

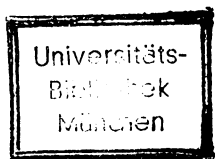
PETER BADURA

# Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung

Ein exemplarischer Leitfaden

(1991)

ATHENAUM VERLAG



© 1971 by Athenäum Verlag GmbH · Frankfurt am Main  
Printed in Germany · Alle Rechte vorbehalten  
Satz: Maschinensetzerei Willibald Schlitt, Wiesbaden  
Gesamtherstellung: Druckhaus Mannheim

## Vorwort

Dieser „exemplarische Leitfaden“ möchte dadurch eine Einführung in das Recht der Wirtschaftsverfassung und der Wirtschaftsverwaltung geben, daß er grundlegende und charakteristische Bereiche dieses Rechtsgebiets behandelt. Die wesentlichen Fragestellungen, rechtlichen Grundsätze und Rechtsinstitute werden nicht so sehr stofflich dargestellt, als vielmehr im Hinblick auf die Problem- und Begründungszusammenhänge. Durch den am Exemplarischen orientierten Blickwinkel kann vielleicht die Komplexität von staatlicher Sozialgestaltung, rechtlicher Ordnung und wirtschaftlichem Prozeß eher sichtbar werden.

Der Leitfaden ist hauptsächlich für den akademischen Unterricht und das Hochschulstudium geschrieben. Die systematischen Darlegungen sind deshalb in erheblichem Umfang durch vereinfachte Auszüge und Zusammenfassungen aus gerichtlichen Entscheidungen ergänzt worden; die Wiedergabe ist fast durchweg dem Interesse besserer Erläuterung angepaßt und kann das Studium der vollständig veröffentlichten Entscheidungen nicht ersetzen. Drei Fälle mit Lösungsskizzen zeigen, wie bei der praktischen Arbeit vorgegangen werden kann.

Die Darstellung beruht in einigen Partien auf dem Abschnitt „Wirtschaftsverwaltungsrecht“ in dem von Ingo von Münch herausgegebenen Lehrbuch „Besonderes Verwaltungsrecht“ (2. Auflage 1970). Der Abfassung ist eine Vorlesung in der Juristischen Fakultät der Universität Göttingen im Sommersemester 1970 vorausgegangen. Herrn Knut Amelung und Herrn Olaf Dielewicz, die mich bei der Vorbereitung der Lösungsskizzen unterstützt haben, bin ich zu herzlichem Dank verbunden.

München, im Oktober 1970

Peter Badura



## Inhaltsverzeichnis

A. Wirtschaftsverfassung . . . . .	17
I. Politische Verfassung und „Wirtschaftsverfassung“ . . . . .	17
1. Die Verfassung . . . . .	17
2. Die Bedeutung von „Wirtschaftsverfassung“ . . . . .	18
3. „Wirtschaftsverfassung“ des Grundgesetzes? . . . . .	18
II. Die Weimarer Reichsverfassung . . . . .	21
1. Verbindung liberaler, sozialreformerischer und sozialistischer Programmatik . . . . .	21
2. Verfassungsrechtliche Verwirklichung der verschiedenen Programme . . . . .	21
3. Die Sozialisierung . . . . .	22
4. „Wirtschaftsdemokratie“, Rätssystem . . . . .	23
III. Die Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 8. April 1968 . . . . .	24
1. Die Leitgedanken . . . . .	24
2. Die Eigentumsverfassung . . . . .	25
3. Die Wirtschaftsplanung . . . . .	28
4. Selbstverwaltung . . . . .	30
B. Wohlfahrtsstaat . . . . .	31
I. Grundgedanke und rechtliche Ausgestaltung . . . . .	31
1. Der soziale Rechtsstaat . . . . .	31
2. Wohlfahrtsstaat und Sozialstaat . . . . .	32
3. Die soziale Gerechtigkeit . . . . .	33
4. Sozialgestaltung durch Recht; das „Maßnahme-Gesetz“ . . . . .	35
II. BVerfG Urteil vom 7. Mai 1969 BVerfGE 25, 371 . . . . .	36
1. Hintergrund: Die Mitbestimmung . . . . .	36
2. Sachverhalt: Die lex Rhestahl . . . . .	40
3. Aus den Entscheidungsgründen . . . . .	41
C. Konjunktur- und Wachstumspolitik . . . . .	45
I. Die Konjunktur- und Wachstumspolitik im Zusammenhang der Wirtschaftspolitik und der Finanzwirtschaft . . . . .	45

1. Wohlfahrtsstaatliche Wirtschaftspolitik . . . . .	45
2. Konjunktur-, Wachstums- und Strukturpolitik . . . . .	45
3. Währungs-, Kredit- und Finanzpolitik . . . . .	47
4. Haushaltsplan und Haushaltsgesetz . . . . .	50
II. Die rechtliche Ausgestaltung der Konjunktur- und Wachstumspolitik . . . . .	55
1. Die Reform der rechtlichen Ordnung des Finanzwesens . . . . .	55
2. Die Neufassung des Art. 109 GG . . . . .	57
3. Die Institutionalisierung der Konjunktur- und Wachstumspolitik im Stabilitätsgesetz . . . . .	57
4. Konjunkturpolitisches Instrumentarium des Stabilitätsgesetzes . . . . .	59
III. Die Konjunktur- und Wachstumspolitik im parlamentarischen System . . . . .	60
1. Die Prerogative des Parlaments . . . . .	60
2. Budgetrecht und Finanzplanung . . . . .	62
3. Die Neuformulierung des parlamentarischen Regierungssystems . . . . .	63
4. Die „konzertierte Aktion“ . . . . .	64
D. Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt . . . . .	67
I. Wettbewerb, Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht . . . . .	67
1. Ziele der Wettbewerbspolitik . . . . .	67
2. Wettbewerbsrecht . . . . .	68
II. Wirtschaftsrecht der Europäischen Gemeinschaften . . . . .	71
1. Die Europäischen Gemeinschaften und das Europarecht . . . . .	72
a. Rechtliche Grundlage . . . . .	72
b. Ziel und Gegenstand der Verträge . . . . .	73
c. Das rechtliche Instrumentarium . . . . .	75
d. Die europäische öffentliche Gewalt . . . . .	76
e. Die Europäischen Gemeinschaften und die Nationalstaaten . . . . .	78
2. Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften . . . . .	81
III. EuGH Urteil vom 9. Juli 1969 EuGHE XV, 309 . . . . .	82
1. Sachverhalt . . . . .	82
2. Vorgeschichte: Der Bosch-Fall . . . . .	83
3. Die Zuständigkeit des EuGH, insbes. das Verfahren der Vorabentscheidung . . . . .	84
4. Die Sachentscheidung . . . . .	87

E. Berufsfreiheit . . . . .	89
I. Die grundrechtliche Garantie . . . . .	89
1. „Beruf“ . . . . .	89
2. Gesetzliche Regelung von Berufswahl und Berufsausübung . . . . .	90
II. Aus der neueren Praxis des Bundesverfassungsgerichts . . . . .	91
1. Beschluß vom 25. Februar 1969 BVerfGE 25, 236 . . . . .	91
Exkurs: Gesetzliche Regelung des Berufszugangs, „Berufsbild“ . . . . .	93
Exkurs: Verfassungsbeschwerde gegen ein Unterlassen des Gesetzgebers . . . . .	95
2. Beschluß vom 18. Dezember 1968 BVerfGE 25, 1 . . . . .	99
3. Beschluß vom 23. Januar 1968 BVerfGE 23, 50 . . . . .	101
F. Eigentumsgarantie . . . . .	102
I. Funktion des Eigentums . . . . .	102
II. Rechtlicher Inhalt der Eigentumsgarantie . . . . .	106
1. Normative Kraft der Gewährleistung . . . . .	106
2. Institutsgarantie und subjektives Recht . . . . .	106
3. Das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, „Plangewährleistung“ . . . . .	107
4. Verhältnismäßigkeit und Zumutbarkeit des Eingriffs . . . . .	111
III. BVerfG Urteil vom 18. Dezember 1968 BVerfGE 24, 367 . . . . .	113
G. Gewerbepolizei und Wirtschaftslenkung . . . . .	116
I. Wirtschaftslenkendes Verwaltungshandeln . . . . .	117
1. Wirtschaftslenkung, Wirtschaftsplanung . . . . .	117
2. Genehmigungspflichten . . . . .	118
3. Verwaltungsakte mit Drittwirkung . . . . .	120
II. Die personenbeförderungsrechtliche Linienverkehrsgenehmigung . . . . .	124
1. Die Erlaubnispflicht des PersBefG . . . . .	124
2. Die materiellen Maßstäbe des PersBefG . . . . .	125
3. Die Linienverkehrsgenehmigung . . . . .	128
4. Drittwirkung der Genehmigung . . . . .	129
5. Fall: Zwischenbedienungsverbot als Auflage der Linienverkehrsgenehmigung . . . . .	130
III. Staatliche Wirtschaftsförderung durch Subventionen . . . . .	133
1. Subventionen als Instrument der Wirtschaftslenkung . . . . .	134
2. Rechtsform der Subventionierung . . . . .	135
3. Strukturpolitische Wirtschaftsverwaltung durch Vergabe von Subventionen . . . . .	136
4. Drittwirkung von Subventionsgewährungen . . . . .	136

5. Erstattung von Subventionsleistungen . . . . .	138
6. „Verdeckte“ Subventionen, „Verschonungssubventionen“ . . . . .	140
7. Fall: Rückforderung einer Verschonungssubvention wegen zweckwidriger Verwendung . . . . .	140
H. Genehmigungspflicht, Gewerbeuntersagung und Rechtsschutz . . . . .	146
I. Ermächtigung zur Untersagung der Gewerbeausübung . . . . .	146
1. Die Genehmigungspflicht . . . . .	146
2. Die Gewerbeuntersagung . . . . .	147
3. Der Untersagungsvorbehalt des § 35 GewO . . . . .	148
II. Der materielle Maßstab der Zuverlässigkeit . . . . .	149
III. Die maßgebliche Sach- und Rechtslage im Verwaltungsprozeß . . . . .	151
1. Verwaltungsklage bei der Versagung einer Genehmigung . . . . .	151
2. Verwaltungsklage beim Entzug einer Genehmigung . . . . .	154
3. Verwaltungsklage bei der Untersagung der Gewerbeausübung . . . . .	155
I. Marktordnung . . . . .	163
I. „Ordnung“ des Marktes durch Wettbewerb und durch wirtschaftslenkende Maßnahmen . . . . .	163
1. Markt . . . . .	163
2. Privatautonomie und Marktordnung . . . . .	164
a. Vertragsfreiheit . . . . .	164
b. Öffentlich-rechtliche Ordnung des Marktverkehrs . . . . .	164
c. Marktordnung als Instrument der Wirtschaftslenkung . . . . .	165
d. Die Europäischen Marktordnungen . . . . .	166
II. Die Milchmarktordnung . . . . .	167
1. Molkerei-Einzugs- und Absatzgebiete . . . . .	167
2. Korrektur von Wettbewerbsverzerrungen der Marktordnung . . . . .	170
a. Der Ertragsausgleich, insbes. die Ausgleichsabgabe . . . . .	171
b. Die Umweisung von Marktordnungsbeteiligten . . . . .	172
K. Wirtschaftliche Selbstverwaltung . . . . .	175
I. Staatliche Wirtschaftsverwaltung und Selbstverwaltung der Wirtschaft . . . . .	175
1. Die politische Idee der „Selbstverwaltung der Wirtschaft“ . . . . .	176
2. Wirtschaftliche Selbstverwaltung im Recht der Verwaltungsorganisation . . . . .	177
a. Körperschaftliche Selbstverwaltung . . . . .	178
b. Die Industrie- und Handelskammern . . . . .	178
c. Die Organisation des Handwerks . . . . .	179
II. Fall: Mitgliedschaft eines handwerksähnlichen Betriebs bei der Handwerkskammer . . . . .	179



## Abkürzungsverzeichnis

AktG	Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
Arch. f. Kommunalwiss.	Archiv für Kommunalwissenschaften
BAG	Bundesarbeitsgericht
BayBS	Bereinigte Sammlung des bayerischen Landesrechts
BayVerf	Verfassung des Freistaates Bayern vom 2. Dezember 1946 (BayBS I S. 3)
BayVerfGH	Verfassungsgerichtshof für den Freistaat Bayern
BayVerwBl.	Bayerische Verwaltungsblätter. Zeitschrift für öffentliches Recht und öffentliche Verwaltung
BayVGH	Bayerischer Verwaltungsgerichtshof
BayVGHE NF	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienststrafhofs und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte. Neue Folge
BAZG	Gesetz über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien vom 29. Juni 1936 (RGL. I S. 521)
BB	Der Betriebs-Berater
BBankG	Gesetz über die Deutsche Bundesbank vom 26. Juli 1957 (BGBl. I S. 745)
BBauG	Bundesbaugesetz vom 23. Juni 1960 (BGBl. I S. 341)
BetrVerfG	Betriebsverfassungsgesetz vom 11. Oktober 1952 (BGBl. I S. 681)
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch vom 18. August 1896 (RGL. S. 195)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BHO	Bundshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284)
BinnenschifffahrtsG	Gesetz über den gewerblichen Binnenschiffsverkehr in der Fassung vom 8. Januar 1969 (BGBl. I S. 65)
BremVerf	Landesverfassung der Freien Hansestadt Bremen vom 21. Oktober 1947 (GBl. S. 251)
BSG	Bundessozialgericht

Bulletin	Bulletin des Presse- und Informationsamtes der Bundesregierung
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951 (BGBl. I S. 243)
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die öffentliche Verwaltung. Zeitschrift für Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
DOG	Gesetz zur Ordnung deichrechtlicher Verhältnisse der Freien und Hansestadt Hamburg v. 29. April 1964 (GVBl. I S. 79)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
DVO	Durchführungsverordnung
EAGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft (EURATOM) vom 25. März 1957 (BGBl. II S. 1014)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche vom 18. August 1896 (RGBl. S. 604)
EGKSV	Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951 (BGBl. II S. 447)
EinzelhandelsG	Gesetz über die Berufsausübung im Einzelhandel vom 5. August 1957 (BGBl. I S. 1121)
ErdölVO	Preußische Erdölverordnung vom 13. Dezember 1934 (GS S. 463)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGHE	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften. Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes
EuR	Europarecht
EVSt-G	Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 25. März 1957 (BGBl. II S. 766)
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade = Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen vom 30. Oktober 1947 (Bundesgesetz vom 10. August 1951 (BGBl. II S. 1737) in Verbindung mit Anlagenband I zum BGBl. II 1951)
GBL.	Gesetzblatt
GetreideG	Gesetz über den Verkehr mit Getreide und Futtermitteln (Getreidegesetz) in der Fassung vom 24. November 1951 (BGBl. I S. 901)
GewArch.	Gewerbearchiv. Zeitschrift für Verwaltungs-, Gewerbe- und Handwerksrecht
GewO	Gewerbeordnung für das Deutsche Reich in der Fassung vom 26. Juli 1900 (RGBl. S. 871)
GewStG	Gewerbesteuergesetze in der Fassung vom 25. Mai 1965 (BGBl. I S. 459)

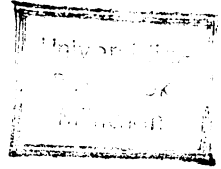
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGBl. S. 1)
Die Grundrechte	Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, hrsg. von Franz Neumann, Hans C. Nipperdey, Ulrich Scheuner, Karl A. Bettermann, Berlin 1954 ff.
GrundstücksverkehrsG	Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und zur Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstücksverkehrsgesetz) vom 28. Juli 1961 (BGBl. I S. 1091)
GS	Preußische Gesetzsammlung
GüKG	Güterkraftverkehrsgesetz in der Fassung vom 22. Dezember 1969 (BGBl. 1970 I S. 2)
GVBl.	Gesetz- und Ordnungsblatt
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz) in der Fassung vom 3. Januar 1966 (BGBl. I S. 37)
HandwO	Gesetz zur Ordnung des Handwerks (Handwerksordnung) in der Fassung vom 28. Dezember 1965 (BGBl. 1966 I S. 1)
HdbFinWiss.	Handbuch der Finanzwissenschaft, 2. Aufl., hrsg. von Wilhelm Gerloff und Fritz Neumark, 4 Bde., Tübingen 1952 ff.
HDSrR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts, hrsg. von Gerhard Anschütz und Richard Thoma, 2 Bde., Tübingen 1930/32
HeilpraktikerG	Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz) vom 17. Februar 1939 (RGBl. I S. 251)
HessVGH	Verwaltungsgerichtshof für das Land Hessen
HGrG	Gesetz über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsätze-gesetz) vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1273)
HWaG	Hamburgisches Wassergesetz vom 20. Juni 1960 (GVBl. I S. 335)
HWSW	Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, hrsg. von Erwin von Beckerath u. a., 12 Bde., Stuttgart 1956 ff.
IHKG	Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern vom 18. Dezember 1956 (BGBl. I S. 920)
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart (Neue Folge)
JuS	Juristische Schulung. Zeitschrift für Studium und Ausbildung
JZ	Juristenzeitung
KartellVO	Verordnung Nr. 17 des Rats der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft — Erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 EWGV — vom 6. Februar 1962 (BGBl. II S. 93)
KStG	Körperschaftsteuergesetz in der Fassung vom 24. Mai 1965 (BGBl. I S. 450)

MFG	Gesetz über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fetten (Milch- und Fettgesetz) in der Fassung vom 10. Dezember 1952 (BGBl. I S. 807)
MitbestÄndG	Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 27. April 1967 (BGBl. I S. 505)
MitbestErgG	Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer etc. vom 7. August 1956 (BGBl. I S. 707)
MitbestG	Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer etc. vom 21. März 1951 (BGBl. I S. 347)
MühlenG	Gesetz über die Errichtung, Inbetriebnahme, Verlegung, Erweiterung und Finanzierung der Stilllegung von Mühlen (Mühlengesetz), jetzt in der Fassung vom 1. September 1965 (BGBl. I S. 1057)
NdsDeichG	Niedersächsisches Deichgesetz vom 1. März 1963 (GVBl. S. 81)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Ordo	Ordo. Jahrbücher für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
PersbefG	Personenbeförderungsgesetz vom 21. März 1961 (BGBl. I S. 241)
PreußPVG	(Preußisches) Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931 (GS S. 77)
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, begr. v. Ernst Rabel
RdA	Recht der Arbeit
RevPreußVerf 1850	Verfassungs-Urkunde für den preußischen Staat vom 31. Januar 1850 (GS S. 17)
RFH	Reichsfinanzhof
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RNr.	Randnummer
RS	Rechtssache
RVerf 1849	Verfassung des Deutschen Reiches vom 28. März 1849
RVO	Reichsversicherungsordnung in der Fassung vom 15. Dezember 1924 (RGBL. I S. 779)
SchrVfS	Schriften des Vereins für Sozialpolitik (Neue Folge)
Staat	Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte
StabG	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967 (BGBl. I S. 582)
StÄndG 1961	Gesetz zur Änderung des Einkommensteuergesetzes, des Körperschaftsteuergesetzes . . . und anderer Gesetze (Steueränderungsgesetz 1961) vom 13. Juli 1961 (BGBl. I S. 981)
Sten. Ber.	Stenographische Berichte

SteuerberaterG	Gesetz über die Rechtsverhältnisse der Steuerberater und Steuerbevollmächtigten (Steuerberatungsgesetz) vom 16. August 1961 (BGBl. I S. 1301)
StGH	Staatsgerichtshof
TZ	Textziffer
UStG	Umsatzsteuergesetz (Mehrwertsteuer) vom 29. Mai 1967 (BGBl. I S. 545)
VerfRhPfalz	Verfassung für Rheinland-Pfalz vom 18. Mai 1947 (GVBl. S. 209)
VerwArch.	Verwaltungsarchiv. Zeitschrift für Verwaltungslehre, Verwaltungsrecht und Verwaltungspolitik
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland. Sammlung oberstrichterlicher Entscheidungen aus dem Verfassungs- und Verwaltungsrecht
VO	Verordnung
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. Januar 1960 (BGBl. I S. 17)
WeimRVerf	Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung) vom 11. August 1919 (RGBl. S. 1383)
WeinwirtschaftsG	Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiete der Weinwirtschaft (Weinwirtschaftsgesetz) vom 29. August 1961 (BGBl. I S. 1622)
WP	Wahlperiode
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZaöRVR	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZHG	Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde vom 31. März 1952 (BGBl. I S. 221)
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß



## A. Wirtschaftsverfassung



### I. Politische Verfassung und „Wirtschaftsverfassung“

1. „Verfassung“ im juristischen Sprachgebrauch ist gleichbedeutend mit: Verfassungsgesetz, Verfassungsurkunde, Verfassung im formellen Sinne.

Die Verfassung ist das Staatsgrundgesetz, das sich durch bestimmte formelle und inhaltliche Kriterien vom sonstigen Bestand der Rechtsordnung unterscheidet: „Verfassungsrecht“.

#### Formelle Kriterien:

- (1) Die Verfassung wird durch ein außerordentliches Verfahren der Rechtsetzung außerhalb des gegebenen Legalitätszusammenhanges geschaffen und durch die „verfassunggebende Gewalt“ legitimiert.
- (2) Das Verfassungsrecht besitzt den Vorrang vor allen sonstigen Rechtsätzen der Rechtsordnung und bindet Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung; ein die Verfassung verletzender Rechtssatz ist nichtig.
- (3) Die Verfassung kann nicht im normalen Verfahren der Gesetzgebung geändert werden, sondern nur in dem besonderem Verfahren der „Verfassungsänderung“.

#### Inhaltliche Kriterien:

Die Verfassung will die Grundlagen des Gemeinwesens, der politischen Ordnung und des politischen Prozesses, durch Recht (also nicht durch moralische Grundsätze oder durch politische Richtlinien) regeln. Ihr Gegenstand sind daher die Grundlagen der Staatsgewalt (Staatsform, Staatsaufgaben), die Grundzüge der Staatsorganisation (Bundesstaat oder Einheitsstaat, Verfassungsorgane), die Funktionen der Staatsgewalt (Gesetzgebung, vollziehende Gewalt, Finanzwesen, Auswärtige Gewalt, Rechtsprechung, Verfassungsgerichtsbarkeit) und die Freiheit der Bürger (Grundrechte).

Zu den Grundfragen des Gemeinwesens gehören auch die Wirtschaftsordnung und die Wirtschaftspolitik. Ausdrücklich oder implizit (d. h. durch Auslegung) sind der Verfassung daher die Grundprinzipien der Wirtschaftsordnung und der Wirtschaftspolitik sowie der Zuständigkeiten und Verfahren der Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsverwaltung zu entnehmen.

RAISER, Wirtschaftsverfassung als Rechtsproblem, in: Festschrift für Julius von Gierke, 1950, S. 181; C. SCHMITT, Nehmen/Teilen/Weiden, 1953, in: Verfassungs-

rechtliche Aufsätze, 1958, S. 489; PARTSCH, Die verfassungsmäßige Sicherung von Wirtschaftsprinzipien, Ordo VI, 1954, S. 19; FORSTHOFF, Von der sozialen zur technischen Realisation, Staat 9, 1970, S. 145; H. HUBER/E. TUCHTFELDT, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung? 1970.

Die liberaldemokratischen Verfassungen sagen meistens über die Wirtschaftspolitik nur wenig und nur Allgemeines, stecken aber durch die Grundrechte der wirtschaftlichen Freiheit die Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung ausführlich ab. Im Gegensatz dazu enthalten die sozialistischen Verfassungen aller Spielarten, den Maximen der sozialistischen politischen Ökonomie entsprechend, eingehende Bestimmungen über die Wirtschaftsordnung und den wirtschaftlichen Prozeß.

BERNDT/GOTTSCHLING, Die erste Sowjetverfassung als das Leninsche Grundmodell sozialistischer Verfassung, Staat und Recht 19, 1970, S. 54.

2. In der auf das Grundgesetz bezogenen verfassungsrechtlichen Diskussion wurden und werden unter dem Stichwort der „Wirtschaftsverfassung“ die grundlegenden Rechtsfragen der gegebenen Wirtschaftsordnung und der erlaubten oder geforderten Wirtschaftspolitik behandelt.

ZACHER, Aufgaben einer Theorie der Wirtschaftsverfassung, in: Festschrift für Franz Böhm, 1965, S. 63.

Von „Wirtschaftsverfassung“ wird in zwei verschiedenen Bedeutungen gesprochen:

- (1) *Im engeren Sinne*: Die verfassungsrechtlichen Bestimmungen des GG über die Ordnung des Wirtschaftslebens; z. B. Sozialstaatsatz, Marktwirtschaft und Wirtschaftslenkung im Hinblick auf die wirtschaftlichen Grundrechte.
- (2) *Im weiteren Sinne*: Das Insgesamt der Rechtssätze, die Organisation und Ablauf des wirtschaftlichen Prozesses grundlegend und dauernd bestimmen, ohne Rücksicht auf ihren Rang als Verfassungs- oder Gesetzesrecht; z. B. Stabilitätsgesetz, Aktiengesetz, GWB, Art. 14 GG.

Dieser nicht an einem rechtlichen Gesichtspunkt, sondern an der Eigenart der Wirtschaft als einem sozialen Phänomen und einem politischen Problem orientierte Begriff der Wirtschaftsverfassung hat keine selbständige juristische Bedeutung.

3. Eine nur scheinbar akademische Streitfrage ist, ob es eine besondere „Wirtschaftsverfassung des Grundgesetzes“ gibt, zu der sich die verschiedenartigen einschlägigen Bestimmungen des GG zusammenfügen lassen. In diesem spezifischen Sinne von „der Wirtschaftsverfassung des GG“ zu sprechen, setzte voraus, daß das GG eine bestimmte prinzipielle Entscheidung über die



verfassungsrechtlich gebotene Wirtschaftsordnung getroffen hätte, mit der Folge, daß die Wirtschaftspolitik auf diesen prinzipiellen Rahmen festgelegt wäre.

Die Alternative ist, daß die verschiedenen Direktiven und Schranken, die das GG für die Wirtschaftspolitik aufgestellt hat, die wirtschaftspolitische Gesetzgebung nur *in bestimmten einzelnen Hinsichten* binden, aber nicht prinzipiell festlegen. Die zweite Auffassung gibt, vom praktischen Ergebnis aus gesehen, der *gesetzgeberischen Gestaltungsfreiheit* einen größeren Spielraum und findet ihre allgemeine Rechtfertigung in dem von der Verfassung vorausgesetzten Grundgedanken, daß die Gesetzgebung der parlamentarischen Demokratie das wesentliche Verfahren der Gestaltung und Veränderung der Sozialordnung ist.

a. Paradebeispiel für die Lehre von „der Wirtschaftsverfassung des GG“ ist die These NIPPERDEYS, daß das GG die „soziale Marktwirtschaft“ verfassungsrechtlich institutionalisiert habe (Soziale Marktwirtschaft und Grundgesetz, 3. Aufl., 1965). Argument: Die Freiheitsrechte der Art. 2 Abs. 2 und 12 Abs. 1 GG seien auch institutionell zu verstehen; sie gewährleisteten die Institutionen des Wettbewerbs, der Unternehmensfreiheit und der Gewerbefreiheit.

In polarem Gegensatz dazu steht die Auffassung ABENDROTHS (Das Grundgesetz, 1966), daß das GG sowohl eine liberale als auch eine sozialistische Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsordnung zulasse. In der Grundfigur der Argumentation kommt diese Ansicht der Lehre von „der Wirtschaftsverfassung des GG“ insofern nahe, als auch sie von kohärenten Prinzipien der Wirtschaftspolitik ausgeht, die das GG — als Alternativen — rezipiert habe. Das GG hätte bei dieser Annahme einen grundsätzlichen Widerspruch in sich aufgenommen und damit praktisch nichts über Direktiven und Schranken der Wirtschaftspolitik gesagt.

b. Das *Grundgesetz* zeigt eine deutliche Zurückhaltung in Fragen der Wirtschaftsordnung und -gestaltung. Das erklärt sich daraus, daß es als Verfassung einer Gesellschaft mit überwiegend privatwirtschaftlichen Produktionsverhältnissen geschaffen worden ist (weswegen auch die Sozialisierungsermächtigung des Art. 15 mit den Grundrechten der wirtschaftlichen Freiheit, besonders mit Art. 12 Abs. 1, in keinen folgerichtigen Zusammenhang gebracht ist), aber auch aus den besonderen historischen Umständen der Verfassungsgebung.

Zwar geht das GG von bestimmten *allgemeinen Direktiven und Grundgedanken* aus — Sozialer Rechtsstaat, Entfaltungsfreiheit, Berufsfreiheit, sozial korrigiertes Eigentum —, doch hat es sich nicht für ein bestimmtes System der politischen Ordnung und Gestaltung der privaten Wirtschaft entschieden. Es bindet daher den Gesetzgeber nicht an bestimmte wirtschaftspolitische

Auffassungen, die als „Wirtschaftsverfassung“ von der politischen Verfassung isoliert werden könnten. Der Auslegungsgedanke der verfassungsrechtlichen „Entscheidung für eine Wirtschaftsverfassung“ ist besonders eindrucksvoll von EHMKE (*Wirtschaft und Verfassung*, 1961) kritisiert worden; dazu die Antikritik von MESTMÄCKER (DÖV 64, 606).

Die *Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers* ist nicht durch eine bestimmte „Wirtschaftsverfassung des GG“ festgelegt. Das GG garantiert nicht die nur mit „marktkonformen“ Mitteln zu steuernde „soziale Marktwirtschaft“ oder die Beibehaltung einer bestimmten Wirtschaftspolitik oder der gegebenen Wirtschaftsordnung. Ebensovienig postuliert es eine bestimmte Wirtschaftsordnung oder Wirtschaftspolitik. Das GG ist in dem Sinne *neutral*, daß der Gesetzgeber jede ihm sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen darf, sofern er dabei die bundesstaatliche Kompetenzverteilung, den sozialstaatlichen Auftrag, die rechtsstaatlichen Verfassungsgrundsätze und die grundrechtlichen Gewährleistungen beachtet.

Diese in der *Praxis des BVerfG* hervortretende Richtlinie der „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des GG

— zuerst BVerfGE 4, 7/17 f., Investitionshilfegesetz; BADURA, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den verfassungsrechtlichen Grenzen wirtschaftspolitischer Gesetzgebung im sozialen Rechtsstaat, AöR 92, 1967, S. 382 —

bezieht sich nur auf die *Mittel* der Wirtschaftspolitik, nicht auf *Ziel und Richtung* der Wirtschaftspolitik. Denn diese sind durch das sozialstaatliche Verfassungsprogramm auf die umfassende Verantwortung des Staates für die Herstellung und Wahrung der sozialen Gerechtigkeit in Gesellschaft und Wirtschaft und auf die fortdauernde Verwirklichung dieses Staatszieles und seiner Verheißungen verfassungsrechtlich fixiert. Die normative Kraft dieser verhältnismäßig unbestimmten Verfassungsdirektive darf allerdings nicht überschätzt werden.

Abweichend die These ERNST RUDOLF HUBERS (*Der Streit um das Wirtschaftsverfassungsrecht*, Aufsatzreihe in DÖV 1956) von der „gemischten Wirtschaftsverfassung“ des GG. Danach garantiert das GG ein spannungsvolles Gleichgewicht und einen durchdachten Ausgleich von grundrechtlichen Wirtschaftsfreiheiten und unterschiedlichen Sozialbindungen, die der Gesetzgeber unter Ausnutzung der Gesetzesvorbehalte durch seine gesamtwirtschaftliche Gestaltungskraft verwirklichen dürfe. Diese Auffassung sieht es als die Sache des Gesetzgebers an, die verfassungsrechtlich angelegte Dialektik von Freiheit und Bindung in der konkreten Sachentscheidung aufzuheben, hält aber dadurch, daß sie die marktwirtschaftliche Unternehmensfreiheit als den „wirtschaftsverfassungsrechtlichen Normaltatbestand“ voraussetzt, an der liberalen Subsidiarität der wirtschaftspolitischen Intervention des Staates als Grundsatz fest.

E. R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1932, 2. Aufl. 1953/54; ders., *Marktinformationsverfahren und Grundgesetz*, in: HEFERMEHL/HUBER/SEIDENFUS, *Kooperative Marktinformation*, 1967, S. 39; ders., *Grundgesetz und vertikale Preisbindung*, 1968.

Auch wenn man bei der Zusammenschau der Staatszielbestimmung des Sozialstaatsatzes und der wirtschaftlichen Grundrechte den direktiven Charakter des Sozialstaatsatzes stärker betont und somit die wirtschaftlichen Freiheiten sozialstaatlich relativiert, steht das GG dem Übergang zu einer *sozialistischen* Wirtschaftsordnung derart, daß der Wirtschaftsprozeß in vollem Umfang der staatlichen Direktion unterworfen wird, entgegen.

## II. Die Weimarer Reichsverfassung

*Präambel*: „Das Deutsche Volk . . . von dem Willen beseelt, . . . den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern . . .“; im Zweiten Hauptteil (Grundrechte und Grundpflichten der Deutschen) der Fünfte Abschnitt: „*Das Wirtschaftsleben*“.

1. Die WeimRVerf versuchte die überkommenen *Institutionen und Freiheiten des liberalen Wirtschaftsrechts* mit verschiedenartigen *sozialistischen und sozialreformerischen Grundsätzen und Einrichtungen* zu verbinden. Sie blieb allerdings in diesem Punkte deutlich hinter dem Aufruf des Rats der Volksbeauftragten an das deutsche Volk vom 12. November 1918 zurück, der als ersten Satz aussprach: „Die aus der Revolution hervorgegangene Regierung, deren politische Leitung rein sozialistisch ist, setzt sich die Aufgabe, das sozialistische Programm zu verwirklichen.“

ANSCHÜTZ, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14. Aufl., 1933, S. 697 f.:

„Kein Teil der Verfassung zeigt so ausgeprägt sozialistische Züge wie dieser . . . Vieles von dem, was in dem fünften Abschnitt steht, ist entschieden sozialistisch gedacht . . . Immerhin bedeuten diese Bestimmungen nur einen gewissen Einfluß der sozialistischen Lehren, keineswegs deren volle Verwirklichung . . . Sie (die WeimRVerf) gebietet weder, noch läßt sie es auch nur zu, das Verhältnis des Staates zur Wirtschaft rein sozialistisch zu gestalten . . .“

APELT, *Geschichte der Weimarer Verfassung*, 1946; ROSENBERG, *Geschichte der Weimarer Republik*, 1961; TORMIN, *Zwischen Rätediktatur und sozialer Demokratie*, 1954.

### 2. Grundsatz in Art. 151 Abs. 1:

„Die Ordnung des Wirtschaftslebens muß den Grundsätzen der Gerechtigkeit mit dem Ziele der Gewährleistung eines menschenwürdigen Daseins für alle entsprechen. In diesen Grenzen ist die wirtschaftliche Freiheit des einzelnen zu sichern.“

Hierin kommt eine Bevorzugung des *sozialen Prinzips* vor den *individuellen Wirtschaftsfreiheiten* zum Ausdruck, auf der anderen Seite aber auch die Fortsetzung der überkommenen Denkfigur von der Freiheit und ihren „Grenzen“, die den Staat als Korrektor, nicht als Gestalter des Wirtschaftslebens versteht.

Die Vorschrift wurde als *Programmsatz* für die Gesetzgebung und als Auslegungsregel aufgefaßt, nicht als Maßstab für das richterliche Prüfungsrecht.

StGH Lammers/Simons IV, 190/199:

„Die Vorschrift des Art. 151 Abs. 1 Satz 1 kann selbstverständlich nicht den Sinn haben, daß die Gültigkeit jeder Gesetzesvorschrift deshalb beanstandet werden könnte, weil sie den Anforderungen der Gerechtigkeit nach objektivem Maßstab nicht entspräche.“

Die folgenden Bestimmungen sind eine bunte und vielfach kompromißhafte Gemengelage liberaler Wirtschaftsfreiheiten, sozialreformerischer Grundsätze und sozialistischer Grundsätze und Einrichtungen:

(1) Handels- und Gewerbefreiheit, Art. 151 Abs. 3; Vertragsfreiheit, Art. 152; Eigentumsgarantie, Art. 153 — Entschädigung kann durch Reichsgesetz ausgeschlossen werden, z. B. ErdölVO vom 13. 12. 1934 (GS S. 463), dazu BGHZ 19, 209 mit Anm. IPSEN, AÖR 81, 1956, S. 241; Erbrecht, Art. 154.

Eigentum und Erbrecht wurden nicht nur als subjektive Freiheitsrechte, sondern auch als Einrichtungsgarantien verstanden; M. WOLFF, Reichsverfassung und Eigentum, Festgabe für W. Kahl, 1923; TRIEPEL, Goldbilanzenverordnung und Vorzugsaktien, 1924.

- (2) Soziale Korrektur des Grundeigentums, Art. 155; Mittelstandspolitik, Art. 164; Koalitionsfreiheit, Art. 159; Wirtschaftsräte als Institutionen der Zusammenarbeit von Arbeit und Kapital, Art. 165 Abs. 3.
- (3) Sozialisierung privater wirtschaftlicher Unternehmungen, Art. 156; Schutz der Arbeitskraft und Rechte auf Arbeit, Art. 157, 162, 163; Wirtschaftsdemokratie, Rätensystem, Art. 165.

### 3. Die Sozialisierung, Art. 156.

Für die Verwirklichung *gemeinwirtschaftlicher* Grundsätze sind vier verschiedene Wege vorgesehen. Alle Verfahren sind fakultativ, nicht obligatorisch.

- (1) *Sozialisierung*, Art. 156 Abs. 1 Satz 1: Überführung privater wirtschaftlicher Unternehmungen in „Gemeineigentum“ gegen angemessene Entschädigung, sofern nicht die Entschädigung durch Reichsgesetz ausgeschlossen wird.
- (2) Schaffung von *Zwangssyndikaten* mit wirtschaftlicher Selbstverwaltung unter Beibehaltung des privaten Unternehmereigentums, Art. 156 Abs. 2.

- (3) *Beteiligung der öffentlichen Hand* an der Verwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen und Verbände, Art. 156 Abs. 1 Satz 2; sofern gegen den Willen des Unternehmers nur durch oder auf Grund Gesetzes.
- (4) *Sicherung eines bestimmenden Einflusses der öffentlichen Hand* an der Verwaltung wirtschaftlicher Unternehmungen und Verbände in anderer Weise als durch Beteiligung, Art. 156 Abs. 1 Satz 2; sofern gegen den Willen des Unternehmers nur durch oder auf Grund Gesetzes. Dabei war vor allem an Maßnahmen der Anti-Trustpolitik gedacht.

Der Aufnahme des Sozialisierungsartikels in die Verfassung war das von der Nationalversammlung erlassene *Sozialisierungsgesetz* vom 23. März 1919 (RGBl. S. 341) vorausgegangen, das als Rahmengesetz für Sozialisierungen auf dem Gebiete der Ausnutzung von Steinkohle, Braunkohle, Preßkohle und Koks, Wasserkraften und sonstigen natürlichen Energiequellen und von der aus ihnen stammenden Energie (Energiewirtschaft), aber darüber hinaus allgemein für die Verwirklichung eines gemeinwirtschaftlichen Programms gedacht war. In Ausführung des Sozialisierungsgesetzes ergingen das *Kohlenwirtschaftsgesetz* vom 23. März 1919 (RGBl. S. 342), das *Kaliwirtschaftsgesetz* vom 24. April 1919 (RGBl. S. 413) und — nach Inkrafttreten der WeimRV — das *Gesetz betr. die Sozialisierung der Elektrizitätswirtschaft* vom 31. Dezember 1919 (RGBl. 1920 S. 19). Das letztgenannte Gesetz wurde überhaupt nicht realisiert, die Sozialisierung der Kohlen- und Kaliwirtschaft erfolgte im Wege der Zwangssyndizierung.

WISSELL, *Praktische Wirtschaftspolitik*, 1919; BREHME, *Die sogenannte Sozialisierungsgesetzgebung der Weimarer Republik*, 1960; E. R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1932, S. 13 ff., 2. Aufl., 1953, I, S. 259 ff.; BADURA, *Das Verwaltungsmonopol*, 1963, S. 137 ff.

#### 4. „Wirtschaftsdemokratie“, Rätssystem, Art. 165.

Der Gedanke wirtschaftsdemokratischer sozialer und wirtschaftlicher Selbstverwaltung wurde in dreifacher Weise aufgenommen:

- (1) *Paritätisches Zusammenwirken von Arbeit und Kapital* an der Regelung der Lohn- und Arbeitsbedingungen sowie an der gesamten wirtschaftlichen Entwicklung der produktiven Kräfte, Art. 165 Abs. 1. Durch den Vorbehalt der Tarifautonomie der Gewerkschaften und Arbeitgeberverbände (Art. 165 Abs. 1 Satz 2; Verordnung über Tarifverträge vom 23. Dezember 1918, RGBl. S. 1456) wurde der Grundsatz des Satzes 1 praktisch hinfällig.
- (2) *Arbeiterräte* als gesetzliche Vertretungen der Arbeiter und Angestellten zur Wahrnehmung ihrer sozialen und wirtschaftlichen Interessen, Art. 165 Abs. 2; realisiert nur auf der Ebene des Betriebsverfassungsrechts (Betriebsrätegesetz vom 4. Februar 1920, RGBl. S. 147).

- (3) *Wirtschaftsräte* zur Kooperation von Arbeit und Kapital bei der Entwicklung der produktiven Kräfte und der Gestaltung der Arbeitsbedingungen, Art. 165 Abs. 3 und 4; realisiert nur auf der Reichsebene (Verordnung über den vorläufigen Reichswirtschaftsrat vom 4. Mai 1920, RGBl. S. 858).

Die Programmatik des Art. 165, die im übrigen vom sozialistischen (politischen) Rätssystem grundlegend unterschieden ist, wurde nur fragmentarisch verwirklicht.

SINZHEIMER, Das Rätssystem, 1919; NAPHTALI (Hrsg.), Wirtschaftsdemokratie, 4. Aufl., 1929; TATARIN-TARNHEYDEN, in: NIPPERDEY (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, 1929/30, III, S. 519; HERZIG, Die Stellung der dt. Arbeitergewerkschaften zum Problem der Wirtschaftsdemokratie, 1933; SCHNEIDER/KUDA, Arbeiterräte in der Novemberrevolution, 1968; ERTL, Alle Macht den Räten? 1968.

### III. Die Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik vom 8. April 1968

SORGENICHT u. a. (Hrsg.), Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik, 2 Bde., 1969; ZIEGER, Die Organisation der Staatsgewalt in der Verfassung der DDR von 1968, AöR 94, 1969, S. 185; MÜLLER-RÖMER, Die Entwicklung des Verfassungsrechts in der DDR seit 1949, AöR 95, 1970, S. 528.

Die Verfassung versteht sich nach der Präambel als eine „sozialistische Verfassung“ in Weiterführung der Verfassung vom 7. Oktober 1949. Sie zerfällt in fünf Abschnitte:

- Abschn. I Grundlagen der sozialistischen Gesellschafts- und Staatsordnung, Art. 1 bis 18;
- Abschn. II Bürger und Gemeinschaften in der sozialistischen Gesellschaft, Art. 19 bis 46;
- Abschn. III Aufbau und System der staatlichen Leitung, Art. 47 bis 85;
- Abschn. IV Sozialistische Gesetzlichkeit und Rechtspflege, Art. 86 bis 106;
- Abschn. V Schlußbestimmungen, Art. 107 bis 108.

1. Die Leitgedanken der Verfassung sind in der Rede WALTER ULBRICHTS vom 31. Januar 1968 bei der Vorlage des Verfassungsentwurfs in der Volkskammer erläutert (Sorgenicht aaO I, S. 52):

„... Nunmehr gibt sich unser Volk durch diese sozialistische Verfassung zugleich das Programm der staatlichen und gesellschaftlichen, ökonomischen und geistig-kulturellen Entwicklung. Die Verfassung enthält die grundlegenden Bestimmungen für die Gestaltung des entwickelten gesellschaftlichen Systems des Sozialismus und gibt die

strategische Orientierung auf den Sieg des Sozialismus . . . Die in ihr formulierten Grundlagen der sozialistischen Staats- und Gesellschaftsordnung und damit der sozialistischen Demokratie entsprechen den geschichtlichen Entwicklungsbedingungen der nächsten Jahrzehnte . . . Unsere Arbeit an der neuen Verfassung richtet sich gerade darauf, die verfassungsrechtlichen Bedingungen zu schaffen, die darauf hinwirken, den Sozialismus in der Deutschen Demokratischen Republik als solche relativ selbständige sozialökonomische Formation (in der gesamten geschichtlichen Entwicklung der Gesellschaft) zur vollen Blüte zu bringen. Das ist ein Prozeß, der viele Jahre schöpferischer Arbeit umschließen wird. Die neue Verfassung soll fähig sein, über diesen ganzen Zeitraum hinweg ihre aktive, vorwärtsdrängende Funktion wahrzunehmen . . .“

#### *Grundprinzip der Verfassung:*

##### Art. 1 Abs. 1

Die Deutsche Demokratische Republik ist ein sozialistischer Staat deutscher Nation. Sie ist die politische Organisation der Werktätigen in Stadt und Land, die gemeinsam unter Führung der Arbeiterklasse und ihrer marxistisch-leninistischen Partei den Sozialismus verwirklichen.

##### Art. 2 Abs. 3

Die Ausbeutung des Menschen durch den Menschen ist für immer beseitigt. Was des Volkes Hände schaffen, ist des Volkes Eigen. Das sozialistische Prinzip ‚Jeder nach seiner Fähigkeiten, jedem nach seiner Leistung‘ wird verwirklicht.

Als „*Werktätiger*“ wird jeder Bürger der DDR betrachtet, „der durch gesellschaftlich-nützliche Arbeit am großen Werk der Gestaltung des entwickelten gesellschaftlichen Systems des Sozialismus aktiv tätig ist oder seinen Beitrag zur Sache des Volkes in Ehren geleistet hat und sich verdienstermaßen eines gesicherten Lebensabends erfreut“ (ULBRICHT aaO. S. 62).

#### *Grundsatz der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung:*

##### Art. 2 Abs. 2

Das feste Bündnis der Arbeiterklasse mit der Klasse der Genossenschaftsbauern, den Angehörigen der Intelligenz und den anderen Schichten des Volkes, das sozialistische Eigentum an Produktionsmitteln, die Planung und Leitung der gesellschaftlichen Entwicklung nach den fortgeschrittensten Erkenntnissen der Wissenschaft bilden unantastbare Grundlagen der sozialistischen Gesellschaftsordnung.

##### Art. 9 Abs. 2

Die Volkswirtschaft der Deutschen Demokratischen Republik dient der Stärkung der sozialistischen Ordnung, der ständig besseren Befriedigung der materiellen und kulturellen Bedürfnisse der Bürger, der Entfaltung ihrer Persönlichkeit und ihrer sozialistischen gesellschaftlichen Beziehungen.

## 2. Die Eigentumsverfassung

##### Art. 9 Abs. 1 Satz 1 und 2

Die Volkswirtschaft der Deutschen Demokratischen Republik beruht auf dem sozia-

listischen Eigentum an den Produktionsmitteln. Sie entwickelt sich gemäß den ökonomischen Gesetzen des Sozialismus auf der Grundlage der sozialistischen Produktionsverhältnisse.

Es wird zwischen sozialistischem Eigentum, privatem Produktiveigentum und persönlichem Eigentum unterschieden.

Das *sozialistische Eigentum* tritt in drei Formen auf (Art. 10 Abs. 1). Es ist „gesamtgesellschaftliches Volkseigentum“ (Eigentümer ist der Staat), genossenschaftliches Gemeineigentum werktätiger Kollektive oder Eigentum gesellschaftlicher Organisationen der Bürger.

a. *Volkseigentum:*

Der Regelfall des produktiven Eigentums; dazu gehören insbes. die volkseigenen Betriebe. Das Kernstück der Volkswirtschaft ist als Volkseigentum organisiert und darf in keine andere Eigentumsform überführt werden.

Art. 12 Abs. 1

Die Bodenschätze, die Bergwerke, Kraftwerke, Talsperren und große Gewässer, die Naturreichtümer des Festlandssockels, größere Industriebetriebe, Banken und Versicherungseinrichtungen, die volkseigenen Güter, die Verkehrswege, die Transportmittel der Eisenbahn, der Seeschifffahrt sowie der Luftfahrt, die Post- und Fernmeldeanlagen sind Volkseigentum. Privateigentum daran ist unzulässig.

Aus der Nutzung des Volkseigentums leitet sich neben dem Staatseinkommen das *Arbeitseinkommen* der Arbeiter und Angestellten ab. Das Arbeitseinkommen ist überwiegend an die individuelle Arbeitsleistung (in Gestalt des Lohnes) und zu einem Teil an das Ergebnis des Betriebes, d. h. an die kollektive Arbeitsleistung, (vor allem in Gestalt der Prämie oder Jahresendprämie), gebunden (Sorgenicht aaO I S. 341).

b. *Genossenschaftliches Gemeineigentum:*

Insbes. das Eigentum der landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften.

Art. 46 Abs. 1

Die Landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaften sind die freiwilligen Vereinigungen der Bauern zur gemeinsamen sozialistischen Produktion, zur ständig besseren Befriedigung ihrer materiellen und kulturellen Bedürfnisse und zur Versorgung des Volkes und der Volkswirtschaft. Sie gestalten auf der Grundlage der Gesetze eigenverantwortlich ihre Arbeits- und Lebensbedingungen.

Das genossenschaftliche Eigentum erstreckt sich auf die Geräte, Maschinen, Anlagen, Bauten der landwirtschaftlichen, handwerklichen und sonstigen sozialistischen Genossenschaften sowie die Tierbestände der LPGs und das aus genossenschaftlicher Nutzung des Bodens und genossenschaftlicher Produktionsmittel erzielte Ergebnis, nicht aber auf den Grund und Boden, der Privateigentum der Bauern bleibt. Auch die Maschinen und Geräte sind nicht notwendig genossenschaftliches Eigentum.



Entscheidend ist die kollektive Disposition über die Eigentumsnutzung im Rahmen der staatlichen Planung. Das Einkommen der Beteiligten umfaßt den Anteil am kollektiven Netto-Leistungsergebnis und ggf. den „Bodenanteil“ des Grundeigentümers.

c. Bei dem *Eigentum gesellschaftlicher Organisationen der Bürger* handelt es sich um das Eigentum der politischen Parteien und der sozialistischen Massenorganisationen.

d. Zum *persönlichen Eigentum* gehören in erster Linie Konsumtionsgüter und Gegenstände des persönlichen Bedarfs, einschließlich der Grundstücke und Gebäude, die ihrem Zweck nach zur Befriedigung der Wohnbedürfnisse des Eigentümers und seiner Familienangehörigen bestimmt sind.

Art. 11 Abs. 1

Das persönliche Eigentum der Bürger und das Erbrecht sind gewährleistet. Das persönliche Eigentum dient der Befriedigung der materiellen und kulturellen Bedürfnisse der Bürger.

Dieses *Grundrecht*, wie überhaupt die Grundrechte der VerfDDR und anderer sozialistischer Verfassungen, ist weder ideologisch noch hinsichtlich der daraus ableitbaren rechtlichen Folgerungen aus der Tradition und Vorstellungswelt der liberalen Grundfreiheiten und Menschenrechte verständlich. Das sozialistische Grundrecht konstituiert nicht eine der Privatwillkür der Berechtigten zugewiesene Rechtsposition, sondern eine an den Zielen und den Bedürfnissen der sozialistisch organisierten Gesellschaft orientierte Rechtsgewähr für die Entfaltung der „sozialistischen Persönlichkeit“. Charakteristisch ist, daß die Verfassung sich genötigt sieht, den Zweck auch des persönlichen Eigentums anzugeben (Art. 11 Abs. 1 Satz 2).

ULBRICHT (aaO S. 76):

„Einer der wesentlichen Unterschiede zwischen einer sozialistischen Verfassung und den Verfassungen aller bürgerlichen kapitalistischen Länder — so wohlklingend manche von ihnen auch formuliert sind — besteht darin, daß die Grundrechte der Bürger bei uns in der sozialistischen Gesellschaftsordnung ihr festes Fundament besitzen. Hier liegt die wesentliche Garantie ihrer Verwirklichung.“

POPPE/SCHÜSELER, Die Entwicklung der sozialistischen Grundrechte und Grundpflichten der Bürger in der DDR, *Wissensch. Ztschr. d. Martin-Luther-Universität XIV*, 1965, S. 119; *Institute für Staatsrecht der Universitäten Halle und Leipzig* (Hrsg.), *Demokratie und Grundrechte*, 1967; G. BRUNNER, *Zur Wirksamkeit der Grundrechte in Osteuropa*, Staat 9, 1970, S. 187.

e. Soweit nicht der Staatsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 besteht und eingebunden in die staatliche Wirtschaftsplanung ist auch ein *privater Produktionssektor* vorhanden:

## Art. 14

Die Nutzung und der Betrieb privater Wirtschaftsunternehmen und -einrichtungen zu Erwerbszwecken müssen gesellschaftliche Bedürfnisse befriedigen, der Erhöhung des Volkswohlstandes und der Mehrung des gesellschaftlichen Reichtums dienen.

Das enge Zusammenwirken von sozialistischen mit privaten Wirtschaftsunternehmen und -einrichtungen wird vom Staat gefördert. In Übereinstimmung mit den gesellschaftlichen Erfordernissen können private Betriebe auf Antrag staatliche Beteiligung aufnehmen.

Privatwirtschaftliche Vereinigungen zur Begründung wirtschaftlicher Macht sind nicht gestattet.

Die *Beteiligung des Staates* an Privatunternehmen (Verordnung über die Bildung halbstaatlicher Betriebe vom 26. 3. 1959, GBl. I S. 253), die in der Form geschieht, daß der Staat Kommanditist und der Unternehmer Komplementär einer KG werden, ist von großer praktischer Bedeutung.

f. Die *Anteile der Eigentumsformen am Sozialprodukt* (Nettoprodukt in effektiven Preisen) betragen 1969 (vorläufige Zahlen): Volkseigentum 68,2 %, genossenschaftliches Eigentum 17,3 %, staatliche Beteiligungen 8,6 %, privates Eigentum 5,8 %.

Nach Wirtschaftsbereichen aufgeschlüsselt betragen die Anteile der Eigentumsformen (vorläufige Zahlen für 1969):

Industrie (einschließlich produzierendes Handwerk, ohne Bauhandwerk): Volkseigentum 79,5 %, genossenschaftliches Eigentum 3 %, staatliche Beteiligungen 11,4 %, privates Eigentum 6,1 %;

Bauwirtschaft: Volkseigentum 56,2 %, genossenschaftliches Eigentum 26,3 %, staatliche Beteiligungen 9 %, privates Eigentum 8,6 %;

Land- und Forstwirtschaft: Volkseigentum 13,6 %, genossenschaftliches Eigentum 81,6 %, staatliche Beteiligungen 0,1 %, privates Eigentum 4,8 %;

Binnenhandel: Volkseigentum 62,9 %, genossenschaftliches Eigentum 24,3 %, staatliche Beteiligungen 7,2 %, privates Eigentum 5,6 %.

Die Zahl der Berufstätigen verteilt sich auf die Eigentumsformen wie folgt (Sept. 1969):

Sozialistische Betriebe 6,569 Mill., Betriebe mit staatlicher Beteiligung 490 400, private Betriebe 686 300.

(Alle Zahlen sind dem Statistischen Taschenbuch der DDR von 1970 entnommen.)

### 3. Die Wirtschaftsplanung

## Art. 9 Abs. 3

In der deutschen Demokratischen Republik gilt der Grundsatz der Planung und Leitung der Volkswirtschaft sowie aller anderen gesellschaftlichen Bereiche. Die Volkswirtschaft der Deutschen Demokratischen Republik ist sozialistische Planwirtschaft.

Das ökonomische System des Sozialismus verbindet die zentrale staatliche Planung und Leitung der Grundfragen der gesellschaftlichen Entwicklung mit der Eigenverantwortung der sozialistischen Warenproduzenten und der örtlichen Staatsorgane.

Die Formel des Art. 9 Abs. 3 Satz 3 gibt dem seit 1964 eingeführten „*Neuen ökonomischen System*“ (Richtlinie des Ministerrats für das ökonomische System der Planung und Leitung der Volkswirtschaft vom 11. 7. 1963, GBl. II S. 453) verfassungsrechtlichen Ausdruck. Nach wie vor ist zwar die Leitung und Lenkung der Wirtschaft ein spezieller Anwendungsfall des „demokratischen Zentralismus“ (Lenin, Staat und Revolution, 1917, in: *Ausgewählte Werke*, II, S. 212 f.). Im Interesse der maximalen Steigerung der Arbeitsproduktivität und des höchsten volkswirtschaftlichen Nutzeffekts findet aber in gewissem Umfang eine Dezentralisierung der Planinitiative und eine Beteiligung der Belegschaften an der Wirtschaftsplanung statt.

RINCK, *Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., 1969, S. 190 ff.

Das Hauptsteuerungsinstrument ist der von der Volkskammer (Art. 49) zu beschließende mehrjährige *Perspektivplan*; vgl. den Perspektivplan bis 1970 im Gesetz vom 26. Mai 1967 (GBl. S. 65).

Im übrigen ist der *Ministerrat*, unterstützt von der Staatlichen Plankommission, die ökonomisch leitende Instanz. Er arbeitet wissenschaftlich begründete Prognosen aus, organisiert die Gestaltung des ökonomischen Systems des Sozialismus und leitet die planmäßige Entwicklung der Volkswirtschaft (Art. 78 Abs. 2).

*Leitgedanke*, Art. 12 Abs. 2 Satz 1 bis 3:

Der sozialistische Staat gewährleistet die Nutzung des Volkseigentums mit dem Ziel des höchsten Ergebnisses für die Gesellschaft. Dem dienen die sozialistische Planwirtschaft und das sozialistische Wirtschaftsrecht. Die Nutzung und Bewirtschaftung des Volkseigentums erfolgt grundsätzlich durch volkseigene Betriebe und staatliche Einrichtungen.

Die planwirtschaftliche Orientierung und Lenkung des wirtschaftlichen Prozesses haben Funktion, Inhalt und Geltungsbereich des *Zivilrechts*, vor allem soweit dessen Regelungen sich von Privatautonomie und Vertragsfreiheit ableiten, grundlegend verändert. Das gegenwärtig bestehende wirtschaftsrechtliche Vertragssystem (eingeführt durch das Vertragsgesetz vom 11. Dezember 1957, GBl. I S. 627, neue Fassung im Vertragsgesetz vom 25. Februar 1965, GBl. I S. 107, nach den Grundsätzen des „Neuen ökonomischen Systems“) soll in Zukunft in der Kodifikation eines „Wirtschaftsgesetzbuches“ aufgehen.

PLEYER, *Zentralplanwirtschaft und Zivilrecht*, 1965; PLEYER/LIESER, *Zentralplanwirtschaft und Recht*, 1969; LÜERS, Bericht: Das Zivilrecht in der DDR, JuS 70, 451.

*Sozialistisches Verteilungsprinzip:*

„Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seiner Leistung“, Art. 2 Abs. 3 Satz 3.

Verwirklicht im Recht auf Arbeit und in der Pflicht zur Arbeit, die „eine Einheit“ bilden (Art. 24).

MAMPPEL, Arbeitsverfassung und Arbeitsrecht in Mitteldeutschland, 1966.

#### 4. Selbstverwaltung

##### Art. 21 Abs. 1

Jeder Bürger der Deutschen Demokratischen Republik hat das Recht, das politische, wirtschaftliche, soziale und kulturelle Leben der sozialistischen Gemeinschaft und des sozialistischen Staates umfassend mitzugestalten. Es gilt der Grundsatz ‚Arbeite mit, plane mit, regiere mit!‘

Im Vordergrund dieser Mitbestimmung im Rahmen des sozialistischen Systems stehen die *Betriebe*, die als wirtschaftliche, gesellschaftliche und politische Einheiten organisiert sind.

##### Art. 41

Die sozialistischen Betriebe, Städte, Gemeinden und Gemeindeverbände sind im Rahmen der zentralen staatlichen Planung und Leitung eigenverantwortliche Gemeinschaften, in denen die Bürger arbeiten und ihre gesellschaftlichen Verhältnisse gestalten. Sie sichern die Wahrnehmung der Grundrechte der Bürger, die wirksame Verbindung der persönlichen mit den gesellschaftlichen Interessen sowie ein vielfältiges gesellschaftspolitisches und kulturell-geistiges Leben.

##### Art. 42 Abs. 1

Im Betrieb, dessen Tätigkeit die Grundlage für die Schaffung und Mehrung des gesellschaftlichen Reichtums ist, wirken die Werktätigen unmittelbar und mit Hilfe ihrer gewählten Organe an der Leitung mit. Näheres regeln Gesetze oder Statuten.

Die maßgeblichen gewählten Organe der Arbeiter und Angestellten in den Betrieben sind die Organe der *Gewerkschaften*, Art. 44, 45.

## B. Wohlfahrtsstaat

### I. Grundgedanke und rechtliche Ausgestaltung

FORSTHOFF/BACHOF, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL Heft 12, 1954; E. R. HUBER, Rechtsstaat und Sozialstaat in der modernen Industriegesellschaft (1962), in: ders., Nationalstaat und Verfassungsstaat, 1965, S. 249; BADURA, Auftrag und Grenzen der Verwaltung im sozialen Rechtsstaat, DÖV 68, 446; FORSTHOFF (Hrsg.), Rechtsstaatlichkeit und Sozialstaatlichkeit, 1968; BÖCKENFÖRDE, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: Festschrift für A. Arndt, 1969, S. 53; W. WEBER, Die verfassungsrechtlichen Grenzen sozialstaatlicher Forderungen (1965), in: ders., Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, 3. Aufl., 1970, S. 249.

1. Das Verfassungsprinzip des **sozialen Rechtsstaates** gibt der politischen Herrschaft Auftrag, Richtlinie und Grenze. Die in den rechtsstaatlichen Grundsätzen ausgedrückten Erfahrungen ungerechten und willkürlichen Machtgebrauchs, die die bürgerliche Gesellschaft in der Auseinandersetzung mit dem absolutistischen „Polizeistaat“ gesammelt und in das Verfassungsrecht eingebracht hat, haben sich mit dem Auftreten des demokratischen Gesetzgebers nicht erledigt. Doch hat die Aufhebung der bürgerlichen Gesellschaft von „Bildung und Besitz“ in der politisch egalitären industriellen Massengesellschaft und deren sozialen Mächten die Einrichtungen und Grundsätze des Rechtsstaates, der seine Geburt als „liberaler Rechtsstaat“ nicht verleugnen kann, in einen neuen gesellschaftlichen und verfassungsrechtlichen Zusammenhang gestellt. Wenn auch der Rechtsstaat nicht als bürgerlicher Rechtsstaat zum sozialen Rechtsstaat werden kann, so birgt er doch Maximen der Gerechtigkeit und Vorkehrungen für die individuelle Freiheit, die auch in der sozialstaatlichen Demokratie ihren Sinn bewahren. Neu ist, daß die soziale Gerechtigkeit aus einem moralischen Gedanken zu einem Rechtsprinzip geworden ist.

Der verfassungsrechtliche Grundsatz des sozialen Rechtsstaats trägt dem Staat die umfassende Verantwortung für den Zustand und die Entwicklung der Gesellschaft und für die soziale Lage der Gesellschaftsglieder auf. Dieser Entgrenzung der Staatsaufgaben und „Vergesellschaftung des Staates“ liegt die Vorstellung einer Solidarität aller Gesellschaftsglieder, einer teilweisen Vergesellschaftung der individuellen Freiheit zugrunde. Die sozialstaatliche Demokratie beruht nicht auf einer Entgegensetzung von (politischem) Staat und (privater) Freiheit.

Wohlfahrt und soziale Sicherheit treten als wesensbestimmende Aufgaben des Staates und Leitlinie des Rechts an die Stelle von „Freiheit und Eigentum“. Dementsprechend sind Sozialgestaltung und Gesellschaftsplanung statt Bewahrung von Ordnung und gegebenen Rechtslagen der typische Gegenstand rechtlicher Regelung.

Die Verfassungsprinzipien des *Sozialstaates*, der Aufgabe und Rechtfertigung des Staates betrifft, der *Demokratie*, die die Legitimierung und Kontrolle staatlicher Herrschaft zum Gegenstand hat, und des *Rechtsstaates*, der die rechtlichen Bedingungen und Formen staatlicher Herrschaft festlegt, sind in der staatsrechtlichen Betrachtung zwar wegen ihrer unterschiedlichen Zielrichtung und Traditionsgebundenheit trennbar, dürfen aber nicht als isolierte Bestandteile der Verfassungsstruktur verstanden werden. Der Erfolg der demokratischen Idee, die die staatliche Herrschaft als eine Funktion der Gesamtheit der politisch egalisierten Rechtsgenossen begreift, mußte die sozialstaatliche Umorientierung der Staatszwecke bewirken. Der die Verwirklichung des Sozialstaates anstrebende politische Prozeß bleibt auf die Gerechtigkeit und Rechtssicherheit wahrende Rechtsstaatlichkeit verpflichtet.

2. Der **Sozialstaatssatz** (Art. 20 Abs. 1, 28 Abs. 1 GG) nimmt in Anknüpfung an die Präambel („... den gesellschaftlichen Fortschritt zu fördern ...“) und den Art. 151 Abs. 1 Satz 1 WeimRVerf sowie an verschiedene Formulierungen der Landesverfassungen (z. B. Art. 65 BremVerf und Art. 51 VerfRhPfalz: „soziale Gerechtigkeit“; Art. 3 BayVerf: „Sozialstaat“) die *politische Idee des Wohlfahrtsstaates* in Abkehr von den Staats- und Rechtsvorstellungen des Liberalismus in das Verfassungsrecht auf. Das damit aufgestellte verfassungskräftige Programm der Gesellschafts-, Wirtschafts- und Sozialpolitik erfährt einige Verdeutlichung in den Grundrechtsverbürgungen (z. B. Art. 6 Abs. 4 und 5, 9 Abs. 3, 14 Abs. 2, 15 GG), in den Vorschriften über die Gesetzgebungskompetenzen des Bundes (z. B. Art. 74 Nr. 11, 12, 15, 16, 18 GG) und in der konjunkturpolitischen Orientierung der Finanz- und Haushaltswirtschaft der öffentlichen Hand (Art. 109 Abs. 2 bis 4 GG).

Die Verknüpfung des Verfassungsgrundsatzes des sozialen Rechtsstaates mit der politischen Idee des Wohlfahrtsstaates ist nicht willkürlich oder „dezinionistisch“ (wie BARION, Vorbesinnung über den Wohlfahrtsstaat, DÖV 70, 15, behauptet). Die großen Generalklauseln, mit denen Verfassungen gerade ihre Grundentscheidungen zu bezeichnen pflegen, lassen sich nur aus den Traditionen oder Postulaten genauer bestimmen, denen sie ihre Aufnahme in die Verfassung verdanken. Desungeachtet bleiben sie programmatische Direktiven, über deren Wirksamkeit und inhaltliche Verwirklichung der politische Prozeß bestimmt, angeregt und geleitet durch die verfassungsrechtliche Direktive. Die Verfassungsidee des sozialen Staates nimmt die Vorstellungen und Forderungen auf, die — entzündet durch die „soziale Frage“ der industriellen

Revolution — zunächst die Bewegung der „Sozialreform“, dann sozialliberale und reformsozialistische Programme aufgegriffen und entwickelt haben. Siehe vor allem das Eintreten HERMANN HELLERS (Rechtsstaat oder Diktatur? 1930) für den „sozialen“ (materiellen) Rechtsstaat; dazu SCHLUCHTER, Entscheidung für den sozialen Rechtsstaat, 1968. Schon mit der WeimRVerf wurde die später als „wohlfahrtsstaatlich“ bezeichnete politische Idee, daß der Staat die Aufgabe habe, mit dem Ziel der sozialen Gerechtigkeit sozialgestaltend vor allem auf das Arbeits- und Wirtschaftsleben einzuwirken, zum traditionsbildenden Bestandteil des Verfassungsrechts.

3. Mit der Formel vom „sozialen Rechtsstaat“ wird nicht auf Bestehendes verwiesen, sondern eine bestimmte Aufgabe des Staates gesetzt, wird vornehmlich ein bestimmtes Ziel der gesetzgebenden Politik vorgeschrieben. Dieses Ziel ist nicht Sozialgestaltung überhaupt, sondern staatliche Sozialgestaltung im Sinne der sozialen Gerechtigkeit. Die verfassungsrechtliche Rezeption der politischen Idee des Wohlfahrtsstaates in dem Verfassungssatz vom sozialen Rechtsstaat macht die spezifische *Rechtsidee des Wohlfahrtsstaates*, die soziale Gerechtigkeit, zum tragenden Legitimitätsgrund des Rechts.

Die kritische Betrachtung der entwickelten industriellen Zivilisation hat eine Absage an die *liberale Rechtsidee* hervorgebracht, wonach sich die Tätigkeit der gesetzgebenden Gewalt dem Grundsatz nach in der Herstellung und Bewahrung des Rechtsfriedens und der Ordnung, in der Abgrenzung und dem Schutz koexistierender Freiheiten der Rechtsgenossen erschöpfen soll.

KANT, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1793, Teil II:

„Der Begriff aber eines äußeren Rechts überhaupt geht gänzlich aus dem Begriffe der Freiheit im äußeren Verhältnis der Menschen zueinander hervor und hat gar nichts mit dem Zwecke, den alle Menschen natürlicherweise haben (der Absicht auf Glückseligkeit), und der Vorschrift der Mittel, dazu zu gelangen, zu tun: so daß auch daher dieser letztere sich in jenes Gesetz schlechterdings nicht als Bestimmungsgrund derselben mischen muß. Recht ist die Einschränkung der Freiheit eines jeden auf die Bedingung ihrer Zusammenstimmung mit der Freiheit von jedermann, insofern diese nach einem allgemeinen Gesetze möglich ist; und das öffentliche Recht ist der Inbegriff der äußeren Gesetze, welche eine solche durchgängige Zusammenstimmung möglich machen.“

HOBHOUSE, Liberalism, 1911; LASKI, The Rise of European Liberalism, 1936; WATKINS, The Political Tradition of the West, 1948.

Positiv gewendet fordert die kritische Betrachtung des Liberalismus unter dem Namen der „sozialen“ Gerechtigkeit, daß das Recht die gesellschaftlich gegebene und sich reproduzierende Verteilung von Gütern, Lasten und sozialen Chancen nicht als gerechtfertigt ansehen und hinnehmen, sondern auf ihre

fortdauernde evolutionäre Umschaffung mit dem Ziel der Emanzipation des Menschen von Unterdrückung, Ausbeutung, sozialer Diskriminierung und Verelendung hinwirken soll. Der soziale Rechtsstaat meint also nicht nur die staatlich organisierte soziale Sicherheit durch sozialpolitische Gesetze, sondern die gestaltende Regelung und Ordnung auch des wirtschaftlichen Prozesses und der gesellschaftlichen Verhältnisse überhaupt.

Die Leitidee der sozialen Gerechtigkeit weist damit dem Recht die Funktion zu, ein *Instrument staatlicher Sozialgestaltung* zu sein, das die begrenzte Solidarität der Rechtsgenossen um der Freiheit aller willen gegen den Egoismus und die Willkür der einzelnen und der Gruppen verwirklicht.

