

Thema: Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand\*

**Zeitschrift:** DVBl. - Das Deutsche  
Verwaltungsblatt

**Autor:** Bodo Pieroth/Bernd J. Hartmann

**Rubrik:** Abhandlungen

**Referenz:** DVBl 2002, 421 - 428 (Ausgabe 07)

## Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand\*

*Prof. Dr. Bodo Pieroth, Münster/Bernd J. Hartmann, zurzeit Charlottesville, Virginia*

**Will der Staat die Wirtschaft beeinflussen, kann er entweder wirtschaftsverwaltend tätig werden, indem er auf private Wirtschaftssubjekte einwirkt, oder eigenwirtschaftlich agieren, also selbst Wirtschaftssubjekt sein<sup>1</sup>. Um die zweite Alternative geht es hier. Der wirtschaftlich tätige Private stellt in diesem Zusammenhang die Frage, ob ihn seine Grundrechte gegen Konkurrenz der öffentlichen Hand schützen. Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Frage in ständiger Rechtsprechung beantwortet. Die Schutzbereichslösung des Gerichts hat gute Gründe auf ihrer Seite. Sie berücksichtigt insbesondere die grundgesetzlichen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand.**

### A. Inhalt der Schutzbereichslösung

Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts schützt die grundrechtlich verbürgte Wettbewerbsfreiheit einen privaten Anbieter regelmäßig nicht vor wirtschaftlicher Konkurrenz durch den Staat. Das gelte mit drei Ausnahmen: Der Schutzbereich sei doch eröffnet, wenn die private wirtschaftliche Betätigung "unzumutbar eingeschränkt" oder "unmöglich" gemacht werde oder wenn eine "unerlaubte Monopolstellung" entstehe.

### I. Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Wettbewerbsfreiheit bei Art. 2 Abs. 1 GG, bei Art. 12 Abs. 1 GG und bei Art. 14 Abs. 1 GG verortet. Nachdem das Gericht zunächst Art. 2 Abs. 1 GG für einschlägig gehalten hatte<sup>2</sup>, wurde nach Kritik im Schrifttum Art. 12 Abs. 1 GG erst daneben<sup>3</sup>, dann ausschließlich herangezogen<sup>4</sup>. Unabhängig vom normativen Anknüpfungspunkt geht das Gericht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Wettbewerbsfreiheit nicht vor Konkurrenz schützen könne, weil sie doch im Gegenteil den Wettbewerb gerade fördern wolle<sup>5</sup>. Art. 12 Abs. 1 GG schütze den eingesessenen An-

\* Prof. Dr. *Bodo Pieroth* ist an der Universität Münster Geschäftsführender Direktor des Instituts für Öffentliches Recht und Politik. *Bernd J. Hartmann* war dort Mitarbeiter, bis er als Dean's Scholar an der University of Virginia School of Law ein Graduiertenstudium aufgenommen hat. - Der Aufsatz gründet auf einem Gutachten, das Prof. Dr. *Pieroth* dem Verband kommunaler Unternehmen e. V. erstattet hat.

- 1 *Dirk Ehlers*, Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand in der Bundesrepublik Deutschland, JZ 1990, 1089-1100/1090.
- 2 BVerwG, Urteil vom 19. 12. 1963 - 1 C 77.60 (Brandkasse), E 17, 306-315/309; BVerwG, Urteil vom 30. 8. 1968 - 7 C 122.66 (Winzergenossenschaft), E 30, 191-199/198.
- 3 BVerwG, Beschluss vom 1. 3. 1978 - 7 B 144.76 (Wohnraumvermittlung), NJW 1978, 1539 f./1540 = DÖV 1978, 851 f., mit Verweis auf BVerwG, Urteil vom 22. 2. 1972 - 1 C 24.69 (Bestattungsordner), E 39, 329-338/329/336 f.
- 4 BVerwG, Urteil vom 18. 4. 1985 - 3 C 34.84 (Arzneimittel-Transparenzlisten), E 71, 183-199/189; BVerwG, Beschluss vom 21. 3. 1995 - 1 B 211/94 (Wirtschaftsförderung), NJW 1995, 2938-2940/2939.
- 5 BVerfG, Beschluss vom 1. 2. 1973 - 1 BvR 426/72 u. a. (Steuerberatende Berufe), E 34, 252-257/256; BVerfG, Beschluss vom 3. 12. 1980 - 1 BvR 409/80, Dipl.-Ing (FH), E 55, 261/269; BVerwG, Bestattungsordner, oben Fußn. 3, E 39, 329/336; zustimmend *Hans D. Jarass*, in: ders./Bodo Pieroth, GG, 6. Aufl. 2002, Art. 12 Rdnr. 15; *Janbernd Oebbecke*, Der Schutz der kommunalen Aufgabenwahrnehmung durch die Selbstverwaltungsgarantie des Art. 28 II GG, in: Hans-Günter Henneke (Hrsg.), Kommunale Aufgabenerfüllung in Anstaltsform, 2000, S. 11-30/22 f.; *Bodo Pieroth / Bernhard Schlink*, Grundrechte, 17. Aufl. 2001, Rdnr. 814; *Joachim Wieland / Johannes Hellemann*, Der Schutz des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen gegenüber Einschränkungen ihrer wirtschaftlichen Betätigung im nationalen und europäischen Recht, Beiträge zur kommunalen Versorgungswirtschaft, Heft 85, 1995, S. 30.

bieter zunächst nicht davor, dass die Wirtschaftsverwaltung einen anderen Privaten als Wettbewerber zulasse<sup>6</sup>. Konkurriere die öffentliche Hand selbst, gelte nichts anderes, weil in beiden Fällen bloß eine "weitgehend systemimmanente Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks"<sup>7</sup> vorliege.

Von dieser Regel lässt das Gericht die besagten Ausnahmen zu. Dass die Wettbewerbsfreiheit vor der Begründung eines Monopols schütze, hat das Gericht zunächst mit Blick auf Art. 12 Abs. 1 GG entschieden<sup>8</sup> und dann auf Art. 14 GG übertragen<sup>9</sup>. Zeitgleich wurde anerkannt, dass die Wettbewerbsfreiheit nicht "verletzt" werden könne, solange die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinde nicht jede private Konkurrenz unmöglich mache, sondern nur die Erwerbchancen anderer Unternehmen vermindere<sup>10</sup>. Das dritte Kriterium, die unzumutbare Einschränkung der Wettbewerbsfreiheit, hat das Gericht aus dem Subventionsrecht übertragen<sup>11</sup>.

Die drei Fallgruppen können in ein System von höherer und niederer Gattung gebracht werden<sup>12</sup> und erweisen sich so als Ausprägungen einer einzigen Ausnahme. Zwar knüpft das Gericht die Begriffe an verschiedene Normen: die Unmöglichkeit an Art. 12 Abs. 1 GG, die unerlaubte Monopolstellung an Art. 14 Abs. 1 GG und die unzumutbare Einschränkung an "die Wettbewerbsfreiheit"<sup>13</sup>. Dennoch sind die Begriffe nicht als dogmatische Erkenntnisse zu verschiedenen Vorschriften gemeint, denn das Gericht hat im Laufe der Zeit Ausnahmen ohne weiteres von einer Vorschrift auf die andere übertragen<sup>14</sup>. Den Privaten interessiert ohnehin nur die Frage, ob er eine staatliche Konkurrenz abwehren kann; gleichgültig ist ihm, welcher Vorschrift das Abwehrrecht entstammt<sup>15</sup>.

