, was zur Begründung einer Klagebefugnis nicht ausreicht<sup>587</sup>.

## 5. Wettbewerbsrechtliche Schranken

- 211 Schließlich stellt das private Wettbewerbsrecht Schranken für die erwerbswirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand auf. Ebenso wie im europäischen Gemeinschaftsrecht findet im nationalen Bereich auf die Erbringung von Leistungen durch öffentliche Unternehmen das allgemeine Wettbewerbsrecht Anwendung (vgl. § 98 I GWB). Dies gilt unstreitig bei öffentlichen Unternehmen, die in Privatrechtsform betrieben werden und daher im Gleichordnungsverhältnis zu den Konkurrenten am Wettbewerb teilnehmen, nach der Rechtsprechung der Zivilgerichte aber auch dann, wenn die Leistung gegenüber dem Empfänger in öffentlich-rechtlicher Form erbracht wird, gegenüber einem privaten Mitbewerber jedoch eine wettbewerbliche „Gleichrangigkeit“ besteht<sup>588</sup>. Nimmt die öffentliche Hand eine erwerbswirtschaftliche Tätigkeit auf, obwohl ihr dies von Gesetzes wegen auch im Interesse privater Mitbewerber verboten ist, so liegt zugleich ein Verstoß gegen die guten wettbewerbsrechtlichen Sitten i. S. d. § 1 UWG vor. Dies ist bereits dann der Fall, wenn ein Kommunalunternehmen sich nicht an die gesetzlichen Voraussetzungen für eine wirtschaftliche Betätigung hält und ungeachtet eines öffentlichen Bedürfnisses tätig wird<sup>589</sup>. Wurden die rechtlichen Grenzen für eine wirtschaftliche Betätigung im Einzelfall beachtet, so kann dennoch etwa durch die mißbräuchliche Ausnutzung einer Monopolstellung oder amtlicher Beziehungen zu Wettbewerbszwecken der Verbotstatbestand des § 1 UWG erfüllt werden<sup>590</sup>. Wie im Gemeinschaftsrecht muß allerdings bei der wettbewerbsrechtlichen

587 Näher *Vollmöller*, in: *Reiner Schmidt*, Kompendium, § 5, Rn. 38 ff. m. w. N.

588 Diese Konstruktion ist nicht unbestritten. Vgl. dazu BGHZ 66, 229 (232 f.); 67, 81 (90); 82, 375 (382 f.); krit. dazu *Brohm*, NJW 1994, 281 (287 ff.).

589 *OLG Hamm*, JZ 1998, 576 (577) m. zust. Anm. *Müller*; siehe auch *Broß*, VerwArch 87 (1996), S. 731 (746 f.); a. A. *Ehlers*, JZ 1990, 1089 (1098).

590 Näher *Gusy*, JA 1995, 253 (254 f.).

Beurteilung auch der Umstand Berücksichtigung finden, daß es sich um Unternehmen handelt, deren Tätigkeit durch einen öffentlichen Zweck verfassungsrechtlich legitimiert wird<sup>591</sup>. Diese Sonderstellung kommt etwa in der Freistellung bestimmter öffentlicher Verkehrs-, Versicherungs- und Kreditunternehmen von den Anforderungen des Wettbewerbsrechts nach Maßgabe der §§ 99 ff. GWB zum Ausdruck.

---

591 Ronellenfisch (Fn. 550), § 84, Rn. 50.