Das Programm des Wohlfahrtsstaates ist nicht *sozialistisch*, weil es nicht notwendig die Abschaffung des Privateigentums an Produktionsmitteln durch eine revolutionäre Inbesitznahme der politischen Herrschaft seitens der Partei der Arbeiterklasse einschließt. Der Wohlfahrtsstaat verwirklicht die staatlich verantwortete soziale Gerechtigkeit mit den Verfahrensweisen der parlamentarischen Demokratie und unter wenigstens prinzipieller Beibehaltung von Privateigentum, Privatautonomie und Marktwirtschaft. Die grundlegenden Institutionen der kapitalistischen Wirtschaftsgesellschaft — Freiheit des Eigentums, des Gewerbes und des Vertrages — werden nicht aufgehoben, doch in dem Maße vergesellschaftet, d. h. der beliebigen privaten Disposition entzogen, als sie zur Herstellung der sozialen Gerechtigkeit untauglich sind oder sie hindern. Das *produktive Eigentum* beispielsweise wird als „gesamtgesellschaftliche Funktion“ (WIEACKER) begriffen, weil und soweit es soziale Macht- und Ausbeutungschancen vermittelt. Es wird nicht als individualistisches Privileg oder Reservat gerechtfertigt, sondern als sozialnützlich Element der Wirtschaftsordnung, als Mittel gerechter Güterverteilung, Vermögensbildung und Existenzsicherung sowie als Medium privater Initiative durch das Recht inhaltlich bestimmt und beschränkt. In diesem Sinne kann man von einer „Politisierung“ der privaten Verfügungsrechte in der Richtung und in dem Maße sprechen, als von ihnen soziale Macht ausgehen kann (ULRICH K. PREUSS, *Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen*, 1969).

Die Verbindung von individueller Freiheit und sozialer Verantwortung durch das Recht eines Staates, der nur als politische Organisation der Gesellschaft fungiert, unterscheidet den Wohlfahrtsstaat einerseits vom Liberalismus, andererseits vom Sozialismus. Der Wohlfahrtsstaat will soziale Gerechtigkeit in einer Rechtsgemeinschaft, die die Privatautonomie und das Leistungsprinzip als Grundsatz einer dezentralisierten Wirtschaftsgesellschaft, d. h. einer nicht vollständig durch staatliche Planung und Zuteilung beherrschten Gesellschaft bloßer Destinatäre der Staats- oder Parteibürokratie, beibehält. Er erscheint daher in der sozialistischen Betrachtungsweise als ein Versuch der Stabilisierung des kapitalistischen Systems („staatsmonopolistischer Kapitalismus“).



4. Als sozialer Rechtsstaat verbindet sich der Wohlfahrtsstaat mit der liberaldemokratischen Verfassung. Das verfassungskräftige Programm des Sozialstaates ist eine Richtlinie für die Gesetzgebung und für die Auslegung im Rahmen der administrativen und richterlichen Rechtsverwirklichung. Bei der Verwirklichung der wohlfahrtsstaatlichen Staatsziele durch die wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitische Gesetzgebung zeigt sich das **Recht als Werkzeug sozialgestaltender Politik.**

Durch Regelungen des *Staatsrechts* werden — abgesehen vom Verfassungsrecht — Richtlinien für die obersten Organe der Exekutive aufgestellt, Ermächtigungen zum Erlaß von Rechtsverordnungen geschaffen und, im Haushaltsgesetz, der Exekutive Ermächtigungen zur Verausgabung öffentlicher Mittel gegeben. Durch Regelungen des *Verwaltungsrechts* werden unmittelbar wirksame Gebote und Verbote für die Verwaltungsunterworfenen begründet und legale Handlungsgrundlagen für die Ausübung öffentlicher Verwaltung geschaffen. Durch die Regelungen des *Privatrechts* werden die Zuteilung der Güter und die Ausübung der Privatautonomie geordnet. Der sozialgestaltende Charakter des Privatrechts, das den wirtschaftlichen Prozeß durch die Ordnung des rechtsgeschäftlichen Verkehrs und der Güterverteilung, die Ausgestaltung des Haftungssystems und die Festlegung der Bedingungen und Formen der Bildung von Gesellschaften beeinflußt, wird verborgen, wenn in Fortführung der liberalen Rechtsidee in der *Privatautonomie* nicht ein staatlich gesetztes Rechtsprinzip, aus dem individuelle Berechtigungen entspringen, sondern eine gewissermaßen vorrechtlich existierende Fähigkeit der Person gesehen wird.

Die wohlfahrtsstaatliche Sozialgestaltung durch Recht erschöpft sich nicht in der Erzeugung von Rechtssätzen, die Ermächtigungen, Gebote und Verbote, Rechte und Pflichten begründen. Charakteristisch ist weiter der Einsatz *finanzwirtschaftlicher* Faktoren — Währung, Kredit, Besteuerung, Haushaltswirtschaft —, um die Ausgaben der öffentlichen Hand, die Investition der Unternehmer und die Konsumtion der Haushalte zu beeinflussen. Das ist das Feld der globalen Wirtschaftssteuerung durch konjunkturpolitische Maßnahmen.

In der wohlfahrtsstaatlichen Rechtserzeugung tritt der für die Rechtsidee der sozialen Gerechtigkeit bestimmende instrumentale, intervenierende und programmierende Wesenszug des Rechts zu Tage. In der Theorie der Gesetzgebung ist im Hinblick darauf, wenn auch zunächst eher in kritischer Absicht, die Kategorie des „**Maßnahme-Gesetzes**“ aufgestellt worden.

FORSTHOFF, Über Maßnahmegesetze, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, 1955, S. 221; ZEIDLER, Maßnahmegesetz und „klassisches“ Gesetz, 1961; K. HUBER, Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, 1963 (dazu AÖR 91, 1966, S. 135).

Das verwaltungsrechtliche Gesetz des liberalen Rechtsstaates stellte in auf dauerhafte Regelung angelegter Abstraktheit (unbestimmte Zahl der geregelten Fälle) und Allgemeinheit (unbestimmte Zahl von betroffenen Personen) der Exekutive Ermächtigungen zum „Vollzug“ im Einzelfall zur Verfügung. Das Maßnahmegesetz greift als situationsbezogene normative Aktion selbst intervenierend und gestaltend in einen Sozialbereich ein, um einen gewünschten Zustand herzustellen oder zu erhalten. Das Maßnahmegesetz, für den rechtsstaatlichen Gesetzesbegriff ein irregulärer Vorgang, der „Willen“ (Gesetz des Parlaments) und „Tat“ (vollziehende Gewalt der Exekutive) konfundiert, ist zum typischen Fall der Wirtschaftsgesetzgebung geworden.

## II. BVerfG Urteil vom 7. Mai 1969 BVerfGE 25, 371 (lex Rhestahl)

### 1. Hintergrund: Die Mitbestimmung

a. Eine Mitbestimmung der Belegschaften und mittelbar der Gewerkschaften bei der Unternehmenspolitik der Kapitalgesellschaften findet gegenwärtig in zwei Formen statt:

- (1) *Betriebsverfassungsgesetz* vom 11. Oktober 1952 (BGBl. I S. 681), Vierter Teil Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer, Fünfter Abschnitt Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat.  
Der Aufsichtsrat einer AG und einer KGaA muß zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer bestehen; § 76 Abs. 1.

Ausnahmen:

- a) AGs, die Familiengesellschaften sind und weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigen; § 76 Abs. 6.  
b) Betriebe, die politischen, gewerkschaftlichen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, künstlerischen und ähnlichen Bestimmungen dienen; § 81 Abs. 1.  
c) Betriebe und Verwaltungen der öffentlichen Hand; § 88 Abs. 1.  
d) Betriebe der Seeschifffahrt und Luftfahrt; § 88 Abs. 3.

Diese Regelung der Mitbestimmung gilt auch für GmbHs, bergrechtliche Gewerkschaften, Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit (sofern sie einen Aufsichtsrat haben) und Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften, wenn diese Unternehmen mehr als fünfhundert Arbeitnehmer beschäftigen; § 77.

- (2) *Qualifizierte (paritätische) Mitbestimmung* nach dem Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 21. März 1951 (BGBl. I S. 347).

Der Aufsichtsrat setzt sich zu gleichen Anteilen aus Vertretern der Kapitaleigner und der Arbeitnehmer zusammen, dazu tritt ein kooptiertes „neutrales“ Mitglied; i. d. R. 5 + 5 + 1. Der überbetriebliche Charakter der Montan-Mitbestimmung zeigt sich darin, daß ein Teil der Arbeitnehmermandate einem Vorschlagsrecht der Gewerkschaften unterliegt. Alle Mitglieder des Aufsichtsrates werden von der Hauptversammlung gewählt, doch diese ist hinsichtlich der Arbeitnehmervertreter an die Nominierungen des Betriebsrates und der Gewerkschaften gebunden und wählt den „neutralen“ Mann auf Vorschlag der Aufsichtsratsmitglieder beider Seiten.

Zum Vorstand gehört ein „Arbeitsdirektor“, der vom Aufsichtsrat bestellt wird, aber nicht gegen den Willen der Mehrheit der Arbeitnehmervertreter.

b. Eine Sonderregelung besteht für Konzernunternehmen (Konzern: § 18 AktG) der Montanindustrie: *Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer* etc. vom 7. August 1956 (BGBl. I S. 707) — Mitbestimmungs-Ergänzungsgesetz, Holding-Novelle. Unter dieses Gesetz fallen Unternehmen, die der Montan-Mitbestimmung nicht unterliegen, aber kraft eines Konzernverhältnisses ein Unternehmen organschaftlich beherrschen, das der Montan-Mitbestimmung unterliegt.

Die „Organschaft“ ist ein steuerrechtlicher Begriff, der zuerst in der Praxis des RFH entwickelt wurde. Zwischen zwei Gesellschaften besteht ein organschaftliches Verhältnis, wenn eine juristische Person (Untergesellschaft, „Organgesellschaft“) nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse finanziell (durch Mehrheitsbeteiligung), wirtschaftlich und organisatorisch in die andere Gesellschaft (Obergesellschaft) eingegliedert ist (§§ 2 Abs. 2 Nr. 2 UStG; 7 a KStG; 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 GewStG).

Wird bei einem solchen herrschenden Unternehmen „der Unternehmenszweck des Konzerns durch Konzernunternehmen und abhängige Unternehmen gekennzeichnet, die unter das Mitbestimmungsgesetz fallen“ (§ 3 Abs. 1 MitbestErgG), so gelten für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates des herrschenden Unternehmens die besonderen Regeln der §§ 5 bis 13 MitbestErgG, nämlich: Paritätische Zusammensetzung, 7 + 7 + 1; das gesellschaftsrechtliche Vertretungsorgan wählt die Vertreter der Kapitaleigner; von den Vertretern der Arbeitnehmer werden vier von Wahlmännern aus den Betrieben der Konzernunternehmen gewählt und drei von den Gewerkschaften entsandt.

Der *Unternehmenszweck des Konzerns* wird durch die unter das MitbestG fallenden Konzernunternehmen und abhängigen Unternehmen dann gekennzeichnet, wenn diese mehr als die Hälfte der Umsätze sämtlicher Konzernunternehmen und abhängigen Unternehmen erzielen. Eine Veränderung des Unternehmenszwecks wirkt sich erst dann auf die Mitbestimmungsform aus,

wenn das maßgebliche Umsatzverhältnis in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren vorgelegen hat; § 16 MitbestErgG.

§ 16 MitbestErgG:

§§ 5 bis 13 sind auf das herrschende Unternehmen erst anzuwenden, wenn in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren die Voraussetzungen des § 3 eingetreten sind.

§§ 5 bis 13 sind nicht mehr anzuwenden, wenn in zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren die Voraussetzungen des § 3 weggefallen sind.

Der Montan-Mitbestimmung unterlagen im Juli 1969: MitbestG 56 Unternehmen, MitbestErgG 3 Unternehmen (Rheinische Stahlwerke AG, Gelsenkirchener Bergwerks-AG, Salzgitter AG).

c. Abgesehen von der unterschiedlichen Zusammensetzung der Unternehmensorgane in den beiden Mitbestimmungsbereichen besteht eine wesentliche Verschiedenheit auch insofern, als die Beteiligung *unternehmensexterner* Arbeitnehmer-Vertreter deutlich voneinander abweicht.

BetrVerfG: 85 % der Aufsichtsräte ohne unternehmensexterne Arbeitnehmer-Vertreter;

Montanbereich: in 41 % der Fälle 3, in 39 % der Fälle 4 und in 16 % der Fälle 6 Mandate unternehmensfremder Arbeitnehmer-Vertreter.

d. „Mitbestimmung ist die institutionelle Teilnahme der Arbeitnehmer oder ihrer Vertreter an der Gestaltung und inhaltlichen Festlegung der Willensbildungs- und Entscheidungsprozesse im Unternehmen“ (Bericht der BIEDENKOPF-KOMMISSION „Mitbestimmung im Unternehmen“, Januar 1970, BTag Drucks. VI/334).

Die Mitbestimmung wird gegenwärtig verwirklicht und soll nach den Vorstellungen ihrer Befürworter erweitert werden im Rahmen und mit den Mitteln des *Gesellschaftsrechts*. Die Mitbestimmung betrifft nicht das betriebliche Weisungs- und Direktionsrecht, sondern die *unternehmerische Leitungs- und Planungskompetenz*. Die repräsentative Teilnahme der Arbeitnehmer am Willensbildungsprozeß im Unternehmen soll sich in erster Linie im Aufsichtsrat darstellen. Die Forderung nach Ausdehnung der Mitbestimmung wird hauptsächlich von den Gewerkschaften erhoben, die darin einen Weg der „wirtschaftsdemokratischen“ Selbstverwaltung sehen. DGB und DAG verstehen die Mitbestimmung nicht als ein Instrument gesamtwirtschaftlicher Lenkung oder als Etappe zu einer gemeinwirtschaftlichen Organisation der Wirtschaft. Sie sehen die Mitbestimmung vielmehr als Bestandteil der marktwirtschaftlichen Ordnung und setzen voraus, daß die Rentabilität zu den unverzichtbaren Zielen eines erwerbswirtschaftlichen Unternehmens gehört, diese also als leitende Maxime unternehmerischer Initiativen und Planungen nicht beseitigt werden soll. Die Mitbestimmung soll bei diesen Prämissen zu einer Legitimation und Kontrolle unternehmerischer Machtausübung und zu

einer „sozialen Korrektur“ der Unternehmenspolitik führen, hat also eine syndikalistische, nicht eine sozialistische Zielsetzung.

Bericht der BIEDENKOPF-Kommission aaO; Stellungnahme der BUNDESREGIERUNG zum Bericht der Mitbestimmungs-Kommission, BTag Drucks. VI/1551.

Zu dem BIEDENKOPF-Bericht: kritische Analyse von HARTMANN, ZRP 70, 85; Kritik von HEUSS, Ordo XXI, 1970, S. 193; Antikritik von WILLGERODT, ebd. S. 217.

SCHNEIDER/KUDA, Mitbestimmung, 1969 (dtv 606); VON PLESSEN, Qualifizierte Mitbestimmung und Eigentumsgarantie, 1969; ZÖLLNER, Die Einwirkung der erweiterten Mitbestimmung auf das Arbeitsrecht, RdA 69, 65; FABRICIUS, Mitbestimmung in der Wirtschaft, 1970; E. R. HUBER, Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung, 1970; ZÖLLNER/SEITER, Paritätische Mitbestimmung und Art. 9 Abs. 3 GG, ZFA 1, 1970, S. 97 (auch als selbständige Schrift, 1970).

Zu den von der BIEDENKOPF-KOMMISSION ermittelten Erfahrungen mit der Montan-Mitbestimmung gehören unter anderem:

- a) Die Mitbestimmung stärkt den Vorstand gegenüber den Kapitaleignern.
- b) Die Konzentrationsbewegung und ein möglicher Mißbrauch wirtschaftlicher Macht durch Großunternehmen ist durch die Mitbestimmung nicht verhindert worden.
- c) Die Institution des „neutralen“ Aufsichtsratsmitgliedes hat sich nicht als geeignet erwiesen, die Entscheidungsfähigkeit des Aufsichtsrates zu sichern.

Empfehlungen der BIEDENKOPF-KOMMISSION für die Zusammensetzung des Aufsichtsrates:

Eine relative Vermehrung der Vertreter der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat derjenigen Unternehmungen, in denen die Arbeitnehmer-Vertreter bisher ein Drittel der Sitze innehatten, unter Beibehaltung eines, wenn auch geringen zahlenmäßigen Übergewichts der Vertreter der Anteilseigner.

Die Wahl aller Vertreter der Arbeitnehmer unter Einbeziehung der vom Gesetz vorsehenden unternehmensexternen Arbeitnehmer-Vertreter durch die Belegschaft des Unternehmens, wobei den im Unternehmen vertretenen Gewerkschaften das Recht zur Nomination der unternehmensexternen Arbeitnehmer-Vertreter zustehen soll.

Die Wahl weiterer Aufsichtsratsmitglieder durch die Mehrheiten von Anteilseigner- und Arbeitnehmer-Vertretern im Aufsichtsrat.

Beispiel: 12 Mitglieder des Aufsichtsrates, davon sechs Vertreter der Anteilseigner, vier Arbeitnehmer-Vertreter (von denen für ein bis zwei ein Nominationsrecht der Gewerkschaften besteht) und zwei weitere Mitglieder.

Die „weiteren Mitglieder“ sollen vom Aufsichtsrat auf Vorschlag des Vorstandes (so die Mehrheit der Kommission) kooptiert werden und zwar mindestens durch Mehrheiten beider Seiten.

*Grundgedanke* des Vorschlags der BIEDENKOPF-KOMMISSION: Ein Konflikt zwischen Rentabilitätsinteresse und kurzfristigem Arbeitnehmerinteresse sollte zugunsten des Rentabilitätsinteresses bei Wahrung der sozialen Interessen der Arbeitnehmer entschieden werden. Das Rentabilitätsinteresse wird tendenziell

stärker von den Anteilseignern als von den Arbeitnehmer-Vertretern im Aufsichtsrat geltend gemacht werden.

Die Gewerkschaften halten auch angesichts des Biedenkopf-Berichts an der Forderung nach paritätischer Mitbestimmung in den größeren Unternehmen fest. Die beiden großen Parteien hatten in der 5. Legislaturperiode des Bundestages Gesetzentwürfe eingebracht, die den Forderungen des DGB nicht entsprachen und im wesentlichen zu einem Ausbau des Betriebsverfassungsrechts führen sollten (Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Betriebsverfassungsgesetzes, Antrag der Fraktion der CDU/CSU vom 2. November 1967, BTag Drucks. V/2234; Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Betriebsverfassung, Antrag der Fraktion der SPD vom 16. Dezember 1968, BTag Drucks. V/3658).

## 2. Sachverhalt: Die lex Rheinstahl

a. Neufassung des § 16 MitbestErgG durch das *Gesetz zur Änderung des Gesetzes zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer etc.* vom 27. April 1967 (BGBl. I S. 505) — MitbestÄndG.

§ 16 n. F.

§§ 5 bis 13 sind auf das herrschende Unternehmen erst anzuwenden, wenn in fünf aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren die Voraussetzungen des § 3 vorliegen. §§ 5 bis 13 sind nicht mehr anzuwenden, wenn in fünf aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren die Voraussetzungen des § 3 nicht mehr vorliegen.

Art. 3 MitbestÄndG

(1) Dieses Gesetz tritt am Tage nach seiner Verkündung — 6. Mai 1967 — in Kraft.  
 (2) Die Ersetzung von zwei aufeinanderfolgenden Geschäftsjahren durch fünf aufeinanderfolgende Geschäftsjahre . . . gilt erstmals für das am 31. Dezember 1966 endende oder laufende Geschäftsjahr.

b. Die *Aktiengesellschaft Rheinische Stahlwerke* mit Sitz in Essen ist ein Konzern, der auch Montanunternehmen beherrscht und dessen Aufsichtsrat seit 1958 nach den Vorschriften des MitbestErgG zusammengesetzt ist. Im Geschäftsjahr 1965 überwogen erstmals — als Folge der Eingliederung der Henschel-Unternehmen in den Rheinstahl-Konzern — die Umsätze der nicht montanmitbestimmten Konzernunternehmen, nämlich mit 54,6 % zu 45,4 %. Im Jahre 1966 betrug das Verhältnis 60,3 % zu 39,7 %.

Problem des *rückwirkenden Maßnahme- und Einzelfallgesetzes*:

Feststeht, daß der Umstand, daß die Rheinischen Stahlwerke (eines der drei unter das MitbestErgG fallenden Unternehmen) nach den Bestimmungen des MitbestErgG in Verb. mit dem AktG im Laufe des Jahres 1967 aus der qualifizierten Mitbestimmung ausgeschieden wären, der Anlaß für das MitbestÄndG war. Weiterhin steht fest, daß die Rhein. Stahlwerke beim In-

krafttreten des MitbestÄndG noch nach den Grundsätzen der qualifizierten Mitbestimmung verwaltet wurden, die organisationsrechtlichen Folgerungen aus der Erfüllung des Tatbestandes des § 16 Satz 2 a. F. MitbestErgG also noch nicht vollzogen waren.

c. Nach § 98 AktG entscheidet, wenn streitig oder ungewiß ist, nach welchen gesetzlichen Vorschriften der Aufsichtsrat einer AG zusammenzusetzen ist, auf Antrag das LG/Zivilkammer, in dessen Bezirk die AG ihren Sitz hat.

Ein Aktionär des Rhein Stahl-Konzerns stellte einen entsprechenden Antrag beim LG Dortmund. Durch dessen Aussetzungs- und Vorlagebeschluß vom 10. August 1967 kam die Sache gemäß Art. 100 Abs. 1 GG vor das BVerfG. Das BVerfG entschied: Art. 3 Abs. 2 in Verb. mit Art. 1 MitbestÄndG ist, soweit Art. 3 Abs. 2 die Anwendung der neuen Fassung des § 16 Satz 2 MitbestErgG regelt, mit dem GG vereinbar.

d. *Nachspiel:*

Das Übergewicht der Umsätze aus Verarbeitung über die Umsätze aus der Eisen- und Stahlerzeugung hat bei den Rhein. Stahlwerken weiter angehalten, so daß jetzt auch die Voraussetzungen des § 16 Satz 2 MitbestErgG in der Fass. des MitbestÄndG erfüllt sind. Die fraglichen Feststellungen des Wirtschaftsprüfers für das Geschäftsjahr 1969 (51,3% zu 48,7%) wurden allerdings von der Mehrheit des Aufsichtsrates nicht gebilligt, so daß erneut mit einem Verfahren nach § 98 AktG seitens eines Aktionärs zu rechnen ist.

(Nach einem Bericht in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 17. Juli 1970)

**3. Aus den Entscheidungsgründen (BVerfGE 25, 371/395-408; verkürzter und vereinfachter Auszug):**

A. *Maßnahmegesetz?*

Das MitbestÄndG erging, um den Status quo im Mitbestimmungsbereich so lange zu erhalten, bis eine Neuregelung des gesamten Fragenbereichs auf Grund des Ergebnisses der von der Biedenkopf-Kommission zu erarbeitenden Grundlage möglich ist. Außerdem sollte das Ausscheiden der AG Rhein Stahlwerke aus der Montan-Mitbestimmung verhindert werden. Das MitbestÄndG ist deshalb als ein auf einen konkreten Sachverhalt abgestelltes Gesetz („Maßnahmegesetz“) bezeichnet worden. Maßnahmegesetze sind aber als solche weder unzulässig noch unterliegen sie einer strengeren verfassungsrechtlichen Prüfung als andere Gesetze. Der Begriff des Maßnahmegesetzes ist also verfassungsrechtlich irrelevant.

B. *Einzelfall- oder Individualgesetz?*

I. Art. 3 Abs. 1 in Verb. mit Art. 1 MitbestÄndG ist kein Einzelfallgesetz. Eine Norm hat den Charakter eines für eine unbestimmte Vielfalt von Fällen geltenden generellen Rechtssatzes — und ist demnach kein Einzelfallgesetz —, wenn sich wegen

der abstrakten Fassung des gesetzlichen Tatbestandes nicht genau übersehen läßt, auf wieviele und welche Fälle das Gesetz Anwendung findet, wenn also nicht nur ein einmaliger Eintritt der vorgesehenen Rechtsfolge möglich ist. Liegt ein genereller Rechtssatz vor, so ist es ohne Belang, ob ein Einzelfall den Anlaß zu der gesetzlichen Regelung gegeben hat.

Hier: (1) Die Tatbestandsmerkmale sind abstrakt gefaßt, so daß nicht nur ein einmaliger Eintritt der Rechtsfolge möglich ist. (2) Es liegt auch nicht ein getarntes Einzelfallgesetz vor. Denn der in Art. 3 Abs. 1 in Verb. mit Art. 1 MitbestÄndG zum Ausdruck kommende objektive Wille des Gesetzgebers erschöpft sich nicht darin, ausschließlich den Fall der Rhein. Stahlwerke zu regeln, der den Anlaß für das MitbestÄndG gegeben hat. Die Vorschriften sind vielmehr nach der Natur der in Betracht kommenden Sachverhalte geeignet, weitere Fälle zu erfassen.

II. Auch wenn man ein verdecktes Einzelfallgesetz als gegeben annimmt, was bei einer bestimmten Auslegung des MitbestÄndG möglich ist, ist das GG nicht verletzt. 1. Einzelfallgesetze sind als solche nach dem GG nicht schlechthin, sondern lediglich nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 GG unzulässig. Ein über Art. 19 Abs. 1 Satz 1 hinausgreifendes Verbot von Einzelfallgesetzen läßt sich insbes. nicht aus dem Rechtsstaatsprinzip herleiten. Dem GG kann nicht entnommen werden, daß es — von Art. 19 Abs. 1 Satz 1 abgesehen — von einem Gesetzesbegriff ausgeht, der als Inhalt der Gesetze lediglich generelle Regelungen zuläßt. Auch die gesetzliche Regelung eines einzelnen Falles kann erforderlich sein. Das gilt vor allem im Bereich der Wirtschafts- und Sozialordnung. Mit der Regelung eines einzelnen Falles greift der Gesetzgeber nicht notwendig in die Funktionen ein, die die Verfassung der vollziehenden Gewalt oder der Rechtsprechung vorbehalten hat.

Hier: die Verlängerung des Beurteilungszeitraumes in § 16 MitbestErgG konnte nur vom Gesetzgeber vorgenommen werden. Es ist nicht ersichtlich, inwiefern er hiermit die ihm durch den Grundsatz der Gewaltenteilung gezogenen Grenzen überschritten haben sollte.

2. Prüfungsmaßstab für die Frage, ob ein verfassungswidriges Einzelfallgesetz vorliegt, wäre also lediglich Art. 19 Abs. 1 Satz 1. Diese Verfassungsnorm ist nicht verletzt.

a. Auffassung der Mehrheit des Senats, übereinstimmend mit der Rechtsansicht des I. Senats in BVerfGE 24, 367/396: Art. 19 Abs. 1 Satz 1 dient nur der Sicherung derjenigen Grundrechte, die auf Grund eines speziellen Gesetzesvorbehaltes eingeschränkt werden können. Soweit ein solcher Vorbehalt besteht, darf das Gesetz nicht nur für den Einzelfall gelten.

Hier: Die Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 und 14 GG, mit denen das MitbestÄndG unvereinbar sein könnte, stehen nicht unter einem derartigen Gesetzesvorbehalt.

b. Auffassung der Minderheit des Senats: Art. 19 Abs. 1 Satz 1 ist eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichheitssatzes. Er verbietet dem Gesetzgeber, aus einer Reihe gleichartiger Sachverhalte willkürlich einen Fall herauszugreifen und zum Gegenstand einer Ausnahmeregelung zu machen, gilt also nicht nur für spezielle Gesetzesvorbehalte. Andererseits schließt Art. 19 Abs. 1 Satz 1 die gesetzliche Regelung eines Einzelfalles dann nicht aus, wenn der Sachverhalt so beschaffen ist, daß es nur *einen* zu regelnden Fall dieser Art gibt und die Regelung dieses singulären Sachverhalts von sachlichen Gründen getragen wird.



### C. Vereinbarkeit mit Art. 3 Abs. 1 GG?

Es muß grundsätzlich dem Gesetzgeber überlassen werden, die Merkmale zu bestimmen, nach denen Sachverhalte als hinreichend gleich anzusehen sind, um sie gleich zu regeln. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, die ihm Art. 3 Abs. 1 beläßt, besteht in erster Linie darin, aus der Vielzahl der Lebenssachverhalte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Gleich- oder Ungleichbehandlung maßgebend sein sollen.

Hier: Die Entscheidung des Gesetzgebers ist keineswegs willkürlich. Dem Gesetz liegt vor allem die Erwägung zugrunde, den gegenwärtigen Stand im Mitbestimmungsbereich solange zu erhalten, bis eine Neuregelung des gesamten Fragenbereichs auf der Grundlage der Ergebnisse der Sachverständigenkommission möglich ist. Das ist eine sachliche Erwägung. Es kommt hinzu, daß sich bei dem einen oder bei dem anderen der unter das MitbestErgG fallenden Konzerne Veränderungen und Umschichtungen in der Zusammensetzung des Konzerns abzeichneten, die bei einem nur zweijährigen Beurteilungszeitraum zu einem mehrfachen Wechsel der Mitbestimmungsform innerhalb relativ kurzer Zeiträume hätte führen können. Eine Regelung, die solche Entwicklungen verhindert, ist nicht willkürlich.

### D. Verletzung des Verbots rückwirkender Gesetze?

I. ‚Echte‘ Rückwirkung liegt vor, wenn ein Gesetz nachträglich in abgeschlossene, der Vergangenheit angehörende Tatbestände eingreift. Grundsätzlich soll sich der Bürger darauf verlassen können, daß der Gesetzgeber an abgeschlossene Tatbestände nicht ungünstigere Folgen knüpft, als sie im Zeitpunkt der Vollendung dieser Tatbestände voraussehbar waren.

Hier: Ein ‚abgeschlossener Tatbestand‘, in den das MitbestÄndG eingegriffen hätte, liegt nicht vor. Allein durch den Fortfall der Voraussetzungen für die qualifizierte Mitbestimmung (§ 3 in Verb. mit § 16 a. F. MitbestErgG) war nichts ‚abgeschlossen‘, weil es zur Änderung der Mitbestimmungsform zusätzlich bestimmter, in §§ 97, 98 AktG geregelter Verfahren bedurfte, die bei Inkrafttreten des MitbestÄndG nicht abgeschlossen waren.

II. Nach den Grundsätzen über die ‚unechte‘ Rückwirkung von Gesetzen kann unter Umständen auch das Vertrauen des Bürgers darauf, daß seine Rechtsposition nicht nachträglich durch Vorschriften entwertet wird, die lediglich für die Zukunft auf gegenwärtige, noch nicht abgeschlossene Sachverhalte einwirken, Schutz beanspruchen.

Hier: Das MitbestÄndG hat Rechtspositionen nicht entwertet. Die Verlängerung des nach § 16 MitbestErgG maßgeblichen Beurteilungszeitraumes hat zur Folge, daß das mit dem Eigentum an der Aktie verbundene Recht, bei der Wahl des Aufsichtsrates mitzuwirken, von den Aktionären der Rhein. Stahlwerke für weitere drei Jahre nur nach Maßgabe der Vorschriften des MitbestErgG ausgeübt werden kann. Das Vertrauen der Aktionäre darauf, die qualifizierte Mitbestimmung werde wegfallen, ist verfassungsrechtlich ebensowenig geschützt wie ihr Vertrauen, daß sie nicht auf weitere Unternehmen erstreckt werden wird.

### E. Verletzung des Art. 14 GG?

Die Aktie ist gesellschaftsrechtlich vermitteltes Eigentum und genießt als Vermögensrecht den Schutz des Art. 14. Der Charakter als Vermögensrecht kann von dem als Mitgliedschaftsrecht nicht getrennt werden.

Hier: Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des MitbestÄndG waren bei den Rhein. Stahlwerken Aufsichtsrat und Vorstand nach den Bestimmungen über die qualifizierte Mitbestimmung zusammengesetzt. Die Verlängerung des bestehenden Zustands enthält keine Verschlechterung der Position des Eigentümers.

F. *Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG?*

I. Das MitbestÄndG verstößt nicht gegen das GG und verletzt deshalb die nur innerhalb der Schranken der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistete wirtschaftliche Betätigungsfreiheit nicht.

II. Die Verlängerung des Beurteilungszeitraumes läßt auch den Kern der wirtschaftlichen Betätigung der Unternehmensleitung und der Aktionäre des Rheinstahl-Konzerns unberührt, und zwar schon deshalb, weil das Gesetz lediglich zur Folge hat, daß die bisherige Mitbestimmungsform bei den Rhein. Stahlwerken beibehalten wird.

## C. Konjunktur- und Wachstumspolitik

### I. Die Konjunktur- und Wachstumspolitik im Zusammenhang der Wirtschaftspolitik und der Finanzwirtschaft

1. Die **Wirtschaftspolitik** besteht aus den politischen Entscheidungen und Maßnahmen der leitenden Staatsorgane, besonders des Parlaments, der Regierung, des Wirtschaftsministers und der Zentralbank, im Hinblick auf die Ordnung (Organisation und Ablauf) und Entwicklung des wirtschaftlichen Prozesses. *Rechtlich* treten die wirtschaftspolitischen Handlungen als staatsleitende oder gesetzgeberische Akte in Erscheinung.

Die *wohlfahrtsstaatliche Wirtschaftspolitik* zielt auf eine Gestaltung des wirtschaftlichen Prozesses durch wettbewerbs-, konjunktur-, wachstums-, struktur- und gesellschaftspolitischer Beeinflussung, Förderung und Lenkung. Soweit sie nicht nur auf eine konkrete Situation reagiert, sondern regelnd auf die Grundlagen des wirtschaftlichen Prozesses einwirkt, z. B. auf die Eigentumsverfassung oder das Vertragsrecht, ist sie nicht „staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft“ (so das Thema der Marburger Staatsrechtslehrertagung, VVDStRL Heft 11, 1954), sondern „*Ordnungspolitik*“. Bei Betonung der gestaltenden Beeinflussung der Privatwirtschaft unter instrumentaler Verwendung rechtlicher Mittel, wird das wirtschaftspolitische Vorgehen des Staates als „*Wirtschaftslenkung*“ bezeichnet.

Die Wirtschaftslenkung kann als *globale* Wirtschaftssteuerung die Beeinflussung der makroökonomischen Größen — Ausgaben der öffentlichen Hand, Investitionen, Konsum — anstreben, wie bei den konjunkturpolitischen Verpflichtungen und Maßnahmen auf Grund des Stabilitätsgesetzes, oder auf bestimmte Situationen, Rechtsverhältnisse und Rechtsgeschäfte bezogen sein. Sie kann sich auf nur *mittelbar wirksame* Beeinflussung des wirtschaftlichen Prozesses beschränken, wie bei einer Aufwertung oder einer Änderung des Diskontsatzes, oder unmittelbar gebietend, verbotend oder gestaltend in die Produktion oder den rechtsgeschäftlichen Wirtschaftsverkehr eingreifen, wie durch die gesetzliche Einführung einer Genehmigungspflicht für bestimmte Rechtsgeschäfte.

2. Im Unterschied zur *Wettbewerbspolitik*, welche die Ordnung des Marktes, den „Rahmen“ des marktwirtschaftlichen Verkehrs zum Gegenstand hat, bezieht sich die **Konjunkturpolitik** auf den Ablauf der marktwirtschaftlichen Prozesse, auf das Verhältnis von Angebot und Nachfrage. Ziel der

Konjunkturpolitik ist das *Gleichgewicht* der volkswirtschaftlichen Gesamtnachfrage und des volkswirtschaftlichen Gesamtangebots. Die *volkswirtschaftliche Gesamtnachfrage* drückt sich in den Ausgaben des Staates (der öffentlichen Haushalte), der Unternehmen (Investitionen der Privatwirtschaft) und der Haushalte (Konsumtion) aus. Die Konjunkturpolitik strebt an, die Entwicklung der volkswirtschaftlichen Gesamtnachfrage möglichst gleichmäßig stattfinden zu lassen und möglichst frei von den Schwankungen der Übernachfrage (Boom, Überhitzung) und der Unternachfrage (Rezession, Depression) zu halten, substantiell gesprochen, Vollbeschäftigung, Währungsstabilität und ausgeglichene Zahlungsbilanz (Ausgleich von Importen und Exporten) zu erreichen und zu erhalten.

Die ökonomische Voraussetzung wohlfahrtsstaatlicher Politik ist das „*Wachstum*“ der Wirtschaft, die andauernde wirtschaftliche Prosperität, d. h. die Steigerung der Produktion und des Sozialprodukts, der Produktivität und des Lebensstandards. Die **Wachstumspolitik** gibt somit eine bestimmte Richtung der volkswirtschaftlichen Entwicklung an und geht von der Verantwortung des Staates für die Einhaltung dieser Richtung aus.

Konjunktur- und Wachstumspolitik lassen sich nicht isoliert betrachten. Beide beziehen sich auf die staatliche Beeinflussung der *wirtschaftlichen Entwicklung*. Während die Konjunkturpolitik die Wirtschaftspolitik im Hinblick auf die, nach der älteren Auffassung „zyklische“, d. h. in periodischen Wellenbewegungen verlaufende, Expansion und Kontraktion der volkswirtschaftlichen Arbeit ist, ist die Wachstumspolitik die Wirtschaftspolitik im Hinblick auf das fortdauernde Ansteigen der Leistung der Volkswirtschaft. Die spannungsvolle Kombination von Konjunktur- und Wachstumspolitik kommt in dem Ziel des „*ausgeglichene*“ oder „*stabilen*“ Wachstums zum Ausdruck.

JOHN MAYNARD KEYNES, *The General Theory of Employment, Interest, and Money*, 1936; JOSEPH A. SCHUMPETER, *Theorie der wirtschaftlichen Entwicklung*, 1934; SCHMÖLDERS, *Konjunktoren und Krisen*, 1955; ROSTOW, *The Stages of Economic Growth*, 1960 (dt. 2. Aufl., 1967); M. STEWARD, *Keynes and After*, 1967.

Ein Annex der Wachstumspolitik, in der diese in einen größeren Zusammenhang mit der Sozialpolitik und der Raumordnung tritt, ist die *Strukturpolitik*. Sie versucht, zurückgebliebene oder der wirtschaftlichen Entwicklung nicht gewachsene Gebiete oder Wirtschaftszweige durch unmittelbar wirksame Maßnahmen, vor allem Subventionen und steuerliche Vorteile auf der Grundlage von Entwicklungsprogrammen, zu unterstützen oder anzupassen.

Strukturbericht 1970 der Bundesregierung, BTag Drucks. VI/761; Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage betr. Förderung der Wirtschaftsstruktur, BTag Drucks. VI/1120; Grundsätze einer Strukturpolitik für kleine und mittlere Unternehmen, BTag Drucks. VI/1666; Jahreswirtschaftsbericht 1971 der Bundesregierung,

BTag Drucks. VI/1760, TZ 77 ff. — GÄFGEN, Art. Strukturpolitik, Staatslexikon, 11. Bd., 1970, Sp. 386.

### *Regionale Strukturpolitik:*

Die Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur ist eine Gemeinschaftsaufgabe (Art. 91a Abs. 1 Nr. 1 GG). Eine gesetzliche Regelung der Förderung des Zonenrandgebietes steht bevor (vgl. die vorliegenden Entwürfe, BTag Drucks. VI/796 und VI/1548).

Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage betr. Ergebnisse der Regionalen Strukturpolitik, BTag Drucks. VI/1121; Raumordnungsbericht 1970 der Bundesregierung, BTag Drucks. VI/1340; Vorschlag der Kommission der Europ. Gemeinschaften für eine Entscheidung des Rates über die Mittel eines Vorgehens der Gemeinschaft auf dem Gebiet regionaler Entwicklung und Aufzeichnung über die Regionalpolitik in der Gemeinschaft, BTag Drucks. VI/1397.

### *Sektorale Strukturpolitik:*

(1) *Landwirtschaft:* Landwirtschaftsgesetz vom 5. September 1955 (BGBl. I S. 565); Gesetz zur Förderung der Eingliederung der dt. Landwirtschaft in den Gemeinsamen Markt (EWG-Anpassungsgesetz) vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1201); Gesetz zur Anpassung der landwirtschaftlichen Erzeugnisse an die Erfordernisse des Marktes (Marktstrukturgesetz) vom 16. Mai 1969 (BGBl. I S. 423); Gesetz über einen Ausgleich für Folgen der Aufwertung der Deutschen Mark auf dem Gebiet der Landwirtschaft vom 23. Dezember 1969 (BGBl. I S. 2381).

„Grüner Bericht“ und „Grüner Plan“ 1970, BTag Drucks. VI/372; Agrarbericht 1971 der Bundesregierung, BTag Drucks. VI/1800.

(2) *Kohlebergbau:* Gesetz zur Anpassung und Gesundung des dt. Steinkohlebergbaus und der dt. Steinkohlebergbaugebiete vom 15. Mai 1968 (BGBl. I S. 365).

Antwort der Bundesregierung auf eine Kleine Anfrage betr. Energiepolitik, BTag Drucks. VI/1252; Jahreswirtschaftsbericht 1971 der Bundesregierung, BTag Drucks. VI/1760, TZ 116 ff. — H. SCHNEIDER, Verfassungsrechtliche Fragen des Steinkohle-Anpassungsgesetzes, BB Beilage 2/1969.

3. Das charakteristische Medium der Konjunkturpolitik ist der *Geldkreislauf*. Die geld- und finanzwirtschaftlichen Faktoren — Währung, Kredit, Besteuerung, Haushaltswirtschaft — dienen als Ansatzpunkt globaler und mittelbarer Wirtschaftslenkung zur Beeinflussung der Ausgaben der öffentlichen Hand, der Investitionen und des Konsums.

Die wesentlichen Mittel und rechtlichen Institutionen der bei Geld und Kredit ansetzenden Konjunkturpolitik sind die *Währungs- und Kreditpolitik* und die *Finanzpolitik*.

### a. Währungs- und Kreditpolitik:

Die währungs- und kreditpolitischen Aufgaben und Befugnisse sind zwischen der *Regierung* und der autonomen Zentralbank, der *Bundesbank*, aufgeteilt. Als Ziele werden die Wahrung des Geldwertes und der Kaufkraft und die Stimulierung oder Dämpfung der Investitionstätigkeit durch Beeinflussung des Volumens und der Kosten des Kredits angestrebt.

Die *Kreditpolitik* beeinflusst über den Zinssatz und über die Veränderung der Liquidität der Geschäftsbanken die Möglichkeiten und Bedingungen der Kreditaufnahme auf dem Kapitalmarkt und damit die Investitionen sowie die Neigung zum Sparen und damit die Quantität der Kaufkraft. Die Bundesbank als die „*Währungs- und Notenbank*“ des Bundes (Art. 88 GG, Bundesbankgesetz vom 26. Juli 1957) besitzt die Befugnisse der Notenausgabe, der Diskontsatzfestsetzung, der Offenmarktpolitik und der Mindestreservenfestsetzung (§§ 14 ff. BBankG).

### § 3 BBankG

Die Deutsche Bundesbank regelt mit Hilfe der währungspolitischen Befugnisse, die ihr nach diesem Gesetz zustehen, den Geldumlauf und die Kreditversorgung der Wirtschaft mit dem Ziel, die Währung zu sichern, und sorgt für die bankmäßige Abwicklung des Zahlungsverkehrs im Inland und mit dem Ausland.

KÖNNEKER, Die Deutsche Bundesbank, 1967; SEEK/STEFFENS, Die Deutsche Bundesbank, 1967; VON SPINDLER/BECKER/STARKE, Die Deutsche Bundesbank, 3. Aufl., 1969.

Durch den Übergang von der Edelmetallwährung zur *manipulierten Währung* (die Münzen dienen als Scheidemünzen nur der Erleichterung des Zahlungsverkehrs) ist der Geldwert nicht mehr eine Funktion des Preises des Währungsmetalls, sondern eine Funktion der Konjunktur. Während die unmittelbare Einflußnahme auf den Kredit Sache der Bundesbank ist, ist die vor allem die Festsetzung der Außenparität der Währung (Aufwertung, Abwertung, Kursfreigabe) einschließende *Währungspolitik* im engeren Sinne Sache der Bundesregierung. Die zunehmende Verflechtung der deutschen Volkswirtschaft mit der Weltwirtschaft und vor allem die Integration in den gemeinsamen Markt der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft macht die Geldwertstabilität auch von außenwirtschaftlichen Faktoren abhängig (Problem der „importierten Inflation“ und der außenwirtschaftlichen Absicherung, § 4 Stabilitätsg). Die Lückenhaftigkeit des EWG-Vertrages in der Frage einer Währungsunion oder zumindest einer gemeinsamen Währungs- und Konjunkturpolitik der Mitgliedstaaten macht sich immer deutlicher bemerkbar.

VEIT, Grundriß der Währungspolitik, 1961; SCHMÖLDERS, Geldpolitik, 2. Aufl., 1968; FÖGEN, Geld- und Währungsrecht, 1969; LIPPERT, Der Geldmarkt, 1962; STUCKEN, Geld und Kredit, 1949; HALLER, Das Problem der Geldwertstabilität, 1966; TOMUSCHAT, Die Aufwertung der Deutschen Mark, 1970; HOFFMANN-RIEM, Rechtsprobleme der Aufwertung 1969, BB 69, 1374.

b. *Finanzpolitik:*

Die Beschaffung und Verwendung der im finanzwirtschaftlichen System der öffentlichen Haushalte (Bund, Länder, Gebietskörperschaften, Sondervermögen) verwalteten Finanzmittel tritt rechtlich in erster Linie in der *Steuer-gesetzgebung* und in der *Haushaltsgesetzgebung* und *Haushaltswirtschaft* in Erscheinung. Die ältere Betrachtungsweise entwickelte die Finanzwirtschaft und Finanzpolitik allein aus dem finanziellen Prinzip; die Steuer wurde als ein Instrument zur Beschaffung der für die Erfüllung der Staatsaufgaben notwendigen Mittel und der Haushalt als eine Technik der geordneten und überschaubaren Bewirtschaftung der öffentlichen Finanzen begriffen.

Von Anbeginn bestand Klarheit über den notwendigen Zusammenhang von politischer Herrschaft und öffentlicher Finanzwirtschaft, über die Abhängigkeit des Statuierens und der Erledigung staatlicher Aufgaben von der Verfügung über finanzielle Mittel. Finanzwirtschaftliche Abhandlungen gehören zu den ältesten Staatsschriften (RICHARD VON ELY, Schatzmeister des englischen Königs Heinrich II., verfaßte 1177—79 den *Dialogus de Scaccario*; dt. *Dialog über das Schatzamt*, 1963) und im deutschen Absolutismus bilden Staatslehre und Kameralistik eine Einheit, die in der Verbindung der „Rechts- und Staatswissenschaften“ bis in das 19. Jahrhundert fortbestand (HANS MAIER, *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, 1966). Das *Steuerbewilligungsrecht* der Stände, später ergänzt durch das konstitutionelle *Budgetrecht* des Parlaments (das Recht der Volksvertretung den von der Regierung vorgelegten jährlichen Haushaltsplan — Etat, Budget — durch Gesetz festzustellen und den ordnungsmäßigen Haushaltsvollzug auf Grund der Rechnungslegung des Finanzministers nach Rechnungsprüfung durch einen unabhängigen Rechnungshof zu kontrollieren), wurde zu einer Grundlage des Parlamentarismus. Der Anlaß für die großen bürgerlichen Revolutionen waren Auseinandersetzungen über das parlamentarische Steuerbewilligungsrecht (England, Nordamerika) oder über den Zustand der öffentlichen Finanzen (Frankreich). Eines der für die deutsche Verfassungsgeschichte und die staatsrechtliche Konstruktion der gesetzgebenden Gewalt folgenreichsten Ereignisse war der preußische Budgetkonflikt, der 1862 über die Heeresvorlage entstand und nach mehrjähriger etatloser Regierung mit dem Indemnitätsgesetz vom 3. September 1866 endete (E. R. HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, Bd. III, 1963, S. 305 ff.).

Der Zusammenhang der öffentlichen Finanzwirtschaft mit dem wirtschaftlichen Prozeß und die wirtschaftspolitische Instrumentalisierung der Finanzpolitik wurden erst in neuerer Zeit zum Orientierungspunkt einer planmäßigen Praxis und zum Gegenstand einer folgerichtigen Theorie. Zwar war die finanzwirtschaftliche Förderung von Produktion und Außenhandel seit dem Merkantilismus in unterschiedlichem Ausmaß ein Bestandteil der Gewerbe- und Handelspolitik, doch haben erst die wohlfahrtsstaatliche Entgrenzung

der Staatsaufgaben und das enorme Ansteigen der Besteuerung seit dem ersten Weltkrieg zu einer derartigen Vergrößerung der öffentlichen Finanzmasse geführt, daß *Steuer* und *Haushalt* zu einem *wirksamen Medium konjunkturpolitischer Wirtschaftssteuerung* werden konnten. Das Vordringen *nichtfiskalischer Nebenzwecke der Besteuerung* und die konsequente Berücksichtigung der „*ökonomischen Budgetfunktion*“ haben die Grundsätze der Finanz- und Haushaltswirtschaft verändert und dem Finanzwesen auch in der Verfassungsordnung eine neue Stellung gegeben. Die Mittel der konjunkturpolitisch ausgerichteten Finanz- und Haushaltswirtschaft bestehen insbes. in der Kontraktion oder Expansion der für Investitionen und Konsum verfügbaren Geldmenge durch Änderung der Steuersätze oder ähnliche steuerrechtliche Maßnahmen und in dem Einsatz der haushaltswirtschaftlichen Ausgaben der öffentlichen Hand zur Dämpfung oder Anreizung der Konjunktur (antizyklische oder kompensatorische „*fiscal policy*“).

Finanzbericht 1971; SCHMÖLDERS, Finanzpolitik, 2. Aufl., 1965; HALLER, Finanzpolitik, 4. Aufl., 1968; NEUMARK, HdbFinWiss., 2. Aufl., I. Bd., 1952, S. 554 ff.; ders., Grundsätze gerechter und ökonomisch rationaler Steuerpolitik, 1970; FRIAUF/WAGNER, Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft, VVDStRL Heft 27, 1969.

Eine neuartige Methode der sozial korrigierten temporären Stilllegung von Konsumkaufkraft und von liquiden Mitteln der Unternehmen ist mit dem Gesetz über die Erhebung eines rückzahlbaren Konjunkturzuschlags zur Einkommensteuer und Körperschaftsteuer vom 23. Juli 1970 (BGBl. I S. 1125) eingeschlagen worden. Der Sache nach handelt es sich dabei nicht um Besteuerung, sondern um Wirtschaftslenkung durch eine Quasisteuer; denn die aufkommenden Mittel fließen nicht der Finanzmasse der öffentlichen Haushalte zu. Diese rückzahlbare „Konjunkturabgabe“ stellt eine Parallele zu der Konjunkturausgleichsrücklage dar, mit der die Ausgabekraft der öffentlichen Haushalte reduziert oder expandiert werden kann (Art. 109 Abs. 4 Nr. 2 GG, §§ 5—7, 15 StabG). Die verfassungsrechtlichen Einwände gegen das KonjunkturzuschlagsG sind vom BVerfG nicht als stichhaltig anerkannt worden.

BVerfG DOV 71, 93. — KIRCHHOF/WALTER, Die verfassungsrechtl. Problematik des rückzahlbaren Konjunkturzuschlags, NJW 70, 1575; HALL, Rückzahlbarer Konjunkturzuschlag und Steuergesetz, NJW 70, 2189; KRAUSE-ABLASS, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Konjunkturzuschlags, Steuer und Wirtschaft 47, 1970, S. 709.

#### 4. Haushaltsplan und Haushaltsgesetz

a. Die Anpassung des Haushaltsrechts an die Grundsätze einer konjunkturgerechten Haushaltswirtschaft war eines der Hauptziele der mit dem 20. *Änderungsgesetz zum GG* vom 12. Mai 1969 (BGBl. I S. 357), dem *Haushaltsgrundsätze-gesetz* vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1273) und der *Bun-*



*deshaushaltsordnung* vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284) verwirklichten *Haushaltsreform*. Das neue Haushaltsrecht löste die Reichshaushaltsordnung vom 31. Dezember 1922 ab, die in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. April 1930 (BGBl. II S. 693) nach 1945 als Bundes- und Landesrecht fortgegolten hatte. Die Haushaltsreform hat neben der Orientierung der Haushaltswirtschaft an der ökonomischen Budgetfunktion, d. h. der Verpflichtung der Aufstellung, Feststellung und Ausführung des Haushaltsplanes auf die „Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ (Art. 109 Abs. 2 GG), das Haushaltsrecht vor allem durch die Institutionalisierung der mehrjährigen Finanzplanung, die Abschwächung des Prinzips der Einjährigkeit des Haushalts, die bessere Ausgestaltung des Vetorechts der Exekutive gegen ausgabenwirksame Gesetze (Art. 113 GG), die Beseitigung der Unterscheidung des ordentlichen und des außerordentlichen Haushalts und die Verbesserung des Schemas des Haushaltsplanes weiterentwickelt.

Gesetzentwürfe zur Haushaltsreform: BTag Drucks. V/3040; LEICHT, Die Haushaltsreform, 1970; PIDUCH, Bundshaushaltsrecht, 1969; PATZIG/TRABER, Haushaltsrecht des Bundes und der Länder, 2 Bde., 1970; HENLE, Haushaltsordnung nach der Haushaltsreform, DÖV 70, 289.

#### b. § 2 HG rG

Der Haushaltsplan dient der Feststellung und Deckung des Finanzbedarfs, der zur Erfüllung der Aufgaben des Bundes oder des Landes im Bewilligungszeitraum voraussichtlich notwendig ist. Der Haushaltsplan ist die Grundlage für die Haushalts- und Wirtschaftsführung. Bei seiner Aufstellung und Ausführung ist den Erfordernissen des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts Rechnung zu tragen.

Der *Haushaltsplan* stellt die zu erwartenden Einnahmen und die erforderlichen Ausgaben einer öffentlichen Körperschaft vor Beginn der Rechnungsperiode, für die er gelten soll, geordnet gegenüber. Die Grundfunktion des Haushaltsplanes ist eine finanzwirtschaftliche, nämlich eine geordnete Wirtschafts- und Rechnungsführung für einen in der Zukunft liegenden bestimmten Zeitraum und eine nachträgliche Rechnungskontrolle zu ermöglichen. Im Zuge der Haushaltsreform von 1969 ist die frühere „Einjährigkeit“ des Haushaltsplanes aufgelockert und der Haushalt in eine mehrjährige Finanzplanung eingeordnet worden. Der Haushaltsplan wird für ein oder mehrere Rechnungsjahre, nach Jahren getrennt, aufgestellt; er ist in Einnahme und Ausgabe auszugleichen. Nach dem Grundsatz der Gesamtdeckung (§ 7 HG rG) dienen alle Einnahmen als Deckungsmittel für alle Ausgaben, so daß eine „Fondswirtschaft“ auf Grund einer Zweckbindung bestimmter Einnahmen zugunsten bestimmter Ausgaben grundsätzlich ausgeschlossen ist (*Prinzip der Non-Affektation*). Die Grundsätze und Verfahren, nach denen der Haushaltsplan aufgestellt und ausgeführt wird und die Rechnungslegung, Prüfung und Entlastung stattfindet, ergeben sich aus dem Haushaltsrecht (HG rG, BHO,

LandeshaushaltsO). Die Hauptprinzipien des Haushaltsrechts sind in der Verfassung festgelegt (Art. 109 ff. GG).

J. HECKEL, Die Entwicklung des parlamentarischen Budgetrechts und seiner Ergänzungen, Einrichtung und rechtliche Bedeutung des Reichshaushaltsgesetzes, die Budgetverabschiedung, HDStR II, 1932, S. 358 ff.; NEUMARK, Der Reichshaushaltsplan, 1929; HENLE, Die Ordnung der Finanzen in der Bundesrep. Deutschland, 1964; HIRSCH, Haushaltsplanung und Haushaltskontrolle in der Bundesrep. Deutschland, 1968; GÖTZ, Die Staatsausgaben in der Verfassungsordnung, JZ 69, 89.

c. Der Haushaltsplan wird vor Beginn des Rechnungsjahres *durch ein Gesetz* festgestellt (Art. 110 Abs. 2 GG). Die parlamentarische Feststellung des Haushaltsplanes gibt dem von der Exekutive aufgestellten Haushaltsplan rechtliche Verbindlichkeit und ist ihrerseits Grundlage für die Ausführung des Haushaltsplanes durch die Exekutive; die vierte Phase des Haushaltskreislaufes ist die parlamentarische Entlastung des Exekutive nach Rechnungslegung und Rechnungskontrolle (Art. 114 GG). Die *Gesetzesinitiative* für das Haushaltsgesetz steht nur der Bundesregierung zu (Art. 110 Abs. 3 GG), nicht also auch einer Gruppe des Bundestages und dem Bundesrat (Art. 76 Abs. 1 GG). Der gesetzlich festgestellte Haushaltsplan *ermächtigt* die Exekutive, *Ausgaben zu leisten* und *Verpflichtungen einzugehen* (§ 3 Abs. 1 HGrG); die Exekutive ist nicht verpflichtet, im gesetzlich festgestellten Haushaltsplan vorgesehene Ausgaben zu bewirken, behält also die selbständige Initiative und Verantwortlichkeit für Art und Zeitpunkt der Sachaufgaben, für die ihr im Haushaltsgesetz Deckungsmittel zugewiesen worden sind. Dieses haushaltsrechtliche Detail zeigt die der Eigenart des parlamentarischen Regierungssystems entsprechenden Grenzen des Budgetrechts des Parlaments. Der Umstand allerdings, daß ungeachtet dieses rechtlichen Gesichtspunkts im allgemeinen von einer politischen Verbindlichkeit der Exekutive ausgegangen wird, von den haushaltsgesetzlichen Ausgabermächtigungen Gebrauch zu machen, zeigt weiter, daß das vom parlamentarischen Regierungssystem vorausgesetzte Verhältnis von Parlament und Regierung im parteienstaatlichen Parlamentarismus in seiner normativen Kraft abgeschwächt wird. Auf dieser Linie liegt auch die nicht seltene Praxis, den *Haushaltsausschuß* des Bundestages durch einen „qualifizierten Sperrvermerk“ im gesetzlich festgestellten Haushaltsplan, der die Verausgabung des gesperrten Ansatzes von einer Zustimmung des Ausschusses abhängig macht, am Vollzug des Haushaltsplanes zu beteiligen (KEWENIG, Staatsrechtl. Probleme parlamentarischer Mitregierung am Beispiel der Arbeit der Bundestagsausschüsse, 1970).

Die Feststellung des Haushaltsplanes ist der notwendige und wesentliche, jedoch nicht der ausschließliche Bestandteil des *Haushaltsgesetzes*. Neben dieser Feststellung enthält das Haushaltsgesetz regelmäßig eine Anzahl haushaltswirtschaftlicher und konjunkturpolitischer Regelungen, die mit dem

Haushaltsplan und dessen Ausführung in engerem oder weiterem Zusammenhang stehen. Die im Interesse einer geordneten Haushaltsgesetzgebung bestehende verfassungsrechtliche Grenze derartiger zusätzlicher Regelungen ist das (sachliche) „Bepackungsverbot“, wonach in das Haushaltsgesetz nur Vorschriften aufgenommen werden dürfen, die sich auf die Einnahmen und Ausgaben des Bundes beziehen (Art. 110 Abs. 4 Satz 1 GG).

Beispiel:

Gesetz über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 1970 (Haushaltsgesetz 1970) vom 27. Juni 1970 (BGBl. I S. 877).

§ 1 Abs. 1

Der diesem Gesetz als Anlage beigefügte Bundeshaushaltsplan für das Haushaltsjahr 1970 wird in Einnahme und Ausgabe auf 90 945 761 300 Deutsche Mark festgestellt.

Durch § 2 des Gesetzes ist aus konjunkturpolitischen Gründen ein bestimmter Teil der an sich vorgesehenen Ausgaben gesperrt worden. Außer zahlreichen weiteren Bestimmungen wird etwa in § 3 Abs. 1 der Finanzminister zur Aufnahme von Krediten bis zur Höhe von 302 100 000 Deutsche Mark ermächtigt (vgl. Art. 115 GG).

d. Die durch den preußischen Budgetkonflikt in Gang gesetzte staatsrechtliche Auseinandersetzung über die *rechtliche Eigenart des Haushaltsgesetzes* (FRIAUF, Der Staatshaushalt im Spannungsfeld zwischen Parlament und Regierung, Bd. I, 1968), betrifft die einen Bestandteil des Haushaltsgesetzes bildende Feststellung des Haushaltsplans. Durch LABAND (Das Budgetrecht nach den Bestimmungen der Preußischen Verfassungs-Urkunde etc., Ztschr. f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen 4, 1870, S. 625; Dt. Reichsstaatsrecht, 7. Aufl., 1919, S. 428 ff.) wurde für das konstitutionelle Staatsrecht die Lehre entwickelt, daß die gesetzliche Feststellung des Haushaltsplanes, weil dadurch Berechtigungen oder Verpflichtungen der Gewaltunterworfenen nicht begründet, verändert oder aufgehoben und nur die Verhältnisse der Staatsorgane untereinander betroffen würden, keine Rechtssätze enthalte, sondern ein „*rein formelles Gesetz*“, Verwaltung oder Regierung in Gesetzesform, sei. Diese Lehre, die ein Teil einer allgemeinen Theorie des Rechts und der Gesetzgebung war, hat trotz eines energischen und scharfsinnigen Angriffs HERMANN HELLERS (Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung, VVDStRL Heft 4, 1928, S. 98 ff.), der an die ältere Kritik HAENELS (Das Gesetz im formellen und materiellen Sinne, 1888) anknüpfte, in der Weimarer Zeit und darüber hinaus ihre Herrschaft behauptet und ist erst in neuerer Zeit grundsätzlich und erfolgreich in Frage gestellt worden (JESCH, Gesetz und Verwaltung, 1961; RUPP, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 26 ff.; GÖTZ, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966, S. 298 ff.; FRIAUF, Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft, VVDStRL Heft 27, 1969, S. 21 ff.). Im Urteil vom 19. Juli 1966 über die Parteienfinanzierung hat das BVerfG bei der Prüfung der Frage, ob die gesetzliche Feststellung des Haushaltsplanes „Recht“

im Sinne des Art. 93 Abs. 1 Nr. 2 GG sei, der neuen Betrachtungsweise vorsichtig Raum gegeben (BVerfGE 20, 56/90 ff.):

Das Bundeshaushaltsgesetz stellt nicht lediglich ein im Haushaltsplan enthaltenes Zahlenwerk fest, sondern enthält zugleich die Bewilligung der im Haushaltsplan ausgeworfenen Mittel, also die Ermächtigung an die Regierung, diese Mittel für die in den Titeln des Haushaltsplanes festgelegten Zwecke auszugeben. Das Haushaltsgesetz stellt nicht lediglich ein im Haushaltsplan enthaltenes rechtsindifferentes Zahlenwerk fest und schafft nicht nur, wie Laband meinte, einen tatsächlichen Zustand, der von anderen Bestimmungen vorausgesetzt wird und der seine rechtliche Bedeutung erst durch diese anderen Bestimmungen, insbes. des Haushaltsrechts, erlangt. Diese Ermächtigungen sind Rechtssätze. Sie schaffen Befugnisse und Verantwortlichkeiten im organschaftlichen Rechtskreis, die ohne das Haushaltsgesetz und den Haushaltsplan nicht oder jedenfalls nicht in dieser Weise bestünden. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob solche ermächtigenden Vorschriften Wirkungen nur im Verhältnis zwischen Parlament und Regierung entfalten und ob sie auch heute noch als Gesetz im nur formellen Sinn oder als materielle Rechtssätze anzusehen sind.

Diese geänderte juristische Deutung des gesetzlich festgestellten Haushaltsplanes ändert allerdings nichts daran, daß dadurch rechtssatzmäßige Ermächtigungen lediglich für die *Ausgabenwirtschaft der Exekutive* begründet und Ansprüche oder Verbindlichkeiten weder begründet noch aufgehoben werden (§ 3 Abs. 2 HGRG). Diese eindeutige Rechtslage stellt ein schwer zu beseitigendes Hindernis für alle die Thesen dar, die versuchen, Ansätze im Haushaltsplan im Sinne des Vorbehalts des Gesetzes als ausreichende gesetzliche Ermächtigung für die Ausübung öffentlicher Verwaltung anzusehen; vgl. die Annahme IPSENS (Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL Heft 25, 1967, S. 291 f.), daß durch den Haushaltsplan eine „Subventionskompetenz der Exekutive“ geschaffen werden könnte.

e. Mit dem ständigen Ansteigen des Haushaltsvolumens, das nicht nur eine Folge der Geldentwertung ist, wird immer deutlicher, daß die *Verabschiedung des Haushaltsgesetzes* ein zentraler Vorgang der parlamentarischen Wirksamkeit ist und daß es seine Berechtigung hat, den Haushaltsplan als „Programm für die politische Führung des Staates“ (HECKEL aaO S. 391) zu bezeichnen.

SCHMÖLDERS, Finanzpolitik, 2. Aufl., 1965, S. 59 f.: „Da es fast keine staatliche Maßnahme gibt, die nicht Aufwendungen irgendeiner Art und Größe mit sich bringt, und andererseits der dadurch entstehende Finanzbedarf jeweils auch entsprechende Deckungsmittel erfordert, die in Steuern, Gebühren und Beiträgen oder in Kreditmitteln u. dgl. gesucht werden müssen, ist das nüchterne Zahlenwerk des Haushaltsplanes ein getreues Spiegelbild des gesamten politischen Programms der Regierung; die parlamentarische Beratung des Budgets ist infolgedessen zugleich alljährlich eine Art politischer Generaldebatte, bei der von der Außenpolitik (Haushaltsplan des Auswärtigen Amtes) über die Verteidigungs-, Innen-, Wirtschafts-, Kultur- und Sozial-

politik bis zur Tätigkeit des Finanzministeriums alle Verwaltungszweige mit ihren Ausgaben und Einnahmen Revue passieren.“

Dennoch ist der Haushaltsplan nur in einem formalen Sinn der „Plan der Pläne“ (so etwa FRÖHLER, Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik, 1969, S. 52 ff.). Die sachlichen Entscheidungen des Haushaltsgesetzgebers sind in sehr erheblichem Umfang durch die Gesetze vorweggenommen, in denen die ausgabenwirksamen Staatsaufgaben geregelt sind, so daß der Spielraum für sachliche Gestaltungen im Rahmen der Haushaltsgesetzgebung, die *disponible Finanzmasse*, über die ohne Bindung an gesetzliche Verpflichtungen entschieden werden kann, begrenzt ist. Überdies ist das Verfahren der Haushaltsaufstellung, -feststellung und -kontrolle seiner finanzwirtschaftlichen Ausrichtung und seiner rechtlichen Ausgestaltung nach nur behelfsmäßig geeignet, auch die Funktion der Wirtschafts- und Sozialplanung zu verwirklichen. Die Verselbständigung der *Finanzplanung* gegenüber der Haushaltswirtschaft ist ein erster Schritt für eine besondere Institutionalisierung der Wirtschafts- und Sozialplanung. Die weitere Entwicklung müßte zu einem besonderen Verfahren der *Plangesetzgebung* führen, das die Schwächung des parlamentarischen Budgetrechts durch die gouvernementale Finanzplanung ausgleichen würde und zugleich eine jeweils sachangemessene und durchsichtige Beteiligung der organisierten Interessen ermöglichen müßte.

## II. Die rechtliche Ausgestaltung der Konjunktur- und Wachstumspolitik

1. Die **ökonomische Budgetfunktion** und die konjunkturpolitische Direktive des „**gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts**“ haben mit dem *15. Änderungsgesetz zum Grundgesetz* vom 8. Juni 1967 (BGBl. I S. 581) und dem in zeitlichem und sachlichen Zusammenhang damit erlassenen *Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft* vom 8. Juni 1967 (BGBl. I S. 582) förmlich ihren Einzug in das Verfassungsrecht und in die rechtliche Ordnung der Wirtschafts-, Finanz- und Haushaltspolitik gehalten.

Auf dieser Grundlage ist nicht lange danach durch das *20. Änderungsgesetz zum Grundgesetz* vom 12. Mai 1969, das Haushaltsgrundsätzegesetz und die Bundeshaushaltsordnung die umfassende Reform des Haushaltsrechts erfolgt.

Außerer Anstoß dieser Reformen war die Depression 1966/67 — Bildung der Großen Koalition am 1. Dezember 1966 —, zu deren Überwindung die Investitionstätigkeit durch Auftragsvergaben im Rahmen der beiden Konjunkturprogramme des Jahres 1967 im Wert von mehr als 12 Milliarden DM angeregt wurde.

Abschlußbericht der Bundesregierung über das Erste Konjunkturprogramm und das Zweite Programm für besondere konjunktur- und strukturpolitische Maßnahmen 1967/68, BTag Drucks. V/3630; HISS, Zur regionalen und sektoralen Verteilung der Aufträge aus den beiden Konjunkturprogrammen des Jahres 1967, Bulletin 1968, S. 1421.

Die Reformen wurden theoretisch insbes. durch das *Gutachten über die Finanzreform in der Bundesrepublik Deutschland von 1966* der Kommission über die Finanzreform (Träger-Gutachten) vorbereitet, das folgende Gegenstände behandelte und dazu Empfehlungen aussprach:

- (1) „Neue Formen der Zusammenarbeit zwischen Bund und Ländern“, kooperativer Föderalismus; jetzt „*Gemeinschaftsaufgaben*“, Art. 91 a, 91 b GG, Ausführungsgesetze zu Art. 91 a GG.

PATZIG, Der kooperative Föderalismus, DVBl. 66, 389; R. KUNZE, Kooperativer Föderalismus in der Bundesrepublik, 1968; R. GROSS, Kooperativer Föderalismus und Grundgesetz, DVBl. 69, 93, 125; HESSE, Aspekte des kooperativen Föderalismus in der Bundesrepublik, in: Festschrift für Gebhard Müller, 1970, S. 141; TIEMANN, Gemeinschaftsaufgaben von Bund und Ländern in verfassungsrechtl. Sicht, 1970. — Finanzbericht 1971, S. 161 ff.

- (2) „Neuordnung des bundesstaatlichen Finanzausgleichs“, verwirklicht durch die *Finanzverfassungsreform* (21. Änderungsgesetz zum Grundgesetz (Finanzreformgesetz) vom 12. Mai 1969, BGBl. I S. 359; vgl. BTag Drucks. V/2861).
- (3) *Gemeindefinanzreform*, verwirklicht durch Art. 106 Abs. 5 und 6 GG in der Fass. des Finanzreformgesetzes vom 12. Mai 1969 und das Gemeindefinanzreformgesetz vom 8. September 1969 (BGBl. I S. 1587).

ELSNER/SCHÜLER, Das Gemeindefinanzreformgesetz, 1970.

- (4) „*Mittel einer wirtschaftlich rationalen Fiskal- und Kreditpolitik*“, wozu als allgemeine Zielsetzung gesagt ist: „Die Reform soll insbesondere dazu beitragen, daß die öffentliche Finanzwirtschaft wirksamer als bisher in den Dienst der gesamtstaatlichen Konjunkturpolitik und der langfristigen Wachstums- und Strukturpolitik gestellt werden kann“ (TZ 547). Dieser Abschnitt des Gutachtens ist grundlegend gewesen für das 15. und 20. Änderungsgesetz zum Grundgesetz und die damit zusammenhängenden Gesetzgebungswerke.

STERN/MÜNCH, Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft, 1967; A. MÖLLER (Hrsg.), Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft, 2. Aufl., 1969; FRIAUF/WAGNER, Öffentlicher Haushalt und Wirtschaft, VVDStRL Heft 27, 1969; R. STUCKEN, Die Haushaltspolitik im Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8. Juni 1967, FinArch 27, 1968, S. 202; SPONHEUER, Probleme des

Stabilitäts- und Wachstumsgesetzes, Institut FSt. Heft 95, 1970; STACHELS, Das Stabilitätsgesetz im System des Regierungshandelns, 1970.

