

Festschrift  
zum 125jährigen Bestehen der  
Juristischen Gesellschaft zu Berlin

Herausgegeben  
von

Dieter Wilke



1984

Walter de Gruyter · Berlin · New York

6296716.9 W



*CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek*

**Festschrift zum 125jährigen [hundertfünfundzwanzig-jährigen] Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin / hrsg. von Dieter Wilke. – Berlin ; New York : de Gruyter, 1984.**

ISBN 3-11-009716-8

NE: Wilke, Dieter [Hrsg.]; Juristische Gesellschaft (Berlin, West)

K86/5465

Copyright 1984 by Walter de Gruyter & Co., 1000 Berlin 30.

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Fotokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

Printed in Germany

Satz und Druck: Saladruck, 1000 Berlin 36

Buchbindearbeiten: Lüderitz & Bauer, Buchgewerbe GmbH, 1000 Berlin 61

# Inhalt

HERMANN OXFORT, Senator für Justiz, Berlin	
Geleitwort . . . . .	V
DIETHER DEHNICKE, Dr. iur., Präsident des Kammergerichts, Berlin	
Vorwort . . . . .	VII

\*

PETER BADURA, Dr. iur., Professor an der Universität München	
Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes gegenüber der staatlichen Intervention im Bereich der Wirtschaft . . .	1
GÜNTHER BARBEY, Dr. iur., Richter am Bundesverwaltungsgericht, Berlin, apl. Professor an der Freien Universität Berlin	
Amtshilfe durch Informationshilfe und „Gesetzesvorbehalt“ . . . . .	25
ERNST BENDA, Dr. iur. h. c., Professor an der Universität Freiburg, Präsident des Bundesverfassungsgerichts a. D.	
Berliner Rechtsprechung zum Grundgesetz . . . . .	47
JOACHIM BURMEISTER, Dr. iur., Professor an der Universität Saarbrücken	
Über die Notwendigkeit einer neuen „Theorie des Staatseigentums“ im demokratischen Verfassungsstaat . . . . .	61
UWE DIEDERICHSEN, Dr. iur., Professor an der Universität Göttingen	
Der logische Dissens . . . . .	81
FRIEDRICH EBEL, Dr. iur., Professor an der Freien Universität Berlin	
Die Savigny-Stiftung . . . . .	101
HANS-UWE ERICHSEN, Dr. iur., Professor an der Universität Münster	
Schule und Parlamentsvorbehalt . . . . .	113
KLAUS FINKELNBURG, Dr. iur., Rechtsanwalt und Notar, Honorarprofessor an der Freien Universität Berlin	
Zum Schutz von Baudenkmalen in Berlin . . . . .	129
KLAUS GEPPERT, Dr. iur., Professor an der Freien Universität Berlin, Richter am Kammergericht	
Zum Einsichtsrecht des Strafgefangenen in die anstaltsärztlichen Krankenunterlagen . . . . .	149

DIETER GIESEN, Dr. iur., Professor an der Freien Universität Berlin Kolonialpolitik zwischen Irritation und Illusion. Prolegomena zu einer Rechts- und Sozialgeschichte deutscher Kolonialbestrebungen im Pazifik am Beispiel Samoas (1857–89) . . . . .	177
PETER HANAU, Dr. iur., Professor an der Universität zu Köln Arbeitsrecht in der sozialen Marktwirtschaft . . . . .	227
DIETER HECKELMANN, Dr. iur., Professor an der Freien Universität, Präsident der Freien Universität Berlin Konkurrenzschutz privater Makler gegenüber den öffentlich-rechtlichen Sparkassen im Bereich der Immobilienvermittlung . . . . .	245
HANS PETER IPSEN, Dr. iur., em. Professor an der Universität Hamburg Der Stadtstaat als Unternehmer und Träger der Fachaufsicht. Lehren aus dem Hamburger „Fall Brokdorf“ . . . . .	265
HANS D. JARASS, Dr. iur., Professor an der Ruhr-Universität Bochum Beschränkungen des Anlagenbetriebs und des Kraftfahrzeugverkehrs bei austauscharmen Wetterlagen . . . . .	283
GÜNTHER KAISER, Dr. iur., Professor an der Universität Freiburg, Direk- tor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Straf- recht, Freiburg i. Br. Die gesetzliche Regelung über den Vollzug der Untersuchungshaft und ihre Reform . . . . .	299
MICHAEL KLOEFFER, Dr. iur., Professor an der Universität Trier Zur Zulässigkeit der Bescheidlösung im Abwasserabgabengesetz . . . . .	313
WERNER KNOPP, Dr. iur., Professor, Präsident der Stiftung Preußischer Kulturbesitz, Berlin Juristische Aspekte von Gründung und Arbeit der Stiftung Preußischer Kulturbesitz . . . . .	329
HORST KONZEN, Dr. iur., Professor an der Universität Mainz Gesetzentwurf und Revisionsurteil . . . . .	347
PETER LERCHE, Dr. iur., Professor an der Universität München Aspekte verfassungsgerichtlicher Subsidiarität in Deutschland und Österreich . . . . .	369
ULRICH VON LÜBTOW, Dr. iur., em. Professor an der Freien Universität Berlin Savigny und die Historische Schule . . . . .	381
BERND BARON VON MAYDELL, Dr. iur., Professor an der Universität Bonn Zum Stil sozialpolitischer Gesetzgebung . . . . .	407