Mit den drei Topoi der Unmöglichkeit privatwirtschaftlicher Betätigung, der unzumutbaren Einschränkung<sup>16</sup> und der Entstehung einer unerlaubten Monopolstellung unterscheidet das Gericht zum einen nach der *Intensität der Einschränkung*<sup>17</sup>, weil Unmöglichkeit und Monopol intensive Formen der Einschränkung sind, und zum anderen nach der *Modalität der Beeinträchtigung*: Nicht jede Einschränkung privater wirtschaftlicher Tätigkeit ist relevant, sondern nur eine unzumutbare, und nicht jede Monopolstellung, sondern nur die unerlaubte<sup>18</sup>. Zum einen fällt auf, dass einzig die Unmöglichkeit alleine dasteht, ohne eine Modalität an ihrer Seite. Weil die Unmöglichkeit eine besondere Form der Einschränkung ist, bringt das Gericht damit zum Ausdruck, dass es jede Unmöglichkeit für eine unzumutbare Einschränkung hält. Zum andern ist auch das Monopol eine besondere Form der Einschränkung. Das erlaubt es, aus der Unerlaubtheit des Monopols auf die Unzumutbarkeit der Einschränkung zu schließen: Eine Einschränkung ist also jedenfalls dann unzumutbar, wenn sie verboten ist. Das hat praktische Bedeutung, weil ein (rechtliches) Verbot meist leichter nachzuweisen ist als die (faktische) Unzumutbarkeit.

Die Rechtsprechung lässt sich dahin gehend zusammenfassen, dass die Grundrechte einen privaten Anbieter nicht vor dem Hinzutreten öffentlicher Konkurrenz schützen, es sei denn, die öffentliche Konkurrenz schränkt die wirtschaftliche Betätigung des Privaten unzumutbar ein. Eine *Einschränkung* ist insbesondere gegeben, wenn dem Privaten wirtschaftliche Betätigung unmöglich gemacht, etwa ein Monopol begründet wird. *Unzumutbar* ist die Einschränkung jedenfalls dann, wenn sie nicht erlaubt ist.

---

6 BVerwG, Beschluss vom 20. 7. 1983 - 5 B 237.81, DVBl. 1983, 1251 f./1252.

7 BVerwG, Bestattungsordner, oben Fußn. 3, E 39, 329/336; BVerwG, Wohnraumvermittlung, oben Fußn. 3, NJW 1978, 1539/1540; BVerwG, Arzneimittel-Transparenzliste, oben Fußn. 4, E 71, 183/193; ebenso VGH Mannheim, Beschluss vom 21. 7. 1982 - 1 S 746/82, NJW 1984, 251-253/253.

8 BVerwG, Urteil vom 25. 6. 1970 - 1 C 60.66 (Nürnberger Leichenfrauen), DÖV 1970, 823-825/824, 823 Ls. 4.

9 BVerwG, Bestattungsordner, oben Fußn. 3, E 39, 329/337; BVerwG, Wohnraumvermittlung, oben Fußn. 3, NJW 1978, 1539/1540; BVerwG, Wirtschaftsförderung, oben Fußn. 4, NJW 1995, 2938/2939.

10 BVerwG, Bestattungsordner, oben Fußn. 3, E 39, 329/337; BVerwG, Wirtschaftsförderung, oben Fußn. 4, NJW 1995, 2938/2939. Ebenso HessVGH, Beschluss vom 17. 1. 1996 - 6 TG 4316/95, DÖV 1996, 476-477/477.

11 BVerwG, Winzergenossenschaft, oben Fußn. 2, E 30, 191/198 f.; BVerwG, Wohnraumvermittlung, oben Fußn. 3, NJW 1978, 1539/1539 f.; vom ersten Senat gebilligt in der Entscheidung BVerwG, Wirtschaftsförderung, oben Fußn. 4, NJW 1995, 2938 ff.

12 Zur Terminologie der Logik vgl. nur *Egon Schneider*, Logik für Juristen, 5. Aufl. 1999, S. 28 ff.

13 BVerwG, Wirtschaftsförderung, oben Fußn. 4, NJW 1995, 2938/2939.

14 So war von der Monopolstellung die Rede sowohl im Zusammenhang mit Art. 12 Abs. 1 GG (BVerwG, Urteil vom 25. 6. 1970 - 1 C 60.66 [Nürnberger Leichenfrauen], DÖV 1970, 823-825) als auch mit Art. 14 Abs. 1 GG (BVerwG, Brandkasse, oben Fußn. 2, E 17, 306/314, vgl. dazu *Winfried Kluth*, Grenzen kommunaler Wettbewerbsteilnahme, 1988, S. 52; BVerwG, Bestattungsordner, oben Fußn. 3, E 39, 329/337; BVerwG, Wohnraumvermittlung, oben Fußn. 3, NJW 1978, 1539/1540).

- 15 Auf die "Parallelität" des Grundrechtsschutzes aus diesen Vorschriften verweist auch *Michael Ronellenfitsch*, *Wirtschaftliche Betätigung des Staates*, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. III, 1988, § 84 Rdnr. 36.
- 16 BVerwG, *Wirtschaftsförderung*, oben Fußn. 4, NJW 1995, 2938/2938 (Amtlicher Leitsatz); in den Gründen, S. 2939, wird auf die Unerträglichkeit der Einschränkung abgestellt.
- 17 Vgl. *Andreas Schmidt*, *Diversifikation kommunaler Energieversorgungsunternehmen. Eine gemeinderechtliche Untersuchung am Beispiel neuer Energiedienstleistungen*, Diss. Münster 2000, Umdruck S. 206 f.
- 18 Erlaubt sind gem. Art. 105 Abs. 1 GG die Finanzmonopole, vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 22. 5. 1962 - 1 BvR 301, 302/59, E 14, 105-120/111. Gegenwärtig existiert nur das Branntweinmonopol (*Dieter Birk*, *Steuerrecht*, 3. Aufl. 2000, Rdnr. 117; *Bodo Pieroth*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, oben Fußn. 5, Art. 105 Rdnr. 24).

*Bodo Pieroth/Bernd J. Hartmann: Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand - DVBl 2002 Ausgabe 07 - 423 << >>*

## II. Kritik im Schrifttum

Im Schrifttum finden sich Stimmen für<sup>19</sup> und gegen<sup>20</sup> die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts. Dass zwischen privater und öffentlicher Konkurrenz zu unterscheiden sei, ist zentraler Einwand *Reiner Schmidts*<sup>21</sup>. Er weist darauf hin, dass der Wettbewerbsfreiheit die Grundrechtsträgerschaft des privaten Wettbewerbers zugrunde liege. Weil die öffentliche Hand sich nicht auf das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit berufen könne, sei nicht auf die Konkurrenz durch die öffentliche Hand übertragbar, was für die Konkurrenz durch Private gelte. Vom Standpunkt der Rechtsprechung aus betrachtet sei es zudem inkonsequent, der öffentlichen Hand - im Gegensatz zu Privaten - einen Verdrängungswettbewerb zu verbieten, weil doch das Grundrecht der Wettbewerbsfreiheit gerade dazu legitimiere, den Wettbewerb bis zum Ruin des Konkurrenten zu betreiben<sup>22</sup>.

Zweitens halten *Dirk Ehlers* und andere die Ausnahmen des Bundesverwaltungsgerichts, namentlich das Monopol und die Unmöglichkeit, für zu eng, weil Art. 12 Abs. 1 neben der Berufswahl auch die Berufsausübung schütze<sup>23</sup>. Es sei nicht zu erklären, wie staatliche Konkurrenz die Freiheit der Berufsausübung unberührt lassen soll, aber zugleich ein staatliches Monopol oder ein staatlicher Verdrängungswettbewerb die Freiheit der Berufswahl beeinträchtigen kann<sup>24</sup>. Die Rechtsprechung verenge die Berufsfreiheit auf die Berufswahlfreiheit<sup>25</sup>.

