

Festschrift für
ERNST STEINDORFF
zum 70. Geburtstag
am 13. März 1990

Herausgegeben

von

Jürgen F. Baur · Klaus J. Hopt · K. Peter Mailänder

in Verbindung mit

Rolf O. Belke · Helmut Köhler · Eberhard Körner
Hans-Georg Koppensteiner · Hagen Lichtenberg
Wulf Henning Roth · Hanns Ullrich



1990

Walter de Gruyter · Berlin · New York

Universitäts-
Bibliothek
München

CIP-Titelaufnahme der Deutschen Bibliothek

**Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. [siebzigsten]
Geburtstag am 13. März 1990** / hrsg. von Jürgen F. Bauer ... in
Verbindung mit Rolf O. Belke ... – Berlin ; New York : de
Gruyter, 1990
ISBN 3-11-011985-4
NE: Baur, Jürgen F. [Hrsg.]; Steindorff, Ernst: Festschrift

© Copyright 1990 by Walter de Gruyter & Co., D-1000 Berlin 30.
Dieses Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Printed in Germany
Satz und Druck: Saladruck, D-1000 Berlin 36
Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer GmbH, D-1000 Berlin 61

Inhalt

HANS F. ZACHER, Dr. jur., o. Professor an der Universität München, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationa- les Sozialrecht: Zur Emeritierung von Ernst Steindorff	1
I. Gesellschafts- und Konzernrecht	
RICHARD M. BUXBAUM, LL.B., LL.M., Professor an der School of Law (Boalt Hall), University of California, Berkeley (U. S. A.): Institutional ownership and the restructuring of corporations – With special reference to takeovers	7
WALTHER HADDING, Dr. jur., o. Professor an der Universität Mainz: Verfügungen über Mitgliedschaftsrechte	31
GÖTZ HUECK, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Minderheitenschutz bei der Ergebnisverwendung in der GmbH – Zur Neuregelung des § 29 GmbHG durch das Bilanzrichtlinien-Gesetz . . .	45
UWE HÜFFER, Dr. jur., o. Professor an der Ruhr-Universität Bochum: Zur gesellschaftsrechtlichen Treupflicht als richterrechtlicher General- klausel	59
HANS-GEORG KOPPENSTEINER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Salzburg: Abhängige Aktiengesellschaften aus rechtspolitischer Sicht – Eine Skizze.	79
HAGEN LÜDERITZ, Dr. jur., Chefsyndikus der BMW AG, München: Effizienz als Maßstab für die Größe des Aufsichtsrats	113
MARCUS LUTTER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bonn: Vermögensveräußerungen einer abhängigen Aktiengesellschaft – Haftungsrisiken beim ‚asset-stripping‘	125
KLAUS-PETER MARTENS, Dr. jur., o. Professor an der Universität Ham- burg: Der Bezugsrechtsausschluß anläßlich eines ausländischen Beteili- gungserwerbs	151
HANS-JOACHIM MERTENS, Dr. jur., o. Professor an der Universität Frankfurt a. M.: Beratungsverträge mit Aufsichtsratsmitgliedern	173

RUDOLF NIRK, Dr. jur., Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe, Honorarprofessor an der Universität Heidelberg: Der Verschmelzungsbericht nach § 340 a AktG – Gedanken zur Harmonisierung des Gesellschaftsrechts in Europa	187
THOMAS RAISER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Gießen: Führungsstruktur und Mitbestimmung in der Europäischen Aktiengesellschaft nach dem Verordnungsvorschlag der Kommission vom 25. August 1989	201
ECKARD REHBINDER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Frankfurt a. M.: Ein Umweltschutzdirektor in der Geschäftsführung der Großunternehmen?	215
DIETER REUTER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Kiel: Der Beirat der Personengesellschaft	229
HELMUT SCHIPPEL, Dr. jur., Notar, München, Präsident der Bundesnotarkammer, Honorarprofessor an der Universität München: Die Leistung der Bareinlage bei der Erhöhung des Kapitals von Aktiengesellschaften	249
GUNTHER TEUBNER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bremen und am Europäischen Hochschulinstitut, Florenz: Die ‚Politik des Gesetzes‘ im Recht der Konzernhaftung – Plädoyer für einen sektoralen Konzerndurchgriff	261
HANS ULLRICH, Dr. jur., M.C.J. (N.Y.U.), Professor an der Universität der Bundeswehr München: Geschäftsrisiko und Unternehmenskooperation	281
WINFRIED WERNER, Dr. jur., Rechtsanwalt, Frankfurt a. M., Honorarprofessor an der Universität Göttingen: Die Behandlung von Verbundeffekten bei Abfindungen nach den §§ 305 und 320 AktG	303

II. Bank- und Börsenrecht

CARSTEN P. CLAUSSEN, Dr. jur., Rechtsanwalt, Düsseldorf, Honorarprofessor an der Universität Hamburg: Gesellschaftsrecht und Sparkassenrecht	323
KLAUS J. HOPT, Dr. jur., Dr. phil., M.C.J. (N.Y.U.), o. Professor an der Universität München: Änderungen von Anleihebedingungen – Schuldverschreibungsgesetz, § 796 BGB und AGBG	341

JOHANNES KÖNDGEN, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg: Die Sicherheitenleihe – Kreditsicherungsinstrument oder Gläubiger- gefährdung?	383
WERNER LORENZ, Dr. jur., Dr. jur. h. c. (Kopenhagen), em. o. Professor an der Universität München: Kollisionsrechtliche Betrachtungen zum Rembours beim Dokumenten- akkreditiv	405
WERNHARD MÖSCHEL, Dr. jur., o. Professor an der Universität Tübingen: Internationaler Freihandel in Bankdienstleistungen.	427
DIETRICH RÜMKER, Dr. jur., Generalbevollmächtigter, Syndikus, West- deutsche Landesbank, Girozentrale, Düsseldorf: Probleme der Vereinigung öffentlich-rechtlicher Kreditinstitute.	449
EBERHARD SCHWARK, Dr. jur., o. Professor an der Ruhr-Universität Bochum: Spekulation – Markt – Recht. Zur Neuregelung der Börsentermin- geschäfte.	473
 III. Zivilrecht mit Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	
FRITZ BAUR, Dr. jur., Dr. jur. h. c. mult., em. o. Professor an der Universität Tübingen: Vermögensrecht – Skizze einer Vorlesung.	497
JÜRGEN F. BAUR, Dr. jur., o. Professor an der Universität zu Köln: Wirtschaftsklauseln	509
CLAUS-WILHELM CANARIS, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Rege- lungen	519
THORWALD HELLNER, Dr. jur., Stellv. Hauptgeschäftsführer des Bundes- verbandes deutscher Banken, Köln: Quo vadis AGB-Recht?	573
ULRICH HÜBNER, Dr. jur., Licencié en droit, o. Professor an der Universi- tät zu Köln: ,Der gerechte Preis‘ – Preisfreiheit und rechtliche Instrumente der Preiskontrolle in der sozialen Marktwirtschaft	589
HELMUT KÖHLER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Augsburg, Richter am Oberlandesgericht München: Rückwirkende Vertragsanpassung bei Dauerschuldverhältnissen?	611
HEIN KÖTZ, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg, Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privat- recht: Ziele des Haftungsrechts.	643

INGO KOLLER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Regensburg, Richter am Oberlandesgericht München: Das Transparenzgebot als Kontrollmaßstab Allgemeiner Geschäfts- bedingungen.	667
FRIEDRICH KÜBLER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Frankfurt a. M. und an der University of Pennsylvania, Philadelphia, USA: Effizienz als Rechtsprinzip? – Überlegungen zum rechtspraktischen Gebrauch ökonomischer Argumente	687
MANFRED LIEB, Dr. jur., o. Professor an der Universität zu Köln: Personalkosten als Schaden.	705
DIETER MEDICUS, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Zur Eigenhaftung des GmbH-Geschäftsführers aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen.	725
HERBERT MESSER, Dr. jur., Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karls- ruhe: Schadensersatzansprüche aus Verschulden bei Vertragsverhandlungen wegen der Verletzung für den Vertragsinhalt wesentlicher vorvertrag- licher Pflichten	743
JÜRGEN PRÖLSS, Dr. jur., o. Professor an der Freien Universität Berlin: Der Nachweis des Versicherungsfalles in der Diebstahlversicherung.	755
HANS-JÜRGEN SONNENBERGER, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Neue Wege der Produzentenhaftung im französischen Recht	777
PETER ULMER, Dr. jur., o. Professor an der Universität Heidelberg: Offene Fragen zu § 139 BGB – Vorteilsregel und ‚Politik des Gesetzes‘.	799
HARM PETER WESTERMANN, Dr. jur., o. Professor an der Universität Tübingen: Das Transparenzgebot – ein neuer Oberbegriff der AGB-Inhaltskon- trolle?	817

IV. Wirtschaftsverfassungs- und -verwaltungsrecht, Gewerblicher Rechtsschutz

PETER BADURA, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und die neue Sicht des Gesetzesvorbehalts.	835
OLIVER C. BRÄNDEL, Dr. jur., Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe: Werbeverbote für gesundheitsgefährdende Genussmittel.	857

EBERHARD KÖRNER, Dr. jur., M.C.J. (N.Y.U.), Rechtsanwalt, Stuttgart: Schadensausgleich bei Verletzung gewerblicher Schutzrechte und bei ergänzendem Leistungsschutz.	877
PETER LERCHE, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Zur Bindung der Tarifnormen an Grundrechte, insbesondere an das Grundrecht der Berufsfreiheit.	897
GERHARD RIEHLE, Dr. jur., LL.M. (Austin), Wirtschaftsjurist, Stuttgart: Geschmacksmusterschutz für Kraftfahrzeugteile – Barriere für einen europäischen Binnenmarkt?	911