2. Die Neufassung des Art. 109 GG durch das 15. Änderungsgesetz vom 8. Juni 1967 hat in verschiedenen Hinsichten eine weittragende Bedeutung.

a. Sie verdeutlicht das Wirtschaftsverfassungsrecht, indem sie das an sich bereits vom Sozialstaatsatz umfaßte *Mandat zur Konjunkturpolitik* mit der Festlegung der staatlichen Verantwortung für das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht ausdrücklich bekräftigt.

b. *Konjunkturpolitische Einbindung der Finanz- und Haushaltspolitik*: Haushaltswirtschaft als Medium der Wirtschaftslenkung; mittelfristige („mehrjährige“) Finanzplanung; Abschwächung der Jährlichkeit der Haushaltsfeststellung (Art. 110 Abs. 2 als Konsequenz des Art. 109 Abs. 3). Diese Verfassungsänderungen, vor allem zusammen mit ihrer Konkretisierung im Stabilitätsgesetz, gestalten das Budgetrecht des Parlaments wesentlich um.

c. Konjunkturpolitisch bedingte *Fortentwicklung der bundesstaatlichen Struktur*. Der Trennungsgrundsatz des Art. 109 Abs. 1 wird in den folgenden Absätzen für das Haushaltsrecht und die Haushaltswirtschaft durchbrochen; eine gewisse Kompensation ist die starke Mitwirkungsbefugnis des Bundesrates.

KÖTTGEN, Der soziale Bundesstaat, in: Festgabe für Hans Muthesius, 1960, S. 19; ders., Zur Diskussion über das konjunkturpolitische Instrumentarium des Bundes gegenüber Ländern und Gemeinden, Arch. f. Kommunalwiss. 5, 1966, S. 1; WELLER, Wirtschaftspolitik und föderativer Staatsaufbau in der Bundesrep. Deutschland, 1967.

d. Ausrichtung der *kommunalen Finanzhoheit* an den konjunkturpolitischen Erfordernissen, äußerstenfalls durch eine Beeinflussung der kommunalen Investitionstätigkeit mit Hilfe von Kreditlimitierungen (Art. 109 Abs. 4 Nr. 1 GG).

Konjunktursteuerung und kommunale Selbstverwaltung — Spielraum und Grenzen, Verh. d. 47. Dt. Juristentages, 1968, I, E (Gutachten von STERN) und II, N (Sitzungsbericht).

3. Die Finanz- und Haushaltspolitik ist auch ein Teil der Wirtschaftspolitik und die für jene aufgestellten Maximen sind zugleich Maximen der Wirtschafts- und Währungspolitik. Der *Einheit der Ziele* entspricht die unvermeidliche *Interdependenz der Mittel* und der von ihnen ausgehenden *Wirkungen*. Folgerichtig geht das auf Grund Art. 109 GG erlassene Stabilitätsgesetz über den finanz- und haushaltswirtschaftlichen Verfassungsauftrag hinaus und bindet Bund und Länder nicht nur bei ihren *finanzwirtschaftlichen*, sondern auch bei ihren *wirtschaftspolitischen* Maßnahmen an die in

Art. 109 GG nur angedeuteten, in § 1 StabG genauer angegebenen **Grundsätze** der Konjunktur- und Wachstumspolitik.

### § 1 StabG

Bund und Länder haben bei ihren wirtschafts- und finanzpolitischen Maßnahmen die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts zu beachten. Die Maßnahmen sind so zu treffen, daß sie im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung gleichzeitig zur Stabilität des Preisniveaus, zu einem hohen Beschäftigungsstand und außenwirtschaftlichen Gleichgewicht bei stetigem und angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen.

Diese Programmatik ist eine *rechtlich bindende Richtlinie* für den Bund und die Länder, für die Sondervermögen des Bundes und die bundesunmittelbaren Körperschaften und Anstalten (§ 13 StabG) und für die Gemeinden (§ 16 StabG). Sie ist außerdem in einer gewissen Abstufung *Tatbestandsmerkmal der konjunkturpolitischen Ermächtigungen* des Stabilitätsgesetzes:

„Gefährdung eines der Ziele des § 1“ (§ 3);

außenwirtschaftliche Absicherung (§ 4);

eine „die volkswirtschaftliche Leistungsfähigkeit übersteigende Nachfrageausweitung“ (§ 6 Abs. 1);

eine „die Ziele des § 1 gefährdende Abschwächung der allgemeinen Wirtschaftstätigkeit“ (§ 6 Abs. 2);

„Abwehr einer Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts“ (§§ 15 Abs. 1, 19 Abs. 1);

„wenn eine Störung des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichts eingetreten ist oder sich abzeichnet, die eine nachhaltige Verringerung der Umsätze oder der Beschäftigung zur Folge hatte oder erwarten läßt, insbesondere bei einem erheblichen Rückgang der Nachfrage nach Investitionsgütern oder Bauleistungen (die erhebliche Preissteigerungen mit sich gebracht hat oder erwarten läßt, insbesondere wenn die Inlandsnachfrage nach Investitionsgütern oder Bauleistungen das Angebot wesentlich übersteigt)“, § 26 Nr. 3.

Die *rechtliche Bestimmtheit* des § 1 StabG und damit seine normative Kraft sind nicht sehr groß. Das gilt sowohl für die einzelnen Programmpunkte bei selbständiger Betrachtung, als auch für die Kombination der Ziele, die ja in einen gewissen Widerspruch zueinander treten können, so daß eine Entscheidung über die Priorität unvermeidlich wird. Die statuierte und in den Kommentaren hervorgehobene „Gleichrangigkeit“ der Ziele kann nur prinzipiell gemeint sein.

Das in § 1 StabG rechtlich verfaßte konjunktur- und wachstumspolitische Programm der Wirtschafts- und Finanzpolitik ist ein *Richtlinien-Gesetz*, das einen der politischen Gestaltungsfreiheit des Parlaments und dem Ermessen der Regierung überlassenen Bereich politischer Entscheidung direktiv absteckt. Angesichts dieses „wirtschaftspolitischen Ermessens“ von Parlament und Regierung wird die Reichweite etwaiger *gerichtlicher Kontrolle* der konjunktur-



politischen Entscheidungen nicht besonders hoch zu veranschlagen sein. Daß auch das Stabilitätsgesetz selbst von einer primär *politischen Kontrolle* ausgeht, zeigt sich in folgenden Einrichtungen und Vorkehrungen:

- (1) *Konjunkturrat* mit beratender Funktion, § 18;
- (2) Pflicht der Bundesregierung, einige besonders einschneidende Maßnahmen gegenüber dem Bundestag und dem Bundesrat zu *begründen*, § 2 Abs. 2;
- (3) Erlaß konjunkturpolitischer Verordnungen nur mit *Zustimmung des Bundestages*, § 26 Nr. 3;
- (4) Verordnungsermächtigungen nur zugunsten der *Bundesregierung* und Einführung eines *Aufhebungsverlangens des Bundestages*, Art. 109 Abs. 4 GG.

WILKE, Artikel 109 Grundgesetz und das Stabilitätsgesetz in ihrer Bedeutung für das Verordnungsrecht, AÖR 93, 1968, S. 270.

#### 4. Konjunkturpolitisches Instrumentarium des Stabilitätsgesetzes

Das Stabilitätsgesetz begründet verschiedenartige *Verpflichtungen* des Bundes, der Länder und der Gebietskörperschaften und *Ermächtigungen* zugunsten der Bundesregierung für eine antizyklische Beeinflussung der Nachfrage durch Bindungen und Maßnahmen der Finanz-, Haushalts- und Steuerpolitik.

Die Ermächtigungen im Bereich der *Finanz- und Haushaltspolitik* ermöglichen eine Manipulierung der haushaltswirtschaftlichen Ausgaben

- (1) durch Kontraktion oder Expansion des Ausgabevolumens der öffentlichen Haushalte mit Hilfe eines Fonds (*Konjunkturausgleichsrücklage*), dem kraft Rechtsverordnung auch Mittel zugeführt werden müssen (§§ 8, 14, 15 StabG);
- (2) durch *Kreditlimitierungen* zu Lasten der öffentlichen Haushalte (§§ 19 ff. StabG).

Die Ermächtigungen im Bereich der *Steuerpolitik* ermöglichen im Interesse eines antizyklischen Einsatzes der Steuergewalt im Rahmen der Einkommen- und Körperschaftsteuer eine *Manipulierung der Höhe von Steueransprüchen* durch Rechtsverordnung; §§ 26 Nr. 3, 27 StabG. Um die Konjunktur im Falle einer Depression anzuregen, können bestimmte Investitionen durch Steuerabzüge begünstigt und kann der Steuersatz bis zu 10 % befristet gesenkt werden. Um die Konjunktur im Falle einer Überhitzung zu dämpfen, können bestimmte Abschreibungsformen ausgeschlossen und kann der Steuersatz befristet bis zu 10 % gehoben werden.

U. MÜLLER/R. SCHMIDT, Wirtschaftspolitische und verfassungsrechtliche Problematik einer Konjunktursteuerung durch Aussetzung der degressiven Abschreibung, BB 70, 1280.

Daneben sind eine Anzahl von Vorkehrungen zur *Vorbereitung und Unterstützung* der konjunkturpolitischen Maßnahmen getroffen:

- (1) Verpflichtung der Bundesregierung zur Vorlage eines *Jahreswirtschaftsberichts* (§ 2 Abs. 1) — Jahreswirtschaftsbericht 1971 der Bundesregierung, BTag Drucks. VI/1760 — und zweijähriger *Subventionsberichte* (§ 12 Abs. 2) — Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuerbegünstigungen für die Jahre 1967 bis 1970, BTag Drucks. VI/391 —;
- (2) Errichtung eines *Konjunkturrates für die öffentliche Hand* bei der Bundesregierung (§ 18);
- (3) Verpflichtung des Bundes und der Länder zu einer *fünfjährigen Finanzplanung* (§§ 9, 10, 14) — Beschluß der Bundesregierung über die Finanzplanung des Bundes 1970 bis 1974, BTag Drucks. VI/1101 —, das *Verfahren* der Finanzplanung und die Errichtung des *Finanzplanungsrates* sind in den §§ 50 ff. HG rG geregelt;
- (4) Verpflichtung der Bundesregierung zur Aufstellung von Orientierungsdaten für ein gleichzeitiges aufeinander abgestimmtes Verhalten („*konzertierte Aktion*“) der Gebietskörperschaften, Gewerkschaften und Unternehmensverbände zur Wahrung der Ziele des § 1 (§ 3).

### III. Die Konjunktur- und Wachstumspolitik im parlamentarischen System

1. Die These des Finanzwissenschaftlers NEUMARK, daß Konjunkturpolitik „*sachlogisch gouvernemental*“ sei, ist in der staatsrechtlichen Diskussion der Stabilitätsgesetzgebung weithin als Prämisse übernommen worden. Das wirft die Frage auf, ob der beobachtete „Kompetenzverlust des Parlaments“ (STERN) eine Folge der Bedürfnisse einer effektiven Konjunkturpolitik und damit einer gelenkten Marktwirtschaft ist oder ob sie die Folge einer besonders gouvernementalen Ausgestaltung des konjunkturpolitischen Instrumentariums durch die Stabilitätsgesetzgebung ist. Unter den heute allein in Betracht zu ziehenden Bedingungen der parteienstaatlichen Demokratie ist das Parlament nicht der Gegenspieler der Regierung. Parlament und Regierung gewinnen Legitimität auf Grund desselben Vorganges, der Wahlen, und ungeachtet der rechtlichen Konstruktion des parlamentarischen Regierungssystems bildet die vom Parlament berufene und von der sie tragende Seite des Hauses politisch unterstützte Regierung zusammen mit dem Parlament das politisch wie verfassungsrechtlich nur im Zusammenhang wirksame und verstehbare Leitungssystem des Staates. Die Verselbständigung der Regierung gegenüber dem Parlament, die nicht nur eine organisatorische ist, sondern auch hinsichtlich der Aufgaben und Befugnisse vorhanden ist, beruht nicht

auf einer vor- oder außerkonstitutionellen „originären“ Wurzel der Regierungsgewalt, wie in der konstitutionellen Monarchie, sondern auf Gründen der sinnvollen Geschäftserledigung und einigen rudimentären Einsichten über die Soziologie der Organisationen und der Bürokratie.

Das konstitutionelle Staatsrecht, das hauptsächlich an der gesetzlichen Bindung von administrativen „Eingriffen“ in „Freiheit und Eigentum“ der Gesellschaftsglieder interessiert war und wegen der Eigenart des liberal begrenzten Staatshandelns auch nur interessiert zu sein brauchte, schied die Aufgaben und Befugnisse der (monarchischen) Exekutive auf der einen und des Parlaments auf der anderen Seite verfassungsrechtlich nach dem *Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung*, soweit es sich um rechtlich wirksame Staatstätigkeiten handelte.

ANSCHÜTZ, Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt und den Umfang des königlichen Ordnungsrechts nach preußischem Staatsrecht, 1900, 2. Aufl. 1901; OTTO MAYER, Deutsches Verwaltungsrecht, I. Bd., 1895, S. 67 ff.

Der „*Vorbehalt des Gesetzes*“ als Bestandteil des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung besagt, daß Eingriffe in Freiheit und Eigentum nur durch oder auf Grund eines Gesetzes stattfinden dürfen und gibt damit, charakteristischerweise per negativum, an, welche Angelegenheiten notwendigerweise *parlamentarischer Entscheidung* unterliegen. Die verfassungspolitische Rechtfertigung des Gesetzesvorbehalts zeigt, daß damit hauptsächlich eine Fundierung und Kontrolle der „Eingriffsverwaltung“ erreicht werden sollte, d. h. der Verwaltungstätigkeiten, durch die Freiheit und Eigentum der Individuen unmittelbar berührt werden.

Die planmäßige Lenkung und Gestaltung der Wirtschaftsordnung und der sozialen und wirtschaftlichen Prozesse durch den Staat wird von der liberalen Staatsvorstellung perhorresziert und ist kein Gegenstand verfassungsrechtlicher Grundsätze. Die gesetzgebende Gewalt, durch die der eigentliche Aufgabenkreis des Parlaments beschrieben wird, und der Vorbehalt des Gesetzes organisieren und regeln grundlegende Verfassungsrechtsverhältnisse der *konstitutionellen Monarchie*, in der die Staatsgewalt zwischen Monarch und Volksvertretung geteilt ist, und des *liberalen Verfassungsstaates*, der die „Grenzen“ der Staatsgewalt aus der individuellen Freiheit der Bürger entwickelt. An der Entscheidung über die Staatsaufgaben und deren planmäßige Erfüllung ist das Parlament nur durch das Budgetrecht beteiligt.

Der Gesetzesvorbehalt ist ein geltender Verfassungsrechtssatz und behält seine Bedeutung überall dort, wo die öffentliche Gewalt Freiheit und Eigentum der Verwaltungsunterworfenen in Anspruch nimmt. Aus diesem Satz läßt sich aber nichts ableiten für die verfassungsrechtlich gebotene Verteilung der globalen und mittelbaren Aufgaben der Konjunktur- und Wachstums-

politik, überhaupt der planenden und lenkenden Aufgaben wohlfahrtsstaatlicher Politik zwischen Parlament und Regierung. Allein daraus etwa, daß eine Aufgabe erfüllt werden kann, ohne daß unmittelbar eine Veränderung individueller Rechtspositionen eintritt, kann nicht gefolgert werden, daß sie parlamentarischer Entscheidung nicht bedarf.

2. Bei der Beurteilung des Stabilitätsgesetzes gelangt MÖLLER (Vorwort zur 1. Auflage, Kommentar aaO S. 12 ff.) zu der Annahme, daß der Bundestag durch die Stabilitätsgesetzgebung wieder Boden im Bereich der Konjunkturpolitik zurückgewonnen habe, und verweist zum Beweis dessen auf die Begründungspflicht der Bundesregierung gemäß § 2 Abs. 2, auf das Zustimmungsrecht des Bundestages bei Ausgaben aus dem konjunkturpolitischen Leertitel gemäß § 8 Abs. 1 (das die Verabschiedung eines Nachtragshaushalts ersetzt) und bei steuerrechtlichen Rechtsverordnungen gemäß § 26 und auf das neue Institut des parlamentarischen Aufhebungsverlangens gegenüber bestimmten Rechtsverordnungen gemäß Art. 109 Abs. 4 Satz 4 GG. Er kann indes nicht in Abrede stellen, daß die überkommene *Kontrollfunktion des Budgetrechts und des Steuerbewilligungsrechts des Parlaments* von der wirtschaftspolitischen Budgetfunktion „überlagert“ würde (aaO S. 19).

Eine ausschlaggebende Bedeutung kommt der jetzt aus der Haushaltswirtschaft herausgelösten und institutionell und verfahrensmäßig verselbständigten **Finanzplanung** zu. Von der Ermächtigung in Art. 109 Abs. 3 GG ist im Stabilitätsgesetz und im neuen Haushaltsrecht Gebrauch gemacht worden.

#### § 9 StabG

(1) Der Haushaltswirtschaft des Bundes ist eine fünfjährige Finanzplanung zugrunde zu legen. In ihr sind Umfang und Zusammensetzung der voraussichtlichen Ausgaben und die Deckungsmöglichkeiten in ihren Wechselbeziehungen zu der mutmaßlichen Entwicklung des gesamtwirtschaftlichen Leistungsvermögens darzustellen, gegebenenfalls durch Alternativrechnungen.

(2) Der Finanzplan ist vom Bundesminister der Finanzen aufzustellen und zu begründen. Er wird von der Bundesregierung beschlossen und Bundestag und Bundesrat vorgelegt.

(3) Der Finanzplan ist jährlich der Entwicklung anzupassen und fortzuführen.

Diese Vorschrift gilt sinngemäß auch für die Haushaltswirtschaft der Länder (§ 14 StabG). Eine gewisse Stärkung der parlamentarischen Beurteilungsmöglichkeit der Finanzplanung insbes. durch eine Verbesserung des Informationsgehalts der vorgelegten Pläne ist dadurch eingetreten, daß der Finanzplan den gesetzgebenden Körperschaften spätestens im Zusammenhang mit dem Entwurf des Haushaltsgesetzes für das nächste Haushaltsjahr vorzulegen ist, daß die gesetzgebenden Körperschaften die Vorlage von Alternativrechnungen verlangen können und daß im Finanzplan die vorgesehenen Investitionsschwerpunkte zu erläutern und zu begründen sind (§ 50 Abs. 3 und 4 HGrG).

Die mehrjährige Finanzplanung ist ungeachtet des dabei beteiligten Finanzplanungsrates rein *gouvernemental* ausgestaltet. Dem bei der Bundesregierung gebildeten *Finanzplanungsrat* gehören die Bundesminister der Finanzen und für Wirtschaft, die für die Finanzen zuständigen Minister der Länder und vier Vertreter der Gemeinden und Gemeindeverbände an; die Bundesbank kann an den Beratungen teilnehmen (§ 51 Abs. 1 HGrG). Der Finanzplanungsrat gibt Empfehlungen für eine Koordinierung der Finanzplanungen des Bundes, der Länder und der Gemeinden und Gemeindeverbände (§ 51 Abs. 2 HGrG).

Das Verhältnis der *gouvernementalen Finanzplanung* zur *parlamentarischen Haushaltsgesetzgebung* (auf Grund des von der Regierung eingebrachten Haushaltsentwurfs) wird nicht dadurch charakterisiert, daß das den Haushaltsplan gesetzlich feststellende Parlament rechtlich gegenüber der Finanzplanung unabhängig ist. Die mehrjährige Finanzplanung ist überhaupt nur sinnvoll, wenn sie, wie in § 9 Abs. 1 Satz 1 StabG angeordnet, der Haushaltswirtschaft zugrundegelegt wird. Der Bundestag kann sich bei der Verabschiedung des Haushaltsgesetzes de jure selbst über die gesetzliche Bestimmung des § 9 StabG hinwegsetzen, wird aber dem politischen Gewicht der mehrjährigen Finanzplanung in der Regel — und übrigens auch nach dem institutionellen Sinn der Finanzplanung — Folge geben. Auch der Kommentar von MÖLLER weicht der Folgerung nicht aus, daß mit der gegenwärtigen rechtlichen Konstruktion der Finanzplanung die Regierung zum „Planungsträger“ gemacht und das Parlament auf den Planvollzug (bei der Haushaltsgesetzgebung) beschränkt wird und daß im Finanzplan politische Prioritäten gesetzt und weitgehende Vor-Entscheidungen getroffen werden (aaO, § 9 StabG, RNr. 17). Nach Ansicht FRIAUFs wird das Haushaltsgesetz „zum bloßen Vollzugsinstrument der von der Regierung beschlossenen Planung“ (aaO. S. 26).

Wenn in dem Kommentar von MÖLLER darauf hingewiesen wird, daß einer *Planentscheidung des Parlaments* erhebliche tatsächliche Schwierigkeiten wegen der Unfähigkeit des Parlaments entgegenständen, sich eigene Entscheidungsgrundlagen zu verschaffen, und daß das Parlament deswegen nicht die Verantwortung für den Planinhalt übernehmen könnte, so ist das etwas vordergründig, wenn man bedenkt, daß mit diesem Argument nicht nur das Budgetrecht, sondern sicher auch ein beträchtlicher Teil der Gesetzgebungsfunktion des Parlaments in Frage gestellt werden könnte.

3. Die verfassungsrechtliche Erfassung der Einrichtungen der Konjunktur- und Wachstumspolitik wird durch eine bloße Projizierung der neuen Gegebenheiten auf das überkommene konstitutionelle Schema des Verhältnisses von **Parlament und Regierung** mit Hilfe vager und pragmatischer Formeln — „Plangewalt“ als Gesetzgebung oder Verwaltung, Konjunkturpolitik als Bestandteil einer „sachlogisch“ „gouvernementalen Sphäre“, u. ä. — nicht gelingen. Die Arbeitsweise des parlamentarischen Regierungssystems

muß unter den Blickwinkeln des Parteienstaates und der sozialstaatlichen Staatsaufgaben prinzipiell neu durchdacht werden. Einen Ansatz dazu könnte die Andeutung MÖLLERS (aaO S. 18) darstellen, daß die „Modifikation“ des parlamentarischen Budget- und Steuererhebungsrechts sich auf der Grundlage des allgemeinen Satzes rechtfertigen lasse, daß die Stellung des Parlaments gegenüber der Regierung nicht mehr nur in den Kategorien der funktionellen Gewaltenteilung zu erfassen sei, sondern „in einem System genereller und spezieller parlamentarischer Vorbehaltsbereiche“ zum Ausdruck komme. Dahinter scheint der auch im Jahresgutachten 1969 des Sachverständigenrates (BTag Drucks. VI/100) anklingende Gedanke zu stehen, daß das Parlament durch eine Preisgabe seiner formell umfassenden Entscheidungsgewalt zugunsten des Setzens von Richtlinien und eines neugestalteten Kontrollinstrumentariums gegenüber der Regierung in seiner politischen Kraft gestärkt werden würde. Nach dem Votum des Jahresgutachtens soll das Parlament ein eindeutiges System von konjunkturpolitischen Zielen und Mitteln „operational definieren“ und der Exekutive in allen Fragen, die dadurch ihres politischen Charakters entkleidet würden und überwiegend Vollzugsangelegenheiten betreffen, mehr konjunkturpolitische Befugnisse übertragen.

Ginge man von derartigen Erwägungen aus, wäre das gegenwärtige Verhältnis von Finanzplanung und Haushaltsgesetzgebung umzukehren. Die Finanzplanung müßte im wesentlichen zu einer Sache des Parlaments und der jährliche Haushaltsplan, unter einer Kontrolle des Parlaments, im wesentlichen zu einer Sache der Regierung gemacht werden. Der Leitgedanke dabei wäre, daß die grundlegenden und langfristigen Entscheidungen *politisch* und nicht *bürokratisch* getroffen werden müssen, wobei „bürokratisch“ die besonderen Verfahren und Legitimationsweisen eines Verwaltungsstabes meint.

4. Die Betrachtung darf nicht in den formellen Grenzen des parlamentarischen Systems verbleiben. Das die Konsum-Kaufkraft und die Sparfähigkeit quantitativ repräsentierende Volumen der Löhne und Gehälter unterliegt, mit Ausnahme der Beamtenbesoldung, die nach einem hergebrachten Grundsatz des Berufsbeamtentums (Art. 33 Abs. 5 GG) durch Gesetz festzulegen ist, den Mechanismen des kollektiven Arbeitsrechts, d. h. der gesetzlich kaum gebundenen Tarifautonomie der Unternehmensverbände und Gewerkschaften (Art. 9 Abs. 3 GG). Dieser Umstand ist einer der ausschlaggebenden Gründe für die Einführung des Rechtsinstituts der „konzertierten Aktion“.

#### § 3 StabG

(1) Im Falle der Gefährdung eines der Ziele des § 1 stellt die Bundesregierung Orientierungsdaten für ein gleichzeitiges aufeinander abgestimmtes Verhalten (konzertierte Aktion) der Gebietskörperschaften, Gewerkschaften und Unternehmensverbände zur Erreichung der Ziele des § 1 zur Verfügung. Diese Orientierungsdaten

enthalten insbesondere eine Darstellung der gesamtwirtschaftlichen Zusammenhänge im Hinblick auf die gegebene Situation.

(2) Der Bundesminister für Wirtschaft hat die Orientierungsdaten auf Verlangen eines der Beteiligten zu erläutern.

Die Gebietskörperschaften, die ja durch den Konjunkturrat (§ 18 StabG) und den Finanzplanungsrat (§ 51 HGrG) einen intensiveren Zugang zur Formulierung der Konjunktur- und Wachstumspolitik haben, haben bei den bisherigen Veranstaltungen der „konzertierten Aktion“ keine Rolle gespielt. Dafür sind neuerdings Vertreter der Kreditwirtschaft eingeladen worden. Nach einer schriftlichen Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs im Bundesministerium für Wirtschaft (BTag 6. Wp, Sten. Ber. S. 2457) hat die „konzertierte Aktion“ am 14. Februar 1967 mit neun teilnehmenden Organisationen (einschl. Ressorts) und 34 Personen begonnen und engagieren sich inzwischen 18 Organisationen mit 49 Personen bei dieser „wichtigen Erörterung der Stabilitäts- und Wachstumspolitik“.

Die entscheidende Frage der *Beteiligung* an der „konzertierten Aktion“ ist in der jetzigen Regelung letztlich vage behandelt, wie überhaupt diese Einrichtung ambivalent ist. Die Bestimmung des § 3 StabG begründet weder eine rechtliche Verpflichtung noch einen Anspruch auf Teilnahme bestimmter Organisationen.

Schriftliche Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs im Bundesministerium für Wirtschaft auf die Frage eines Abgeordneten (BTag 6. WP, Sten. Ber. S. 2282): Die Konzertierte Aktion hat die Aufgabe, die Zielvorstellungen und Strategien des Staates und der autonomen Gruppen im Wirtschaftsprozeß gegenseitig kennenzulernen und soweit aufeinander abzustimmen, daß im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung das gesamtwirtschaftliche Gleichgewicht erhalten oder erforderlichenfalls wiederhergestellt wird. Der Kreis der unmittelbaren Teilnehmer an den Gesprächen muß bei der großen Zahl interessierter Organisationen zwangsläufig so beschränkt werden, daß eine fruchtbare Diskussion noch möglich ist. Daher sind Verbände auszuwählen, die einerseits die hier gewonnenen Einsichten einem möglichst großen Kreis von Entscheidungsträgern in der Wirtschaft nahebringen und andererseits der Bundesregierung die Auffassung der Wirtschaft möglichst repräsentativ vermitteln können.

Die je nach den Kräfteverhältnissen und Interessen der Beteiligten in eine bestimmte Richtung verdichtete Spannweite des Instituts der „konzertierten Aktion“ reicht von einer bloßen Bekanntgabe von Informationen oder einem unverbindlichen Meinungsaustausch bis zu einem faktischen korporativen „Bundeswirtschaftsrat“, womit allerdings die Grenze des verfassungsrechtlich Zugelassenen weit überschritten wäre.

Da § 3 StabG die Beteiligten nicht rechtlich verpflichtet, ihr Verhalten an die Orientierungsdaten zu binden, wird die *Tarifautonomie* nicht beeinträchtigt. Eine offene Frage ist allerdings, ob nicht mittelbar durch Bindung und

Selbstbindung gewisse nicht nur politische, sondern auch rechtlich greifbare Bindungen aus der Teilnahme an der konzertierten Aktion resultieren können. Es gehört zur Eigenart des Verfassungsrechts — und die Bestimmung des § 3 StabG ist materiell Verfassungsrecht —, daß die Grenze zwischen dem rechtlich Existenten und dem „bloß Politischen“ flüssig ist und bleibt. Damit, daß durch § 3 „kein geschlossenes Gremium institutionalisiert“, sondern „nur eine Informationspflicht gegenüber einem offenen Kreis von Adressaten begründet“ wird und daß „kein neuer wirtschaftspolitischer Entscheidungsträger geschaffen“ wird (MÖLLER aaO § 3 RNr. 8), wird man sich nicht beruhigen dürfen.

Obwohl die konzertierte Aktion nach dem Wortlaut des § 3 StabG der *Information und Beeinflussung der Verbände* dienen soll, ist es nicht ausgeschlossen, daß sie in ihrer Wirkung eher zu einer *institutionalisierten Teilnahme der Verbände* an der politischen Willensbildung der Regierung in allen Fragen der Wirtschaftspolitik führt.

BIEDENKOPF, Rechtsfragen der Konzertierte Aktion, BB 68, 1005 (Auseinandersetzung mit diesem Aufsatz bei Möller aaO § 3 RNr. 8, 9); SCHLECHT, Konzertierte Aktion als Instrument der Wirtschaftspolitik, 1968; MOLSBERGER, Zwischenbilanz der konzertierte Aktion, Ordo XXI, 1970, S. 167.



## D. Wettbewerbspolitik im Gemeinsamen Markt

### I. Wettbewerb, Wettbewerbspolitik und Wettbewerbsrecht

#### 1. Ziele der Wettbewerbspolitik

In der Verkehrs- oder Marktwirtschaft des kapitalistischen Wirtschaftssystems ist der marktwirtschaftliche *Wettbewerb* der Vorgang, durch den in erster Linie, d. h. soweit das nicht durch wirtschaftsrechtliche Regelungen oder wirtschaftsverwaltungsrechtliche Entscheidungen geschieht, die Einzelpläne der Unternehmen und der Haushalte vergesellschaftet werden. Angebot und Nachfrage, somit der das Verhältnis von Angebot und Nachfrage ausdrückende Marktpreis, koordinieren — im Modellmarkt gedacht — die Einzelpläne der Unternehmen und Haushalte.

Die „Funktionsfähigkeit“ des Wettbewerbs (*workable competition*), die Grundbedingung des marktwirtschaftlichen Wirtschaftsprozesses, ist gegeben, wenn Art, Menge und Preis der zum Markt gebrachten Güter und Leistungen eine Funktion des Verhältnisses von Angebot und Nachfrage sind und nicht eine Folge einseitiger Marktstrategie.

Die eingreifendste Gefahr für den marktwirtschaftlichen Prozeß ist die *Wettbewerbsbeschränkung* durch monopolistische oder oligopolistische Marktmacht. Diese kann entstehen:

- (1) durch wettbewerbsbeschränkende *Absprachen oder Vereinbarungen* (Kartelle);
- (2) durch *Unternehmenszusammenschlüsse* in verschiedenen Formen (Konzerne, Trusts), insbes. wenn aus ihnen ein marktbeherrschendes Unternehmen entsteht;
- (3) durch „*inneres Wachstum*“ eines Großunternehmens.

Die *Wettbewerbspolitik* ist bestrebt, auf allen dafür geeigneten Märkten — auf Märkten, die nicht durch ein strukturelles Ungleichgewicht gekennzeichnet sind — den Zustand „*wirksamen Wettbewerbs*“, der die Voraussetzung der marktwirtschaftlichen Steuerungsfunktion des Preises ist, herzustellen und zu erhalten. Sie wendet sich mit Hilfe wettbewerbs- und kartellrechtlicher Regelungen gegen Verfälschungen und Beschränkungen des Wettbewerbs durch „unlauteres“ Verhalten, durch die Bildung oder Ausnutzung von Marktmacht und durch Kartellabsprachen.

Der *Ordo-Liberalismus*, der vor allem durch die Arbeiten von WALTER EUCKEN bestimmten neoliberalen Freiburger Schule, dem die von der Bundesregierung bis in die Mitte der sechziger Jahre verfolgte Wirtschaftspolitik der

„sozialen Marktwirtschaft“ nahestand, erwartet die optimale Produktivität und Versorgung von den Mechanismen des Wettbewerbs. Er sieht deshalb in der Wettbewerbspolitik das Kernstück der Wirtschaftspolitik und im *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* vom 27. Juli 1957 das Grundgesetz des Wirtschaftsrechts.

Im Unterschied zum klassischen Liberalismus betrachtet der Neoliberalismus den Wettbewerb nicht als einen gesellschaftlichen Naturvorgang, sondern als eine Veranstaltung des Staates, d. h. einer den unverfälschten Wettbewerb notfalls interventionistisch herstellenden Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsverwaltung.

MESTMÄCKER, (Frankf. Allgem. Ztg. vom 14. 3. 1970): „Das Recht der Wettbewerbsbeschränkungen ist der Versuch, den Wettbewerb aus einer zur Selbstzerstörung des Kapitalismus treibenden Kraft in ein Korrektiv kapitalistischer Mißbräuche zu verwandeln.“

Bei dieser Betrachtungsweise steht die *Funktion des Wettbewerbs für den marktwirtschaftlichen Prozeß* im Vordergrund, nicht die individuelle Wettbewerbsfreiheit der Marktteilnehmer. Dieser Grundgedanke ist eine wesentliche Auslegungsrichtlinie für das Wettbewerbsrecht.

Die neoliberale Wirtschaftstheorie setzt bei den marktwirtschaftlichen Verteilungsvorgängen an und überläßt die Gestaltung der Produktionsverhältnisse grundsätzlich der privatautONOMEN Disposition mit den Mitteln des Gesellschaftsrechts. Die wirtschafts- und gesellschaftspolitischen Probleme privater Wirtschaftsmacht und der Konzentrationsbewegung werden so nur einseitig erfaßt.

Gesetz über die Untersuchung der Konzentration in der Wirtschaft vom 31. Dezember 1960 (BGBl. 1961 I S. 9); Bericht über die Ergebnisse der Konzentrationsenquete vom 5. Juni 1964, BTag Drucks. IV/2320; Konzentrationsbericht des Bundeskartellamtes vom 19. Juni 1964, BTag Drucks. IV/2370; H. ARNDT (Hrsg.), Die Konzentration in der Wirtschaft, 3 Bde., SchrVfS n.F. 20, 1960; H. ARNDT, Die Konzentration in der westdeutschen Wirtschaft, 1966.

## 2. Wettbewerbsrecht

Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 27. Juli 1957, jetzt in der Fassung vom 3. Januar 1966 (BGBl. I S. 37); Art. 85 bis 90 EWG-Vertrag, Art. 65, 66 EGKS-Vertrag.

### a. Nationales Wettbewerbsrecht (GWB)

Frankfurter Kommentar, 1958 ff.; Gemeinschaftskommentar, hrsg. von H. MÜLLER-HENNEBERG und G. SCHWARTZ, 2. Aufl., 1963; LANGEN, Kommentar zum Kartellgesetz, 4. Aufl., 1965 ff.; H. MÜLLER/GRIES, Kommentar zum GWB, 2. Aufl., 1967 ff.; TETZNER, Kartellrecht, 2. Aufl., 1966; RINCK, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 1969, S. 207 ff.; MEYER-CORDING, Die Grundbegriffe des Wettbewerbsrechts, WuW 12,

1962, S. 461; SANDROCK, Grundbegriffe des GWB, 1968; Kartelle und Monopole im modernen Recht, hrsg. vom Institut f. ausl. u. internat. Wirtschaftsrecht in Frankfurt/Main, 2 Bde., 1961; Wettbewerb als Aufgabe, Nach zehn Jahren GWB, 1968; JÜRGEN F. BAUR, Das Tatbestandsmerkmal ‚Wettbewerb‘, ZHR 134, 1970, S. 97.

- (1) Verbot *horizontaler Wettbewerbsbeschränkungen* durch Kartellverträge und Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen, § 1, abgeschwächt durch eine breite Vielfalt von Ausnahmen, §§ 2 ff., z. B. Konditionen-, Rationalisierungskartelle; verbotsdurchbrechende Erlaubnis des Bundesministers für Wirtschaft, wenn ausnahmsweise die Beschränkung des Wettbewerbs aus überwiegenden Gründen der Gesamtwirtschaft und des Gemeinwohls notwendig ist, § 8; Eintragung der zulässigen und zugelassenen Kartelle in das beim Bundeskartellamt geführte Kartellregister, § 9; Mißbrauchsaufsicht, § 12.

LUKES, Der Kartellvertrag, 1959; GREIFFENHAGEN, Die Kartellgenehmigung, 1966; HEFERMEHL/HUBER/SEIDENFUS, Kooperative Marktinformation, 1967.

- (2) Verbot *vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen*, insbes. durch Preisbindungen zweiter Hand, mit Ausnahme vor allem von Markenartikeln und Verlagserzeugnissen, §§ 15 ff.

FIKENTSCHE, Die vertikale Preisempfehlung, 1960; E. R. HUBER, Grundgesetz und vertikale Preisbindung, 1968; H. MÜLLER/U. SCHOLZ, Das Preisbindungsprivileg für Markenartikel und Verlagserzeugnisse in § 16 GWB, 1969; SONTAG, Ausschließlichkeitsverträge, WRP 70, 229.

- (3) Mißbrauchsaufsicht über *marktbeherrschende Unternehmen*, § 22; im sachlichen Zusammenhang damit Anzeigepflicht für bestimmte Fusionen, § 23.

Bundeskartellamt, BB 67, 1391; MESTMÄCKER, Das marktbeherrschende Unternehmen im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen, 1959.

Eine Novellierung des GWB ist beabsichtigt, deren auffälligste Neuerung die Einführung einer „*vorbeugenden Fusionskontrolle*“ zur Verhinderung übermäßiger Unternehmenskonzentration sein soll (Jahreswirtschaftsbericht 1971 der Bundesregierung, BTag Drucks. VI/1760, Tz. 73).

MESTMÄCKER (Frankf. Allg. Ztg. vom 14. 3. 1970): „Unternehmenszusammenschlüsse sind das weitaus wichtigste Mittel, die Unternehmens- und Marktstrukturen im einzelwirtschaftlichen Interesse auf Dauer zu ändern und dadurch die Markt- und Wachstumschancen anderer Unternehmen unmittelbar zu beeinflussen . . . Eine wirksame präventive Zusammenschlußkontrolle ist deshalb das weitaus wichtigste Instrument einer Wettbewerbspolitik, die zugleich Strukturpolitik und Politik zum Schutze des Mittelstandes sein will.“

- (4) Verbot des positiven und des negativen *Organisationszwanges* und der *Diskriminierung*, §§ 25, 26; Schadensersatzanspruch, § 35.

b. *Europäisches Wettbewerbsrecht (insbes. EWG-Vertrag)*

Gemeinschaftskommentar aaO Teil II, S. 1347 ff.; DERINGER, Das Wettbewerbsrecht der EWG, 1962 ff.; GLEISS/HIRSCH, EWG-Kartellrecht, 2. Aufl., 1965; FRHR. VON GAMM, Das Kartellrecht der EWG, 2. Aufl., 1969; NASS, Probleme des europ. Kartellverfahrens, EuR 5, 1970, S. 100; GRAUPNER, The Rules of Competition in the European Economic Community, 1965; MAILÄNDER, Zuständigkeit und Entscheidungsfreiheit nationaler Gerichte im EWG-Kartellrecht, 1965; SCHLUEP, Der Alleinvertriebsvertrag — Markstein der EWG-Kartellpolitik, 1966; VYGEN, Öffentliche Unternehmen im Wettbewerbsrecht der EWG, 1967; MESTMÄCKER, Die Vermittlung von europ. und nationalem Recht im System unverfälschten Wettbewerbs, 1969; SANDBERGER, Die Nichtigkeit wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen und Beschlüsse im Recht der Europ. Wirtschaftsgemeinschaft, 1969.

Wettbewerbsbeschränkungen, die den „Handel zwischen den Mitgliedstaaten“ des Gemeinsamen Marktes der EWG beeinträchtigen, unterliegen den besonderen Vorschriften der Art. 85 ff. EWGV und der zu deren Durchführung erlassenen Verordnung Nr. 17 (KartellVO) vom 6. Februar 1962 (BGBl. II S. 93, 931). Spezialregelungen dazu sind die Bestimmungen des EGKS-Vertrages.

Auch der EWG-Vertrag verbindet das Kartellverbot als Grundsatz — Nichtigkeit der verbotenen Vereinbarungen und Beschlüsse, Art. 85 Abs. 2 — mit einem Katalog von Gruppenfreistellungen, Art. 85 Abs. 3, der durch eine weitgespannte Generalklausel fundiert wird. Daneben steht ein Verbot der mißbräuchlichen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung, Art. 86.

c. Während für das Verhältnis des GWB zum EGKS-Vertrag nach § 101 Nr. 3 GWB gilt, daß das GWB keine Anwendung findet, soweit der EGKS-Vertrag besondere Vorschriften enthält, ging die herrsch. Lehre für das *Verhältnis des GWB zum EWG-Vertrag*, wofür eine ausdrückliche Regelung des nationalen Rechts fehlt, zunächst von der vor allem von KOCH (Das Verhältnis der Kartellvorschriften des EWG-Vertrages zum GWB, BB 59, 241) entwickelten „Zwei-Schranken-Theorie“ aus. Nach dieser Lehre unterliegt ein Verhalten, das zugleich die Tatbestände des nationalen und des europäischen Wettbewerbsrecht erfüllt, den Anforderungen und „Schranken“ beider Rechtsordnungen, was praktisch im Einzelfall den Vorrang des strengeren, d. h. nationalen, Rechts bedeutet. Die „Zwei-Schranken-Theorie“, die die gleichmäßige Geltung des europäischen Rechts im Gesamtbereich des Gemeinsamen Marktes in Frage stellt, ist von MESTMÄCKER mit guten Gründen bekämpft worden (Die Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages im nationalen Recht, in: Wettbewerb als Aufgabe, Nach zehn Jahren GWB, 1968, S. 567; Parallele Geltung von Verbotsnormen des dt. und des europ. Rechts der Wettbewerbsbeschrän-

kungen, BB 68, 1297) und hat auch nicht den Beifall des EuGH gefunden. Seine ältere Rechtsprechung zum Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht (leading case: Urteil vom 15. Juli 1964, RS 6/64 Costa/ENEL, EuGHE X, 1251) fortsetzend, hat der EuGH in seinem Urteil vom 13. Februar 1969 (RS 14/68, EuGHE XV, 13 = EuR 4, 1969, S. 147; Emmerich JuS 69, 413; E. REHBINDER JurA II/7, 1970, S. 7) den Vorrang des europäischen Wettbewerbsrechts im Kollisionsfall bekräftigt.

EuGHE XV, 13

Leitsatz 1: Solange nicht eine gemäß Artikel 87 Absatz 2 Buchstabe e EWGV ergangene Verordnung etwas anderes bestimmt, können die nationalen Behörden auch dann nach staatlichem Recht gegen ein Kartell vorgehen, wenn bei der Kommission ein Verfahren anhängig ist, in dem dieses Kartell auf seine Vereinbarkeit mit dem Gemeinschaftsrecht geprüft wird. Diese Anwendung des nationalen Rechts darf jedoch die uneingeschränkte und einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts und die Wirksamkeit der zu seinem Vollzug ergangenen oder zu treffenden Maßnahmen nicht beeinträchtigen.

Vereinfachter Auszug aus den Entscheidungsgründen: Grundsätzlich kann ein Kartell wegen der unterschiedlichen Beurteilungsgesichtspunkte des Gemeinschaftsrechts und des einzelstaatlichen Rechts Gegenstand zweier paralleler Verfahren sein, von denen das eine nach Art. 85 EWGV vor den Gemeinschaftsbehörden, das andere nach staatlichem Recht vor den nationalen Behörden stattfindet. Mit Rücksicht auf die allgemeine Zielsetzung des Vertrages ist diese gleichzeitige Anwendung des nationalen Rechts allerdings nur statthaft, soweit sie die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftskartellrechts und die volle Wirksamkeit der zu seinem Vollzug ergangenen Maßnahmen auf dem gesamten gemeinsamen Markt nicht beeinträchtigt.

„Der EWG-Vertrag hat eine eigenständige Rechtsordnung geschaffen, die in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen worden und von ihren Gerichten anzuwenden ist. Es würde dem Wesen dieser Rechtsordnung widersprechen, wenn es den Mitgliedstaaten gestattet wäre, Maßnahmen zu ergreifen oder aufrechtzuerhalten, welche die praktische Wirksamkeit des Vertrages beeinträchtigen könnten. Die Geltungskraft des Vertrages und der zu seiner Anwendung getroffenen Maßnahmen darf nicht von Staat zu Staat auf Grund der nationalen Rechtsakte verschieden sein; andernfalls würde die Wirkung der Gemeinschaftsordnung beeinträchtigt und die Verwirklichung der Vertragsziele gefährdet werden. Normenkonflikte zwischen Gemeinschafts- und innerstaatlichem Kartellrecht sind daher nach dem Grundsatz des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts zu lösen.“

## II. Wirtschaftsrecht der Europäischen Gemeinschaften

MOSLER, Zur Anwendung der Grundsatzartikel des Vertrages über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, ZaöRV 26, 1956/57, S. 407; CARSTENS, Die Errichtung des gemeinsamen Marktes in der Europ. Wirtschaftsgemeinschaft, Atomgemeinschaft und Gemeinschaft für Kohle und Stahl, ZaöRV 18, 1957/58, S. 459; MATTHIJSEN, Le droit de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier,

1958; WOHLFARTH/EVERLING/GLAESNER/SPRUNG, Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft, 1960; IPSEN, Der dt. Jurist und das europ. Gemeinschaftsrecht, Verh. d. 45. DJT, 1964, II/L; STEINDORFF, Rechtsschutz und Verfahren im Recht der europ. Gemeinschaften, 1964; CATALANO, Manuale di diritto delle Comunità Europea, 2. Aufl., 1965; HALLSTEIN, Zu den Grundlagen und Verfassungsprinzipien der Europ. Gemeinschaften, in: Festschrift für Ophüls, 1965, S. 1; KAISER/BADURA, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internation. Gemeinschaften, VVDStRL Heft 23, 1966; CARTOU, Europäische Organisationen, 1967; VON DER GROEBEN/VON BOECKH, Handbuch für Europäische Wirtschaft, 1967; KITZINGER, The European Common Market and Community, 1967; EVERLING, Europ. Gemeinschaftsrecht und nationales Recht in der praktischen Rechtsanwendung, NJW 67, 465; Zur Stellung der Mitgliedstaaten im Europarecht, Schriftenr. der Hochschule Speyer, Bd. 32, 1967; GANSHOF VAN DER MEERSCH, Droit des Communautés Européennes, 1969; WALL, Europe: Unification and Law, 1969; MÉGRET, Le Droit de la Communauté économique européenne, 2 Bde., 1970; SATTLER, Die Entwicklung der Europ. Gemeinschaften von ihrer Gründung bis zum Ende der EWG-Übergangszeit, JöR 19, 1970, S. 1.

## 1. Die Europäischen Gemeinschaften und das Europarecht

### a. *Rechtliche Grundlage*

Die drei Europäischen Gemeinschaften sind durch multilaterale völkerrechtliche Verträge zwischen den Mitgliedstaaten gegründet und weiterentwickelt worden.

- (1) Vertrag über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl vom 18. April 1951 (BGBl. 1952 II S. 447); Gründung der Montanunion nach der Initiative des Schuman-Planes.
- (2) Römische Verträge vom 25. März 1957 (BGBl. II S. 766 und 1014): Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, Vertrag zur Gründung der Europäischen Atomgemeinschaft.
- (3) Abkommen über gemeinsame Organe für die europäischen Gemeinschaften vom 25. März 1957 (BGBl. II S. 1156); Versammlung, Gerichtshof, Wirtschafts- und Sozialausschuß als gemeinsame Organe der drei Gemeinschaften.
- (4) Vertrag zur Einsetzung eines gemeinsamen Rates und einer gemeinsamen Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 8. April 1965 (BGBl. II S. 1454); „Fusion der Exekutiven“.  
IPSEN, Fusionsverfassung Europäische Gemeinschaften, 1969.
- (5) Beschluß des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 21. April 1970 über die Ersetzung der Finanzbeiträge der Mitgliedstaaten durch eigene Mittel der Gemeinschaften, Zustimmungsgesetz vom 4. Dezember 1970 (BGBl. II S. 1261), und Vertrag vom 22. April 1970 zur Änderung bestimmter Haushaltsvorschriften der Verträge zur Gründung der Euro-

päischen Gemeinschaften und des Vertrags zur Einsetzung eines gemeinsamen Rates und einer gemeinsamen Kommission der Europäischen Gemeinschaften, BTag Drucks. VI/879, Zustimmungsgesetz vom 14. Dezember 1970 (BGBl. II S. 1281); neue „europäische Finanzverfassung“.

Antwort des Parlam. Staatssekretärs beim Bundesminister der Finanzen auf eine Kleine Anfrage betr. Finanzierung der Europ. Gemeinschaften, BTag Drucks. VI/1124. — JUNCKER, Das neue Haushaltsrecht etc., JZ 71, 48.

Eine Änderung der Verträge, etwa durch Erweiterung der Aufgaben und Befugnisse der Organe der Gemeinschaften oder durch Fusion der Gemeinschaften, und eine Erweiterung der Gemeinschaften durch Aufnahme neuer Mitgliedstaaten erfolgen im Wege völkerrechtlicher Verträge zwischen den Staaten (Art. 236, 237 EWGV; Art. 96 EGKSV; Art. 204, 205 EAGV); abweichend davon erfolgt der Beitritt zur EGKS durch völkerrechtliche Vereinbarung zwischen der Gemeinschaft und dem beitretenden Staat (Art. 98 EGKSV) und ist unter engen Voraussetzungen eine Änderung des EGKS-Vertrages auch europarechtlich möglich (Art. 95 Abs. 3, 4 EGKSV).

#### b. Ziel und Gegenstand der Verträge

In der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ist ein „Gemeinsamer Markt“ durch eine Zoll- und Wirtschaftsunion der Mitgliedstaaten geschaffen worden. Den Vorteil des großen Marktes machen folgende Zahlen verständlich:

EWG	186 Mill. Einwohner	1.167.500 qkm
USA	201 Mill. Einwohner	9.363.400 qkm
UdSSR	236 Mill. Einwohner	22.403.000 qkm

(Zahlen für 1968)

#### Innergemeinschaftlicher Warenaustausch (Import):

1958	6,8 Mrd. Dollar
1968	28,4 Mrd. Dollar

#### EWG-Außenhandel mit Drittländern:

Import	1958: 16,2 Mrd.	1967: 30,8 Mrd. Dollar
Export	15,9 Mrd.	31,6 Mrd. Dollar

#### (1) Zollunion:

Beseitigung der Beschränkungen des Handelsverkehrs durch Zölle, zollgleiche Abgaben (dazu die Urteile des EuGH in den Rechtssachen 2/69 und 3/69 und in der Rechtssache 24/68, EuR 4, 1969, S. 246 und 250) und Kontingente zwischen den Mitgliedstaaten; Herstellung der Freiheit der Niederlassung, der Freizügigkeit der Arbeitnehmer und der Freiheit des Dienstleistungs- und Kapitalverkehrs; gemeinsame Handelspolitik gegenüber den Drittländern.

Die Zollunion für den Handelsverkehr ist seit dem 1. Juli 1968 durch den Wegfall aller Zölle auf den innergemeinschaftlichen Warenverkehr und das Inkrafttreten eines gemeinsamen Außenzolltarifs verwirklicht. Damit verbunden, aber noch nicht durchgehend verwirklicht, ist die Anpassung des Steuerrechts, d. h. die Abschaffung der „Steuer Grenzen“.

(2) *Wirtschaftsunion:*

Vergemeinschaftung der Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsverwaltung, d. h. Errichtung selbständiger Gemeinschaftsorgane mit eigenen wirtschaftspolitischen und wirtschaftsverwaltungsrechtlichen Aufgaben und Befugnissen und Verpflichtung der Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Anpassung und nicht-diskriminierenden Handhabung (Art. 7 EWGV) bei der im nationalen Zuständigkeitsbereich verbliebenen Wirtschaftspolitik und -verwaltung.

Art und Intensität der Vergemeinschaftung sind bei den einzelnen Sachbereichen verschieden, wie sich an den im folgenden beispielhaft aufgeführten Schwerpunkten zeigt:

- (a) Koordination der nicht den Gemeinschaftsorganen zugewiesenen Funktionen der Wirtschaftspolitik (Art. 6 EWGV), z. B. der Konjunkturpolitik, Art. 103 EWGV;

Entwurf der Kommission des dritten Programms für die mittelfristige Wirtschaftspolitik, BTag Drucks. VI/1393; Memorandum der Kommission an den Rat „Die Industriepolitik der Gemeinschaft“, BTag Drucks. VI/606. — EVERLING, Die Koordinierung der Wirtschaftspolitik in der Europ. Wirtschaftsgemeinschaft als Rechtsproblem, 1964.

- (b) „gemeinsame Handelspolitik“, Art. 113 EWGV;  
 (c) einheitlicher Vollzug der Wettbewerbsregeln, Art. 85 ff. EWGV;  
 (d) Vergemeinschaftete Wirtschaftslenkung in Montanindustrie (EGKSV), Atomenergie (EAGV) und Landwirtschaft (Art. 38 ff. EWGV);  
 (e) allmähliche Angleichung des für den wirtschaftlichen Prozeß wesentlichen nationalen Rechts, insbes. im Wirtschafts- und Steuerrecht, Art. 100 ff. EWGV.

ZWEIGERT, Grundfragen der europ. Rechtsangleichung, ihrer Schöpfung und Sicherung, in: Festschrift für Hans Dölle, 1963, II, S. 401; LUTTER, Die Angleichung des Gesellschaftsrechtes nach dem EWG-Vertrag, NJW 66, 273; Angleichung des Rechts der Wirtschaft in Europa, Kölner Schriften zum Europarecht, Bd. 11, 1970.

Die Unvollkommenheiten, die durch die bloße Koordinationspflicht in der Währungspolitik und in wesentlichen Teilen der Wirtschaftspolitik hervorgerufen worden sind, haben nach dem Ende der Übergangszeit Anlaß zu Bestrebungen und Vorarbeiten für einen Ausbau der Gemeinschaften zur Wirtschafts- und Währungsunion gegeben.



Bericht der BReg über die Integration in den Europ. Gemeinschaften (Berichtszeitraum April bis September 1970), BTag Drucks. VI/1268, Tz. 18; Stufenplan der EWG-Kommission für eine Wirtschafts- und Währungsunion, BTag Drucks. VI/1273; Bericht der Werner-Kommission über die stufenweise Verwirklichung der Wirtschafts- und Währungsunion in der Gemeinschaft, BTag Drucks. VI/1315.

### c. Das rechtliche Instrumentarium

Durch die europäischen Verträge ist für einen gegenständlich beschränkten Bereich der Wirtschaftspolitik und -verwaltung eine „supranationale“ öffentliche Gewalt begründet worden. Die Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaften sind supranational in dem Sinne, daß die von den Gemeinschaftsorganen erlassenen Rechtssätze ohne einen besonderen Rechtsanwendungsbefehl (*interpositio auctoritatis*) der nationalen Parlamente für alle Angehörigen der Mitgliedstaaten unmittelbar verbindlich sind und daß die Wirtschaftsverwaltungsakte der Kommission für die Adressaten ebenfalls unmittelbar verbindlich sind.

Es gibt eine besondere *Rechtsgemeinschaft* der europäischen „Marktbürger“ mit einer besonderen und gegenüber dem nationalen Recht selbständigen europäischen Rechtsordnung und es gibt eine besondere europäische Wirtschaftspolitik und Wirtschaftsverwaltung auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechts. Die Ausübung der gemeinschaftsrechtlichen Ermächtigungen und die sonstige Durchführung der Verträge ist nicht ausschließlich den Organen der Gemeinschaften vorbehalten; beispielsweise erläßt der nationale Gesetzgeber Ausführungsgesetze auf Grund von Richtlinien oder Verordnungen der EWG und werden Befugnisse des Zoll- und Marktordnungsrechts von den zuständigen Verwaltungen der Mitgliedstaaten ausgeübt.

Die europäische Rechtsordnung besteht aus dem „primären“ und dem „sekundären“ *Gemeinschaftsrecht*. Primäres Gemeinschaftsrecht sind die Bestimmungen der Verträge, durch die die Organe der Gemeinschaften errichtet und ihre Zuständigkeiten, Aufgaben und Befugnisse festgelegt sind und unmittelbar Rechte und Pflichten der einzelnen begründet werden. Zum sekundären Gemeinschaftsrecht gehören die von den Gemeinschaftsorganen auf Grund der Ermächtigungen des primären Gemeinschaftsrechts erlassenen Rechtssätze, deren wesentlichste die Verordnungen des Rates auf Grund des EWG-Vertrages sind.

Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane:

Art. 14 EGKSV: Entscheidungen, Empfehlungen, Stellungnahmen. Die Entscheidungen sind entweder den Adressaten individuell betreffende oder allgemeine Entscheidungen; die „allgemeinen Entscheidungen“ sind Rechtssätze.

Art. 189 EWGV, Art. 161 EAGV: Verordnungen, Richtlinien, Entscheidungen, Empfehlungen und Stellungnahmen.

Die unterschiedliche Terminologie in dem älteren EGKS-Vertrag und in den Römischen Verträgen ist unpraktisch und, wegen der Bedeutungsverschiedenheit gleicher Ausdrücke (insbes. „Empfehlung“), irreführend.

An die Mitgliedstaaten gerichtete Richtlinien und Entscheidungen der Organe der EWG können unmittelbare Wirkungen auch in den Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten, an die sich die Richtlinie oder Entscheidung richtet, und den Einzelnen erzeugen und für die Einzelnen das Recht begründen, sich auf diese Vorschriften vor Gericht zu berufen.

EuGH, Urteil vom 6. 10. 1970, Rechtssache 9/70, betr. die dt. Straßengüterverkehrssteuer — ‚Leber-Pfennig‘ —, NJW 70, 2182 = JuS 71, 101.

Die Bedeutung der supranationalen Rechtsetzung ist in den drei Gemeinschaften verschieden. Der EWG-Vertrag ist ein *traité cadre*, dessen Verwirklichung einer umfangreichen Rechtsetzungstätigkeit auf Grund der general-klauselartigen „Rahmen“bestimmungen bedarf, während der EGKS-Vertrag und der EAG-Vertrag *traités de règles* sind, durch die alle wesentlichen gemeinschaftsrechtlichen Regelungen bereits festgelegt worden sind.

Die *Verordnungen der EWG* werden in der Regel nicht von der Kommission — dem von den Mitgliedstaaten unabhängigen Organ (Art. 10 des Vertrages vom 8. April 1965) —, sondern vom Rat erlassen. Der Rat kann zwar in einer Anzahl von Fällen mit der Mehrheit seiner Mitglieder entscheiden (Art. 148 EWGV), verkörpert aber durch seine Zusammensetzung (Art. 2 des Vertrages vom 8. April 1965) und Arbeitsweise sowie dadurch, daß in grundlegenden Angelegenheiten schon auf Grund der Verträge, und nicht nur nach einer angenommenen Übung, die Entscheidung nur einstimmig ergehen kann (z. B. Art. 100 EWGV), die *nationale Rückbindung* der EWG-Rechtsetzung.

RABE, Das Ordnungsrecht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1963; BÖRNER, Die Entscheidungen der Hohen Behörde, 1965; WAGNER, Grundbegriffe des Beschlußrechts der Europäischen Gemeinschaften, 1965; THIERFELDER, Die Entscheidung im EWG-Vertrag, 1968.

#### *d. Die europäische öffentliche Gewalt:*

Die Europäischen Gemeinschaften stellen eine neuartige Organisationsform des internationalen Rechts dar, die weder mit den Kategorien des Völkerrechts, noch mit denen des Staatsrechts vollständig erklärt werden kann. Der für die herkömmliche Betrachtungsweise grundlegende und als ausschließlich und abschließend vorgestellte Dualismus von Staatsrecht und Völkerrecht beruht auf Idee und Wirklichkeit des souveränen Nationalstaates als des einzigen Zuordnungspunktes des Rechts, sei es des hoheitlich gesetzten nationalen Rechts, sei es des von der internationalen Rechtsgemeinschaft der Staaten genossenschaftlich oder vertraglich erzeugten Völkerrechts. Die ideellen und politischen Voraussetzungen dieser scharfgeschnittenen national-

staatlichen Doktrin von Staat, Staatengemeinschaft und Recht unterliegen seit längerer Zeit einem Erosionsprozeß, in dem die supranationale Verbindung der westeuropäischen Staaten ein wesentliches Phänomen ist.

OPHÜLS, Zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht, Grundfragen des europäischen Rechts, Juristen-Jahrbuch 4, 1963/64, S. 137; ders., Staatshoheit und Gemeinschaftshoheit — Wandlungen des Souveränitätsbegriffs, in: Recht im Wandel, 1965, S. 519; VON SIMSON, Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart, 1965 (dazu BADURA, EuR 2, 1967, S. 179); DOERING, Internationale Organisationen und staatliche Souveränität, in: Festgabe für Ernst Forsthoff, 1967, S. 105.

(1) Die Europäischen Gemeinschaften sind kein *Bundesstaat*. Denn sie können sich gegenüber den Mitgliedstaaten nur mit den Mitteln des Völkerrechts durchsetzen (Art. 169, 171, 192 EWGV) und sie ermangeln der Totalität und Territorialität der politischen Herrschaft, die für den Staat, auch den Bundesstaat, charakteristisch ist.

(2) Die Europäischen Gemeinschaften sind nicht nur ein Sonderfall einer *internationalen Organisation*.

(a) Sie beruhen nicht auf einer „Übertragung“ oder „Delegation“ von Hoheitsrechten. In ihrem Rahmen sind bestimmte Aufgaben und Befugnisse *originär*, d. h. ohne einen rechtlichen Ableitungszusammenhang, unter Verdrängung der nationalstaatlichen Staatsgewalten begründet worden.

(b) Die Europäischen Verträge sind mit ihrem Inkrafttreten — abgesehen von ihren fortbestehenden völkerrechtlichen Wirkungen — insoweit zur *besonderen Rechtsordnung* der neu entstandenen gegenständlich beschränkten, aber selbständigen Rechtsgemeinschaft, zu primärem Gemeinschaftsrecht geworden, als sie Organisation, Aufgaben und Befugnisse der Gemeinschaftsorgane festlegen und als sie unmittelbar Rechte und Pflichten einzelner begründen, wie z. B. Art. 12, 31, 32 Abs. 1, 53, 85 EWGV.

Die Rechtsprechung des EuGH zu Vertragsbestimmungen, die unmittelbare Wirkungen in den Rechtsbeziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den Einzelnen erzeugen und Rechte der Einzelnen begründen, welche die staatlichen Gerichte zu beachten haben, hatte und hat für die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts eine große Tragweite. Am Beginn stand das Urteil vom 5. Februar 1963 in der Rechtssache 26/62 — 1. Tariefcommissie-Urteil — (EuGHE IX, 1); in jüngerer Zeit bemerkenswert ist das Urteil vom 19. Dezember 1968 in der Rechtssache 13/68 (EuR 4, 1969, S. 47). CONSTANTINESCO, Die unmittelbare Anwendbarkeit der Gemeinschaftsnormen und der Rechtsschutz von Einzelpersonen im Recht der EWG, 1969.

(c) Die öffentliche Gewalt der Europäischen Gemeinschaften ist „*supranational*“, d. h. eine originäre und einheitliche, nichtnationale und nichtstaatliche Herrschaftsgewalt einer neuartigen Rechtsgemeinschaft der Angehörigen

der Mitgliedstaaten, die auf Grund einer selbständigen Rechtsordnung ohne Bindung an die nationalen Verfassungen und Rechtsordnungen ausgeübt wird.

Das primäre und sekundäre Gemeinschaftsrecht haben *Vorrang* vor dem nationalen Recht, einschließlich des Verfassungsrechts.

EuGH, Urteil vom 15. Juli 1964, Rechtssache 6/64 (Costa/ENEL), EuGHE X, 1251 (dazu GROSSFELD, JuS 66, 347); Urteil vom 13. Februar 1969, Rechtssache 14/68, EuGHE XV, 13 (oben I 2 c).

### e. Die Europäischen Gemeinschaften und die Nationalstaaten

ERLER/THIEME, Das Grundgesetz und die öffentliche Gewalt internationaler Staatengemeinschaften, VVDStRL Heft 18, 1960; ZWIEGERT, Der Einfluß des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, RabelsZ 28, 1964, S. 601; IPSEN, Das Verhältnis des Rechts der Europäischen Gemeinschaften zum nationalen Recht, in: Aktuelle Fragen des europäischen Gemeinschaftsrechts, 1965, S. 1; GRABITZ, Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht, 1966; FUSS, Die Europäischen Gemeinschaften und der Rechtsstaatsgedanke, 1967; SATTLER, Das Prinzip der „funktionellen Integration“ und die Einigung Europas, 1967; KROPHOLLER, Die Europäischen Gemeinschaften und der Grundrechtsschutz, EuR 4, 1969, S. 128; GORNY, Verbindlichkeiten der Bundesgrundrechte bei der Anwendung von Gemeinschaftsrecht durch deutsche Staatsorgane, 1969; ZULEEG, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften im innerstaatlichen Bereich, 1969; ZIEGER, Das Grundrechtsproblem in den Europäischen Gemeinschaften, 1970.

(1) Die Errichtung der europäischen öffentlichen Gewalt geschah durch völkerrechtlichen Vertrag, staatsrechtlich gesehen also durch die *Auswärtige Gewalt*. Obwohl gemäß Art. 59 Abs. 2 GG verfahren wurde, können die Grundsätze über die Transformation völkerrechtlicher Verträge in nationales Recht für die Frage des Ranges des europäischen Rechts im System der nationalen Rechtsordnung nichts ergeben, da das dem Inhalt der Verträge (Errichtung einer besonderen und einheitlichen Gemeinschaftsrechtsordnung) widersprechen würde. Das *Gemeinschaftsrecht* ist nicht Bundesrecht, wenngleich seine Geltung auch auf dem Zustimmungsgesetz nach Art. 59 Abs. 2 GG beruht und wenngleich es im bundesstaatlichen Rechtsverhältnis wie Bundesrecht behandelt wird, z. B. in der Frage der Revisibilität (§ 137 Abs. 1 VwGO). Denn es ist in Entstehungsweise, Geltungsgrund und Wirkung von Rechtssätzen des Bundesrechts verschieden. Für das Inkrafttreten des primären Gemeinschaftsrechts im nationalen Bereich könnte ein juristisches Deutungsschema am ehesten der mit der Transformationslehre konkurrierenden „Vollzugstheorie“ entnommen werden; zu dieser: PARTSCH, Die Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Recht, 1964.

(2) Für die rechtliche Beurteilung des Gemeinschaftsrechts sind zwei Fragen zu unterscheiden:

1. Die Frage des (Vor-) Ranges des europäischen Rechts beantwortet sich nach den *Europäischen Verträgen*. Aus diesen ergibt sich der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht, sofern in einer Materie oder in einem Einzelfall ein Normenkonflikt besteht (oben II 1 d). „Vorrang“ ist nicht im Sinne des Art. 31 GG zu verstehen, dem die Systemverhältnisse einer nationalen Rechtsordnung zugrundeliegen; es handelt sich um Überlagerung, nicht um Beseitigung des nationalen Rechts. Denn den Organen der Gemeinschaften ist eine Befugnis, nationales Recht aufzuheben, nicht gegeben worden.
2. Die Frage, ob dem Gemeinschaftsrecht dieser Vorrang vor dem nationalen Recht eingeräumt werden durfte, beantwortet sich nach dem *nationalen Verfassungsrecht*.

(3) Steht die Schaffung der europäischen Rechtsordnung und die Errichtung der supranationalen öffentlichen Gewalt mit dem GG in Einklang?

Ausgangspunkt ist, daß die Auswärtige Gewalt, einschließlich der Vertragsschließenden Gewalt (treaty-making power) an die formellen und sachlichen Normen der Verfassung gebunden ist. Im Verfassungsstaat gibt es keine extra-konstitutionelle Staatstätigkeit.

TREVIRANUS, Außenpolitik im demokratischen Rechtsstaat, 1966.

Es kommt jedoch der „politischen Ausgangslage“ eines Vertrages besondere Bedeutung zu (BVerfGE 4, 157 — Saar-Urteil).

Eine für die Gründung der Europäischen Gemeinschaften spezifisch einschlägige Verfassungsbestimmung ist *Art. 24 Abs. 1 GG*: „Der Bund kann durch Gesetz Hoheitsrechte auf zwischenstaatliche Einrichtungen übertragen.“ Diese Bestimmung betrifft nur das Verfahren der „Übertragung von Hoheitsrechten“ — durch Gesetz, nicht durch Verfassungsänderung —, nicht die inhaltliche Bindung der gesetzgebenden Faktoren bei der „Übertragung von Hoheitsrechten“ — diese inhaltliche Bindung wird nicht gelockert oder reduziert. Art. 24 Abs. 1 GG billigt die Unterwerfung unter eine internationale nichtdeutsche öffentliche Gewalt und läßt so die Durchbrechung der als Verfassungsbestandteil geltenden „Undurchdringlichkeit“ und Unteilbarkeit der nationalstaatlichen Souveränität im Gesetzgebungswege zu.

Zur Frage der Wahrung der inhaltlichen Bindung der „*Integrationsgewalt*“ des Art. 24 Abs. 1 GG durch die Verfassung im Falle der Europäischen Verträge hat der BFH im Urteil vom 25. April 1967 (JuS 67, 571) entschieden, daß Art. 1 des Zustimmungsgesetzes vom 27. Juli 1957 (BGBl. II S. 753, 1678) in Verbindung mit Art. 189 EWG-Vertrag das Grundgesetz nicht verletze.

(4) Die Frage des Vorranges des Gemeinschaftsrechts auch gegenüber dem nationalen Verfassungsrecht hat vor allem wegen der dadurch befürchteten

Schwächung der *Grundrechte* zu ausgedehnten literarischen Auseinandersetzungen geführt. Der zur „Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung“ der Verträge berufene EuGH (Art. 164 EWGV, Art. 31 EGKSV, Art. 136 EAGV) wendet lediglich Gemeinschaftsrecht an, so daß vor diesem Forum eine Berufung auf nationalstaatliche Grundrechte nicht möglich ist (EuGHE VI/2, 885/920 f.). Den nationalen Gerichten ist durch den Vorrang des Gemeinschaftsrechts verwehrt, die Berücksichtigung von Gemeinschaftsrecht aus dem Grunde zu unterlassen, daß ein Grundrecht des GG berührt sei. Ein Einfallstor für rechtsstaats- und freiheitswidrige Willkür der europäischen öffentlichen Gewalt ist dennoch nicht geöffnet, weil das geschriebene und ungeschriebene Gemeinschaftsrecht die rechtsstaatlichen Garantien und die individuellen Grundfreiheiten als allgemeine Rechtsgrundsätze umschließt. Dies hat nunmehr auch der EuGH in dem Urteil vom 12. November 1969 (Rechtsache 29/69, EuGHE XV, 419 = JuS 70, 245; Anm. MEIER DVBL 70, 614) rechtsgrundsätzlich anerkannt.

STEINDORFF, Der Gleichheitssatz im Wirtschaftsrecht des Gemeinsamen Marktes, 1965; ZIEGER, aaO S. 25 ff.