THEO MAYER-MALY, Dr. iur., o. Universitätsprofessor an der Universität Salzburg Gesetzesflut und Gesetzesqualität heute . . . . .	423
DETLEF MERTEN, Dr. iur., Dr. rer. pol., Professor an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Mitglied des Verfassungsgerichtshofs, Rheinland-Pfalz Landesgesetzgebungspflichten kraft Bundesrahmenrechts? . . . . .	431
HEINZ MÜLLER-DIETZ, Dr. iur., Professor an der Universität Saarbrücken Recht und Aphoristik . . . . .	457
REINHARD MUSSGNUG, Dr. iur., o. Professor an der Universität Heidelberg, Richter am Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg Öffentlich-rechtliche Vorfragen im Zivilprozeß . . . . .	479
WERNER OGRIS, Dr. iur., o. Universitätsprofessor an der Universität Wien Verbietet mir keine Zensur! Goethe und die Preßfreiheit . . . . .	509
HANS-JÜRGEN PAPIER, Dr. iur., Professor an der Universität Bielefeld Staatliche Einwirkungen auf die Energiewirtschaft . . . . .	529
CHRISTIAN PESTALOZZA, Dr. iur., Professor an der Freien Universität Berlin Berlin unter Europäischem Rechtsschutz . . . . .	549
GÜNTER PÜTTNER, Dr. iur., Professor an der Universität Tübingen Der schwierige Weg der Verfassungsgerichtsbarkeit . . . . .	573
ALBRECHT RANDELZHOFFER, Dr. iur., Professor an der Freien Universität Berlin Kriegsrecht und westliches Verteidigungskonzept. Ein sicherheitspolitischer Preis für das Zusatzprotokoll zu den Genfer Abkommen vom 12. August 1949 über den Schutz der Opfer internationaler bewaffneter Konflikte? . . . . .	587
REINHARD RICHARDI, Dr. iur., Professor an der Universität Regensburg Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsvertrag . . . . .	607
GERD ROELLECKE, Dr. iur., Professor an der Universität Mannheim, Rektor der Universität Mannheim Recht und Prüfungen . . . . .	625
HERBERT SCHAMBECK, Dr. iur., o. Professor an der Universität Linz, stellv. Vorsitzender des Bundesrates der Republik Österreich Entwicklungstendenzen der Demokratie . . . . .	641
KARSTEN SCHMIDT, Dr. iur., Professor an der Universität Hamburg Die Rechtspflicht des Staates zur Stabilitätspolitik und der privatrechtliche Nominalismus. Ein Versuch über Reaktions- und Legitimationszusammenhänge zwischen öffentlichem und privatem Recht . . . . .	665

RUPERT SCHOLZ, Dr. iur., Professor an der Universität München, Senator für Bundesangelegenheiten, Berlin Technik und Recht .....	691
GUNTHER SCHWERDTFEGER, Dr. iur., Professor an der Freien Universität Berlin Verbrauchslenkung durch Information. Die Transparenzkommission beim Bundesgesundheitsamt .....	715
HUGO SEITER, Dr. iur., Professor an der Freien Universität Berlin Der Verhandlungsanspruch der Tarifvertragsparteien .....	729
HORST SENDLER, Dr. iur., Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, Berlin, Honorarprofessor an der Freien Universität Berlin Zur Makulaturproduktion des Gesetzgebers. Zum Wahrheitsgehalt der Kirchmannschen These von den drei berichtigenden Worten des Gesetzgebers .....	753
WERNER VON SIMSON, Dr. iur., em. Professor an der Universität Freiburg i. Br. Einmischung oder nicht? Zur Durchlässigkeit der europäischen Staatsgrenzen .....	775
ERNST STEINDORFF, Dr. iur., Professor an der Universität München Konzentrationskontrolle und Niederlassungsfreiheit. Ein Beitrag zur Konsultationspflicht der Staaten nach Art.5 EWGV .....	789
CARL HERMANN ULE, Dr. iur., em. Professor an der Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer Über das Wirken des Präsidenten des Preußischen Oberverwaltungsgerichts Prof. Dr. Dr. h. c. B. Drews in der Zeit nach 1933 .....	803
GEORG-CHRISTOPH VON UNRUH, Dr. iur., em. Professor an der Universität Kiel, Richter am Oberverwaltungsgericht a. D. Die Deutsche Verwaltungsgeschichte .....	821
THEO VOGLER, Dr. iur., Professor an der Universität Gießen Auslieferung und Asylrecht .....	829
DIETER WILKE, Dr. iur., Professor an der Freien Universität Berlin, Richter am Oberverwaltungsgericht Wiederaufgreifen oder Wiederaufnahme von Verwaltungsverfahren? § 51 Verwaltungsverfahrensgesetz im Lichte der Zivilprozeßordnung .....	847

# Der Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes gegenüber der staatlichen Intervention im Bereich der Wirtschaft

PETER BADURA

## I. Strukturpolitische Wirtschaftsbeeinflussung durch Subventionen

In den Anfangsjahren jener Epoche, die dann als „Wirtschaftswunder“ bezeichnet wurde, behandelte die Staatsrechtslehrervereinigung auf ihrer Marburger Tagung im Jahre 1952 „*Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft*“<sup>1</sup>. Scheuner ordnete den staatlichen Interventionismus einem System begrenzter Wirtschaftslenkung zu und definierte ihn als eine Gestaltung der staatlichen Wirtschaftspolitik, die sich nicht mit einer polizeilich-überwachenden Funktion begnügt, sondern unter bestimmten politisch-sozialen Zielen der Förderung oder auch der Umgestaltung in Erzeugung und Verteilung wie auch in die rechtlichen und sozialen Grundlagen der Wirtschaft eingreift, ohne eine Aufhebung der freien wirtschaftlichen Bewegung zugunsten eines geschlossenen Systems zentraler Planung und Anordnung im wirtschaftlichen Leben zu erreichen oder auch nur anzustreben. Die Interventionen werden unterschieden in unmittelbar eingreifende Maßnahmen, worunter auch die Schaffung von Monopolen und sonstigen öffentlich-rechtlichen Vorrangstellungen und ein „gestaltender wirtschaftlicher Ausgleich“ gezählt werden, und in indirekte Mittel staatlicher Lenkung oder Beeinflussung des Wirtschaftslebens, darunter Subventionen, Vergünstigungen, Förderung des Außenhandels und Investitionsplanung. Übereinstimmend sieht Schüle in den Subventionen ein bedeutendes Instrument der Wirtschaftslenkung. Schüle betont außerdem, daß die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand „Mitgestaltung der Wirtschaft durch den Staat“ bedeute.