V. Deutsches und europäisches Kartellrecht

WERNER BENISCH, Dr. jur., Geschäftsführer des Forschungsinstituts für Wirtschaftsverfassung und Wettbewerb e. V., Köln: Die Kartellrechtspraxis zum ‚Geheimwettbewerb‘	937
VOLKER EMMERICH, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bayreuth, Richter am Oberlandesgericht Nürnberg: Europäische Fusionskontrolle nach dem Zigaretten-Urteil	951
ULRICH IMMENGA, Dr. jur., o. Professor an der Universität Göttingen: Nationale Ausnahmeregelungen vom Recht der Wettbewerbsbeschrän- kungen als Verstoß gegen Gemeinschaftsrecht?	967
SIEGFRIED KLAUE, Dr. jur., Direktor beim Bundeskartellamt, Honorar- professor an der Freien Universität Berlin: Einige Bemerkungen über die Zukunft der Zweischrankentheorie	979
ALBRECHT KRIEGER, Dr. jur. h. c., Ministerialdirektor im Bundesministe- rium der Justiz, Bonn: Zum Geheimnisschutz im Kartellverfahren.	989
HANS-CHRISTOPH LEO, Rechtsanwalt, Hamburg: Das Überlebensrisiko des §22 Abs.1 Nr.2 GWB in einer ‚großen‘ Reform dieses Gesetzes.	1005
K. PETER MAILÄNDER, Dr. jur., M.C.J. (N.Y.U.), Rechtsanwalt, Stuttgart: Aufgabenteilung zwischen den Wettbewerbsbehörden in der Europäi- schen Wirtschaftsgemeinschaft	1021
ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c., Professor, Direktor am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg: Marktzugang und Monopolmißbrauch auf deregulierten Märkten	1045

- NORBERT REICH, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bremen,
Geschäftsführender Direktor des Zentrums für Europäische Rechts-
politik (ZERP):
Die Bedeutung der Binnenmarktkonzeption für die Anwendung der
EWG-Wettbewerbsregeln 1065
- KARSTEN SCHMIDT, Dr. jur., o. Professor an der Universität Hamburg:
Klagebefugnis und Beschwerdebefugnis verfahrensbeteiligter Dritter im
europäischen und im nationalen Kartellrecht. 1085

VI. Europäisches und internationales Wirtschaftsrecht

- FRIEDRICH-KARL BEIER, Dr. jur., Dres. h. c., Professor an der Universität
München, Geschäftsführender Direktor des Max-Planck-Instituts für
ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbs-
recht:
Die Vereinheitlichung des gewerblichen Rechtsschutzes und der freie
Warenverkehr im Europäischen Binnenmarkt. 1109
- NINON COLNERIC, Dr. jur. habil., Präsidentin des Landesarbeitsgerichts
Schleswig-Holstein, Kiel:
Gemeinschaftsrechtliche Informations- und Konsultationspflichten
beim Betriebsübergang 1129
- ULRICH DROBNIG, Dr. jur., Professor, Direktor am Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Privatrecht, Hamburg:
Ein Vertragsrecht für Europa 1141
- ULRICH EVERLING, Dr. jur., Honorarprofessor an der Universität Bonn,
ehem. Richter am Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften:
Probleme der Rechtsangleichung zur Verwirklichung des europäischen
Binnenmarktes 1155
- WOLFGANG FIKENTSCHER, Dr. jur., LL.M. (Michigan), o. Professor an der
Universität München:
Was bedeutet ‚self executing‘? – Überlegungen zur Rechtsnatur des
GATT im Blick auf einen GATT-Immaterialeigentumschutz 1175
- MARCEL FONTAINE, Dr. jur., o. Professor an der Université Catholique de
Louvain, Louvain-La Neuve:
Das Recht des internationalen Warenkaufs – Das Wiener Übereinkom-
men und die Standardvertragsbedingungen 1193
- REINHARD GOERDELER, Dr. jur., Dr. rer. pol. h. c., Rechtsanwalt und
Wirtschaftsprüfer, Frankfurt a. M.:
Überlegungen zum künftigen Gesellschaftsrecht in der EG. 1211

EBERHARD GRABITZ, Dr. jur., o. Professor an der Freien Universität Berlin: Über die Verfassung des Binnenmarktes	1229
CHRISTIAN JOERGES, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bremen und am Europäischen Hochschulinstitut, Florenz: Die Verwirklichung des Binnenmarktes und die Europäisierung des Produktsicherheitsrechts	1247
HAGEN LICHTENBERG, Dr. jur., o. Professor an der Universität Bremen: Freizügigkeit und Bildungswesen in der Europäischen Gemeinschaft an der Schwelle zum gemeinsamen Binnenmarkt	1269
HEINRICH MATTHIES, Dr. jur., Generaldirektor e. h. der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Honorarprofessor an der Universität Saarbrücken: Zur Anerkennung gleichwertiger Regelungen im Binnenmarkt der EG (Art. 100 b EWG-Vertrag)	1287
GERT MEIER, Dr. jur., Leitender Justitiar, Köln: Die ‚Mitteilung‘ der Kommission: Ein Instrument der Normensetzung der Gemeinschaft?	1303
WULF-HENNING ROTH, Dr. jur., LL.M. (Harvard), o. Professor an der Universität Bonn: Versicherungsmonopole und EWG-Vertrag	1313
ROLF SACK, Dr. jur., o. Professor an der Universität Mannheim: Kollisions- und europarechtliche Probleme des Arbeitnehmererfinderrechts	1333
HENRY G. SCHERMERS, Dr. jur., o. Professor an der Universität Leiden und PATRICK J. PEARSON, Fonctionnaire, Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel: Some comments on Art. 5 of the EEC-Treaty	1359
PETER SCHLOSSER, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Sonderanknüpfungen von zwingendem Verbraucherschutzrecht und europäisches Prozeßrecht – Eine Studie unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Rechtsprechung zu Differenzeinwand und Börsentermingeschäftsfähigkeit	1379
UWE H. SCHNEIDER, Dr. jur., o. Professor an der Technischen Hochschule Darmstadt: Die Sanierung von Kreditinstituten und die Angleichung des aufsichtsrechtlichen Sanierungsrechts in der Europäischen Gemeinschaft	1393
RUPERT SCHOLZ, Dr. jur., o. Professor an der Universität München: Der europäische Rechtsstaat	1413

GERHARD SCHRICKER, Dr. jur., Dres. h. c., o. Professor an der Universität München, Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht: Zur Harmonisierung des Urheberrechts in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft	1437
MARTIN SEIDEL, Dr. jur., Ministerialrat im Bundesministerium für Wirtschaft, Bonn, Honorarprofessor an der Universität zu Münster: Die Vollendung des Binnenmarkts der Europäischen Gemeinschaft als Rechtsetzungsprozeß	1455
BRUNO SIMMA, Dr. jur., o. Professor an der Universität München und SABINE BENNINGSEN, München: Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im Völkerrecht – Der Internationale Pakt von 1966 und sein Kontrollverfahren	1477
ROLF WÄGENBAUR, Dr. jur., Licencié ès lettres, Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel, Honorarprofessor an der Universität Tübingen: Grundsatzfragen des Stahlquotenregimes	1503

Bibliographie

Verzeichnis der Schriften von Ernst Steindorff	1525
--	------

IV. Wirtschaftsverfassungs- und -verwaltungsrecht, Gewerblicher Rechtsschutz

Die Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand und die neue Sicht des Gesetzesvorbehalts

PETER BADURA

I. Die öffentliche Wirtschaft in der Verfassungsordnung

1. Die öffentliche Wirtschaft und die Freiheit des Wettbewerbs

Die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand ist in ihren Gegenständen und Rechtsformen sehr vielfältig. Sie reicht von der gemeinwohlbestimmten Leistungsverwaltung in oft gleitenden Übergängen bis zu unternehmerischem („erwerbswirtschaftlichem“) Handeln im Marktverkehr, besonders im Fall der Industriebeteiligungen¹. Die öffentliche Hand wird wirtschaftlich tätig, wenn sie Waren oder Dienstleistungen im Wirtschaftsverkehr anbietet oder nachfragt, ohne Rücksicht darauf, ob diese Tätigkeit in privatrechtlichen oder in öffentlich-rechtlichen Organisations- oder Handlungsformen ausgeübt wird und ob sich die öffentliche Hand dabei eines rechtlich verselbständigten Wirtschaftssubjekts bedient. Innerhalb dieses weitgespannten Tätigkeitsfeldes soll hier dem Ausschnitt eine nähere Betrachtung gewidmet werden, der sich als „unternehmerisch“ kennzeichnen läßt und dessen Eigentümlichkeit darin besteht, daß Waren oder Dienstleistungen marktwirtschaftlich angeboten werden, ohne daß die öffentliche Hand dabei eine spezifische öffentliche Aufgabe als Anstalts- oder Unternehmenszweck verfolgt. Gesetzliche Vorschriften, die nur und gerade diese Tätigkeit der öffentlichen Hand regeln, gibt es nicht. Die Anwendungsklausel des § 98 Abs. 1 GWB schließt diese Fallgruppe ein, reicht aber weit darüber hinaus; denn der funktionelle Unternehmensbegriff des Wettbewerbsrechts ist gegenüber dem Unternehmenszweck neutral². Die haushaltsrechtlichen Bestimmungen des § 65 BHO und der entsprechenden Vorschriften der Landeshaushaltsordnungen betreffen Beteiligungen des Staates an Unternehmen in einer Rechtsform des privaten

¹ E. Steindorff, Einführung in das Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1985; G. Püttner, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl., 1985; P. Badura, ZHR 146, 1982, S. 448.

² F. Rüttner, Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 1987, S. 240, 241 ff.

Rechts und damit den Regelfall unternehmerischer Betätigung der öffentlichen Hand, aber außerdem auch Beteiligungen, die leistungsverwaltungsrechtlichen oder sonstigen öffentlichen Aufgaben dienen. Die kommunalrechtlichen Rechtsvorschriften schließlich, die nach dem Vorbild der §§ 67 ff. DGO die „wirtschaftliche Betätigung“ der Gemeinde beschränken und ordnen, fordern die Rechtfertigung durch einen „öffentlichen Zweck“ und schließen damit unternehmerische Wirtschaftstätigkeit der Gemeinde aus.

Die begriffliche Bestimmung einer „unternehmerischen“ Betätigung der öffentlichen Hand muß in einigen Hinsichten abgegrenzt werden, um Mißverständnisse zu vermeiden. Die unternehmerische Tätigkeit des Staates oder eines anderen Verwaltungsträgers ist, da jegliche Staatstätigkeit dem öffentlichen Interesse zu dienen hat, nicht „unternehmerisch“ im Sinn privatwirtschaftlicher Unternehmenstätigkeit. Der Staat kann unternehmerisch handeln, aber nicht zum Unternehmer werden. Es ist deshalb richtig, unternehmerisches und leistungsverwaltungsrechtliches Tätigwerden der öffentlichen Hand im Wirtschaftsverkehr unter dem allgemeinen Blickwinkel des handelnden Subjekts und des öffentlichen Interesses unter einen Hut zu bringen und etwa davon zu sprechen, daß die Schaffung einer Vielzahl öffentlicher Unternehmen (public enterprises) oder leistungsverwaltungsrechtlicher Einheiten (public utilities) weitere strukturelle Werkzeuge seien, um das unternehmerische Verhalten zu formen oder zu beeinflussen³.