#### (5) *Gemeinschaftsrecht vor deutschen Gerichten:*

E. SCHUMANN, Das Verhältnis des dt. Richters zum Gerichtshof der Europ. Gemeinschaften, ZZZ 78, 1965, S. 77; BASSE, Das Verhältnis zwischen der Gerichtsbarkeit des Gerichtshofes der Europ. Gemeinschaften und der dt. Zivilgerichtsbarkeit, 1967.

(a) Die *Zustimmungsgesetze* zu den Europäischen Verträgen und damit mittelbar diese Verträge und das auf ihnen beruhende primäre Gemeinschaftsrecht unterliegen der deutschen *Verfassungsgerichtsbarkeit*. Das ergibt sich aus den allgemeinen Grundsätzen über die verfassungsgerichtliche Kontrolle von Zustimmungsgesetzen (zu diesen: BVerfGE 6, 290; 24, 33).

(b) Für einen unmittelbaren Angriff gegen *Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane* besteht eine ausschließliche Gerichtsbarkeit des EuGH und ist die deutsche Gerichtsbarkeit nicht gegeben (Art. 183 EWGV). Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane sind keine Akte der deutschen öffentlichen Gewalt. Sie können deshalb auch nicht Gegenstand einer Verfassungsstreitigkeit sein. Eine Verordnung der EWG beispielsweise kann nicht unmittelbar mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden (BVerfGE 22, 293 = JZ 68, 99 mit Anm. IPSEN).

(c) Soweit *Organe des Bundes oder der Länder* Gemeinschaftsrecht vollziehen oder bei der Verwirklichung deutschen Rechts zu beachten haben, handelt es sich um die Ausübung deutscher öffentlicher Gewalt und ist für den gerichtlichen Rechtsschutz die deutsche Gerichtsbarkeit gegeben; vgl. z. B. BVerwGE 31, 279 (betr. VO Nr. 19/62/EWG vom 4. April 1962). Aus dem Gemeinschaftsrecht können sich auch Rechtsfolgen für den Zivilrechtsverkehr ergeben

und kann dementsprechend ein Zivilgericht mit Gemeinschaftsrecht befaßt werden; vgl. BGHZ 40, 135 (Wettbewerbsrecht).

Wenn Gemeinschaftsrecht oder Handlungen der Gemeinschaftsorgane für die Entscheidung eines nationalen Gerichts erheblich sind, kann die Zuständigkeit des EuGH fakultativ oder obligatorisch im Wege der *Vorabentscheidung* gegeben sein (unten III 3 b).

## 2. Die Wirtschaftsverfassung der Europäischen Gemeinschaften

OPHÜLS, Grundzüge europäischer Wirtschaftsverfassung, ZHR 124, 1962, S. 136; BADURA, aaO S. 77 ff.; KOPPENSTEINER, Das Subventionsverbot im Vertrag über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl, 1965; BURGHARDT, Die Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten und der EWG-Vertrag, 1969; J. SCHERER, Die Wirtschaftsverfassung der EWG, 1970.

In den Europäischen Gemeinschaften besteht ein durch eine Zoll- und Wirtschaftsunion organisierter Gemeinsamer Markt für Waren und Dienstleistungen sowie für Arbeit und Kapital. Die Europäisierung des Wirtschaftsverkehrs stellt zugleich seine Liberalisierung dar. Deswegen kann von den *europäischen Wirtschaftsfreiheiten* gesprochen werden: Freiheit des Waren- und Dienstleistungsverkehrs, Niederlassungsfreiheit, Freizügigkeit, Freiheit des Kapitalverkehrs. Da der Gemeinsame Markt ein einheitlicher europäischer Markt sein soll, ist das Gebot der *Gleichbehandlung* (Verbot der Diskriminierung) ein fundamentaler Grundsatz des Gemeinschaftsrechts (Art. 7 EWGV; Art. 4 EGKSV). Das grundsätzliche *Subventionsverbot* (Art. 92 ff. EWGV; Art. 67 EGKSV) dient der Wahrung gleicher Wettbewerbsverhältnisse.

Grundlage des europäischen Wirtschaftsrechts ist das Prinzip, daß die Wirtschaftsform der nationalen Volkswirtschaften wie auch des Gemeinsamen Marktes die der privatwirtschaftlichen und marktwirtschaftlichen Wettbewerbswirtschaft ist, verbunden mit den Regelungen zur Ordnung, Beeinflussung und Lenkung des wirtschaftlichen Prozesses, die sich aus dem staatlichen und teilweise vergemeinschafteten Auftrag zur wohlfahrtsstaatlichen Sozialgestaltung ergeben.

### Art. 2 EGKSV

(1) Die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl ist dazu berufen, im Einklang mit der Gesamtwirtschaft der Mitgliedstaaten und auf der Grundlage eines gemeinsamen Marktes, wie er in Artikel 4 näher bestimmt ist, zur Ausweitung der Wirtschaft, zur Steigerung der Beschäftigung und zur Hebung der Lebenshaltung in den Mitgliedstaaten beizutragen.

(2) Die Gemeinschaft hat in fortschreitender Entwicklung die Voraussetzungen zu schaffen, die von sich aus die rationellste Verteilung der Erzeugung auf dem höchsten Leistungsstande sichern; sie hat hierbei dafür zu sorgen, daß keine Unterbrechung

in der Beschäftigung eintritt, und zu vermeiden, daß im Wirtschaftsleben der Mitgliedstaaten tiefgreifende und anhaltende Störungen hervorgerufen werden.

#### Art. 2 EWGV

Aufgabe der Gemeinschaft ist es, durch die Errichtung eines Gemeinsamen Marktes und die schrittweise Annäherung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten eine harmonische Entwicklung des Wirtschaftslebens innerhalb der Gemeinschaft, eine beständige und ausgewogene Wirtschaftsausweitung, eine größere Stabilität, eine beschleunigte Hebung der Lebenshaltung und engere Beziehungen zwischen den Staaten zu fördern, die in dieser Gemeinschaft zusammengeschlossen sind.

*Wirtschaftslenkende Aufgaben und Befugnisse der Gemeinschaftsorgane* bestehen vornehmlich

- (1) im Rahmen der landwirtschaftlichen Marktordnungen, Art. 40 EWGV;
- (2) im Bereich der Montanwirtschaft, z. B. Preisfestsetzungen, Art. 61 EGKSV, und Investitionskontrolle, Art. 54 Abs. 5 EGKSV;
- (3) in Gestalt des Versorgungsmonopols der EURATOM-Agentur, Art. 52 ff. EAGV, und des Kernbrennstoffeigentums der EURATOM, Art. 86 ff. EAGV.

In der Frage der *Eigentumsverfassung* werden die Mitgliedstaaten durch den EWG-Vertrag nicht festgelegt (Art. 222 EWGV).

### III. EuGH, Urteil vom 9. Juli 1969 in der Rechtssache 10/69, EuGHE XV, 309 = JZ 69, 788

#### 1. Sachverhalt

Die AG S. räumte der AG P. 1961 vertraglich das Alleinvertriebsrecht für bestimmte Rechenmaschinen und Büroschreibmaschinen in Belgien und Luxemburg ein. Später wurden in diese Vereinbarung stillschweigend auch Elektrokopiergeräte der AG S. einbezogen.

Im Jahre 1966 kündigte die AG S. die Alleinvertriebsvereinbarung hinsichtlich der Elektrokopiergeräte, worauf die AG P. die AG S. nach belgischem Recht vor dem Tribunal de Commerce in Brüssel auf Schadensersatz verklagte. Die beklagte AG S. wandte ein, die Vereinbarung sei gemäß Art. 85 Abs. 1 EWGV nichtig. Die klagende AG P. replizierte, die Vereinbarung sei jedenfalls „vorläufig gültig“; denn der Vertrag sei bei der EWG-Kommission innerhalb der in der VO Nr. 17 vorgesehenen Fristen ordnungsgemäß angemeldet worden, und diese habe noch keine Entscheidung gemäß Art 85 Abs. 3 EWGV getroffen.

Das Tribunal de Commerce hat das Verfahren ausgesetzt und die Vorabentscheidung des EuGH über die Frage erbeten,

„wie Art 85 des Vertrages und die dazu ergangenen Durchführungsverordnungen hinsichtlich der Wirkungen der vorläufigen Gültigkeit auszulegen sind, die den fristgerecht bei der Kommission der EWG angemeldeten Vereinbarungen bis zur Einleitung des in Art. 9 der VO Nr. 17 geregelten Verfahrens durch die Kommission zukommt“.



Die Kommission machte geltend, die Anmeldung gemäß Art. 5 VO Nr. 17 betreffe nur die schriftliche Vereinbarung, nicht dagegen die konkludente Zusatzvereinbarung, so daß die vorgelegte Frage nicht entscheidungserheblich und die Bitte um Vorabentscheidung deshalb unzulässig sei.

## 2. Vorgeschichte: Der Bosch-Fall

(EuGH, Urteil vom 6. April 1962 in der Rechtssache 13/61, EuGHE VIII, 97; dazu JECHT, JuS 64, 20; BGHZ 40, 135).

(1) Sachverhalt: Die Robert Bosch GmbH, Stuttgart, hat seit 1903 der Gesellschaft van Rijn das Alleinverkaufsrecht für alle Bosch-Erzeugnisse auf dem niederländischen Markt eingeräumt und zum Schutze dieses Alleinrechts mit jedem Käufer von Bosch-Erzeugnissen ein Exportverbot vereinbart: „Soweit nicht unsere schriftliche Zustimmung vorliegt, dürfen Bosch-Erzeugnisse weder unmittelbar noch mittelbar ins Ausland ausgeführt werden“.

1959/60 führte die Fa. de Geus Bosch-Kühlschränke aus Deutschland ein, die sie von Käufern erworben hatte, die sich zu einem Exportverbot verpflichtet hatten. Bosch und van Rijn nahmen daraufhin de Geus vor der Rechtbank in Rotterdam auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch. Die beklagte Fa. de Geus wandte die Unwirksamkeit des Alleinverkaufsrechts und der Exportverbote wegen Verstoßes gegen Art. 85 EWGV ein. Diesen Einwand wiederholte sie, nachdem sie in erster Instanz unterlegen war — die Rechtbank war insbes. davon ausgegangen, daß Art. 85 EWGV mangels Ausführungsbestimmungen (noch) nicht unmittelbar bindendes Recht sei —, auch vor dem Appellationshof in den Haag.

Der Appellationshof hat den EuGH im Wege der Vorabentscheidung gebeten, „über die Frage zu befinden, ob das Exportverbot, welches die Robert Bosch GmbH in Stuttgart ihren Abnehmern auferlegt hat und mit dem sich diese vertraglich einverstanden erklärt haben, gemäß Artikel 85 Absatz 2 des EWG-Vertrages nichtig ist, soweit es die Ausfuhr nach den Niederlanden betrifft“.

Während der Anhängigkeit der Sache beim EuGH erging die VO Nr. 17.

(2) Vereinfachter und gekürzter Auszug aus den Entscheidungsgründen: Der EuGH hatte die vorgelegte Frage entsprechend Art. 177 Abs. 1 lit. a EWGV in eine abstrakte Frage der Vertragsauslegung umzuformulieren, wofür die Gründe des Vorlagebeschlusses herangezogen wurden.

Art. 85 EWGV ist mit Inkrafttreten des Vertrages zwar unmittelbar anwendbares Recht geworden (arg. Art. 88 EWGV, der diese Geltung voraussetzt), vermochte aber vor Erlaß der in Art. 87 EWGV vorgesehenen Ausführungsbestimmungen wegen der Unvollständigkeit seiner Regelung noch nicht alle vorgesehenen Rechtsfolgen herbeizuführen; insbes. war Art. 85 Abs. 3 EWGV noch nicht vollziehbar.

Es würde dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit widersprechen, bestimmte Vereinbarungen der Nichtigkeit zu unterwerfen (Art. 85 Abs. 2 EWGV), bevor noch möglich gewesen wäre zu entscheiden, auf welche Vereinbarungen Art. 85 EWGV in seiner Gesamtheit anwendbar ist. Bei den zur Zeit des Inkrafttretens der VO Nr. 17 bereits bestehenden Vereinbarungen und Beschlüssen tritt die Nichtigkeit nicht schon allein deswegen ein, weil sie unter Art. 85 Abs. 1 EWGV fallen. Diese Vereinbarungen und Beschlüsse müssen als gültig angesehen werden, wenn sie unter

Art. 5 Abs. 2 der VO Nr. 17 fallen (generelle Gruppenfreistellungen). Sie haben als „vorläufig gültig“ zu gelten, wenn sie, ohne unter Art. 5 Abs. 2 der VO Nr. 17 zu fallen, bei der Kommission nach Art. 5 Abs. 1 der VO Nr. 17 fristgemäß angemeldet werden.

Diese Gültigkeit ist jedoch nicht definitiv, weil die in Art. 85 Abs. 2 EWGV vorgeschriebene Nichtigkeit eintritt, wenn die Behörden der Mitgliedstaaten von der ihnen durch Art. 88 EWGV zuerkannten und durch Art. 9 der VO Nr. 17 bewahrten Zuständigkeit Gebrauch machen, Art. 85 Abs. 1 EWGV anzuwenden und bestimmte Vereinbarungen oder Beschlüsse für verboten zu erklären. Dasselbe gilt im Falle einer entsprechenden Entscheidung der Kommission.

### 3. Die Zuständigkeit des EuGH, insbes. das Verfahren der Vorabentscheidung

In der prozessualen Frage hat der EuGH die Einrede der Kommission zurückgewiesen:

„Die Entscheidung darüber, ob die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften oder Begriffe, deren Auslegung beantragt wird, tatsächlich auf den konkreten Fall anwendbar sind, ist der Zuständigkeit des Gerichtshofes entzogen und dem vorliegenden Gericht vorbehalten.“

#### Exkurs:

Mit einer gewissen Vereinfachung kann man die Zuständigkeiten des EuGH in zwei Gruppen aufteilen:

- (1) Streitigkeiten über die Rechte und Pflichten der Gemeinschaften gegenüber den Staaten, der Staaten gegenüber den Gemeinschaften, der Staaten untereinander und der Gemeinschaftsorgane untereinander:
  - (a) Kommission  $\not\propto$  Staat, Art. 169, 171;
  - (b) Staat  $\not\propto$  Staat, Art. 170, 171;
  - (c) Staat, Rat, Kommission  $\not\propto$  Rat, Kommission, Art. 173 bis 175.
- (2) Streitigkeiten über die Aufgaben und Befugnisse der Gemeinschaftsorgane gegenüber Privaten:
  - (a) Nichtigkeitsklage, Art. 173, 174;
  - (b) Untätigkeitsklage, Art. 175, 176;
  - (c) Amtshaftungsklage, Art. 178, 215 Abs. 2;
  - (d) Beamtenklage, Art. 179;
- (3) Verfahren der Vorabentscheidung, Art. 177 EWGV, zur Wahrung der einheitlichen Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch die nationalen Gerichte.

Die angegebenen Zuständigkeiten des EuGH nach dem EWG-Vertrag stimmen mit denen des EAG-Vertrages (Art. 136 ff.) und — mit gewissen Abweichungen vor allem beim Klagerecht im Rahmen der Nichtigkeitsklage und bei der Amtshaftung — mit denen des EGKS-Vertrages (Art. 31 ff.) überein. Der Gerichtshof entscheidet nach dem jeweils für das anhängige Verfahren

einschlägigen Vertrag; Art. 3, 4 des Abkommens über gemeinsame Organe vom 25. März 1957.

Organisation und Verfahren des EuGH bestimmen sich neben den jeweils einschlägigen Vertragsvorschriften nach der Satzung des Gerichtshofs der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 17. April 1957 (BGBl. II S. 1166), der Verfahrensordnung vom 3. März 1959 (BGBl. II S. 1205) und der Zusätzlichen Verfahrensordnung vom 9. März 1962 (BGBl. II S. 770).

DAIG, Die Gerichtsbarkeit in der EWG und der EAG, AÖR 83, 1958, S. 132; BEBR, Judicial Control of the European Communities, 1962; BANDILLA, Das Klagerecht der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften gegen Durchgriffsakte, 1965; SCHLOCHAUER, Die Zuständigkeiten des Gerichtshofes der Europ. Gemeinschaften, in: Festschrift für Ophüls, 1965, S. 167; VALENTINE, The Court of Justice of the European Communities, 1965; EHLE, Klage- und Prozeßrecht des EWG-Vertrages, 1966 ff.; RIESE, Über den Rechtsschutz innerhalb der Europäischen Gemeinschaften, EuR 1, 1966, S. 24; ULE, Empfiehlt es sich, die Bestimmungen des europäischen Gemeinschaftsrechts über den Rechtsschutz zu ändern und zu ergänzen, Verh. d. 46. DJT, 1966, I/4; WALL, The Court of Justice of the European Communities, 1966; BRINKHORST/SCHERMERS, Judicial Remedies in the European Communities, 1969; DEGENHARDT, Die Auslegung und Berichtigung von Urteilen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften, 1969; GREEN, Political Integration by Jurisprudence, 1969.

a. Insbesondere die *Nichtigkeitsklage*:

(1) Gegen *Individualentscheidungen*,

- (a) die gegen den Kläger ergangen sind;
- (b) die als eine an eine andere Person gerichtete Entscheidung ergangen sind, aber den Kläger „*unmittelbar und individuell*“ betreffen (Art. 173 Abs. 2 EWGV).

Dies ist praktisch bedeutsam vor allem bei an die Staaten gerichtete Entscheidungen; die Klagebefugnis Privater gegen eine solche Entscheidung wurde erstmals bejaht in dem Urteil des EuGH vom 1. Juli 1965 in den Verbundenen Rechtssachen 106/63 und 107/63, Fa. Alfred Töpfer KG (EuGHE XI, 547 = EuR 1, 1966, S. 55 mit Anm. IPSEN; dazu FUS, JuS 67, 552).

Die Klagebefugnis gegen die Vergabe von Zuschüssen an einen Konkurrenten, die geeignet ist, die auf dem betroffenen Markt bestehenden Wettbewerbsverhältnisse zu beeinflussen, und sich auf die Marktstellung des Klägers auswirkt, besteht nur bei Vorliegen besonderer Umstände (EuGH, Urteil vom 10. Dezember 1969 in den verbund. Rechtssachen 10/68 und 18/68, Società Eridania Zuccherifici Nazionali, EuR 5, 1970, S. 161 mit Anm. NICOLAYSEN).

(2) Gegen *Verordnungen*:

- (a) Verordnungen der EWG sind, im Unterschied zu den allgemeinen Entscheidungen der EGKS (Art. 33 Abs. 2 EGKS), grundsätzlich

unanfechtbar, unterliegen jedoch einer inzidenten Nachprüfung (Art. 184 EWGV);

- (b) Verordnungen sind ausnahmsweise anfechtbar, wenn sie den Kläger unmittelbar und individuell betreffen (Art. 173 Abs. 2 EWGV).

EuGH, Urteil vom 11. Juli 1968 in der Rechtssache 6/68, Zuckerfabrik Watenstedt GmbH, EuR 3, 1968, S. 389 mit Anm. GLAESNER, EuR 4, 1969, S. 153.

b. Insbesondere die *Vorabentscheidung*:

TOMUSCHAT, Die gerichtliche Vorabentscheidung nach den Verträgen über die Europäischen Gemeinschaften, 1964; ULE, Der Europäische Gerichtshof und die deutsche Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 67, 1.

Art. 177 EWGV, Art. 41 EGKSV, Art. 150 EAGV.

Art. 177 EWGV

(1) Der Gerichtshof entscheidet im Wege der Vorabentscheidung

- a) über die Auslegung dieses Vertrages,
- b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft,
- c) über die Auslegung der Satzungen der durch den Rat geschaffenen Einrichtungen, soweit diese Satzungen dies vorsehen.

(2) Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaates gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlaß seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen.

(3) Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofes verpflichtet.

Art. 41 EGKSV

Der Gerichtshof allein entscheidet, und zwar im Wege der Vorabentscheidung, über die Gültigkeit von Beschlüssen der Hohen Behörde und des Rates, falls bei einem Streitfall vor einem staatlichen Gericht diese Gültigkeit in Frage gestellt wird.

Unter „Gültigkeit“ ist die Rechtsbeständigkeit nach Maßgabe des Gemeinschaftsrechts zu verstehen, also nicht nur die „Nichtigkeit“ im Sinne des deutschen Verwaltungsrechts.

Eine Anrufung des EuGH wegen einer Frage der „Auslegung“ kommt nur in Betracht, wenn die fragliche Bestimmung oder Handlung „auslegungsbedürftig“ ist (BVerwGE 31, 279/284).

Für die *Entscheidungserheblichkeit* der vorgelegten Rechtsfrage kommt es auf die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts an (EuGH, Rechtssache 10/69 aaO). Abweichend davon legt das BVerfG in dem vergleichbaren Verfahren der konkreten Normenkontrolle (Art. 100 Abs. 1 GG) in der Frage

der Entscheidungserheblichkeit der zu überprüfenden Norm die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts dann nicht zugrunde, wenn sie „offensichtlich unhaltbar“ ist (vgl. LEIBHOLZ/RUPPRECHT, BVerfGG, 1968, § 80, RNr. 28).

Im Rahmen der Vorabentscheidung schreitet der EuGH weder zu einer Anwendung nationaler Rechtsvorschriften noch zu einer Beurteilung des Einzelfalles. Es ist auch nicht Sache des EuGH, über die Vertragsmäßigkeit oder Vertragswidrigkeit nationaler Rechtsvorschriften zu entscheiden (EuGHE XI, 8).

Zur Vorlage befugt sind sämtliche nationale Gerichte. Zur Vorlage verpflichtet sind die nationalen Gerichte, deren Entscheidungen nicht oder nicht mehr mit ordentlichen Rechtsmitteln anfechtbar sind, also insbes. die Revisionsgerichte, aber auch die Verfassungsgerichte. Den ohne Anfechtungsmöglichkeit der Prozeßparteien entscheidenden nationalen Gerichten fehlt die Gerichtsbarkeit über die Auslegung des primären Gemeinschaftsrechts und über die Gültigkeit und Auslegung der Rechtsakte der Gemeinschaftsorgane. Insoweit ist im Interesse einer einheitlichen Handhabung der Verträge im Gemeinsamen Markt die europäische Gerichtsbarkeit an die Stelle der nationalen Gerichtsbarkeit getreten und besitzt der EuGH eine ausschließliche Entscheidungszuständigkeit.

#### 4. Die Sachentscheidung in der Rechtssache 10/69

Anmerkungen von STEINDORFF, BB 69, 980, P. ULMER, EuR 4, 1969, S. 344, und KNÖPFLE, JZ 69, 789.

Die gemäß der Verordnung Nr. 17 ordnungsmäßig angemeldeten Vereinbarungen im Sinne von Art. 85 Abs. 1 EWGV sind solange „voll wirksam“, bis die Kommission nach Art. 85 Abs. 3 EWGV und den Vorschriften der VO Nr. 17 entschieden hat.

Um den Betroffenen die Berufung auf die Vorschriften des Art. 85 Abs. 3 EWGV zu ermöglichen, sieht die VO Nr. 17 vor, daß die in Art. 85 Abs. 1 EWGV genannten Vereinbarungen und Beschlüsse bei der Kommission angemeldet werden müssen. Ist eine Vereinbarung gemäß der VO Nr. 17 angemeldet worden, so kann aus der bloßen Tatsache der Anmeldung nicht schon der Schluß gezogen werden, daß die Vereinbarung unter das Verbot des Art. 85 Abs. 1 EWGV fällt. Die Entscheidung der Frage, ob eine solche Vereinbarung tatsächlich verboten ist, setzt die Würdigung wirtschaftlicher und rechtlicher Zusammenhänge voraus, die nur dann als gegeben angesehen werden können, wenn ausdrücklich festgestellt wird, daß im konkreten Fall nicht nur die Tatbestandsmerkmale des Art. 85 Abs. 1 EWGV erfüllt sind, sondern außerdem auch die in Art. 85 Abs. 3 EWGV vorgesehene Ausnahme nicht in Betracht kommt. Solange diese Feststellung nicht getroffen ist, muß jede angemeldete Vereinbarung als wirksam gelten.

Es würde dem allgemeinen Grundsatz der Rechtssicherheit widersprechen, daraus, daß die Wirksamkeit der angemeldeten Vereinbarungen noch nicht endgültig ist, zu folgern, die Vereinbarungen seien bis zur Entscheidung der Kommission gemäß Art. 85 Abs. 3 EWGV nicht voll wirksam.

Vgl. noch das Urteil des EuGH vom 18. März 1970 (JZ 70, 543) in der Rechtssache 43/69, wonach eine von der Anmeldung befreite und nicht angemeldete Vereinbarung solange voll wirksam ist, wie ihre Nichtigkeit nicht festgestellt ist.

## E. Berufsfreiheit

### I. Die grundrechtliche Garantie

Das überkommene liberale Grundrecht der *Gewerbefreiheit* (§ 133 RVerf 1849, Art. 151 Abs. 3 WeimRVerf), das die selbständige gewerbliche Tätigkeit gegen staatliche Reglementierung und Bevormundung schützen sollte, ist in dem neuen Grundrecht der Freiheit des Berufes (Art. 12 Abs. 1 GG) aufgegangen. Dem Einzelnen wird damit die grundsätzlich freie Selbstbestimmung darüber vorbehalten, auf welche Art und Weise er sich die materiellen Daseinsgrundlagen durch Erwerbstätigkeit beschaffen will, während die Eigentumsgarantie den grundsätzlich freien Gebrauch der so erworbenen Mittel und Rechte durch Nutzung oder Verfügung gewährleistet.

1. Aus dieser Funktion des Grundrechts ist abzuleiten, welche Tätigkeiten als „**Beruf**“ den Schutz der grundrechtlichen Garantie genießen, d. h. welchen *sachlichen Geltungsbereich* die Gewährleistung des Art. 12 Abs. 1 GG besitzt. Beruf ist jede erlaubte, für eine bestimmte Dauer und nicht nur vorübergehend ausgeübte Tätigkeit, die der Schaffung und Erhaltung der materiellen Lebensgrundlage dient, sei es als selbständiger Unternehmer oder sonst selbständig Berufstätiger („freier Beruf“), sei es in abhängiger Arbeit. Die für den abhängig Arbeitenden besonders wesentliche Freiheit in der Entscheidung über das Eingehen und die Auflösung des Arbeitsverhältnisses, die an sich ein Bestandteil der Berufsfreiheit ist, ist durch die ausdrücklich aufgeführte Freiheit der *Wahl des Arbeitsplatzes* mit einem betonten grundrechtlichen Schutz versehen; im Unterschied zur Berufsfreiheit wehrt die Freiheit der Wahl des Arbeitsplatzes nicht nur Beschränkungen der öffentlichen Gewalt ab, sondern wirkt auch auf *privatrechtlichen* Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unmittelbar ein, die arbeitsrechtliche Vertragsfreiheit beschränkend (BAG NJW 62, 1981; BAG NJW 64, 568; BVerwGE 30, 65).

Das Grundrecht schützt als Berufe auch die *nur im Staatsdienst* möglichen Beschäftigungen, z. B. als Beamter, die durch gesetzliche Regelungen zu Quasi-Ämtern ausgestalteten „*staatlich gebundenen*“ Berufe, z. B. Notare, und die dem Staat oder einem sonstigen Verwaltungsträger vorbehaltenen Wirtschafts- oder Berufstätigkeiten, wie z. B. die gewerbsmäßige Arbeitsvermittlung. Deshalb unterliegt sowohl die *Monopolisierung* einer Tätigkeit zugunsten des Staates (die Errichtung oder Beibehaltung eines Verwaltungsmonopols), als auch die Ausgestaltung der monopolisierten Tätigkeit durch das Gesetz den

Grundsätzen des Art. 12 Abs. 1 GG, wengleich nach dem Grundgedanken des Art. 33 Abs. 4 GG die Eigenart der in Anspruch genommenen öffentlichen Aufgabe als besonderer Maßstab der Grundrechtseinschränkung zu berücksichtigen ist.

BVerfGE 16, 6; 17, 371; 21, 245; 21, 261; BVerwG DÖV 66, 195. — BADURA, Das Verwaltungsmonopol, 1963, Tz 83; H. HOFFMANN, Die Verstaatlichung von Berufen, DVBl. 64, 457; LEISNER, Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, AÖR 93, 1968, S. 161; OBERMAYER, Die Monopole der öffentlichen Sachversicherung und das Grundrecht der Berufsfreiheit, NJW 69, 1457.

2. Nach Art. 12 Abs. 1 GG haben alle Deutschen das Recht, frei einen Beruf zu wählen, und kann die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes (durch Rechtsverordnung, Satzung oder Verwaltungsakt) geregelt werden. Die von der Verfassung getroffene Unterscheidung von Wahl und Ausübung des Berufes drückt die verschiedene Bestandsfestigkeit des einheitlichen Grundrechts der Berufsfreiheit gegenüber Regelungen oder Beschränkungen der *Wahl des Berufes* auf der einen Seite und Regelungen der *Ausübung des Berufes* auf der anderen Seite aus. Die *Wahl* des Berufes soll grundsätzlich unbeschränkt sein, vor allem soll der Zugang zu einem Beruf grundsätzlich weder Zulassungsbeschränkungen, die in der Person des Berufsbewerbers begründet sind — „subjektive“ Zulassungsbeschränkungen —, noch Zulassungsbeschränkungen, die außerhalb der Person des Berufsbewerbers liegen — „objektive“ Zulassungsbeschränkungen —, z. B. Abhängigkeit des Zugangs zu einem Beruf vom Vorliegen eines Bedürfnisses, unterworfen sein. Jede **gesetzliche Regelung oder Einschränkung der Berufsfreiheit** muß dem rechtsstaatlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, darf also insbes. nicht, gemessen an dem mit der Regelung oder Beschränkung verfolgten öffentlichen Interesse, „übermäßig“ sein. Während aber der für Regelungen der *Berufsausübung* ausdrücklich vorgesehene Gesetzesvorbehalt es der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers anheimgibt, Vorschriften über die Ausübung eines Berufes zu erlassen, sofern nur ein öffentliches Interesse es zweckmäßig erscheinen läßt, kann eine Beschränkung der *Wahl eines Berufes* nur durch den ungeschriebenen, weil als selbstverständlich mitzudenkenden Vorbehalt gerechtfertigt werden, daß die grundrechtliche Freiheit an den grundlegenden Voraussetzungen des gesellschaftlichen Zusammenlebens ihre Grenze findet.

Ausgehend von dem allgemeinen Gedanken, daß die typischen Regelungen und Beschränkungen beruflicher Tätigkeit sich nach der Intensität des durch sie bewirkten Eingriffs in die grundrechtliche Freiheit ordnen lassen, hat das BVerfG von verschiedenen „Stufen“ der gesetzlichen Einschränkung der Berufsfreiheit gesprochen und die Richtlinie aufgestellt, daß der Eingriff jeweils auf der „Stufe“ zu erfolgen habe, die die grundrechtliche Freiheit am wenig-



sten beschränkt. Die Freiheit der Berufswahl darf nur eingeschränkt werden, wenn und soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend gebietet. Besteht die Beschränkung der Berufswahl in der Aufstellung bestimmter Voraussetzungen für die Aufnahme des Berufes, ist der tiefere Eingriff in Gestalt objektiver Zulassungsbedingungen (Beispiel: BVerfGE 25, 1 — Mühlengesetz) nur zulässig, wenn subjektive Bedingungen (Beispiel: BVerfGE 13, 97 — HandwO) ungenügend wären. Auch subjektive Zulassungsbedingungen müssen, wie alle Grundrechtseinschränkungen, verhältnismäßig sein (Beispiel: BVerfGE 19, 330 — EinzelhandelsG). Die Berufsausübung schließlich kann gesetzlich geregelt werden, wenn und soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der grundrechtliche Schutz erschöpft sich in der Abwehr unverhältnismäßiger und willkürlicher Beschränkungen (Beispiel: BVerfGE 23, 50 — Nachtbackverbot).

Die „Stufentheorie“ ist durch die grundlegende Entscheidung des BVerfG zu Art. 3 Abs. 1 des bayer. Gesetzes über das Apothekenwesen vom 16. Juni 1952 (BayBS II S. 307) begründet worden (BVerfGE 7, 377 — „Apotheken-Urteil“). Sie stellt eine am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierte Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG dar. Die vom BVerfG zugrundegelegten „Stufen“ sind Anhaltspunkte der Interpretation und dürfen nicht mit mechanischem Konstruktivismus verwandt werden. Es gibt beispielsweise Regelungen der Berufsausübung, die eine derart einschneidende Wirkung haben, daß sie einer Beschränkung der Berufswahl nahekommen (Beispiel: BVerfGE 11, 30 — Kassenarztrecht).

RUPP, Das Grundrecht der Berufsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AÖR 92, 1967, S. 212; SCHWABE, Die Stufentheorie des Bundesverfassungsgerichts zur Berufsfreiheit, DOV 69, 734; H. A. HESSE, Der Einzelne und sein Beruf: die Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG durch das Bundesverfassungsgericht aus soziologischer Sicht, AÖR 95, 1970, S. 449.

## II. Aus der neueren Praxis des Bundesverfassungsgerichts

### 1. BVerfG Beschluß vom 25. Februar 1969 BVerfGE 25, 236

Berufsordnende Neuregelung des Zahnarztwesens durch das Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde vom 31. März 1952 (BGBl. I S. 221) — ZHG; Übergangsregelung für Dentisten, aber Nichtzulassung von nicht staatlich anerkannten Dentisten zur Krankenkasse.

#### a. Sachverhalt

Der Beschwerdeführer übt ohne Bestallung als Zahnarzt und ohne staatliche Anerkennung als Dentist die Zahnheilkunde in eigener Praxis aus. Er erstrebt die Zulassung zur Kassenpraxis.

Auf Grund der GewO von 1869 bestand hinsichtlich der Ausübung der Zahnheilkunde „Kurierfreiheit“. Einer Erlaubnis (Approbation) bedurfte nur, wer die Zahnheilkunde unter der Berufsbezeichnung „Arzt“ oder „Zahnarzt“ ausüben wollte (§ 29 GewO).

Die Einrichtungen der gesetzlichen Krankenversicherung gewährten den bei ihnen Versicherten von Anbeginn Leistungen auch für Zahnbehandlungen durch nicht approbierte „Zahnkünstler“ („Zahntechniker“, seit 1935 „Dentisten“), vorausgesetzt daß diese eine von bestimmten im Sozialversicherungsrecht festgelegten Erfordernissen abhängige „staatliche Anerkennung“ besaßen (§ 123 RVO vom 19. Juli 1911). Es wurde jedoch von den bereits im Beruf Tätigen ein besonderer Sachkundenachweis für die staatliche Anerkennung nicht verlangt.

Grundlegende berufsrechtliche Neuordnung durch das ZHG von 1952: Das ZHG beseitigte die Kurierfreiheit, indem es die Ausübung der Zahnheilkunde solchen Personen vorbehält, die eine Bestallung als Zahnarzt erhalten haben. Für die staatlich anerkannten Dentisten wurde ein erleichterter Weg zum Erwerb der Bestallung eröffnet. Die Möglichkeit, sich zum Dentisten ausbilden zu lassen und als Dentist staatlich anerkannt zu werden, wurde für die Zukunft beseitigt.

Zur Wahrung des Besitzstandes für alle diejenigen, die vorher in Ausnutzung des Grundsatzes der Kurierfreiheit beruflich als „Zahnheilkundige“ tätig gewesen waren, trifft § 19 Satz 1 ZHG folgende Regelung:

Wer vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes die Zahnheilkunde ausgeübt hat, ohne im Besitz einer Bestallung als Arzt oder Zahnarzt zu sein, darf sie im bisherigen Umfang weiter ausüben.

Eine komplementäre Regelung im Bereich der kassenzahnärztlichen Zulassung unterblieb. Nicht zulassungsfähig und damit ausgeschlossen bleiben nach wie vor diejenigen Dentisten, die nicht im Sinne des § 123 RVO anerkannt sind, obwohl sie berufsrechtlich gem. § 19 ZHG zur Ausübung der Zahnheilkunde befugt sind.

Der Beschwerdeführer ist zwar gem. § 19 ZHG zur Ausübung der Zahnheilkunde befugt, aber nicht zulassungsfähig gem. § 123 RVO in der Fass. des § 22 ZHG. Er wendet sich gegen eine „Gesetzeslücke“ im Sinne der Entscheidung BVerfGE 22, 349/360 mit der Behauptung, seine Nichtberücksichtigung in der gesetzlichen Regelung verletze sein Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG.

#### b. Entscheidungsformel:

Der Beschwerdeführer ist in seinem Grundrecht aus Artikel 12 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes dadurch verletzt, daß § 123 der Reichsversicherungsordnung in der Fassung des § 22 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde vom 31. März 1952 (BGBl. I S. 221) eine Behandlung der Versicherten außer durch Zahnärzte nur durch staatlich anerkannte Dentisten, nicht aber durch andere Personen zuläßt, die nach § 19 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde im bisherigen Umfang berechtigt sind.

#### c. Ausgangspunkt der Entscheidung:

Bei der Prüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG ist zu unterscheiden zwischen der allgemeinen berufsrechtlichen Regelung, die nicht zu beanstanden ist, und der besonderen Regelung über die Zulassung zu den gesetzlichen Krankenkassen, die eine Grundrechtsverletzung zum Nachteil des Beschwerdeführers enthält.

#### d. Die allgemeine berufsrechtliche Regelung:

Leitsatz 1: Die gesetzliche Fixierung des Berufsbildes der Zahnheilkundigen im ZHG ist mit dem GG vereinbar.

Der Gesetzgeber hat durch Statuierung subjektiver Zulassungsvoraussetzungen der Berufsaufnahme das Berufsbild des Zahnheilkundigen in bestimmter Weise fixiert und alle Personen künftig von der Aufnahme dieses Berufes ausgeschlossen, die den gesetzlichen Voraussetzungen nicht entsprechen. Der Beruf ist damit zugleich ‚monopolisiert‘ und ‚typisiert‘ worden. Darin liegt eine verfassungsrechtlich einwandfreie — ‚aus der Sache heraus legitimierte‘ — Beschränkung der Kurierfreiheit durch verhältnismäßige Zulassungsvoraussetzungen.

#### Exkurs:

Indem das Gesetz die Aufnahme eines Berufes von bestimmten Anforderungen abhängig macht, bewirkt es zweierlei:

(1) Das Gesetz trifft eine berufsrechtliche Entscheidung dahingehend, daß die fragliche berufliche Tätigkeit nur dann mit dem öffentlichen Wohl im Einklang stehen kann, wenn die festgelegten Zugangsbedingungen, d. h. die durch sie erzwungenen Eigenschaften oder Umstände, gegeben sind. Die durch die grundrechtliche Freiheit vorausgesetzte und gegen die öffentliche Gewalt grundsätzlich geschützte unspezifische Art und Weise der beruflichen Erwerbstätigkeit wird damit durch ein staatlich umschriebenes „Berufsbild“ verdrängt, wenn auch nur gewissermaßen negativ, nämlich lediglich durch die Regulierung des Berufszuganges. Die ohne einen ausdrücklichen Gesetzesvorbehalt in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Freiheit der Berufswahl, die von der Verfassung als der Grundsatz des Berufsrechts ausgesprochen ist, kann nur bedeuten, daß die gesetzliche Fixierung eines „Berufsbildes“ eine Ausnahme sein soll, die besonderer Rechtfertigung bedarf.

(2) Die gesetzliche Statuierung berufsrechtlicher Anforderungen impliziert das Verbot, den geregelten Beruf ohne die Erfüllung dieser Anforderungen auszuüben. Positiv gesagt wird damit eine Monopolisierung der betroffenen Erwerbstätigkeit zugunsten derjenigen geschaffen, die den gesetzlichen Anforderungen entsprechen, die also beispielsweise einen etwa geforderten Sachkundenachweis erbracht haben. Die grundrechtliche Freiheit der Berufswahl hindert den Gesetzgeber Anforderungen für den Zugang zu einem Beruf mit dem Ziel des Konkurrenzschutzes aufzustellen und so einen rechtlich geschützten oligopolistischen Besitzstand der bereits in diesem Beruf Tätigen zu begründen. Je näher die aufgestellten Anforderungen einer durch die eigene Initiative und Bemühung nicht zu überwindenden Sperre des Berufszuganges kommen, insbes. bei objektiven Zulassungsbedingungen, desto gewichtiger muß das zur Rechtfertigung der Einschränkung dienende öffentliche Interesse sein.

Berufsbildartige Typisierungen sind nicht nur, wie im Falle des ZHG und allgemein bei dem gesetzlichen Erfordernis eines Sachkundenachweises, in Gestalt subjektiver Zulassungsbedingungen, sondern auch durch objektive Anforderungen möglich. Ein praktisch wesentliches Beispiel dafür sind gesetzliche Bestimmungen, die andere berufliche Tätigkeiten neben dem typisierten Beruf untersagen.

BVerfGE 21, 195

Ausnahmebewilligung gem. § 8 HandwO; Ausübung des Malerhandwerks neben gewerblicher Tätigkeit als Inhaber eines Einzelhandelsgeschäftes.

Es steht im Widerspruch zu Art. 12 Abs. 1 GG, wenn das Berufungsgericht dem Kläger die begehrte Ausnahmebewilligung schon deshalb versagen zu können glaubte, weil er das Malerhandwerk nicht als alleinigen Beruf ausüben möchte.

Leitsatz: Das Grundrecht der freien Berufswahl sichert grundsätzlich auch die Freiheit der Entscheidung, ob neben einem Beruf auch ein weiterer ausgeübt werden, wie lange die Berufstätigkeit dauern und wann sie aufgegeben werden soll.

BVerwG VerwRspr. 19, 216

Die Zulassung zum Heilpraktikerberuf darf nicht schon allein deswegen versagt werden, weil der Bewerber neben diesem Beruf auch einen anderen Beruf ausüben will. Die Vorschrift des § 2 Abs. 1 lit. h der 1. DVO-HeilpraktikerG ist mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar.

Die Freiheit, mehrere Berufe nacheinander oder gleichzeitig zu wählen, kann nur nach den Grundsätzen beschränkt werden, die für die Aufstellung objektiver Zulassungsbedingungen gelten.

BVerfGE 21, 173

Betr. § 22 Abs. 4 SteuerberaterG (Unvereinbarkeit der steuerberatenden Berufe mit gewerblicher Tätigkeit und bestimmten Tätigkeiten als Arbeitnehmer).

Im Rahmen der gesetzlichen Fixierung von Berufsbildern kann die Freiheit der Berufswahl durch Schaffung von Inkompatibilitäten beschränkt werden. Soweit davon Berufsangehörige betroffen werden, die bisher die künftig unvereinbaren Berufe in zulässiger Weise nebeneinander ausgeübt haben, kann der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit den Gesetzgeber nötigen, eine angemessene Übergangsregelung zu erlassen.

Hier: Die Inkompatibilitäten verletzen Art. 12 Abs. 1 GG nicht, da sie zum Schutz einer wichtigen Gemeinschaftsaufgabe, der Steuerrechtspflege (Steuerberatung ist ein Teil der Rechtsberatung) zwingend erforderlich sind (Stärkung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der steuerberatenden Berufe).

*e. Die besondere Regelung über die Zulassung zu den gesetzlichen Krankenkassen:*

Leitsatz 2: Es verstößt gegen Art. 12 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 3 Abs. 1 GG, daß nicht staatlich anerkannte Dentisten, die nach § 19 ZHG zur Ausübung ihres Berufes befugt sind, nach § 123 RVO in der Fassung des § 22 ZHG nicht zu den gesetzlichen Krankenkassen zugelassen werden.

Die Zulassung zur Kassenpraxis ist nicht Zulassung zum Beruf des „Kassendentisten“, sondern Regelung der Ausübung des Berufs des freipraktizierenden Dentisten, die aber — wegen der faktischen Auswirkungen der Nichtzulassung (1968 waren 87,8 % der Bevölkerung vom System der sozialen Krankenversicherung erfaßt) — einer Zulassungsregelung gleichkommen (siehe die Entscheidungen zum Kassenzahnarzt- und Kassenzahnarztrecht: BVerfGE 11, 30 und 12, 144).

Die angegriffene Regelung leidet an einem inneren Widerspruch, ist deswegen mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht vereinbar und verletzt somit die Berufsfreiheit. Wie aus § 19 ZHG hervorgeht, ist der Gesetzgeber offenbar der Überzeugung gewesen, daß die staatlich nicht anerkannten Dentisten keine Gefahr für die Volksgesundheit bilden. Damit hat er aber der gesetzlichen Regelung hinsichtlich der Kassenzulassung die sie einzig rechtfertigende Grundlage entzogen und mit diesem Widerspruch die selbst gesetzte ‚Sachgesetzlichkeit‘ durchbrochen.

#### f. Inhalt der Entscheidung:

Der Beschwerdeführer sieht die Rechtsverletzung nicht in einer ihn verpflichtenden oder ausdrücklich in der grundrechtlich geschützten Freiheit beschränkenden Vorschrift, sondern darin, daß die neue Regelung über die Zulassung zu den gesetzlichen Krankenkassen ihn nicht berücksichtigt. Er beruft sich auf eine ihn rechtswidrig beeinträchtigende Unterlassung des Gesetzgebers, eine „Gesetzeslücke“ im Sinne der Entscheidung BVerfGE 22, 349/360.

#### Exkurs:

Es ist rechtlich möglich, daß ein *Unterlassen des Gesetzgebers*, d. h. die Nichtregelung einer bestimmten Materie oder eines bestimmten Gegenstandes im Rahmen einer geregelten Materie, die Verfassung verletzt. Sofern die verletzte Verfassungsvorschrift individualisierbare Interessen schützt und dem geschützten Personenkreis die Rechtsmacht zur Geltendmachung des rechtlich geschützten Interesses einräumt, wie bei allen Grundrechtsbestimmungen, läßt die Rechtsverletzung auch ein *subjektiv öffentliches Recht* des Betroffenen, einen verfassungsrechtlichen Anspruch gegen den gesetzgebenden Staat entstehen.

Der Betroffene kann einen derartigen verfassungsrechtlichen Anspruch wegen verfassungswidrigen Unterlassens des Gesetzgebers, d. h. auf ein bestimmtes Tätigwerden des Gesetzgebers, mit der *Verfassungsbeschwerde* verfolgen. Aus der verfassungsrechtlichen Ordnung der gesetzgebenden Gewalt, die ausschließlich dem Parlament zugewiesen ist, und des Verhältnisses von Legislative und Verfassungsgericht sowie aus den auf dieser Grundlage beruhenden gesetzlichen Bestimmungen über die Verfassungsgerichtsbarkeit ergibt sich eine verfassungsprozessuale Besonderheit für die gerichtliche Entscheidung über verfassungsrechtliche Ansprüche auf ein bestimmtes Tätigwerden des Gesetzgebers. Die dem BVerfG zustehende richterliche Gewalt umschließt die *Kontrolle* der gesetzgebenden Körperschaften, aber nicht die *Ausübung gesetzgebender Gewalt*.

BVerfGE 1, 97/100 f.:

Ein Recht zu schaffen, das den Idealen der sozialen Gerechtigkeit, der Freiheit, Gleichheit und Billigkeit entspricht, ist eine ewige Aufgabe des Gesetzgebers, an welcher der einzelne Staatsbürger nur durch die Ausübung des Wahlrechts mittelbar Anteil hat. Das Bundesverfassungsgericht ist keine gesetzgebende Körperschaft, und es ist sicher nicht seine Sache, sich an die Stelle des Gesetzgebers zu setzen.

Aus dieser verfassungsrechtlichen Begrenztheit der Verfassungsgerichtsbarkeit folgt für das Verfassungsprozeßrecht (§§ 78, 95 BVerfGG), daß das BVerfG in der Entscheidung einer Verfassungsstreitigkeit ein verfassungswidriges Unterlassen des Gesetzgebers nicht in der Form korrigieren darf, daß es den verfassungsmäßigen Zustand durch den Ausspruch einer gesetzlichen Regelung selbst herstellt oder daß es, was dem sachlich entspräche, den Gesetzgeber zum Erlaß einer bestimmten Regelung verpflichtet. Da somit eine Verurteilung des Gesetzgebers zu einer „Leistung“ die richterliche Gewalt des BVerfG überschritte, kommt bei einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde wegen eines Unterlassens des Gesetzgebers nur ein Ausspruch des Inhalts in Betracht, daß der Gesetzgeber durch ein bestimmtes Unterlassen ein bestimmtes Grundrecht verletzt habe. Das ist eine *feststellende* Entscheidung. Eine derartige Entscheidung ist in dem hier behandelten Verfahren BVerfGE 25, 236 ergangen.

*Materiellrechtliche* Voraussetzung für einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf ein bestimmtes Tätigwerden des Gesetzgebers ist eine *anspruchsbegründende Verfassungsnorm*, die den Gesetzgeber zu einem bestimmten Tätigwerden verpflichtet. Dabei ist zu unterscheiden:

(1) Die *Grundrechte* des GG sind ganz überwiegend Freiheitsrechte, die der öffentlichen Gewalt (Art. 1 Abs. 3 GG) Schranken auferlegen; sie sind, vom Einzelnen aus gesehen, „Abwehrrechte“. Nur ausnahmsweise und im Hinblick auf bestimmte soziale Situationen, deren Änderung der Verfassungsgeber für vordringlich hielt, sind grundrechtliche Gesetzgebungsaufträge aufgestellt worden, nämlich in Art. 3 Abs. 2 (BVerfGE 3, 225; 15, 337) und in Art. 6 Abs. 5 (BVerfGE 8, 210; 25, 167. — SIMITIS, Zur ‚Aktualisierung‘ des Art. 6 Abs. 5 GG, JZ 69, 277). Soweit Grundrechtsbestimmungen auch im Sinne einer *Institutsgarantie* ausgelegt werden können, impliziert die Grundrechtsnorm einen Gesetzgebungsauftrag verbunden mit einer Richtlinie für eine institutsgemäße Regelung des betreffenden Sozialbereichs, wie z. B. in Art. 5 Abs. 1 (Freiheiten der Massenkommunikationsmittel) und Art. 14. Doch bestehen die Institutsgarantien im Interesse der Allgemeinheit, so daß sie zwar eine Verpflichtung des Gesetzgebers, aber mangels individueller Rechtsmacht nicht auch verfassungsrechtliche Ansprüche einzelner auf gesetzgeberische Regelung begründen.

(2) *Außerhalb des Grundrechtsteils* finden sich nicht selten ausdrückliche *Verfassungsaufträge* für die gesetzliche Regelung bestimmter Materien, so etwa

in Art. 21 Abs. 3 und Art. 38 Abs. 3. Diese Bestimmungen schützen keine individualisierbaren Interessen und stellen deshalb keine anspruchsbegründenden Normen dar; vgl. BayVerfGH DÖV 65, 772 zu Art. 6 Abs. 3 BayVerf (Einführung einer bayerischen Staatsangehörigkeit durch Gesetz). Etwas anderes gilt für das *Verfassungsprogramm* des Sozialstaatssatzes, der auf individualisierbare Interessen bezogen sein kann und im Regelfall nur deswegen nicht als anspruchsbegründende Norm in Betracht kommen wird, weil sein geringer normativer Gehalt Art und Zeit sozialstaatlicher Gesetzgebung nicht festlegt. Das ist jedoch eine Frage der Situation, angesichts welcher der Sozialstaatssatz angerufen wird, und es sind Grenzfälle denkbar, in denen aus dem Sozialstaatssatz eine bestimmte Verpflichtung des Gesetzgebers und ein bestimmter Anspruch eines Betroffenen auf gesetzgeberisches Tätigwerden ableitbar wären.

(3) Eine Sonderstellung nimmt der *allgemeine Gleichheitssatz* (Art. 3 Abs. 1) ein. Der Gesetzgeber muß bei der Zuweisung von *Begünstigungen* sachgerecht verfahren und darf nicht einzelne Gruppen willkürlich von einer Begünstigung ausschließen, die er einer anderen Gruppe zubilligt. Durch sachlich nicht gerechtfertigten Ausschluß von einer begünstigenden Regelung erweist sich die begünstigende Regelung als unter dem Blickwinkel des allgemeinen Gleichheitssatzes unvollständig, so daß man von einer verfassungswidrigen Gesetzeslücke sprechen kann. Der willkürlich Ausgeschlossene hat in diesem Fall einen verfassungsrechtlichen Anspruch auf Ergänzung der begünstigenden Regelung, doch da in der Regel eine unterschiedliche Art und Weise der Ergänzung in Betracht kommen wird, normalerweise nicht auf eine bestimmte Ergänzung der begünstigenden Regelung.

Zu dem verfassungswidrigen Unterlassen des Gesetzgebers wegen Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes hat das BVerfG in dem Beschluß vom 28. November 1967 (BVerfGE 22, 349) Stellung genommen, auf den sich auch der Beschwerdeführer in dem Verfahren BVerfGE 25, 236 berufen hat.

BVerfGE 22, 349

Es verstößt nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, daß § 82 Abs. 3 Angestelltenversicherungsgesetz nur der Witwe, nicht auch den Waisen eines Versicherten einen Anspruch auf Erstattung von Versicherungsbeiträgen gewährt.

Der Senat bejahte das Rechtsschutzbedürfnis für die Verfassungsbeschwerde einer Waise und führte dazu u. a. aus (aaO S. 359 ff.):

Die Beschwerdeführerin hält zwar die gesetzliche Regelung in der derzeitigen Form für verfassungswidrig, der Verfassungsverstoß soll jedoch gerade nicht in der positiven Regelung des Gesetzes (Gewährung eines Beitragserstattungsanspruches an Witwen) liegen, sondern in der Unvollständigkeit der Regelung, nämlich darin, daß der Gesetzgeber nicht auch den Waisen einen solchen Anspruch einräumt. Das Begehren der Verfassungsbeschwerde ist also nicht auf die Nichtigkeit der genannten Vorschrift im ganzen gerichtet — damit würde jede Grundlage für den Klageanspruch entfallen —, sondern (positiv ausgedrückt) auf die Ausdehnung der Rege-

lung auf die Waisen oder (negativ ausgedrückt) auf die Nichtigerklärung des Ausschlusses der Waisen von der gesetzlichen Vergünstigung oder jedenfalls auf die Feststellung der Verfassungswidrigkeit dieses Ausschlusses mit dem Ziel ihrer nachfolgenden Einbeziehung durch den Gesetzgeber.

Die Zulässigkeit verfassungsrechtlicher Angriffe gegen solche ‚Gesetzeslücken‘ unter Berufung auf Art. 3 Abs. 1 GG, besonders dagegen, daß die bestimmten Gruppen zuerkannten Leistungen oder Vergünstigungen trotz angeblich gleichliegenden Sachverhalts nicht auch einer anderen Personengruppe gewährt werden, kann zunächst nicht davon abhängen, auf welche Weise der Wille des Gesetzgebers Ausdruck gefunden hat. Ergibt sich der behauptete Verfassungsverstoß daraus, daß der Gesetzgeber die betroffene Gruppe ausdrücklich ausgeschlossen hat, so bereitet gesetzestechnisch die Zulässigkeit (der Verfassungsbeschwerde) keine Schwierigkeiten, weil ohne weiteres die Möglichkeit besteht, den Verfassungsverstoß dadurch zu beseitigen, daß die Ausschlußvorschrift oder die einschränkenden Satzteile oder Worte für nichtig erklärt werden (vgl. BVerfGE 6, 273/274; 22, 163/164) mit der Folge, daß die Vergünstigung nunmehr auch der zunächst ausgeschlossenen Gruppe zugute kommt. Liegt dagegen der angebliche Verfassungsverstoß in einem Schweigen des Gesetzgebers — nämlich darin, daß die begünstigende Regelung die benachteiligte Gruppe überhaupt nicht erwähnt und nach Wortlaut und Sinn auch keine entsprechende Anwendung auf sie zuläßt —, so ist es gesetzestechnisch nicht möglich, eine solche Lücke für nichtig zu erklären (vgl. BVerfGE 18, 288/301); die Einbeziehung der benachteiligten Gruppe kann also durch eine Nichtigerklärung oder Teilnichtig-erklärung der gesetzlichen Regelung nicht erreicht werden. Das Bundesverfassungsgericht kann daher, wenn es den Verfassungsverstoß als gegeben ansieht und dem Anliegen des Beschwerdeführers entsprechen will, im Entscheidungssatz nur aussprechen, daß die bestehende gesetzliche Regelung Art. 3 Abs. 1 GG dadurch verletzt, daß sie die betroffene Personengruppe nicht berücksichtigt; die Einbeziehung der Gruppe in die begünstigende Regelung bleibt dann Sache des Gesetzgebers.

Eine Nichtigerklärung der gesetzlichen Regelung kann aber auch aus materiellen Gründen ausscheiden, und zwar selbst dann, wenn sie gesetzestechnisch möglich wäre. In den bezeichneten Fällen kann ein Verstoß des Gesetzgebers gegen Art. 3 Abs. 1 GG regelmäßig auf verschiedene Weise geheilt werden: Entweder wird die übergangene Gruppe in die gesetzliche Vergünstigung einbezogen, oder die Vergünstigung wird überhaupt beseitigt, oder der Kreis der Begünstigten wird nach anderen, dem Art. 3 Abs. 1 GG entsprechenden Merkmalen abgegrenzt. Welche dieser Möglichkeiten im konkreten Fall gewählt werden soll, muß grundsätzlich der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers überlassen bleiben, zumal ihm bei begünstigenden Regelungen im Rahmen des Art. 3 Abs. 1 GG ein weiter Ermessensspielraum zusteht (vgl. BVerfGE 11, 50/60; 12, 151/166; 17, 210/216). Das Bundesverfassungsgericht darf daher bei Feststellung des Verfassungsverstosßes nicht selbst die verletzte Gleichheit wiederherstellen, indem es die gesetzliche Vergünstigung auf die übergangene Personengruppe ausdehnt, weil es damit der Entscheidung des Gesetzgebers vorgreifen würde. Etwas anderes gilt nur, wenn mit Rücksicht auf einen zwingenden Verfassungsauftrag oder nach den sonstigen Umständen des Einzelfalles nur diese eine Möglichkeit zur Beseitigung des Verfassungsverstosßes in Betracht kommt (vgl. BVerfGE 17, 148/152 f.; 22, 163/174 f.).



Die durch den Grundsatz der Gewaltenteilung und die Funktion des Bundesverfassungsgerichts gebotene Zurückhaltung gegenüber dem Gesetzgeber darf das Bundesverfassungsgericht nicht daran hindern, gesetzliche Regelungen der genannten Art auf Verfassungsverstöße zu prüfen; sie verlangt nur, daß das Bundesverfassungsgericht durch seinen Spruch nicht in die Entscheidungsfreiheit des Gesetzgebers eingreift. Ergibt seine Prüfung einen Gleichheitsverstoß, so muß es sich mit der Feststellung des Verstoßes begnügen, falls mehrere Möglichkeiten zu seiner Beseitigung bestehen.

LERCHE, Das Bundesverfassungsgericht und die Verfassungsdirektiven, AöR 90, 1965, S. 341.

Nach diesem Exkurs ist zu dem Inhalt der Entscheidung in dem Verfahren BVerfGE 25, 236 zurückzukehren, der sich auf die in der Sache BVerfGE 22, 349 entwickelten Grundsätze stützt:

Das BVerfG kann nicht als Folgerung aus dem erkannten Grundrechtsverstoß (siehe oben unter e) die gesetzlichen Bestimmungen für nichtig erklären, sondern muß sich mit der Feststellung der Verfassungswidrigkeit begnügen. Denn dem Gesetzgeber stehen mehrere Wege offen, die von der Verfassung geforderte Gleichheit herzustellen (vgl. BVerfGE 22, 349/361 ff.; 23, 1/10 f.; 25, 101/110 ff.). Hierzu bieten sich mindestens zwei Möglichkeiten:

- (1) Behebung des Widerspruchs zwischen der vorhandenen berufsrechtlichen Behandlungsbefugnis der nicht staatlich anerkannten Dentisten einerseits und ihrer fehlenden krankenversicherungsrechtlichen Zulassungsfähigkeit andererseits durch Kassenzulassung dieser Dentisten.
- (2) Gleichstellung des Teils der Gruppe des § 19 ZHG, die als den staatlich anerkannten Dentisten fachlich gleichwertig anzusehen ist, mit diesen auch in der krankenversicherungsrechtlichen Zulassungsfähigkeit. Auch berufsrechtliches Verbot der weiteren Ausübung der Zahnheilkunde durch den anderen Teil dieser Gruppe, wenn das im Interesse der Volksgesundheit notwendig sein sollte.

Zu der Lösung (2) macht die Entscheidung noch folgende allgemeine Aussage zu dem Problem der Überleitung:

Das im Grundsatz anzuerkennende Prinzip der größtmöglichen Schonung eines einmal erworbenen Besitzstandes geht nicht soweit, daß hieraus ein verfassungsrechtlicher Anspruch — abgesehen von dem Erfordernis angemessener Übergangsregelungen (vgl. BVerfGE 21, 173/182 f.) — abgeleitet werden könnte, eine einmal begonnene Berufstätigkeit auch dann fortsetzen zu dürfen, wenn hiermit ernstzunehmende Gefahren für ein Gemeinschaftsinteresse wie die Volksgesundheit verbunden sein sollten.

## 2. BVerfG Beschluß vom 18. Dezember 1968 BVerfGE 25, 1

Genehmigungspflichtigkeit der Errichtung und Erweiterung einer Mühle nach dem Gesetz über die Errichtung, Inbetriebnahme, Verlegung, Erweiterung und Finanzierung der Stilllegung von Mühlen vom 27. Juni 1957 i. d. Fass. d. Bek. vom 9. Juni 1959 (BGBl. I S. 282) — MühlenG; Abhängigkeit der

Genehmigung von einer Bedürfnisprüfung.

Normenkontrollverfahren auf Grund einer Anzahl von Vorlagebeschlüssen, darunter auch zwei Beschlüssen des BVerwG vom 28. Mai 1965 (einer davon in DÖV 65, 709). Das BVerfG stellte die Vereinbarkeit der fraglichen Regelungen des MühlenG mit dem GG fest.

### 1. Sachverhalt:

Nach § 1 Abs. 1 MühlenG sind die Errichtung einer Mühle sowie die Erweiterung ihrer Tagesleistung genehmigungspflichtig. Eine Ausnahme besteht lediglich für kleine Mühlen bis zu einer Tagesleistung von einer Tonne (jetzt drei Tonnen). Nach § 3 Abs. 3 sind — von hier nicht in Betracht kommenden Übergangsfällen abgesehen — die Errichtung einer Mühle sowie die Erweiterung ihrer Tagesleistung nur zu genehmigen, wenn und insoweit die Versorgung der Bevölkerung mit den in § 2 Abs. 1 genannten Mahlerzeugnissen ohne die Genehmigung im voraussichtlichen Absatzgebiet der Mühle gefährdet sein würde.

Die freiwillige Stilllegung von Mühlen, deren Tagesleistung eine Tonne übersteigt, kann nach Maßgabe des § 7 durch öffentliche Mittel gefördert werden. Zum Zwecke der Rückzahlung und Verzinsung der aufgewendeten Mittel wird von den weiterverarbeitenden Mühlen mit Ausnahme der Kleinmühlen eine Abgabe (Mühlenstilllegungsabgabe) erhoben (§ 7 Abs. 7 ff.).

Begründung des Gesetzentwurfs, BTag 2. WP Drucks. 1216: Die Vorlage soll eine volkswirtschaftlich unerwünschte Erweiterung der Mühlenkapazität verhindern. Der Abbau der überschüssigen Kapazität solle von der Mühlenwirtschaft selbst auf freiwilliger Basis durchgeführt werden; der Bund werde durch Übernahme einer Bürgschaft hierbei behilflich sein. Die vorgesehene Regelung bezweckt „die Erhaltung einer ausreichenden Zahl von leistungsfähigen Mühlen, deren Absatzgebiete sich zur Sicherstellung einer ausreichenden Versorgung der Bevölkerung mit Getreideerzeugnissen in angemessener Weise innerhalb des Geltungsbereichs des Gesetzes verteilen und ergänzen“.

### 2. Entscheidung:

Leitsatz: Das im Mühlengesetz enthaltene Errichtungs- und Erweiterungsverbot ist jedenfalls bis zum vollständigen Abbau der überschüssigen Vermahlungskapazität mit dem Grundrecht der freien Berufswahl und Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) vereinbar.

Das Errichtungsverbot greift in die Freiheit der Berufswahl, das Erweiterungsverbot in die Freiheit der Berufsausübung ein.

Das MühlenG dient dem Zweck, die in der deutschen Mühlenwirtschaft seit langem bestehende strukturelle Überkapazität abzubauen. Die durch technische Fortschritte erhöhte Leistungsfähigkeit der Mühlen hatte, da gleichzeitig auch der Brotverbrauch stark zurückging, dazu geführt, daß die Vermahlungskapazität der vorhandenen Mühlenbetriebe den Bedarf um mehr als das Doppelte überstieg.

Das MühlenG ist somit als ein wirtschaftslenkendes Maßnahmegesetz anzusehen. Es sucht eine augenblickliche Krisensituation zu bewältigen, indem es den Prozeß

der Anpassung der Mühlenkapazität an den Bedarf planmäßig steuert und beschleunigt. Dadurch sollen auf dem Gebiet der Mühlenwirtschaft stabile Marktverhältnisse als Voraussetzung für eine gleichmäßige Versorgung der Bevölkerung mit Mahlerzeugnissen geschaffen werden.

Das MühlenG erstrebt nicht eine auf Dauer gedachte Ordnung des Müllerberufs, insbes. des Zugangs zu diesem Beruf. Es ist kein berufspolitisches Gesetz. Seine hier zu prüfenden Vorschriften haben lediglich eine den Hauptzweck des Gesetzes — Abbau der Mühlenkapazität durch freiwillige, von der öffentlichen Hand geförderte Stilllegung von Mühlen — ergänzende und sichernde Funktion. Wenn das MühlenG eine Sanierung der Mühlenwirtschaft durch Herstellung eines gesunden Verhältnisses zwischen Kapazität und Bedarf erreichen will, so verfolgt es darüber hinaus das Fernziel, die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Brot und anderen Mahlerzeugnissen auch in Krisenzeiten sicherzustellen.

Das gewählte Mittel des Errichtungs- und Erweiterungsverbots mit Genehmigungsvorbehalt ist zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels geeignet und erforderlich, somit keine unverhältnismäßige Beschränkung der Berufsfreiheit.

### 3. BVerfG Beschluß vom 23. Januar 1968 BVerfGE 23, 50

Verbot, in der Nachtzeit von 21 bis 4 Uhr an Werktagen in den zur Herstellung von Bäcker- oder Konditorwaren dienenden Räumen zu arbeiten (Nachtbackverbot) gemäß § 5 Abs. 1 des Gesetzes über die Arbeitszeit in Bäckereien und Konditoreien vom 29. Juni 1936 (RGBl. I S. 521) in der Fass. der VO über die neue Fassung der Arbeitszeitordnung und über andere arbeitsrechtliche Vorschriften vom 30. April 1938 (RGBl. I S. 446).

Leitsatz: Das Nachtbackverbot ist mit dem Grundgesetz vereinbar.

Das Nachtbackverbot des § 5 Abs. 1 BAZG stellt eine Berufsausübungsregelung dar, die nicht auf die Freiheit der Berufswahl zurückwirkt. Bei solchen Regelungen der Berufsausübung hat der Gesetzgeber eine größere Gestaltungsfreiheit als bei Eingriffen in die Freiheit der Berufswahl. Eine Regelung der Berufsausübung wird durch jede sachgerechte und vernünftige Erwägung des Gemeinwohls gerechtfertigt, in deren Rahmen weithin auch Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit berücksichtigt werden können.

Es gilt aber auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, nach dem die freie Gestaltung der beruflichen Tätigkeit einerseits und die Interessen der Allgemeinheit andererseits in Einklang zu bringen sind. Je empfindlicher der Einzelne in seiner freien Betätigung im Beruf beeinträchtigt wird, desto stärker müssen die Interessen des Gemeinwohls sein, denen diese Regelung zu dienen bestimmt ist.

Die Bestimmung des § 5 Abs. 1 BAZG soll die in den Bäckereibetrieben Beschäftigten davor schützen, zu ständiger gesundheitsschädigender Nacharbeit herangezogen zu werden. Diese Regelung wird durch den Schutz der Gesundheit der Beschäftigten gerechtfertigt. Das Gebot des Schichtwechsels wäre weniger geeignet und würde außerdem die kleineren und mittleren Betriebe gegenüber den Großbetrieben benachteiligen.

## F. Eigentumsgarantie

### I. Das Eigentum und seine verfassungsrechtliche Gewährleistung

„Freiheit und Eigentum“ der Gesellschaftsglieder zu ordnen und zu schützen als Aufgabe und Rechtfertigung des Staates zu betrachten, ist der Grundgedanke der politischen Philosophie des Liberalismus. In der Begründung dieses Axioms verbinden sich Erfahrung, Interesse und Ideologie. Das Privateigentum erscheint als das Ergebnis individueller Leistung, weswegen ein natürliches Recht des Arbeitenden auf die Appropriation des Produkts seiner Arbeit postuliert wird, und als die notwendige Bedingung individueller Freiheit. Diese Vorstellungen werden in der Zeit der sich entfaltenden kapitalistischen Wirtschaftsgesellschaft als „natürlich“ aufgefaßt, weil Grundlage des Wirtschaftssystems die privatnützige Verwertung des Eigentums und die marktwirtschaftliche Konkurrenz der Warenbesitzer sind. JOHN LOCKE legitimiert die Zuweisung individueller Eigentumsrechte durch die Rechtsordnung naturrechtlich mit der auf das sachliche Substrat des Eigentumsrechts verwandten Arbeit und rechtfertigt die im Vertragswege erfolgende Aufrichtung der politischen Herrschaft der bürgerlichen Gesellschaft mit dem Interesse an dem sicheren Besitz und Genuß von Freiheit und Eigentum.

„If man in the state of Nature be so free as has been said, if he be absolute lord of his own person and possessions, equal to the greatest and subject to nobody, why will he part with his freedom, this empire, and subject himself to the dominion and control of any other power? To which it is obvious to answer, that though in the state of Nature he hath such a right, yet the enjoyment of it is very uncertain and constantly exposed to the invasion of others; for all being kings as much as he, every man his equal, and the greater part no strict observers of equity and justice, the enjoyment of the property he has in this state is very unsafe, very insecure. This makes him willing to quit this condition which, however free, is full of fears and continual dangers; and it is not without reason that he seeks out and is willing to join in society with others who are already united, or have a mind to unite for the mutual preservation of their lives, liberties and estates, which I call by the general name — property.

The great and chief end, therefore, of men uniting into commonwealths, and putting themselves under government, is the preservation of their property; to which in the state of Nature there are many things wanting.“

JOHN LOCKE, *Two Treatises of Government*, 1690. Vgl. insbes. Buch II, Kap. V und IX; die zitierte Stelle findet sich in den §§ 123, 124. — LASKI, *Political Thought in England*. Locke to Bentham, 1920; GOUGH, *John Locke's Political Philosophy*,

1956; MACPHERSON, The Political Theory of Possessive Individualism, Hobbes to Locke, 1962.