Schließlich sind weitere Ausnahmen im Angebot. *Hans D. Jarass* nimmt eine Grundrechtsbeeinträchtigung schon an, wenn das staatliche Unternehmen einen "unangemessenen Wettbewerbsvorteil" genießt<sup>26</sup>. *Joachim Wielander* öffnet den Schutzbereich erst, wenn eine "erdrosselnde Wirkung" festgestellt ist<sup>27</sup>, während *Ehlers* eine Einschränkung "in erheblichem Maße" genügen lässt<sup>28</sup>. *Hans-Uwe Erichsen* sieht einen Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG, wenn die wirtschaftliche Tätigkeit "auf Beseitigung der Freiheit wirtschaftlicher Betätigung Privater" ziele, und Unvereinbarkeit mit Art. 14 Abs. 1 GG, wenn die Tätigkeit "auf die Vernichtung des Erworbenen" gerichtet sei<sup>29</sup>.

## B. Begründung der Schutzbereichslösung

Bevor zur Kritik des Schrifttums Stellung genommen werden kann, soll die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts näher begründet werden, und zwar mit Blick auf Regel und Ausnahme (II). Dazu ist der Schutzbereichslösung des Gerichts zunächst die Alternative der Rechtfertigungslösung gegenüberzustellen (I).

### I. Alternativen und Konsequenzen

Die vom Bundesverwaltungsgericht und in Teilen des Schrifttums vertretene Schutzbereichslösung geht davon aus, dass bei staatlicher Konkurrenz regelmäßig schon der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nicht eröffnet ist. Sie hat daher die Allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG zu prüfen. Die Rechtfertigungslösung sieht den Schutzbereich der Berufsfreiheit dagegen als eröffnet an; sie muss in einem zweiten Schritt die berufsregelnde Tendenz des Eingriffs feststellen, bevor nach der Rechtfertigung des Eingriffs gefragt werden kann.

---

19 Die Schutzbereichslösung verfolgen neben dem HessVGH, oben Fußn. 10, DÖV 1996, 476-477/477, im Schrifttum *Hans D. Jarass*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht*, 2. Aufl. 1984, § 16 Rdnr. 24; *Hubert Meyer*, *Nichtwirtschaftliche Betätigung der Kommunen: Spiel ohne Grenzen?*, LKV 2000, 321-324/322; *Markus Moraing*, *Möglichkeiten und Grenzen kommunalwirtschaftlicher Betätigung unter besonderer Berücksichtigung der Telekommunikation*, 1995, S. 45; *Olaf Otting*, *Neues Steuerungsmodell und rechtliche Betätigungsspielräume der Kommunen*, 1997, S. 157; *Pieroth/Schlink*, *Grundrechte*, oben Fußn. 5, Rdnr. 814 f.; *Stefanie Schmahl*, *Umfang und Grenzen wirtschaftlicher Betätigung von Gemeinden in Brandenburg*, LKV 2000, S. 47-54/51 f.; *Joachim Wieland*, in: *Horst Dreier* (Hrsg.), *Grundgesetz-Kommentar*, Bd. 1, 1996, Art. 12 Rdnr. 83; *Wieland/Hellermann*, *Schutz des*

Selbstverwaltungsrechts, oben Fußn. 5, S. 30; vgl. *Hans-Uwe Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, 1987, S. 31; *Johannes Masing*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 60 (2001), 596 f.; *Peter Badura*, Diskussionsbeitrag, ebd., S. 600.

- 20 Eine Rechtfertigungslösung vertreten etwa *Ulrich Battis*, Grenzen gewerblicher Betätigung des Friedhofsträgers, GewArch. 1982, 145-152/150; *Winfried Kluth*, "Öffentlich-rechtliche Zulässigkeit gewinnorientierter staatlicher und kommunaler Tätigkeit, in: Rolf Stober / Hanspeter Vogel (Hrsg.), Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand. Staat und Kommunen als Konkurrent der Privatwirtschaft, 2000, S. 23-40/28 f.; *ders.*, oben Fußn. 14, S. 61 ff.; *A. Schmidt*, oben Fußn. 17, Umdruck S. 210 f.; *Reiner Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, 1990, § 11 II 1 c bb, S. 524; *Peter Selmer*, Wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand und Unternehmergrundrechte, in: Stober/Vogel, aaO, S. 75/80 f., 83 ff.; *Charalambos Tsiliotis*, Der verfassungsrechtliche Schutz der Wettbewerbsfreiheit und seine Einwirkung auf die privatrechtlichen Beziehungen, 2000, S. 239 ff., 265 ff.; vgl. *Hans-Uwe Erichsen*, Kommunalrecht NRW, 2. Aufl., S. 277.
- 21 *R. Schmidt*, Öffentliches Wirtschaftsrecht, oben Fußn. 20, § 11 II 1 c aa, S. 524. Vgl. bereits *Dirk Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984, S. 102. Zweifelnd auch *Ronellenfitsch*, oben Fußn. 14, § 84 Rdnr. 35.
- 22 *Ulrich Hösch*, Öffentlicher Zweck und wirtschaftliche Betätigung von Kommunen, DÖV 2000, 393-406/398.
- 23 *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, oben Fußn. 21, S. 102; *ders.*, Kommunale Wirtschaftsförderung und kommunale Selbstverwaltung, in: *ders.* (Hrsg.), Kommunale Wirtschaftsförderung, 1990, S. 103-143/125; *ders.*, oben Fußn. 1, JZ 1990, 1089/1096.
- 24 *Battis*, oben Fußn. 20, GewArch. 1982, 145/150.
- 25 *Michael Hoffmann-Becking*, Die Begrenzung der wirtschaftlichen Betätigung der öffentlichen Hand durch Subsidiaritätsprinzip und Übermaßverbot, in: Christian-Friedrich Menger (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts, Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, 1973, S. 445-462/459.
- 26 *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, oben Fußn. 5, Art. 12 Rdnr. 16.
- 27 *Wieland*, in: Dreier (Hrsg.), GG, oben Fußn. 19, Art. 12 Rdnr. 82.
- 28 *Dirk Ehlers*, Rechtsprobleme der Kommunalwirtschaft, DVBl. 1998, 497-508/502, wenngleich auch danach ein grundrechtlicher Konkurrenzschutz im Ergebnis "kaum jemals durchgreifen" dürfte (aaO); *Ehlers*, oben Fußn. 1, JZ 1990, 1089/1096; *ders.*, Kommunale Wirtschaftsförderung, oben Fußn. 23, S. 125.
- 29 *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, oben Fußn. 19, S. 31.

*Bodo Pieroth/Bernd J. Hartmann: Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand - DVBl 2002 Ausgabe 07 - 424 << >>*

Die verschiedenen Lösungen stellen unterschiedliche Anforderungen in Bezug auf Rechtfertigung und Eingriff.

Vor Art. 2 Abs. 1 GG fällt dem Staat die Rechtfertigung leichter als vor Art. 12 Abs. 1 GG. Denn das Bundesverfassungsgericht versteht unter der Schranke der verfassungsmäßigen Ordnung, unter der die allgemeine Handlungsfreiheit gem. Art. 2 Abs. 1 GG steht, jedes verfassungsmäßige Gesetz. Daher greifen lediglich die allgemeinen Schranken-Schranken wie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Im Rahmen von Art. 12 Abs. 1 GG kommt dagegen eine besondere Schranken-Schranke hinzu: die verschärfte Verhältnismäßigkeitsprüfung der sog. Drei-Stufen-Lehre.

Dazu gesellen sich Unterschiede in Bezug auf den Eingriff. Während nach klassischem Verständnis der Eingriff definiert war als finaler, unmittelbarer Rechtsakt, der mit Befehl und Zwang durchgesetzt wird, ist der moderne Eingriffsbegriff mit Blick auf ein jedes der genannten Merkmale weiter: Es genügen unbeabsichtigte und mittelbare Folgen tatsächlichen Handelns, die nicht durchgesetzt werden, sondern schlicht eintreten<sup>30</sup>. In unserem Fall greifen allerdings die Eigentümlichkeiten bundesverfassungsgerichtlicher Eingriffsdogmatik: Ausgerechnet für Art. 2 Abs. 1 und 12 Abs. 1 GG ist der moderne Eingriffsbegriff nicht anerkannt.