In ausführlicher Auseinandersetzung mit den verfassungsrechtlichen Bindungen der Wirtschaftspolitik und der Wirtschaftsverwaltung legt Scheuner dar, daß für das System begrenzter Wirtschaftslenkung angesichts der tiefgehenden Auswirkungen staatlicher Interventionen im Wirtschaftsleben die wirksame Begrenzung und ein nachhaltiger Schutz der Grundlagen persönlicher und wirtschaftlicher Freiheit sowie der

<sup>1</sup> Berichte von U. Scheuner und Adolf Schüle, VVDStRL 11, 1954, S. 1, 75.

rechtsstaatlichen Prinzipien Voraussetzung seien. Jede wirtschaftliche Ordnung werde getragen und maßgebend geformt durch die rechtliche Ordnung der Verfassung, der grundlegenden Institutionen des Privatrechts (Eigentum, Vertragsfreiheit, Erbrecht) und der Verwaltung sowie ihre Handhabung. Die Bedeutung der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG erkennt *Scheuner* in der Betonung einer privatrechtlichen Eigentumsordnung als gewährleisteter Lebensordnung und der über das bisherige Recht hinaus erfolgten Sicherung der Eigentumssubstanz durch die in jedem Fall bei Enteignung erforderliche Entschädigung. Als Grenzen der Garantie erscheinen die starke Betonung der Sozialpflichtigkeit und die Zulassung der gemeinwirtschaftlichen Ordnung begrenzter Gebiete.

In der Aussprache zu den beiden Berichten unterbreitete *H. P. Ipsen* einen Gedanken<sup>2</sup>, der sogleich lebhaftes Echo fand. Planende Wirtschaftsintervention führe zur Annahme einer Pflicht des Staates, der von der Planung betroffenen und zu bestimmten Risiken veranlaßten Wirtschaft gegenüber für eine Innehaltung, Durchführung und ordnungsgemäße Abwicklung des Planes einzustehen. „Man mag diese Pflicht als eine Art ‚Plangewährleistung‘ bezeichnen.“ Aus ihr folge, daß bei Widerruf, Änderung oder unvorhergesehener Beendigung der Planung „Planungsschäden“ zu ersetzen seien. Diese Plangewährleistung entspringe der Erkenntnis, daß jede Lenkung und Planung ein zweiseitiges Rechtsverhältnis entstehen lasse, dem auf beiden Seiten Rechte und Pflichten entwachsen.

Der Ausdruck „Intervention“, dessen abwehrender Gestus der Wertwelt des Liberalismus entstammt, ist heute etwas aus der Mode gekommen. In einer eigentlich nur pragmatischen Zusammenfassung wird von der „staatlichen Einwirkung auf die Wirtschaft“<sup>3</sup> gesprochen. Mit dem Wort „Wirtschaftslenkung“ kann sich die gleiche allgemeine Bedeutung, aber auch eine beabsichtigte Unterscheidung gegenüber gewerbepolizeilicher Gefahrenabwehr und rein begünstigender Leistungsverwaltung verbinden<sup>4</sup>. Die „Intervention“, „Wirtschaftslenkung“ oder „Steuerung“ der Wirtschaft genannte, sehr komplexe Erscheinung der staatlichen Wirtschaftsbeeinflussung hat eine ordnungs- oder gesellschaftspolitisch faßbare institutionelle Seite, die gemeinhin in der Frage nach der „Wirtschaftsverfassung“ ans Licht gehoben wird, und eine Auswirkung auf die

<sup>2</sup> A. a. O. S. 129.

<sup>3</sup> *U. Scheuner* (Hrsg.), *Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft 1971*; *H. D. Jarass*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 1980, S. 31 ff. – Mit ähnlicher Begrifflichkeit wird, trotz des weniger blassen Wortsinns, der Ausdruck „Global-“ und „Einzelsteuerung“ verwendet; siehe *W. Fikentscher*, *Wirtschaftsrecht*, Bd. II, 1983, S. 434 ff.

<sup>4</sup> *E. R. Huber*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2. Aufl., II. Bd., 1954, S. 197 ff.; *R. Stober*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 2. Aufl., 1980, S. 102 ff.; *R. Weimar / P. Schimikowski*, 1983, S. 154 ff.

konkreten Rechtspositionen individueller Wirtschaftssubjekte, die als Beeinträchtigung subjektiver Rechte und – in der überkommenen Sprache des Verfassungsrechts – als „Eingriff“ in *Grundrechte der Wirtschaftsfreiheit* in Betracht gezogen werden muß.

Die *Wirtschaftsbeeinflussung durch Subventionen* soll hier als ein exemplarischer Fall der möglichen Beeinträchtigung subjektiver Rechte, speziell des Eigentumsschutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes erörtert werden. Trotz dieser Einschränkung der Fragestellung ist nicht außer acht zu lassen, daß die Wirtschaftsförderung durch Subventionen und durch Steuervergünstigungen ein zentrales Thema der Wirtschaftsverfassung ist. Nicht von der Seite des individuellen Rechtsschutzes, sondern nur auf dem Boden wirtschaftsverfassungsrechtlicher Kritik könnte das ständig neu auf die Tagesordnung gesetzte Problem eines Subventionsabbaus und einer Lichtung des „Subventionsdschungels“ gelöst werden, von dessen Vielschichtigkeit und Ambivalenz sich der Haushaltsausschuß und der Finanzausschuß des Bundestages am 3. und 4. Juni 1982 bei einer öffentlichen Anhörung zum 8. Subventionsbericht der Bundesregierung erneut überzeugen konnten<sup>5</sup>.