LASKI (The Rise of European Liberalism, 1936; Ausg. 1962, S. 78) bemerkt ironisch: „His (sc. LOCKE's) state is nothing so much as a contract between a group of business men who form a limited liability company whose memorandum of association forbids to the directors all those practices of which the Stuarts had, until this time, been guilty.“

Das Eigentum, die rechtliche Zuweisung einer Sache hinsichtlich ihrer Gebrauchs- und Nutzungsmöglichkeit und hinsichtlich der Verfügungsmacht an eine Person, hat eine subjektive, individuelle und eine objektive, systembestimmende Seite. Es ist ein *Rechtsinstitut* einer positiven Rechtsordnung und es ist ein durch eine positive Rechtsordnung begründetes *subjektives Recht*. Beides wird von der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums (Art. 14 GG) umschlossen. Von Anbeginn aber beziehen sich die verfassungsrechtlichen Formulierungen der Eigentumsgarantie ausschließlich oder vorwiegend auf das subjektive Eigentumsrecht:

Art. 17 der Déclaration des droits de l'homme et du citoyen von 1789

Les propriétés étant un droit inviolable et sacré, nul ne peut en être privé, si ce n'est lorsque la nécessité publique, légalement constatée, l'exige évidemment, et sous la condition d'une juste et préalable indemnité.

Art. 16 der Jakobinerverfassung von 1793

Le droit de propriété est celui qui appartient à tout citoyen de jouir et de disposer à son gré de ses biens, de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie.

Die scheinbare Privatisierung der Eigentumsgarantie zum individuellen Grundrecht verdeckt die gesellschaftspolitische Rolle des Eigentums im gesamten Verfassungs- und Rechtssystem.

Die liberale Konzeption des Eigentumsgrundrechts entstammt der vorindustriellen Stufe der Sozial- und Wirtschaftsgeschichte: „Eigentum“ ist das *Sacheigentum* des Unternehmers (Manufaktur, Handwerk), des Grundbesitzers und des Privatmannes.

Art. 544 code civile

La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements.

§ 903 BGB

Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.

Mit der Entfaltung der kapitalistischen Industriegesellschaft haben sich die in der klassischen Eigentumsgarantie vorausgesetzten Bedingungen wesentlich verändert.

BIRNIE, *An Economic History of Europe. 1760—1939*, 7. Aufl., 1957; ASHTON, *The Industrial Revolution. 1760—1830*, 1948; HOBBSAWN, *Industrie und Empire. Britische Wirtschaftsgeschichte seit 1750*, 1969 (engl. Originalausgabe 1968); BECHTEL, *Wirtschafts- und Sozialgeschichte Deutschlands*, 1967.

NEGRO, *Das Eigentum*, 1963; SCHEUNER, *Die Garantie des Eigentums in der Geschichte der Grund- und Freiheitsrechte*, in: SCHEUNER/KÜNG, *Der Schutz des Eigentums*, 1966; ERWIN STEIN, *Zur Wandlung des Eigentumsbegriffes*, in: *Festschrift für Gebhard Müller*, 1970, S. 503.

Das 19. Jahrhundert sieht das Vordringen des *Aktieneigentums*, den Gewinn der sozialen Schlüsselstellung durch die *industriellen Produktionsmittelleigentümer* und die mit der Entstehung des Industrieproletariats sich stellende „soziale Frage“. Im weiteren Verlauf treten die Praxis der *Staatsintervention*, das Programm der *Sozialreform* und schließlich die Verfassungsidee des *sozialen Rechtsstaates* auf den Plan.

Das soziale und politische Problem des Eigentums<sup>1</sup> wird neu gestellt. Als charakteristische Folgen und Fragestellungen werden erkennbar:

(1) *Spaltung der Eigentümerstellung* in Aktienwesen und Konzernierung: Aktionär und Manager.

BVerfGE 14, 263 („Feldmühle-Urteil“); E. R. HUBER, *Grundgesetz und wirtschaftliche Mitbestimmung*, 1970, S. 95 ff. — JAMES BURNHAM, *The Managerial Revolution*, 1941.

(2) *Differenzierung des Eigentums*: industrielle Produktionsmittel, Grundigentum, Gebrauchsgüter in der Hand des Konsumenten.

(a) *Grundeigentum*:

BVerfGE 21, 73/82 f. (betr. § 9 GrundstücksverkehrsG)

Das Grundgesetz gebietet nicht, daß der ländliche Grundstücksverkehr so frei sein müsse wie der Verkehr mit jedem anderen ‚Kapital‘. Die Tatsache, daß der Grund und Boden unvermehrbar und unentbehrlich ist, verbietet es, seine Nutzung dem unübersehbaren Spiel der freien Kräfte und dem Belieben des Einzelnen vollständig zu überlassen; eine gerechte Rechts- und Gesellschaftsordnung zwingt vielmehr dazu, die Interessen der Allgemeinheit beim Boden in weit stärkerem Maße zur Geltung zu bringen als bei anderen Vermögensgütern. Der Grund und Boden ist weder volkswirtschaftlich noch in seiner sozialen Bedeutung mit anderen Vermögenswerten ohne weiteres gleichzustellen; er kann im Rechtsverkehr nicht wie eine mobile Ware behandelt werden. Aus Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG in Verbindung mit Art. 3 GG kann daher nicht eine Verpflichtung des Gesetzgebers hergeleitet werden, alle geldwerten Vermögensgüter den gleichen rechtlichen Grundsätzen zu unterwerfen. Es trifft auch nicht zu, daß das Geldkapital gegenüber dem im land- und forstwirtschaftlichen Grundbesitz investierten Kapital diskriminiert werde.

Vgl. auch die Entscheidungen des BVerfG zum Deichrecht: BVerfGE 24, 367 (HambDeichordnungsG vom 29. 4. 1964) und BVerfGE 25, 112 (§ 14 NdsDeichG).

Raumordnungsbericht 1970 der Bundesregierung, BTag Drucks. VI/1340; Städtebaubericht 1970 der Bundesregierung, BTag Drucks. VI/1497.  
 W. DREIER, Raumordnung als Bodeneigentums- und Bodennutzungsreform, 1968;  
 HAEGELE, Die Beschränkungen im Grundstücksverkehr, 3. Aufl., 1970.

Innerhalb des Eigentums an Grund und Boden nimmt der *städtische Grundbesitz* eine Sonderstellung ein, wegen seiner urbanistischen Einbindung durch das Planungsrecht des BBauG und das Sanierungs- und Entwicklungsrecht des (noch nicht verabschiedeten) Städtebauförderungsgesetzes.

(b) *Produktionsmittel:*

Sozialreform und Sozialismus haben das Privateigentum an Produktionsmitteln beschränkt oder sogar in Frage gestellt. Zu den in diesem Zusammenhang geforderten oder verwirklichten Gestaltungen zählen in erster Linie die *Sozialisierung* (Art. 15 GG, der bei konsequenter Handhabung mit Art. 14 GG in einen von der Verfassung nicht aufgelösten Widerspruch treten würde), die *Planwirtschaft*, die „*gelenkte Marktwirtschaft*“, die *Anti-Trustgesetzgebung*, das *kollektive Arbeitsrecht* und die wirtschaftliche Selbstverwaltung durch *Mitbestimmung*.

Das Problem der Kontrolle wirtschaftlicher Macht und der gerechten Verteilung des Volkseinkommens ist die Zentralfrage der Eigentumsverfassung (STEIN, Lehrbuch des Staatsrechts, 1968, § 25 I). Die allgemeine Richtlinie des Sozialstaatsatzes und die sozialen Vorbehalte in Art. 14 Abs. 2, daß Eigentum verpflichte und daß sein Gebrauch zugleich dem Wohle der Allgemeinheit dienen solle, lassen zwar den Schluß zu, daß das GG das Eigentum nicht nur als individualistisches Reservat, sondern auch als sozialnützlich — und damit sozial gebundenes — Element der Gesellschaftsordnung gewährleistet hat. Doch ist das genaue Ausmaß der von der Verfassung konzidierten sozialen Relativierung des Eigentums mit juristischen Mitteln schwer greifbar, weil eine deutliche Festlegung der Verfassung, über die Richtpunkte der Institutsgarantie auf der einen Seite und der Sozialpflichtigkeit des Eigentums auf der anderen Seite hinaus, nicht erfolgt ist. Der für den Eingriff in individuelle Grundrechtspositionen maßstäbliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit versagt dort, wo es um die Bestimmung von „Inhalt und Schranken“ des Eigentums durch das Gesetz geht. Die verfassungsrechtliche Eigentums-garantie nimmt auch keine Kenntnis von der Eigenart des Produktionsmittel-eigentums, das als „Kapital“ nur mit Hilfe abhängiger Arbeit verwertet werden kann.

STEIN, aaO S. 156: „Die soziale Macht über Personen, die mittelbar aus der Rechts-macht über Güter folgen kann, wird durch die Eigentums-garantie nicht geschützt. Sie kann daher der Gesetzgeber so regeln oder beschränken, wie es ihm notwendig scheint.“

Diese Annahme STEINS hat den Boden der überkommenen Eigentumsvorstellung verlassen, die gerade dadurch gekennzeichnet ist, daß sie die besondere soziale Wirkung des Produktionsmitteleigentums bewußt verschweigt und der dienstvertraglichen, später arbeitsrechtlichen Regelung überweist.

(3) Grundlage individueller Daseinsbehauptung und Daseinsgestaltung sind weithin nicht mehr das Sacheigentum oder gleichartige privatrechtliche Rechtstitel, sondern das *Arbeitseinkommen* oder davon abgeleitete *sozialrechtliche Rechtstitel* und die *Teilhabe an Leistungen des Gemeinwesens*. Die Konsequenz dessen für den sachlichen Geltungsbereich der Eigentumsgarantie ist, daß „Eigentum“ alle vermögenswerten Rechte, also auch schuldrechtliche Ansprüche, und selbst öffentlich-rechtliche Rechtspositionen sind, sofern sie auf eigenem Einsatz von Arbeit oder Kapital beruhen.

W. WEBER, Eigentum und Enteignung, in: Die Grundrechte, II, 1954, S. 331/353; HESSE, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 4. Aufl., 1970, S. 179 f.

## II. Rechtlicher Inhalt der Eigentumsgarantie

1. Die Anpassung und Fortentwicklung der **Eigentumsverfassung** hat sich in wesentlichen Hinsichten neben der verfassungsrechtlichen Eigentums-**garantie** durch die Doktrin — insbes. MARTIN WOLFF, Reichsverfassung und Eigentum, Festgabe für Wilhelm Kahl, 1923 — und die Rechtsprechung vollzogen. Dadurch, und nicht durch verfassungsgeberische Entscheidung, sind die heute geltenden Grundsätze über den sachlichen Umfang der Eigentumsgewährleistung, den modernen Enteignungsbegriff, die Aufopferungsent-**teignung** und den enteignungsgleichen Eingriff begründet worden. Daß ungeachtet dessen der Wortlaut der Garantie von dem § 164 ReichsVerf 1849 über den Art. 9 RevPreußVerf 1850 und den Art. 153 WeimRVerf bis zum Art. 14 GG tradiert worden ist, unterstreicht die geringe normative Kraft der ausdrücklichen Verfassungsbestimmung.

2. Art. 14 GG schützt das **Eigentum als Rechtsinstitut und als subjektives Recht des Eigentümers**.

Die Bestimmung der Grenzen entschädigungslos zulässiger Beeinträchtigungen des individuellen Eigentumsrechts — insbes. des Grundeigentums (Boden-, Bau- und Raumordnungsrecht) und des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (Wirtschaftsverwaltungsrecht) — ist ebenso der wertenden Abwägung überlassen wie die Feststellung der bestandsfesten Konturen des Rechtsinstituts Eigentum; als Richtlinien dienen die Verfassungsrechtssätze der Art. 14 Abs. 1 Satz 2, 14 Abs. 2, 19 Abs. 2, 20 Abs. 1 (Sozialstaatsatz).



Über die bereits bezeichnete normative Schwäche der Eigentumsgarantie hinaus, für die grundsätzliche verfassungspolitische Gründe verantwortlich sind, gehen zusätzliche Undeutlichkeiten aus der nur an dem subjektiven Eigentumsrecht orientierten Fassung des Art. 14 Abs. 2 und daraus hervor, daß in Art. 14 Abs. 1 Satz 2 zwischen „Inhalt“ und „Schranken“ des Eigentums unterschieden wird. Diese Unterscheidung und Gegenüberstellung legt die Vorstellung nahe, das Eigentum sei entsprechend der liberalen Formel des „staatsfreien Raumes“ von „Freiheit und Eigentum“ eine an sich vorstaatliche Größe, die der staatlichen (d. h. rechtlichen) Ordnung, Begrenzung und Gestaltung gewissermaßen vorgegeben sei.

3. Die wirtschaftsverwaltungsrechtlich im Vordergrund stehende Konkretisierung der Eigentumsgarantie ist die Sicherung des als vermögenswertes Recht anerkannten **ingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs** im Hinblick auf den sozialgestaltenden und wirtschaftslenkenden Gesetzgeber.

a. Der *geschützte Gewerbebetrieb* umfaßt den sachlichen Bestand des Betriebes und alle seine einzelnen „Ausstrahlungen“, die neben dem sachlichen Substrat den wirtschaftlichen Wert des konkreten Gewerbebetriebs ausmachen, wie Geschäftsbeziehungen, good will und die besondere Lage an der Straße („Kontakt nach außen“), nicht aber bloße Erwerbsmöglichkeiten, Gewinnaussichten, Hoffnungen oder Chancen.

BGHZ 45, 150 — Behinderung von Krabbenfischern durch den Elbeleidtamm.

Gewährleistet wird die „*Sach- und Rechtsgesamtheit*“ des Betriebes in ihrer „*Substanz*“, d. h. das ungestörte Funktionieren des Betriebsorganismus, dessen Beeinträchtigung den Verfügungsberechtigten daran hindert, von der in dem Gewerbebetrieb verkörperten Organisation sachlicher und persönlicher Mittel den bestimmungsgemäßen Gebrauch zu machen. Nicht also werden einzelne Berechtigungen, die Bestandteil oder Voraussetzung des Gewerbebetriebs sind, geschützt.

BGH NJW 67, 1857

Die rechtswidrige Versagung der Zulassung eingeführten Saatguts als (teureres) Importsaatgut ist kein enteignungsgleicher Eingriff in das Sacheigentum oder in den Gewerbebetrieb des Importeurs.

Darin liegt nicht ein Eingriff in die „Substanz“ des Gewerbebetriebs. Von einem Eingriff in die Substanz des Gewerbebetriebs kann nicht gesprochen werden, wenn nur ein einzelner Warenposten infolge einer behördlichen Maßnahme nicht, wie beabsichtigt, zu günstigen Bedingungen verwertet werden kann, der Betrieb als solcher in seinem ungestörten Funktionieren dadurch aber nicht berührt wird.

b. Der geschützte Umfang des Betriebs wird durch die jeweilige *ökonomische und örtliche Situation* bestimmt, in der das Gewerbe betrieben wird. Vorteil-

hafte Umstände sind nur garantiert, wenn und soweit der Betriebsinhaber sich darauf verlassen darf, daß sie auf Dauer erhalten bleiben. Wirtschaftslenkende Maßnahmen, die — wie die Veränderung des Diskontsatzes, die Herabsetzung eines Schutzzolles oder die Umgestaltung einer Marktordnung — lediglich die erkennbar *situationsbedingten Erwerbchancen* eines Gewerbebetriebs beeinflussen, stellen daher keinen entschädigungspflichtigen Eingriff in das Unternehmenseigentum dar, sofern nicht ein besonderer Vertrauenstatbestand gegeben ist oder auf andere Weise ein Sonderopfer abverlangt wird.

BGHZ 45, 83 — ~~Knäcke~~Knäcke**rot**“

(RITTER, NJW 66, 1355; KOPPENSTEINER, BB 67, 217)

1. Die Herabsetzung eines Schutzzolles führt, sofern nicht zusätzlich ein besonderer Vertrauenstatbestand gegeben ist, nicht zugunsten eines von der Herabsetzung des Schutzzolles betroffenen Unternehmers zu einem Entschädigungsanspruch nach Enteignungsgrundsätzen.
2. Zu der Frage, ob und inwieweit die Bundesrepublik dann, wenn sie den inländischen Getreidepreis künstlich hochhält, aus Amtspflichtverletzung haftet, falls sie es unterläßt, Maßnahmen zu treffen, um den inländischen Getreideverarbeiter vor der ausländischen Konkurrenz zu schützen, die Getreide zu einem billigeren Preis einkaufen kann und überdies von ihrem Heimatstaat eine Ausfuhrvergütung erhält.

Das im Rahmen des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT) mit Schweden vereinbarte „Fünfte Protokoll über zusätzliche Zugeständnisse zum Allgem. Zoll- und Handelsabkommen vom 15. Juni 1956“ enthielt u. a. eine Senkung des Zollsatzes für die Einfuhr von Knäcke**rot** in die Bundesrepublik von 25 auf 10 %. Nachdem Versuche der deutschen Knäcke**rot**hersteller, bei den zuständigen Bundesministerien Ausgleichs- und Unterstützungsmaßnahmen zu erreichen, fehlgeschlagen waren, beschritt die Klägerin, eine der fünf in der Bundesrepublik bestehenden Knäcke**rot**fabriken, den Klageweg. Sie berief sich darauf, daß durch ein sprunghaftes Ansteigen des schwedischen Knäcke**rot**imports nach der Zollsenkung Produktion und Umsatz der deutschen Knäcke**rot**industrie deutlich zurückgegangen seien. Auch die Klägerin habe ihre Investitionen nicht wie vorgesehen ausnutzen können und eine mit Sicherheit zu erwartende Umsatzsteigerung eingebüßt.

Die Klage war erfolglos.

Ein Schutzzoll und seine Aufrechterhaltung ist rechtsgrundsätzlich nicht etwas zum Betrieb Gehöriges, sondern etwas, das außerhalb des Betriebes steht; er berührt nicht den Wert des Betriebes als solchen, sondern kann nur für die Bemessung des Unternehmerrisikos bedeutsam sein.

Der inländische Unternehmer kann sich im allgemeinen nicht darauf verlassen, daß ein Zollsatz zwecks Abwehr des ausländischen Wettbewerbes bestehen bleibt; er hat in der Regel kein Recht darauf, daß ihm durch Beibehaltung des Zollsatzes sein Umsatz oder gar sein Marktanteil erhalten bleibt, sondern nur eine Chance, daß die ausländischen Wettbewerber nicht durch Beseitigung oder Herabsetzung des Zollsatzes ihm gegenüber in eine günstigere Wettbewerbslage versetzt werden. Etwas anderes könnte nur dann in Betracht kommen, wenn durch die besonderen Umstände

des Falles ein Vertrauenstatbestand geschaffen worden wäre, auf Grund dessen ein Unternehmer sich auf das Weiterbestehen des Schutzzolles hätte verlassen dürfen, etwa wenn er durch die Bundesregierung unter Hinweis auf das Bestehen eines Schutzzolles zu erhöhten Aufwendungen und Investitionen veranlaßt worden wäre; in einem solchen Falle könnte eine Enteignungsentschädigung in Frage kommen, wenn entgegen der in dem Unternehmer begründeten Erwartung der Schutzzoll alsbald wieder aufgehoben oder in einer ins Gewicht fallenden Weise gesenkt würde.

#### Ähnliche Fälle:

BGH VerwRspr. 16, 902

Der Widerruf einer wirtschaftslenkenden Ausnahmegenehmigung (hier: zur an sich unerwünschten Raffination tierischer Fette), die als situationsbedingt erkennbar und als widerruflich erteilt worden war, ist grundsätzlich kein enteignender Eingriff in den Gewerbebetrieb.

BGH JZ 68, 130 — „Blinkleuchten“

Wenn gesetzliche Bestimmungen (hier: über die Ausrüstung von Kraftfahrzeugen) geändert werden, auf die ein Unternehmen seine Produktion eingerichtet hat, liegt ein entschädigungspflichtiger Eingriff in den Gewerbebetrieb nur vor, sofern ein besonderer Vertrauenstatbestand gegeben ist.

BGH NJW 68, 2140

Amtspflichtverletzung bei der Preisregelung für den aus der Bundesreserve freigegebenen Weizen?

Die jeweiligen allgemeinen politischen und auch handelspolitischen Verhältnisse müssen wie sonstige allgemeine Tatsachen und rechtliche Verhältnisse und Gegebenheiten von der Wirtschaft als Fakten hingenommen werden. Eine Änderung dieser Verhältnisse zuungunsten bestimmter Wirtschaftskreise bildet keinen Tatbestand, der bereits als solcher irgendeinen Anspruch auf Entschädigung oder Ausgleich auslösen könnte.

c. Die angeführten Beispiele aus der gerichtlichen Praxis lassen erkennen, daß die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen wirtschaftslenkende Maßnahmen entschädigungspflichtige Eingriffe in rechtlich geschützte Positionen der Wirtschaftssubjekte bewirken, sich nicht nur in der Richtung stellt, daß ein gegebener Rechtsbestand entzogen, beschränkt oder sonst beeinträchtigt wird. In dem Maße, wie die staatliche Wirtschaftslenkung sich einer umfassenden und planmäßigen Beeinflussung des wirtschaftlichen Prozesses annähert, so daß die Privaten sich an diesen wirtschaftslenkenden Maßnahmen orientieren, werden die Lenkungsakte zur Grundlage privatwirtschaftlicher Dispositionen. Damit entsteht ein Interesse des Privaten am Fortbestand der durch das staatliche Handeln geschaffenen Lage, die er in seine Kalkulationen und Dispositionen aufgenommen hat, weil eine Änderung dieser Lage für ihn mit wirtschaftlichen Einbußen verbunden sein kann.

Zur juristischen Erfassung dieser Situation, vornehmlich unter dem Blickwinkel eines Entschädigungsanspruches des Privaten, ist, zuerst von IPSEN, der Rechtsgedanke der „Plangewährleistung“ entwickelt worden.

IPSEN, VVDStRL Heft 11, 1954, S. 129; ders. in: KAISER (Hrsg.), Planung I, 1965, S. 35/60 ff.; ders. in KAISER (Hrsg.), Planung II, 1966, S. 63/106 ff.; VON SIMSON, Planänderung als Rechtsproblem, in: KAISER (Hrsg.), Planung I, 1965, S. 405; KRIELE, Plangewährleistungsansprüche? DÖV 67, 531; RINCK, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 1969, S. 82 ff.; OLDIGES, Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts, 1970.

Ausgangspunkt dieses Rechtsgedankens ist zwar die sich in rechtlich greifbaren Staatshandlungen niederschlagende planmäßige Wirtschaftslenkung, sein Anwendungsbereich erstreckt sich aber auf alle die Fälle, in denen durch staatliche Handlungen befristet oder unbefristet eine Rechtslage begründet worden ist, die dazu bestimmt oder geeignet ist, wirtschaftlichen Tätigkeiten Privater zugrundegelegt zu werden. Hat eine *Änderung* der Rechtslage, spezieller des Planes, Verluste eines Privaten, der seine Dispositionen an der Rechtslage orientiert hatte, durch „*Dispositionsentwertung*“ (OLDIGES) zur Folge, führt der Gedanke der Plangewährleistung zu zwei Fragen:

- (1) Ist die Planänderung rechtlich unmöglich, weil ihr ein „*Planvollzugs-*“ oder „*Plandurchführungsanspruch*“ des Privaten entgegensteht, der den Planungsträger zum Festhalten an der einmal geschaffenen Rechtslage verpflichtet?
- (2) Hat der Private, wenn er die Planänderung hinnehmen muß, wenigstens einen „*Planentschädigungsanspruch*“ auf Ausgleich der ihm entstandenen Vermögenseinbuße?

Für beide Fragen läßt sich das allgemeine Problem der Plangewährleistung dahin formulieren, daß die Gewährleistung dort eintreten muß, wo das *Risiko der Planänderung* nicht dem disponierenden Einzelnen, sondern dem planenden Staat, d. h. der ganzen Rechtsgemeinschaft, aufzubürden ist. Als leitende Gesichtspunkte für die Risikoordnung sind einerseits der Gesichtspunkt des *Vertrauensschutzes* — der zu einer subjektiven Rechtsposition individualisierte rechtsstaatliche Grundsatz der Rechtssicherheit —, andererseits der Gesichtspunkt maßgebend, daß jeder Planung die Möglichkeit der Änderung beim *Auftreten neuer Gegebenheiten* und beim *Gewinn neuer Einsichten* immanent ist, allgemeiner gesagt, daß es eine auch von der Verfassung vorausgesetzte Bedingung politischen Handelns ist, neue Sachlagen und neue Einsichten berücksichtigen zu können.

Vor dem Hintergrund dieser Erwägungen läßt sich eine erste und grundlegende Abgrenzung vornehmen. Ein *schutzwürdiger Vertrauensstatbestand* kann nur entstehen, wenn die planorientierte Disposition nicht lediglich in der Ausnutzung einer vorgefundenen Rechtslage besteht, sondern wenn sie eine in der Planung verkörperte Intention aufnimmt. Andernfalls ist ein rechtfertigender Grund für ein Vertrauen auf den Fortbestand der in der Disposition zugrundegelegten Rechtslage nicht vorhanden (OLDIGES, aaO S. 78 ff.).

Ein den Planungsträger festlegender *Planvollzugsanspruch*, d. h. ein Anspruch auf Unterlassung der Planänderung, der die Planänderung rechtswidrig macht und dem betroffenen Privaten ein Recht auf Geltendmachung der Fehlerhaftigkeit je nach der Rechtsform des Planungsaktes gibt, kommt nur ausnahmsweise in Betracht; denn das öffentliche Interesse an einer sachgemäßen Planung überwiegt das private Interesse am unveränderten Fortbestehen auch einer durch neue Gegebenheiten oder Einsichten überholten Planlage. Hierzu können die Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts über den Widerruf fehlerfreier Verwaltungsakte bei nachträglicher Änderung der beim Erlaß des Verwaltungsaktes gegebenen tatsächlichen und rechtlichen Umstände (vgl. HAUSEISEN, Zum Problem des Vertrauensschutzes im Verwaltungsrecht, DVBl 64, 710), vor allem aber die aus dem Prinzip der Rechtsicherheit, das für den Bürger in erster Linie Vertrauensschutz bedeutet, abgeleiteten Grundsätze über die Zulässigkeit der unechten Rückwirkung bei Gesetzen herangezogen werden (BVerfGE 13, 261; 14, 288; 19, 98; 19, 119; 24, 220).

BVerfGE 19, 119 — Kuponsteuergesetz

Ein Vertrauensschutz kommt jedenfalls dort nicht in Betracht, wo das Vertrauen sachlich nicht gerechtfertigt ist. Vor allem bei steuerlichen Vergünstigungen, die auf währungs- und konjunkturpolitischen Erwägungen des Gesetzgebers beruhen, kann der Bürger oder der sich am Rechtsverkehr im Inland beteiligende ausländische Kapitalanleger nicht darauf vertrauen, daß dieser Zustand immer und uneingeschränkt auch für die Zukunft aufrechterhalten werde.

Ob ein Plangewährleistungsanspruch auf *Ausgleich von Vermögenseinbußen wegen Planänderung* besteht, ist nach den Grundsätzen über die Entschädigung bei enteignendem Eingriff und über den Schadensersatz bei Amtspflichtverletzung zu beurteilen. Danach muß sich der Betroffene auf einen besonderen Vertrauenstatbestand berufen können (vgl. den oben dargestellten Fall BGHZ 45, 83 — „Knäckebrötchen“). Eine ausdrückliche Regelung der Entschädigung für Planänderung findet sich im Bauplanungsrecht (§ 44 BBauG).

4. Sofern eine wirtschaftslenkende Maßnahme den grundrechtlich gesicherten Bereich des Gewerbebetriebs berührt (ein „unmittelbarer Eingriff“ in den Gewerbebetrieb ist), stellt sich die weitere Frage, ob sie eine entschädigungslos zu dulden **Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums** ist oder ein **enteignender Eingriff**.

Ein Gesetz, das Wirtschaftslenkung bewirkt oder (die Exekutive ermächtigend) zuläßt, muß *verhältnismäßig* sein und darf, wenn es keine Entschädigung vorsieht, dem Eigentümer nicht ein *unzumutbares Sonderopfer* abverlangen.

a. Die wirtschaftslenkende Maßnahme ist *verhältnismäßig*, wenn das verfolgte wirtschaftspolitische Ziel ein hinreichendes Gewicht hat, um die hervor-

gerufene Rechtsbeeinträchtigung zu rechtfertigen, und wenn die erfolgte Rechtsbeeinträchtigung geeignet und erforderlich ist, um das wirtschafts-politische Ziel zu verwirklichen.

Ein Gesetz, das unter Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein durch Art. 14 GG geschütztes vermögenswertes Recht beeinträchtigt, ist verfassungswidrig und unwirksam.

b. Ein *unzumutbares Sonderopfer* darf durch oder auf Grund Gesetzes nur zum Wohle der Allgemeinheit und nur gegen Entschädigung abverlangt werden. Als Kriterium für die Schwere und Zumutbarkeit des Eingriffs ist von der in der Eigentumsgarantie vorausgesetzten Zweckbestimmung des Privateigentums, seiner „*Privatnützigkeit*“, auszugehen, nämlich seiner Funktion im marktwirtschaftlichen Prozeß, Basis der privaten Initiative und des privaten Interesses zu sein.

REINHARDT, in: REINHARDT/SCHEUNER, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954; EHLERMANN, Wirtschaftslenkung und Entschädigung, 1957, S. 101 ff.; FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl., 1966, S. 318.

Enteignend ist die Beeinträchtigung oder Beseitigung der Privatnützigkeit des Eigentums, die „*Zweckentfremdung*“<sup>1</sup> des Eigentums. Daraus folgt, daß wirtschaftslenkende Maßnahmen grundsätzlich keine enteignenden Eingriffe sind. Enteignend sind Maßnahmen, die den Unternehmer zwingen, mit Verlust zu arbeiten, die also die *Rentabilität* des Gewerbebetriebs zerstören.

BACHOF, Gutachten zur Pflegesatzverordnung, 1963, S. 36. — BGH NJW 68, 294: Eine Preisgestaltung (hier: durch RechtsVO), die eine Vertragspartei zwingt, mit Verlust zu arbeiten, ist eine unzulässige Enteignung.

c. BVerfG Beschluß vom 14. Februar 1967 BVerfGE 21, 150

Das Gesetz über Maßnahmen auf dem Gebiete der Weinwirtschaft (WeinwirtschaftsG) vom 29. August 1961 soll einer Stabilisierung der Marktverhältnisse bei Wein durch Anpassung der Erzeugung an den Bedarf dienen. Zu diesem Zweck enthält es u. a. eine durch eine Genehmigungspflicht gesicherte Anbaubeschränkung. Genehmigungspflichtig sind die weinbergsmäßige Neuanpflanzung von Weinreben und die Wiederanpflanzung von Weinreben in gerodeten Weinbergen. Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn das Grundstück für die Erzeugung von Wein ungeeignet ist. Wenn die Genehmigung zur Wiederanpflanzung von Reben in gerodeten Weinbergen verweigert wird, erhält der Eigentümer eine Entschädigung für die Wertminderung des Grundstücks.

Auf den Vorlagebeschluß eines Verwaltungsgerichts hat das BVerfG entschieden, daß die fragliche Regelung keine Verletzung des Art. 14 GG darstellt.

Die Anbaubeschränkung ist eine gesetzliche Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums. Der die Regelungsbefugnis des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG ausübende Gesetzgeber muß die grundlegende Wertentscheidung des Grundgesetzes zugunsten des Privateigentums beachten. Inhalt und Schranken des Eigentums dürfen nicht in

einer Weise bestimmt werden, die sachwidrig ist und in die Interessen der Beteiligten ohne Grund oder übermäßig eingreift. Eine Regelung nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG steht, mit anderen Worten, unter dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; die Einschränkung der Eigentümerbefugnisse muß zur Erreichung des angestrebten Zieles geeignet und notwendig, sie darf nicht übermäßig belastend und deshalb unzumutbar sein.

Das WeinwirtschaftsG will die deutsche Weinwirtschaft auf den Eintritt in den Europäischen Weinmarkt und die zu erwartende Konkurrenz billiger französischer und italienischer Weine vorbereiten. Die Erhaltung der besonderen Qualität des deutschen Weines, die Sicherung seines Absatzes und der Schutz des einheimischen Winzerstandes sind legitime wirtschaftspolitische Ziele.

Ob auch das Mittel der Anbaubeschränkung verfassungsrechtlich zulässig ist, hängt davon ab, ob dieses Mittel — seine Geeignetheit vorausgesetzt — im rechten Verhältnis zu der Schwere der den Eigentümer treffenden Einschränkung seiner Dispositionsfreiheit steht, mit anderen Worten, ob die Regelung notwendig — nicht durch eine andere Maßnahme ersetzbar — und für den Eigentümer zumutbar ist, also dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.

Das Gericht legt dann im einzelnen dar, daß hier das Mittel geeignet und nicht durch ein gleich wirksames, aber weniger belastendes Mittel ersetzbar ist.

### III. BVerfG Urteil vom 18. Dezember 1968 BVerfGE 24, 367

Anmerkung von DICKE, DÖV 69, 554.

Verfassungsbeschwerde gegen die Neuregelung des Deichwesens in Hamburg nach der Flutkatastrophe von 1962 durch das Gesetz zur Ordnung deichrechtlicher Verhältnisse der Freien und Hansestadt Hamburg vom 29. April 1964.

Begründung „öffentlichen Eigentums“ der Freien und Hansestadt Hamburg an allen Hochwasserschutzanlagen, auch soweit diese bisher im Eigentum Privater gestanden hatten (§ 4 a HWaG in der Fass. des § 1 Nr. 3 DOG). Entschädigung („Abfindung“) für den Verlust von Grundeigentum nach einem im Gesetz festgelegten Quadratmeter-Satz.

#### § 4 a HWaG

... Das öffentliche Eigentum begründet eine hoheitliche Sachherrschaft, die von den Deichverbänden im Rahmen ihrer durch Gesetz und Satzung geregelten Aufgaben, im übrigen von der Wasserbehörde ausgeübt wird. Die in öffentlichem Eigentum stehenden Gegenstände sind dem Rechtsverkehr entzogen. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insbesondere über den Besitz und das Eigentum, finden keine Anwendung.

Die Entscheidung des BVerfG in der Sache BVerfGE 24, 367 wird hier trotz ihres bodenrechtlichen Gegenstandes in einem verkürzten und vereinfachten Auszug wiedergegeben, weil sie prinzipielle und auch für die wirtschaftspolitische Gesetzgebung wesentliche Ausführungen über den Inhalt und die Schutzwirkung der Eigentumsgarantie enthält.

### 1. Gesetzgebungskompetenz Hamburgs?

(1) Im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde kann gerügt werden, der Gesetzgeber sei zum Erlaß des angegriffenen Enteignungsgesetzes nicht zuständig gewesen. Denn ein von einem nicht zuständigen Gesetzgeber erlassenes Enteignungsgesetz würde das Grundrecht des Betroffenen verletzen und wäre daher nichtig.

(2) Der Landesgesetzgeber ist zuständig. Das bürgerlichrechtliche Kodifikationsprinzip (Art. 3, 55, 218 EGBGB) ist nicht verletzt; denn selbst wenn es sich nicht um eine öffentlich-rechtliche Regelung handelte, die durch das Kodifikationsprinzip nicht ausgeschlossen ist, wäre eine Gesetzgebungstätigkeit des Landes kraft des Vorbehalts in Art. 66 EGBGB gedeckt.

### 2. Verletzung der Institutsgarantie?

(1) Die Garantie des Eigentums als Rechtseinrichtung dient der Sicherung des Eigentumsgrundrechts. Dem Eigentumsgrundrecht kommt die Aufgabe zu, dem Träger des Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen. Das Grundrecht wäre nicht wirksam gewährleistet, wenn der Gesetzgeber an die Stelle des Privateigentums etwas setzen könnte, was den Namen ‚Eigentum‘ nicht mehr verdient.

(2) Die Institutsgarantie sichert einen Grundbestand von Normen, die als Eigentum im Sinne dieser Grundrechtsbestimmung bezeichnet werden. Inhalt und Funktion des Eigentums sind dabei der Anpassung an die gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse fähig und bedürftig; es ist Sache des Gesetzgebers, Inhalt und Schranken des Eigentums unter Beachtung der grundlegenden verfassungsrechtlichen Wertentscheidung zu bestimmen. Die Institutsgarantie verbietet jedoch, daß solche Sachbereiche der Privatrechtsordnung entzogen werden, die zum elementaren Bestand grundrechtlich geschützter Betätigung im vermögensrechtlichen Bereich gehören, und damit der durch das Grundrecht geschützte Freiheitsbereich aufgehoben oder wesentlich geschmälert wird.

(3) Werden Sachen, bei denen die Sachherrschaft nicht auf Privatnützigkeit — wodurch neben der grundsätzlichen Verfügungsfähigkeit das Eigentum bürgerlichen Rechts gekennzeichnet ist —, sondern auf Fremdnützigkeit ausgerichtet ist, wenn sie sich in der Hand des Staates befinden, grundsätzlich aus der Privatrechtsordnung herausgenommen und einer ausschließlich öffentlich-rechtlichen Sachherrschaft unterstellt, die man als ‚öffentliches Eigentum‘ bezeichnet, so liegt darin jedenfalls dann keine Schmälerung des durch Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleisteten Rechtsinstituts, wenn diese Sachen einem besonderen öffentlichen Zweck gewidmet sind und im Hinblick auf diese Zweckbindung die private Verfügungsfähigkeit ganz oder weitgehend ausgeschlossen ist.

(4) Die Entstehung ‚öffentlichen Eigentums‘ an Hochwasserschutzanlagen nach § 2 Abs. 1 und 3 HambDOG ist mit dem GG vereinbar.

### 3. Verletzung des individuellen Eigentumsgrundrechts durch die Rechtsumwandlung?



(1) Soweit in der Rechtsumwandlung eine Enteignung liegt, wird sie unmittelbar durch das Gesetz vollzogen = Legalenteignung.

(2) Die Rügen, es handle sich hierbei um ein nach Art. 19 Abs. 1 GG unzulässiges Einzelfallgesetz und das Zitiergebot des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG sei verletzt, sind nicht begründet. Denn Enteignungsgesetze nach Art. 14 Abs. 3 GG schränken das Grundrecht des Eigentums nicht im Sinne des Art. 19 Abs. 1 GG ein. Art. 14 Abs. 3 GG enthält keinen Vorbehalt für den Gesetzgeber zur Einschränkung des Grundrechts, wie er in Art. 19 Abs. 1 GG vorausgesetzt ist (vgl. dazu die Rechtsprechung des II. Senats: BVerfGE 25, 371 — lex Rheinstahl, oben unter B II 3).

(3) Die Rechtsumwandlung ist nicht deswegen verfassungswidrig, weil der Gesetzgeber die Enteignung durch Gesetz und nicht die Einzelenteignung auf Grund eines Gesetzes durch Verwaltungsakt gewählt hat. Der Gesetzgeber hat allerdings nicht die freie Wahl zwischen Administrativ- und Legalenteignung. Denn ein den Bestand und nicht nur den Wert des Eigentums sichernder Rechtsschutz ist ein wesentliches Element der Eigentumsgarantie und mit der Wahl der Legalenteignung wird der für den Schutz des Grundrechts wesentliche Rechtsschutz gegen die Enteignung ausgeschlossen. Die Enteignung durch Gesetz ist deshalb nur in eng begrenzten Fällen zulässig.

Ein solcher Ausnahmefall ist beim HambDOG anzuerkennen.

(4) Ob Enteignungsgesetze für ihren konkreten Sachbereich dem Begriff des Wohles der Allgemeinheit im Sinne des Art. 14 Abs. 3 Satz 1 GG gerecht werden, unterliegt der verfassungsgerichtlichen Prüfung. Auch für Legalenteignungen gilt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Bei der hiernach gebotenen Prüfung, ob zur Durchführung eines Vorhabens das Mittel der Enteignung erforderlich ist, ist das BVerfG nicht an die Auffassung des Gesetzgebers gebunden.

Die Rechtsumwandlung des § 2 Abs. 1 DOG steht mit diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen im Einklang.

#### 4. Korrektheit der Entschädigungsregelung?

(1) Besteht bei enteigneten Grundstücken kein wertmäßig bedeutsamer Unterschied in den wertbestimmenden Faktoren, so ist der Gesetzgeber nicht gehindert, im Gesetz selbst einen festen Quadratmeterbetrag als Grundlage für die Berechnung der Entschädigung zu bestimmen.

(2) Das Abwägungsgebot des Art. 14 Abs. 3 Satz 3 GG ermöglicht es dem Gesetzgeber, je nach den Umständen vollen Ersatz, aber auch eine darunter liegende Entschädigung zu bestimmen. Das GG verlangt nicht, daß die Entschädigung stets nach dem Marktwert bemessen wird.

(3) Entspricht die Entschädigungsregelung eines Enteignungsgesetzes nicht den Erfordernissen des Art. 14 Abs. 3 Sätze 2 und 3, so ist das ganze Gesetz verfassungswidrig. Fortsetzung von BVerfGE 4, 219/233.

## G. Gewerbepolizei und Wirtschaftslenkung

Das *Wirtschaftsverwaltungsrecht* umfaßt die Rechtssätze, durch die der Staat mit den Zielen der Gefahrenabwehr, der Lenkung und der Förderung auf den wirtschaftlichen Prozeß ordnend, gestaltend und leistend einwirkt, indem er Aufgaben und Befugnisse der Verwaltung und Rechte und Pflichten der am wirtschaftlichen Prozeß Beteiligten begründet.

Das Wirtschaftsverwaltungsrecht des sozialen Rechtsstaates geht über das *Gewerberecht* des liberalen Rechtsstaates hinaus. Das Gewerberecht, wie es in der Gewerbeordnung und den gewerberechtlichen Nebengesetzen in Erscheinung tritt, ist seinem Prinzip nach ein Sonderpolizeirecht. Es beruht auf dem *Grundsatz der Gewerbefreiheit* (§ 1 Abs. 1 GewO) und es schränkt diesen Grundsatz nur ein, um Gefahren und Störungen der öffentlichen Sicherheit und Ordnung abzuwehren, die sich aus der Wirtschaftstätigkeit ergeben können. Für das Gewerberecht charakteristische Anforderungen an die wirtschaftliche Betätigung sind die Zuverlässigkeit und die Sachkunde des Gewerbetreibenden.

HENKE, Gewerberecht, HWSW V, 1964, S. 523.

In dem Prinzip der nur aus *gewerbepolizeilichen* Gründen zu beschränkenden Gewerbefreiheit äußert sich der Grundgedanke der *liberalen Wirtschafts-idee*. Die Organisation der Volkswirtschaft und der Ablauf des Wirtschaftsprozesses seien jedenfalls im Normalfall eine Angelegenheit der privatautONOMEN Dispositionen der Wirtschaftssubjekte. Auf lange Sicht und im Großen und Ganzen würden so ein besserer Wirtschaftserfolg und eine gerechtere Verteilung des Volkseinkommens eintreten, als durch staatliche Reglementierung oder gar dadurch, daß der Staat selbst zum Wirtschaftssubjekt würde.

Mit dem nach dem 1. Weltkrieg auch durch die Verfassung proklamierten *Übergang zum Wohlfahrtsstaat* wurden die Organisation der Volkswirtschaft, der Ablauf des Wirtschaftsprozesses und die gerechte Verteilung des Sozialprodukts primär zu einer Verantwortung der staatlichen Wirtschaftspolitik. Die privatautonome Nutzung und Verwertung produktiven Eigentums wurde so zu einer Funktion der im politischen Prozeß der Gesetzgebung zu artikulierenden sozialen Gerechtigkeit. Die wohlfahrtsstaatliche Umorientierung der Staatszwecke bedeutete auf der Ebene des Verwaltungsrechts das Vordringen der neuen *Verwaltungszwecke der Lenkung und Leistung*. Das über-

kommene Gewerberecht ging zunehmend in dem neuen Wirtschaftsverwaltungsrecht auf.

BADURA, Verwaltungsrecht im liberalen und im sozialen Rechtsstaat, 1966; ders., Das Verwaltungsrecht des liberalen Rechtsstaates, 1967; RÜFNER, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967; ROTH, Die Gefahrenvorsorge im sozialen Rechtsstaat, 1968; H. KLEIN, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968; BROHM, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969.

In der Gegenwart geht die zunächst okkasionelle Wirtschaftslenkung in eine umfassende *Wirtschaftsplanung* über, die sich von der Planwirtschaft nur noch dadurch unterscheidet, daß durch die Beibehaltung der Privatautonomie und des Privateigentums an Produktionsmitteln eine auf die Privatinitiative vertrauende Dezentralisierung des Wirtschaftsprozesses mit den lenkenden und planenden Funktionen des Staates verbunden ist.

## I. Wirtschaftslenkendes Verwaltungshandeln

1. Unter **Wirtschaftslenkung** versteht man im weitesten Sinn das Insgesamt der staatlichen Maßnahmen, durch die auf den wirtschaftlichen Prozeß eingewirkt werden soll, um einen wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitisch erwünschten Zustand oder Ablauf des Wirtschaftslebens herzustellen oder zu erhalten, ohne Rücksicht auf die Rechtsform der Maßnahmen als zivilrechtliches oder verwaltungsrechtliches Gesetz, als Rechtsverordnung, Verwaltungsakt oder privatrechtliches Rechtsgeschäft der Exekutive.

So betrachtet ist Wirtschaftslenkung eine staatliche Aufgabe, die sich aus dem *Sozialgestaltungsauftrag des Staates* ableitet und die unterschieden ist, einerseits von der rechtlichen Ordnung des Privatrechtsverkehrs nach dem Maßstab der *Privatautonomie* und andererseits von der Begründung und Ausübung *polizeilicher* Aufgaben und Befugnisse zur Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Gefahrenabwehr und Wirtschaftslenkung sind verschiedene Verwaltungszwecke, die in dem geltenden Wirtschaftsverwaltungsrecht in unterschiedlicher Weise verwirklicht werden. Es gibt wirtschaftsverwaltungsrechtliche Verwaltungsakte, die nur der Gefahrenabwehr dienen, wie z. B. die Schankerlaubnis nach dem Gaststättengesetz oder Maßnahmen im Vollzug des Lebensmittelrechts, solche, die Gefahrenabwehr und Wirtschaftslenkung verbinden, wie z. B. die Genehmigung eines Linienverkehrs nach § 13 PersBefG, und solche, die rein wirtschaftslenkenden Charakter haben, wie z. B. die Vergabe einer Subvention. Wird Wirtschaftslenkung durch *nichtfiskalische Nebenzwecke der Besteuerung* verwirklicht, nimmt der Steuerverwaltungsakt zugleich die Eigenschaft des Wirtschaftsverwaltungsaktes an.

E. R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2. Aufl., Bd. I, 1953, S. 47 ff.; SCHEUNER/SCHÜLE, Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft, VVDStRL Heft 11, 1954; BALLERSTEDT, *Wirtschaftsverfassungsrecht*, in: Die Grundrechte, III/1, 1958, S. 1/30 ff.; GYGI, *Interventionsrecht und Interventionsverwaltung*, 1958; P. NEUMANN, *Wirtschaftslenkende Verwaltung*, 1959; DICKE, *Verfassungsrechtliche Möglichkeiten und Grenzen der Wirtschaftslenkung in Italien und der Bundesrepublik Deutschland*, 1969.

BELLSTEDT, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung durch Steuern*, 1962; FRIAUF, *Verfassungsrechtliche Grenzen der Wirtschaftslenkung und Sozialgestaltung durch Steuergesetze*, 1966; ders., *Sondersteuern als verfassungsgerechtes Mittel zur Eindämmung des Straßen-Güterverkehrs?* BB 67, 1345; SPANNER, *Die Steuer als Instrument der Wirtschaftslenkung*, *StuW* 70, 377.

Unter **Wirtschaftsplanung** kann man auf der einen Seite die Maßnahmen verstehen, durch die eine planmäßige und auf langfristigen Überlegungen beruhende Koordination der wirtschaftslenkenden Interventionen angestrebt wird. In einem anderen Sinne kann man mit „Wirtschaftsplanung“ die Form der Wirtschaftslenkung bezeichnen, die durch mittelbar wirkende oder durch verbindliche Planungsakte eine planmäßige, d. h. folgerichtig an einem bestimmten Ziel ausgerichtete und die zur Erreichung des Zieles eingesetzten Mittel in der Zeitdimension ordnende, Beeinflussung oder Steuerung einzelner Wirtschaftszweige oder des gesamten Wirtschaftsprozesses herbeiführen will.

In der ersten Bedeutung ist Wirtschaftsplanung die Bedingung sinnvoller Wirtschaftslenkung. In der zweiten Bedeutung wirft die Wirtschaftsplanung besondere *verfassungsrechtliche* Probleme auf, vor allem:

- (1) Einordnung der „*Planungsgewalt*“ in das parlamentarische Regierungssystem;
- (2) Schutzbereich der *wirtschaftlichen Freiheiten* und kritischer Punkt des Umschlagens von der Wirtschaftsplanung zur *Planwirtschaft*.

KAISER (Hrsg.), *Planung I—III, 1965/66/68* (insbes. die Aufsätze von FORSTHOFF, GYGI, IPSEN und SCHEUNER); ELLWEIN, *Einführung in die Regierungs- und Verwaltungslehre*, 1966, S. 129 ff.; REDEKER, *Staatliche Planung im Rechtsstaat*, *JZ* 68, 537; HARNISCHFEGGER, *Planung in der sozialstaatlichen Demokratie*, 1969; FRÖHLER, *Das Wirtschaftsrecht als Instrument der Wirtschaftspolitik*, 1969, S. 128 ff.; OLDIGES, *Grundlagen eines Plangewährleistungsrechts*, 1970; VENTE/SEUL, *Makroökonomische Planung. Eine Bibliographie*, 1970.

2. Die wirtschaftslenkenden Gesetze und die zu ihrem Vollzug ergehenden Rechtsverordnungen und Verwaltungsakte der Exekutive greifen mit sehr vielgestaltigen Rechtswirkungen in die unternehmerischen Entscheidungen und in den Privatrechtsverkehr ein.

Die *Vertragsfreiheit* als die zentrale und für den marktwirtschaftlichen Verkehr konstitutive Ausprägung der Privatautonomie ist ein bevorzugter Ansatzpunkt wirtschaftslenkender Rechtssätze und administrativer Rege-

lungen. Ein typisches Instrument wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Einbindung der Vertragsfreiheit ist die gesetzliche Begründung öffentlich-rechtlicher **Genehmigungspflichtigkeit** für bestimmte Verträge, wodurch das Zustandekommen und die Konditionen rechtsgeschäftlicher Vereinbarungen wirtschaftslenkenden Zwecken unterworfen werden können. Die Genehmigung ist in diesem Falle Wirksamkeitsbedingung des privatrechtlichen Rechtsgeschäfts; der Vertrag ist bis zur Entscheidung über die Genehmigung schwebend unwirksam. Die Genehmigung ist ein *privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt*.

Ein zweiter Bereich, in dem sich die Aufstellung einer Genehmigungspflicht als eine Technik der Wirtschaftsverwaltung findet, ist die gefahrenabwehrende oder wirtschaftslenkende Kontrolle bestimmter *Berufe* oder bestimmter *wirtschaftlicher Tätigkeiten*. Die Genehmigungspflichtigkeit erscheint hier gesetzestechisch als präventives *Verbot mit Erlaubnisvorbehalt*: Die Ausübung des Berufes oder die wirtschaftliche Tätigkeit — z. B. der Betrieb einer Anlage — sind solange verboten, bis die Erlaubnis erteilt ist.

Das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt hat im Gegensatz zu einem *repressiven Verbot mit Dispensierungsvorbehalt*, mit dem eine an sich unerwünschte Tätigkeit für den Regelfall unterbunden und nur aus besonderen Gründen im Einzelfall zugelassen werden soll,

Beispiel: die Zulassung von Spielbanken, § 33 h Nr. 1 GewO, Spielbankengesetz vom 14. Juli 1933 (RGBl. I S. 480); BVerfGE 28, 119; OVG Münster GewArch 68, 89.

nur eine verwaltungstechnische, formelle Bedeutung: Es dient dazu, die Ausübung des betreffenden Berufes oder die wirtschaftliche Tätigkeit einer vorbeugenden (präventiven) Kontrolle im Einzelfall zu unterwerfen.

Die bei einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt geforderte Erlaubnis ist eine „*gebundene*“. Die Behörde ist bei Vorliegen der Voraussetzungen, die vom Gesetz für die Erteilung der Erlaubnis aufgestellt sind, verpflichtet, die Erlaubnis zu erteilen. Wer einen erlaubnispflichtigen Beruf oder eine erlaubnispflichtige wirtschaftliche Tätigkeit beginnen will, die Erlaubnis ordnungsmäßig beantragt hat und die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt, hat einen öffentlich-rechtlichen Anspruch, ein subjektiv öffentliches Recht auf die Erteilung der Erlaubnis.

Für die wirtschaftspolitische und die verfassungsrechtliche (insbes. Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG; BVerfGE 20, 150) Beurteilung sind zu unterscheiden:

(1) *Die Begründung der Genehmigungspflichtigkeit.*

Diese legt dem Interessenten eine materiellrechtliche Obliegenheit auf, nämlich die Erlaubnis zu beantragen und zu erwirken, und macht den Beginn der

erlaubnispflichtigen Tätigkeit von der vorgängigen Durchführung eines Verwaltungsverfahrens abhängig.

Die Einführung der Genehmigungspflichtigkeit, d. h. der präventiven Kontrolle, muß *im öffentlichen Interesse geboten* sein. Wo das Gesetz eine derartige präventive Kontrolle für unverhältnismäßig hält, begnügt es sich mit einer besonderen *Anzeigepflicht*,

z. B. für nicht erlaubnispflichtige stehende Gewerbe, § 14 GewO; bei bestimmten erlaubnisfreien geräuschvollen Anlagen, § 27 GewO,

oder mit der Begründung einer Untersagungsermächtigung, z. B. in § 35 GewO.

(2) *Die materiellen Maßstäbe für die Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung.*

Diese können als *Zulassungsvoraussetzungen* — „die Erlaubnis ist zu erteilen, wenn . . .“ — oder als *Versagungsgründe* — „die Erlaubnis ist zu versagen, wenn . . .“ — formuliert sein. In § 13 PersBefG sind beide Techniken kombiniert.

Typische *persönliche* Zulassungsvoraussetzungen des Gewerberechts sind Zuverlässigkeit und Sachkunde.

Typische *objektive* Versagungsgründe wirtschaftslenkender Art sind Kontingentierungs- oder Bedürfnisbestimmungen, die im öffentlichen Interesse der Zahl der in einem bestimmten Wirtschaftszweig Tätigen eine Höchstgrenze setzen;

z. B. § 13 Abs. 3 PersBefG im Interesse der Erhaltung des lokalen Kraftdroschkenverkehrs, § 9 GüKG im Interesse der Bundesbahn, § 3 MühlenG im Interesse der strukturellen Sanierung des Mühlengewerbes und der Versorgung der Bevölkerung. F. R. SCHMIDT, Die Bedürfnisprüfung als Instrument der Wirtschaftslenkung und Gesellschaftsgestaltung, 1968.

Die gesetzlichen Maßstäbe für die Entscheidung über die Erteilung einer Genehmigung müssen nach den rechtsstaatlichen Grundsätzen des Verfassungsrechts *hinreichend bestimmt, sachlich gerechtfertigt* (Art. 3 Abs. 1 GG) und *verhältnismäßig*, d. h. geeignet und nach Art und Intensität erforderlich, sein.

### 3. Verwaltungsakte mit Drittwirkung

HAUEISEN, Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, NJW 64, 2037; SELLMANN, Die Problematik der Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, NJW 64, 1545; FROMM, Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, VerwArch 56, 1965, S. 26; HAUEISEN, Anfechtbarkeit und Bestandskraft von Verwaltungsakten mit mehreren Betroffenen, NJW 66, 2340; LAUBINGER, Der Verwaltungsakt mit Doppelwirkung, 1967.

Wirtschaftslenkende Verwaltungsakte unterscheiden sich von Polizeiverfügungen, obwohl sie ebenso wie diese individuelle Adressaten haben, dadurch, daß sie zwischen einer Gruppe von Verwaltungsunterworfenen, die durch dieselbe — wirtschaftslenkend in einem Einzelfall zu regelnde — Situation verbunden sind, eine bestimmte rechtliche Ordnung herstellen. In diesem Sinne wollen sie kollektive Wirkungen durch die Beeinflussung individueller Verhaltensweisen erreichen. Diese Verwaltungsakte sind nicht allein von dem zweiseitigen Verhältnis zwischen der Verwaltung und dem Adressaten rechtlich zu erfassen.

a. Wirtschaftslenkende Verwaltungsakte sind Verwaltungsakte mit Dritt- oder Doppelwirkung, sofern die durch sie vollzogenen Rechtssätze auch die betroffenen wirtschaftlichen Interessen anderer Personen als des Adressaten dadurch berücksichtigen, daß sie diese als *rechtlich geschützte Positionen* ausgestaltet haben.

Die Drittwirkung kann durch den *Inhalt* oder durch die *Wirkung* des Verwaltungsaktes entstehen:

- (1) Die durch den Verwaltungsakt getroffene Regelung hat notwendig auch die *Rechtsbeziehungen zu Dritten* zum Inhalt.

Beispiele: Umweisung eines Milcherzeugers von einer Molkerei zu einer anderen Molkerei, bei der die eine Lieferbeziehung aufgehoben und dafür eine andere begründet wird (§ 8 Milch- und FettG).

Außerhalb des Wirtschaftsverwaltungsrechts: Planfeststellungsbeschlüsse.

- (2) Die durch den Verwaltungsakt getroffene Regelung wirkt durch die besonderen Umstände des Einzelfalles auch auf die *Rechtsstellung eines Dritten* ein.

Beispiele: Veränderung der Wettbewerbslage durch die Subventionierung eines Konkurrenten;

Genehmigung eines Linienverkehrs neben einem Altunternehmer (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 PersBefG).

Außerhalb des Wirtschaftsverwaltungsrechts: Baugenehmigung, die die rechtlich geschützten Interessen eines Nachbarn des Bauherrn berührt.

b. Beim Verwaltungsakt mit Drittwirkung ist eine den Adressaten (Hauptbeteiligten) *begünstigende* Entscheidung mit einer einen oder mehrere Dritte (Drittbetroffene) *belastenden* Regelung oder Rechtswirkung verbunden. Daraus ergeben sich eine Anzahl von Besonderheiten des *Verwaltungsverfahrens* und des *verwaltungsgerichtlichen Verfahrens*. Diese Besonderheiten sind bisher vor allem bei der Nachbarklage im Baurecht ausführlicher behandelt worden, die deshalb hier als Parallelbeispiel herangezogen wird.

(1) *Verwaltungsverfahren*

- (a) Auch dem Drittbetroffenen ist *rechtliches Gehör* zu gewähren.  
 (b) Der Verwaltungsakt ist auch dem Drittbetroffenen *zuzustellen*.  
 (c) Die *rechtliche Wirksamkeit* des Verwaltungsaktes tritt für alle Betroffenen ein, wenn der Verwaltungsakt dem Adressaten bekanntgemacht worden ist (BVerwG NJW 70, 263).

Eine Bauerlaubnis wird wirksam und zur Voraussetzung rechtlich erlaubten Bauens, wenn sie nur dem Bauherrn und nicht auch dem betroffenen Nachbarn bekanntgemacht worden ist.

(d) Die *formelle Rechtskraft* (Unanfechtbarkeit) des Verwaltungsaktes tritt für jeden Betroffenen selbständig ein und setzt die Bekanntgabe gegenüber dem Betroffenen voraus (BVerwG NJW 70, 263). Die formelle Rechtskraft tritt für einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung in vollem Umfang erst ein, wenn er nicht nur für den Adressaten, sondern für alle Betroffenen unanfechtbar geworden ist. Es kann also die Frage, ob und wann ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung formell rechtskräftig wird, nicht für alle Betroffenen einheitlich beantwortet werden, sondern nur für jeden einzeln, je nachdem wann ihm der Verwaltungsakt bekanntgemacht wurde und was er daraufhin unternommen hat.

Eine auch den Nachbarn betreffende Bauerlaubnis wird für diesen nicht unanfechtbar, solange sie ihm nicht bekanntgemacht worden ist. Der Bauherr geht ein Risiko ein, wenn er dennoch mit der Ausführung des genehmigten Vorhabens beginnt.

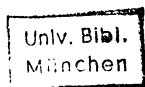
(2) *Verwaltungsgerichtliches Verfahren*

- (a) Prozeßvoraussetzung des *Vorverfahrens*, § 68 VwGO:

Wird nach Widerspruch des Hauptbeteiligten — gegen die Versagung der beantragten Begünstigung — ein Dritter — durch die Zuerkennung der beantragten Begünstigung im Widerspruchsbescheid — oder nach Widerspruch eines Drittbetroffenen — gegen die den Hauptbeteiligten begünstigende Entscheidung — der Hauptbeteiligte — durch die Aufhebung oder Abänderung der ihn begünstigenden Entscheidung im Widerspruchsbescheid — durch den Widerspruchsbescheid erstmalig beschwert, entfällt die Notwendigkeit eines weiteren Vorverfahrens (§ 68 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 VwGO).

(b) Wer nicht Adressat eines Verwaltungsaktes ist, kann diesen nur anfechten, wenn er geltend machen kann, *in seinen Rechten beeinträchtigt* zu sein (§ 42 Abs. 2 VwGO).

Die Klagebefugnis des Nachbarn für die Anfechtungsklage gegen die Bauerlaubnis besteht nur, wenn der Nachbar sich auf die Verletzung nachbarschützender Vorschriften des Baurechts durch die Bauerlaubnis beruft (BVerwGE 22, 129).





Nachbarschützend sind z. B. planungsrechtliche Festsetzungen über den Bebauungscharakter des Baugrundstücks. Nicht nachbarschützend sind z. B. die allgemeinen gesetzlichen Baubeschränkungen im Außenbereich gem. § 35 BBauG (BVerwGE 28, 268; 32, 173).

Der *Streitgegenstand* einer zulässigen Klage des Drittbetroffenen beschränkt sich auf die durch die Klagebefugnis zugelassenen Beanstandungen des Verwaltungsaktes (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Das Gericht überprüft die vom Nachbarn angefochtene Bauerlaubnis nicht in jeder Hinsicht, sondern nur im Hinblick auf die gerügten Verletzungen nachbarschützender Vorschriften.

Der prozeßrechtlichen Ausgestaltung der Anfechtungsklage (§§ 42, 113 Abs. 1 VwGO) liegt ein *allgemeiner Rechtsschutzanspruch* zugrunde: Die Aufhebung einer Verwaltungshandlung kann begehrt werden, wenn sie eine hoheitliche und nachteilige Konkretisierung (Gestaltung oder Feststellung) der Rechtsstellung des Klägers darstellt, d. h. wenn sie ein den Kläger belastender Verwaltungsakt ist. Die Entscheidung über die Statthaftigkeit einer Anfechtungsklage (§ 42 Abs. 1 VwGO) und über die Klagebefugnis des Klägers (§ 42 Abs. 2 VwGO) befindet zugleich über diesen materiellrechtlichen Anspruch, der in Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich gewährleistet ist.

Dazu RUPP, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 249 ff.

REDEKER, DVBl. 68, 7:

Mit der Nachbarklage wird tatsächlich ein „Planbefolungsanspruch“ geltend gemacht. Dessen Grundlage ist das Recht jedes Planadressaten auf Befolgung des Planes; auf den „nachbarschützenden“ Charakter der betr. Vorschrift kommt es nicht an.

BVerwG DOV 69, 753 macht sich den Gedanken REDEKERS vom „Planbefolungsanspruch des Nachbarn“ beiläufig zu eigen.

(c) *Notwendige Beiladung* des Hauptbeteiligten im Prozeß des Drittbetroffenen gegen den Verwaltungsakt (§ 65 Abs. 2 VwGO).

### (3) *Vorläufiger Rechtsschutz*

(a) Die *aufschiebende Wirkung* (§ 80 Abs. 1 VwGO) gegenüber dem Verwaltungsakt wird auch durch den Widerspruch/die Klage des Drittbetroffenen ausgelöst.

BVerwG DOV 69, 111; SIEGMUND-SCHULZE, DVBl. 63, 749. — Abw. Auff. FROMM, DVBl. 66, 241.

Der Widerspruch des Nachbarn suspendiert die Bauerlaubnis, so daß der Bauherr am Baubeginn gehindert ist.

(b) Die Behörde kann die *sofortige Vollziehung* des Verwaltungsaktes anordnen, um die Interessen des Hauptbeteiligten zu wahren (BVerwG VerwRspr. 18, 365). Der Drittbetroffene kann in diesem Fall die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung beantragen (§ 80 Abs. 5 VwGO). Gegen einen verwaltungsgerichtlichen Beschluß zugunsten des Drittbetroffenen gem. § 80 Abs. 5 VwGO kann der Hauptbeteiligte Beschwerde einlegen; § 80 Abs. 6 Satz 1 VwGO steht nicht entgegen, weil diese Vorschrift sich nur auf die Behörde bezieht, deren Verwaltungsakt Gegenstand des vorläufigen Rechtsschutzes ist, den Fall des Verwaltungsaktes mit Drittwirkung aber nicht berücksichtigt (OVG Lüneburg DVBl. 68, 47).

(c) Ordnet die Behörde nach Eintritt des Suspensiveffekts durch einen Rechtsbehelf des Drittbetroffenen nicht die sofortige Vollziehung des Verwaltungsaktes an, kann der Hauptbeteiligte in analoger Anwendung des § 80 Abs. 5 VwGO beim Verwaltungsgericht beantragen, die Behörde *zur Anordnung der sofortigen Vollziehung zu verpflichten*, sofern die Voraussetzungen des § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO gegeben sind (BVerwG DÖV 69, 111).

SCKENKE, Gerichtliche Durchsetzbarkeit der sofortigen Vollziehung von Verwaltungsakten mit Drittwirkung, DÖV 69, 332: „Vollziehungsanspruch“ des Hauptbeteiligten.

Erght zugunsten des Hauptbeteiligten ein Beschluß gemäß § 80 Abs. 5 VwGO, ist Beschwerde des Drittbetroffenen statthaft; siehe oben unter (b) (BVerwG DÖV 69, 111).

## II. Die personenbeförderungsrechtliche Linienverkehrsgenehmigung

1. Die entgeltliche oder geschäftsmäßige Beförderung von Personen im Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen ist einer **Genehmigungspflicht** unterworfen (§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3, 42, 43 Personenbeförderungsgesetz vom 21. März 1961, BGBl. I S. 241).

Die Genehmigung wird dem Unternehmer für einen *bestimmten Linienverkehr*, und zwar für die Einrichtung und den Betrieb der Linie sowie für die Zahl, die Art und das Fassungsvermögen (Sitz- und Stehplätze) der einzusetzenden Kraftfahrzeuge und Anhänger, und für *seine Person* erteilt (§§ 3 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 3 PersBefG).

Vor der Entscheidung über die Erteilung der Genehmigung ist ein *Anhörverfahren* durchzuführen (§ 14 PersBefG). Ist ein Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen beantragt, sind u. a. diejenigen zu hören, die im Verkehrsgebiet des beantragten Unternehmens bereits Schienenbahnen des Personenverkehrs, Obusverkehr, Kraftfahrlinien oder dem Berufsverkehr dienende Schiffsahrts-

linien betreiben (§ 14 Abs. 1 Nr. 2 lit. a PersBefG). Die *Entscheidung über den Antrag* hat die gesetzlichen Erlaubnisvoraussetzungen zum Gegenstand und schließt auch die Verbescheidung der Einwendungen dritt betroffener Anhörsungsberechtigter ein. Die Entscheidung ist neben dem Antragsteller auch den nach § 14 Abs. 1 Nr. 2 litt. a und b Anhörsungsberechtigten zuzustellen, soweit diese Einwendungen erhoben und nicht zuröckgenommen haben. Die Genehmigung wird, wenn die Entscheidung über den Antrag unanfechtbar geworden ist, durch Aushändigung der *Genehmigungsurkunde* erteilt (§§ 15 Abs. 1, 17 PersBefG).

Materiellrechtlich ist die Erteilung der Genehmigung von der Erfüllung bestimmter *Voraussetzungen* abhängig (§ 13 PersBefG). Eine etwa zu befürchtende Beeinträchtigung der öffentlichen Verkehrsinteressen (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 PersBefG) muß nicht stets zu einer Versagung der Genehmigung föhren. Sie kann vielmehr durch entsprechende *Bedingungen oder Auflagen* abgewendet werden, sofern das erreichbar ist, und auch berechtigten Einwendungen Drittbetroffener kann durch die Beifügung von Bedingungen oder Auflagen Rechnung getragen werden (§ 16 Abs. 1 PersBefG).

Den Unternehmer eines genehmigten Linienverkehrs treffen bestimmte öffentlich-rechtliche Verpflichtungen, insbes. eine *Betriebs- und Beförderungspflicht* (§§ 21, 22, 45 PersBefG). Er wird einer besonderen *Aufsicht* unterworfen (§ 54 PersBefG).

2. Die **materiellen Maßstäbe** für die Entscheidung über die Erteilung einer Linienverkehrsgenehmigung sollen einerseits *typische Gefahren für das Publikum* abwehren, die aus dieser wirtschaftlichen Tätigkeit entstehen können —

- (1) die Sicherheit und die Leistungsfähigkeit des Betriebs müssen gewährleistet sein, § 13 Abs. 1 Nr. 1;
- (2) es dürfen keine Tatsachen vorliegen, die die Unzuverlässigkeit des Antragstellers als Unternehmer dartun, § 13 Abs. 1 Nr. 2;
- (3) die Straßen, auf denen der Verkehr durchgeführt werden soll, dürfen dafür nicht aus Gründen der Verkehrssicherheit oder wegen ihres Bauzustandes ungeeignet sein, § 13 Abs. 2 Nr. 1 —,

andererseits der Behörde Richtlinien für eine auch *verkehrsordnende Entscheidung* geben —

durch den beantragten Verkehr dürfen nicht die öffentlichen Verkehrsinteressen beeinträchtigt werden, § 13 Abs. 2 Nr. 2.

Zu den *öffentlichen Verkehrsinteressen* zählen neben dem allgemeinen öffentlichen Interesse an dem funktions- und leistungsfähigen Bestand eines die Verkehrsbedürfnisse des Publikums hinreichend befriedigenden Verkehrssystems auch das öffentliche Interesse an dem Bestand und Fortbestand der

bereits vorhandenen Unternehmer, deren Position ggf. noch durch die Besitzstandsgarantie zugunsten bestimmter Altunternehmer verstärkt sein kann (§ 13 Abs. 4), und das öffentliche Interesse an der Erhaltung des Verkehrsaufkommens der *Bundesbahn*.

Die verkehrsordnenden Einschränkungen des Linienverkehrs sind wegen der besonderen Bedeutung dieser Verkehrsart gerechtfertigt. Für den *Gelegenheitsverkehr* sind nur erheblich geringere Anforderungen verhältnismäßig, und hier wiederum ist eine Reglementierung des Gelegenheitsverkehrs mit Kraftdroschken in höherem Maße sachlich gerechtfertigt als eine solche des Gelegenheitsverkehrs mit *Mietwagen* (§ 13 Abs. 3).

Die jetzige differenzierende Regelung der verschiedenen Arten des Personenbeförderungsgewerbes wie auch die komplizierte Aufschlüsselung des Maßstabs der „öffentlichen Verkehrsinteressen“ in § 13 Abs. 2 Nr. 2 sind vor allem durch die verfassungsrechtlichen Erkenntnisse des Verfahrens *BVerfGE 11, 168* bedingt. Die Bestimmung des § 13 Abs. 3 über den Verkehr mit Kraftdroschken, die in der Praxis zu erheblichen Schwierigkeiten geführt hat — siehe *BVerwGE 23, 314* —, ist nahezu wörtlich aus *BVerfGE 11, 168* übernommen.