Bei Art. 12 Abs. 1 GG verfolgt das Bundesverfassungsgericht einen Weg zwischen klassischem und modernem Eingriffsbegriff: Eine Regelung könne nur dann einen Eingriff in die Berufsfreiheit darstellen, wenn sie berufsregelnde Tendenz aufweise<sup>31</sup>. Damit wird jedenfalls die Voraussetzung der Finalität aufrechterhalten<sup>32</sup>, möglicherweise soll der Hinweis auf die Regelung zudem tatsächliche Akte ausscheiden.

Auch bei Art. 2 Abs. 1 GG gilt eine Besonderheit. Das weite Verständnis des Schutzbereiches, welches das Bundesverfassungsgericht der Vorschrift gegeben hat, lässt sich mit dem modernen, weiten Eingriffsbegriff nicht problemlos kombinieren<sup>33</sup>. Daher hat das Gericht für die Allgemeine Handlungsfreiheit den klassischen Eingriffsbegriff aufrechterhalten<sup>34</sup>.

Unter dem Grundgesetz gelten also drei verschiedene Eingriffsbegriffe: der klassische für Art. 2 Abs. 1 GG, der Eingriffsbegriff der berufsregelnden Tendenz für Art. 12 Abs. 1 GG und der moderne Eingriffsbegriff für die meisten anderen Grundrechte.

[Grafik/Bild hier nicht wiedergegeben.]

## Die drei Eingriffsbegriffe des Grundgesetzes und ihre Voraussetzungen

Es gibt danach Maßnahmen, die zwar in Art. 12 Abs. 1 GG, nicht aber in Art. 2 Abs. 1 GG eingreifen. Das sind finale Regelungen, denen Durchsetzbarkeit oder Unmittelbarkeit abgehen.

Dies vor Augen scheint es, als ob die Schutzbereichslösung eine doppelte Begünstigung des Staates darstellte: Zum einen gilt der enge klassische Eingriffsbegriff, weil ein Eingriff in Art. 2 Abs. 1 GG zu prüfen ist, zum anderen muss die Rechtfertigung nur den Anforderungen eines einfachen Gesetzesvorbehalts genügen. Diese Zuspitzung lässt aber außer Acht, dass auch die Schutzbereichslösung des Bundesverwaltungsgerichts Ausnahmen macht. Sobald die öffentliche Konkurrenz eine unzumutbare Einschränkung darstellt, ist nach allen Ansichten der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eröffnet, und die Prüfung erfolgt inhaltsgleich.

Greift die Ausnahme nicht, gilt Folgendes: Die Schutzbereichslösung prüft Art. 2 Abs. 1 GG und verneint den Eingriff, weil es an allen klassischen Eingriffsmerkmalen fehlt: Staatliche Konkurrenz ist kein Rechtsakt, der durchgesetzt würde, sie zielt nicht (notwendig) darauf, den Privaten in seiner Handlungsfreiheit zu beschränken, und tut das auch nicht unmittelbar<sup>35</sup>. Damit ist staatliche Konkurrenz in diesen Fällen verfassungsmäßig.

Die andere Ansicht muss im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG die berufsregelnde Tendenz des Eingriffs prüfen. In vielen Fällen kommt sie dabei zum selben Ergebnis wie die Schutzbereichslösung. Dies immer dann, wenn es mangels Finalität (bzw. Rechtsaktsqualität) an einem Eingriff fehlt. In den schließlich verbleibenden Fällen erscheint die Rechtfertigungslösung zu streng: Weil auf funktionierenden Märkten immer auch Private agieren, ist, um eine Dienstleistung im Angebot zu halten, staatliche Konkurrenz nie erforderlich, sondern stets unverhältnismäßig. Daher verbietet die Rechtfertigungslösung wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand fast vollständig, während

---

30 Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, oben Fußn. 5, Rdnr. 238 ff., und *Tsiliotis*, Wettbewerbsfreiheit, oben Fußn. 20, S. 166 ff.

31 Diese Überlegungen kann man allerdings auch auf der Ebene des Schutzbereiches verorten, vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, oben Fußn. 5, Rdnr. 823.

32 *Hösch*, oben Fußn. 22, DÖV 2000, 393/397.

33 *Hans-Uwe Erichsen*, Allgemeine Handlungsfreiheit, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, 1989, S. 1185-1220/1216 ff.; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, oben Fußn. 5, Rdnr. 379.

34 *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, oben Fußn. 5, Rdnr. 380.

35 *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, oben Fußn. 21, S. 100; *Hösch*, oben Fußn. 22, DÖV 2000, 393/398; *A. Schmidt*, oben Fußn. 17, Umdruck S. 204 f.; *Selmer*, in: Stober/Vogel, oben Fußn. 20, S. 75/83 f.; *Tsiliotis*, Wettbewerbsfreiheit, oben Fußn. 20, S. 242 f.

*Bodo Pieroth/Bernd J. Hartmann: Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand - DVBl 2002 Ausgabe 07 - 425 << >>*

die Schutzbereichslösung ein abgewogenes Verhältnis von Regel und Ausnahme bereit hält. Denkt man die Alternativen konsequent zu Ende, erweist sich die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts als wohl durchdacht. Dass ihr nicht nur vom Ergebnis her, sondern auch von Verfassung wegen zuzustimmen ist, soll nun zu zeigen versucht werden.

## II. Schutzbereich der Berufsfreiheit

Die Grundrechte gelten verschiedenen Lebensbereichen (auch Regelungsbereiche genannt)<sup>36</sup>. Der Ausschnitt aus dem Lebensbereich, den ein Grundrecht schützt, heißt Schutzbereich<sup>37</sup>. Wie weit der Schutzbereich hinter dem Lebensbereich zurück bleibt, legt die Grundrechtsnorm teilweise ausdrücklich fest. So ist etwa der Regelungsbereich des Versammelns durch Art. 8 Abs. 1 GG nur zu dem Teil geschützt, zu dem eine Versammlung "friedlich und ohne Waffen" stattfindet. Wo eine Vorschrift keine ausdrückliche Festlegung trifft, kommt es auf ihre Auslegung an. So begründet etwa das Bundesverwaltungsgericht sein Ergebnis, dass Art. 9 Abs. 1 GG nicht vor der Pflichtmitgliedschaft in öffentlich-rechtlichen Vereinigungen schütze, vor allem genetisch (die Zwangsverbände aus vorgrundgesetzlicher Zeit wollte der Parlamentarische Rat bestehen lassen) und systematisch (mit Blick auf die Schranken des Art. 9 Abs. 2 GG)<sup>38</sup>.

Die systematische Auslegung des Art. 12 Abs. 1 GG ist es auch, die den Schutzbereich der Wettbewerbsfreiheit begrenzt. Art. 12 Abs. 1 GG schützt das Recht der freien Wahl und der freien Ausübung des Berufs. Beruf ist jede auf Dauer berechnete, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende (erlaubte) Tätigkeit<sup>39</sup>. Erfasst sind selbständige Tätigkeiten<sup>40</sup>, was mit den

Begriffen der Gewerbefreiheit oder der Unternehmerfreiheit zum Ausdruck gebracht werden soll<sup>41</sup>. Bieten Private Dienstleistungen am Markt an, erfüllt das die referierte Definition des Berufs. Üblicherweise wird als nächstes gefragt, ob eine Ausübung oder eine Wahl dieses Berufs vorliegt. Das ist vorschnell, weil mit der genannten Definition nur der *Begriff* des Berufs beschrieben ist. Davon muss der *Umfang* des Berufsschutzes unterschieden werden: Nicht jede Tätigkeit, die den Berufsbegriff erfüllt, fällt in den Schutzzumfang des Grundrechts.