Der institutionelle Blickwinkel der Wirtschaftsverfassung zeigt auch, daß die Subventionen als Werkzeug der Beeinflussung und Förderung der Wirtschaft unter gewissen Bedingungen austauschbar sind mit der *Wirtschaftstätigkeit der öffentlichen Hand* und mit der *Vergabe öffentlicher Aufträge*<sup>6</sup>. Hier wie dort wird die privatwirtschaftliche Initiative und Verantwortung beschränkt oder verdrängt. Je nach Sachlage kann das verfolgte öffentliche Interesse, z. B. Entwicklungsförderung oder Beschäftigungspolitik, durch Subventionierung, durch Vergabe öffentlicher Aufträge oder schließlich durch öffentliche Wirtschaftstätigkeit wahrgenommen werden. Hier wie dort stellt sich für den Konkurrenten des Subventionierten, des Auftragsempfängers oder des öffentlichen Unternehmens die Frage, ob eine Beeinträchtigung in der Wettbewerbsposition oder im Unternehmensbestand als „Eingriff“ in seine allgemeine Wirtschaftsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG), seine Unternehmensfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) oder seinen eigentumsrechtlich geschützten Gewerbebetrieb (Art. 14 GG) vorliegt.

Anschauliche Beispiele für die beiden wesentlichen Fallgruppen des Eigentumsschutzes des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes angesichts von Subventionierungsmaßnahmen konnten an ein und demselben Tage der Zeitung entnommen werden<sup>7</sup>: Das erste Beispiel

<sup>5</sup> BTag Drucks. 9/986. – Zu der Anhörung siehe woche im bundestag 11/82, S. 9 f.

<sup>6</sup> P. Badura, ZHR 146, 1982, S. 448/459.

<sup>7</sup> F.A.Z., 18. 8. 1983.

betrifft die Entscheidung über die Fortdauer der *Werftenhilfe* am Standort Bremen. Bei Verallgemeinerung könnte die Betrachtung hier auf die Frage treffen, ob und unter welchen Voraussetzungen durch die Gewährung von Subventionen zugunsten des geförderten Unternehmens ein Vertrauenstatbestand entstehen würde, dem sich ein Anspruch auf Fortsetzung der Förderung abgewinnen ließe. Der Zeitungsbericht schildert die Zurückhaltung des Bundes gegenüber dem Wunsch der Küstenländer nach einer stärkeren Hilfe für die bedrängten Werften, die Möglichkeit einer Hilfe im Rahmen der Gemeinschaftsaufgabe Regionale Wirtschaftsförderung, die von dem Bundeswirtschaftsminister aufgestellte Bedingung eines „tragfähigen Unternehmenskonzepts“ und die Forderung der Industriegewerkschaft Metall, zur Überwindung der Werftenkrise ein nationales Schiffbau- und Schifffahrtsprogramm aufzustellen und ein beschäftigungswirksames Küstenstrukturprogramm mit einem Volumen von mindestens 20 Mrd. DM pro Jahr in Angriff zu nehmen. Es findet sich weiter die aufschlußreiche Nachricht, daß die von den SPD-Regierungen in Hamburg und Bremen immer wieder ins Gespräch gebrachte gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Bundes an einigen großen Werften nach Meinung der Bundesregierung generell nicht in Frage komme. In einem anderen Artikel derselben Ausgabe wird unter der Überschrift „Krise im Weltschiffbau spitzt sich zu“ über eine Sachverständigenprognose berichtet, wonach vor der zweiten Hälfte der achtziger Jahre mit einer Besserung der Lage nicht zu rechnen sei. Wegen weiterer Rationalisierung und Schrumpfung würden die westeuropäischen Werften höchstwahrscheinlich noch mehr Marktanteil einbüßen. Ein redaktioneller Kommentar schließlich meint, „Bremen braucht Wahrheit“. Weder Bonn noch das Land Bremen hätten Geld genug, um Kapazitäten am Leben zu erhalten, die der Markt für lange Zeit nicht mehr brauche. „Wer könnte außerdem verantworten, daß mit hohen Dauersubventionen für große Unternehmen den flexibleren mittelständischen Werftunternehmen – die immerhin auch Leute beschäftigen – noch zusätzlich das Wasser abgegraben wird“<sup>8</sup>.

In dem letzten Satz klingt das Thema der *Wettbewerbsverzerrung durch Subventionen* an, daß der Hintergrund des zweiten Beispiels ist. Es handelt sich dabei um den Bericht über die von der Badischen Stahlwerke AG (BSW), Kehl, beim Verwaltungsgericht Köln gegen die Bundesrepublik Deutschland erhobenen Klage wegen der erneuten Subventionierung der ARBED Saarstahl GmbH, des wichtigsten Konkurrenten der BSW, durch die Bundesregierung. Für die in der Vergangenheit an ARBED Saarstahl gezahlten Subventionen wird ein angemessene-

<sup>8</sup> Zu den Hilfen des Bundes für die Werftindustrie vgl. die Angaben im Neunten Subventionsbericht, BTag Drucks. 10/352 (6. 9. 1983), S. 40, 132 f.