#### BVerfG Beschluß vom 8. Juni 1960 *BVerfGE 11, 168*

1. Die Frage, ob zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes objektive berufliche Zulassungsvoraussetzungen notwendig sind, ist für die verschiedenen Arten der Personenbeförderung gesondert zu prüfen; sie kann nicht unter Berufung auf die ‚Einheit des Verkehrs‘ für alle Verkehrsarten einheitlich beantwortet werden.
2. Die Bedürfnisprüfung nach § 9 Abs. 2 PBefG bei der Zulassung zum Gelegenheitsverkehr mit Mietwagen und Droschken ist mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar.
3. Die Vorschrift in § 9 Abs. 1 PBefG, wonach die Genehmigung nur erteilt werden darf, wenn das Unternehmen den Interessen des öffentlichen Verkehrs nicht zuwiderläuft, ist für den Gelegenheitsverkehr mit Mietwagen mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar; für den Gelegenheitsverkehr mit Droschken verstößt sie bei verfassungskonformer Auslegung nicht gegen das GG.

Die dem heutigen § 13 PersBefG entsprechende Vorschrift des § 9 der alten Fassung des PersBefG hatte folgenden Wortlaut:

#### § 9 a. F. PersBefG

- (1) Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn der Antragsteller zuverlässig ist, die Sicherheit und Leistungsfähigkeit des Betriebs gewährleistet ist und das Unternehmen den Interessen des öffentlichen Verkehrs nicht zuwiderläuft.
- (2) Die Genehmigung darf bei allen in § 2 genannten Verkehrsarten nicht erteilt werden, wenn der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln befriedigend bedient werden kann.

Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Prüfung war allein die Regelung des Gelegenheitsverkehrs mit Droschken und Mietwagen.

(S. 184 f.) Beim Linienverkehr werden Interessen der Allgemeinheit in stärkstem Maße berührt: einerseits sind große Gruppen der Bevölkerung auf das Bestehen wie auf das verlässliche und dauerhafte Funktionieren dieses Verkehrs angewiesen; andererseits ergänzt der Linienverkehr im Rahmen des Verkehrsganzen den Schienenverkehr in einer notwendigen, d. h. in dieser spezifischen Funktion durch andere Verkehrsträger nicht ersetzbarer Weise, tritt aber eben dadurch — besonders intensiv beim sog. Schienenparallelverkehr — auch in Konkurrenz zu diesem Verkehr, namentlich seinem Hauptträger, der Dt. Bundesbahn. Er kann so die wirtschaftliche Lage und die Leistungsfähigkeit dieses Instituts unmittelbar beeinflussen, dessen überragende Bedeutung im Rahmen des Verkehrswesens keinem Zweifel unterliegt und dessen Bestand und höchstmögliche Wirtschaftlichkeit auch aus allgemeinen staatspolitischen wie aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen gesichert werden müssen. Diese besondere Sachlage rechtfertigt beim Linienverkehr strengere Maßstäbe für die Zulassung neuer Unternehmen und damit stärkere Eingriffe auch in das Recht der Berufswahl durch die ordnende Hand des Staates. Vorschriften wie § 9 Abs. 1 und 2 PersBefG lassen sich daher — ohne daß dies hier endgültig entschieden zu werden braucht — für diese Verkehrsart mit guten Gründen rechtfertigen.

(S. 192) Gegen eine Gesetzesbestimmung, die versuchen würde, den Gerichten die Prüfung des Versagungsgrundes der ‚Interessen des öffentlichen Verkehrs‘ zu entziehen, indem sie die Genehmigung in das ‚pflichtmäßige Ermessen‘ der Verwaltungsbehörde stellt, bestünden verfassungsrechtliche Bedenken.

#### BVerwG Urteil vom 25. Februar 1966 BVerwGE 23, 314

Zur Frage, unter welchen Voraussetzungen im öffentlichen Verkehrsinteresse die Erteilung weiterer Kraftdroschkengenehmigungen verweigert werden darf.

Der Kläger beantragte, ihm eine Genehmigung zum Kraftdroschkenverkehr zu erteilen. Die Beklagte trug ihn in eine Vormerkliste ein, lehnte es aber ab, ihm im gegenwärtigen Zeitpunkt eine Kraftdroschkengenehmigung zu erteilen, weil es erforderlich sei, zunächst ein bis zwei Jahre abzuwarten, um feststellen zu können, ob nach der vorgenommenen Erteilung weiterer 30 Kraftdroschkengenehmigungen es möglich sei, nochmals Bewerber zuzulassen.

Die Behörde darf vor der Erteilung neuer Genehmigungen einen Beobachtungszeitraum einschieben, um sich vergewissern zu können, welche Auswirkungen die zuletzt erteilten Genehmigungen auf die Wirtschaftslage des örtlichen Droschkenverkehrs gehabt hatten und welche wirtschaftlichen Folgen bei weiteren Zulassungen zu erwarten sind. Da es auf die Existenz- und Funktionsfähigkeit des gesamten örtlichen Droschkengewerbes ankommt, wird eine isolierte Betrachtung der Wirkungen, die einer einzigen Genehmigung zukommen, der Sachlage nicht gerecht (§ 13 Abs. 3 PersBefG).

Es kommt nicht auf den Schutz der wirtschaftlichen Interessen bestehender Kraftdroschkenunternehmen gegenüber der Konkurrenz an. Die durch § 13 Abs. 3 bewirkte Zugangssperre dient allein dem öffentlichen Verkehrsinteresse, nicht dagegen den wirtschaftlichen Interessen der einzelnen Droschkenunternehmer.

Die Behörde muß also prüfen, welchen Grad der Konkurrenzkampf zwischen den Droschkenunternehmern erreicht hat und ob dieser bereits dazu geführt hat, daß der Ruin einer nicht unerheblichen Zahl von Droschkenunternehmern eingetreten oder

zu erwarten ist. Nicht dagegen ist danach zu fragen, ob dem einzelnen Droschkenunternehmer ein Durchschnittseinkommen verbleibt, das als ausreichend anzusehen ist, um die Wirtschaftlichkeit seines Unternehmens bejahen zu können.

3. Die in § 13 Abs. 2 Nr. 2 für die in der **Linienverkehrsgenehmigung** zu treffende verkehrsordnende Entscheidung aufgestellten Richtlinien, mit denen die besonders wesentlichen öffentlichen Verkehrsinteressen beispielhaft hervorgehoben werden, stehen in einer bestimmten Stufenfolge zueinander (BVerwGE 31, 184; BVerwG VerwRSpr. 20, 481):

- (1) Wenn der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln *befriedigend bedient* werden kann, § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. a, ist die Genehmigung zu versagen und spielen die im folgenden aufgeführten öffentlichen Verkehrsinteressen keine Rolle.
- (2) Nur wenn der Verkehr mit den vorhandenen Verkehrsmitteln nicht befriedigend bedient werden kann, kommt es auf die in § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. b behandelte Frage an, ob der beantragte Verkehr Verkehrsaufgaben übernehmen soll, die vorhandene Unternehmer oder Eisenbahnen bereits wahrnehmen. Ist das der Fall, darf die Genehmigung nur erteilt werden, wenn der beantragte Verkehr trotz Übernahme einer bereits von anderen Unternehmern oder Eisenbahnen wahrgenommenen Verkehrsaufgaben eine *wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung* bietet.
- (3) Bietet der beantragte Verkehr in der geschilderten Weise eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung, würde also der beantragte Verkehr eine bestehende Lücke im Verkehrsangebot schließen, ist die Genehmigung dennoch zu versagen, wenn die vorhandenen Unternehmer, vor allem ein Schienenunternehmen, von ihrem *Ausgestaltungsrecht* Gebrauch machen, § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. c.
- (4) Schließlich sind die etwa bestehenden öffentlichen Verkehrsinteressen gegen den *Besitzstand eines geschützten Altunternehmers* abzuwägen (§ 13 Abs. 4). Diese Abwägung ist in vollem Umfang gerichtlich überprüfbar (BVerwGE 30, 342). Selbst das Ausgestaltungsrecht des Schienenunternehmens im Schienenparallelverkehr und Schienenersatzverkehr, dem in § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. c Satz 2 ein Vorrang eingeräumt ist, schließt einen Besitzschutz des Altunternehmers nicht aus (BVerwGE 31, 184).

FROMM, Zur Reform des Personenbeförderungsrechts, DVBl. 67, 181:

Die durch § 13 den Genehmigungsbehörden gegebenen Handhaben für eine befriedigende verkehrsordnende Gestaltung sind, vor allem wegen der Besitzstandsklausel und des Vorrangs des Schienenverkehrs, unzulänglich. Ein besonderer Mangel ist die Technik der Liniengenehmigung, die eine Bildung einheitlicher Verkehrsnetze für bestimmte Gebiete behindert und statt dessen zu einer Zersplitterung der Verkehrsnetze beiträgt.

Insbes. müßte § 13 Abs. 2 Nr. 2 dahin geändert werden, daß die Behörde mehr als bisher Gesichtspunkte verkehrspolitischer Planung zur Geltung bringen kann. Ein wesentlicher Schritt dahin wäre die Ersetzung der Liniengenehmigung durch eine Gebietsgenehmigung, die einerseits mit einem räumlichen Verkehrsmonopol, andererseits mit der Pflicht des Unternehmers zu verbinden wäre, das Verkehrsnetz in planmäßiger und befriedigender Weise auszugestalten. Die Liniengenehmigung bliebe sinnvoll für die Verbindung der Verkehrsgebiete oder dort, wo die Abgrenzung eines Verkehrsgebiets nicht sinnvoll erscheint.

Die Zusammenfassung aller Verkehrsverbindungen beim Gebietsunternehmer stellt eine verfassungsrechtlich nicht angreifbare Marktordnung dar.

4. Die Linienverkehrsgenehmigung ist im Unterschied zu der Genehmigung eines Gelegenheitsverkehrs mit Kraftdroschken ein Verwaltungsakt mit **Drittwirkung**.

Der vorhandene *Kraftdroschkenunternehmer* hat keine Klagebefugnis für eine Anfechtungsklage gegen die Genehmigung eines neuen Kraftdroschkenunternehmers. Denn das Personenbeförderungsrecht räumt ihm eine schutzwürdige Rechtsposition nicht ein, so daß er sich nicht darauf berufen kann, durch eine — fehlerhafte — Genehmigung zugunsten eines Dritten in seinen rechtlich geschützten Interessen betroffen zu sein.

BVerwGE 16, 187. — Dagegen BIDINGER, Personenbeförderungsrecht, 1961, § 14, RdNr. 23 ff.

Ein vorhandener *Linienverkehrsunternehmer* dagegen hat die Klagebefugnis für eine Anfechtungsklage gegen die Genehmigung eines neuen Linienverkehrs, durch den sein Verkehrsbereich berührt wird. Denn das Gesetz hat ihm sowohl verfahrensrechtlich — durch die Anhörungsberechtigung —, als auch sachlich eine schutzwürdige Rechtsposition eingeräumt, indem es die Verkehrsfunktion der vorhandenen Unternehmer als ein öffentliches Verkehrsinteresse ansieht (BVerwGE 9, 340).

BVerwGE 16, 187

Kraftdroschkenverkehrsunternehmer und Bewerber um die Erteilung einer derartigen Genehmigung können die Erteilung der Genehmigung an andere Bewerber nicht mit der Klage anfechten.

Den vorhandenen Kraftdroschkenunternehmern ist ein förmliches Anhörungsrecht nicht eingeräumt worden. Aus § 13 Abs. 3 ergibt sich für sie eine materiellrechtlich geschützte Rechtsposition nicht.

Wie aus den dem § 13 Abs. 3 zugrundeliegenden Ausführungen in BVerfGE 11, 168/187, 191 hervorgeht, geht es nicht um den Schutz der wirtschaftlichen Interessen bestehender Kraftdroschkenunternehmer gegenüber dem Eindringen der Konkurrenz, sondern um die Befugnis der Verwaltung, im Interesse der Allgemeinheit eine Zugangssperre zu verhängen. Soweit die wirtschaftlichen Interessen der einzelnen vorhandenen Unternehmer durch eine Zugangssperre begünstigt werden, handelt es sich lediglich um eine Reflexwirkung einer allein im öffentlichen Verkehrsinteresse getroffenen Regelung.

BVerwGE 9, 340

Ein zum Omnibuslinienverkehr bereits zugelassener Unternehmer kann die Zurückweisung seines Widerspruchs gegen die Zulassung eines weiteren Unternehmers mit der Klage anfechten.

Ein bereits zugelassener Unternehmer hat keinen Anspruch darauf, daß kein weiteres Unternehmen mehr zugelassen wird.

Die Beteiligung des Altunternehmers beim Verfahren der Zulassung eines neuen Unternehmens hat nicht nur den Zweck, die Behörde zu informieren. Vielmehr soll er auf Grund seiner Betätigung als zugelassener Unternehmer geltend machen können, daß die Behörde die Interessen des öffentlichen Verkehrs, insbes. durch eine hiermit nicht zu vereinbarende Beeinträchtigung oder Vernachlässigung seines dem öffentlichen Verkehr bereits dienenden Unternehmens, verletzt habe. Insoweit ist ihm eine schutzwürdige Rechtsposition eingeräumt.

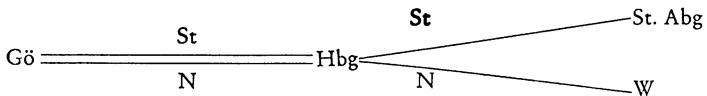
### 5. Fall:

Dem Reisebüro Neufahrt in Göttingen wurde mit Bescheid vom 15. Januar 1970 die Genehmigung für die Einrichtung und den Betrieb einer Autobuslinie Göttingen-Herzberg-Walkenried und zurück mit einmaliger Verkehrsbedienung pro Tag zugesprochen. Gegen diese Entscheidung erhob der Autobus-Unternehmer Stammroth, der seit 15 Jahren einen täglichen Linienverkehr Göttingen—Herzberg—St. Andreasberg und zurück unterhält, nach erfolglosem Widerspruch Klage zum Verwaltungsgericht. Durch den genehmigten Parallelverkehr auf dem Teilstück Göttingen-Herzberg und zurück werde ihm, der diese Linie bisher bestens bedient habe, eine unerträgliche Konkurrenz geschaffen. Überdies hätte Neufahrt die Genehmigung schon deshalb nicht gegeben werden dürfen, weil dieser mehrfach wegen verschiedener Verkehrsdelikte vorbestraft sei. Stammroth beantragt, die Entscheidung über die Genehmigung aufzuheben, hilfsweise: den Beklagten zu verpflichten, der Genehmigung die Auflage beizufügen, daß in Herzberg nicht gehalten werden dürfe.

Der Beklagte beantragt Klageabweisung. Die Klage sei eine unzulässige Popularklage. Überdies könne angesichts des Art. 12 Abs. 1 GG Konkurrenzschutz kein erlaubter Zweck des Personenbeförderungsrechts sein. Das mit dem Hilfsantrag angestrebte Zwischenbedienungsverbot sei für Neufahrt unzumutbar und würde auch die erwünschte bessere Verkehrsbedienung mit Herzberg verhindern.

Vorerwägung:

Autobus-Unternehmer Stammroth (Alt-Unternehmer) wendet sich gegen die Genehmigung eines Linienverkehrs zugunsten des Neufahrt, der teilweise mit seiner Linie parallel verläuft.



Er begehrt primär: Versagung der Genehmigung (= Aufhebung der die Genehmigung zusprechenden Entscheidung);

sekundär: Einschränkung der Genehmigung hinsichtlich des Parallelverkehrs.



A. Hauptantrag

I. Zulässigkeit der Klage

1. Der Verwaltungsrechtsweg ist gegeben (§ 40 VwGO), die Anfechtungsklage ist statthaft (§ 42 Abs. 1 VwGO).

2. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)?

a. Der Rechtssatz, von dem St behauptet, daß er durch die angefochtene Entscheidung verletzt worden sei, muß (zumindest auch) die Interessen des St im Sinne einer individuellen Rechtsposition schützen.

b. Hier: Entscheidung über die Genehmigung eines Linienverkehrs; §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3, 4 Abs. 4 Nr. 2, 42; 9 Abs. 1 Nr. 3, 13 ff. PersBefG.

c. „Vorstrafen“ des N?

Dieses Vorbringen bezieht sich auf § 13 Abs. 1 Nr. 2 PersBefG. Diese Norm schützt das Publikum, nicht (auch nicht daneben) die Interessen des St, kann dessen Klagebefugnis also nicht begründen.

d. „Unerträgliche Konkurrenz“?

(1) Dieses Vorbringen bezieht sich auf § 13 Abs. 2 Nr. 2 PersBefG.

(2) Bedeutung des Art. 12 Abs. 1 GG („Konkurrenzschutz“):

BVerfGE 11, 168:

Eine der Verwaltung durch Gesetz eingeräumte Möglichkeit gestaltender Verkehrsordnung, insbes. die Abgrenzung der Bereiche verschiedener Verkehrsträger, auf Grund des objektiven Zulassungsgesichtspunkts „öffentliche Verkehrsinteressen“ ist angesichts der überragenden Bedeutung des Linienverkehrs für das Gemeinwesen verfassungsgemäß.

(3) Gesetzliche Berücksichtigung der Interessen des Alt-Unternehmers: §§ 13 Abs. 4, 14 Abs. 1 Nr. 2 lit. a, 15 Abs. 1 Satz 3 PersBefG.

(4) BVerwGE 9, 340:

Klagebefugnis gegeben; Alt-Unternehmer hat schutzwürdige Rechtsposition, da er seiner Auffassung in einem förmlichen Verfahren Ausdruck geben kann.

(5) Entscheidend ist:

Vorhandensein einer Verfahrensposition (Anhörungsrecht) genügt für sich allein nicht. Es kommt darauf an, ob die Verfahrensposition gutachtliche Bedeutung hat oder ob sie der Interessenwahrung dient. <sup>z. B. in der Sache</sup>

Also ist nach einer materiellrechtlichen Betroffenheit zu suchen.

Hier: Gestaltende Verkehrsordnung berührt notwendig die Interessen der betroffenen Verkehrsträger, für deren Abgleichung § 13 Abs. 2 PersBefG — neben der Wahrung der Interessen der Allgemeinheit und des Publikums — eine Richtlinie gibt.

e. Hinsichtlich der Anwendung des § 13 Abs. 2 Nr. 2 PersBefG ist die Entscheidung über die Genehmigung ein Verwaltungsakt mit Drittwirkung; der Alt-Unternehmer ist Drittbetroffener.

Die Klagebefugnis für St ist gegeben.

## II. Gerichtliches Verfahren

N ist beizuladen, § 65 Abs. 2 VwGO.

## III. Begründetheit der Klage

Eine Überprüfung des angefochtenen Verwaltungsaktes kommt nur insoweit in Betracht, als der Kläger in seinen Rechten verletzt sein kann (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO):

Die Entscheidung über die Genehmigung ist nur am Maßstab des § 13 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 PersBefG zu prüfen.

1. Die Richtlinie der „öffentlichen Verkehrsinteressen“ einschließlich der exemplarischen Spezifizierungen in § 13 Abs. 2 Nr. 2 litt. a — c ermächtigt die Behörde zu einer verkehrsordnenden Regelung und ist hinsichtlich dieser verkehrsgestaltenden Befugnis der Verwaltung ein unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum; vgl. BVerwGE 9, 284. — Abw. Auff. BayVGHE NF 8, 30.
2. Hier:
  - a. § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ?  
Für die Frage der „befriedigenden Verkehrsbedienung“ sind maßgebend die Interessen des Publikums und sämtliche dafür wesentliche Modalitäten der Linien. Die Strecke Göttingen-Walkenried wird jedenfalls nicht insgesamt von St befriedigend bedient, zumindest wird die Notwendigkeit des Umsteigens erspart.
  - b. § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ?  
Eine Verlagerung des Verkehrsaufkommens ohne eine wesentliche Verbesserung der Verkehrsbedienung kann — wenn überhaupt — nur zwischen Göttingen und Herzberg, nicht dagegen für die gesamte beantragte Linie Göttingen-Walkenried zu Lasten des St eintreten.
  - c. § 13 Abs. 2 Nr. 2 lit. c ?  
St hat eine seinem etwaigen Ausgestaltungsrecht entsprechende Bereitschaft nicht erklärt.  
Außerdem wäre eine Ergänzung der Linie des St um einen Linienverkehr nach Walkenried nicht eine „Ausgestaltung“ dieser vorhandenen Linie.
  - d. Schließlich kann auch eine „Berücksichtigung“ der durch die Linie des St bewirkten Verkehrsbedienung (§ 13 Abs. 4) nicht die beabsichtigte Linie des N insgesamt betreffen.
3. Aus § 13 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 4 PersBefG ableitbare Versagungsgründe treffen jedenfalls nicht für die beabsichtigte Linie im Ganzen, sondern höchstens für den teilweisen Parallelverkehr Göttingen-Herzberg zu.  
Das könnte nicht zu einer Versagung der Genehmigung überhaupt, sondern nur zur Notwendigkeit einer entsprechenden Auflage zugunsten des St führen.

IV. Die Klage ist mit dem Hauptantrag unbegründet.

B. Hilfsantrag

I. Zulässigkeit der Klage

1. Die erhobene Verpflichtungsklage ist statthaft (§ 42 Abs. 1 VwGO). St hält die Entscheidung über die Genehmigung insoweit für rechtswidrig, als die Beifügung der von ihm gewünschten Auflage (Zwischenbedienungsverbot) unterblieben ist. Er begehrt die Ergänzung der Genehmigung durch eine bestimmte Nebenbestimmung zu seinen Gunsten und macht geltend, auf die Beifügung einer derartigen Nebenbestimmung einen Anspruch zu haben.  
Da die Nebenbestimmung eine akzessorische Entscheidung, nicht aber ein selbständig erstreitbarer Verwaltungsakt ist, kann der Antrag nur so verstanden werden, daß St die Verpflichtung des Beklagten begehrt, die Genehmigung mit der fraglichen Auflage zu erlassen. Bei einem Erfolg dieser Klage wäre die mit dem — unbegründeten — Hauptantrag angefochtene Entscheidung gegenstandslos und von der Behörde in einem Zuge mit dem Erlaß der neuen — mit dem Zwischenbedienungsverbot versehenen — Entscheidung aufzuheben.
2. Klagebefugnis (§ 42 Abs. 2 VwGO)?  
Der geltend gemachte Anspruch ist rechtlich möglich. Denn einer gesetzlichen Verpflichtung des Beklagten, ein Zwischenbedienungsverbot als Auflage festzusetzen (§§ 13 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 4, 16 Abs. 1 PersBefG), entspräche ein subjektiv öffentliches Recht des St auf Festsetzung dieser Auflage (vgl. A I 2).

II. Begründetheit der Klage

1. Ob der Anspruch besteht, ist eine Tatfrage.  
Kein Fall einer (unzulässigen) „nachträglichen“ Auflage; denn die Entscheidung über die Genehmigung ist nicht rechtskräftig (vgl. § 17 Abs. 1 PersBefG).
2. Unter Umständen kommt, wegen des verkehrsgestaltenden Beurteilungsspielraums der Behörde (vgl. A III 1), nur ein Bescheidungsurteil (§ 113 Abs. 4 Satz 2 VwGO) in Betracht.  
Sofern St in diesem Fall an dem Begehren eines bestimmten Verpflichtungsaus-spruches festhielte, müßte das Urteil neben dem Bescheidungsaus-spruch die Klage im übrigen abweisen.
3. Kosten des Beigeladenen: §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO.

### III. Staatliche Wirtschaftsförderung durch Subventionen

KÖTTGEN, Subventionen als Mittel der Verwaltung, DVBl. 53, 485; IPSEN, Öffentliche Subventionierung Privater, 1956; HAMANN, Zur Problematik des Subventionsrechts, DVBl. 63, 486; ZULEEG, Die Rechtsform der Subvention, 1965; FRIAUF, Bemerkungen zur verfassungsrechtlichen Problematik des Subventionswesens, DVBl. 66, 729; GÖTZ, Recht der Wirtschaftssubventionen, 1966; SCHLICHTER, Klageformen bei verwaltungsgerichtlicher Durchsetzung von Subventionsansprüchen, DVBl. 66, 738; IPSEN/ZACHER, Verwaltung durch Subventionen, VVDStRL Heft 25, 1967.

1. Subventionen sind ein **Instrument der Wirtschaftslenkung**, das das marktwirtschaftliche Prinzip des Wettbewerbs unberührt läßt, aber die Wettbewerbssituation beeinflusst. Die Abgrenzung des Kreises der durch eine bestimmte Subventionierungsmaßnahme zu begünstigenden Wirtschaftssubjekte unterliegt dem Maßstab des *allgemeinen Gleichheitssatzes* unter dem Blickwinkel der Wahrung der Chancengleichheit im Wettbewerb und der sachlichen Rechtfertigung einer Veränderung der Chancengleichheit durch ein öffentliches Interesse.

I. VON MÜNCH, Die Bindung des Gesetzgebers an den Gleichheitssatz bei der Gewährung von Subventionen, AöR 85, 1960, S. 270; Görz, aaO S. 267 ff.

Der reißend angeschwollene Umfang der Wirtschaftsförderung durch staatliche Finanzhilfen

— siehe den Bericht der Bundesregierung über die Entwicklung der Finanzhilfen des Bundes und der Steuerbegünstigungen für die Jahre 1967 bis 1970 (BTag Drucks. VI/391), der auf Grund § 12 Abs. 2 bis 4 StabG erstattet wurde —

korrespondiert mit einem hier besonders auffälligen Einfluß der *organisierten Interessen*.

Die Vergabe von Subventionen beruht nach der gegenwärtigen Staatspraxis nur in einem Teil der Fallgruppen auf einem *besonderen Gesetz*. Sie erfolgt häufig nur auf Grund eines Ansatzes im Haushaltsgesetz nach Maßgabe von Richtlinien der Exekutive (Verwaltungsvorschriften). Die gerichtliche Praxis sieht darin keine Verletzung des rechtsstaatlichen Grundsatzes des *Vorbehalts des Gesetzes*, sofern nicht die Förderung des Begünstigten in einem notwendigen Zusammenhang mit der Belastung eines Dritten steht (wie z. B. bei Ausgleichsabgaben und -leistungen), während eine Richtung der Literatur für eine Geltung des Gesetzesvorbehalts auch für die leistende Verwaltung eintritt.

BVerwGE 6, 282; 18, 352; BVerwG DVBl. 59, 573; BayVGH BayVerwBl. 62, 247; BayVGH VerwRspr. 19, 347; HessVGH DÖV 63, 880.

JESCH, Gesetz und Verwaltung, 1961, S. 177 ff.; RUPP, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, 1965, S. 113 ff., 142 ff.; Görz, aaO S. 281 ff.

Im Bereich der Förderung der *Landwirtschaft* wird die Bestimmung des § 6 des Landwirtschaftsgesetzes vom 5. September 1955 (BGBl. I S. 565) als allgemeine gesetzliche Grundlage angesehen, zu der jeweils jährliche Haushaltsansätze und Vergaberichtlinien in Form von Verwaltungsvorschriften treten.

Neben den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen und Grenzen ist die Subventionspolitik an *europarechtliche* Beschränkungen gebunden, weil sie eine Begünstigung nationaler Wirtschaftszweige und damit eine Verzerrung

des Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt bewirken kann (Art. 4 lit. c EGKSV; Art. 92—94 EWGV).

2. **Rechtlich gesehen** sind Subventionen Geldleistungen, die in Verfolgung eines bestimmten wirtschaftslenkenden Zweckes an einen privaten Unternehmer als Angehörigen eines zu fördernden Wirtschaftszweiges (sektorale Wirtschaftsförderung) oder wegen des Standortes seines Betriebes (regionale Wirtschaftsförderung) im Rahmen eines besonderen Rechtsverhältnisses in Gestalt von Zuschüssen, Krediten oder Bürgschaften durch einen Verwaltungsträger, ggf. mit Hilfe eines Kreditinstituts, vergeben werden.

Die Entscheidung darüber, *ob* und *zu welchen Bedingungen* eine Subvention vergeben werden soll, ist ein Verwaltungsakt. Das gilt auch dann, wenn die Wirtschaftshilfe als *Darlehen* oder *Bürgschaft* geleistet wird. In diesem Fall ist die Gewährung der Subvention ein *privatrechtsgestaltender Verwaltungsakt*, der zur Abwicklung des *öffentlich-rechtlichen* Subventionsverhältnisses (in der zweiten Stufe, „Zweistufentheorie“) ein *privatrechtliches* Rechtsverhältnis (Darlehen, Bürgschaft) begründet.

BVerwGE 1, 308; 7, 180; 13, 47; BGH VerwRspr. 16, 807; BGH DÖV 69, 640; BayVGH DVBl. 67, 383; IPSEN, aaO S. 61 ff.

Kritik an dieser zweistufigen Konstruktion: ZULEEG, aaO, S. 48 ff.; Götz, aaO S. 56 ff.

Die Annahme, daß die Entscheidung über die Vergabe der Subvention auch bei der Förderung durch Darlehen oder Bürgschaft ein Verwaltungsakt sei, eröffnet die Möglichkeit einer *verwaltungsgerichtlichen Kontrolle* (statt eines zivilrechtlichen Rechtsstreits) — Verpflichtungsklage des abgewiesenen oder mit einer als fehlerhaft angesehenen Vergabebedingung belasteten Subventionsbewerbers, Anfechtungsklage des drittbetroffenen Konkurrenten des Begünstigten — und beruht darauf, daß die Exekutive über die Subventionierung einseitig verbindlich auf Grund verwaltungsrechtlicher Bestimmungen entscheidet, in denen Personenkreis, Art und Ausmaß der Förderung festgelegt sind. Darlehen und Bürgschaft sind lediglich privatrechtliche Mittel des Verwaltungshandelns; die privatrechtlichen Abwicklungsverhältnisse entstehen nicht rechtsgeschäftlich, sondern durch privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakt. Die privatrechtlichen Abwicklungsverhältnisse stellen *öffentliche Verwaltung in privatrechtlicher Form* dar und sind nach den Grundsätzen des „*Verwaltungsprivatrechts*“ zu beurteilen. Das bedeutet, daß die sich so des Privatrechts zur Erfüllung von Verwaltungszwecken bedienende Exekutive nicht auf dem Boden der Privatautonomie und wie ein Privater („fiskalisch“) handelt, sondern trotz der privatrechtlichen Einkleidung ihrer Tätigkeit als vollziehende Gewalt, so daß sie an die Grundrechte, insbes. an den Gleichheitssatz, und die verwaltungsrechtlichen Grundsätze des Verwaltungshandelns gebunden bleibt.

BGHZ 29, 76; BGH NJW 64, 196; BGHZ 52, 325 (Anm. EMMERICH, JuS 70, 332); BGH VerwRspr. 20, 902.

HANS J. WOLFF, Verwaltungsrecht I, 7. Aufl., 1968, § 23 II b; SIEBERT, Privatrecht im Bereich öffentlicher Verwaltung, in: Festschrift für Hans Niedermeyer, 1953, S. 215; MALLMANN/ZEIDLER, Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, VVDStRL Heft 19, 1961; REUSS, Öffentliche Wirtschaftsverwaltung mit privatrechtlichen Gestaltungsmitteln, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, 1963, II, S. 255; RÜFNER, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, 1967, S. 348 ff.

Bedient sich die Verwaltung zur subventionsweisen Vergabe von Darlehen oder Bürgschaft der Vermittlung eines *Kreditinstituts*, entsteht ein Dreiecksverhältnis, in dem die Vergabe- und die Abwicklungsstufe der Subventionierung von verschiedenen Rechtsträgern erledigt werden. Das öffentlich-rechtliche Vergabeverhältnis entsteht zwischen der über die Subventionierung entscheidenden Behörde und dem Begünstigten, das privatrechtliche Abwicklungsverhältnis zwischen der Bank und dem Begünstigten; das Deckungsverhältnis zwischen der Verwaltung und der Bank richtet sich nach Privatrecht, wenn nicht durch besondere gesetzliche Regelung eine öffentlich-rechtliche Gestaltung vorgesehen ist.

BVerwGE 13, 307; 30, 211; BGH NJW 64, 2080; BayVerfGH NJW 61, 163; Bay-VGH DVBl. 67, 383.

3. Die Subventionsvergabe wird üblicherweise zur „Leistungsverwaltung“ gerechnet (vgl. HANS J. WOLFF, Verwaltungsrecht III, 1966, § 154), doch will die Verwaltung bei ihr nicht dem Leistungsempfänger einen Vorteil zuwenden, den dieser an sich durch den Markt oder das Kreditsystem erhalten könnte, sondern vielmehr durch das Medium der Leistung einen bestimmten *wirtschaftsgestaltenden Erfolg* erzielen. Unter diesem Blickwinkel bedarf auch das oben bezeichnete Problem des Gesetzesvorbehalts im Bereich des Subventionswesens einer Präzisierung, weil es nicht nur um die Frage geht, ob die administrative *Vergabe von Leistungen* einer gesetzlichen Ermächtigung bedarf.

Subventionen verwirklichen den Verwaltungszweck der Wirtschaftslenkung und zwar typischerweise in Verfolgung der **Strukturpolitik**;

siehe den Strukturbericht 1970 der Bundesregierung, BTag Drucks. VI/761, sowie den ‚Grünen Bericht‘ und ‚Grünen Plan‘ 1970, BTag Drucks. VI/372.

4. Subventionen stellen durchweg zumindest in ihren Wirkungen eine *Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse* dar. Es können sich deshalb über das Subventionsverhältnis zwischen der Verwaltung und dem Begünstigten hinaus rechtlich faßbare Beziehungen auch zu beeinträchtigten *Konkurrenten des Begünstigten* ergeben. Die Beeinträchtigung des Konkurrenten kann in seinem willkürlichen Ausschluß aus dem Kreis der Subventionsempfänger

oder in einer willkürlichen Verminderung seiner Wettbewerbsfähigkeit bestehen. Insoweit als eine Subventionsvergabe die *Chancengleichheit im Wettbewerb* oder die *Wettbewerbsfreiheit* (Art. 2 Abs. 1 GG) eines Konkurrenten des Begünstigten und damit die rechtlich geschützten Interessen eines Drittbetroffenen berührt, ist sie ein **Verwaltungsakt mit Drittwirkung**.

a. BVerwG Urteil vom 30. August 1968 BVerwGE 30, 191

Gegen die Subventionierung eines Konkurrenten kann der Dritte Anfechtungsklage erheben, wenn er geltend machen kann (§ 42 Abs. 2 VwGO), daß seine schutzwürdigen Interessen willkürlich, nämlich in Form der Verzerrung der Wettbewerbslage durch Verletzung der Chancengleichheit, vernachlässigt worden seien.

Sachverhalt:

Die Klägerin, eine GmbH, ist ein ‚Verband freier Weinbau-Unternehmen‘; sie will eine Verbundzusammenarbeit zwischen Erzeugung, Verarbeitung und Absatz herstellen.

An den auf Grund des Landwirtschaftsgesetzes in den Jahren 1962 bis 1965 im Bundeshaushalt unter Kapitel 1002 zur Förderung des Weinbaues (Kellerwirtschaft) bereitgestellten Mitteln, aus denen das beklagte Land u. a. den beigeladenen Winzer-Genossenschaften Subventionen gewährt hatte, wollte die Klägerin beteiligt werden. Der Beklagte lehnte dies ab, unter Berufung darauf, daß nach dem Haushaltsgesetz die Förderung auf die horizontale Verbundwirtschaft in der Form von Winzer-Genossenschaften beschränkt sei und deswegen nur Gebietswinzer-Genossenschaften Zuschüsse erhalten könnten.

Die Klägerin erhob Verpflichtungsklage; sie focht außerdem die Bescheide an, mit denen die Beigeladenen Subventionen erhalten hatten. Die Klage war erfolglos.

Aus den Entscheidungsgründen, betr. die Anfechtungsklagen:

Die Klägerin beantragte, die Bescheide des Beklagten, durch die an die Beigeladenen Subventionen bewilligt worden sind, aufzuheben und auszusprechen, daß der Beklagte die Vollziehung rückgängig zu machen habe.

(1) Die Klage ist zulässig.

Das Klagebegehren unterscheidet sich wesentlich von der Konkurrentenklage im Falle der Erlaubniserteilung. Bei der Erteilung einer Erlaubnis erhält der Begünstigte nur die Möglichkeit, sich mit völliger Chancengleichheit am Wettbewerb zu beteiligen. Anders liegt es bei der Subventionierung des Konkurrenten. Hier besteht die Möglichkeit, daß der Staat die Chancengleichheit zerstört, indem er dem einen Gewerbetreibenden Vorteile zukommen läßt, die er dem Konkurrenten verweigert, und dadurch die Wettbewerbslage derart verzerrt, daß der Nichtbegünstigte nicht mehr existenzfähig ist.

Es ist in diesem Zusammenhang häufig darauf hingewiesen worden, daß die Subvention gerade auf dem gewerblichen Sektor einen begünstigenden Verwaltungsakt mit Drittwirkung zum Nachteil der Konkurrenten darstellen kann (vgl. Hamann, DVBl. 63, 486/488; Bellstedt, DÖV 61, 161; Rindk, Wirtschaftsrecht, 1963, RNr. 360; Götz, Recht der Wirtschaftssubventionen, S. 263/264). Ob dem Konkurrenten in solchen Fällen allgemein eine Anfechtungsklage gegen die Subventionsmaßnahmen zusteht

(ablehnend Schlichter DVBl 66, 738/742; Friauf, DVBl 66, 729/736; Sellmann, NJW 64, 1545), kann hier dahinstehen. Zumindest muß der Dritte dann eine Anfechtungsmöglichkeit haben, wenn er geltend macht, daß seine schutzwürdigen Interessen willkürlich vernachlässigt worden seien (§ 42 Abs. 2 VwGO); denn die Begünstigung einzelner Gruppen darf nur dann erfolgen, wenn das durch das öffentliche Wohl geboten ist und schutzwürdige Interessen anderer nicht willkürlich vernachlässigt werden (so BVerfGE 4, 7).

Im vorliegenden Fall ist wegen der engen Beziehungen der Klägerin zu den Winzern und der von der Klägerin aufgezeigten Gefahr, daß wegen der Förderung der Winzergenossenschaften sich die Winzer von ihr abwenden würden, eine Verletzung ihrer schutzwürdigen Interessen denkbar. Als verletztes Recht käme ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit, die durch Art. 2 GG geschützt ist, in Frage.

(2) Ein Verstoß gegen Art. 14 GG ist in der Subventionierung des Konkurrenten unter keinen Umständen zu sehen. Es könnte sich immer nur um einen enteignungsähnlichen Eingriff handeln, der gerade nicht unter Art. 14 GG fällt, weil kein subjektiv-privates Recht entzogen, sondern lediglich die wirtschaftliche Chancengleichheit beseitigt würde.

b. EuGH Urteil vom 10. Dezember 1969 in den verb. Rechtssachen 10/68 und 18/68 EuR 5, 1970, S. 161 (mit Anm. von NICOLAYSEN)

Klage von Zuckerfabriken gegen die Gewährung von Beihilfen aus dem Europ. Ausgleichs- und Garantiefonds an konkurrierende Zuckerfabriken.

Abweisung der Klage als unzulässig mangels Klagebefugnis.

Die Tatsache allein, daß eine Maßnahme geeignet ist, die auf dem betroffenen Markt bestehenden Wettbewerbsverhältnisse zu beeinflussen, rechtfertigt noch nicht, jeden Marktbeteiligten, der in irgendeiner Wettbewerbsbeziehung zum Adressaten der Maßnahme steht, als durch diese unmittelbar und individuell betroffen (Art. 173 Abs. 2 EWGV) anzusehen. Nur bei Vorliegen besonderer Umstände kann der Einzelne, der geltend macht, die Maßnahme wirke sich auf seine Marktstellung aus, nach Art. 173 EWGV Klage erheben.

5. Mangels allgemeiner oder besonderer gesetzlicher Regelungen werden Gestalt und Inhalt des Subventions-Rechtsverhältnisses weitgehend durch Grundsätze des allgemeinen Verwaltungsrechts bestimmt.

Das zeigt sich exemplarisch bei der Frage der Rückforderung zu Unrecht gezahlter oder zweckwidrig verwendeter Subventionen.

BVerwG Urteil vom 28. Juni 1968 JZ 69, 69 = JuS 69, 190

Sachverhalt:

Der Kläger — ein Zwischenhändler — bekämpft einen Leistungsbescheid, mit dem von ihm wegen Verletzung der als Auflage dem Subventionsbescheid beigefügten Bewilligungsbedingungen die Erstattung von Förderungsbeiträgen für Handelsdünger verlangt wird. Die Subventionsgewährung erfolgte durch Verwaltungsakt an die Hersteller des Düngers und auf Grund des Landwirtschaftsgesetzes vom 5. September 1955 sowie besonderer Verwaltungsvorschriften.



Der Kläger hatte sich zur Erlangung der Subvention verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, daß Zwischenhändler der folgenden Handelsstufen und die Verbraucher sich zugunsten der Bundesrepublik Deutschland verpflichten, den durch Förderungsbeiträge verbilligten Handelsdünger in bestimmter Weise zu verwenden. Diese Verpflichtung hat er nicht erfüllt. Er hat seinen Abnehmer nicht entsprechend verpflichtet und der Abnehmer hat den Dünger unter Verletzung der Zweckbindung verwendet.

Die Klage war erfolglos.

Für die Sachentscheidung kam es auf zwei Fragen an:

- (1) Steht der Beklagten ein Erstattungsanspruch gegen den Kläger in der beanspruchten Höhe zu?
- (2) Konnte sie diesen Anspruch durch Verwaltungsakt geltend machen?

Aus den Entscheidungsgründen:

Zu Frage (1)

Der Kläger hat sich wirksam verpflichtet und auf dieser Grundlage ist durch „Verwaltungsakt auf Unterwerfung“ der Beklagten ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis entstanden, aus dem der Erstattungsanspruch abgeleitet werden kann.

(a) Da der Verwaltungsakt der Subventionsbewilligung in seiner Wirksamkeit von der Übernahme einer Verpflichtung abhängt, die ihn überhaupt erst rechtswirksam macht, handelt es sich um einen Verwaltungsakt auf Unterwerfung (vgl. Wolff, VerwR I, 7. Aufl., § 48 III S. 323). Die Unterwerfung ist im gegebenen Fall auch nach Art und Inhalt zulässig.

Anmerkung zu der Bezugnahme auf WOLFF, aaO:

WOLFF sieht in dem von ihm so genannten Verwaltungsakt auf Unterwerfung einen Unterfall des *mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsaktes*. Er führt dazu aus:

Beim Verwaltungsakt auf Unterwerfung ist die Mitwirkung nicht lediglich rechtsfolgebedingendes, sondern rechtsfolgebegründendes Tatbestandsmoment; solange es an der Mitwirkung des Betroffenen (der Unterwerfung) fehlt, ist der Verwaltungsakt rechtswidrig, jedoch (wie alle nicht unmöglichen Verwaltungsakte bis zur Aufhebung) wirksam, also schwebend gültig.

Beispiel: straßenrechtliche Widmung im Hinblick auf die Mitwirkung des über das zu widmende Grundstück Verfügungsberechtigten.

Gesetzliche Verbote, zwingende Verfahrens- und Formvorschriften sowie Rechtsätze zum Schutz anderer oder der Allgemeinheit dürfen auf diesem Wege nicht umgangen werden. Die Unterwerfung ist eine bedingungsfeindliche verwaltungsrechtliche Willenserklärung und als solche in entsprechender Anwendung der §§ 119 ff. BGB anfechtbar.

Diese Konstruktion WOLFFS ist eine Wiederbelebung der Rechtsfigur „Verwaltungsakt auf Unterwerfung“ von OTTO MAYER (Dt. Verwaltungsrecht, I. Bd., 1895, S. 98), mit der praktisch die nach dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung erforderliche, aber nicht vorhandene gesetzliche Ermächtigung mit Hilfe des Satzes *volenti non fit iniuria*, also durch Einwilligung des Betroffenen, überbrückt werden soll. Vgl. BADURA, Der mitwirkungsbedürftige Verwaltungsakt mit belastender Auflage, JuS 64, 103.

Da die Beklagte nach den Bewilligungsrichtlinien dem Antragsteller hoheitlich gegenübertritt, liegt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nicht vor. Denn bei diesem wären übereinstimmende Willenserklärungen beider Beteiligten erforderlich und würden die Beteiligten sich gleichberechtigt gegenüberstehen.

(b) Der hier vorliegende Verwaltungsakt hat öffentlich-rechtliche Rechtsbeziehungen nicht nur gegenüber seinem unmittelbaren Adressaten, dem Hersteller, begründet, sondern auch mit allen weiteren durch ihn Verpflichteten, also auch mit dem Kläger. Die Subvention wird nämlich auch allen weiteren Erwerbem des subventionierten Düngers bis zum letzten Verbraucher durch begünstigenden Verwaltungsakt auf Unterwerfung gewährt. Es handelt sich dabei um einen Verwaltungsakt auf Unterwerfung ‚an den es angeht‘; er wendet sich an alle diejenigen, die diese konkret subventionierte Ware erwerben und an die die Subvention weitergegeben wird. Der Verkäufer, der auf die Bedingungen der Subvention pflichtgemäß hinweist, ist Überbringer dieses Verwaltungsaktes, ist insoweit also Bote der Beklagten.

Zu Frage (2)

Die Beklagte durfte den Erstattungsanspruch durch Leistungsbescheid geltend machen. Denn der Erstattungsanspruch ist die Kehrseite des Leistungsanspruches, und da die Subventionierung durch einen begünstigenden Verwaltungsakt erfolgte, kann die Erstattung als Kehrseite der Subventionierung ebenfalls in Form eines Verwaltungsaktes festgesetzt werden.

Zu dieser Entscheidung vgl. die kritischen Anmerkungen von MENGER/ERICHSEN, VerwArch. 61, 1970, S. 174 ff. und RENCK, JuS 71, 77.

6. Steuervergünstigungen oder sonstige Begünstigungen durch Minderung öffentlicher Abgaben („verdeckte“ Subventionen) sind nur im *wirtschaftlichen* Sinn als Subventionen anzusehen. Wegen ihrer subventionsgleichen Wirkung schreibt § 12 Abs. 3 StabG mit gutem Grund vor, daß der Subventionsbericht der Bundesregierung auch eine Übersicht über wirtschaftslenkende Steuervergünstigungen zu umfassen habe.

Im *verwaltungsrechtlichen* Sinne sind derartige mittelbare Zuwendungen deshalb nicht als Subventionen zu betrachten, weil ein besonderes Subventionsverhältnis nicht begründet wird. Die rechtliche Zulässigkeit dieser Begünstigungen bemißt sich nach dem jeweils einschlägigen Abgabenrecht, wenngleich wegen der Subventionsähnlichkeit in gewissem Umfang ergänzend auch Grundsätze des Subventionsrechts herangezogen werden können (siehe den unter 7 behandelten Fall).

Bei der Subventionierung durch Minderung öffentlicher Abgaben spricht man von „*Verschonungssubventionen*“ (Zacher aaO S. 317 f.).

## 7. Fall

(nach OVG Lüneburg Urt. v. 29. April 1970 IV OVG A 21/69)

Der Importeur I führte auf Grund eines „Übernahmevertrages“ mit der Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel 100 t Austral-Gerste in die Bundes-

republik Deutschland ein und verkaufte das Getreide an den Nahrungsmittelfabrikanten V weiter. In dem Übernahmevertrag war der Abgabepreis um 40,— DM per t niedriger festgesetzt, als für die Einfuhr von Gerste normalerweise vorgesehen war, weil I der Einfuhr- und Vorratsstelle eine von V unterschriebene „Erklärung“ vorgelegt hatte, die folgenden Wortlaut hat:

„Ich verpflichte mich, die von I gekaufte Ware, die die EVSt-G zu einem begünstigten Abgabepreis zur Einfuhr freigegeben hat, ausschließlich zur Herstellung von Erzeugnissen für die menschliche Ernährung zu verarbeiten. Für den Fall, daß festgestellt wird, daß eine andere Verwendung erfolgt ist, verpflichte ich mich, an die EVSt-G den Differenzbetrag zwischen dem normalen und dem begünstigten Abgabepreis zu zahlen.“

In den Übernahmevertrag mit I war eine dieser Erklärung entsprechende „Auflage“ unter Berufung auf § 8 Abs. 5 GetreideG aufgenommen und außerdem die Verpflichtung des I ausgesprochen worden, „diese Auflage an den Käufer weiterzugeben“.

Diesem Vorgang liegt zugrunde, daß die EVSt-G auf Grund einer zu § 8 GetreideG erlassenen Verwaltungsvorschrift des Bundesministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten allgemein bei der Einfuhr von Gerste, für die durch eine „Verpflichtungserklärung“ des Verarbeitungsbetriebes nachgewiesen wird, daß die Gerste in einem inländischen Verarbeitungsbetrieb zur Erzeugung von Nahrungsmitteln verwendet werden soll, einen begünstigten Abgabepreis festsetzt, um im Interesse der Verbraucher die Preise für aus ausländischer Gerste hergestellte Nahrungsmittel zu verbilligen.

Einige Zeit nach der Einfuhr der 100 to Austral-Gerste wurde bei einer Überprüfung des Betriebes des V festgestellt, daß V die Gerste mit einem der Begünstigung von DM 40,— per to entsprechenden Gewinn weiterveräußert hatte. Die EVSt-G will nunmehr von V einen Betrag von DM 4 000,— einfordern.

A. Anspruch der EVSt-G gegen V auf Zahlung von DM 4000,—

I. Kraft der „Auflage“ in dem „Übernahmevertrag“ der EVSt-G mit I?

1. „Übernahmevertrag“ = Verwaltungsakt mit Nebenbestimmung:

Abschöpfungsbescheid mit preisbegünstigtem Abgabepreis

BVerwGE 6, 244; 9, 1; IPSEN, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, S. 593; HUBER, DÖV 56, 355.

a. Der EVSt-G sind auf Grund des Getreidegesetzes vom 4. November 1950 in der Fassung vom 24. November 1951 (BGBl. I S. 901) im Rahmen der ernährungswirtschaftlichen Marktordnung bestimmte Aufgaben und Befugnisse zugewiesen, die vor allem die mengen- und preismäßige Lenkung der Getreideeinfuhr durch „Einschleusung“ gem. § 8 GetrG zum Gegenstand haben.

Der Importeur muß der EVSt-G Getreide, das er einzuführen beabsichtigt, „zum Kauf“ anbieten. Die EVSt-G entscheidet nach Ermessen auf der Grundlage der vorgesehenen Einfuhrkontingente, ob sie das angediente Getreide „übernehmen“ will oder nicht. Sofern die EVSt-G von dem Übernahmerecht Gebrauch macht, setzt sie den am Weltmarktpreis orientierten Übernahmepreis fest, der als „Kaufpreis“ gilt, und verpflichtet sie den Importeur gleichzeitig, das Getreide zu dem

von ihr ebenfalls festgesetzten Abgabepreis „zurückzukaufen“, der am innerdeutschen Getreidepreisniveau orientiert ist.

Übernahme und Abgabe stellen einen einheitlichen Vorgang dar, mit der Folge, daß dann, wenn der Abgabepreis über dem Übernahmepreis liegt, durch die EVSt-G ein Zahlungsanspruch gegen den Importeur, und dann, wenn der Übernahmepreis über dem Abgabepreis liegt, ein Zahlungsanspruch des Importeurs gegen die EVSt-G begründet wird. Im ersten Fall, der angesichts des niedrigen Weltmarktpreises der Regelfall ist, wird der Preis des eingeführten Getreides auf das Niveau des deutschen Getreidepreises hinaufgeschleust und der Differenzbetrag zwischen Übernahme- und Abgabepreis „abgeschöpft“. Im zweiten Fall wird der Preis des eingeführten Getreides auf das Niveau des deutschen Getreidepreises hinabgeschleust und der Importeur mit dem Differenzbetrag zwischen Übernahme- und Abgabepreis „subventioniert“.

Die Getreideeinfuhrschleuse dient der Sicherung der Versorgung mit Getreide und dem Schutz der deutschen Landwirtschaft gegen die Konkurrenz des billigeren ausländischen Getreides. Für den grenzüberschreitenden Verkehr zwischen den Mitgliedstaaten der EWG gelten seit dem Inkrafttreten der Getreidemarktordnung der EWG am 30. Juli 1962 andere Grundsätze.

Götz, Europäisches Getreidepreisrecht, JZ 63, 157; ders., Zum Recht der gemeinsamen Agrarpolitik der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, NJW 68, 1545.

Die Entscheidungen der EVSt-G gegenüber dem Importeur und das durch diese Entscheidungen entstehende Rechtsverhältnis zwischen der EVSt-G und dem Importeur gehören in vollem Umfang dem öffentlichen Recht an. Das ist ungeachtet der in § 8 GetrG verwandten Ausdrücke „Kauf“, „Kaufpreis“ und „zurückkaufen“ in der verwaltungsgerichtlichen Praxis und der verwaltungsrechtlichen Lehre seit längerem anerkannt. Die vom Gesetz gewählte Konstruktion der Übernahme und Abgabe ist nur eine besondere Technik zur Errechnung der an die oder von der EVSt-G zu zahlenden Beträge. Die EVSt-G handelt im Rahmen der Einschleusung von Getreide als Stelle der Wirtschaftslenkung mit Hilfe besonderer ihr gesetzlich eingeräumter Befugnisse, die sie dazu befähigen, im Einzelfall einseitig verbindlich festzulegen, was im Verhältnis zwischen ihr und dem Importeur rechtens sein soll.

b. Die niedrigere Festsetzung des Abgabepreises bewirkt eine niedrigere Abschöpfung zugunsten des Importeurs und mittelbar zugunsten der Abnehmer des Importeurs, also eine niedrigere Festsetzung der durch die Abschöpfung erhobenen öffentlichen Abgabe. Die EVSt-G arbeitet mit einem „gespaltenen“ Abgabepreis, um bestimmte Verwendungsarten des eingeschleusten Getreides preislich zu begünstigen.

In der wirtschaftslenkenden Zielsetzung und in der wirtschaftlichen Auswirkung entspricht diese Begünstigung einer Subvention. Rechtlich gesehen ist ein besonderes Subventionsrechtsverhältnis weder mit dem Importeur, noch mit dem Verarbeitungsbetrieb begründet worden. Die subventionierende Wirkung ist durch die Kürzung einer von dem Importeur zu zahlenden zollähnlichen öffentlichrechtlichen Geldschuld nach dem Maßstab einer bestimmten wirtschaftslenkenden Absicht angestrebt worden. Es handelt sich um eine „Verschonungssubvention“.

Die zweckentsprechende Verwendung des preisbegünstigten Getreides soll durch

eine Auflage, die dem Abschöpfungsbescheid beigelegt ist (Zweckbindung, Zahlungspflicht bei zweckwidriger Verwendung) sichergestellt werden.

2. Von I an V „weitergegebene“ Auflage im Abschöpfungsbescheid als selbständiger Verpflichtungsgrund für V?

a. Gesetzmäßigkeit der Verschonungssubvention durch gespaltenen Abgabepreis und Verwendungsaufgabe?

Das Problem des Gesetzesvorbehalts in der Leistungsverwaltung stellt sich nicht, weil § 8 GetreideG die Aufgaben und Befugnisse der EVSt-G gesetzlich umschreibt.

Das System der gespaltenen Abgabepreise bei der Einfuhr ausländischer Gerste soll im Interesse der Verbraucher zu einer preismäßigen Begünstigung bestimmter ernährungswirtschaftlicher Verwendungen der Gerste führen. Die darin liegende Berücksichtigung der Verwendung der eingeführten Gerste und der Preisbedingungen von Produkten, die durch die Verarbeitung der Gerste entstehen, ist durch die gesetzliche Aufgabe der EVSt-G gedeckt. Die „Preisbegünstigung“ ist die wirtschaftslenkende Reduzierung einer auf Grund § 8 GetrG erhobenen öffentlichen Abgabe, als deren Schuldner nur (BVerwG NJW 61,425) der Importeur in Betracht kommt.

Die gesetzliche Aufgabe der EVSt-G im Rahmen der Einschleusung ausländischen Getreides besteht darin, die innerdeutschen Marktpreise für das der Marktordnung unterworfenen Getreide im Interesse der inländischen Getreideerzeuger und Verbraucher zu beeinflussen. Soweit die Einschleusung wegen der Relation des Weltmarktpreises und des inländischen Preisniveaus zu einer Abschöpfung führt, sichert die EVSt-G die Inlandspreise der landwirtschaftlichen Erzeugung und hindert sie die Importeure an einem Gewinn, der wirtschaftspolitisch als ungerechtfertigt betrachtet wird (BVerwG NJW 60, 1875); denn sein Grund ist der auf Gesetz, also auf staatlicher Intervention beruhende hohe innerdeutsche Getreidepreis.

Die Aufgabe der EVSt-G beschränkt sich nicht auf die Festsetzung von Kontingenten und Einfuhrpreisen. Ansetzend bei der Einfuhr von Marktordnungsprodukten soll die EVSt-G den inländischen Preis dieser Produkte mit den angegebenen Zielsetzungen steuern, soweit er durch Einfuhren beeinflusst wird. Diese Aufgabe schließt auch ein, bei der Festsetzung der jeweiligen Abschöpfung den Verwendungszweck des Marktordnungsprodukts zu berücksichtigen und bei der Ausübung des wirtschaftslenkenden Ermessens im Rahmen der Abschöpfung zu differenzierten Preisen zu gelangen. Aus § 8 Abs. 5 GetrG, wonach die EVSt-G bei der Durchführung der Einschleusung Auflagen erteilen und dabei insbes. Bestimmungen über den Zeitpunkt der Weiterlieferung, über die gebietliche Verteilung und über den Verwendungszweck treffen darf, geht hervor, daß die EVSt-G im Rahmen der Einschleusung die Bedingungen, unter denen die eingeschleusten Produkte den deutschen Markt erreichen, berücksichtigen darf.

b. Sicherung der Subventionierung durch dem Abschöpfungsbescheid an I beigelegte Auflage zu Lasten des V?

Hoheitliche Befugnisse sind der EVSt-G durch § 8 GetrG nur gegenüber den Importeuren, nicht aber gegenüber Dritten eingeräumt.

V kann nicht durch den Abschöpfungsbescheid und die ihm beigefügten Auflagen verpflichtet werden.

3. „Erklärung“ des V in Verbindung mit einer von I an V „weitergegebenen“ Auflage des Abschöpfungsbescheids als anspruchsbegründender „Verwaltungsakt auf Unterwerfung“ (BVerwG JZ 69, 69)?

Jedenfalls der Bereich hoheitlicher Regelung seitens der EVSt-G ist durch § 8 GetrG auf den Einschleusungsvorgang und damit auf den Importeur beschränkt. Anderer Fall als BVerwG JZ 69,69.

Die eventuelle „Unterwerfung“ des V kann den Umfang der der EVSt-G gesetzlich zugemessenen hoheitlichen Befugnisse nicht erweitern (Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung).

## II. Kraft öffentlich-rechtlichen Vertrages zwischen EVSt-G und V?

1. Liegt ein öffentlich-rechtlicher Vertrag vor?

a. Abgabe der „Erklärung“ durch V und Annahme der „Erklärung“ durch die EVSt-G lassen sich als eine durch rechtsgeschäftliche Handlungen bewirkte Willensübereinstimmung deuten, die auf die Begründung einer Vereinbarung gerichtet ist. Mangels hoheitlicher Befugnisse gegenüber V konnte die EVSt-G, wenn überhaupt, eine unmittelbare öffentlich-rechtliche Verpflichtung des V nur auf diesem rechtsgeschäftlichen Wege erreichen.

b. Öffentlich-rechtlicher Vertragsgegenstand?

Die Abgabe und Entgegennahme der Verpflichtungserklärung ist zwar ein selbständiger rechtlicher Vorgang, steht aber in einem unlösbaren rechtlichen Zusammenhang mit den Aufgaben und Befugnissen der EVSt-G im Rahmen der Einschleusung ausländischen Getreides gemäß § 8 GetrG. In Verbindung mit den Verwaltungsvorschriften über den „gespaltenen“ Abgabepreis für Gerste bewirkt das durch die Entgegennahme der Verpflichtungserklärung zustandegekommene Rechtsverhältnis, vorausgesetzt, daß es wirksam ist, unmittelbar eine bestimmte Ausübung der Befugnisse der EVSt-G zur Festsetzung des Abgabepreises gegenüber dem I, hat also die Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse der EVSt-G zum Gegenstand. Die aus der Verpflichtungserklärung etwa entstandenen Verpflichtungen des V und Berechtigungen der EVSt-G sind somit öffentlich-rechtlicher Natur.

2. Ist der öffentlich-rechtliche Vertrag wirksam zustandegekommen?

BVerwGE 23, 213; BVerwG DVBl. 59, 573; Görz, JuS 70, 1.

a. Der Vertragsgegenstand hält sich in den Grenzen des gesetzlich umschriebenen Aufgabenbereichs der EVSt-G (§ 8 GetrG); siehe I 2 a.

b. Vollzug des § 8 GetrG durch öffentlich-rechtlichen Vertrag?

Die Wirksamkeit einer vertraglichen Regelung öffentlich-rechtlicher Verhältnisse ist, wie die Formel des BVerwG lautet, nach den für die Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Staat und Bürger im Einzelfall bestehenden spezialgesetzlichen Regelungen sowie nach den rechtsstaatlichen Grundsätzen des Verfassungsrechts, vornehmlich dem allgemeinen Gleichheitssatz und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, zu beurteilen.

Die EVSt-G hat rechtsgeschäftlich bestimmte Verpflichtungen des V begründen wollen, um damit die zweckentsprechende Wirkung einer Begünstigung sicherzustellen, die sie dem I hoheitlich zugewendet hat und die dem V über die privatrechtlichen Lieferbeziehungen mit dem I zugute gekommen ist. Das von der EVSt-G eingeschlagene Verfahren, den mit der Verschonungssubvention verfolgten wirtschaftslenkenden Zweck dadurch zu sichern, daß V dazu veranlaßt wurde, sich rechtsgeschäftlich dazu zu verpflichten, die Marktordnungsware nur für den begünstigten Zweck zu verwenden und die ihm über den Lieferpreis zugeflossene Begünstigung im Falle zweckwidriger Verwendung an die EVSt-G zurückzuzahlen, stellt eine Maßnahme dar, die einer sachgemäßen Ausübung der durch § 8 GetrG festgelegten Aufgaben der EVSt-G entspringt. Sie ist ein Annex der bei der Einschleusung des Getreides dem I zugewandten Verschonungssubvention, die ihrerseits auf den gesetzlichen Aufgaben und Befugnissen der EVSt-G beruht, so daß sie nicht als Bestandteil einer ohne besondere gesetzliche Grundlage vergebenen (Leistungs-) Subvention zu beurteilen ist. Die Art der mit I vereinbarten Verpflichtungen rechtfertigt sich aus dem Zusammenhang, in dem diese mit der dem I zugewendeten Verschonungssubvention steht.

Auch beim Abschluß öffentlich-rechtlicher Verträge übt die Behörde öffentliche Verwaltung aus und bleibt sie an die Grundsätze rechtsstaatlichen Verwaltens gebunden. Wenn sie eine gesetzlich umschriebene Aufgabe im Wege des öffentlich-rechtlichen Vertrages erfüllt, muß dieser Vertrag inhaltlich durch die Aufgabe gerechtfertigt und im Hinblick auf diese Aufgabe verhältnismäßig sein. Ungeachtet der geschilderten Komplexität der rechtlichen Beziehungen zwischen der EVSt-G, I und V, sind die von V übernommenen Verpflichtungen inhaltlich rechtsähnlich einer Auflage, die einer ohne besondere gesetzliche Ermächtigung vergebenen Subvention zur Sicherung des Subventionszwecks beigelegt werden, und einem öffentlich-rechtlichen Vertrag entsprechenden Inhalts über eine Leistungssubvention. Für diese Fälle aber ist anerkannt, daß dem Subventionsempfänger Verpflichtungen der Art, wie sie von V in der Verpflichtungserklärung übernommen worden sind, auferlegt werden dürfen (BVerwGE 6,282/291; BVerwG DVBl 59,573).

3. Kann der Zahlungsanspruch aus dem Vertrag abgeleitet werden?

„Erstattung“ einer „Subvention“ wegen Verletzung des Subventionszwecks.

## B. Geltendmachung des Zahlungsanspruches durch die EVSt-G

I. Festsetzung des Anspruches durch Verwaltungsakt (Leistungsbescheid), der als Grundlage einer Beitreibung dienen könnte, ist nicht möglich, da der Anspruch aus einem öffentlich-rechtlichen Vertrag abgeleitet ist.

LERCHE, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, 1963, II, S. 59. — Anderer Fall als BVerwGE 25, 72 und BVerwG JZ 69, 69.

II. Allgemeine Leistungsklage der EVSt-G gegen V.

## H. Genehmigungspflicht, Gewerbeuntersagung und Rechtsschutz

### I. Ermächtigung zur Untersagung der Gewerbeausübung

1. Bei den gewerblichen Tätigkeiten, die einer **Genehmigungspflicht** unterworfen sind, kann die Behörde in dem der Entscheidung über die Genehmigung vorausgehenden Verwaltungsverfahren eine Prüfung darüber anstellen, ob der Antragsteller die für die beabsichtigte Gewerbeausübung gesetzlich aufgestellten Anforderungen in persönlicher und sachlicher Hinsicht erfüllt (siehe oben unter G I 2). Durch die Erteilung der Erlaubnis wird ausgesprochen, daß die gewerbliche Tätigkeit nach den einschlägigen Vorschriften des öffentlichen Rechts unbedenklich ist und durch der Erlaubnis beigefügte Auflagen können dem Gewerbetreibenden im Interesse der Allgemeinheit oder zum Schutze einzelner durch die Gewerbetätigkeit in ihren Rechtspositionen Betroffener bestimmte öffentlich-rechtliche Verpflichtungen auferlegt werden; ob und welche Nebenbestimmungen zulässig sind, ergibt sich aus der gesetzlichen Grundlage der Genehmigungspflicht.

Die rechtliche Wirkung der Genehmigung erschöpft sich nicht in der punktuellen Rechtsfolge, daß dem Bewerber der Zugang zum Gewerbe eröffnet wird, sondern besteht außerdem darin, daß die Genehmigung für die Dauer ihrer Geltung die rechtliche Grundlage für die erlaubte Gewerbeausübung darstellt. Die Genehmigung ist ein *Verwaltungsakt mit Dauerwirkung*.

OVG Lüneburg OVG 18, 416; HAUSEISEN, Verwaltungsakte mit Dauerwirkung, NJW 58, 1065.

Bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung zeigt sich die Notwendigkeit, zwischen dem *Verwaltungsakt* — als einem Vorgang der Rechtswelt, nämlich der hoheitlichen Regelung eines Einzelfalles — und seiner *Erscheinungsform* — als datierter Bescheid — zu unterscheiden. Das in dem Bescheid verkörperte Handeln der Exekutive ist ein einmaliger Vorgang, die durch den Verwaltungsakt bewirkte Regelung dagegen kann sich in einem punktuellen Rechtserfolg erschöpfen, wie bei der Ablehnung eines Antrages, oder aber einen **kürzeren oder längeren Zeitraum** erfassen; BSG DVBl. 59, 209. Der Verwaltungsakt mit Dauerwirkung ist in seinen rechtlichen Wirkungen *nicht abgeschlossen* und der Begriff des Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung ist unter dem Blickwinkel gebildet, die hier bestehende besondere Anfälligkeit der getroffenen Regelung gegenüber einer *Änderung der Sach- oder Rechtslage* zu betonen.



Die Eigenart der Genehmigung als Verwaltungsakt mit Dauerwirkung tritt bei der Behandlung der *Rücknahme einer Genehmigung* zu Tage:

Die Rücknahme kommt erstens in Betracht, wenn die Genehmigung *bei ihrer Erteilung* einen Fehler aufweist, z. B. weil die Befügung einer gesetzlich vorgeschriebenen Nebenbestimmung unterblieben ist.

Die Rücknahme einer Genehmigung kommt zweitens in Betracht, weil eine gesetzliche Voraussetzung der Genehmigung, die bei der Erteilung der Genehmigung gegeben gewesen war, *später weggefallen* ist, z. B. erst nach Erteilung einer Genehmigung Tatsachen auftreten, die die mangelnde Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden erweisen.

Im zweiten Fall handelt es sich um die nach dem Gesetz und nach den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts (vgl. § 42 Abs. 1 lit. d Preuß-PVG) zu beurteilende Frage, ob die Exekutive im Hinblick auf die *neue Sachlage* befugt ist, die Genehmigung zu einem bestimmten Zeitpunkt, der mehr oder weniger lange nach der Erteilung der Genehmigung liegt, aufzuheben oder ob die Genehmigung dennoch aufrechtzuerhalten ist.

Die Rücknahme einer Genehmigung ist ebenso wie die Versagung einer Genehmigung kein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung; sie erschöpft sich in einer „einmaligen Gestaltung der Rechtslage“ (BVerwGE 20, 316).

2. Bei den gewerblichen Tätigkeiten, die einer Genehmigungspflicht nicht unterworfen sind, kann das Gesetz die Möglichkeit vorsehen, beim Vorliegen bestimmter Umstände, die eine Gefahr für die Allgemeinheit oder das Publikum begründen, oder aus anderen Gründen des öffentlichen Wohls die weitere Gewerbeausübung zu untersagen. Eine derartige **Untersagungsermächtigung** ist, gemessen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, eine geringere Beschränkung der Gewerbefreiheit als ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.

Die rechtliche Wirkung einer Gewerbeuntersagung besteht darin, daß die bisherige gewerbliche Tätigkeit *für die Zukunft verboten* ist. Das ist dieselbe Rechtsfolge wie bei der Rücknahme einer Erlaubnis. Dennoch ist die *Gewerbeuntersagung* zum Unterschied von der Rücknahme einer Erlaubnis ein *Verwaltungsakt mit Dauerwirkung*. Das erklärt sich daraus, daß die Rücknahme einer Genehmigung das *kraft Gesetzes* allgemein bestehende Verbot (mit Erlaubnisvorbehalt) wieder wirksam werden läßt, während das Verbot im Falle der Gewerbeuntersagung eine *Folge des Verwaltungsaktes* ist.

Erfolgt die Gewerbeuntersagung allein aus *gewerbepolizeilichen* Gründen, d. h. deswegen, weil die Gewerbeausübung eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung darstellt, ist sie nicht als ein *enteignender Eingriff* in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb (dazu oben F II 3) anzusehen. Denn das Recht an einem Gegenstand oder Betrieb, der die Quelle eines polizeiwidrigen Zustandes ist, ist im Hinblick auf Maßnahmen der öffentlichen Gewalt, die auf eine Beseitigung dieses Zustandes abzielen,

kein durch die Eigentumsgarantie *geschütztes vermögenswertes Recht*; die Normen des allgemeinen und besonderen Polizeirechts sind eine gesetzliche Bestimmung der Schranken des Eigentums im Sinne des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG.

BVerfG JZ 67, 127; BVerwG JZ 65, 640; BGH JZ 68, 426.

Dieselben Grundsätze gelten für den Widerruf und die Einschränkung einer Gewerbeerlaubnis. Dabei geht es nicht um die enteignende Entziehung oder Beeinträchtigung eines subjektiv öffentlichen Rechts (die durch die Genehmigung erlangte Rechtsposition), sondern um den Eingriff in das auf der öffentlich-rechtlichen Grundlage der Genehmigung erworbene *privatrechtliche Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb*.

BayVerfGH VerwRSpr. 17, 129; W. WEBER, Öffentlich-rechtliche Rechtsstellungen als Gegenstand der Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung, AöR 91, 1966, S. 382/400 f.

3. Eine allgemeine gewerberechtliche Untersagungsermächtigung besteht für den Fall der **Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden** (§ 35 GewO).