Die Unterscheidung zwischen Begriff und Umfang ist keine neue Erfindung. Sie ist etwa für den Eigentumsschutz gem. Art. 14 Abs. 1 GG anerkannt<sup>42</sup>. Unter den Begriff des Eigentums fällt danach, grob gesprochen, jede vermögenswerte Rechtsposition<sup>43</sup>; geschützt sind aber nur der Bestand und die Nutzung des Eigentums. Die Unterscheidung zwischen Begriff und Schutzzumfang ist insbesondere für die Berufsfreiheit nicht neu. Es ist anerkannt, dass Art. 12 Abs. 1 GG nur berufs- und ausbildungsspezifische Handlungen schützt<sup>44</sup>. Schließt ein Kaufmann im Betrieb seines Handelsgewerbes<sup>45</sup> einen Kaufvertrag<sup>46</sup>, sind die Voraussetzungen des Berufs begrifflich erfüllt: Handelskäufe abzuschließen ist des Kaufmanns auf Dauer berechnete, der Schaffung und Erhaltung seiner Lebensgrundlage dienende (erlaubte) Tätigkeit. Dennoch ist anerkannt, dass die Haftung aus beruflich geschlossenem Vertrag (oder beruflich begangener unerlaubter Handlung) vor Art. 12 Abs. 1 GG nicht rechtfertigungsbedürftig ist. Obwohl die Handlung also dem Berufsbegriff unterfällt, ist sie durch Art. 12 Abs. 1 GG nicht geschützt, weil der Schutzzumfang der Berufsfreiheit so weit nicht reicht<sup>47</sup>. Dass das Bundesverwaltungsgericht den Schutzzumfang des Art. 12 Abs. 1 GG so bestimmt, wie es ihn bestimmt, ist nicht nur nicht ungewöhnlich, sondern auch richtig so, wie folgend gezeigt werden soll.

## 1. Gründe

Es sind zwei Gedanken, die das Ergebnis des Bundesverwaltungsgerichts begründen: Die Wettbewerbsfreiheit schützt die Freiheit zum Wettbewerb, nicht die Freiheit vom Wettbewerb; das Grundgesetz weist dem Gesetzgeber die Kompetenz zu, die Wirtschaft zu gestalten.

### a) Freiheit zum Wettbewerb, nicht vom Wettbewerb

Art. 12 Abs. 1 GG gewährt die Berufsausübungsfreiheit nicht nur dem eingesessenen Anbieter, sondern "allen Deutschen". Wenn die Vorschrift jeden Einzelnen berechtigt, in den Wettbewerb einzutreten, dann bedeutet das im Umkehrschluss, dass die Grundrechtsgewährleistung eingesessene Anbieter nicht vor dem Hinzutreten eines Wett-

---

36 Einzige Ausnahme ist die allgemeine Handlungsfreiheit, *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1999 (Neudruck), Rdnr. 309; *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, oben Fußn. 5, Rdnr. 195 ff.; vgl. auch *Tsiliotis*, Wettbewerbsfreiheit, oben Fußn. 20, S. 70 f.

37 *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, oben Fußn. 5, Rdnr. 195; auch Normbereich: vgl. *Hesse*, Verfassungsrecht, oben Fußn. 36, Rdnr. 46, und *Friedrich Müller*, Juristische Methodik, 6. Aufl. 1995, S. 273 ff., insb. Fußn. 453 und S. 276 f.

38 BVerfG, Urteil vom 21. 7. 1998 - 1 C 32.97, E 107, 169-177/172 f. (m. Anm. *Hans-Uwe Erichsen*, JK 99, Art. 9 I GG/3).

39 BVerfG, Urteil vom 11. 6. 1958 - 1 BvR 596/56 (Apothekenurteil), E 7, 377-444/397; BVerfG, Urteil vom 1. 3. 1979 - 1 BvR 532/77 u. a. (Mitbestimmung), E 50, 290-381/362. Zur Frage des Erlaubtseins vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, oben Fußn. 5, Rdnr. 810, *Tsiliotis*, Wettbewerbsfreiheit, oben Fußn. 20, S. 73 ff.

40 BVerfG, Apothekenurteil, oben Fußn. 39, E 7, 377/398 f.

41 Gewerbefreiheit: BVerfG, Mitbestimmung, oben Fußn. 39, E 50, 290/362; *Kluth*, oben Fußn. 14, S. 59. Vgl. bereits Art. 151 Abs. 3 WRV. Unternehmerfreiheit: BVerfG, Mitbestimmung, oben Fußn. 39, E 50, 290/363.

42 Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, oben Fußn. 5, wo die Erörterung des Schutzbereichs gegliedert ist in "Begriff des Eigentums" (vor Rdnr. 899) und "Umfang des Eigentumsschutzes" (vor Rdnr. 912). Ähnlich *Jarass*, in: *Jarass/Pieroth*, GG, oben Fußn. 5: "Schutzfähige Positionen" (Rdnr. 6 ff zu Art. 14) und "Geschützte Aspekte" (Rdnr. 17 ff. zu Art. 14).

43 Vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, oben Fußn. 5, Rdnr. 903, 908.

44 *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, oben Fußn. 5, Rdnr. 823.

45 Vgl. §§ 343, 344 Abs. 1 HGB.

46 Vgl. §§ 373 ff. HGB.

47 Die Rechtsprechung erfasst das, anders als *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, oben Fußn. 5, Rdnr. 823, von der Eingriffsseite her. Es fehle sowohl objektiv als auch subjektiv an der berufsregelnden Tendenz, BVerfG, Beschluss vom 12. 11. 1997 - 1 BvR 479/92 u. a. (Kind als Schaden), E 96, 375-407/397.

bewerbers schützt<sup>48</sup>. Konkurrenz ist das Prinzip der Wettbewerbsfreiheit; vor ihr bewahrt das Grundrecht nicht, sondern sie will es gerade ermöglichen<sup>49</sup>. Zwar kann sich die öffentliche Hand in der Tat nicht auf die Wettbewerbsfreiheit berufen<sup>50</sup>. Insofern ließe sich also sagen, dass Art. 12 Abs. 1 GG nur ein Argument dafür sei, dass die Berufsfreiheit private Konkurrenz ermöglichen wolle, ohne die These zu stützen, dass die Berufsfreiheit gerade gegen öffentliche Konkurrenz nicht schütze. Doch ist Wettbewerb ein faktisches Phänomen, das bei privaten und öffentlichen Wettbewerbern identisch ist. Es geht also weder um Art. 19 Abs. 3 GG und die Grundrechtsberechtigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts noch um Art. 1 Abs. 3 GG und die Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand. Es geht vielmehr allein um Art. 12 Abs. 1 GG und den Umfang seines Schutzbereiches. Inwieweit die öffentliche Hand grundrechtsberechtigt ist, trägt aber nichts dazu bei, den Umfang des Schutzbereiches des Art. 12 Abs. 1 GG zu bestimmen.

Wer die Grundrechte privater Unternehmer zum Schutz vor staatlicher Konkurrenz in Stellung bringt, beruft sich auf eine grundgesetzlich garantierte Wettbewerbsfreiheit, welche nicht nur ein Recht auf Wettbewerb, sondern ein solches gerade auf unverzerrten privaten Wettbewerb und damit ein Recht auf Freiheit von staatlichem Wettbewerb begründen soll. Damit ist aber nicht mehr der Schutz des Wettbewerbs, die Freiheit zum Wettbewerb, sondern im Gegenteil die Freiheit von (bestimmtem) Wettbewerb intendiert<sup>51</sup>.