ner „Ausgleichsbetrag“ gefordert. Die in der Subventionierung liegende Diskriminierung habe wesentlich dazu beigetragen, daß die BSW bzw. die Korf-Gruppe Anfang des Jahres insolvent geworden sei. Die Klägerin beruft sich auf einen Eingriff in die grundgesetzlich geschützte Wettbewerbsfreiheit und auf eine Verletzung des grundsätzlichen Subventionsverbots des EGKS-Vertrages. Nicht anders wie bei der Wertindustrie treffen in der *Stahlkrise* regionale und internationale Ursachen zusammen<sup>9</sup>. Auch hier findet sich die Forderung, finanzielle Beihilfen, die der Stahlindustrie von der öffentlichen Hand zur Umstrukturierung gewährt werden, in direkte Beteiligungen umzuwandeln<sup>10</sup>. Der Bund hat wegen der großen strukturpolitischen Bedeutung der Stahlindustrie und den arbeitsmarktpolitischen Auswirkungen der Stahlkrise im Ruhrgebiet und im Saarland verschiedene Förderungsmaßnahmen ergriffen<sup>11</sup>. Soziale Maßnahmen im Rahmen der Umstrukturierung der Eisen- und Stahlindustrie sind außerdem Gegenstand gemeinschaftsrechtlichen Vorgehens<sup>12</sup>. Die Beihilfen an ARBED Saarstahl gehören, ungeachtet der besonderen regionalpolitischen Bedeutung dieses Unternehmens, in den größeren Zusammenhang der staatlich geförderten Umstrukturierung der deutschen Stahlindustrie. Zur jüngsten Stützung des Unternehmens wird erläutert, ein nochmaliger Preisverfall und Absatzeinbußen vor allem im zweiten Halbjahr 1982 hätten zur Folge gehabt, daß sich die Finanzlage des Unternehmens aufs äußerste verschärfte. Um die bereits erreichten Rationalisierungsfortschritte zu erhalten und den schließlich drohenden Zusammenbruch des Unternehmens abzuwenden, hätten die von Bund und Saarland gewährten Zuschüsse noch einmal aufgestockt werden müssen.

Die staatliche Wirtschaftsförderung und -beeinflussung im Bereich der Wertindustrie und der Stahlindustrie kann für den Einblick in die

<sup>9</sup> W. Bredemeier, Stahl – geordneter Rückzug in der Dauerkrise oder rechtzeitige Gegenstrategien? Die Mitbestimmung 1983, S. 251.

<sup>10</sup> Brief der IG Metall an den Bundeskanzler vom 14. 3. 1983. Die Mitbestimmung 1983, S. 259.

<sup>11</sup> Wegen der regionalen Strukturpolitik im Bereich des Saarlandes siehe die Darstellung im Zwölften Rahmenplan der Gemeinschaftsausgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“ über das Regionale Aktionsprogramm „Saarland-Westpfalz“ und das Sonderprogramm zur Schaffung von Ersatzarbeitsplätzen außerhalb der Eisen- und Stahlindustrie – Stahlstandortprogramm –, BTag Drucks. 10/303 (15. 8. 1983), S. 104 ff., 150 f. sowie die Darstellung im Neunten Subventionsbericht über Maßnahmen im Stahlbereich und Zuschüsse für Investitionen der saarländischen Stahlindustrie, BTag Drucks. 10/352, S. 40 f., 134 ff. und in der Antwort der BReg auf eine Kleine Anfrage, BTag Drucks. 10/523 (25. 10. 1983). Siehe weiter die Beurteilungen im Jahresgutachten 1983/84 des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung, „Stahlindustrie: Subventionswettlauf beenden“ (BTag Drucks. 10/669, S. 229 ff.).

<sup>12</sup> Siehe z. B. die Unterrichtung durch die Bundesregierung mit BTag Drucks. 8/2979.

Komplexität und Gestaltungswirkung der im Subventionswesen zu treffenden *wirtschafts- und sozialpolitischen Entscheidungen* durchaus als repräsentativ gelten. Ziele und Wirkungen des Subventionswesens treten erst dann deutlicher über den Horizont, die verfassungsrechtlichen Grundfragen des Subventionswesens können erst dann hinreichend und vollständig gestellt werden, wenn die Wirtschaftsförderung durch Subventionen als ein Instrument der *Wirtschaftslenkung* und *Strukturpolitik* und als ein Vorgang der wirtschafts- und sozialpolitischen *Umverteilung* durchdacht wird. Durch die Steuerung der landwirtschaftlichen Produktion und Vermarktung, durch die Förderung und Umstrukturierung der Montanindustrie und durch die regionalen Strukturmaßnahmen werden wesentliche Wirtschaftsbereiche in Produktions- und Wettbewerbsbedingungen, in Struktur und Wachstum öffentlich-rechtlich gelenkt und von politischen Entscheidungen abhängig. Die Verknüpfung sektoraler und regionaler Strukturpolitik zeigt sich in der gesetzlichen Anerkennung der Förderungswürdigkeit solcher Gebiete, in denen Wirtschaftszweige vorherrschen, die vom Strukturwandel in einer Weise betroffen oder bedroht sind, daß negative Rückwirkungen auf das Gebiet in erheblichem Umfang eingetreten oder absehbar sind<sup>13</sup>. Die strukturpolitische Zielsetzung der Subventionierung hat regelmäßig zur Folge, daß die Unternehmen nicht als Einzelfall, sondern als Angehörige eines förderungsbedürftigen Wirtschaftszweiges oder im Hinblick auf den Standort gefördert werden. Strukturpolitik ist der Kern der Wirtschaftsförderung durch Subventionen. Sie zielt ab auf die Verbesserung der sozialen und technischen Infrastruktur, die Begünstigung von Innovationen mit einer besonderen volkswirtschaftlichen Bedeutung und die Umstrukturierung ländlicher Gebiete oder solcher Gebiete, die eine unausgewogene Wirtschaftsstruktur aufweisen. Dennoch ist es nicht ausgeschlossen, daß die Existenz oder die Entwicklung eines einzelnen Unternehmens für ein bestimmtes Gebiet oder für einen bestimmten Wirtschaftszweig von so herausragender Bedeutung sind, daß die Förderung dieses Unternehmens für sich allein durch das öffentliche Interesse gerechtfertigt erscheint<sup>14</sup>. Besonders auffällig bei einer solchen „*Einzelfall-Subvention*“, aber mehr oder minder deutlich bei jeder Förderungsmaßnahme bewirkt die Subventionierung eine Veränderung der Wettbewerbslage und damit je nach den Gegebenheiten auch eine Veränderung der Chancengleichheit im Wettbewerb. Deshalb bedarf sie nach dem

<sup>13</sup> § 1 Abs. 2 Nr. 2 Gesetz über die Gemeinschaftsaufgabe „Verbesserung der regionalen Wirtschaftsstruktur“; § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 lit. b Investitionszulagengesetz.