Die wirtschafts-, verwaltungs- und verfassungsrechtliche Betrachtung der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit kann allerdings bei dieser allgemeinen Einordnung nicht verharren. Die Einrichtungen und Unternehmen der Leistungsverwaltung werden durch einen bestimmten öffentlichen Zweck erfordert und haben deshalb die Erfüllung einer bestimmten öffentlichen Aufgabe als Anstalts- oder Unternehmenszweck. Diese Aufgabenwidmung und Zweckbindung unterscheidet die leistungsverwaltungsrechtliche Teilnahme der öffentlichen Hand am Wirtschaftsverkehr von der unternehmerischen Staatstätigkeit, bei der das Waren- oder Dienstleistungsangebot nicht als solches einem spezifischen Verwaltungszweck dient. Die Besonderheit der durch öffentliche Unternehmen wahrgenommenen Leistungsaufgabe ist auch in der gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift des Art. 90 Abs. 2 EWGV berücksichtigt: Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betraut sind, gelten die Vorschriften des EWG-Vertrages, insbes. die Wettbewerbsregeln, nur, soweit ihre Anwendung nicht die

³ E. Steindorff, Legal consequences of State regulation, in: International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XVII, 1979, pp. 11–3/33.

Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert⁴. Es wäre irreführend, die Unterscheidung öffentlicher Unternehmenstätigkeit und staatlicher Leistungsverwaltung so zu fassen, daß hier Gemeinwohl und dort Erwerbsabsicht die allein maßgebliche Zielsetzung wäre. Die Deutsche Bundespost beispielsweise, deren Neustrukturierung durch das Poststrukturgesetz vom 8. Juni 1989 (BGBl. I S. 1026) die „Unternehmensaufgaben“ des Post- und Fernmeldewesens organisatorisch und im Dienstleistungsangebot stärker entwickelt, bleibt nach wie vor einem spezifischen „öffentlichen Auftrag“ verpflichtet; ihre drei „öffentlichen Unternehmen“ sind Einheiten der Leistungsverwaltung, nicht unternehmerischer Betätigung der öffentlichen Hand⁵.

Als Subjekte unternehmerischer Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand kommen an sich der Bund, die Länder und sonstige Verwaltungsträger in Betracht. Hier wird nun aber eine Grenze wirksam, die durch das Organisationsrecht der Exekutive gezogen wird. Die durch staatlichen Organisationsakt, in der Regel durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes, errichteten rechtsfähigen Verwaltungseinheiten werden in ihrer Tätigkeit durch die ihnen zugewiesenen Aufgaben begrenzt. Anders als der Staat können die staatsgeschaffenen juristischen Personen des öffentlichen Rechts ihre Aufgaben nicht frei wählen. Eine juristische Person des öffentlichen Rechts darf nur zur Verfolgung einer spezifischen öffentlichen Aufgabe errichtet werden, und die durch Gesetz oder sonst normativ festgestellte öffentliche Aufgabe begrenzt den Wirkungskreis der neuen Rechtsperson⁶. Die Gemeinden können deshalb von vornherein nicht kraft ihres Selbstverwaltungsrechts eine an sich unbeschränkte Befugnis wirtschaftlicher Betätigung beanspruchen. Weitaus enger als bei den Gemeinden ist die Aufgabenbestimmung der anderen Verwaltungsträger, die zu unternehmerischer Wirtschaftsteilnahme nur berechtigt sind, wenn das zur Erfüllung ihrer Aufgabe notwendig wäre oder es ausdrücklich durch Gesetz gestattet ist. Der Gesetzesvorbehalt, der hier im Hinblick auf den normativ beschränkten Aufgaben- und Wirkungskreis der juristischen Personen des öffentlichen Rechts zutage tritt, hat einen organisatorischen oder institutionellen Charakter. Das Gesetz kann zwar die wirtschaftliche Betätigung rechtsfähiger Verwaltungsein-

⁴ *D. Birkenmaier*, Gemeinsamer Markt, nationales Interesse und Art. 90 EWGV, EuR 1988, 144.

⁵ Gesetzentwurf der Bundesregierung, BTag Drucks. 11/2854; Unterrichtung durch die Bundesregierung, BTag Drucks. 11/2855; Beschlußempfehlung und Bericht des Ausschusses für das Post- und Fernmeldewesen, BTag Drucks. 11/4316.

⁶ *E. Forsthoff*, Lehrbuch des Verwaltungsrechts I, 10. Aufl., 1973, S. 482; *Wolff/Bachoff/Stober*, Verwaltungsrecht II, 5. Aufl., 1987, §§ 84, 98.

heiten auch zum Schutz Dritter beschränken. Daß aber überhaupt der Aufgaben- und Wirkungskreis der rechtsfähigen Verwaltungsträger normativ beschränkt ist und durch Gesetz konstituiert werden muß, beruht auf einem nur im Allgemeininteresse geltenden Grundsatz des Organisationsrechts.

Soweit die öffentliche Wirtschaft ein unternehmerisches (nicht leistungsverwaltungsrechtliches) Angebot von Waren und Dienstleistungen einschließt, handelt es sich somit im Regelfall um Kapitalgesellschaften, an denen der Bund oder ein Land allein oder zusammen mit anderen Aktionären oder Gesellschaften beteiligt ist. Im Fall der Mehrheitsbeteiligung des Staates ist die Kapitalgesellschaft ein öffentliches Unternehmen, andernfalls verlagert sich die Frage der Zulässigkeit und der Gebundenheit des unternehmerischen Staatshandelns auf die erworbene und gehaltene Beteiligung des Staates an der Handelsgesellschaft.

Dem Verfassungsrecht läßt sich eine allgemeine oder grundsätzliche Entscheidung darüber, ob eine unternehmerische Tätigkeit der öffentlichen Hand zugelassen ist, welches Ausmaß sie annehmen und welche Wirtschaftsbereiche sie erfassen darf, nicht entnehmen. Nach der die Praxis des Bundesverfassungsgerichts beherrschenden Doktrin der „wirtschaftspolitischen Neutralität“ des Grundgesetzes lassen sich auch die Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit (Art. 2 Abs. 1, 12 Abs. 1, 14 GG) nicht zu einem Grundsatz kondensieren, wonach der marktwirtschaftliche Wettbewerb nur ausnahmsweise und bei besonderer Rechtfertigung durch ein vorrangiges öffentliches Interesse durch staatliche Intervention oder Wirtschaftsbeeinflussung verdrängt oder modifiziert werden dürfte. Regierung und Parlament dürfen jede ihnen sachgemäß erscheinende Wirtschaftspolitik verfolgen, soweit nicht die bundesstaatliche Kompetenzverteilung, der sozialstaatliche Auftrag, die rechtsstaatlichen Verfassungsgrundsätze oder die grundrechtlichen Garantien und Freiheiten einer bestimmten Maßnahme entgegenstehen. Das objektivrechtliche Erfordernis, daß die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand – wie jegliches Handeln des Staates – dem öffentlichen Interesse dienen muß, bringt die Staatsaufgaben und die verfassungsrechtlichen Staatszielbestimmungen ins Spiel. Es bedeutet nicht, daß Art und Maß der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit durchgehend den Grundsätzen der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit genügen müssen. Versuche, Beschränkungen mit Hilfe eines vorgeblichen Grundsatzes der „Subsidiarität“ der Staatstätigkeit oder eines wirtschaftsverfassungsrechtlich überhöhten Prinzips privatwirtschaftlicher Wirtschafts- oder Wettbewerbsfreiheit aufzurichten, haben keine allgemeine Anerkennung gefunden. Die verfassungsrechtlichen Wirtschaftsfreiheiten schützen die privaten Unternehmen nicht in ihrem jeweiligen Marktanteil und nicht gegen Konkurrenz, auch nicht gegen den Wettbewerb durch die öffentli-

che Hand⁷. Wettbewerbsfreiheit – gewährleistet durch Art. 12 Abs. 1 GG, soweit Teil der unternehmerischen Berufsausübung Privater – ist (nur) „das Recht auf den Versuch . . ., sich durch freie Leistungskonkurrenz als Anbieter und Nachfrager auf dem Markt gegenüber anderen durchzusetzen“⁸. Allein deswegen, weil eine „Affinität der Grundrechte zur Marktwirtschaft“ konstatiert werden kann, wird eine staatliche Einflußnahme auf die Privatwirtschaft nicht verfassungsrechtlich zur Ausnahme; ebensowenig kann Art. 2 Abs. 1 GG einen allgemeinen „Legitimitätswang für die wirtschaftliche Staatstätigkeit“ begründen⁹.

Die herrschende und auch in der Gerichtspraxis zugrunde gelegte Rechtsauffassung sieht in der unternehmerischen Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand keinen rechtsstaatlich zu Buche schlagenden Eingriff in die Grundrechte anderer Teilnehmer am Wirtschaftsverkehr, insbes. der mit den marktwirtschaftlichen Angeboten der öffentlichen Unternehmen konkurrierenden privaten Unternehmen. Der in den Grundrechten und im Rechtsstaatsprinzip einbegriffene Gesetzesvorbehalt ist nicht berührt, so daß die Exekutive im Bund und in den Ländern eines besonderen Gesetzes nicht bedarf, um ein unternehmerisches Engagement einzugehen, fortzusetzen oder zu erweitern. Soweit es der Bereitstellung von Haushaltsmitteln bedarf, kommen die mit dem Budgetrecht gegebenen Entscheidungs- und Kontrollrechte der Volksvertretung zum Zuge (Art. 110, 114, 115 GG). Ein sonstiger – organisatorischer oder demokratischer (politischer) – Gesetzesvorbehalt erfaßt diesen Tatbestand nicht. Nur eine Sozialisierung wäre auf ein Gesetz angewiesen (Art. 15 GG).

Die Auswirkungen der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit auf die Wettbewerbsverhältnisse, auf einzelne Wirtschaftszweige und auf einzelne private Unternehmen sind demnach, auch wenn sie mit Nachteilen zu Lasten Dritter verbunden sind, nur eine Sache des Privatrechts, bes. des Wettbewerbsrechts. Die rechtsstaatlichen Garantien treten nicht zum Schutz Dritter auf den Plan, es sei denn, der Dritte müßte einen Rechtsnachteil erleiden, der sich allein bei marktwirtschaftlichem Wettbewerb nicht einstellen würde. Anders gesagt, die rechtsstaatlichen Garantien müßten dann ihren Schutz entfalten, wenn die öffentliche

⁷ BVerwGE 17, 306; 39, 329; BVerwG NJW 1988, 1277; *H. D. Jarass*, Wirtschafts- und Verwaltungsrecht und Wirtschaftsverfassungsrecht, 2. Aufl., 1984, S. 221 f.; *R. Breuer*, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, 1989, S. 957/1000 ff.; *P. Badura*, ZHR 146, 1982, S. 448/459 ff.; *ders.*, Staatsrecht, 1986, S. 549 f.