Diese Untersagungsermächtigung ist *subsidiär* gegenüber speziellen Vorschriften über die Untersagung eines Gewerbes, die Schließung eines Betriebes und die Rücknahme einer Erlaubnis, zu deren gesetzlichen Voraussetzungen die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden gehört (§ 35 Abs. 8 GewO). Dadurch vermeidet der Gesetzgeber ein Nebeneinander vor allem der Befugnis zur Rücknahme einer Genehmigung und der Befugnis zur Gewerbeuntersagung, was nicht nur eine Zweigleisigkeit des *materiellen Rechts* wäre, sondern auch eine Konkurrenz verschiedener *Zuständigkeiten* (für die Gewerbeuntersagung ist die höhere Verwaltungsbehörde, also in der Regel der Regierungspräsident, zuständig) bedeuten könnte. Bei den erlaubnispflichtigen Gewerben, bei denen das Gesetz eine Rücknahme der Genehmigung wegen Unzuverlässigkeit zuläßt, wahrt die Subsidiarität der Untersagungsermächtigung die Konsequenz der Regelungstechnik.

Der Untersagungsvorbehalt des § 35 GewO ist eine *Generalklausel*, doch hat sich das Gesetz um eine *spezifizierte Festlegung des Untersagungstatbestandes* und um eine strikte Wahrung des *Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit* bemüht:

(1) Nicht die Unzuverlässigkeit in bezug auf das ausgeübte Gewerbe schlechthin, sondern nur eine Unzuverlässigkeit derart, daß eine weitere Ausübung des Gewerbes *für die Allgemeinheit oder die im Betrieb Beschäftigten eine Gefährdung des Lebens, der Gesundheit, der Freiheit oder der Sittlichkeit oder eine Gefährdung des Eigentums oder des Vermögens anderer mit sich bringt*, erfüllt den Untersagungstatbestand. Das bedeutet praktisch vor allem,

daß nicht schon die Verletzung gewerblicher Bestimmungen oder sonstiger Rechtsvorschriften für sich allein genügt, um eine Untersagung auszusprechen. Die Rechtsverletzung muß eines der aufgeführten gewerbepolizeilichen Schutzgüter gefährden.

(2) Der durch die Unzuverlässigkeit bewirkten Gefährdung der aufgezählten Schutzgüter darf *nur durch die Gewerbeuntersagung* begegnet werden können.

(3) Die Gewerbeausübung darf *nur teilweise* untersagt werden, wenn es unverhältnismäßig wäre, die Ausübung des Gewerbes ganz zu untersagen. Wenn z. B. die Unzuverlässigkeit daraus abgeleitet wird, daß der Gewerbetreibende die vom Lohn einbehaltenen Arbeitnehmeranteile nicht an die Krankenkasse abgeführt hat, kann eine Teiluntersagung in der Form geboten sein, daß dem Gewerbetreibenden die Beschäftigung sozialversicherungspflichtiger Arbeitnehmer verboten wird (BVerwGE 23, 280).

(4) Die Gewerbeausübung darf *nur auf Zeit* untersagt werden, wenn es unverhältnismäßig wäre, die Ausübung des Gewerbes auf Dauer zu untersagen. Dem Gewerbetreibenden ist die Ausübung des Gewerbes *wieder zu gestatten*, wenn eine Gefährdung der aufgeführten gewerbepolizeilichen Schutzgüter nicht mehr zu besorgen ist (§ 35 Abs. 6).

## II. Der materielle Maßstab der Zuverlässigkeit

Die „Zuverlässigkeit“ ist die dem Gewerberecht geläufigste Anforderung für die Person des Gewerbetreibenden. Sie ist häufig eine *Voraussetzung für die Erteilung einer Gewerbeerlaubnis* (nicht z. B. im Handwerksrecht) und ihr Fehlen ist häufig ein *Tatbestand, der die Rücknahme der erteilten Erlaubnis rechtfertigt*. Die Unzuverlässigkeit bildet das Kernstück des Tatbestandes der *Untersagungsermächtigung* des § 35 GewO.

1. Zuverlässigkeit und Unzuverlässigkeit sind gerichtlich voll überprüfbare *unbestimmte Rechtsbegriffe*. Sie bezeichnen nicht einen psychologischen oder moralischen Maßstab, sondern einen *gewerbepolizeilichen* Tatbestand: Die Zuverlässigkeit fehlt, wenn der Gewerbetreibende nicht die Gewähr für eine ordnungsmäßige Ausübung seines Gewerbes bietet.

Die Beurteilung der Zuverlässigkeit betrifft das *künftige* Verhalten des Gewerbetreibenden. Es wird dabei aber nicht einfach eine Vermutung oder Erwartung über dieses Verhalten aufgestellt, sondern es müssen zur Erfüllung des Tatbestandes *Tatsachen* vorliegen, welche die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden dartun. Diese „Tatsachen“, die regelmäßig in einem bestimmten vergangenen Verhalten des Gewerbetreibenden bestehen werden,

stellen die Beurteilungsgrundlage für die prospektive Entscheidung darüber dar, ob der Gewerbetreibende zuverlässig oder unzuverlässig ist.

Das Merkmal der Zuverlässigkeit ist jeweils auf ein *bestimmtes Gewerbe* bezogen, so daß die dadurch ausgedrückten Anforderungen nicht für alle Gewerbe gleich, sondern je nach der Art des Gewerbes verschieden sind. Es beschränkt aber den Blickwinkel nicht auf die eigentliche gewerbliche Tätigkeit. Das Erfordernis der Zuverlässigkeit bezieht sich vielmehr auf das *gesamte Verhalten des Gewerbetreibenden*, soweit es für seine gewerbliche Tätigkeit eine Rolle spielen kann. Beispielsweise ist ein Bauunternehmer nicht nur bei einem Versagen auf bautechnischem Gebiet unzuverlässig, sondern auch dann, wenn seine Betriebsführung einen „Mangel an wirtschaftlichem und sozialem Verantwortungsbewußtsein“ offenbart (BVerwG DÖV 58, 548).

Die moralischen Untertöne des Ausdrucks „Verantwortungsbewußtsein“ müssen allerdings für die juristische Betrachtung unterdrückt werden. Es ist nicht ein allgemeines Urteil über die „Persönlichkeit“ und den Charakter des Gewerbetreibenden abzugeben. Es interessiert nur das *gewerbepolizeilich greifbare Verhalten*, so daß der Rückschluß auf persönliche Eigenschaften nur in dem so eingeschränkten Sinn verwertbar ist.

Tatsachen, die die Unzuverlässigkeit begründen, sind in erster Linie hartnäckige und erhebliche Verstöße gegen die für die Betriebsführung des Gewerbetreibenden einschlägigen *gesetzlichen Verpflichtungen* und gegen die *allgemeine Strafrechtsordnung*, sofern ein Bezug zur Gewerbeausübung herstellbar ist; die Straftaten müssen nicht notwendig im Rahmen der gewerblichen Tätigkeit stattgefunden haben, aber es muß sich aus ihnen etwas für das Verhalten des Betroffenen als Gewerbetreibenden eines bestimmten Gewerbes ergeben können. Typische Sachverhalte, die mit der gewerblichen Tätigkeit in unmittelbarem Zusammenhang stehen und die Unzuverlässigkeit anzeigen, sind, daß der Gewerbetreibende nachhaltig seinen steuerlichen Verpflichtungen nicht nachkommt und daß er fortlaufend die Sozialversicherungsbeiträge der bei ihm Beschäftigten nicht abführt.

BVerwGE 23, 280; 24, 38; 28, 202; BVerwG VerwRspr. 16, 983; BVerwG DVBl. 66, 443.

2. Für die Beurteilung der Zuverlässigkeit kommt es nicht auf ein moralisches oder strafrechtliches Verschulden, sondern auf eine *gewerbepolizeiliche Zurechnung* an, d. h. darauf, ob nach dem bisherigen Verhalten des Gewerbetreibenden damit zu rechnen ist, daß er im Zusammenhang mit seiner gewerblichen Tätigkeit die öffentliche Sicherheit und Ordnung verletzen und dadurch eine Gefährdung von Rechtsgütern der Allgemeinheit oder einzelner herbeigeführt wird. Daraus ergeben sich folgende Gesichtspunkte:

(1) Die Unzuverlässigkeit kann auch aus *weit zurückliegenden* Straftaten und selbst aus Tatsachen gefolgert werden, die *vor dem Beginn der Gewerbe-*

*ausübung* liegen, sofern sie für die Einschätzung des künftigen Verhaltens eine Bedeutung haben können.

BVerwGE 24, 28; GVO Münster OVGE 1, 45.

(2) Bei bestimmten Gewerben kann auch die *fehlende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit* die Unzuverlässigkeit begründen (BVerwGE 22, 16).

Das gilt insbes. dort, wo es die Gewerbeausübung notwendig mit sich bringt, daß der Gewerbetreibende Gelder seiner Kunden zu verwalten hat, wie z. B. bei der Reisevermittlung.

Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit darf nur unter dem Blickwinkel der Gefährdung des Publikums für die Frage der Zuverlässigkeit berücksichtigt werden. Das gewerbepolizeiliche Kriterium der Zuverlässigkeit darf nicht in eine wirtschaftslenkende Anforderung umgedeutet werden.

(3) Die Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden kann auch dadurch entstehen, daß er einem *Dritten*, insbes. einem Familienangehörigen, der durch sein Verhalten die ordnungsmäßige Ausübung des Gewerbes in Frage stellt, *Einfluß auf den Gewerbebetrieb* einräumt oder nicht willens oder nicht in der Lage ist, einen solchen Einfluß hintanzuhalten. Auch dabei steht die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden selbst, nicht etwa die des Dritten, in Frage.

LANDMANN/ROHMER/EYERMANN/FRÖHLER, GewO, 12. Aufl., 1969, § 35, RNr. 43, 44.

### III. Die maßgebliche Sach- und Rechtslage im Verwaltungsprozeß

1. Durch die **Versagung einer beantragten Gewerbeerlaubnis** spricht die Exekutive in Gestalt eines Verwaltungsaktes aus, daß der mit dem Antrag auf die Erteilung der Erlaubnis geltend gemachte *Anspruch auf die Erlaubnis* nicht besteht. Der Bescheid, mit dem die Genehmigung versagt wird, stellt demnach nicht einen „Verwaltungsbefehl“ der Eingriffsverwaltung“ dar, mit dem etwas geboten oder verboten wird. Vielmehr wird durch diesen Bescheid festgestellt, daß der erhobene Anspruch auf die Genehmigung nach der gegebenen Sach- und Rechtslage nicht existiert.

a. Dem erfolglosen Antragsteller, der gegen den seinen Antrag ablehnenden und den von ihm geltend gemachten Anspruch verneinenden Versagungsbescheid verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz sucht, wird in der Regel nicht nur daran gelegen sein, daß der *Versagungsbescheid aufgehoben* wird. Denn damit allein wird nicht der autoritative Ausspruch darüber erreicht, daß der Anspruch auf die Erlaubnis gegeben und die Exekutive dementsprechend *verpflichtet* sei, *die Erlaubnis zu erteilen*. Der verwaltungsgerichtliche Angriff gegen die Versagung einer Genehmigung zielt somit nicht auf die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, wofür die Anfechtungsklage statthaft wäre, sondern

auf die Verurteilung zum Erlaß eines abgelehnten Verwaltungsaktes (§ 42 Abs. 1 VwGO). Der abgewiesene Antragsteller wird seiner Rechtsschutzbitte daher die Form der *Verpflichtungsklage* geben müssen, die das Gesetz für den Fall vorgesehen hat, daß Rechtsschutz dagegen gesucht wird, daß die Exekutive das Bestehen eines öffentlich-rechtlichen Anspruches durch Verwaltungsakt verneint hat (§§ 42, 113 Abs. 4 VwGO).

BVerwGE 25,357

Wird ein Ablehnungsbescheid angegriffen, kommt grundsätzlich nur eine Verpflichtungsklage in Betracht. Zwar ist auch ein Bescheid, durch den die Vornahme eines beantragten Verwaltungsaktes abgelehnt wird, ein Verwaltungsakt. Die Form der Anfechtung eines solchen Ablehnungsbescheids wird aber durch § 42 Abs. 1 VwGO dahin festgelegt, daß eines der beiden durch § 113 Abs. 4 VwGO bestimmten Urteile zu ergehen hat, bei fehlender ‚Spruchreife‘ also ein Bescheidungsurteil (§ 113 Abs. 4 S. 2) und kein Aufhebungsurteil (§ 113 Abs. 1 S. 1).

In bestimmten Fällen, in denen der erfolglos gebliebene Antragsteller das Begehren auf Vornahme des abgelehnten Verwaltungsaktes nicht mehr verfolgen kann oder will und aus diesem Grunde die Voraussetzungen für ein Urteil nach § 113 Abs. 4 fehlen, kommt auch bei einer gegen einen Ablehnungsbescheid gerichteten Klage ein bloßes Aufhebungsurteil in Betracht.

Von den genannten Ausnahmefällen abgesehen, ist das Klagebegehren ohne Rücksicht auf die Fassung des Klageantrages als Verpflichtungsbegehren i. S. d. §§ 42 Abs. 1, 113 Abs. 4 VwGO zu bestimmen, ohne daß dadurch § 88 VwGO verletzt würde.

b. Streitgegenstand einer spruchreifen Verpflichtungsklage ist das Begehren des Klägers, die Exekutive (die beklagte Verwaltungsbehörde) zu verpflichten, den beantragten Verwaltungsakt zu erlassen. Dieses Begehren ist aus einem materiellrechtlichen öffentlich-rechtlichen Anspruch des Klägers gegen die Beklagte abgeleitet, so daß im Falle des Erfolges der Klage das Gericht *inzident* ausspricht, *daß der geltend gemachte Anspruch besteht*.

Ein derartiger Ausspruch ist auf den *Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung* bezogen, er kann daher nur auf der Grundlage der im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung gegebenen *Sach- und Rechtslage* erfolgen. Es kommt also nicht darauf an, ob die Exekutive den Antrag des Klägers zu Recht abgelehnt hat, sondern darauf, ob der mit dem Klageantrag verfolgte Anspruch des Klägers im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung besteht, d. h. im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht.

c. Die Eigenart des im Falle einer Erlaubnispflicht vorhandenen öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses zwischen der Exekutive und dem Verwaltungsunterworfenen ist auch zu berücksichtigen, wenn die Erlaubnis ein *Verwaltungsakt mit Drittwirkung* ist und der Drittbetroffene gegen die dem Hauptbeteiligten erteilte Genehmigung klagt.

Wird durch einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung die *Rechtsposition des Drittbetroffenen* beeinträchtigt, besteht die erfolgreiche Verteidigung dieser Rechtsposition in der Kassation des Verwaltungsaktes durch das Gericht, so daß der Drittbetroffene seiner Rechtsschutzbitte die Form einer *Anfechtungsklage* zu geben hat. Gegenstand der Entscheidung über eine derartige Anfechtungsklage ist zwar unmittelbar der auf Aufhebung eines belastenden Verwaltungsaktes gerichtete allgemeine Rechtsschutzanspruch des Drittbetroffenen, zugleich aber der in dem angefochtenen Verwaltungsakt als bestehend angenommene *Anspruch des Hauptbeteiligten* auf den ihn begünstigenden Verwaltungsakt mit Drittwirkung. Daraus folgt, daß für die gerichtliche Entscheidung die *im Entscheidungszeitpunkt gegebene Sach- und Rechtslage* zugrunde zu legen ist, nicht anders, wie wenn der Hauptbeteiligte gegen die Versagung des Verwaltungsaktes klagen würde.

BVerwG DVBl 66, 269

Bei der Beurteilung einer mit der Nachbarklage angefochtenen Baugenehmigung, durch die „das Bestehen eines baurechtlichen Anspruchs festgestellt“ worden ist (BVerwGE 16,116/120), sind inzwischen ergangene Rechtsänderungen zu berücksichtigen. Es wäre nicht sinnvoll und mit der verfassungsrechtlichen Garantie des Eigentums nicht vereinbar, wenn die Genehmigung aufgehoben würde, obwohl sie sogleich nach der Aufhebung wiedererteilt werden müßte (BVerwGE 5,351; 6,321; 20,12).

Rechte des Nachbarn werden deswegen nicht verkürzt. Sollte die Genehmigung ursprünglich rechtswidrig gewesen sein, so kann der Nachbar bei vorhandenem Feststellungsinteresse eine Entscheidung darüber mit der Feststellungsklage erreichen.

Bei der Entscheidung über Anfechtungsklagen Drittbetroffener gegen wirtschaftsverwaltungsrechtliche Verwaltungsakte mit Drittwirkung, z. B. personenbeförderungsrechtliche Linienverkehrsgenehmigungen, ist somit die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung maßgebend.

d. Von dem Grundsatz, daß über die Verpflichtungsklage eines Klägers, der gegen die Ablehnung einer Genehmigung Rechtsschutz sucht, nach der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung zu entscheiden ist, ist eine Ausnahme für den Fall anzuerkennen, daß sich die *Rechtslage* in dem Zeitraum zwischen der (letzten) Verwaltungsentscheidung (Widerspruchsbescheid) und der gerichtlichen Entscheidung *zuungunsten des Klägers* entwickelt hat. Denn in diesem Falle hätte die beantragte Genehmigung — vorausgesetzt, daß der Anspruch auf die Genehmigung bestand — bei zutreffender Rechtsanwendung durch die Exekutive erteilt werden müssen. Der Kläger ist nur deswegen nicht im Besitz der Genehmigung, weil diese *rechtswidrig versagt* wurde und er gegen die Versagung die Gerichte anrufen mußte. Demzufolge ist auch im Prozeß sein Antrag nach der — für ihn günstigeren — *Rechtslage im Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidung* zu beurteilen.

BVerwG NJW 61, 1275

Es ist aus rechtsstaatlichen Erwägungen — sofern dem nicht überwiegende Gründe des öffentlichen Wohls entgegenstehen — geboten, die Verpflichtung zur Zulassung eines Bewerbers zu einer beruflichen Betätigung auch dann auszusprechen, wenn die Zulassung zwar nach dem während des Rechtsstreits in Kraft getretenen Recht nicht mehr begehrt werden kann, der Bewerber aber bei Inkrafttreten der neuen Vorschriften bei ordnungsmäßiger Handhabung des bisherigen Rechts im Besitz der Zulassung hätte sein müssen.

2. Die rechtliche Situation des Antragstellers, der gerichtlichen Rechtsschutz gegen die Versagung der beantragten Genehmigung sucht, unterscheidet sich von der rechtlichen Situation des Gewerbetreibenden, dem die erforderliche Erlaubnis erteilt worden war, die Erlaubnis aber später, z. B. wegen neuer, die Unzuverlässigkeit begründender Tatsachen, ganz oder teilweise wieder entzogen worden ist. Mit dieser Entscheidung übt die Exekutive eine ihr durch das Gesetz eingeräumte Befugnis aus, eine erteilte Genehmigung ganz oder teilweise zurückzunehmen. Der diesen Verwaltungsakt gerichtlich angreifende Gewerbetreibende verfolgt nicht einen Anspruch auf eine bestimmte ihm günstige Verwaltungsentscheidung, sondern verteidigt die ihm durch die Erteilung der Erlaubnis gewährte Rechtsposition gegen eine Entziehung oder Schmälerung, indem er eine Befugnis der Exekutive zu diesem Eingriff bestreitet.

a. Daraus folgt, daß der Gewerbetreibende seine Rechtsschutzbitte in die Form der *Anfechtungsklage* zu kleiden hat. Sein prozessuales Ziel erschöpft sich in der Kassation der ihn belastenden Entscheidung der Exekutive. Der Streitgegenstand dieser Verwaltungsrechtssache ist das Begehren des Klägers, den ihn belastenden Verwaltungsakt wegen eines bestimmten Rechtsfehlers aufzuheben. Für die Entscheidung des Gerichts über eine derartige Klage ist die *Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung* maßgebend. Denn es geht in dem Prozeß darum, ob die Exekutive zu Recht von einer gesetzlichen Befugnis zu einem Eingriff in die Rechtsposition des Klägers Gebrauch gemacht hat.

BVerwGE 20, 316

„Nachträgliches Wohlverhalten“ ist für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Entziehung der Fähigkeit, Lehrlinge in einem Handwerksbetrieb auszubilden (§ 20 a. F. HandwO; jetzt § 24 HandwO), ohne Bedeutung.

b. Die angegebene Richtlinie bedarf allerdings in zwei Hinsichten einer Einschränkung:

(1) Hat sich die nach der letzten Verwaltungsentscheidung eingetretene Rechtsänderung *Rückwirkung* beigelegt, so ist damit auch für den Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung eine neue Rechtslage entstanden und dementsprechend auch für das Gericht diese neue Rechtslage maßgebend.



(2) *Neue Tatsachen*, die den von der Exekutive zugrundegelegten Sachverhalt *ergänzen* und in diesem Sinne zu der Beurteilung der Frage beitragen können, ob die getroffene Verwaltungsentscheidung sachlich richtig ist, sind als „nachgeschobene Gründe“ für die gerichtliche Entscheidung ebenso verwertbar, wie alte Tatsachen, die bisher nur noch nicht herangezogen worden sind.

BVerwGE 2, 259

Wenn auch bei der Anfechtung der Entziehung einer Fahrerlaubnis durch die Verwaltungsbehörde die Rechtmäßigkeit dieses Verwaltungsaktes nur nach den rechtlichen und tatsächlichen Verhältnissen zur Zeit seines Erlasses zu beurteilen ist, so hindert dies doch nicht, auch das spätere Verhalten des Anfechtungsklägers insoweit zu berücksichtigen, als sich aus ihm ergibt, daß seine Eignung zum Führen eines Kraftfahrzeuges auf Grund seiner früheren, vor Erlass des angefochtenen Verwaltungsaktes liegenden Verstöße gegen die Verkehrsvorschriften richtig beurteilt worden ist.

Zu einer solchen „Bestätigung“ der aus anderen Gründen gefolgerten Ungeeignetheit stehen dem Verwaltungsrichter auch alle späteren Tatsachen unbeschränkt zur Verfügung.

Das „*nachträgliche Wohlverhalten*“ ist, wenn es sich um die Frage der Zuverlässigkeit eines Gewerbetreibenden handelt, nicht als solches bedeutungslos, sondern nur deswegen, weil es im Regelfall den bei der Verwaltungsentscheidung zugrundegelegten, dem Kläger ungünstigen Sachverhalt nicht zu korrigieren vermag.

c. Im Falle der Entziehung einer Genehmigung ist eine neue, d. h. nach der letzten Verwaltungsentscheidung eingetretene, Sach- oder Rechtslage, die eine dem Gewerbetreibenden günstige Entscheidung ermöglichen würde, nur in der Richtung von Bedeutung, daß sie eine *erneute Erteilung der Genehmigung* begründen kann. Der so etwa entstandene Anspruch des Gewerbetreibenden wäre, sofern die Exekutive ihm nicht durch Erteilung der Genehmigung Folge geben würde, durch eine *Verpflichtungsklage* gerichtlich durchzusetzen.

Sofern die Anfechtungsklage gegen die Rücknahme oder teilweise Entziehung der Erlaubnis und die Verpflichtungsklage auf (erneute) Erteilung oder Vervollständigung der Erlaubnis zugleich beim Gericht anhängig wären, könnten diese Klagen zwar verbunden werden (§ 93 VwGO). Es würde sich aber um zwei verschiedene Klagen mit verschiedenen prozessualen Ansprüchen handeln.

3. Die *Untersagung der Gewerbeausübung* ist im Unterschied zur Rücknahme einer Gewerbeerlaubnis ein *Verwaltungsakt mit Dauerwirkung*. Das mit ihr ausgesprochene Verbot stellt ein fortdauernd wirkendes rechtliches Hindernis der betroffenen gewerblichen Tätigkeit dar.

a. Ist eine Gewerbeuntersagung *unanfechtbar* geworden und tritt eine den Tatbestand der Untersagung zugunsten des Betroffenen berührende *Rechtsänderung* oder eine den der Untersagung zugrundeliegenden Sachverhalt zugunsten des Betroffenen berührende *Änderung der Sachlage* ein, entsteht dadurch für den Betroffenen nach den Grundsätzen des allgemeinen Verwaltungsrechts ein *Anspruch auf Aufhebung der Untersagung zu dem Zeitpunkt, an dem die Änderung der Sach- oder Rechtslage erfolgt ist*. Vgl. dazu die ausdrückliche Regelung in § 35 Abs. 6 GewO.

Dieser Anspruch wäre, sofern die Exekutive ihrer Verpflichtung zur Aufhebung der Gewerbeuntersagung nicht nachkäme (die Gewerbeuntersagung „aufrechterhält“), mit der *Verpflichtungsklage* gerichtlich durchsetzbar.

b. Materiellrechtlich kann die Beurteilung dieser Frage nicht anders sein, wenn die einen Aufhebungsanspruch zugunsten des von der Untersagung Betroffenen begründende Änderung der Sach- oder Rechtslage erfolgt, *bevor* die Untersagung *formell rechtskräftig* geworden ist. Auch in diesem Fall ist die Exekutive verpflichtet, die Untersagung aufzuheben (ist die „*Aufrechterhaltung*“ der Untersagung rechtswidrig).

Eine andere Frage ist, in welcher Weise der Betroffene seinen aus der Änderung der Sach- und Rechtslage entspringenden Anspruch auf Aufhebung der Untersagung im Hinblick auf die noch nicht formell rechtskräftige Untersagungsverfügung *gerichtlich zu verfolgen* hat. Dabei spielen zwei weitere Gesichtspunkte eine Rolle:

- (1) Ist die fragliche Änderung der Sach- oder Rechtslage *vor* oder *nach* der letzten Verwaltungsentscheidung (Widerspruchsbescheid) erfolgt?
- (2) Worauf ist *das prozessuale Begehren des Betroffenen* gerichtet? Ist der Betroffene der Ansicht, daß die Untersagung *rechtmäßig* ausgesprochen worden und nur ihre „Aufrechterhaltung“ über die Änderung der Sach- oder Rechtslage hinaus *rechtswidrig* ist? Oder geht sein Vorbringen dahin, daß die Untersagung *rechtswidrig* ausgesprochen wurde (Hauptantrag der Klage), jedenfalls aber nunmehr ihre „Aufrechterhaltung“ *rechtswidrig* sei (Hilfsantrag der Klage)?

Je nach der Situation ergibt sich folgendes:

(1) Die anspruchsbegründende Änderung der Sach- oder Rechtslage ist *vor* Erlaß des Widerspruchsbescheids eingetreten und der Betroffene hält den Anspruch der Untersagung für *rechtmäßig*:

Der Betroffene wird *Anfechtungsklage* erheben und beantragen, den Bescheid insoweit aufzuheben, als er die Gewerbeausübung über den . . . (Datum der Änderung der Sach- oder Rechtslage) hinaus untersagt.

(2) Die anspruchsbegründende Änderung der Sach- oder Rechtslage ist *vor* Erlaß des Widerspruchsbescheids eingetreten und der Betroffene hält den Anspruch der Untersagung für *rechtswidrig*:

Der Betroffene wird *Anfechtungsklage* erheben und beantragen, a) den Bescheid aufzuheben, b) hilfsweise, den Bescheid insoweit aufzuheben, als er die Gewerbeausübung über den . . . hinaus untersagt.

(3) Die anspruchsbegründende Änderung der Sach- oder Rechtslage ist nach Erlaß des Widerspruchsbescheids und nach Klageerhebung eingetreten:

Der Betroffene hat *Anfechtungsklage* erhoben, weil er die Untersagung für rechtswidrig hält. Er wird, jedenfalls im Regelfall, daran interessiert sein, durch den Prozeß die *weitere Ausübung des Gewerbes* zu erreichen. Dementsprechend wird er die Änderung der Sach- oder Rechtslage durch einen Hilfsantrag in den Prozeß einführen wollen.

Die Frage ist, ob er das ohne weiteres tun kann — oder ob er nicht zuerst den Aufhebungsanspruch gegenüber der Behörde geltend machen muß und im Falle der Ablehnung seines Antrages auf Aufhebung der Untersagung vor der Klage ein Widerspruchsverfahren durchführen muß — und ob er das durch einen entsprechenden Aufhebungsantrag als Hilfsantrag im Rahmen der anhängigen Anfechtungsklage oder aber durch einen hilfsweisen Verpflichtungsantrag zu tun hat.

c. In seiner *älteren* Rechtsprechung war das BVerwG davon ausgegangen, daß bei Anfechtungsklagen grundsätzlich die Sach- und Rechtslage zur *Zeit des Erlasses des angefochtenen Verwaltungsaktes* zugrundezulegen sei und daß den Betroffenen günstige Änderungen der Sach- oder Rechtslage gegebenenfalls durch eine *Verpflichtungsklage* gerichtlich geltend zu machen seien. In dieser Weise sei auch bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung zu verfahren.

Diese Grundsätze sind vor allem in zwei Entscheidungen zu wohnraumbewirtschaftungsrechtlichen Verfügungen und im Hinblick auf eine nachfolgende Änderung der Rechtslage entwickelt worden (BVerwGE 1, 35; 2, 55). Zur Begründung berief sich das Gericht auf das rein kassatorische Ziel der Anfechtungsklage und darauf, daß das Verwaltungsgericht der Exekutive die „Erstentscheidung“ über den Fortbestand des Verwaltungsaktes nicht dadurch aus der Hand nehmen dürfe, daß es selbst und unmittelbar die Folgerungen aus der geänderten Rechtslage ziehe. An dieser Behandlung des Problems der maßgeblichen Sach- und Rechtslage bei der gerichtlichen Überprüfung von Verwaltungsakten mit Dauerwirkung hält ULE auch heute noch fest.

Verwaltungsprozeßrecht, 4. Aufl., 1966, S. 203; ULE/SELLMANN, JuS 67, 308.

Gegen diese Behandlung des Problems hatte sich in erster Linie BACHOF gewandt, dessen Untersuchungen zu dieser Frage die weitere Entwicklung in Praxis und Lehre wesentlich bestimmt haben.

BACHOF, Der maßgebliche Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, JZ 54, 416; ders., Zur maßgeblichen Rechts- und Sachlage bei Anfechtungs- und Vornahmeklagen, JZ 58, 301; ders., Urteilsanmerkung, JZ 66, 140; ders.,

Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rspr. des BVerwG, Bd. I, 2. Aufl., 1964, B 74, Bd. II, 1967, B 243, 244.

TSCHIRA/SCHMITT/GLAESER, Grundriß des Verwaltungsprozeßrechts, 1970, S. 220 ff.; OSSENBÜHL, Die maßgebliche Sach- und Rechtslage für die gerichtliche Beurteilung von Ermessensentscheidungen, JZ 70, 348.

Aus der Argumentation BACHOFs sind folgende Gesichtspunkte hervorzuheben:

(1) Das Problem des ‚maßgeblichen Zeitpunktes‘ für die Beurteilung von Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen umfaßt eine *materiellrechtliche* und eine *prozessuale* Frage.

Die *materiellrechtliche* Frage ist die, ob und unter welchen Voraussetzungen die den Verwaltungsakt erlassende Behörde verpflichtet ist, nachträglichen Änderungen der Sach- oder Rechtslage dadurch Rechnung zu tragen, daß sie einen bereits vor ihrem Eintritt erlassenen Verwaltungsakt aufhebt oder ändert. Diese Frage kann nicht generell, sondern nur im Hinblick auf die konkrete Sachverhalts- oder Rechtsänderung beantwortet werden. Eine Verpflichtung der Behörde zur Aufhebung oder Änderung ursprünglich rechtmäßiger Verwaltungsakte kann vor allem bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung und bei noch nicht vollzogenen Verwaltungsakten entstehen.

Die *prozessuale* Frage ist die, ob eine derart bestehende Verpflichtung der Behörde in dem bereits anhängigen Verfahren geltend gemacht werden kann. Hier geht es darum, ob der angefochtene Verwaltungsakt auch im Fall ursprünglicher Rechtmäßigkeit dann vom Gericht aufzuheben ist, wenn die Behörde ihrer Verpflichtung zur Aufhebung bis zum Zeitpunkt des Urteils nicht nachgekommen ist, oder ob es dazu eines neuen Antrags an die Behörde auf Aufhebung des Verwaltungsaktes und dann ggf. auch einer neuen, gegen die Ablehnung eines solchen Antrages gerichteten und auf die Verpflichtung der Behörde zielenden Klage bedarf.

(2) Für die prozessuale Frage kommt es zuerst auf das *klägerische Begehren* an, das in der Regel bei den Verwaltungsakten mit Dauerwirkung auf die Beseitigung der Wirkungen des angefochtenen Verwaltungsaktes *für die Zukunft* gerichtet sein wird. Deshalb umfaßt das prozessuale Begehren auf Aufhebung *ex tunc* in der Regel auch das Begehren einer Aufhebung *ex nunc* für den Fall, daß der Verwaltungsakt zwar nicht ursprünglich rechtswidrig war, seine weitere Aufrechterhaltung aber während des Verfahrens rechtswidrig wurde.

Die *Aufrechterhaltung* eines Verwaltungsaktes mit Dauerwirkung und eines noch nicht vollzogenen Verwaltungsaktes trotz einer sich aus Änderungen der Sach- oder Rechtslage ergebenden Verpflichtung der Behörde zur Aufhebung oder Änderung (*materiellrechtliche Frage*) ist bei einem entsprechenden Klageantrag und Klageabweisungsantrag vom Gericht zu berücksichtigen und muß zur Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes *ex nunc* führen.

d. In seiner *neueren* Rechtsprechung, insbes. zur Gewerbeuntersagung wegen Unzuverlässigkeit, hat sich das BVerwG die Grundlinie der von BACHOF verfochtenen Auffassung zu eigen gemacht.

BVerwGE 22, 16; BVerwG DVBl. 67, 382; BVerwGE 28, 202.

Wenn sich die Sach- oder Rechtslage nachträglich ändert und wenn der Kläger seinen Klageantrag auch darauf erstreckt, daß die Aufrechterhaltung des Verwaltungsaktes (der Gewerbeuntersagung) von einem bestimmten Zeitpunkt an rechtswidrig sei, ist dieses Begehren *im Rahmen der anhängigen Anfechtungsklage* zu berücksichtigen und ist ggf. der Verwaltungsakt zu einem *nach Erlaß des Widerspruchsbescheids liegenden Zeitpunkt* aufzuheben. Ein zusätzliches Vorverfahren ist nicht erforderlich.

BVerwG Urteil vom 5. August 1965 BVerwGE 22, 16

Die Kläger wenden sich gegen Verfügungen der Beklagten, durch die ihnen insbes. wegen Fehlens der erforderlichen finanziellen Mittel (Unzuverlässigkeit) jede Art der Reisevermittlung untersagt wurde. Die sofortige Vollziehung der Untersagungsverfügung wurde angeordnet und der Gewerbebetrieb ist eingestellt worden.

Die Kläger verfolgen nicht nur das Ziel, nach Aufhebung der angefochtenen Verwaltungsakte künftig das Gewerbe wieder ausüben zu dürfen. Sie erstreben mit der Anfechtungsklage auch eine Entscheidung darüber, daß die Untersagung der Gewerbeausübung im Zeitpunkt des Ergehens dieser Maßnahme rechtswidrig gewesen ist. An der Aufhebung der Untersagungsverfügungen wegen Rechtswidrigkeit im Zeitpunkt ihres Erlasses sind die Kläger deswegen interessiert, weil sie der Beklagten gegenüber vermögensrechtliche Ansprüche wegen rechtswidriger Gewerbeuntersagung geltend machen wollen. Sie erstreben aber auch die Aufhebung der Verfügungen wegen veränderter Sach- und Rechtslage ex nunc.

Das Klagebegehren ist in beiden Hinsichten, ex tunc und ex nunc, statthaft. Die Gewerbeuntersagung erschöpft sich nicht in dem Erlaß der Verfügung. Ihre rechtliche Bedeutung liegt darin, daß der Betroffene sein Gewerbe bis zum Ablauf der Geltungsdauer der Verfügung oder bis zum Erlaß eines neuen Verwaltungsaktes, durch den die Ausübung des Gewerbes gestattet wird, nicht mehr persönlich ausüben darf. Die Gewerbeuntersagung ist mithin ein Dauerverwaltungsakt. Diese Regelung des Rechtsverhältnisses zwischen dem Staat und dem Bürger muß während der ganzen Dauer der Wirksamkeit des Verwaltungsaktes dem jeweils geltenden Recht entsprechen. Auch die Aufrechterhaltung des Verwaltungsaktes muß rechtmäßig sein. Ist das von einem bestimmten Zeitpunkt an nicht mehr der Fall und hält die Verwaltung dennoch die Verfügung aufrecht, so ist im Verwaltungsprozeß auf entsprechenden Antrag hin die Verfügung ex nunc aufzuheben.

Dazu die Anmerkungen von BACHOF, JZ 66, 140, und ULE/SELLMANN, JuS 67, 308.

BVerwG Urteil vom 9. Februar 1967 DVBl 67, 382 = JuS 67, 332

Betr. eine Untersagungsverfügung gem. § 35 GewO.

Nach der Rechtsprechung des Senats (BVerwGE 22,16) hatte das Berufungsgericht über die Klage nach der Sachlage im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung zu entscheiden. Die Klägerin wendet sich dagegen, daß die Behörde ihr auch weiterhin die Gewerbeausübung untersagt, d. h. das Verbot der Gewerbeausübung aufrechterhält. Denn sie will durch ihre Rechtsverfolgung verhindern, daß sie nach Rechtskraft des Urteils ihre Gewerbetätigkeit einstellen muß.

Die Untersagung gem. § 35 GewO ist ein Dauerverwaltungsakt; darin unterscheidet sie sich von der Entziehung einer Gewerbeerlaubnis durch rechtsgestaltenden Ver-

waltungsakt. Es ist daher bei der Gewerbeuntersagung gerechtfertigt, daß bei einem entsprechenden Klagebegehren das Gericht nicht — nur — auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt des Ergehens des Verwaltungsaktes abstellt.

Durch die Gewerbeuntersagung soll künftigem nicht ordnungsgemäßigem Verhalten begegnet, nicht vergangenes Verhalten zusätzlich geahndet werden. Die Maßnahme ist nicht schon dann erforderlich, wenn die Möglichkeit erneuten strafbaren Verhaltens nicht auszuschließen ist.

Nach ständ. Rspr. des BVerwG genügt nachträgliches Wohlverhalten allein noch nicht für die Feststellung, daß der Untersagungsgrund weggefallen sei. Denn von einem Gewerbetreibenden, der sich dagegen wehrt, daß ihm die Ausübung des Gewerbes untersagt wird, darf erwartet werden, daß er sich während des Widerspruchsverfahrens und Verwaltungsprozesses ordnungsgemäß verhält. Ordnungsgemäßes Verhalten des Gewerbetreibenden, nachdem ihm die Ausübung des Gewerbes untersagt worden ist, ist daher weniger bedeutsam als ordnungswidriges Verhalten vor Ergehen dieser Maßnahme.

BVerwG Urteil vom 15. November 1967 BVerwGE 28, 202

1. Die Anfechtungsklage gegen einen Verwaltungsakt, der die Ausübung eines Gewerbes gem. § 35 GewO untersagt, kann auch dazu führen, daß der Verwaltungsakt zu einem nach Erlaß des Widerspruchsbescheids liegenden Zeitpunkt aufgehoben wird.
2. Auf eine solche Klage prüft das Gericht auch, ob und wann die gesetzlichen Voraussetzungen der Gewerbeuntersagung weggefallen sind.
3. Soweit es auf die Zuverlässigkeit des Gewerbetreibenden ankommt, hat das Wohlverhalten während des Anfechtungsprozesses weniger Gewicht als ordnungswidriges Verhalten vor der Untersagung.
4. Einem Gewerbetreibenden, dem die Ausübung des Gewerbes untersagt worden ist, weil er die von ihm einbehaltenen Sozialversicherungsbeiträge seiner Arbeitnehmer den Versicherungsträgern vorenthalten hat, ist die untersagte Tätigkeit nicht schon deswegen wieder zu gestatten, weil er die rückständigen Beiträge bezahlt hat.

Der Kläger betreibt seit 1959 ein Abbruch- und Abwrackunternehmen. Durch Verfügung vom 16. 1. 1964 untersagte ihm der Beklagte die Ausübung des Gewerbes, weil er Sozialversicherungsbeiträge schulde, die Vereinbarung über die Abtragung der Schulden nicht eingehalten habe und Zwangsvollstreckungsmaßnahmen gegen ihn erfolglos geblieben seien. Die Untersagungsverfügung wurde nicht für sofort vollziehbar erklärt und der Kläger hat das Gewerbe weiterbetrieben.

Das Verwaltungsgericht wies die Klage gegen die Untersagungsverfügung ab. Anfang Dezember 1966, während des Berufungsverfahrens, tilgte der Kläger die Schulden gegenüber dem Sozialversicherungsträger und traf er mit dem Finanzamt eine Vereinbarung über die Tilgung der Steuerschuld. Das Berufungsgericht hob die angefochtenen Verfügungen mit Wirkung vom 10. 12. 1966 auf und wies den weitergehenden Klageantrag ab. Die Klage sei seit dem 10. Dezember 1966 begründet, weil von diesem Zeitpunkt an durch die Gewerbeausübung des Klägers kein fremdes Vermögen mehr gefährdet werde.

Das Berufungsurteil wurde aufgehoben. Nur die Verwaltungsbehörde hatte Revision eingelegt, so daß die Aufhebung der Gewerbeuntersagung ex tunc, die für den

Kläger im Vergleich zur erfolgreichen Klage auf Aufhebung der Gewerbeuntersagung ex nunc weniger bedeutsam war, mit dem Berufungsurteil rechtskräftig abgelehnt war.

Die Untersagungsverfügung gilt solange, wie die Verfügung wirksam ist. Daher kann — anders als bei der Entziehung einer Erlaubnis, die sich in einer einmaligen Gestaltung der Rechtslage erschöpft — der Fall eintreten, daß das behördliche Verbot bei Erlaß der Verfügung rechtmäßig war, seine Aufrechterhaltung zu einem späteren Zeitpunkt jedoch nicht mehr gerechtfertigt ist. Eine Änderung der Sach- oder Rechtslage nach Ergehen des Widerspruchsbescheids ist zwar nicht für die Rechtmäßigkeit der Verwaltungsakte im Zeitpunkt ihres Erlasses bedeutsam, wohl aber dafür, ob die Behörde durch Aufrechterhaltung des ursprünglichen Verwaltungsaktes den Betroffenen auch weiterhin an der Ausübung des Gewerbes hindern darf. Wegen einer Änderung der Sachlage kann daher zwar die Aufhebung des Verwaltungsaktes ‚ex tunc‘ nicht begehrt werden. Eine Änderung der Sachlage kann jedoch einen Anspruch des Betroffenen auf nunmehrigen Widerruf der Gewerbeuntersagung begründen. Der Gewerbetreibende hat, wie sich aus § 35 Abs. 6 Satz 1 GewO ergibt, einen Anspruch auf Widerruf der Untersagung, wenn sich die Sachlage derart geändert hat, daß die Gewerbeuntersagung nicht mehr angeordnet werden dürfte. Stellt der Gewerbetreibende hierauf ab, so macht er mit der Klage geltend, die Behörde dürfe den ihn beschwerenden Verwaltungsakt nicht mehr aufrechterhalten.

Dieser Anspruch auf Aufhebung der Gewerbeuntersagung ‚ex nunc‘ — d. h. Aufhebung des Verwaltungsaktes mit Wirkung von dem Zeitpunkt, zu dem die Behörde die Ausübung des Gewerbes nicht mehr hätte untersagen dürfen — kann nach nunmehr ständ. Rspr. des erkennenden Senats mit der zunächst auf Aufhebung ex tunc gerichteten Anfechtungsklage zugleich geltend gemacht werden. Der Auffassung, nur die Klage auf Aufhebung der Gewerbeuntersagung ‚ex tunc‘ sei eine Anfechtungsklage, die Klage auf Aufhebung der Gewerbeuntersagung ‚ex nunc‘ dagegen in Wirklichkeit eine Verpflichtungsklage, wird nicht gefolgt. Ein derartiges Begehren kann nicht nur durch eine — ein eigenes Vorverfahren erfordernde — Klage auf Verpflichtung der Behörde zum Widerruf der Gewerbeuntersagung ‚ex nunc‘ verfolgt werden. Die vom Senat abgelehnte Meinung berücksichtigt die Eigenart des Dauerverwaltungsaktes und die Bedürfnisse effektiven Verwaltungsrechtsschutzes zu wenig. Die Änderung der Sachlage nach dem Widerspruchsbescheid und die Berücksichtigung dieses Umstandes im Verwaltungsprozeß durch einen entsprechenden Antrag des Klägers hat nicht die Notwendigkeit eines erneuten Vorverfahrens zur Folge. Die Auffassung, dieses Begehren betreffe ein Verhalten der Verwaltung, das nicht Gegenstand des Verwaltungsprozesses wäre, und könne daher nur durch eine — ein eigenes Vorverfahren erfordernde — Klage auf Verpflichtung der Behörde zum Widerruf der Gewerbeuntersagung ‚ex nunc‘ verfolgt werden, wird dem Erfordernis eines effektiven Verwaltungsrechtsschutzes nicht gerecht und würde zu einer unnötigen Komplizierung des Rechtsschutzes führen, die auch aus der Sicht der Verwaltung nicht gerechtfertigt wäre. Das Gericht entscheidet nicht darüber, ob die Verfügung ‚rechtswidrig geworden ist‘, sondern ob die Aufrechterhaltung der Gewerbeuntersagung ‚rechtswidrig ist‘.

Gelangt die Verwaltungsbehörde während des Verwaltungsprozesses zu der Überzeugung, daß die Aufrechterhaltung der Gewerbeuntersagung nicht mehr erforder-

lich ist, so beendet sie durch Widerruf der Verfügung das Verbot. Damit hat sich der Verwaltungsakt erledigt. Hat der Kläger ein berechtigtes Interesse an der Feststellung, daß der Verwaltungsakt ‚ex tunc‘ rechtswidrig gewesen ist, so entscheidet das Gericht nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO. Andernfalls ergeht Kostenentscheidung nach § 161 Abs. 2 VwGO.

Zum Abschluß der Behandlung des Problems der maßgeblichen Sach- und Rechtslage bei der gerichtlichen Entscheidung über eine Anfechtungsklage gegen eine Gewerbeuntersagung kann die Bemerkung nicht unterdrückt werden, daß das praktische Gewicht dieses Problems nicht zuletzt daher rührt, daß die Dauer des Verwaltungsprozesses von der Klage bis zum rechtskräftigen Urteil der letzten Instanz die rechtliche Perfektion des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes häufig untergräbt.



## I. Marktordnung

### I. „Ordnung“ des Marktes durch Wettbewerb und durch wirtschaftslenkende Maßnahmen

1. „Markt“ ist nicht eine räumliche, sondern eine ökonomische Größe, die durch die wechselseitigen Beziehungen einer Gruppe von anbietenden und nachfragenden Wirtschaftssubjekten definiert wird.

a. Wenn man vom „deutschen Markt“, vom „Gemeinsamen Markt“ der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft oder vom „Weltmarkt“ spricht, bezeichnet man den *Gesamtkomplex des Angebots und der Nachfrage eines bestimmten Wirtschaftsraumes*, ohne nach dem Gegenstand des Marktverkehrs zu differenzieren. In diesem Sinne ist „marktwirtschaftlich“ ein wirtschaftlicher Prozeß oder eine Wirtschaftsordnung, in der der Austausch und die Verteilung der produzierten Güter und der erbrachten Dienstleistungen durch das Zusammentreffen von Angebot und Nachfrage erfolgen. Die Einzelpläne der Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr werden durch den Markt vergesellschaftet, d. h. durch eine Anpassung an das Verhältnis von Angebot und Nachfrage.

In dem Maße, in dem die Angebotsseite des Marktes in eine geringere oder größere Zahl von unabhängig voneinander agierenden Wirtschaftssubjekten zerfällt, die durch eine Befriedigung der Nachfrage ihre Kosten decken und einen Gewinn erzielen wollen, findet auf dem Markte *Wettbewerb* statt. Die der Marktwirtschaft zugeschriebenen Vorteile sind — abgesehen von der marktwirtschaftlichen Grundprämisse der dezentralisierten Wirtschaftsordnung und, verbunden damit, der autonomen und rationalen Entscheidung der Marktteilnehmer über ihr wirtschaftliches Verhalten — eine Funktion des Wettbewerbs. Daraus erklärt sich die weitgehende Vertauschbarkeit der Ausdrücke „Marktwirtschaft“ und „Wettbewerbswirtschaft“.

b. In der Theorie der Marktwirtschaft wird „Markt“ in einem engeren Sinne verstanden, nämlich bezogen auf einen *bestimmten Gegenstand des Marktverkehrs*. In diesem Sinne setzt sich der Markt einer Volkswirtschaft aus einer großen Zahl von „*Einzelmärkten*“ zusammen, die jeweils durch die *ökonomische Gleichartigkeit* der angebotenen Güter („Waren“) und Dienstleistungen definiert werden. Der für die Bestimmung der „ökonomischen Gleichartigkeit“ wesentliche Faktor ist das durch den Gegenstand des Marktverkehrs befriedigte *Bedürfnis*.

Da das zu befriedigende Bedürfnis häufig durch unterschiedliche Güter oder Leistungen mehr oder weniger gleich vollkommen gedeckt werden kann, z. B. der Wunsch, sich zu rasieren, durch Gerätschaften für Naßrasur oder durch elektrische Rasierapparate, kann in einem dritten und noch engeren Sinn bei jedem *gleichartigen Wirtschaftsgut* von einem besonderen „Markt“ gesprochen werden. In diesem Fall wird der Umstand, daß verschiedene Wirtschaftsgüter dasselbe Bedürfnis befriedigen, durch den Begriff der „*Substitutionskonkurrenz*“ berücksichtigt.

Das Hauptaxiom der Theorie der Marktwirtschaft ist, daß der von Angebot und Nachfrage abhängige *Marktpreis* die Einzelpläne der Unternehmer, Händler und Verbraucher koordiniert und durch diese Wirkung eine *Steuerungsfunktion* für den wirtschaftlichen Prozeß ausübt. Der Marktpreis, der als „Gleichgewichtspreis“ Angebot und Nachfrage eines bestimmten Marktes zum Ausgleich bringt, signalisiert als „Knappheitsmesser“ (Eucken) den Zustand der Versorgung und die Ausnutzung der Produktionsfaktoren: Das Steigen des Preises zeigt einen Nachfrageüberhang (Unterproduktion), sein Fallen ein zu hohes Angebot (Überproduktion).

2. Die **rechtliche Form des marktwirtschaftlichen Verkehrs** ist die rechtsgeschäftliche Ausübung der **Privatautonomie**, insbes. der privatrechtliche Vertrag des Schuldrechts.

a. Im Falle des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs werden somit die Beziehungen der Marktteilnehmer durch das dem Grundsatz der Privatautonomie folgende Zivilrecht geordnet. Die *Vertragsfreiheit* als der hier interessierende Ausschnitt der Privatautonomie (die daneben z. B. die Testierfreiheit umfaßt) bedeutet, durch rechtsgeschäftliche Willenseinigung mit einem Vertragspartner Recht und Pflichten begründen zu können, und zwar auf der Grundlage einer freien (nicht rechtlich gebundenen) Entscheidung darüber, *ob überhaupt* ein Vertrag geschlossen werden soll, *mit wem* der Vertrag geschlossen werden soll und *welchen Inhalt* der Vertrag haben soll.

Ein Markt, auf dem die rechtlichen Beziehungen der Marktteilnehmer im wesentlichen durch die Vertragsfreiheit bestimmt werden, unterliegt im juristischen Sinn nicht einer „Marktordnung“. Denn die Art und Weise der rechtlich faßbaren Marktbeziehungen hängt von der Disposition der Beteiligten ab, die dabei nur an die gesetzlichen Bedingungen der Ausübung der Vertragsfreiheit gebunden sind, z. B. Formvorschriften, nicht-dispositive materielle Bestimmungen.

FLUME, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II. Bd. Das Rechtsgeschäft, 1965, § 1; LARENZ, Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1967, § 7 IV.

b. Von einer *Marktordnung* spricht man dann, wenn im Interesse wirtschaftslenkender Regulierung des Marktverkehrs eines Produktes oder einer

Dienstleistung die Ausübung der Vertragsfreiheit ganz oder in einzelnen Hinsichten durch *öffentlich-rechtliche Vorschriften gebunden* wird oder wenigstens administrative Befugnisse durch Gesetz begründet worden sind, die die *planmäßige Beeinflussung des Marktverkehrs* durch mittelbare Maßnahmen ermöglichen, z. B. preisstützendes Aufkaufen des Produkts, wenn der Preis unter ein bestimmtes Niveau sinkt. Bei einer Marktordnung werden der Wettbewerb und die durch ihn ausgeübten Wirkungen auf den Preis, den Inhalt der Austauschbeziehungen, die Art und Weise des Marktverkehrs und die Produktionsstruktur ganz oder teilweise durch öffentlich-rechtliche Regelungen ersetzt oder wenigstens beeinflusst.

Rechtlich gesehen besteht eine Marktordnung aus einem Komplex öffentlich-rechtlicher Bestimmungen, die neben die privatrechtlichen Regelungen des Marktverkehrs treten, diese ergänzend oder in mehr oder weniger großem Ausmaß verdrängend.

c. Der rechtfertigende Grund für die Einführung einer Marktordnung ist, daß wegen struktureller — also nicht nur zufälliger und vorübergehender — Gegebenheiten in dem betroffenen Bereich unter den Bedingungen marktwirtschaftlicher Konkurrenz wirtschaftspolitisch unerwünschte Nachteile für die Produzenten oder die Konsumenten eintreten würden.

Eine für die *Produzenten* ungünstige Marktsituation kann in erster Linie bei einer *strukturellen Überproduktion* eintreten, die den Preis drückt und damit den Gewinn und möglicherweise sogar die Kostendeckung in Frage stellt. In diesem Fall würde der reine Wettbewerb die Produzenten dezimieren, was aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen unerwünscht sein kann. Eine die Produzenten begünstigende Marktordnung würde hier hauptsächlich den Marktpreis, der Kostendeckung und Gewinnerzielung vermittelt, zum Ansatzpunkt wirtschaftslenkender Interventionen machen.

Das durch eine Marktordnung zu schützende Interesse der *Verbraucher* ist in erster Linie auf eine *gesicherte und befriedigende Versorgung* gerichtet; diese Versorgung ist jedenfalls bei den elementaren Grundlagen der Daseinsführung eine Angelegenheit des öffentlichen Wohls. Eine die Verbraucher begünstigende Marktordnung kann zwar auch beim Marktpreis ansetzen, ist aber vorwiegend an den Bedingungen gesicherter Versorgung orientiert, also an der Regulierung der Art und Qualität der zum Markt gebrachten Güter und der Absatzwege.

Da der Marktverkehr stets durch die wechselseitigen Beziehungen von Angebot und Nachfrage bestimmt ist, wird jede Marktordnung auf einer *Abgleichung der Interessen beider Marktseiten* nach dem Maßstab der sozialen Gerechtigkeit beruhen. Durch die Marktordnung wird dementsprechend mit Hilfe eines in der Regel vielgestaltigen Bündels gesetzlicher Regelungen und administrativer Maßnahmen ein Ausgleich der bis zu einem gewissen

Grade widerstreitenden Ziele der befriedigenden Versorgung der Verbraucher und der angemessenen Entlohnung der Produzenten über den — festgesetzten, gelenkten oder mittelbar beeinflussten — Preis und durch weitere Beschränkungen des privatautonomen Verhaltens der Marktteilnehmer angestrebt.

Die Marktordnung als ein Instrument der Wirtschaftslenkung ist typisch für die *Ernährungswirtschaft*.

ROTH, Die Gefahrenvorsorge im sozialen Rechtsstaat, 1968, S. 50 ff.

Die Regelung der *Binnenschifffahrt* ist ein Beispiel für eine Marktordnung auf einem Dienstleistungsmarkt.

WILLECKE, in: Handbuch der Wirtschaftswissenschaften, 2. Aufl., 1966, Bd. 1, S. 323 ff.

d. Die grundlegenden Marktordnungen der Ernährungswirtschaft, die mit dem Ziel der gemeinsamen Organisation der Agrarmärkte geschaffenen *Europäischen Marktordnungen* (Art. 40 EWGV), beruhen auf dem Bestreben, die landwirtschaftliche Erzeugung und die Versorgung mit landwirtschaftlichen Produkten über die Beeinflussung des Preisniveaus zu steuern. Abgesehen von Trinkmilch und Fischereierzeugnissen ist die Errichtung der gemeinsamen Organisation der Agrarmärkte abgeschlossen.

Vgl. den 8. Bericht der Bundesregierung über die Auswirkungen der EWG-Marktorganisationen auf dem Agrargebiet; BTag Drucks. VI/776. Aus diesem Bericht sind zwei allgemeine Einsichten bemerkenswert:

- (1) Eine die Beeinflussung des Marktverkehrs über den Preis anstrebende Marktordnung ist in besonderer Weise von der Währungspolitik abhängig. Dieser Umstand wird bei einer Marktordnung, die verschiedene Währungsgebiete mit unterschiedlicher Währungspolitik umfaßt, zu einem kaum überwindbaren Störungsfaktor.
- (2) Das System der Europäischen Marktordnungen besitzt „immanente Unzulänglichkeiten“:  
 „Die Marktregelungen erreichen die Grenzen finanzieller Belastbarkeit, wenn sie den Erzeuger vor Marktstörungen infolge von Überproduktion innerhalb der Gemeinschaft schützen sollen. Auch im Berichtszeitraum konnte das Preisystem der Marktorganisationen der ihm zugewiesenen Doppelfunktion, den Landwirten ein angemessenes Einkommen zu sichern und das Marktgleichgewicht aufrechtzuerhalten, nicht gerecht werden.“ (Bericht S. 7)

Die Voraussetzung der Europäischen Marktordnungen ist eine „gemeinsame Agrarpolitik, deren Ziele der Art. 39 Abs. 1 EWGV wie folgt bestimmt:

- a) die Produktivität der Landwirtschaft durch Förderung des technischen Fortschritts, Rationalisierung der landwirtschaftlichen Erzeugung und den bestmöglichen Einsatz der Produktionsfaktoren, insbesondere der Arbeitskräfte, zu steigern;

- b) auf diese Weise der landwirtschaftlichen Bevölkerung, insbesondere durch Erhöhung des pro-Kopf-Einkommens der in der Landwirtschaft tätigen Personen, eine angemessene Lebenshaltung zu gewährleisten;
- c) die Märkte zu stabilisieren;
- d) die Versorgung sicherzustellen;
- e) für die Belieferung der Verbraucher zu angemessenen Preisen Sorge zu tragen.

Die Regelungen der einzelnen Europäischen Marktordnungen stimmen nicht in jeder Hinsicht überein, weisen aber folgende typische Instrumente auf:

Auf der Grundlage eines für jedes Wirtschaftsjahr festgesetzten „Richtpreises“ werden „Interventionspreise“ und „Schwellenpreise“ gebildet. Der *Interventionspreis* stellt die Grundorientierung für die Beeinflussung des Marktverkehrs innerhalb des Gemeinsamen Marktes dar. Er bezeichnet das Preisniveau, bei dem die Interventionsstellen verpflichtet sind, das Marktordnungsprodukt aufzukaufen, um so den absinkenden Preis zu stützen. Der *Schwellenpreis* dient als Bezugsgröße für die Errechnung der Abschöpfung, mit der die in das Gebiet des Gemeinsamen Marktes aus Drittländern eingeführten Produkte belastet werden, um das Preisniveau des Gemeinsamen Marktes gegen die niedrigeren Preise der Importe aus Drittländern abzusichern.

GÖTZ, Zum Recht der gemeinsamen Agrarpolitik der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, NJW 68, 1545; Agrarrecht der EWG, Kölner Schriften zum Europarecht, Bd. 10, 1969; EBELING, Die EWG-Getreidemarktordnung, Diss. Hamburg 1969; MÉGRET, Le Droit de la Communauté économique européenne, Bd. 2, 1970.

Die Marktorganisationen werden ergänzt durch den *Europäischen Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft* (Art. 40 Abs. 4 EWGV). Mit diesem Fonds werden Marktordnungsausgaben für Ausfuhrerstattungen und Interventionen auf dem Binnenmarkt und gemeinsame Strukturmaßnahmen (Vergabe von Mitteln für strukturverbessernde Vorhaben) finanziert.

G. WINTER, Die Fondsverwaltung der Europäischen Gemeinschaften, 1969.

## II. Die Milchmarktordnung

1. Das *Gesetz über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fetten* (*Milch- und Fettgesetz, MFG*) in der Fassung vom 10. Dezember 1952 (BGBl. I S. 807) errichtet eine Marktordnung für Milch und bestimmte Milcherzeugnisse. Das Kernstück dieser Marktordnung ist die Schaffung von *Molkerei-Einzugs- und -Absatzgebieten* durch die Festlegung öffentlich-rechtlicher Liefer- und Abnahmebeziehungen; §§ 1, 2 MFG.

a. *Milcherzeuger* (Kuhhalter, § 4 Abs. 3 MFG) sind verpflichtet, Milch und Sahne, die sie in Verkehr bringen, an eine von der obersten Landesbehörde bestimmte *Molkerei* zu *liefern*, die ihrerseits verpflichtet ist, die angeordnete Milch und Sahne *abzunehmen* und der die Annahme von Milch und Sahne von anderen Milcherzeugern *verboten* ist. Die Summe der auf eine Molkerei bezogenen Entscheidungen der obersten Landesbehörde über die Lieferbeziehungen begründet das *Einzugsgebiet* der Molkerei und deren (Nachfrage-) Monopol. Die Milcherzeuger sind nicht verpflichtet, überhaupt Milch und Sahne zu liefern oder eine bestimmte Menge der Marktordnungsprodukte zu liefern. Sie können diese aber nur dadurch in Verkehr bringen (vermarkten), daß sie sie an die Molkerei liefern, der sie zugewiesen sind.

b. *Milchhändler* und *Molkereien*, die Milch zur Verarbeitung oder zum Weiterverkauf abnehmen wollen, sind verpflichtet, Milch, entrahmte Milch, Buttermilch und geschlagene Buttermilch nur von der *Molkerei* zu *beziehen*, die von der obersten Landesbehörde bestimmt worden ist; diese Molkerei ist ihrerseits verpflichtet, die genannten Produkte an die Milchhändler und Molkereien zu *liefern*, und es ist ihr *verboten*, andere Milchhändler und Molkereien zu beliefern. Die Summe der auf eine Molkerei bezogenen Entscheidungen der obersten Landesbehörde über die Absatzbeziehungen begründet das *Absatzgebiet* der Molkerei und deren (Angebots-) Monopol.

c. Die Lieferung des Marktordnungsprodukts von den Milcherzeugern an die Molkerei und die Abgabe der Marktordnungsprodukte von der Molkerei an die Händler und Molkereien erfolgen in Gestalt *privatrechtlicher* Rechtsgeschäfte (BGHZ 41, 271). Die Vertragsfreiheit der in die Marktordnung einbezogenen Produzenten, Molkereien und Händler ist jedoch durch die *öffentlich-rechtlich* angeordneten *Lieferpflichten* (der Milcherzeuger), *Abnahmepflichten* (der Molkerei gegenüber den Milcherzeugern), *Bezugspflichten* (der Händler und Molkereien) und *Lieferpflichten* (der Molkerei gegenüber den Händlern und Molkereien) beschränkt. Die von der obersten Landesbehörde bestimmte Molkerei besitzt in ihrem Einzugs- und Absatzgebiet ein kraft öffentlichen Rechts bestehendes Monopol. Kartellrechtlich ist sie ein *marktbeherrschendes Unternehmen*, dem die gesetzlich untersagten monopolistischen Praktiken nicht etwa deshalb erlaubt sind, weil ihre marktbeherrschende Stellung auf öffentlich-rechtlichen Bestimmungen beruht.

BGHZ 33, 259

Klage eines Milcherzeugers auf Aufnahme in die Molkereigenossenschaft, in deren Einzugsgebiet er ablieferungspflichtig ist. Die Klage war erfolglos.

Die beklagte Molkereigenossenschaft ist im Hinblick auf die §§ 1, 2 MFG in ihrem Einzugs- und Absatzgebiet ein marktbeherrschendes Unternehmen im Sinne des § 26 Abs. 2 GWB. § 100 Abs. 7 GWB stellte die in der Milch- und Fettwirtschaft tätigen Unternehmen nicht von dem Diskriminierungsverbot des § 26 Abs. 2 GWB

frei. Denn nach dieser Bestimmung findet das GWB nur insoweit keine Anwendung, als die Marktordnungsgesetze, darunter das MFG, eine nach dem Ersten Teil des GWB verbotene Wettbewerbsbeschränkung zulassen. Danach bleiben z. B. die Wettbewerbsbeschränkungen, die in der Festsetzung von Molkerei-Einzugsgebieten und Molkerei-Absatzgebieten mit Monopolcharakter und Kontrahierungszwang liegen, von den Verboten des GWB unberührt.

d. Der die Milchmarktordnung rechtfertigende Grund ist die *Versorgung* vor allem der städtischen Bevölkerung mit einer ausreichenden Menge von *hygienisch einwandfreier* Milch. Der polizeiliche Zweck der Volksgesundheit ist hier mit dem wirtschaftslenkenden Zweck der Versorgung verbunden.

Die durch die Milchmarktordnung bewirkten Einschränkungen der Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung, insbes. der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sind *verfassungsrechtlich* nicht angreifbar. Die in der gerichtlichen Praxis im Hinblick auf die Milchmarktordnung angestellten verfassungsrechtlichen Erwägungen haben eine allgemeine Bedeutung für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Marktordnungen.

#### BVerwGE 4, 95

Die marktregelnden Vorschriften der §§ 1, 8 MFG verstoßen nicht gegen das GG. Sie sind im Interesse der Volksgesundheit geboten. Das MFG will die Versorgung der Bevölkerung mit hygienisch einwandfreier Milch sicherstellen. Das MFG will der Volksgesundheit dienen, indem es auf einem ernährungswirtschaftlich ebenso wichtigen wie empfindlichen Gebiet die Versorgung namentlich der Großstädte mit Milch sichern will. Das System der gelenkten Milchlieferbeziehungen mit der Ordnung von Einzugs- und Absatzgebieten ist ein geeignetes Mittel, um sonst durchaus mögliche Störungen der Milchversorgung zu verhindern. Bei dieser Regelung hat der Gesetzgeber nicht nur die Belange der Milchverbraucher, sondern auch diejenigen der Milcherzeuger berücksichtigt.

#### BVerwG DVBl 66, 749

Klage eines Milhhändlers gegen eine Zuweisung an eine Molkerei nach § 2 MFG. Die Bestimmung des § 2 MFG steht auch insoweit mit den Art. 12, 14 GG im Einklang, als danach öffentlich-rechtliche Liefer- und Abnahmebeziehungen im Verhältnis zwischen einer Molkerei und einem Milhhändler festgesetzt werden können. Die Rationalisierung der Molkereien würde für sich allein die Ausdehnung der Marktordnung in dem hier streitigen Umfang nicht rechtfertigen. Sie ist aber die notwendige Voraussetzung, um die Versorgung der Bevölkerung mit einwandfreier Milch sicherstellen zu können. Die großen Investitionen, die eine Rationalisierung der Molkereien erfordert und deren Notwendigkeit um so stärker hervortritt, als die Verflechtung der Wirtschaftsbeziehungen in Europa zunimmt, lassen sich nur durchführen, wenn die Molkereien mit einem festen Kreis nicht nur von Lieferanten, sondern auch von Abnehmern rechnen können. Jede Marktordnung erfordert somit eine gewisse Starrheit, weil andernfalls wirtschaftliche Zielsetzungen nicht für die Zukunft voraus einkalkuliert werden können.

BVerfGE 18, 315/327

Im System einer grundsätzlich freien Wirtschaft stellt eine Marktordnung für bestimmte Produkte einen Fremdkörper dar. Mit ihrem Geflecht von Liefer- und Abnahmepflichten, Absatz- und Preisregelungen behindert sie erheblich die Freiheit des einzelnen, sein wirtschaftliches Verhalten nach Gutdünken einzurichten. Diese Einschränkungen der wirtschaftlichen Betätigungsfreiheit sind aber zulässig, soweit überwiegende Gründe des Gemeinwohls die Einführung einer Marktordnung rechtfertigen oder gar gebieten. Solche Gründe sind hier die Versorgung der Bevölkerung mit einwandfreier Milch als einem unentbehrlichen Volksnahrungsmittel in stets ausreichender Menge zu angemessenem Preis und die Erhaltung einer leistungsfähigen Landwirtschaft. Der Milchmarkt ist nach wie vor durch eine erhebliche Überproduktion gekennzeichnet; Milchproduzenten sind in großem Maße bäuerliche Familienbetriebe, auf deren Erhaltung die Agrarpolitik besonders bedacht ist. Unter diesen Umständen kann auf eine Marktordnung wenigstens zur Zeit schwerlich verzichtet werden; auch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft wird eine Marktordnung für Milch haben. Der einzelne an der Milchwirtschaft beteiligte Betrieb muß deshalb die mit der Marktordnung notwendig verbundenen Beschränkungen seiner wirtschaftlichen Freiheit hinnehmen. Diese Beschränkungen erscheinen um so eher zumutbar, als die beteiligten Betriebe auch die Vorteile der Marktordnung genießen.

2. Die Festlegung der Einzugs- und Absatzgebiete durch die Milchmarktordnung hindert die Molkereien und die Milcherzeuger, die jeweils günstigsten Absatzmöglichkeiten zu wählen. Wegen des höheren Preises, der für *Trinkmilch* gegenüber *Werkmilch* (für die Verarbeitung zu Milcherzeugnissen bestimmte Milch) erzielt wird, *begünstigt* die Marktordnung die Molkereien, deren Absatzgebiet einen größeren Anteil an Trinkmilchabsatz bietet (insbes. in städtischen Gebieten), und mittelbar die Milcherzeuger des Einzugsgebiets dieser Molkereien, und *benachteiligt* sie die Molkereien mit einem Werkmilchmarkt und mittelbar die Milcherzeuger in deren Einzugsgebiet. Ein anderer Faktor, der sich aus der Marktordnung ableitet und eine unterschiedliche Belastung der Molkereien hervorrufen kann, ist die Höhe der Kosten für den *Milchtransport* zu den Abnehmern, die vom Zuschnitt der Absatzgebiete abhängt.

Bei den *Milcherzeugern* kann die Milchmarktordnung insofern zu einer spezifischen Benachteiligung führen, als die Gegenleistung für die Milchablieferung (Milchgeldauszahlung; Nebenleistungen, wie z. B. Auswaschen der Milchkannen) und die Modalitäten der Milchablieferung (Selbsttransport oder Abholen der Milch durch die Molkerei; Kühlungskosten bei geringerer Frequenz des Abholens) bei der Molkerei, in deren Einzugsgebiet der Milcherzeuger liegt, ungünstiger sein können als bei anderen auch erreichbaren Molkereien. In entsprechender Weise können die einer Molkerei zugewiesenen Milchhändler durch deren Abgabepreise und -bedingungen benachteiligt sein.

Zur *Korrektur der durch die Marktordnung bewirkten Veränderungen der Wettbewerbssituation und der Verwertungsmöglichkeiten für die Markt-*



*ordnungsprodukte* stellt das MFG zwei besondere Lenkungsinstrumente zur Verfügung:

- (1) die *Ausgleichsabgaben und -zahlungen*, § 12 MFG;
- (2) die „*Umweisung*“ eines Milcherzeugers oder Milchhändlers zu einer anderen Molkerei oder eine sonstige Änderung der Liefer- und Absatzbeziehungen, § 8 MFG.