<sup>14</sup> P. Badura, in: I. von Münch (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 6. Aufl., 1982, S. 327.

Maß der Betroffenheit von Rechten und geschützten Interessen Dritter einer sachlichen Rechtfertigung durch ein hinreichend gewichtiges öffentliches Interesse, d. h. ein definiertes strukturpolitisches Ziel.

Die in Förderungseffekten und Wettbewerbsveränderungen hervortretende *Ambivalenz des Subventionswesens* wird in der politischen Beurteilung und Auseinandersetzung nicht übersehen. In der Antwort zu einer Großen Anfrage zur Subventionspolitik der Bundesregierung im November 1979<sup>15</sup> bestätigt die Bundesregierung unter Bezugnahme auf ein Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesminister für Wirtschaft über „Staatliche Interventionen in einer Marktwirtschaft“ die Gefahr, daß die Gewährung von Subventionen an einzelne Wirtschaftszweige oder Unternehmen die Übertragung von Beteiligungs- und damit Mitentscheidungsrechten an den Staat nach sich ziehen könnte. Dadurch könnten wesentliche Elemente der Marktwirtschaft außer Kraft gesetzt werden. Die Bundesregierung weist darauf hin, daß eine solche Konsequenz durch klare Regelungen der Subventionsvoraussetzungen und Auflagen sowie durch wirksame administrative Kontrollen ihrer Einhaltung vermieden werden kann. Sie gibt wachstums- und produktivitätsfördernden Subventionen klar den Vorrang gegenüber Erhaltungs- und Anpassungssubventionen. „Staatliche Garantien bestimmter Arbeitsplätze gibt es nicht. Die Sanierung von Unternehmen ist in unserer Wirtschaftsordnung grundsätzlich nicht Aufgabe des Staates; prinzipiell muß der Markt entscheiden, welche Unternehmen fortbestehen. Nur in besonders gelagerten Ausnahmefällen werden staatliche Hilfen gewährt, die jedoch an das Vorliegen enger Voraussetzungen gebunden sind. Werden in solchen Fällen staatliche Hilfen an große Unternehmen gewährt, so ist dabei zu berücksichtigen, daß ein Zusammenbruch dieser Unternehmen in vielen Fällen auch Zulieferbetriebe erfaßt, die in der Regel kleine und mittlere Unternehmen sind.“ Die Bundesregierung gibt ihrer Auffassung Nachdruck, daß sich durch Strukturveränderungen bedingte Beschäftigungsprobleme nicht auf Dauer mit Hilfe von Erhaltungssubventionen lösen lassen. Subventionsgewährung kommt im besonderen dann in Betracht, wenn es gelte, Arbeitsplätze zu sichern und neue zu schaffen. Dazu wird weiter gesagt: „Grundsätzlich tragen Subventionen, die den Produktivitätsfortschritt und das Wachstum von Betrieben oder Wirtschaftszweigen fördern bzw. deren Anpassung an neue Bedingungen erleichtern, auf mittlere und längere Sicht zur Sicherung von Arbeitsplätzen bei, während Erhaltungssubventionen oft nur eine kurzfristige Sicherung von Arbeitsplätzen bewirken.“

<sup>15</sup> BTag Drucks. 8/3429.

Die *Ziele und Grundsätze der Subventionspolitik* sind, soweit ersichtlich, unter der neuen Bundesregierung keine anderen<sup>16</sup>. Die grundsätzlich subsidiäre und auf Ausnahmefälle beschränkte Subventionierung muß nach Art, Ausmaß und Zeitdauer durch ein unverzichtbares öffentliches Interesse gerechtfertigt sein. Sie darf keine Wettbewerbsverzerrung zu Lasten anderer Unternehmen oder Wirtschaftszweige oder dem Ausland schaffen. Das Kriterium der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen ist im übrigen auch in der Vorschrift des § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 lit. b Investitionszulagengesetz anerkannt, wonach ein Investitionsvorhaben nur förderungswürdig ist, wenn nicht zu besorgen ist, daß die Gewährung der Investitionszulage zu unangemessenen Wettbewerbsvorteilen gegenüber anderen in dem jeweiligen Wirtschaftsraum ansässigen Unternehmen führt<sup>17</sup>. Grundsätze bei der Gewährung von Finanzhilfen, Steuervergünstigungen und Gewährleistungen an die Unternehmen der gewerblichen Wirtschaft enthält jetzt der „*Subventionskodex der Länder*“ vom 7. Juli 1982, der als solcher eine rechtlich unverbindliche „Selbstverpflichtung“ der Wirtschaftsminister der Länder ist, ebenso wie der „*Subventionskodex Einzelunternehmen*“ vom 30. Mai 1983, der Mindestanforderungen für staatliche Hilfen zur Sanierung von Einzelunternehmen in Ausnahmefällen aufstellt<sup>18</sup>. Der Subventionskodex der Länder gibt die Vermeidung unerwünschter Rückwirkungen einer direkten Förderung einzelner Unternehmen auf Markt- und Konkurrenzverhältnisse als ein Ziel sachgemäßer Subventionspolitik an und fordert die Umgestaltung einer bestehenden Subvention, wenn sie die Konkurrenzsituation in unerwünschter Weise beeinflusst (Abschn. V und VIII). Der Subventionskodex Einzelunternehmen stellt den Grundsatz voran, daß die Rettung von existenzbedrohten Unternehmen durch öffentliche Finanzierungshilfen prinzipiell nicht Aufgabe des Staates sei. „Solche Hilfen stoßen in der Marktwirtschaft auf erhebliche Bedenken, da sie den Wettbewerb zu Lasten konkurrierender

<sup>16</sup> Vgl. den Neunten Subventionsbericht a. a. O. S. 7 f.