⁸ *H. Soldan*, Gesundheitsbehördliche Informationstätigkeit und Grundrechtsschutz, DÖV 1987, 858/860.

⁹ Anders *M. Ronellenfitsch*, Wirtschaftliche Betätigung des Staates, HStR, Bd. III, 1988, S. 1171/1190, 1193.

Hand das öffentliche Interesse mit dem Ziel einer den marktwirtschaftlichen Wettbewerb überschreitenden Wirtschaftsbeeinflussung aktivieren würde. Die Wirtschaftsbeeinflussung durch Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand kann – ebenso wie die Gewährung von Subventionen und die Vergabe öffentlicher Aufträge – zu Lasten des Konkurrenten des instrumentalisierten Unternehmens (des Subventionsempfängers, des Auftragnehmers) eine Beeinträchtigung der Wettbewerbsposition oder des Unternehmensbestandes zur Folge haben. Dieser Nachteil kann bei Überschreiten einer gewissen, dem jeweils betroffenen Grundrecht eigentümlichen Schutzwelle einem hoheitlichen Eingriff in die allgemeine Wirtschaftsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), die Unternehmensfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) oder dem eigentumsrechtlich garantierten Gewerbebetrieb (Art. 14 GG) gleichkommen¹⁰. Damit wird nicht nur die Frage der materiellen Zulässigkeit einer derartigen Wirtschaftstätigkeit aufgeworfen, sondern auch die Frage nach der rechtsstaatlichen Notwendigkeit einer gesetzlichen Ermächtigung.

2. Verfassungsrecht und Privatrechtsverkehr

Die Teilnahme öffentlicher Unternehmen in privatrechtlicher Rechtsform am Wirtschaftsverkehr bemißt sich nach den Regeln und Vorschriften des Privatrechts. Das gilt für die Rechtsbeziehungen zu den Abnehmern der angebotenen Leistungen und für die Rechtsbeziehungen in dem Wettbewerbsverhältnis zu den konkurrierenden Anbietern¹¹. *Steindorff* hat in den Bemühungen, öffentliche Unternehmen dem Recht der Wettbewerbsbeschränkungen unterzuordnen, den – kritisch angesehenen – Versuch bemerken wollen, die öffentlichen Unternehmen wie private Unternehmen zu behandeln, statt ihre gesteigerte öffentliche Bedeutung zu honorieren. Mit der Anwendung des Privatrechts auf die öffentlichen Unternehmen werde im Grunde aufgegeben, was die erwerbswirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand nach bisheriger Einsicht legitimiere, nämlich der besondere öffentliche Zweck solcher Betätigung. Die öffentlichen Unternehmen würden auf die Zwecke privater Unternehmen reduziert¹².

¹⁰ Siehe *P. Badura*, Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs gegenüber der staatlichen Intervention im Bereich der Wirtschaft, in: Festschrift zum 125jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, 1984, S. 1, bes. S. 3 und 11.

¹¹ BGHZ 66, 229; 67, 81; *P. Ulmer*, Die Anwendung von Wettbewerbs- und Kartellrecht auf die wirtschaftliche Tätigkeit der öffentlichen Hand beim Angebot von Waren oder Dienstleistungen, ZHR 146, 1982, S. 466.

¹² *E. Steindorff*, Wirtschaftsordnung und -steuerung durch Privatrecht? in: Festschrift für Ludwig Raiser, 1974, S. 621/623; *ders.*, Einführung aaO, S. 102 f.

Die Unterordnung der Unternehmenstätigkeit der öffentlichen Hand unter die Bindungen des Wettbewerbsrechts muß nicht nur im Sinne einer Ignorierung des öffentlichen Interesses verstanden werden. Wird – wie oben dargetan – die leistungsverwaltungsrechtliche Teilnahme der öffentlichen Verwaltung von der unternehmerischen öffentlichen Wirtschaft unterschieden, muß sich für die Anwendung des Wettbewerbsrechts, etwa für die Maßstäbe der „unbilligen“ Behinderung oder Beschränkung (§§ 18, 26 Abs. 2 GWB), eine Berücksichtigung des durch den Leistungsanbieter verfolgten öffentlichen Zwecks auch dort ergeben, wo die Angebotskonditionen nicht normativ festgelegt und damit dem Wettbewerbsrecht entzogen sind. Für die unternehmerische Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand dagegen ist die Unterwerfung unter die Gleichheit des Wettbewerbs folgerichtig. Hier könnte sich nur die – im weiteren betrachtete – Frage stellen, ob die wettbewerbsrechtlichen Bindungen auch dann ausreichen, wenn die öffentliche Hand durch Lenkung oder sonstige Beeinflussung des im Wettbewerb auftretenden öffentlichen Unternehmens die Marktposition der privaten Konkurrenten schwächt.

Naheliegender ist es, hier Hilfe vom Verfassungsrecht zu erwarten. Die Exekutive ist an die Grundrechte gebunden, auch wenn sie am Privatrechtsverkehr teilnimmt. Für die verwaltungsprivatrechtliche Ausübung von Leistungsverwaltung ist diese Bindung anerkannt¹³. Soweit die Exekutive unternehmerisch handelt, also nicht unmittelbar Aufgaben öffentlicher Verwaltung erfüllt, treten Privatautonomie und Vertragsfreiheit in ihr Recht. Soweit aber die dafür maßgeblichen Vorschriften des Privatrechts gegen die außerunternehmerischen Lenkungs- und Beeinflussungsmaßnahmen der Exekutive, gegen die den Rahmen marktwirtschaftlichen Wettbewerbs verlassende Instrumentalisierung des öffentlichen Unternehmens keinen hinreichenden Schutz bieten, treten die Grundrechte auf den Plan; zu den spezifischen Freiheitsgarantien, die von den Grundrechten bereitgestellt werden, gehört der Gesetzesvorbehalt.

Steindorff bestätigt die im Staatsrecht vorherrschende Auffassung, daß verfassungsrechtliche Gebote für öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Beziehungen inhaltlicher Differenzierung zugänglich sind. „Nicht generelle Verneinung unmittelbarer Zivilrechtswirkung, sondern differenzierende Auslegung von Verfassungsnormen bestimmt also deren unmittelbare Grenz Wirkung für zivilrechtliche Gestaltungen“¹⁴. Diese *Maxime* ist vermutlich von *Steindorff* dem Richter zugedacht, ist aber

¹³ BGHZ 91, 84. – *D. Ehlers*, Verwaltung in Privatrechtsform, 1984.

¹⁴ *E. Steindorff*, Persönlichkeitsschutz im Zivilrecht, 1983, S. 13.

sicher für den Gesetzgeber ebenso gültig. Dies wird um so mehr von Bedeutung sein können, wenn man – mit *Steindorff* – den Versuchen entgegentritt, die Wirtschaftsordnung wesentlich mit Privatrecht, d. h. Privatautonomie, und Wettbewerb zu begründen, und wenn man sich an einer Ordnungsfunktion des Privatrechts, einer „kulturellen, auf Gerechtigkeit zielenden Funktion“ des Privatrechts, einer sozialgestaltenden Funktion des Privatrechts orientiert. *Steindorff* plädiert – mit Ludwig Raiser – für die Ausgestaltung öffentlicher Verantwortung und für eine zum Wettbewerbsprinzip hinzutretende Steuerung der Wirtschaft zur Durchsetzung öffentlicher Interessen. Diesen Gedanken wird im wesentlichen nur durch Gesetzgebung Raum gegeben werden können. Der Übergang vom sozialen Schutz zur tatsächlichen Neugestaltung einzelner Bereiche innerhalb der marktwirtschaftlichen Wirtschaftssysteme, z. B. durch Neuordnung des Rechts der öffentlichen Unternehmen, ist eine politische und möglicherweise für bestimmte Tatbestände oder Fallgruppen verfassungsrechtlich notwendige Aufgabe des Gesetzgebers¹⁵.

II. Der Schutz der grundrechtlichen Freiheit durch den Gesetzgeber

1. Gesetzesvorbehalt und Garantiefunktion des Gesetzes

Die Lehre vom Gesetzesvorbehalt wurzelt im Gewaltenteilungsprinzip; sie bringt die institutionelle Unterscheidung und Abgrenzung von Gesetzgebung und Vollziehung, von parlamentarischer Volksvertretung und Exekutive im Hinblick auf die Frage zum Ausdruck, welche Regelungen oder Entscheidungen dem Gesetz vorbehalten und demnach Sache der Gesetzgebungsgewalt der parlamentarischen Volksvertretung sind. Von den Aufgaben und Befugnissen der Exekutive aus gesehen ist der Vorbehalt des Gesetzes zusammen mit dem Vorrang des Gesetzes Inhalt des Grundsatzes der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung. Die Gründe, aus denen die Verfassung eine Regelung oder Entscheidung dem Gesetz vorbehält, sind vielfältig und es ist deshalb nicht überzeugend, den Gesetzesvorbehalt nur aus einem Hauptpunkt abzuleiten, etwa aus den Grundrechten¹⁶. Die rechtsstaatlichen Postulate des Schutzes von Freiheit und Eigentum waren und sind von zentraler Bedeutung. Die konstitutionelle Errungenschaft der verfassungsrechtlich gewährlei-

¹⁵ *E. Steindorff*, Wirtschaftsordnung aaO, S. 623 f., 628 ff. – Siehe auch *ders.*, Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, in: Festschrift für Karl Larenz, 1973, S. 217.

¹⁶ Siehe *K. Vogel/R. Herzog*, Gesetzgeber und Verwaltung, VVDStRL Heft 24, 1966 (Berichte und Diskussion); *H.-J. Papier*, Der finanzrechtliche Gesetzesvorbehalt und das grundgesetzliche Demokratieprinzip, 1973.

steten „gesetzmäßigen Freiheit“ bindet den „Eingriff in Freiheit und Eigentum“ an das Gesetz. Doch ist damit nicht allein eine Konsequenz der verfassungsrechtlich begründeten individuellen Freiheit ausgesprochen, sondern auch eine für die Ordnung der politischen Institutionen maßgebliche und kennzeichnende Abgrenzung der Kompetenzen. Die klassische Formulierung des konstitutionellen Gesetzesvorbehalts in Titel VII § 2 der Verfassungsurkunde des Königreichs Bayern vom 26. Mai 1818¹⁷ steht in dem Abschnitt „Von dem Wirkungskreise der Stände-Versammlung“. Richtschnur für die Reichweite des Gesetzesvorbehalts und damit für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung ist die rechtsstaatliche und demokratische (politische) Garantiefunktion des Gesetzes: Das Gesetz als Grundlage und Grenze der Verwaltungstätigkeit und der Rechtsprechung (Art. 20 Abs. 3 GG) sichert die rechtsstaatlichen Anforderungen der Berechenbarkeit des Rechts, der Rechtssicherheit und des grundrechtlichen Schutzes des einzelnen und wahrt die politische Entscheidungsvollmacht und Leitungsaufgabe der parlamentarischen Volksvertretung¹⁸.