## b) Wirtschaftspolitische Gestaltungskompetenz des Gesetzgebers

Das Grundgesetz legt keine bestimmte Wirtschaftsordnung fest. Anders als die Weimarer Reichsverfassung in ihren Art. 151 ff. normiert es auch keine konkreten verfassungsrechtlichen Grundsätze über "das Wirtschaftsleben", wie der Fünfte Abschnitt überschrieben war<sup>52</sup>. Dem entspricht es, dass das Bundesverfassungsgericht schon früh immer wieder und unter Beifall ausgesprochen hat, dass das Grundgesetz wirtschaftspolitisch neutral sei<sup>53</sup>. Die Verfassung überlässt es dem Gesetzgeber, die Wirtschaft zu ordnen, und gibt ihm dafür gem. Art. 73 Nr. 5, 74 Nr. 11, 16 GG Kompetenzen an die Hand. Die Wirtschaft zu steuern ist gem. Art. 109 Abs. 2 GG eine Aufgabe der öffentlichen Hand<sup>54</sup>. Gem. Art. 15 Satz 1 GG hat der Gesetzgeber sogar die Befugnis, "Grund und Boden, Naturschätze und Produktionsmittel ... zum Zwecke der Vergesellschaftung durch ein Gesetz ... in Gemeineigentum oder in andere Formen der Gemeinwirtschaft" zu überführen. Dann darf er erst recht staatliche Konkurrenz zulassen, die einem öffentlichen Zweck dient.

Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG ermächtigt zur "Regelung". Die Unterscheidung zwischen Ausgestaltung und Einschränkung von Grundrechten vor Augen, rückt das Bundesverfassungsgericht die Regelung in die Nähe der Ausgestaltung. Bei einer Regelung begrenze der Gesetzgeber die Grundrechte "von innen", aus ihrem Wesen heraus, bei einer Einschränkung dagegen "von außen"<sup>55</sup>. Die Begrenzung von innen unterliege dabei weniger strengen Voraussetzungen als die Einschränkung von außen. Insofern lässt Art. 12 Abs. 1 GG dem einfachen Gesetzgeber besonders viel Spielraum, zumal auch keiner anderen Vorschrift des Grundgesetzes ein subjektives Recht auf Erhaltung eines bestimmten Geschäftsumfanges oder auf Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten zu entnehmen ist<sup>56</sup>.

## 2. Ergebnis: Regel und Ausnahme

Aus den beiden Gründen für die Regel, dass die Wettbewerbsfreiheit den eingesessenen Anbieter nicht vor Konkurrenz durch die öffentliche Hand schützt, folgt zugleich die Ausnahme. Weil die Wettbewerbsfreiheit gerade die Freiheit zum Wettbewerb schützt, ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG betroffen, wenn die öffentliche Hand Wettbewerb unmöglich macht. Ist das Kind dann schon in den Brunnen gefallen, müssen bereits solche Beeinträchtigungen genügen, die den Wettbewerb zukünftig unmöglich machen werden. Das sind alle Beeinträchtigungen, die schon jetzt die wirtschaftliche Betätigung des eingesessenen Anbieters unzumutbar einschränken.

Weil dem Gesetzgeber die wirtschaftliche Gestaltungskompetenz nur in den Grenzen der Verfassung zukommt, ist der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG zum einen betroffen, wenn der Gesetzgeber bei der Gestaltung der Wirtschaftsordnung verfassungswidrig handelt. Weil die Gestaltungskompetenz gerade dem Gesetzgeber und nicht der Gemeinde oder dem einzelnen öffentlichen Unterneh-

---

48 A. Schmidt, oben Fußn. 17, Umdruck S. 206.

49 BVerwG, oben Fußn. 6, DVBl. 1983, 1251/1252; HessStGH, Beschluss vom 24. 11. 1982 - P. St. 907, NVwZ 1983, 542-544/543; Otting, Neues Steuerungsmodell, oben Fußn. 19, S. 156; Pieroth/Schlink, Grundrechte, oben Fußn. 5, Rdnr. 815, vgl. Utz Schliesky, Öffentliches Wettbewerbsrecht, 1997, S. 199.

50 Pieroth/Schlink, Grundrechte, oben Fußn. 5, Rdnr. 154 ff.

51 Christoph Gusy, Die wirtschaftliche Betätigung des Staates (Teil 2), JA 1995, 253-259/253.

52 BVerfG, Mitbestimmung, oben Fußn. 39, E 50, 290/336 f.

53 BVerfG, Urteil vom 20. 7. 1954 - 1 BvR 459/52 u. a. (Investitionshilfegesetz), E 4, 7-27/17; BVerfG, Apothekenurteil, oben Fußn. 39, E 7, 377/400; BVerfG, Beschluss vom 16. 3. 1971 - 1 BvR 52/66 u. a. (Bevorratungspflicht für Erdöl), E 30, 292-336/315; BVerfG, Mitbestimmung, oben Fußn. 39, E 50, 290/338. Zustimmend etwa Battis, oben Fußn. 20,

GewArch. 1982, 145/149; *Martin Pagenkopf*, Einige Betrachtungen zu den Grenzen für privatwirtschaftliche Betätigung der Gemeinden - Grenzen für die Grenzzieher?, GewArch. 2000, 177-185/179; *Ronellenfitsch*, oben Fußn. 14, § 84 Rdnr. 32, 33; *Selmer*, in: Stober/Vogel, oben Fußn. 20, S. 75-102/77; *Tsiliotis*, Wettbewerbsfreiheit, oben Fußn. 20, S. 39 ff.

- 54 *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, oben Fußn. 21, S. 89; vgl. *Tsiliotis*, Wettbewerbsfreiheit, oben Fußn. 20, S. 38, 40.
- 55 BVerfG, Apothekenurteil, oben Fußn. 39, E 7, 377/404; krit. *Hesse*, Verfassungsrecht, oben Fußn. 37, Rdnr. 306 f.; vgl. *Tsiliotis*, Wettbewerbsfreiheit, oben Fußn. 20, S. 163 f.
- 56 BVerfG, Beschluss vom 16. 10. 1968 - 1 BvR 241/66, E 24, 236-252/251; BVerfG, Steuerberatende Berufe, oben Fußn. 5, E 34, 252/256; HessStGH, oben Fußn. 49, NVwZ 1983, 542/543; BVerwG, Bestattungsordner, oben Fußn. 3, E 39, 329/336 f.; BVerwG, Arzneimittel-Transparenzlisten, oben Fußn. 4, E 71, 183-199/193; *Jarass*, in: Jarass/Pieroth, GG, oben Fußn. 5, Art. 12 Rdnr. 15; *Kluth*, in: Stober/Vogel, oben Fußn. 20, S. 23/28.

*Bodo Pieroth/Bernd J. Hartmann: Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand - DVBl 2002 Ausgabe 07 - 427 << >>*

men zukommt, darf das öffentliche Unternehmen zum andern den vom Gesetzgeber gezogenen Rahmen der Wirtschaftsordnung nicht verlassen, muss sich also an einfaches Recht halten. Die beiden Alternativen lassen sich zu der Aussage bündeln, dass der Schutzbereich betroffen ist, wenn die öffentliche Hand rechtswidrig handelt.

Die oben referierte, im Schrifttum geäußerte Kritik kann den hier eingenommenen Standpunkt nicht erschüttern. Der Einwand, dass das Bundesverwaltungsgericht zwischen der Konkurrenz durch die öffentliche Hand und der Konkurrenz durch Private hätte unterscheiden müssen, differenziert nicht hinreichend zwischen dem grundrechtlichen Schutz des eingeseßenen Privaten und des neuen Konkurrenten. Dass die öffentliche Hand, der neue Konkurrent, sich auf die Wettbewerbsfreiheit nicht berufen kann, wird erst erheblich, nachdem festgestellt worden ist, dass der eingeseßene Private sich auf grundrechtlichen Schutz berufen kann. Schützt die Wettbewerbsfreiheit ihn dagegen, wie hier vertreten, überhaupt nicht vor Konkurrenz, dann muss der Eingeseßene die Konkurrenz unabhängig davon hinnehmen, ob der neue Konkurrent sich auf die Wettbewerbsfreiheit berufen kann.

Dass das Bundesverwaltungsgericht die Berufsausübung neben der Berufswahl nicht zur Kenntnis nehmen würde, sticht gleichfalls erst, nachdem das Merkmal Beruf begrifflich und schutzumfänglich bejaht wurde. Solange aber, wie hier vertreten, ein Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG schutzumfänglich nicht vorliegt, kann auch dahinstehen, ob ein Verhalten Ausübung oder Wahl (des Nichtberufs!) ist.