<sup>17</sup> Soweit das Vorliegen dieser Voraussetzung von einer Würdigung der gesamtwirtschaftlichen oder regionalwirtschaftlichen Lage oder Entwicklung abhängt, ist diese Würdigung nach pflichtgemäßem Ermessen vorzunehmen (§ 2 Abs. 2 Satz 2 InvZulG).

<sup>18</sup> Neunter Subventionsbericht a. a. O., S. 8, 310 f., 312. – Zu dem Vorhaben eines „Subventionskodex“ siehe die Große Anfrage der CDU/CSU zur Subventionspolitik der Bundesregierung (BTag Drucks. 8/3102) und die Antwort der Bundesregierung (BTag Drucks. 8/3429, S. 11) sowie die „Grundsätzlichen Überlegungen zur Gewährung von Finanzhilfen und Steuervergünstigungen (Subventionen)“ im Siebten Subventionsbericht (BTag Drucks. 8/3097, S. 41 f.). – Anders als die oben genannten beiden Subventionskodices der Wirtschaftsminister der Länder ist von rechtsverbindlichem Charakter der Subventionskodex Stahl, der in der Entscheidung Nr. 2320/81/EGKS der Kommission vom 7. August 1981 zur Einführung gemeinschaftlicher Regeln für Beihilfen zugunsten der Eisen- und Stahlindustrie enthalten ist (Neunter Subventionsbericht a. a. O., S. 8, 313 ff.).

Unternehmen und deren Arbeitnehmer verfälschen, den Strukturwandel behindern und die Bemühungen zum Abbau von Wettbewerbsverzerrungen in der EG und der OECD beeinträchtigen können.“ Dementsprechend findet sich als eine der „Mindestanforderungen“ für staatliche Finanzierungshilfen zur Rettung existenzbedrohter, sanierungsfähiger Unternehmen die Forderung, daß die für andere Unternehmen und Bereiche entstehenden Folgen einer etwaigen staatlichen Hilfe besonders zu berücksichtigen sind und daß die Hilfe auch im Ausnahmefall nicht zu einer direkten oder indirekten Gefährdung von sonst am Markt konkurrenzfähig gebliebenen Unternehmen führen und die dortigen Arbeitsplätze in Mitleidenschaft ziehen soll (Abschn. 4).

Die stets erneuerten und verfeinerten Grundsätze der Subventionspolitik, über deren Wirksamkeit hier nicht zu handeln ist, stellen in Entstehung und Geltung politische Maximen dar. Sie spiegeln jedoch in einigen Punkten *verfassungsrechtliche Bindungen* der Subventionspolitik und der verwaltungsrechtlichen Subventionsvergabe wider. Soweit die Vermeidung unerwünschter Wettbewerbsverzerrungen oder unangemessener Wettbewerbsvorteile als erstrebenswert bezeichnet wird, kommt das objektive Prinzip des *marktwirtschaftlichen Wettbewerbs* zum Ausdruck, wird aber auch vor Augen gestellt, daß aus den *Grundrechten der Wirtschaftsfreiheit* im Einzelfall eine verteidigungsfähige Rechtsposition des Benachteiligten gewonnen werden kann. Der Ausgangspunkt für die verfassungsrechtliche Betrachtung der Wirtschaftsförderung und -beeinflussung durch Subventionen ist im Sozialstaat allerdings nicht die Wirtschaftsfreiheit, sondern die *politische Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers*. Diesen Schlüsselpunkt hat das Bundesverfassungsgericht unermüdlich betont. Die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers im Rahmen der Verfassung ist danach bei der Regelung von Ansprüchen im Bereich der darreichenden Verwaltung nach der Natur der Sache weiter gespannt als bei der gesetzlichen Regelung staatlicher Eingriffe<sup>19</sup>. Das muß besonders dann gelten, wenn der Staat nicht deshalb Leistungen gewährt, um einer dringenden sozialen Notlage zu steuern oder eine – mindestens moralische – Verpflichtung der Gemeinschaft zu erfüllen, wie etwa beim Lastenausgleich, sondern aus freier Entschließung durch finanzielle Zuwendungen („Subventionen“) ein bestimmtes Verhalten der Bürger fördert, das ihm aus wirtschafts-, sozial- oder gesellschaftspolitischen Gründen erwünscht ist. Solange die Regelung sich auf eine der Lebenserfahrung nicht geradezu widersprechende Würdigung der jeweiligen Lebensverhältnisse stützt, insbes. der Kreis der von der Maßnahme Begünstigten sachgerecht abgegrenzt ist,

<sup>19</sup> BVerfGE 11, 50/60; 49, 280/283.