Außerhalb des grundrechtlichen Freiheitschutzes ist die politische Entscheidungsvollmacht und Leitungsaufgabe der Volksvertretung vor allem im Bereich der Organisationsgewalt, der Haushaltswirtschaft und der auswärtigen Gewalt durch Gesetzesvorbehalte gesichert. Von einem organisatorischen Gesetzesvorbehalt kann in den Fällen gesprochen werden, in denen die Verfassung die Einrichtung von Behörden und die Zuweisung von Verwaltungszuständigkeiten nur durch Gesetz oder aufgrund Gesetzes zuläßt. Mit dem parlamentarischen Budgetrecht, das die Feststellung des Haushaltsplans einem Gesetz vorbehält (Art. 110 Abs. 2 GG), ist die kostenwirksame Verwaltungstätigkeit einem finanzrechtlichen Gesetzesvorbehalt unterworfen. Der Vorbehalt des Zustimmungsgesetzes nach Art. 59 Abs. 2 GG betrifft die Abgrenzung der parlamentarischen Entscheidungsrechte im Verhältnis zur Außenpolitik der Regierung, erfaßt aber im Falle der Verträge, die sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, auch die Sphäre des primär rechtsstaatlich bestimmten Eingriffsvorbehalts. Als dritte Hauptgruppe des Gesetzesvorbehalts nach dem die grundrechtliche Freiheit garantierenden Eingriffsvorbehalt und dem die politische Leitfunktion des Parlaments sichernden institutionellen Vorbehalt des Gesetzes sind diejenigen Vorschriften zu nennen, die in Ausgestaltung und Sicherung des Bun-

¹⁷ „Ohne den Beyrath und die Zustimmung der Stände (seit 1848: des Landtages) des Königreichs kann kein allgemeines neues Gesetz, welches die Freyheit der Personen oder das Eigenthum der Staats-Angehörigen betrifft, erlassen, noch ein schon bestehendes abgeändert, authentisch erläutert oder aufgehoben werden.“

¹⁸ P. Badura, Staatsrecht, 1986, D 55 und F 5.

desstaates bestimmte Regelungen oder Organisationsakte des Bundes von einem Bundesgesetz abhängig machen, z. B. die nähere Bestimmung der Gemeinschaftsaufgaben (Art. 91 a GG) oder die Errichtung selbständiger Bundesoberbehörden und neuer bundesunmittelbarer Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts (Art. 87 Abs. 3 GG). Die einzelnen Fälle des föderativen Gesetzesvorbehalts können zugleich auch die rechtsstaatliche und die demokratische (politische, institutionelle) Garantiefunktion des Gesetzes zur Geltung bringen.

Inhalt und Reichweite des Gesetzesvorbehalts haben seit der Zeit des Konstitutionalismus erhebliche Veränderungen durchgemacht. Dazu gehört selbstverständlich zuerst die Ablösung des konstitutionellen Dualismus von Krone und Volksvertretung durch die parlamentarische Demokratie und das parlamentarische Regierungssystem. Zwei weitere Entwicklungen sind von Bedeutung, die mit dem Übergang zur Demokratie verbunden sind. Der primär rechtsstaatlich ausgerichtete Eingriffsvorbehalt war gegen die Exekutive gewandt und definierte deren Wirkungskreis, soweit Freiheit und Eigentum berührt waren, als gesetzabhängige „vollziehende“ Gewalt. Mit der vollen Entfaltung der demokratischen Garantiefunktion des Gesetzes wandelt sich der Gesetzesvorbehalt aus einer bloßen Kompetenzabgrenzung und aus einem bloßen Schutzwerkzeug der grundrechtlichen Freiheit zu einer Umschreibung der Regelungsaufgabe des Gesetzgebers. Zum Unterschied von der Periode des Konstitutionalismus geht es – wie treffend gesagt worden ist¹⁹ – heute darum, das Parlament anzuhalten, von seinen kraft des „demokratischen“ Gesetzesvorbehalts („Parlamentsvorbehalts“) nur ihm zustehenden verfassungsrechtlichen Kompetenzen auch wirklich Gebrauch zu machen und diese nicht durch eine „Flucht aus der Verantwortung“ oder aus wahl- oder machttaktischen Erwägungen der Regierung zu überlassen. Der demokratische Gesetzesvorbehalt wendet sich fordernd an das Parlament, seine Gesetzgebungsaufgabe nicht zu vernachlässigen. Der Grundgedanke ist nicht nur, die mit dem demokratischen Gesetzesvorbehalt dem Parlament vindizierten Regelungen und Entscheidungen durch das Parlament erledigen zu lassen, sondern sie in dem spezifischen Entscheidungsvorgang des Parlamentarismus herbeizuführen.

Die zweite hier interessierende Entwicklungslinie ist die der sozialstaatlichen Demokratie eigentümliche Veränderung der staatlichen Aufgaben und der zu ihrer Verwirklichung eingesetzten Mittel der Planung, Förderung, Lenkung und Beeinflussung wirtschaftlicher und sozialer

¹⁹ *F. Ossenbühl*, Vorrang und Vorbehalt des Gesetzes, HStR, Bd. III, 1988, §62, S. 315/335.

Verläufe und Beziehungen. Die überkommenen Rechtsformen des Verwaltungshandelns durch Gebot und Verbot, deren Muster der verfassungsrechtlich erhebliche „Eingriff“ folgte, sind durch ein vielgestaltiges Instrumentarium, bis hin zu einem mehr oder weniger „informellen“ Verwaltungshandeln, ergänzt²⁰. Die ältere Kategorie des „schlichthoheitlichen“ oder „schlichten“ Verwaltungshandelns erfährt eine sachliche Ausformung und gewinnt in Absprachen, Empfehlungen, Warnungen, Informationen zum Zwecke der „Pfleger“ und zwanglosen Einflußnahme oder Kooperation ein wachsendes Anwendungsfeld²¹. Der „Eingriff“ in Freiheit und Eigentum erweist sich angesichts dieser Erweiterung des Spektrums administrativer Aufgabewahrnehmung als unangemessen eng gefaßt, um das grundrechtliche Schutzbedürfnis nach wie vor zu sichern. Daraus resultiert die Notwendigkeit, den engeren Tatbestand des „Eingriffs“ zu erweitern oder zu ergänzen²². Die „Wesentlichkeitstheorie“ des Bundesverfassungsgerichts nimmt die entwickelte demokratische Funktion des Gesetzes und das mit dem engeren Eingriffsvorbehalt überkommenen Zuschnitts nicht hinreichend erfaßte Schutzbedürfnis auf. Sie führt zu einer sachlichen Erweiterung des materiellen, freiheitsrechtlichen Gesetzesvorbehalts und zu erhöhten Anforderungen an die sachliche Dichte, mit der der Gesetzgeber seiner Regelungsaufgabe nachzukommen hat²³. Gegenüber verschiedentlicher Überspannung der Wesentlichkeitstheorie in der Literatur, die den Gesetzgeber mit neuen Regelungspflichten überhäuft und den bisher freien Gestaltungsbereich der Exekutive dem Vorbehalt des Gesetzes unterwirft²⁴, ist darauf zu verweisen, daß das Bundesverfassungsgericht

²⁰ E. Bohne, Informales Verwaltungs- und Regierungshandeln als Instrument des Umweltschutzes, *VerwArch.* 75, 1984, S. 343; J. Becker, Informales Verwaltungshandeln zur Steuerung wirtschaftlicher Prozesse im Zeichen der Deregulierung, *DÖV* 1985, 1003; F. Ossenbühl, *Umweltpflege durch behördliche Warnungen und Empfehlungen*, 1986; H. Bauer, *Informelles Verwaltungshandeln im öffentlichen Wirtschaftsrecht*, *VerwArch.* 78, 1987, S. 241; G. Lübbe-Wolff, *Rechtsprobleme der behördlichen Umweltberatung*, *NJW* 1987, 2705; H. Soldan, *Gesundheitsbehördliche Informationstätigkeit und Grundrechtsschutz*, *DÖV* 1987, 858; H.-U. Erichsen, in: *ders. / W. Martens* (Hrsg.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., 1988, § 35; H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., 1988, § 15; M. Schulte, *Informales Verwaltungshandeln als Mittel staatlicher Umwelt- und Gesundheitspflege*, *DVBl.* 1988, 512.

²¹ G. Robbers, *Schlichtes Verwaltungshandeln*, *DÖV* 1987, 272.

²² F. Ossenbühl, *Vorrang und Vorbehalt aaO*, S. 329f., 337f. – Siehe auch B. Schlink, *Freiheit durch Eingriffsabwehr – Rekonstruktion einer klassischen Grundrechtfunktion*, *EuGRZ* 1984, S. 457.

²³ *BVerfGE* 33, 1; 40, 237; 47, 46; 47, 194; 49, 89/126; 58, 257; 73, 280.

²⁴ In Abwehr derartiger Grenzüberschreitungen ist der doch recht künstliche und nicht geglättete Begriff des „Verwaltungsvorbehalts“ aufgekommen; siehe H. Maurer und F. E. Schnapp, *VVDStRL* 43, 1985, S. 135, 172, sowie die Diskussion.

Erweiterungen des Gesetzesvorbehalts stets aus einer Auslegung einzelner Grundrechte gewonnen hat²⁵ und weitergehenden Folgerungen aus allgemeinen Verfassungs- oder Demokratievorstellungen keinen juristisch begehbaren Boden liefert²⁶.