Dass die Unzumutbarkeit der Einschränkung ein zu enger Maßstab sei, trifft nicht zu, weil der Schutzbereich schon eröffnet ist, sobald das Verhalten des Konkurrenten rechtswidrig ist. Verbietet das einfache Recht eine Einschränkung, dann ist der Schutzbereich eröffnet, sobald das Verbot missachtet wird. Das einfache Recht mag also Einschränkungen verbieten, die kaum spürbar sind. Ein Maßstab, der das zulässt, ist nicht zu eng.

## **C. Grundgesetzliche Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen der Schutzbereichslösung**

Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ist insbesondere unerlaubt, wenn sie gegen die Verfassung verstößt. Nur die grundgesetzlichen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen sollen abschließend erörtert werden. Dazu gehört nicht das Subsidiaritätsprinzip, wohl aber das Gebot, einen öffentlichen Zweck zu verfolgen.

### **I. Subsidiaritätsprinzip?**

Wäre dem Grundgesetz ein Prinzip der Subsidiarität<sup>57</sup>, der Nachrangigkeit staatlichen Eintretens gegenüber gesellschaftlicher Aufgabenwahrnehmung zu entnehmen, dann könnte eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand den Vorrang privaten Wirtschaftens rechtswidrig missachten. Doch ist das Subsidiaritätsprinzip im Grundgesetz nicht durchgängig, sondern nur bereichsspezifisch vorgesehen, etwa in Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG ("zuvörderst") oder neuerdings in Art. 23 Abs. 1 Satz 1 GG<sup>58</sup>. Weil der Bereich der Erwerbswirtschaft nicht erfasst ist<sup>59</sup> und weil von singulären Ausprägungen auf ein allgemeines Subsidiaritätsprinzip nicht geschlossen werden kann<sup>60</sup>, steht das Grundgesetz vorrangiger oder gleichrangiger wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand nicht entgegen.

### **II. Öffentlicher Zweck**

Ein Träger von Staatsgewalt darf nur tätig werden, um Gemeinwohlbelange, also öffentliche Zwecke, zu verfolgen<sup>61</sup>. Das gibt namentlich das Rechtsstaatsprinzip vor<sup>62</sup>. Ein öffentlicher Zweck ist nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts schon dann gegeben, wenn die wirtschaftliche Betätigung

nach "rechtsbewusster" Auffassung der Volksvertretung dem Gemeinwohl der Einwohner dient<sup>63</sup>. In diese "eigentliche Gemeinwohlbestimmung", die innerhalb eines weiten Gestaltungsspielraums stattfinden darf<sup>64</sup>, dürften Kommunalaufsicht und Verwaltungsgerichtsbarkeit "weitgehend"<sup>65</sup> oder gar nicht<sup>66</sup> eingreifen.

- 57 Vgl. dazu grundlegend *Josef Isensee*, Subsidiaritätsprinzip und Verfassungsrecht. Eine Studie über das Regulativ des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft, Berlin 1968, und *Rüdiger Zuck*, Subsidiaritätsprinzip und Grundgesetz, München 1968.
- 58 BVerwG, Urteil vom 25. 2. 1966 - 7 C 72.64, E 23, 304-308/306; BVerwG, Bestattungsordner, oben Fußn. 3, E 39, 329/338; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, oben Fußn. 21, S. 98 f.; *Ehlers*, oben Fußn. 1, JZ 1990, 1089/1096; *Ericksen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, oben Fußn. 19, S. 32; vgl. *Ronellenfisch*, oben Fußn. 14, § 84 Rdnr. 33.
- 59 BVerwG, Bestattungsordner, oben Fußn. 3, E 39, 329/338.
- 60 *Ericksen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, oben Fußn. 19, S. 32; *Matthias Ruffert*, Grundlagen und Maßstäbe einer wirkungsvollen Aufsicht über die kommunale wirtschaftliche Betätigung, VerwArch. 2001, 27-57/44; BVerfG, Urteil vom 29. 7. 1959 - 1 BvR 205/58 u. a., E 10, 59-89/83 brauchte die Frage nicht zu entscheiden.
- 61 *Gabriele Britz*, Funktion und Funktionsweise öffentlicher Unternehmen im Wandel: Zu den jüngsten Entwicklungen im Recht der kommunalen Wirtschaftsunternehmen, NVwZ 2001, 380-387/382; *Ehlers*, oben Fußn. 1, JZ 1990, 1089/1091; *ders.*, oben Fußn. 28, DVBl. 1998, 497/498; *Edzard Schmidt-Jortzig*, Die Zulässigkeit kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen im einzelnen, in: Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Band 5: Kommunale Wirtschaft, 2. Aufl. 1984, S. 50-70/57; *Klaus Vogelgesang*, in: Karl Heinrich Friauf / Wolfram Höfling, Berliner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 28 Rdnr. 101. Vgl. *Wolfgang Löwer*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Auftraggeber, VVDStRL 60 (2001), 416-455/418 ff.
- 62 *Ehlers*, oben Fußn. 1, JZ 1990, 1089/1091; *Markus Heintzen*, Zur Tätigkeit kommunaler (Energieversorgungs-) Unternehmen außerhalb der kommunalen Gebietsgrenzen, NVwZ 2000, 743-746/744 f., leitet das für Tätigkeit außerhalb der Gemeindegrenzen aus Art. 28 Abs. 2 GG ab.
- 63 BVerwG, Bestattungsordner, oben Fußn. 3, E 39, 329/334, zust. *Hubert Meyer*, oben Fußn. 19, LKV 2000, 321/323; *Schmidt-Jortzig*, oben Fußn. 61, S. 58, ähnlich *Britz*, oben Fußn. 61, NVwZ 2001, 380/382.
- 64 *Ehlers*, oben Fußn. 1, JZ 1990, 1089/1091; *Selmer*, in: Stober/Vogel, oben Fußn. 20, S. 75/86 f.
- 65 BVerwG, Bestattungsordner, oben Fußn. 3, E 39, 329/334, zust. *Hubert Meyer*, oben Fußn. 19, LKV 2000, 321/323; ähnlich *Heintzen*, oben Fußn. 62, NVwZ 2000, 743/745.
- 66 *Schmidt-Jortzig*, oben Fußn. 61, S. 58; *Selmer*, in: Stober/Vogel, oben Fußn. 20, S. 75/87.

*Bodo Pieroth/Bernd J. Hartmann: Grundrechtsschutz gegen wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand - DVBl 2002 Ausgabe 07 - 428 <<*

Als öffentliche Zwecke anerkannt sind etwa die Daseinsvorsorge oder die Kompensation von Marktversagen<sup>67</sup>.

Das Erfordernis eines öffentlichen Zweckes wirkt daher wenig restriktiv<sup>68</sup>. Immerhin leistet es eine negative Abgrenzung, indem es rein erwerbswirtschaftliche Betätigung untersagt<sup>69</sup>. Gewinne zu erwirtschaften, um den Haushalt zu entlasten, ist kein öffentlicher Zweck<sup>70</sup>. Andernfalls bliebe die Begrenzung auf den öffentlichen Zweck auch funktionslos<sup>71</sup>. Zudem ist die Finanzierung staatlicher Aufgaben nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in erster Linie der Steuer vorbehalten, so dass daneben grundsätzlich keine anderen Abgaben erhoben und keine anderen Einkünfte erzielt werden dürfen<sup>72</sup>. Eine Gewinnmitnahme ist dadurch freilich nicht ausgeschlossen, wofür auch Art. 110 Abs. 1 GG spricht<sup>73</sup>. Die öffentliche Hand darf sogar Gewinne erzielen wollen, solange der mit der Tätigkeit eigentlich verfolgte öffentliche Zweck im Vordergrund bleibt<sup>74</sup>.