W. WEBER, Rechtsfragen der milchwirtschaftlichen Marktordnung, 1962; DICKE, Die wesentlichsten Elemente der milchwirtschaftlichen Marktordnung und ihre verfassungsrechtliche Zulässigkeit, DÖV 68, 163.

a. Das in § 12 MFG geregelte System des *Ertragsausgleichs* zwischen den Molkereien beruht auf dem Grundgedanken, daß die ertragsgünstiger arbeitenden Molkereien (i. d. R. die Trinkmilchbetriebe) mit einer *Ausgleichsabgabe* belastet werden, die an die Abgabe bestimmter günstig absetzbarer Marktordnungsprodukte anknüpft, und die weniger ertragsgünstig arbeitenden Molkereien (i. d. R. die Werkmilchbetriebe) aus dem gesondert verwalteten Aufkommen aus dieser Abgabe Ausgleichsleistungen („Zuschüsse“) erhalten. Es handelt sich dabei um einen gesetzlich erzwungenen, administrativ gesteuerten und administrativ vermittelten Ertragsausgleich der Milchwirtschaft, der zu einer „Annäherung der wirtschaftlichen Ergebnisse für Milcherzeuger und Molkereien“ führen soll (§ 12 Abs. 1 MFG).

Die Vorschrift des § 12 MFG ist mehrfach geändert worden. Während ursprünglich primär eine Landesausgleichsabgabe und nur ergänzend eine Bundesausgleichsabgabe erhoben wurde, bildet nach der geltenden Fassung des Gesetzes die Bundesausgleichsabgabe die Grundlage des Ertragsausgleichs.

Die aus verschiedenen Gründen erhobenen Zweifel an der *Verfassungsmäßigkeit der Ausgleichsregelung* sind von der gerichtlichen Praxis nicht als stichhaltig erkannt worden.

BVerwGE 6,134; die Verfassungsbeschwerde gegen dieses Urteil ist durch BVerfGE 18,315 zurückgewiesen worden; BVerfGE 24,1

Die *Ausgleichsabgabe* ist nicht eine finanzrechtliche öffentliche Abgabe; denn sie dient in keiner Hinsicht dem Finanzbedarf des Gemeinwesens und bildet auch nicht die Gegenleistung für besondere Vorteile oder Leistungen, die durch die Exekutive erbracht oder ermöglicht werden. Die Ausgleichsabgabe ist eine im Interesse eines bestimmten wirtschaftslenkenden Zwecks auferlegte öffentlich-rechtliche Geldleistungspflicht.

Götz, Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Ausgleichsabgaben, AöR 85, 1960, S. 200.

BVerfGE 18,315/328 f.

Die Ausgleichsabgabe erfüllt im Rahmen der Milchmarktordnung eine wichtige Funktion. Für die Milchwirtschaft ergeben sich aus dem Charakter des Produkts selbst,

insbes. seiner leichten Verderblichkeit, standortbedingte Vorteile und Nachteile für die Erzeuger und für die be- und verarbeitenden Betriebe. Die Regelung des Ertragsausgleichs knüpft hieran mit der Festsetzung von Einzugs- und Absatzgebieten und dem besonderen Schutz der Trinkmilchmärkte an; dadurch werden zwangsläufig einzelne Betriebe begünstigt, andere benachteiligt. Es liegt nahe, letzteren einen Ausgleich in Geld zu gewähren und die Mittel hierzu durch eine Abgabe der begünstigten Betriebe aufzubringen. Die Ausgleichsabgabe dient also nicht der Gewinnung von Mitteln für den allgemeinen Finanzbedarf des Staates. Sie soll vielmehr innerhalb der in die Marktordnung einbezogenen und durch sie auf besondere Weise wirtschaftlich verbundenen Betriebe einen annäherungsweise Ausgleich der Erträge herbeiführen; es handelt sich gewissermaßen um eine erzwungene Selbsthilfe der Wirtschaft. Die Ausgleichsabgabe ist also ihrer Idee und Funktion nach eine Abgabe besonderer Art, keine Steuer. Dem entspricht ihre rechtliche Ausgestaltung: sie fließt nicht in die Staatskasse und wird nicht von den Finanzbehörden verwaltet, sondern sie wird in besonderen Fonds in den Händen des Bundesernährungsministers und der obersten Landesbehörden für Ernährung und Landwirtschaft angesammelt; das Aufkommen muß in voller Höhe für die Zwecke des Ausgleichs verwendet werden. Der Staat erhebt die Abgabe nicht für sich, er stellt sie deshalb auch nicht als Einnahme in seinem Haushalt ein; er tritt nur als Vermittler der innerhalb dieses geschlossenen Wirtschaftskreises erfolgenden Zahlungen auf.

Da die Ausgleichsabgabe somit gänzlich außerhalb des Bereichs des Finanzrechts bleibt, bestimmt sich die Kompetenz des Bundesgesetzgebers zu ihrer Erhebung nicht aus Art. 105 GG, sondern nach den Vorschriften über die Zuständigkeit zur Gesetzgebung im Bereich des Wirtschafts- und Landwirtschaftsrechts (Art. 74 Nr. 11 und 17). Daß der Bundesgesetzgeber befugt ist, ordnend und klärend in das Wirtschaftsleben einzugreifen, und daß er in diesem Zusammenhang auch Geldleistungen auferlegen kann, hat das BVerfG bereits im Investitionshilfe-Urteil (BVerfGE 4,7/13) ausgesprochen; in seiner Entscheidung zum Preisgesetz hat es die Ausgleichsabgabe als besonderes Instrument der Wirtschaftslenkung genannt (BVerfGE 8,274/317). Auch im Schrifttum ist außer Streit, daß derartige Abgaben zwar öffentlich-rechtliche Geldleistungspflichten, aber nicht Abgaben im Sinne des Finanzrechts sind (vgl. Götz, Wirtschaftsverwaltungsrechtliche Ausgleichsabgaben, AöR 85 S. 200 ff. und das dort zitierte Schrifttum; W. Weber, Rechtsfragen der milchwirtschaftlichen Marktordnung, 1962 S. 14 ff.; Rinck, Wirtschaftsrecht, 1963, Rdnr. 451 ff.).

b. Die Aufhebung der Vertragsfreiheit der Milcherzeuger, Molkereien und Milhhändler hinsichtlich der Auswahl ihrer Vertragspartner durch die *Festlegung öffentlich-rechtlicher Liefer- und Abnahmebeziehungen* und die dadurch bewirkte wettbewerbsbeschränkende Starrheit der Milchmarktordnung werden durch die Regelung der „Umweisung“ in § 8 MFG einer Korrekturmöglichkeit unterworfen. Diese Bestimmung verpflichtet die Exekutive zu einer *Änderung der Marktordnungsbeziehungen*, insbes. zu der Umweisung eines Milcherzeugers oder eines Milhhändlers von einer Molkerei zu einer anderen, sofern eine solche Maßnahme im Interesse der Allgemeinheit oder, soweit keine schwerwiegenden Allgemeininteressen entgegenstehen, eines oder

mehrerer Beteiligter geboten erscheint; hierbei sind die Grundsätze des gesunden Wettbewerbs zu beachten.

Die gerichtliche Praxis hat diese Regelung unter besonderer Berücksichtigung des Umstandes ausgelegt, daß die Marktordnung die Beteiligten in ihrer Freiheit der wirtschaftlichen Disposition und ihrer Berufsfreiheit nur soweit einschränken dürfe, als es für die mit der Milchmarktordnung verfolgten Ziele geboten ist. Diese Richtlinie hat zu einer besonderen Betonung der „Grundsätze eines gesunden Wettbewerbs“ (§ 8 Abs. 1 Satz 2 MFG) geführt, derart, daß durch eine bestehende Festlegung von Liefer- oder Abnahmebeziehungen hervorgerufene Nachteile, z. B. die deutlich ungünstigere Milchgeldauszahlung einer schlecht wirtschaftenden Molkerei, durch eine Umweisung auszugleichen sind, wenn das auf diesem Wege möglich ist, wenn also z. B. eine andere Molkerei mit deutlich günstigerer Milchgeldauszahlung als Umweisungsadressat in Betracht kommt.

BVerwGE 17,127; BVerwG DVBl 66,749; BVerwG DVBl 66,751.

BVerwG DVBl 66,751

Wie der Wortlaut des § 8 MFG unter Berücksichtigung einer dem Grundrecht der Berufsfreiheit in Art. 12 Abs. 1 GG Rechnung tragenden Auslegung ergibt, ist die Bindung des Milcherzeugers wie auch der anderen an der Marktordnung Beteiligten auf das notwendige Mindestmaß beschränkt worden. Der Chance jedes Milcherzeugers, bei einer anderen Molkerei günstigere Milchgeldpreise zu erzielen, muß besonderes Gewicht beigemessen werden und dieser Umstand ist bei der im Rahmen des § 8 MFG vorzunehmenden Interessenabwägung zu berücksichtigen. Diesem Bestreben der Milcherzeuger könnte allerdings ein Interesse der Allgemeinheit entgegenstehen, wenn infolge des Wegfalls einer der Milcherzeuger die Versorgungsgrundlage der Molkerei stark vermindert würde und zu befürchten wäre, daß der Betrieb wegen fehlender Rentabilität zum Erliegen kommen müßte.

Die Verkleinerung des Molkereieinzugsgebiets infolge einer Verfügung, die auf Grund von § 8 MFG ergeht, stellt keinen enteignenden Eingriff dar. Denn eine Molkerei erhält durch die Schaffung öffentlich-rechtlicher Beziehungen nicht eine eigentumsähnliche öffentlich-rechtliche Position, die der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG unterliegt. Die Bindung, der der Milcherzeuger unterliegt, ist von vornherein mit der Einschränkung verbunden, daß berechnete Privatinteressen, die auf eine Änderung gerichtet sind, nur dann zurüctreten müssen, wenn dadurch das Ziel der Marktregelung gefährdet würde.

Die Umweisung ist ihrem Inhalt nach ein *Verwaltungsakt mit Drittwirkung*. Beispielsweise wird durch die Umweisung eines Milcherzeugers dieser und die Molkerei, der er zugewiesen wird, begünstigt, die Molkerei dagegen, deren Einzugsgebiet verkleinert wird, belastet. In diesem Fall ist die Molkerei, die den Milcherzeuger verliert, zur *Anfechtungsklage* gegen die Umweisung befugt (§ 42 Abs. 2 VwGO) und sind der begünstigte Milcherzeuger und die

Molkerei, der er zugewiesen worden ist, in dem Verwaltungsprozeß *beizuladen* (§ 65 Abs. 2 VvGO).

Hinsichtlich der Aufhebung der Lieferbeziehungen zu der alten Molkerei ist die Umweisung *kein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung*. Das hat zur Folge, daß für die gerichtliche Entscheidung über die Anfechtungsklage der alten Molkerei gegen die Umweisung die *Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung* maßgebend ist, also etwa eine nachträgliche Verbesserung der Milchgeldauszahlung seitens der klagenden Molkerei nicht berücksichtigt werden kann. Ist allerdings im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung die Umweisung *noch nicht vollzogen*, ist die zu diesem Zeitpunkt gegebene Sach- und Rechtslage maßgebend, sind also Änderungen zu berücksichtigen; denn der noch nicht vollzogene Verwaltungsakt, dessen Wirkungen ja mangels Vollzugs noch nicht abgeschlossen sind, steht für diese Frage dem Verwaltungsakt mit Dauerwirkung gleich.

BVerwGE 28, 292

Die Umweisung ist, soweit durch sie die öffentlich-rechtlichen Liefer- und Abnahmebeziehungen zwischen der Molkerei und ihren Lieferanten zum Erlöschen gebracht werden, kein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung. Ob der Teil des Verwaltungsaktes, durch den gleichzeitig öffentlich-rechtliche Liefer- und Annahmebeziehungen zwischen Milchlieferanten und einer anderen Molkerei begründet werden, ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung ist, kann offenbleiben. Denn die Klägerin (die Molkerei) ficht den Verwaltungsakt nur an, soweit er sie selbst betrifft.

Die Aufhebung von milchwirtschaftlichen Liefer- und Annahmebeziehungen erfolgt durch gestaltenden Verwaltungsakt. Ein gestaltender Verwaltungsakt äußert eine andersartige Wirkung als ein befehlender Verwaltungsakt. Wird durch einen Verwaltungsakt ein Rechtsverhältnis begründet oder beendet, so hat er sich *dadurch selbst verzehrt*. Die Frage, ob ihn die Behörde nach Änderung der Sach- und Rechtslage aufrechterhalten darf, kann sich bei ihm nicht stellen. Erloschene milchwirtschaftliche Beziehungen können nicht einfach dadurch wieder zum Leben erweckt werden, daß der Verwaltungsakt, durch den sie beendet worden sind, aufgehoben wird. Sie müssen vielmehr neu begründet werden. Das aber würde voraussetzen, daß die nunmehr bestehenden öffentlich-rechtlichen Beziehungen des Milcherzeugers zur anderen Molkerei gelöst werden, was nicht allein deswegen zulässig ist, weil sich die Sach- oder Rechtslage geändert hätte.

## K. Wirtschaftliche Selbstverwaltung

### I. Staatliche Wirtschaftsverwaltung und Selbstverwaltung der Wirtschaft

Die administrativen Aufgaben und Befugnisse auf dem Gebiet der Wirtschaftsverwaltung werden in erster Linie von den *Behörden des Staates* (des Bundes und der Länder) wahrgenommen. Dem *Bundesministerium für Wirtschaft* kommt für die Formulierung der Wirtschaftspolitik, für die Vorbereitung der Gesetzesinitiative der Bundesregierung in den wirtschaftsrechtlichen Materien, zu deren Regelung dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zusteht (insbes. „Recht der Wirtschaft“, Art. 74 Nr. 11 GG), und für die Vorbereitung oder den Erlaß von wirtschaftsrechtlichen Rechtsverordnungen die führende Stellung zu.

RANDEL, Das Bundesministerium für Wirtschaft, 1966.

Neben den staatlichen Behörden der Wirtschaftsverwaltung bestehen gesetzlich geschaffene Einrichtungen einer *Selbstverwaltung der Wirtschaft* in Gestalt von *Körperschaften des öffentlichen Rechts*.

SCHUENER, Wirtschaftliche und soziale Selbstverwaltung, DÖV 52, 609, E. R. HUBER, Selbstverwaltung der Wirtschaft, 1958; W. REUSS, Die Organisation der Wirtschaft, in: Die Grundrechte, III/1, 1958, S. 91; BALLERSTEDT, Wirtschaftsverfassungsrecht, ebd., S. 1/24 ff.; BREMER, Das Kammerrecht der Wirtschaft, 1960; W. WEBER, Staats- und Selbstverwaltung in der Gegenwart, 2. Aufl., 1967, S. 142 ff.; BROHM, Strukturen der Wirtschaftsverwaltung, 1969.

Die Beteiligung der organisierten Interessen des Wirtschaftslebens an der Wirtschaftsverwaltung beschränkt sich nicht auf die Erledigung eigener Angelegenheiten in den Formen körperschaftlicher Selbstverwaltung und die Erfüllung staatlicher Aufgaben durch die Wahrnehmung übertragener Angelegenheiten der Selbstverwaltungskörperschaften. In erheblichem Umfang geschieht sie auch dadurch, daß staatlichen Behörden der Wirtschaftsverwaltung von den betroffenen Wirtschaftskreisen beschiedene Gremien („Beiräte“ o. ä.) zugeordnet sind, die beratend oder beschließend an der Ausübung der staatlichen Aufgaben und Befugnisse mitwirken.

Beispiele: Frachenausschüsse der Binnenschifffahrt gem. §§ 22 ff. BinnenschifffahrtsG (BVerwGE 31,359); Landesvereinigungen der Milchwirtschaft gem. § 14 MFG. E.-W. BÖCKENFÖRDE, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 1964, S. 249 ff.

1. Der Ausdruck „Selbstverwaltung der Wirtschaft“ („wirtschaftliche Selbstverwaltung“) hat keine festliegende Bedeutung. In Anknüpfung an die Idee und die Institutionen der kommunalen Selbstverwaltung, in denen die bürgerliche Gesellschaft im 19. Jahrhundert ein Feld politischer Bestimmung und Selbstbestimmung in den Gemeindeangelegenheiten gewann, wurde nach dem 1. Weltkrieg der Gedanke der Selbstverwaltung auch als Prinzip der Organisation der „Wirtschaftsgesellschaft“ in Anspruch genommen. Unter dem sehr allgemeinen Namen der Selbstverwaltung der Wirtschaft trafen Vorstellungen der Genossenschaftsbewegung, der berufsständischen Organisation, der korporativen Staatsidee, der sozialistischen Rätebewegung und der „Wirtschaftsdemokratie“ zusammen. Die Wirksamkeit dieser Vorstellungen wurde dadurch begünstigt, daß die aus der wohlfahrtsstaatlichen Umorientierung der Staatsaufgaben hervorgehende „Verstaatlichung der Gesellschaft“ notwendig die Legitimität, Kreation und Kontrolle der politischen Gewalt in Richtung einer „Vergesellschaftung des Staates“ veränderte. „Je weiter der Rechtsstaat in die Arbeits- und Güterwelt eindringt, desto notwendiger wird die Beseitigung der staatseigenen zugunsten einer Selbstverwaltung“ (HERMANN HELLER, Rechtsstaat oder Diktatur? 1930).

GLUM, Selbstverwaltung der Wirtschaft, 1924.

Der gemeinsame *Grundgedanke* einer Besorgung der öffentlichen Angelegenheiten je einzelner Produktionseinheiten, Wirtschaftszweige oder des gesamten Wirtschaftslebens durch nichtstaatliche körperschaftliche Zusammenschlüsse der Betroffenen verdeckt die Vielfalt der eine wirtschaftliche Selbstverwaltung fordernden oder befürwortenden Interessen, Konzepte und Ideologien. Dementsprechend ist dieser Grundgedanke auch nicht auf eine bestimmte rechtliche Organisationsform der „wirtschaftlichen Selbstverwaltung“ beschränkt. Er kann sich in privatrechtlichen Vereinigungen und Körperschaften des öffentlichen Rechts, in der Gestaltung der Betriebs- und Unternehmensverfassung und in den Verbänden des kollektiven Arbeitsrechts und ihrer „Autonomie“, in einem durchgehenden politisch-ökonomischen Räte-system, einem autoritären „*stato corporativo*“ und in einer berufsständisch-syndikalistischen zweiten Kammer neben dem Parlament verwirklichen. Aus dieser Heterogenität läßt sich ein Rechtsbegriff der Selbstverwaltung der Wirtschaft nicht ableiten.

In der *Weimarer Reichsverfassung* finden sich programmatische Regelungen über Einrichtungen der wirtschaftlichen Selbstverwaltung in Art. 165 (Arbeiterräte, Wirtschaftsräte) und in Art. 156 (gemeinwirtschaftliche Selbstverwaltungsträger sozialisierter Wirtschaftszweige); vgl. oben A II. Nach dem 2. Weltkrieg haben die neuen *Landesverfassungen* den Gedanken der wirtschaftlichen Selbstverwaltung wieder aufgenommen, als allgemeines Prinzip beispielsweise die Art. 154, 176 BayVerf.

Art. 154 BayVerf

Die auf demokratischer Grundlage aus den Kreisen der Berufsverbände gewählten Selbstverwaltungsorgane der Wirtschaft nehmen an den wirtschaftlichen Gestaltungsaufgaben teil. Das Nähere bestimmt ein Gesetz.

Art. 176 BayVerf

Die Arbeitnehmer als gleichberechtigte Glieder der Wirtschaft nehmen zusammen mit den übrigen in der Wirtschaft Tätigen an den wirtschaftlichen Gestaltungsaufgaben teil.

In Anlehnung an die in Art. 165 WeimRVerf vorgesehenen Wirtschaftsräte, in denen Vertreter der Unternehmer und der Arbeitnehmer zusammenwirken sollten, haben Bremen (Art. 46 BremVerf, Gesetz vom 23. Juni 1950, GVBl. S. 71) und Rheinland-Pfalz (Art. 71 ff. VerfRhPfalz, Gesetz vom 21. April 1949, GVBl. I S. 141) *Wirtschaftskammern* errichtet. Das GG hat lediglich in Übereinstimmung mit Art. 156 WeimRVerf eine gemeinwirtschaftliche Selbstverwaltung für sozialisierte Produktionsmittel in Betracht gezogen (Art. 15).

Unter Berufung auf berufsständische oder wirtschaftsdemokratische Vorstellungen ist mehrfach eine quasiparlamentarische Repräsentation der organisierten Interessen der Wirtschaft in einem „*Bundeswirtschaftsrat*“ gefordert worden, der beratend oder beschließend an der Wirtschafts- und Sozialgesetzgebung beteiligt sein würde. Als Vorbilder dafür dienen der Reichswirtschaftsrat der Weimarer Republik, die Wirtschaftsräte in einigen westeuropäischen Verfassungen (der französische Wirtschafts- und Sozialrat, der italienische Nationalrat für Wirtschaft und Arbeit) und neuerdings der Beratende Ausschuß der EGKS und der Wirtschafts- und Sozialausschuß von EWG und EAG.

SEIDENFUS, Gedanken zur Errichtung eines Bundeswirtschaftsrates, 1962; SPERLING, Wirtschaftsräte im europäischen Verfassungssystem, 1965; STEPHAN, Berufsverbände und Institutionen der französischen Demokratie in der Vierten und Fünften Republik, JöR 18, 1969, S. 95; ZELLENTIN, Der Wirtschafts- und Sozialausschuß der EWG und Euratom, 1962; RITTSTIEG, Wirtschaftsverbände und europäische Gemeinschaften, 1967.

2. Wirtschaftsverwaltungsrechtlich versteht man unter „Selbstverwaltung der Wirtschaft“ in der Regel nur die als „*Kammern*“ organisierten *Selbstverwaltungskörperschaften der gewerblichen Wirtschaft* (Industrie- und Handelskammern, Handwerkskammern) und der *Landwirtschaft* (Landwirtschaftskammern). Die auf dem gleichen Prinzip beruhenden Kammern der *freien Berufe*, die wegen der von ihnen angebotenen gehobenen Dienstleistungen außerhalb des Gewerberechts stehen, z. B. der Ärzte, Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer, werden als ein besonderer Bereich der *berufsständischen Selbstverwaltung* angesehen.

a. Die Kammern der wirtschaftlichen Selbstverwaltung sind bei einer formalen und organisationsrechtlichen Betrachtung Verwaltungsträger der *mittelbaren Staatsverwaltung* mit einem bestimmten Bezirk, die für die Vertretung der Interessen und die Wahrnehmung gemeinsamer Angelegenheiten ihrer körperschaftlich zusammengeschlossenen Mitglieder das Recht der Selbstverwaltung besitzen, ihren Aufwand durch Beiträge bestreiten und unter Staatsaufsicht stehen. Die Einordnung dieser Körperschaften in den organisationsrechtlichen Begriff der „mittelbaren Staatsverwaltung“ ist deshalb mißverständlich, weil sie ihre Entstehung und Rechtfertigung nicht, wie die typischen Einheiten der mittelbaren Staatsverwaltung, dem Organisationsprinzip der *Dezentralisation* verdanken, d. h. dem Bestreben, eine Verwaltungsaufgabe durch Ausgliederung aus der bürokratischen und hierarchischen unmittelbaren Staatsverwaltung besser erledigen zu können.

FORSTHOFF, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 9. Aufl., 1966, § 24.

Das die körperschaftliche Selbstverwaltung der Wirtschaft rechtfertigende öffentliche Interesse geht einerseits dahin, die *kollektive Interessenwahrung* in einzelnen Wirtschaftszweigen durch die öffentlich-rechtliche Organisation der Interessenten zu begünstigen und bis zu einem gewissen Grade zu disziplinieren, und zielt andererseits auf eine *formalisierte Nutzbarmachung des Sachverstandes* der organisierten Interessen.

Zur Verfolgung der „legitimen Aufgabe der Förderung der Wirtschaft“ mit Hilfe der körperschaftlichen Selbstverwaltung der Wirtschaft ist die *Zwangsmitgliedschaft*, die zugunsten der Kammern gesetzlich begründet ist, erforderlich, so daß die nach Art. 2 Abs. 1 GG zu beurteilende „Verkammerung“ der Wirtschaft in dem gegenwärtig bestehenden Umfang verfassungsrechtlich erlaubt ist.

BVerfGE 15, 235 für die Industrie- und Handelskammern.

b. Die **Industrie- und Handelskammern** (Gesetz zur vorläufigen Regelung des Rechts der Industrie- und Handelskammern vom 18. Dezember 1956, BGBl. I S. 920) haben die Aufgabe, das Gesamtinteresse der ihnen zugehörigen Gewerbetreibenden wahrzunehmen, für die Förderung der gewerblichen Wirtschaft zu wirken und dabei die wirtschaftlichen Interessen einzelner Gewerbezweige oder Betriebe abwägend und ausgleichend zu berücksichtigen. Dabei obliegt es ihnen insbes., durch Vorschläge, Gutachten und Berichte die Behörden zu unterstützen und zu beraten sowie für die Wahrung von „Anstand und Sitte des ehrbaren Kaufmanns“ zu wirken.

*Kammerzugehörige*, die durch Beiträge die Kosten der Errichtung und Tätigkeit der Kammern aufzubringen haben, sind natürliche Personen, Handelsgesellschaften, andere nicht rechtsfähige Personenmehrheiten und juristische Personen des privaten und öffentlichen Rechts, welche im Kammerbezirk ent-



weder eine gewerbliche Niederlassung oder eine Betriebsstätte oder eine Verkaufsstelle unterhalten und mit dieser gewerbsteuerpflichtig sind. Von der Pflichtmitgliedschaft ausgenommen sind die nicht in das Handelsregister eingetragenen freiberuflich tätigen Personen und Inhaber land- oder forstwirtschaftlicher Betriebe sowie die Inhaber von Handwerksbetrieben und von handwerksähnlichen Betrieben.

FRENTZEL/JÄCKEL, IHKG, 2. Aufl., 1961; W. FISCHER, Unternehmerschaft, Selbstverwaltung und Staat, 1964; LEIBHOLZ, Die Stellung der Industrie- und Handelskammern in Gesellschaft und Staat, 1966; FRENTZEL/JÄCKEL, Die dt. Industrie- und Handelskammern und der Dt. Industrie- und Handelstag, 1967; IPSEN, Berufsausbildungsrecht für Handel, Gewerbe und Industrie, 1967.

c. Die **Handwerkskammern** haben die Wahrung und Förderung der Interessen des Handwerks zur Aufgabe (§§ 90 ff. HandwO). Ihre Mitglieder sind die selbständigen Handwerker und die Inhaber handwerksähnlicher Betriebe im Kammerbezirk sowie die Gesellen und Lehrlinge dieser Gewerbetreibenden.

FRÖHLER, Die Staatsaufsicht über die Handwerkskammern, 1957; CHESI, Struktur und Funktionen der Handwerksorganisation in Deutschland seit 1933, 1966; KOLBENSCHLAG/PATZIG, Die dt. Handwerksorganisation, 1968.

Die *Handwerksinnungen* stellen einen freiwilligen Zusammenschluß der selbständigen Handwerker desselben Handwerks oder verwandter Handwerke auf der Kreisebene dar und sollen die gemeinsamen gewerblichen Interessen ihrer Mitglieder fördern (§§ 52 ff. HandwO). Sie werden von der zuständigen Handwerkskammer beaufsichtigt (§ 75 HandwO) und sind fachlich zu Landesinnungsverbänden (§ 79 HandwO) und örtlich zu Kreishandwerkerschaften (§ 86 HandwO) zusammengeschlossen.

Die Handwerksinnung ist eine Körperschaft des öffentlichen Rechts, die Landesinnungsverbände und die Kreishandwerkerschaften sind dagegen in Rechtsformen des Privatrechts organisiert.

## II. Fall

(nach OVG Lüneburg Urteil vom 28. Januar 1970 IV OVG A 33/69)

Bei Rechtsanwalt Dr. Klaus Schreiber ging am 23. Juni 1970 folgendes Schreiben des Verbandes des neuzeitlichen Reinigungsgewerbes e. V. ein:

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt,  
in einer für uns grundsätzlichen Streitsache möchten wir uns an Sie mit der Bitte um Rechtsrat wenden.

Eines unserer Mitglieder, Herr Fritz Reinlich, betreibt in H. ein größeres Schnell-Reinigungs-Unternehmen mit mehreren Filialen im ganzen Stadtgebiet. In den Filialen werden die von den Kunden abgelieferten Kleidungsstücke maschinell gereinigt und dann schrankfertig gebügelt. Besondere Verfleckungen werden individuell mit chemischen Mitteln entfernt.

Mit Schreiben vom 18. Juni 1970 teilte die Handwerkskammer H. Herrn Reinlich unter Berufung auf §§ 20, 10 Abs. 1, 11 HandwO mit, daß sie beabsichtige, ihn in das Verzeichnis der Inhaber handwerksähnlicher Betriebe einzutragen. Dagegen haben wir in Vollmacht des Herrn Reinlich Widerspruch eingelegt. Herr Reinlich ist Mitglied der Industrie- und Handelskammer und es ist sicher rechtswidrig, wenn ihn nun auch noch die Handwerkskammer als Mitglied in Anspruch nehmen will, zumal der Betrieb offensichtlich nicht handwerklichen, sondern industriellen Charakter hat. Der Vorgang erklärt sich möglicherweise aus der Novelle zur Handwerksordnung vom 9. September 1965 (BGBl. I S. 1254), durch die die „Schnellreiniger“ zu einem handwerksähnlichen Gewerbe erklärt worden sind.

Nach unserer Auffassung ist die durch die genannte Novelle bewirkte Einbeziehung der Schnellreiniger in die Handwerksorganisation verfassungswidrig; außerdem ist das Schreiben der Handwerkskammer auch deshalb rechtswidrig, weil der Betrieb des Herrn Reinlich rein industriell ist.

Wir wären Ihnen sehr zu Dank verbunden, wenn Sie uns zu einer Besprechung zur Verfügung stehen könnten, in der Sie uns über die Aussichten einer Verwaltungsklage und einer Verfassungsbeschwerde beraten würden. Da die Sache von grundsätzlicher Bedeutung ist, möchten wir auch gern wissen, ob wir diese beiden Prozesse in eigenem Namen führen könnten.

Mit dem Ausdruck vorzüglicher Hochachtung  
gez. Scharf

Für die Besprechung mit dem Verband ist eine Notiz als Unterlage der erbetenen Rechtsberatung zu entwerfen.

## I. Materiellrechtliche Rechtslage

1. Schreiben der Handwerkskammer ist Mitteilung i. S. d. §§ 20, 11 HandwO, mit der folgende Feststellungen getroffen werden:

- (1) R. ist verpflichtet, sich in das Verzeichnis der Inhaber handwerksähnlicher Betriebe eintragen zu lassen, § 19 Abs. 1 HandwO;
- (2) R. ist Mitglied der Handwerkskammer, § 90 Abs. 2 HandwO.

Die Vorschriften über die handwerksähnlichen Gewerbebetriebe wurden durch die Novelle vom 9. 9. 1965 in die HandwO eingefügt:

- (1) Einbeziehung dieser Gewerbebetriebe in die wirtschaftliche Selbstverwaltung des Handwerks durch Begründung einer Pflichtmitgliedschaft in der Handwerkskammer.
- (2) Beschränkungen des Zugangs zu den handwerksähnlichen Gewerben wurden nicht eingeführt.

2. Vorgeschichte und größerer Zusammenhang:

a. *Das Steueränderungsgesetz 1961* vom 13. Juli 1961 (BGBl. I S. 981) hob im Interesse der Förderung des Mittelstandes den Freibetrag bei der Gewerbesteuer, soweit diese vom Gewerbeertrag erhoben wird (daneben dient als Grundlage der Gewerbebesteuerung das Gewerkekaptal und unter bestimmten Voraussetzungen die Lohnsumme), von DM 2400,— auf DM 7200,— an.

Die Zwangsmitgliedschaft bei der Industrie- und Handelskammer knüpft u. a. an

die Gewerbesteuerpflichtigkeit an (§ 2 Abs. 1 IHKG). An sich gewerbesteuerpflichtige Personen, die zur Zahlung von Gewerbesteuer nicht verpflichtet waren (z. B. weil sie unter den vorgesehenen Freibeträgen blieben), waren der Zwangsmitgliedschaft nicht unterworfen (§ 2 Abs. 6 a. F. IHKG).

Dementsprechend hätte die gewerbesteuerrechtliche Regelung des StÄndG 1961 die kammerrechtliche Nebenwirkung haben müssen, daß sich die Zahl der durch § 2 Abs. 6 a. F. IHKG von der Kammerzugehörigkeit ausgenommenen Kleingewerbetreibenden beträchtlich vergrößerte.

b. Zur Vermeidung der *kammerrechtlichen* Auswirkungen der Änderung des Gewerbesteuerrechts sah das StÄndG 1961 vor:

- (1) Art. 22: Streichung des § 2 Abs. 6 a. F. IHKG, d. h. Kammerzugehörigkeit aller Kleingewerbetreibenden.
- (2) Art. 23: Art. 22 gilt nicht für Personen, die ein handwerksähnliches Gewerbe betreiben.

(Zur Entstehungsgeschichte dieser Bestimmungen, die auch für die Technik des Verbandseinflusses aufschlußreich ist: Regierungsentwurf, Begründung, Im einzelnen, zu Art. 16, BTag 3. WP Drucks. 2573; Sten. Ber. 3 WP, S. 8969 D ff., 9014 B, 9059 D)

Die Art. 22, 23 StÄndG 1961 hatten folgende rechtliche Wirkungen:

- (1) Inhaber handwerksähnlicher Betriebe, die nicht zum Kleingewerbe i. S. d. § 2 Abs. 6 a. F. IHKG gehörten, blieben Pflichtmitglieder der Industrie- und Handelskammer.
- (2) Inhaber kleingewerblicher handwerksähnlicher Betriebe waren nach wie vor Pflichtmitglieder weder der Industrie- und Handelskammer noch der Handwerkskammer, was die Fortsetzung der bisherigen Praxis der fachlichen Betreuung durch die Handwerkskammern ermöglichte.

c. Weiterentwicklung der Rechtsstellung der Inhaber handwerksähnlicher Betriebe im Hinblick auf ihre *Einfügung in die Körperschaftliche Selbstverwaltung der gewerblichen Wirtschaft* durch die Novelle vom 9. 9. 1965:

- (1) Inhaber handwerksähnlicher Betriebe werden ohne Rücksicht auf ihre Verpflichtung zur Zahlung von Gewerbesteuer Pflichtmitglieder der Handwerkskammer.
- (2) Derselben Technik folgend, die die HandwO für die gesetzliche Umschreibung des Begriffs des Handwerksbetriebs befolgt hat (§ 1 Abs. 2 in Verb. mit Anlage A), wird die Frage, ob ein Gewerbebetrieb im Einzelfall ein handwerksähnlicher Betrieb ist, davon abhängig gemacht (§ 18 Abs. 2),
  - (a) daß er seiner Eigenart nach einer der abstrakt als handwerksähnlich möglich vertypen gewerblichen Tätigkeiten zugerechnet werden kann (Anlage B) und
  - (b) daß er eine handwerksähnliche Betriebsform aufweist.

d. Der neue Begriff des *handwerksähnlichen Gewerbebetriebs*, der hauptsächlich für die Einordnung bestimmter Gewerbebetriebe in die eine oder die andere Organisation der Körperschaftlichen Selbstverwaltung der gewerblichen Wirtschaft, nicht aber für das Handwerkszulassungsrecht von Bedeutung ist, setzt den-

noch die für das Handwerkszulassungsrecht maßgebende Unterscheidung von Handwerk und Industrie voraus.

Die Anknüpfung an die für das Handwerkszulassungsrecht wesentlichen Kategorien geschieht in der Weise, daß für den Bereich der pflichtmitgliedschaftlichen körperschaftlichen Selbstverwaltung solche industrielle Betriebe, die als handwerksähnlich zu qualifizieren sind, dem Handwerk zugerechnet werden. Für den Bereich der wirtschaftlichen Selbstverwaltung, und nur für diesen, bedeutet das praktisch eine Erweiterung des Kreises des Handwerks zu Lasten des Kreises der Industrie auf dem Wege der Abschwächung der Merkmale des Handwerksbegriffs.

Vgl. den Schriftlichen Bericht des Ausschusses für Mittelstandsfragen zum Entwurf der Novelle vom 9. 9. 1965, BTag, zu Drucks. IV/3461, I. 9.

Der Begriff des *Handwerks* — abgegrenzt von dem Begriff der Industrie — ist seiner ihm vom Regelungsprogramm der HandwO zugewiesenen Funktion nach zulassungsrechtlich, d. h. er gibt den sachlichen Geltungsbereich des Handwerkszulassungsrecht an, und er ist an Art. 12 Abs. 1 GG orientiert, d. h. will die Gewerbebetriebe erfassen, für die nach den allgemeinen Zielen der Handwerkspolitik ein Sachkundenachweis in Gestalt des großen Befähigungsnachweises (§ 7 HandwO) erforderlich ist (BVerfGE 13, 97). Da sich aber die rechtliche Bedeutung des Begriffs des handwerksähnlichen Gewerbebetriebs im wesentlichen darin erschöpft, die Zugehörigkeit zur Handwerkskammer auf der einen Seite und zur Industrie- und Handelskammer auf der anderen Seite abzuschneiden, es sich also um einen kammerrechtlichen Begriff handelt, können die unter zulassungsrechtlichem Blickwinkel entwickelten Grundsätze für die Unterscheidung von Handwerk und Industrie nicht für die Abgrenzung der handwerksähnlichen Gewerbebetriebe von den anderen industriellen Gewerbebetrieben herangezogen werden.

e. Das Schreiben des Verbandes des neuzeitlichen Reinigungsgewerbes geht somit in zweierlei Hinsicht von unzutreffenden Voraussetzungen aus:

- (1) Wenn R. durch die Novelle vom 9. 9. 1965 Mitglied der Handwerkskammer geworden sein sollte, dann ist er von diesem Zeitpunkt an nicht mehr Mitglied der Industrie- und Handelskammer. Er unterläge nicht etwa einer doppelten Pflichtmitgliedschaft. R. bliebe es jedoch unbenommen, freiwillig Mitglied der Industrie- und Handelskammer zu bleiben (§ 2 Abs. 3 IHKG).
- (2) Daraus, daß der Betrieb des R. industriellen Charakter habe, könnte nicht geschlossen werden, daß er kein handwerksähnlicher Gewerbebetrieb sei. Diese Charakterisierung, sofern sie zuträfe, würde nur zur Folge haben, daß der Betrieb kein Handwerksbetrieb wäre. Dies aber ist gerade eine Voraussetzung dafür, daß es sich um einen handwerksähnlichen Betrieb handelt.

### 3. *Verfassungsmäßigkeit* der Einbeziehung der handwerksähnlichen Betriebe in die körperschaftliche Selbstverwaltung des Handwerks (§§ 18 Abs. 2, 90 Abs. 2 HandwO)?

a. Der Einwand, die gesetzlich begründete Pflichtmitgliedschaft der Inhaber handwerksähnlicher Betriebe bei der Handwerkskammer verletze die Verfassung,

ist auch gegen den Bescheid nach §§ 20, 11 HandwO zulässig, durch den einem Gewerbetreibenden die Absicht der Handwerkskammer mitgeteilt wird, ihn in das Verzeichnis der Inhaber handwerksähnlicher Betriebe einzutragen. Denn dieses Verzeichnis gibt über die Zugehörigkeit zur Handwerkskammer Zeugnis, so daß die Eintragung in das Verzeichnis die hoheitliche Feststellung darstellt, daß der Eingetragene als Inhaber eines handwerksähnlichen Betriebes der Eintragungspflicht unterworfen und Mitglied der Handwerkskammer ist.

b. *Inhaltliche Bestimmtheit* der die Eintragungspflicht und die Pflichtmitgliedschaft begründenden Normen (Art. 2 Abs. 1 GG)?

Dadurch daß in Art. 2 Abs. 1 GG die freie Entfaltung der Persönlichkeit in den Grenzen der verfassungsmäßigen Ordnung grundrechtlich gewährleistet ist, wird die allgemeine Handlungsfreiheit nach Maßgabe der verfassungsgemäßen Rechtsordnung geschützt (BVerfGE 6,32). Das schließt das Recht des Bürgers ein, in der allgemeinen Handlungsfreiheit nur durch solche Rechtsnormen eingeschränkt zu werden, die im Einklang mit den Rechtssätzen und Grundsätzen der Verfassung stehen. Ein praktisch besonders bedeutsamer Ausschnitt dieses Rechts ist der grundrechtliche Anspruch, nur solchen Rechtsnormen unterworfen zu werden, die den formellen und materiellen Anforderungen genügen, die sich aus dem zu den verfassungsmäßigen Grundlagen der Staatsgewalt gehörenden Rechtsstaatsprinzip ergeben. Zu den rechtsstaatlichen Sätzen des Verfassungsrechts gehört der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Der mit diesem Grundsatz verfolgte Sinn, nämlich die aus dem Gedanken der Rechtssicherheit abgeleitete Berechenbarkeit der den Verwaltungsunterworfenen treffenden Pflichten und die Bindung der Exekutive an und ihre Angewiesenheit auf die als Gesetz ergehende parlamentarische Entscheidung, wird nur erreicht, wenn der Gesetzgeber die Pflichten der Verwaltungsunterworfenen und die administrativen Eingriffsmöglichkeiten durch das Gesetz deutlich selbst bestimmt und abgrenzt (BVerfGE 8, 274/325 f.; 13, 153/160; 20, 150).

Aus diesem rechtsstaatlichen Grundsatz der inhaltlichen Bestimmtheit des den Verwaltungsunterworfenen verpflichtenden oder die Verwaltung zu Rechtseingriffen ermächtigenden Gesetzes ergeben sich Grenzen auch dafür, pflichten- oder ermächtigungsbegründende Gesetze mit weitgespannten Generalklauseln und unbestimmten Rechtsbegriffen zu erlassen. Doch heißt das nicht, daß unbestimmte und auslegungsbedürftige Rechtsbegriffe, deren Sinn und Tragweite nicht ohne weiteres auf der Hand liegen, rechtsstaatlich bedenklich wären. Auslegungsbedürftigkeit nimmt einer gesetzlichen Regelung noch nicht die rechtsstaatlich gebotene Bestimmtheit. Es ist Sache der Verwaltungsbehörden und Gerichte, die bei der Gesetzesanwendung auftretenden Zweifelsfragen mit Hilfe der anerkannten Auslegungsmethoden zu beantworten (BVerfG DVBl 67, 415).

Die hier in Frage stehenden Bestimmungen des Handwerksrechts über handwerksähnliche Gewerbe und der ihnen zugrundeliegende unbestimmte Rechtsbegriff des handwerksähnlichen Gewerbes sind in ihrer Bedeutung auf Grund des Regelungszusammenhangs und der Entstehungsgeschichte faßbar und in ihrem Regelungsgehalt mit denselben Auslegungsmitteln bestimmbar.

c. Zu den rechtsstaatlichen Sätzen des Verfassungsrechts, die durch Art. 2 Abs. 1 GG Bestandteil der grundrechtlich geschützten Rechtsposition sind, gehört weiterhin der *Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Danach muß das die allgemeine Handlungsfreiheit einschränkende Gesetz ein Ziel verfolgen, das hinreichendes Gewicht besitzt, um die bewirkte Freiheitsbeeinträchtigung zu rechtfertigen, und muß die erfolgte Freiheitsbeeinträchtigung geeignet und erforderlich sein, um das durch das Gesetz angestrebte Ziel zu verwirklichen.

Der grundrechtliche Anspruch auf Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ergibt sich allerdings nur in den Fällen aus Art. 2 Abs. 1 GG, in denen die durch die öffentliche Gewalt betroffene Handlungssphäre nicht Gegenstand einer speziellen Grundrechtsgewährleistung ist. Andernfalls ist diese spezielle Grundrechtsgewährleistung heranzuziehen.

Hier richtet sich der Einwand des Betroffenen gegen die Einbeziehung in die Organisation des Handwerks. Die Art und Weise der Einordnung eines Gewerbebetriebs und seines Inhabers in die auf Pflichtmitgliedschaft beruhende wirtschaftliche Selbstverwaltung ist eine Regelung, die die in dem Gewerbebetrieb entfaltete berufliche Tätigkeit betrifft und demnach verfassungsrechtlich dem sachlichen Geltungsbereich des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) unterfällt.

Nach der Praxis des BVerfG beurteilt sich die Frage, ob eine *gesetzlich begründete Pflichtmitgliedschaft in einer Körperschaft des öffentlichen Rechts* verfassungsrechtlich erlaubt ist, nach Art. 2 Abs. 1 GG (BVerfGE 10, 89; 15, 235). Es erscheint sachgemäßer, die verfassungsrechtliche Zulässigkeit jedenfalls von Zwangsmitgliedschaften bei Körperschaften der wirtschaftlichen Selbstverwaltung an dem Grundrecht der Berufsfreiheit zu messen, das die spezielle Gewährleistung der freien beruflichen Betätigung darstellt. Folgt man dieser Ansicht, ist die verfassungsrechtliche Korrektheit der Einbeziehung der Inhaber handwerksähnlicher Betriebe in die Organisation des Handwerks nach den Grundsätzen über die Regelung der Berufsausübung zu prüfen. In diesem Rahmen ist auch die Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu untersuchen.

Der Zwangszusammenschluß der Handwerker in den Handwerkskammern beruht auf der vernünftigen Erwägung des Gemeinwohls, daß auf diese Weise einerseits die gemeinschaftlichen Interessen des für den Wirtschaftsprozeß besonders wesentlichen Handwerksstandes (vgl. BVerfGE 13, 97) geordnet und wirksam in den Formen öffentlichrechtlicher Selbstverwaltung wahrgenommen werden können, andererseits die durch den verbandsmäßigen Zusammenschluß nach den Grundsätzen der Selbstverwaltung umfassend, ausgewogen und wirksam verfügbare Sachkunde der Handwerker die Grundlage dafür schaffen hilft, daß staatliche Entschließungen auf diesem Gebiet ein möglichst hohes Maß an Sachnähe und Richtigkeit gewinnen (BVerfGE 15, 235/240). Nach denselben Gesichtspunkten ist es auch nicht willkürlich oder unverhältnismäßig, daß die Zwangsmitgliedschaft auf die Inhaber solcher Gewerbebetriebe erstreckt wird, die durch ihre Arbeitsweise und ihre Funktion im Wirtschaftsprozeß den Handwerksbetrieben ähnlich sind.

Speziell steht die Entscheidung des Gesetzgebers in Frage, die *Schnellreiniger* nicht (als Industrie oder Kleingewerbe) in die Industrie- und Handelskammer,

sondern wegen ihrer „Handwerksähnlichkeit“ in die Handelskammern einzugliedern. Diese Entscheidung konnte nach der Eigenart der Materie nicht darin bestehen, die in Betracht kommenden Gewerbetypen nach vorgegebenen Kriterien lediglich zu registrieren. Wenn das Kleingewerbe nicht insgesamt der Industrie- und Handelskammer zugeordnet werden sollte, wogegen sich bereits Art. 23 StÄndG 1961 entschieden hatte, mußte der Gesetzgeber in Anlehnung an die rechtlichen Merkmale des Handwerks und auf der Grundlage einer berufssoziologischen Analyse, wobei er sich der betroffenen Interessenverbände zu seiner Unterstützung bedienen konnte, eine wirtschafts- und berufspolitische Entscheidung treffen, die ihm gerade in Grenzfällen nicht vorgezeichnet sein konnte. Daß die Qualifizierung der Schnellreiniger als handwerksähnliches Gewerbe sachliche Gesichtspunkte für sich in Anspruch nehmen kann, zeigt die lange Auseinandersetzung über die Frage, ob die Schnellreiniger dem Handwerk der „Färber und Chemischreiniger“ (Anlage A, Nr. 96) zugehören oder nicht (BVerwG GewArch. 64, 108). Der Gesetzgeber hat sich dabei auf das unbedingt Notwendige beschränkt; denn die Schnellreiniger, wie alle handwerksähnlichen Gewerbe, sind nicht schlechthin, sondern nur bei handwerksähnlicher Betriebsform (§ 18 Abs. 2 HandwO) in die Organisation des Handwerks einbezogen.

d. Die Gleichstellung der Inhaber handwerksähnlicher Betriebe mit den Handwerkern in bezug auf die Einfügung in die Organisation der wirtschaftlichen Selbstverwaltung ist nicht *willkürlich* (Art. 3 Abs. 1 in Verb. mit Art. 12 Abs. 1 GG). Wie gezeigt, liegen dem sachliche Gesichtspunkte zugrunde. Ob die gewählte Lösung in jeder Hinsicht zweckmäßig ist, ist nicht Gegenstand rechtlicher Beurteilung.

Wenn man den Gesichtspunkt zuläßt, daß bestimmte, unter dem Blickwinkel der Berufszulassung der Industrie oder dem Kleingewerbe zuzurechnende Gewerbe unter dem Blickwinkel der wirtschaftlichen Selbstverwaltung wegen ihrer dem Handwerk ähnlichen Arbeitsweise der Organisation des Handwerks zuzurechnen seien, wogegen sich nach den Maßstäben des Art. 12 Abs. 1 und des Art. 3 Abs. 1 GG nichts einwenden läßt, kann es auch nicht unverhältnismäßig oder willkürlich sein, die schon seit längerem als Grenzfall betrachtete Gruppe der Schnellreiniger der beruflichen Organisation des Handwerks zuzuschlagen. Es ist dabei auch sachlich gerechtfertigt, die Regelung nach einem umfassenden Maßstab vorzunehmen und nicht nur auf das Kleingewerbe zu beschränken.

#### 4. Inhaltliche Richtigkeit der „Mitteilung“ vom 18. Juni 1970?

a. Der Gewerbebetrieb des R. gehört zum Gewerbetyp der „Schnellreiniger“ (§ 18 Abs. 2 HandwO in Verb. mit Nr. 34 der Anlage B). Die Schnellreiniger unterscheiden sich durch ihre industrielle Betriebsweise (BVerwG GewArch. 64, 108) von den „Färbern und Chemischreinigern“ (Nr. 96 der Anlage A).

b. Soweit der Sachverhalt ein Urteil erlaubt, wird der Gewerbebetrieb des R. auch in *handwerksähnlicher Betriebsform* (§ 18 Abs. 2 HandwO) ausgeübt. Daß die industrielle Betriebsweise überwiegt, kann nicht gegen die Handwerksähnlichkeit sprechen. Denn das ist das Merkmal des industriellen Betriebs, von dem der handwerksähnliche Betrieb ein kammerrechtlicher Sonderfall ist. Nach

dem Zweck der Novelle vom 9. 9. 1965 ist die handwerksähnliche Betriebsform nur zu verneinen, wenn nach Betriebsorganisation und Arbeitsweise ein rein industrieller Betrieb vorläge, die industrielle Betriebsweise die handwerklichen Betriebselemente also nicht nur überwöge. Das ist vor allem der Fall, wenn es sich nicht nur kaufmännisch (wie bei dem Unternehmen des R), sondern auch technisch um einen Großbetrieb handelte.

Die kennzeichnende Eigenart der *industriellen Betriebsweise* besteht darin, daß die erbrachte Arbeitsleistung einem von maschinellen Fertigungs- und Behandlungs vorgängen bestimmten technischen Prozeß ihre Prägung verdankt, so daß die Kenntnisse und Fertigkeiten des Betriebspersonals sich nicht unmittelbar auf den Arbeitsgegenstand, sondern auf die technische Wirkungsweise der maschinellen Hilfsmittel beziehen. Für die Annahme industrieller Betriebsweise spricht es, wenn die Verwendung von Maschinen keinen Raum läßt für die Entfaltung von Handfertigkeit und es im wesentlichen auf die Bedienung der Maschinen ankommt. Für die Annahme *handwerklicher Betriebsweise* spricht es, wenn man sich der Maschinen nur zur Erleichterung der Arbeit und zur Unterstützung der Handfertigkeit bedient, eine einwandfreie und fachgerechte Arbeitsleistung ohne qualifizierte Handarbeit also nicht erreicht werden kann. Es kommt nicht auf das Ausmaß der Verwendung von technischen Hilfsmitteln überhaupt und nicht auf die Betriebsgröße als solche an, sondern auf die Funktion der Maschinen für die Arbeitsweise des Betriebs und den Zusammenhang der Betriebsgröße und Betriebsorganisation mit der Wirkungsweise der maschinellen Arbeitsprozesse.

BVerwGE 17, 230; 20, 263; 25, 66; FRÖHLER/DANNBECK, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, 1965; HONIG, JuS 66, 436.

Bei Schnellreinigungs-Betrieben, die in technischer Hinsicht als Großbetriebe organisiert sind, entfallen die von der gesetzlichen Regelung vorausgesetzten Ähnlichkeiten der Arbeitsweise und Betriebsorganisation mit einem Handwerksbetrieb der Färberei und Chemischreinigung. Die Filialen des R sind technisch selbständige Betriebseinheiten. Bei den in ihnen vorkommenden Arbeitsvorgängen spielen in gewissem Umfang auch Handfertigkeiten eine Rolle, da die Reinigung nicht rein maschinell erfolgt, so daß die industrielle Betriebsweise wohl überwiegt, aber nicht ausschließlich vorhanden ist.

5. Die Mitteilung der Handwerkskammer ist rechtlich nicht zu beanstanden.

## II. Prozessuale Rechtsfragen

### 1. *Verwaltungsklage*

a. Die *Anfechtungsklage* gegen die Mitteilung der Handwerkskammer ist statthaft (§ 42 Abs. 1 VwGO).

Die Mitteilung ist ein Verwaltungsakt. Sie ist eine verfahrensrechtlich notwendige und einseitig verbindliche Entscheidung der Handwerkskammer über die Eintragungspflicht des Adressaten und hat nicht nur vorbereitende Bedeutung.

b. Die *Klagebefugnis* für eine Anfechtungsklage besteht nur bei der behaupteten Verletzung eigener Rechte (§ 42 Abs. 2 VwGO).



Darauf kann sich der Verband nicht berufen. Er wird durch einen Verwaltungsakt, der Rechte seiner Mitglieder berührt, nicht auch in seinen eigenen Rechten betroffen.

BVerwG DVBl. 58, 391 (Rechtsanwaltskammer); OVG Lüneburg OVG 7, 322 (Ärzttekammer). — HERBERT KRÜGER, Die Aktivlegitimation der Wirtschaftsverbände im Verwaltungsstreitverfahren, MDR 53, 518.

## 2. Verfassungsbeschwerde

### a. Gegen die Novelle vom 9. 9. 1965 *unmittelbar*?

- (1) An sich denkbar, da die bekämpfte Pflichtmitgliedschaft unmittelbar durch das Gesetz begründet wird, so daß R selbst, unmittelbar und gegenwärtig durch das Gesetz betroffen ist.
- (2) Jedoch ist die Beschwerdefrist (§ 93 Abs. 2 BVerfGG) verstrichen.

### b. Gegen die „Mitteilung“ und mittelbar gegen die Novelle vom 9. 9. 1965?

- (1) Nach *Erschöpfung des Rechtsweges* (§ 90 Abs. 2 BVerfGG) wäre eine Verfassungsbeschwerde des R möglich.
- (2) Eine *Beschwerdebefugnis* des Verbandes bestünde nicht, da er sich nicht auf die Verletzung eigener Rechte berufen könnte.

BVerfGE 2, 292/294 („Bund Dt. Werbeschaffender“):

Nur derjenige, der selbst durch einen staatlichen Hoheitsakt betroffen ist, kann Verfassungsbeschwerde erheben, nicht also Organisationen in Wahrnehmung der Interessen ihrer Mitglieder.

BVerfGE 10, 134:

Eine Rechtsanwaltskammer ist zur Geltendmachung von Grundrechten ihrer Mitglieder im Wege der Verfassungsbeschwerde nicht legitimiert.

BVerfGE 11, 30/35:

Kein Beschwerderecht des „Marburger Bundes“ der Ärzte.

## Register

- Abschöpfung 142
- Aktie 43, 104
- Altunternehmer 128
- Anfechtungsklage 123, 154, 173, 186
- Angebot und Nachfrage 45, 163
- Anzeigepflicht 120
- Arbeiterräte 23
- Arbeitsplatz, freie Wahl des
  - A.es 89
- Aufhebungsverlangen,
  - parlamentarisches 59
- Ausgestaltungsrecht 128, 132
- Ausgleichsabgaben 171
- Ausrichtungs- und Garantiefonds
  - für die Landwirtschaft 167
- Auswärtige Gewalt 78, 79
  
- Bedürfnisprüfung 126
- Beiladung 123
- Bepackungsverbot 53
- Beruf 89
- Berufsbeamtentum 64
- Berufsbild 93
- Berufsfreiheit 89, 173, 184
- Berufszugang, Regelung des
  - B.es 90, 93, 120, 182
- Bescheidungsurteil 133, 152
- Bestimmtheit, des Gesetzes 183
- Betätigungsfreiheit, wirtschaftliche 44, 170
- Betriebsverfassungsgesetz 36
- Betriebsverfassungsrecht 23, 36, 40
- Beurteilungsspielraum 132
- Biedenkopf-Kommission 39
- Binnenschiffahrt 166
- Budgetfunktion, ökonomische
  - 50, 51, 55
- Budgetkonflikt 49, 53
- Budgetrecht 49, 52, 55, 57, 61, 62
- Bürgerliche Gesellschaft 31, 102
- Bürokratie 64
- Bundesbank 48
  
- Bundesministerium f. Wirtschaft 175
- Bundesstaat 57
- Bundeswirtschaftsrat 65, 177
  
- Chancengleichheit 134, 137
  
- Deichrecht 104, 113
- Demokratie 32
- Demokratie, parteienstaatliche 60, 64
  
- Eigentum 34, 102, 107, 148
- Eigentum, genossenschaftl. 26
- Eigentum, öffentliches 113
- Eigentum, persönliches 27
- Eigentum, sozialistisches 26
- Eigentumsgarantie 22, 43, 102, 105, 106, 114, 138, 173
- Eigentumsverfassung 82, 105, 106
- Eigentumsverfassung,
  - sozialistische 25
- Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel 140
- Eingriffsverwaltung 61
- Einjährigkeit des Haushalts 51, 57
- Einrichtungsgarantie 22, 96, 103, 106, 114
- Einzelfallgesetz 40, 41, 115
- Einzelhandelsgesetz 91
- Energiepolitik 47
- Enteignung, enteignender Eingriff
  - 106, 108, 109, 111, 112, 115, 147, 173
- Enteignungsentschädigung 115
- Erlaubnis, siehe Genehmigung
- Erlaubnis, gebundene 119
- Ernährungswirtschaft 141, 166
- Erstattungsanspruch 139
- EURATOM 82
- Europäische Gemeinschaften 72, 76, 77, 78, 81
- Europäischer Gerichtshof 71, 77, 80, 82, 84, 138

- Europarecht 72  
 EWG-Vertrag 48, 70, 72, 73, 76,  
 79, 82  
 Finanzausgleich 56  
 Finanzhoheit, kommunale 57  
 Finanzplanung 55, 57, 60, 62  
 Finanzplanungsrat 60, 63, 65  
 Finanzpolitik 47, 49, 57, 59  
 Finanzreform 56  
 Finanzwirtschaft 32, 35, 45, 49, 56,  
 57  
 fiscal policy 50  
 Fondswirtschaft 51  
 Freiheit und Eigentum 32, 102, 107  
 Freiheit, wirtschaftliche 18, 20, 21,  
 22, 118  
 Fusionskontrolle 69  
 Gehör, rechtliches 122  
 Gelegenheitsverkehr 126  
 Gemeindefinanzreform 56  
 Gemeineigentum 26  
 Gemeinsamer Markt 67, 70, 73, 81,  
 135  
 Gemeinschaftsaufgaben 47, 56  
 Gemeinschaftsrecht 71, 75, 77, 78,  
 79, 80, 86  
 Gemeinwirtschaft 22, 23, 38  
 Genehmigung 119, 120, 124, 130,  
 146, 151  
 Genehmigungspflicht 119, 124, 146  
 Gesamtdeckung 51  
 Gesellschaftsplanung 32  
 Gesetz, formelles 53, 54  
 Gesetz, rückwirkendes 40, 43, 111  
 Gesetzesbegriff 42, 53  
 „Gesetzeslücke“, gleichheitswidrige  
 92, 97, 99  
 Gesetzesvorbehalt 54, 61, 134  
 Gesetzgebung 19, 35, 61, 95  
 Gesetzgebung, Gestaltungsfreiheit  
 19, 20  
 Gesetzgebungsaufträge 96  
 Gesetzmäßigkeit der Verwaltung  
 61, 144, 183  
 Getreidegesetz 141  
 Gewaltenteilung 64  
 Gewerbebetrieb, Recht am einge-  
 richteten und ausgeübten 107, 148  
 Gewerbefreiheit 19, 22, 89, 116  
 Gewerbebehörde 116  
 Gewerbeamt 116, 146  
 Gewerbeuntersagung 146, 155  
 Gleichbehandlung 81  
 Gleichgewicht, gesamtwirtschaft-  
 liches 46, 51, 55, 57, 58  
 Gleichheitssatz, allgemeiner 43, 95,  
 97, 134, 185  
 Grundeigentum 22, 104  
 Grundrechte 27, 80, 96  
 Grundrechte, sozialistische 27  
 Handlungsfreiheit, allgemeine 44, 183  
 Handwerk 182  
 Handwerksähnliche Betriebe 179, 180  
 Handwerksinnungen 179  
 Handwerkskammer 179, 180, 181,  
 182, 185  
 Haushaltsausschuß 52  
 Haushaltsgesetz 49, 50, 52, 53, 54,  
 63  
 Haushaltsplan 50, 52, 54, 63  
 Haushaltspolitik 49, 54, 57, 59  
 Haushaltsrecht 50, 51, 55  
 Haushaltsreform 51, 55  
 Haushaltswirtschaft 32, 47, 49, 50,  
 57, 62  
 Individualgesetz, siehe Einzelfall-  
 gesetz  
 Industrie 182  
 Industrie- und Handelskammer  
 177, 178, 180  
 Institutsgarantie, siehe Einrich-  
 tungsgarantie  
 Integrationsgewalt 79  
 Interessen, organisierte 66, 134, 175,  
 181  
 Intervention 45  
 Interventionspreis 167  
 Jahreswirtschaftsbericht 60  
 Kameralistik 49  
 Kapital 104, 105  
 Kapitalismus 34, 102, 103  
 Kartelle 67, 69  
 Kartellrecht 68  
 Klagebefugnis 85, 122, 131, 133, 186  
 Koalitionsfreiheit 22  
 Kohlebergbau 47

- Konjunkturausgleichsrücklage 50, 59  
 Konjunkturpolitik 35, 45, 46, 50, 55,  
 56, 57, 58, 59, 60  
 Konjunkturprogramme 55  
 Konjunkturrat 59, 60, 65  
 Konjunkturzuschlag 50  
 Konkurrentenklage 129, 131, 137  
 Konkurrenzschutz 93, 131  
 Konzentrationsbewegung 68  
 Konzern 37  
 Konzertierte Aktion 60, 64  
 Kraftdroschkenverkehr 126, 127, 129  
 Kreditlimitierungen 57, 59  
 Kreditpolitik 47, 48  
 Kreishandwerkerschaften 179  
  
 Landesinnungsverbände 179  
 Landwirtschaft 47, 74, 82, 134, 166  
 Landwirtschaftskammern 177  
 Legalenteignung 115  
 Leistungsbescheid 140, 145  
 Leistungsverwaltung 136  
 Liberalismus 32, 33, 34, 61, 68, 102  
 Linienverkehrsgenehmigung 124, 128,  
 130  
  
 Manager 104  
 Markt 163  
 Marktbeherrschendes Unternehmen  
 67, 69  
 Marktordnung 141, 163, 164  
 Marktordnungen, europäische 82, 166  
 Marktpreis 164  
 Marktwirtschaft 34, 67, 68, 163  
 Marktwirtschaft, soziale 19, 68  
 Maßnahme-Gesetz 35, 36, 40, 41,  
 100  
 Milchmarktordnung 167  
 Mitbestimmung 36, 38, 105  
 Molkerei 168, 170, 171  
 Monopol 168  
 Monopolisierung 89  
 Montanunion 70, 71, 72, 74, 76, 81,  
 82  
 Mühlengesetz 91, 99  
  
 Nachbarklage im Baurecht 121, 153  
 Nachtbackverbot 91, 101  
 Neoliberalismus 68  
 Neues ökonomisches System 29  
 Nichtfiskalische Nebenzwecke der  
 Besteuerung 50, 117  
  
 Nichtigkeitsklage (EWGV) 85  
 Non-Affektation 51  
  
 Ordnungspolitik 45  
 Ordo-Liberalismus 67  
 Organisationszwang 70  
 Organschaft 37  
 Orientierungsdaten 60, 64  
  
 Parlamentarisches Regierungssystem  
 52, 60, 63, 118  
 Parlamentarismus 49, 60  
 Parteienstaat 60, 64  
 Personenbeförderungsrecht 124  
 Perspektivplan 29  
 Pflichtmitgliedschaft 182, 184  
 Plangesetzgebung 55  
 Plangewährleistung 109  
 Planungsgewalt 63, 118  
 Planwirtschaft 28, 105, 117  
 Preisbindungen zweiter Hand 69  
 Privatautonomie 34, 35, 117, 164  
 Privateigentum, siehe Eigentum  
 Privatnützigkeit des Eigentums  
 112, 114  
 Produktionsgenossenschaften,  
 landwirtschaftliche 26  
 Produktionsmittel 25, 26, 104, 105  
  
 Rätssystem 22, 23, 24, 176  
 Rechnungsprüfung 52  
 Rechtsangleichung 74  
 Rechtsidee, liberale 33  
 Rechtsschutz, vorläufiger 123  
 Rechtsstaat 32, 183  
 Rechtsstaat, liberaler 31, 36, 116  
 Rechtsstaat, sozialer 31, 33, 34  
 Reichswirtschaftsrat 24  
 Richtlinien (EWGV) 76  
 Richtliniengesetz 58  
  
 Sachkundenachweis 94, 116, 120,  
 182  
 Sach- und Rechtslage, maßgebliche 151  
 Sachverständigenrat 64  
 Schnellreiniger 180  
 Schwellenpreis 167  
 Selbstverwaltung 29  
 Selbstverwaltung, berufsständische 177  
 Selbstverwaltung, wirtschaftliche  
 22, 38, 105, 175

- „Situationsbedingtheit“ des Eigentums 107
- Sonderopfer 111, 112
- Soziale Gerechtigkeit 32, 34, 35
- Sozialgestaltung 32, 34, 35, 117
- Sozialisierung 19, 22, 105
- Sozialismus 24, 34, 105
- Sozialreform 33
- Sozialstaat 31, 32, 33, 34, 35
- Sozialstaatsatz 21, 32, 33, 97
- Sperrvermerk 52
- Spielbanken 119
- Staatlich gebundene Berufe 89
- Staatsverwaltung, mittelbare 178
- Stabilitätsgesetz 45, 55, 57, 58, 59, 62
- Steuerbewilligungsrecht 49, 62
- Steuerpolitik 47, 49, 50, 59, 117
- Steuervergünstigungen 140
- Strukturpolitik 46
- Stufentheorie 90, 91
- Subjektiv öffentliches Recht 95, 119, 152
- Substitutionskonkurrenz 164
- Subventionen 54, 81, 133
- Subventionen, verdeckte 140
- Subventionsbericht 60
- Supranationale Aufgaben und Befugnisse 77
- Tarifautonomie 23, 64, 65
- Trennungsgrundsatz 57
- Träger-Gutachten 56
- Übergangsregelung, berufsrechtliche 99
- „Übertragung von Hoheitsrechten“ 79
- Umweisung 171, 172
- Unterlassen des Gesetzgebers 95
- Unternehmensfreiheit 19
- Unternehmenszusammenschlüsse 67
- Untersagungsermächtigung 120, 147, 155
- Unzuverlässigkeit des Gewerbetreibenden 120, 148, 149, 155
- Verbände 66
- Verbot mit Dispensierungsvorbehalt 119
- Verbot mit Erlaubnisvorbehalt 119
- Verfassung 17
- Verfassung der DDR 24
- Verfassung, liberaldemokratische 18, 35
- Verfassung, sozialistische 18, 24
- Verfassungsgebende Gewalt 17
- Verfassungsänderung 17
- Verfassungsaufträge 96
- Verfassungsbeschwerde 95, 187
- Verfassungsprogramm 97
- Verfassungsrecht 17
- Verfassungsstaat 61
- Verhältnismäßigkeit, Grundsatz der 90, 101, 111, 113, 184
- Verkehrsinteressen, öffentliche 125, 126, 128, 132
- Verordnungen (EWGV) 76, 85
- Verpflichtungsklage 133, 152
- Versagungsgründe 120
- Verschonungssubventionen 140, 142
- Vertrag, öffentlich-rechtlicher 144
- Vertragsfreiheit 22, 118, 164
- Vertragsgesetz (DDR) 29
- Vertrauensschutz 110, 111
- Verwaltungsakt, mitwirkungsbedürftiger 139
- Verwaltungsakt, Nebenbestimmungen 125, 133, 146
- Verwaltungsakt, privatrechtsgestaltender 119, 135
- Verwaltungsakt, Rechtskraft 122
- Verwaltungsakt, sofortige Vollziehung 124
- Verwaltungsakt, Wirksamkeit 122
- Verwaltungsakt, Zustellung 122
- Verwaltungsakt auf Unterwerfung 139, 144
- Verwaltungsakt mit Dauerwirkung 146, 147, 155, 159, 174
- Verwaltungsakt mit Drittwirkung 120, 129, 131, 137, 152, 173
- Verwaltungsprivatrecht 135
- Verwaltungsvorschriften 134
- Volkseigentum 26
- Vorabentscheidung 81, 84, 86
- Vorverfahren 122
- Wachstumspolitik 45, 46, 55, 58, 60
- Währungspolitik 47, 48, 57, 74
- Währungsunion 74
- Weimarer Reichsverfassung 21
- Weinwirtschaftsgesetz 112
- Werkstätiger 25

- Wettbewerb 67, 68, 136, 163, 173  
 Wettbewerbsbeschränkung 67, 69, 70  
 Wettbewerbsfreiheit 137  
 Wettbewerbspolitik 45, 67  
 Wettbewerbsrecht 67, 68  
 Wettbewerbsrecht, europäisches 70, 82  
 Wirtschaftsdemokratie 22, 23, 176  
 Wirtschaftsfreiheiten, europäische 81  
 Wirtschaftsidee, liberale 116  
 Wirtschaftskammer 177  
 Wirtschaftslenkung 45, 74, 82, 100,  
 109, 116, 117, 121, 164  
 Wirtschaftsordnung 17  
 Wirtschaftsordnung, sozialistische 25  
 Wirtschaftsplanung 27, 28, 117, 118  
 Wirtschaftspolitik 17, 20, 45, 57, 74  
 Wirtschaftspolitik, Justiziabilität 58  
 Wirtschaftsräte 22, 24, 177  
 Wirtschaftsrecht, europäisches 70, 71,  
 81  
 Wirtschaftsrecht, liberales 21  
 Wirtschaftsrecht, sozialistisches 29  
 Wirtschaftssteuerung 35, 45  
 Wirtschafts- und Sozialausschuß 177  
 Wirtschaftsunion 73, 74  
 Wirtschaftsverfassung 17, 18, 81  
 Wirtschaftsverwaltung 17, 175  
 Wirtschaftsverwaltungsrecht 116  
 Wohlfahrtsstaat 31, 32, 34, 45, 116  
  
 Zahnarztwesen 91  
 Zentralismus, demokratischer 29  
 Zollunion 73  
 Zulassungsbedingungen 91, 120  
 Zulassungsbeschränkungen 90  
 Zuverlässigkeit, siehe Unzuverlässig-  
 keit des Gewerbetreibenden  
 Zwangsmitgliedschaft 178, 180  
 Zwangssyndikat 22, 23  
 Zweckentfremdung des Eigentums 112  
 Zwei-Schranken-Theorie 70  
 Zweistufentheorie 135  
 Zwischenbedienungsverbot 133