2. „Eingriff in Freiheit und Eigentum“ ohne Zwangsgewalt und ohne Regelungsgehalt des Eingriffsaktes

a) Der rechtsstaatliche Eingriffsvorbehalt definiert die Zone grundrechtlich erheblichen Staatshandelns im Ausgangspunkt durch eine typisierte Erscheinung der dem Staat zuzurechnenden Einwirkung auf die geschützten Rechte und Freiheiten. Die Vielfalt und – in Bezug zu den gewohnten Rechtsformen – Formlosigkeit des Vorgehens, die dem modernen Wohlfahrts- und Interventionsstaat eigentümlich ist, nimmt diesem Ausgangspunkt seine grundsätzliche Eignung für die gesuchte Umschreibung des grundrechtlich erheblichen Tatbestandes. Ein Schritt zur Anpassung der Kriterien wurde mit Hilfe des Kriteriums der „faktischen Beeinträchtigung“ getan²⁷; damit wurde das Augenmerk nicht zuerst auf die Art oder Form des Staatshandelns, sondern auf das vor „Beeinträchtigungen“ zu schützende Gut gerichtet. Dies bereitete den Weg für die allgemeinere Einsicht, daß die Grundrechte sich durch Abwehr freiheitsbeschränkender „Wirkungen“ zu bewähren haben²⁸, daß der Grundrechtsschutz „nicht am Eingriffstyp, sondern am Schutzgut und seiner Gefährdung und Beschränkung zu orientieren“ ist²⁹. Das Bundesverfassungsgericht hat die damit eingeschlagene Linie besonders eindrücklich in dem Beschluß zur Direkturverordnung³⁰ bekräftigt. Die Grundrechtsnorm des Art. 12 Abs. 1 GG komme als Maßstab auch für solche Vorschriften in Betracht, die infolge ihrer tatsächlichen Auswirkungen geeignet seien, den besonderen Freiheitsraum, den das Grundrecht sichern wolle, zu berühren und die Berufsfreiheit zu beeinträchtigen. Im „Leistungsstaat“ der Gegenwart sei es eine zunehmend zu beobachtende Erscheinung, daß staatliche Einwirkungen in den Bereich

²⁵ Vgl. für den wichtigen Fall des Art. 12 Abs. 1 GG: *H. D. Jarass*, Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen, NVwZ 1984, 473; *H.-J. Papier*, Art. 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht der Arbeit, DVBl. 1984, 801.

²⁶ *R. Herzog*, Offene Fragen zwischen Verfassungsgericht und Gesetzgeber, ZG 2, 1987, S. 290; *P. Badura*, Die parlamentarische Volksvertretung und die Aufgabe der Gesetzgebung, ZG 2, 1987, S. 300.

²⁷ *H.-U. Gallwas*, Faktische Beeinträchtigungen im Bereich der Grundrechte, 1970; *U. Ramsauer*, Die faktischen Beeinträchtigungen des Eigentums, 1980.

²⁸ Für das hier interessierende Thema des Staates als Anbieter *P. Kirchhof*, Verwaltem durch „mittelbares“ Einwirken, 1977, S. 359 Anm. 218.

²⁹ *F. Ossenbühl*, Umweltpflege aaO, S. 16.

³⁰ BVerfGE 46, 120/137 f.

der wirtschaftlichen Betätigung nicht im Wege eines unmittelbar „gezielten“ Eingriffs erfolgten, sondern durch staatliche Planung, Subventionierung oder als Folge einer bestimmten Wahrnehmung von Aufgaben der staatlichen Leistungsverwaltung.

b) Eine bemerkenswerte Weiterentwicklung des Eingriffsvorbehalts für das den Schutzbereich eines Grundrechts berührende schlichte Verwaltungshandeln erfolgte durch das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18. April 1985³¹. Die Veröffentlichung von Arzneimittel-Transparenzlisten mit der Angabe von Qualitätssicherungskennzeichen durch die vom Bundesminister für Jugend, Familie und Gesundheit berufene Transparenzkommission ist nach Auffassung des Gerichts ein Akt der „Wirtschaftslenkung“. Als solcher beeinträchtigt sie, ebenso wie das der Veröffentlichung vorgeschaltete Auskunftsverfahren, die unternehmerische Betätigungsfreiheit des Arzneimittelherstellers (Art. 12 Abs. 1 GG), deren Bestandteil auch das Verhalten des Unternehmers im wirtschaftlichen Wettbewerb ist, soweit sich dieses Verhalten in erlaubten Formen bewegt. Das Transparenzlistenverfahren bedarf daher einer gesetzlichen Grundlage³². Verallgemeinert bedeutet das, daß schlichtes Verwaltungshandeln auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts, das die unternehmerische Betätigungsfreiheit eines Privaten beeinträchtigt, gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG einer gesetzlichen Grundlage bedarf. Fehlt es an der gesetzlichen Ermächtigung, kann der Private Unterlassung verlangen; denn er muß den ihn beschwerenden „Eingriff in die Berufsfreiheit“ nicht dulden.

Den als Akt staatlicher Wirtschaftslenkung faßbaren Tatbestand sah das Gericht darin, daß die hier zu beurteilende Veröffentlichung der Transparenzliste zu „spürbaren Veränderungen der Marktbedingungen für Arzneimittel“ führen sollte. Unter Berücksichtigung der Schutzfunktion des jeweiligen Grundrechts könne – je nach Art und Ausmaß – auch eine tatsächliche Betroffenheit des Grundrechtsträgers einen Grundrechtseingriff bedeuten³³. „Wann und in welchem Ausmaß gewisse tatsächliche Einwirkungen eine relevante Beeinträchtigung des Grundrechts darstellen, ist in Ermangelung einheitlicher formaler Eingriffskriterien materiell nach Maßgabe des Schutzzwecks des jeweiligen

³¹ BVerwGE 71, 183.

³² Die danach notwendige gesetzliche Grundlage ist seither durch Novellierung des Arzneimittelgesetzes geschaffen worden.

³³ BVerwGE 71, 183/191. Als Parallellfall wird u. a. der Tatbestand genannt, daß ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) angenommen worden ist, wenn der Staat durch die einseitige Subventionierung eines Konkurrenten die Wettbewerbslage verzerrt und die wirtschaftliche Stellung des nicht begünstigten Unternehmers in unerträglichem Maße und unzumutbar schädigt (BVerwGE 30, 191/197 ff.; u. ö.).

Grundrechts zu ermitteln.“ Der Eingriffsvorbehalt wird somit nicht auf „einen bestimmten Eingriffstyp“ beschränkt, dennoch aber nicht auf jegliche nachteilige Betroffenheit des einzelnen erstreckt³⁴. Das Gericht sucht dementsprechend Kriterien für eine grundrechtlich erhebliche Betroffenheit des Dritten und für einen im Sinne des Grundrechtsschutzes greifbaren Zurechnungszusammenhang von Verwaltungshandeln und Wettbewerbsnachteil. Anknüpfend an die anerkannte Rechtsauffassung, daß es in der freien Wettbewerbswirtschaft im Grundsatz kein subjektives verfassungskräftiges Recht auf Erhaltung eines bestimmten Geschäftsumfanges und auf Sicherung weiterer Erwerbsmöglichkeiten gibt, und aufbauend auf die bisherige Rechtsprechung, wonach die staatliche Konzessionierung eines neuen Konkurrenten und das Hinzutreten des Staates als Konkurrent „lediglich eine weitgehend systemimmanente Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks“ darstellen, nimmt das Gericht eine Unterscheidung vor³⁵: Staatliche Maßnahmen, mit denen für einen Unternehmer nachteilige Veränderungen wirtschaftlicher Verhältnisse einhergehen, können nicht schon allein deshalb als Grundrechtsbeeinträchtigung verstanden werden. Anders ist es, wenn der Staat „zielgerichtet gewisse Rahmenbedingungen verändert, um zu Lasten bestimmter Unternehmen einen im öffentlichen Interesse liegenden Erfolg herbeizuführen“. Darin liegt eine „grundrechtsspezifische“ Maßnahme; denn der dem Unternehmen nachteilige Effekt, den die gezielte Veränderung der marktwirtschaftlichen Erwerbsbedingungen bewirkt, ist nicht nur eine „Begleiterscheinung“ oder ein „bloßer Reflex“ staatlicher Maßnahmen. Mit dem Schutzzweck des Art. 12 Abs. 1 GG wäre es nicht vereinbar, wenn es dem Staat erlaubt wäre, „ohne Beachtung grundrechtlicher Schutzbedingungen unternehmerisches Verhalten zu steuern und die unternehmerische Dispositions- und Betätigungsfreiheit einzuschränken und womöglich auszuhöhlen“.

Die Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts ist vom OVG Münster für die Praxis des Bundesministers für Jugend, Familie und Gesundheit übernommen worden, eine Liste diethylenglykolphaltiger Weine zu veröffentlichen. Das Oberverwaltungsgericht bestätigt die Verbandskompetenz der Bundesregierung, die Bevölkerung zu informieren und vor Gesundheitsschäden zu warnen. Es verneint im konkre-

³⁴ BVerwGE 71, 183/192. – Es geht über dieses Kriterium hinaus, wenn angenommen wird, schlichthoheitliches Verwaltungshandeln bedürfe einer gesetzlichen Ermächtigung, soweit Maßnahmen einseitige, unmittelbare Auswirkungen auf rechtlich geschützte Interessen eines Bürgers haben oder haben können (so *F. Kopp*, Der Schutz des Bürgers gegenüber wirtschaftlichen Maßnahmen der öffentlichen Hand, durch die der Wettbewerb verfälscht wird, *GewArch.* 1988, 353/359).

³⁵ BVerwGE 71, 183/193 f. Zust. *F. Ossenbühl*, *Umweltpflege aaO*, S. 26 f.

ten Fall einen dem Gesetzesvorbehalt unterliegenden Eingriff, weil das Ministerium nur einer unerlaubten gewerblichen Betätigung entgegengetreten ist, die keinen Grundrechtsschutz beanspruchen kann. Außerdem sei eine objektiv berufsregelnde oder wirtschaftslenkende Tendenz nicht erkennbar³⁶. Das Bundesverwaltungsgericht selbst hat seine Rechtsprechung nach der Transparenzlisten-Entscheidung fortgesetzt und eine nur durch Verwaltungsvorschrift vorgenommene Regelung über die Zulassung als Subventionsbetreuer bei der Ausführung des Rahmenplans der Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der Agrarstruktur und des Küstenschutzes“ dem Gesetzesvorbehalt nach Art. 12 Abs. 1 GG unterworfen³⁷.

c) Der durch den Eingriff der Exekutive ohne die nach dem erweiterten Gesetzesvorbehalt nötige gesetzliche Ermächtigung in seinem Grundrecht betroffene private Unternehmer kann aus dem Grundrecht einen Abwehranspruch ableiten. Der negatorische Anspruch gehört in den bisher behandelten Fällen schlichten oder informellen Verwaltungshandelns dem öffentlichen Recht an. Würde hingegen ein derartiger grundrechtlicher Schutzanspruch im Rahmen eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen einem privaten Unternehmen und einem Unternehmen geltend gemacht werden, an dem die öffentliche Hand unternehmerisch beteiligt ist, erfolgte der – behauptete – „Eingriff“ mit den Mitteln des Privatrechts und könnte nur ein privatrechtlicher Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch in Betracht kommen. In Ermangelung eines den abzuwehrenden Eingriff erfassenden privatrechtlichen Schutzgesetzes würde der Eingriffstatbestand in der „Störung“ eines Grundrechts bestehen. Unter welchen Umständen ein derartiger Eingriffstatbestand gegeben sein könnte, wird im Lichte des erweiterten Gesetzesvorbehalts sogleich noch näher zu betrachten sein.