Ist es eine Gemeinde, die sich wirtschaftlich betätigt, wird Art. 28 Abs. 2 Satz 1 GG als Grundlage<sup>75</sup> und Grenze<sup>76</sup> der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden gesehen. Das soll hier aber nicht näher vertieft werden, weil nicht die Gemeinden, sondern die öffentliche Hand insgesamt Thema dieses Beitrags ist.

## D. Zusammenfassung

Den Grundrechtsschutz vor wirtschaftlicher Betätigung der öffentlichen Hand vermittelt Art. 12 Abs. 1 GG. Der Schutzbereich dieses Grundrechts ist nur eröffnet, wenn ein "Beruf" ausgeübt wird. Das ist erst anzunehmen, wenn neben dem Begriff des Berufs auch der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet ist. Das ist dann und nur dann der Fall, wenn die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand die wirtschaftliche Betätigung des Grundrechtsberechtigten unzumutbar einschränkt. Eine *Einschränkung* liegt insbesondere vor, wenn dem Privaten die wirtschaftliche Betätigung unmöglich gemacht wird, wozu das staatliche Monopol ein Unterfall ist. *Unzumutbar* ist die Einschränkung jedenfalls dann, wenn die öffentliche Hand rechtswidrig handelt. Regel wie Ausnahme ergeben sich daraus, dass das Grundgesetz die wirtschaftspolitische Gestaltungskompetenz dem Gesetzgeber übertragen hat (und nicht den öffentlichen

Unternehmen) und dass Art. 12 Abs. 1 GG nicht die Freiheit vom Wettbewerb, sondern die Freiheit zum Wettbewerb garantiert (die insbesondere verloren geht, wenn wirtschaftliche Betätigung unmöglich gemacht wird).

- 
- 67 *Markus Heintzen*, Rechtliche Grenzen und Vorgaben für eine wirtschaftliche Betätigung von Kommunen im Bereich der gewerblichen Gebäudereinigung, 1999, S. 81; *Oebbecke*, oben Fußn. 5, S. 16.
- 68 Krit. *Helmuth Schulze-Fielitz*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 60 (2001), 618 f./619: "Leerformel".
- 69 BVerfG, Beschluss vom 8. 7. 1982 - 2 BvR 1187/80, E 61, 82-118/107 mit Argumenten aus dem Unterverfassungsrecht; BVerwG, Bestattungsordner, oben Fußn. 3, E 39, 329/334; *Florian Becker*, Grenzenlose Kommunalwirtschaft, DÖV 2000, 1032-1039/1034; *Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, oben Fußn. 21, S. 92 ff.; *Ehlers*, oben Fußn. 28, DVBl. 1998, 497/499; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, in: ders. (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 11. Aufl. 1999, 1. Abschn., Rdnr. 120; *Selmer*, in: Stober/Vogel, oben Fußn. 20, S. 75/88; a. A. *Britz*, oben Fußn. 61, NVwZ 2001, 380/382, 383.
- 70 BVerwG, Bestattungsordner, oben Fußn. 3, E 39, 329/334; *Ulrich Cronauge*, Kommunale Unternehmen. Eigenbetriebe - Kapitalgesellschaften - Zweckverbände, 3. Aufl. 1997, Rdnr. 466; *Ehlers*, oben Fußn. 1, JZ 1990, 1089/1091; *Ehlers*, oben Fußn. 28, DVBl. 1998, 497/499; *Rolf Grawert*, Zuständigkeitsgrenzen der Kommunalwirtschaft, in: Klaus Grupp / Michael Ronellenfitsch (Hrsg.), Planung - Recht - Rechtsschutz, Festschrift für Willi Blümel, 1999, S. 119-138/125 f.; *Hubert Meyer*, oben Fußn. 19, LKV 2000, 321/323; *Löwer*, oben Fußn. 61, VVDStRL 60, 416/418 ff.; *Janbernd Oebbecke*, Die örtliche Begrenzung kommunaler Wirtschaftstätigkeit, ZHR 2000, 375-393/382; *ders.*, oben Fußn. 5, S. 16. *Schmidt-Jortzig*, oben Fußn. 61, S. 58 f. Anders die "kühne" (*Ehlers*, oben Fußn. 28, DVBl. 1998, 497/499) Ansicht von *Otting*, Neues Steuerungsmodell, oben Fußn. 19, S. 180 ff, 199, 218, sowie *Jarass*, Wirtschaftsverwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, oben Fußn. 19, § 16 Rdnr. 23; *Christoph Gusy*, Die wirtschaftliche Betätigung des Staates (Teil 1), JA 1995, 166-173/170.
- 71 *Ehlers*, oben Fußn. 28, DVBl. 1998, 497/499.
- 72 BVerfG, Beschluss vom 7. 11. 1995 - 2 BvR 413/88 u. a., E 93, 319-352/342; BVerfG, Beschluss vom 8. 6. 1988 - 2 BvL 9/85 u. a., E 78, 249-289/266 f.; BVerfG, Beschluss vom 31. 5. 1990 - 2 BvL 12/88 u. a., E 82, 159-198/178; *Birk*, Steuerrecht, oben Fußn. 18, Rdnr. 80, 112; *Ehlers*, oben Fußn. 1, JZ 1990, 1089/1091; *ders.*, oben Fußn. 28, DVBl. 1998, 497/499; *Kluth*, in: Stober/Vogel, oben Fußn. 20, S. 23/26 f.; ausführlich *Rolf Stober*, Eigenwirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand, BB 1989, 716-722/719 f. Gegen die "Steuerstaatsdoktrin" als Überprüfungsmaßstab *Jens-Peter Schneider*, Der Staat als Wirtschaftssubjekt und Steuerungsakteur, DVBl. 2000, 1250-1260/1255, und *Ute Sacksofsky*, Umweltschutz durch nicht-steuerliche Abgaben, 2000, S. 126 ff.; *dies.*, Staatsfinanzierung durch Gebühren?, in: dies./Joachim Wieland (Hrsg.), Vom Steuerstaat zum Gebührenstaat, 2000, S. 188-204/197 ff., sowie die Diskussionsbeiträge von *Ernst-Wolfgang Böckenförde*, VVDStRL 60 (2001), 593-595/594, und *Hans Meyer*, aaO, S. 617 f. mit Antwort von *Wolfgang Löwer*, aaO, S. 621-625/623 f.
- 73 *Ehlers*, oben Fußn. 1, JZ 1990, 1089/1091.
- 74 *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, oben Fußn. 70, Rdnr. 465; *Joachim Burmeister*, Selbstverwaltungsgarantie und wirtschaftliche Betätigung der Kommunen, in: Günter Püttner (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, Bd. 5: Kommunale Wirtschaft, 2. Aufl. 1984, S. 3-49/41.
- 75 *Peter Badura*, Wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden zur Erledigung von Angelegenheiten der örtlichen Gemeinschaft im Rahmen der Gesetze, DÖV 1998, 818-823/820, 823; *Burmeister*, oben Fußn. 74, S. 3/4; *Cronauge*, Kommunale Unternehmen, oben Fußn. 70, Rdnr. 457; *Erichsen*, Gemeinde und Private im wirtschaftlichen Wettbewerb, oben Fußn. 19, S. 13; *Pagenkopf*, oben Fußn. 53, GewArch. 2000, 177/178 f.; *Klaus Stern / Günter Püttner*, Die Gemeindegewirtschaft. Recht und Realität, 1965, S. 161.
- 76 Vgl. etwa *Becker*, oben Fußn. 69, DÖV 2000, 1032/1034 ff.; *Heintzen*, oben Fußn. 62, NVwZ 2000, 743 ff.; *Jürgen Kühling*, Verfassungs- und kommunalrechtliche Probleme grenzüberschreitender Wirtschaftsbetätigung der Gemeinden, NJW 2001, 177-182/178 ff.; *Oebbecke*, oben Fußn. 70, ZHR 2000, 375/385 ff.; *Pagenkopf*, oben Fußn. 53, GewArch. 2000, 177/178 f.