Rechte und Pflichten einzelner können unmittelbar aus den Grundrechten hervorgehen. Daß das so ist, kann überhaupt nur in den Fällen zu Zweifeln Anlaß geben, wo der für die Ableitung von grundrechtlichen Rechten oder Pflichten in Anspruch genommene Sachverhalt bereits durch Gesetz geregelt ist, wie z. B. in Gestalt der immissionschutzrechtlichen Vorschriften, die für das öffentlich-rechtliche Nachbarrecht einschlägig sind, oder in Gestalt der wettbewerbsrechtlichen Bestimmungen, die gewisse Tatbestände der Teilnahme am privatrechtlich geordneten Wirtschaftsverkehr regeln. Hier stellt sich die Frage, ob neben oder entgegen dem Gesetz unmittelbar aus dem Grundrecht ein Schutzanspruch abgeleitet werden kann, wenn der Betroffene der Auf-

³⁶ OVG Münster NJW 1986, 2783; OVG Münster GewArch. 1988, 11.

³⁷ BVerwG DVBl. 1987, 364.

fassung ist, das Gesetz sei – gemessen an der grundrechtlichen Garantie – unvollkommen oder das zunächst mit der Sache befaßte Gericht habe das Gesetz – wiederum gemessen an der grundrechtlichen Garantie – fehlerhaft angewandt³⁸. Die eigentumsrechtliche Nachbarklage bei der Zulassung eines Vorhabens unter Verstoß gegen nicht nachbarschützende Normen³⁹ ist dafür ein Musterfall.

Stellt das Gesetz für die Rechtsbeziehungen zwischen dem Störer und dem Betroffenen eine Regelung bereit, ist damit auch die Ausgestaltung eines etwa aus einem Grundrecht ableitbaren Schutzauftrages des Staates erfolgt. Ist das in einer Weise geschehen, die nach dem Maßstab des Grundrechts weder unvollständig noch mangelhaft ist, scheidet ein unmittelbar aus dem Grundrecht zu gewinnender Schutzanspruch aus. Die Grundrechte können, soweit eine gesetzliche Regelung des gewährleisteten Freiheitsbereichs und Schutzgutes ohne Verkürzung der grundrechtlichen Garantie erfolgt ist, nur als Auffangrechte im Falle schwerer und unerträglicher Störung oder sonstiger Beeinträchtigung wegen einer fehlerhaften Anwendung des Gesetzes durch die Behörde oder das Gericht unmittelbar zu einem Schutzanspruch führen. Ein unmittelbar aus der Verfassung abgeleiteter Schutzanspruch neben einer bestehenden gesetzlichen Regelung ist demnach möglich, kann aber nur in besonderen Fallgestaltungen zum Zuge kommen. Eine dieser Fallgestaltungen ist, daß das Gesetz den Schutz mangelhaft oder unvollkommen ausgeformt hat.

III. Die verfassungsrechtlich gebotene Aufgabe des Gesetzgebers

1. „Eingriff“ durch benachteiligende Veränderung der Wettbewerbsbedingungen

Wenn der Staat mit Auswirkung auf die konkreten Wettbewerbsbedingungen eine Beteiligung an einem Unternehmen oder ein von ihm durch Mehrheitsbeteiligung beherrschtes Unternehmen als Werkzeug der Wirtschaftslenkung verwendet, kann darin ein Eingriff zu Lasten eines konkurrierenden privaten Unternehmens liegen, der durch die Wettbewerbsbeziehungen vermittelt wird⁴⁰. Die Wettbewerbsbeeinflus-

³⁸ U. Ramsauer, Die Rolle der Grundrechte im System der subjektiven öffentlichen Rechte, AöR 111, 1986, S. 501; P. Badura, Persönlichkeitsrechtliche Schutzpflichten des Staates im Arbeitsrecht, in: Festschrift für Karl Molitor, 1988, S. 1/4 ff.; ders., Schutz Dritter durch Nebenbestimmungen einer Planfeststellung oder Genehmigung, in: Festschrift für Rudolf Lukes, 1989.

³⁹ BVerwGE 32, 173; 54, 211/221 ff.; BVerwG NJW 1988, 2396. – Vgl. auch BVerfG Beschl. vom 30.11.1988 – 1 BvR 1301/84 –.

⁴⁰ P. Kirchhof, Verwaltung aaO, S. 368 ff.; P. Badura, Wirtschaftliche Betätigung aaO, S. 460 ff.; ders., Eigentumsschutz aaO, S. 18 ff.; H.-J. Papier, Art. 12 GG aaO, S. 809.

sung durch die öffentliche Hand ist nicht deswegen nur eine lediglich das grundrechtlich nicht geschützte unternehmerische Wagnis betreffende, allein den bestehenden Marktanteil oder Wettbewerbsvorteil erfassende Verhaltensweise, weil das Medium ihrer Wirkung die nach Privatrecht erfolgende Beteiligung am Wirtschaftsverkehr ist. Die wirtschaftslenkende Beeinflussung der unternehmerischen Wettbewerbsdisposition kann eine „eingriffsgleiche“ Bedeutung und Wirkung haben⁴¹ und als „Eingriff durch Konkurrenz“ erscheinen⁴². Der interventionistische Einsatz der Faktoren der öffentlichen Wirtschaft ändert die Gleichheit der Wettbewerbsbedingungen⁴³ und erlangt dadurch, soweit er nicht von einer Schutznorm des Wettbewerbsrechts oder des allgemeinen Privatrechts geregelt ist, den Charakter einer „grundrechtsspezifischen“ Beeinträchtigung des Dritten. „Wo die Verwaltung unter Verwendung nur ihr zugänglicher Mittel ihre im Wettbewerb stehenden Unternehmen zu einem wie immer gearteten Verhalten befähigt, um auf diesem Wege Einfluß auf die Entschlüsse anderer Wettbewerbsteilnehmer zu nehmen, sind zu deren Schutz besondere Vorkehrungen geboten“⁴⁴.

Nach Zweck und Auswirkung kann auch privatrechtliches Handeln der öffentlichen Hand eine, über die in der Konkurrenz selbst liegende Beeinflussung hinausgehende – wirtschaftslenkende, „interventionistische“ – Beeinträchtigung oder Verdrängung privater Unternehmen zur Folge haben, die von dem Schutz- und Ordnungsbereich eines Grundrechts erfaßt wird und demzufolge den für Grundrechtseingriffe maßgeblichen Voraussetzungen unterworfen ist. Ein derartiger schutzfähiger Eingriffssachverhalt wäre anzunehmen, wenn das Unternehmen, an dem die öffentliche Hand beteiligt ist, den Boden des unternehmerischen Wettbewerbshandelns und der marktwirtschaftlichen Gleichordnung verläßt, und sein Verhalten sich in Ziel oder Auswirkung als eine interventionistische Wirtschaftstätigkeit zu Lasten des privaten Konkurrenten darstellt. Beispielsweise kann der Träger eines Krankenhauses durch die Festsetzung zu hoher Pflegesätze für andere Krankenhäuser in seinem, durch Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Recht auf Teilnahme am freien Wettbewerb verletzt sein⁴⁵. Ob die wirtschaftslenkende Instrumentalisierung marktwirtschaftlicher Angebote der öffentlichen Hand

⁴¹ H. H. Klein, Die Teilnahme des Staates am wirtschaftlichen Wettbewerb, 1968, S. 264 ff.

⁴² R. Scholz, Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen, AöR 97, 1972, S. 301/305 f.; ders., Art. 12, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz (1981), Rdn. 401 ff.; P. Badura, Wirtschaftliche Betätigung aaO, S. 460 ff.

⁴³ H. H. Klein, Teilnahme des Staates aaO, S. 222 ff., 228 ff., 258 ff.; R. Breuer, Die staatliche Berufsregelung und Wirtschaftslenkung, HStR, Bd. VI, 1989, S. 957/1001 ff.

⁴⁴ H. H. Klein, Teilnahme des Staates aaO, S. 259.

⁴⁵ BVerwGE 60, 154.

Grundrechte Dritter eingriffsgleich berührt, ist je nach dem Schutzgehalt der einschlägigen Wirtschaftsfreiheiten zu beurteilen. Dies wäre nicht anders, wenn öffentlich-rechtliches Verwaltungshandeln oder ein Gesetz⁴⁶ Wettbewerbsnachteile zur Folge hätte.

Die Parallele zur subventionsrechtlichen Konkurrentenklage⁴⁷ liegt auf der Hand. Subventionen stellen durchweg zumindest in ihren Wirkungen eine Beeinflussung der Wettbewerbsverhältnisse dar. Die Strukturpolitik⁴⁸, von der sich typischerweise der jeweilige Subventionszweck ableitet, zielt gerade auf die Beeinflussung der Bedingungen ab, unter denen die begünstigte Wirtschaftsleistung als Angebot den Markt erreicht. Es können sich deshalb über das Subventionsverhältnis zwischen der Verwaltung und dem Begünstigten hinaus rechtlich faßbare Beziehungen auch zu den Konkurrenten des Begünstigten ergeben. Die den Eingriffstatbestand als Grundlage eines im Anfechtungsprozeß gegen den Subventionsbescheid geltend zu machenden Aufhebungsanspruchs des Konkurrenten bildende Rechtsbeeinträchtigung kann in seinem willkürlichen Ausschluß aus dem Kreis der Subventionsempfänger oder in einer willkürlichen Schwächung seiner Wettbewerbsfähigkeit bestehen (Art. 2 Abs. 1 oder Art. 12 Abs. 1 in Verb. mit Art. 3 Abs. 1 GG)⁴⁹. Entscheidend ist nicht die Einbuße im Marktanteil des Konkurrenten, sondern die Verzerrung der Wettbewerbslage durch Verletzung der Chancengleichheit.

Die Benachteiligung des privaten Unternehmens im Falle der Wettbewerbsbeeinflussung mit Hilfe der Unternehmensbeteiligungen der öffentlichen Hand leitet sich nicht aus einem so greifbaren und inhaltlich eindeutigen Verwaltungshandeln her, wie es der Subventionsbescheid ist. Doch steht das – *ceteris paribus* – der Möglichkeit nicht entgegen, einen Eingriffsakt dingfest zu machen. Entscheidend ist, daß zur Sicherung des Konkurrenten gegen die Wirtschaftsbeeinflussung seitens der öffentlichen Hand die Regulative des Privatrechts nicht ausreichen und daß die so herbeigeführte Wettbewerbsbenachteiligung die unternehmerische Betätigung des Konkurrenten ihrer Art nach – und nicht nur als unvorhersehbare Nebenwirkung – in eine wesentlich und nachhaltig ungleiche Wettbewerbsposition drängt. Eine diffuse „Grundrechtsrele-

⁴⁶ Vgl. BVerfGE 18, 1 betr. eine Steuernorm, die einen anderen begünstigt und gegen die sich der Nichtbegünstigte mit der Rüge wendet, seine Wettbewerbsfähigkeit gegenüber dem Begünstigten werde beeinträchtigt. Anders im Fall BVerfGE 16, 25, betr. einen Steuerbescheid.

⁴⁷ *H. D. Jarass*, Der Vorbehalt des Gesetzes bei Subventionen, NVwZ 1984, 473/477; *H.-J. Papier*, Art. 12 GG aaO, S. 809 f.

⁴⁸ *R. Schmidt* (Hrsg.), Aktuelle Fragen der regionalen Strukturpolitik, 1989.

⁴⁹ BVerwGE 30, 191; *P. Badura*, Wirtschaftsverwaltungsrecht aaO, S. 329, 347 f.

vanz“ wettbewerbsbeeinflussender Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand ist nicht geeignet, die schutzwürdige Rechtsposition berechenbar und spezifisch abzugrenzen. Auf der anderen Seite muß das Vorgehen der öffentlichen Hand nicht den Fehlergrad der Willkür erreichen. Willkürliches Verwaltungshandeln ist rechtswidrig; was hier gesucht wird, ist der Eingriffstatbestand, der den Schutz des Grundrechts auslöst, nicht aber zugleich ein Verletzungstatbestand sein muß. Nach den Kriterien der Transparenzlisten-Entscheidung⁵⁰ kann nur eine finale und grundrechtsspezifische Maßnahme ein Eingriff sein, der gesetzlicher Grundlage bedarf und materiell den Grundrechtsschutz der unternehmerischen Betätigungsfreiheit und der Chancengleichheit im Wettbewerb beachten muß. Der Gesichtspunkt des „Grundrechtsspezifischen“ orientiert sich, wie erläutert, an der durch die jeweils angerufene Grundrechtsgarantie anerkannten und mit einer individuellen Rechtszuweisung bewehrten Schutzbedürftigkeit der Wirtschaftsfreiheit.

2. Schutz und Ordnung der Wettbewerbsfreiheit durch Gesetz

Die einen Dritten benachteiligende Veränderung der Wettbewerbsbedingungen durch wirtschaftslenkende Instrumentalisierung von Unternehmensbeteiligungen der öffentlichen Hand stellt einen den Garantien des Gesetzesvorbehalts unterliegenden Eingriff in die grundrechtliche Freiheit des Dritten nur dar, wenn sie eine Einschränkung einer der Grundrechte bewirkt, die das privatwirtschaftliche Handeln und das Eigentum Privater schützen, und wenn dieser Rechtsnachteil nicht durch die Vorschriften des Wettbewerbsrechts oder des allgemeinen Privatrechts erfaßt wird. Der Umstand allein, daß Existenz und Wirksamkeit der öffentlichen Wirtschaft ordnungspolitisch oder im Sinne des Prinzips der Wirtschaftsfreiheit „wesentlich“ sind, reicht nicht aus, eine verfassungsrechtliche Regelungspflicht nach den Grundsätzen des Gesetzesvorbehalts zu begründen. Anders gesagt, ist ein „demokratischer Parlamentsvorbehalt“⁵¹ derart, daß der Exekutive eine Betätigung in „wesentlichen“ Bereichen oder Fällen ohne Gesetz versperrt wäre, auch wenn bestimmte und konkrete Rechte und Freiheiten, die die Verfassung durch Grundrechtsnormen garantiert, nicht beeinträchtigt werden, kein anerkannter Bestandteil des Verfassungsrechts. Es handelt sich dabei um politische Postulate, die je nach Sachlage vorteilhaft oder unvernünftig sein können und unter Umständen sogar auf verfassungsrechtliche Hindernisse stoßen, insbes. wenn mit einem Gesetz der „Kern-

⁵⁰ BVerwGE 71, 183/193 f.

⁵¹ F. Ossenbühl, Vorrang und Vorbehalt aaO, S. 334 ff.

bereich exekutiver Eigenverantwortung⁵² beschnitten würde. Es ist Sache der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers, ob und in welcher Weise er außerhalb der Zone des für die „Grundrechtsverwirklichung“ Wesentlichen eine Regelung vornehmen will; in Grenzfällen gehört es auch zur Verantwortung des Gesetzgebers, zu entscheiden und abzugrenzen, was als „wesentlich“ zu gelten hat. Die „Wesentlichkeitstheorie“ hat demnach nicht eine Änderung des Verfassungsrechts in der Richtung bewirkt, daß nunmehr die von der Verfassung nicht ausdrücklich oder konkludent gebilligten öffentlichen Unternehmen grundsätzlich einer gesetzlichen Grundlage bedürften, gleich welche Rechtsform sie hätten⁵³.

Dieses Ergebnis ändert sich nicht, wenn die Unternehmenswirtschaft der öffentlichen Hand als ein „Fremdkörper im System der marktwirtschaftlichen, auf Berufs- und Gewerbefreiheit gegründeten Ordnung“ betrachtet und dem öffentlichen Unternehmen allein durch seine Existenz eine Verzerrung der Chancengleichheit marktwirtschaftlicher Konkurrenz zugeschrieben wird⁵⁴. Diese ordnungspolitische Beurteilung führt nicht auf einen Tatbestand, der im Sinne des grundrechtlich definierten – und gemäß der Wesentlichkeitstheorie erweiterten – „Eingriffs“ den Schutz und die Garantie des Gesetzesvorbehalts auszulösen vermag.

Die hier für richtig gehaltene Annahme, daß eine wirtschaftslenkende Beschränkung der Grundrechte privater Unternehmen im Wege der Wettbewerbsbeeinflussung durch das unternehmerische Potential der öffentlichen Hand den Grundsätzen des Gesetzesvorbehalts unterliegt, stellt bereits eine Fortentwicklung der Rechtauffassungen dar, die der bisherigen Staatspraxis zugrunde liegen. Sie erscheint jedoch nach der neuen Sicht des Gesetzesvorbehalts, wie sie durch die Wesentlichkeitstheorie und die besonders in der Transparenzlisten-Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts zutage tretende Behandlung des informellen Verwaltungshandelns charakterisiert wird, folgerichtig. Soweit danach eine Regelung der Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand notwendig ist, genügen haushaltsrechtliche Vorschriften und durch das Haushaltsgesetz festgestellte Ansätze im Haushaltsplan dem Gesetzesvorbehalt nicht. Die haushaltsrechtliche Regelung in § 65 BHO und den entsprechenden Bestimmungen der Landeshaushaltsordnungen mag im Sinne der Doktrin des Bundesverfassungsgerichts dem demokratischen (politischen) Aspekt des Gesetzesvorbehalts genügen⁵⁵, der rechtsstaatlichen

⁵² BVerfGE 67, 100/139, unter Bezugnahme auf *R. Scholz*, AöR 105, 1980, S. 598.

⁵³ So aber *G. Püttner*, Die öffentlichen Unternehmen, 2. Aufl. 1985, S. 123.

⁵⁴ *R. Breuer*, Staatliche Berufsregelung aaO, S. 1001.

⁵⁵ So *F. Ossenbühl*, Bestand und Erweiterung des Wirkungskreises der Deutschen Bundespost, 1980, S. 132 ff.

Garantiefunktion des Gesetzes entspricht sie jedoch nach Ziel und Inhalt nicht⁵⁶. Grundrechtsbeeinträchtigende Eingriffe können auf Vorschriften des Haushaltsrechts ebensowenig wie auf Ansätze des gesetzlich festgestellten Haushaltsplans (§ 3 Abs. 2 HGrG) gestützt werden.

Die Aufgabe des Gesetzgebers bei einer Regelung der Wirtschaftslenkung mit den Mitteln der Unternehmensbeteiligungen der öffentlichen Hand besteht unter dem Blickwinkel des Gesetzesvorbehalts darin, die Wettbewerbsfreiheit durch Gesetz zu schützen und zu ordnen. Diese Zielsetzung fügt sich in die allgemeine Aufgabe des Gesetzgebers ein, durch Gesetz darüber zu befinden, ob und welche Schranken der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit im Privatrechtsverkehr aufzuerlegen sind, je nach den Ordnungsprinzipien und Schutzbedürfnissen. Eine derartige Regelung wäre im Grundzug eine dem Bund zustehende Gesetzgebung auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts (Art. 74 Nr. 1 und 11, ggf. 16 GG)⁵⁷ und in der Sache eine nähere Entfaltung der Generalklausel des § 98 Abs. 1 GWB. Die von *Steindorff*⁵⁸ betonte Ordnungsfunktion des Privatrechts käme hier mit der Zielsetzung zur Geltung, die zum Wettbewerbsprinzip hinzutretende Steuerungsfunktion für die Wirtschaft zur Sicherung des öffentlichen Interesses, aber auch zum Schutz der privatwirtschaftlichen Unternehmenstätigkeit der rechtsstaatlichen und demokratischen Garantiefunktion des Gesetzes zu unterwerfen.

⁵⁶ Aufschlußreich dafür ist die haushaltsrechtliche Vorkehrung in § 65 Abs. 7 BHO für die Veräußerung von Unternehmensbeteiligungen von besonderer Bedeutung, für die grundsätzlich die Einwilligung des Bundestages und des Bundesrates erforderlich ist.

⁵⁷ Eine verwaltungsrechtliche Regelung des Rechts der öffentlichen Unternehmen, die einheitlich die Beteiligungen des Bundes und der Länder erfassen wollte, ist dem Bundesgesetzgeber verschlossen.

⁵⁸ *E. Steindorff*, Wirtschaftsordnung aaO, S. 623 f., 638.