kann sie von der Verfassung her nicht beanstandet werden<sup>20</sup>. Ob und wie viele Mittel der Staat im Bereich der subventionierenden Staatstätigkeit zur Verfügung stellt, ist Gegenstand seiner freien politischen Entscheidung, die der verfassungsgerichtlichen Kontrolle entzogen bleibt<sup>21</sup>. Die Bedeutung der politischen Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers auch angesichts seiner Bindung an den *allgemeinen Gleichheitssatz* zeigt sich darin, daß auch die „Sachlichkeit“ eines eine Ungleichbehandlung rechtfertigenden Grundes nicht etwas sozusagen Vorgegebenes ist, sondern grundsätzlich der Disposition des Gesetzgebers unterliegt, und darin, daß das Bundesverfassungsgericht nur prüfen darf, ob der Gesetzgeber die äußersten Grenzen seines Ermessensbereichs überschritten hat, nicht aber, ob er im einzelnen die zweckmäßigste, vernünftigste oder gerechteste Lösung gefunden hat<sup>22</sup>. Die Gestaltungsfreiheit, die Art. 3 Abs. 1 GG dem Gesetzgeber beläßt, erstreckt sich auch darauf, aus der Vielzahl der Lebenssachverhalte die Tatbestandsmerkmale auszuwählen, die für die Gleich- oder Ungleichbehandlung maßgebend sein sollen<sup>23</sup>. Dem Gesetzgeber gebührt im Bereich der gewährenden Staatstätigkeit deshalb auch „weitgehende Freiheit in der Abgrenzung des zu begünstigenden Personenkreises“. Die Abgrenzung ist nicht zu beanstanden, wenn vernünftige Gründe dafür bestehen und der Gesetzgeber willkürliche Privilegierungen und Diskriminierungen vermeidet<sup>24</sup>. Die Größe der von einer gesetzlichen Regelung betroffenen Gruppe spielt für die Zulässigkeit dieser Regelung unter dem Gesichtspunkt des Einzelfallgesetzes keine Rolle, solange die Gruppe sachgerecht abgegrenzt und in sich gleichartigen Regeln unterworfen ist<sup>25</sup>. Soweit die Bindung durch den allgemeinen Gleichheitssatz reicht, kann er bei bestimmten Fallkonstellationen auch zur Grundlage von Gleichstellungsansprüchen der von einer Subventionierungsmaßnahme willkürlich Ausgeschlossenen werden. Das Bundesverfassungsgericht hat im Hinblick auf einen anderen Sachbereich, den versorgungsrechtlichen Härteausgleich nach § 89 Bundesversorgungsgesetz, aber doch mit einer grundsätzlichen Blickwendung die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers selbst gegenüber Besitzständen im Rahmen gegebener Zuteilungsordnungen, besonders bei sachlichen Neugestaltungen und bei Gesetzen zur Sanierung des Staatshaushalts bekräftigt, zugleich aber die Beachtung der dem Gleichheits-

<sup>20</sup> BVerfGE 17, 210/216.

<sup>21</sup> BVerfGE 22, 100/103.

<sup>22</sup> BVerfGE 3, 162/182; 9, 201/206; 12, 326/333; 33, 171/189 f.

<sup>23</sup> BVerfGE 17, 381/388; 25, 371/400.

<sup>24</sup> BVerfGE 29, 337/339; 44, 70/91; 51, 295/301.

<sup>25</sup> BVerfGE 8, 332/361.

satz entspringenden Willkürgrenze gerade bei der „Verwaltung von Mangel“ eingeschärft<sup>26</sup>.

Die Grundsätze der willkürfreien Sachgerechtigkeit bilden den hervorstechenden Maßstab des Verfassungsrechts für die Regelungen und Entscheidungen der gestaltenden und leistenden Verwaltung und im besonderen für die Ausgestaltung einer Subventionsmaßnahme. Die politische Beurteilung, Regelung und Entscheidung kann jedoch außerdem auf den Schutz der Wirtschaftsfreiheiten stoßen, wenn sie durch Inhalt oder Auswirkung als „Eingriff“ in grundrechtliche Rechtspositionen erscheinen würde, vor allem als ein *Eingriff in die Rechte eines durch eine Subventionierung nachteilig betroffenen Konkurrenten*. Eine der dabei zu bedenkenden Rechtspositionen des Dritten ist der verfassungsrechtliche Eigentumsschutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes.

## II. Eigentumsschutz des Gewerbebetriebes und unternehmerisches Wagnis

Der Satz aus dem Naßauskiesungs-Beschluß des Bundesverfassungsgerichts, der eigentumsrechtliche Schutz des Gewerbebetriebes könne nicht weiter gehen als der Schutz, den seine „wirtschaftliche Grundlage“ genieße<sup>27</sup>, ist vielleicht schon eine Frucht des in dem Beschluß zum Weingesetz gehegten Zweifels<sup>28</sup>, ob die Auffassung, die Eigentumsgarantie erstrecke sich auch auf den Gewerbebetrieb mit all seinen Ausstrahlungen, auf Betriebsgrundstücke, Geschäftsverbindungen, den Kundenstamm und alles, was in seiner Gesamtheit den wirtschaftlichen Wert des Betriebes ausmache, einer eingehenden verfassungsrechtlichen Prüfung standhalten würde<sup>29</sup>. Es sei die Frage, ob der Gewerbebetrieb als solcher die konstitutiven Merkmale des *verfassungsrechtlichen Eigentumsbegriffs* aufweise. Eigentumsrechtlich gesehen sei das Unternehmen die tatsächliche – nicht aber die rechtliche – Zusammenfassung der zu seinem Vermögen gehörenden Sachen und Rechte, die an sich schon vor verfassungswidrigen Eingriffen geschützt seien. Nach allgemeiner Auffassung würden dagegen bloße Chancen und tatsächliche Gegebenheiten nicht dem geschützten Bestand zugerechnet. Ob gleichwohl ein zusätzli-

<sup>26</sup> BVerfGE 60, 16/42 f.

<sup>27</sup> BVerfGE 58, 300/353.

<sup>28</sup> BVerfGE 51, 193/221 f.

<sup>29</sup> Wegen eines Überblicks über die Auffassungen und die Praxis zum Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb und zum verfassungsrechtlichen Eigentumsschutz dieses Rechts siehe P. Badura, AöR 98, 1973, S. 153; ders., in: I. von Münch (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 1982, S. 314 f.; ders., in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, S. 653/692 f.

cher verfassungsrechtlicher Schutz des Gewerbebetriebes als solcher geboten sei, bedürfe jedoch im Streitfall keiner abschließenden Entscheidung.

Diese Zweifel und weiter die Annahme, beim Unternehmen, also beim eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, habe man es nur mit einer „tatsächlichen“ Zusammenfassung von Vermögensbestandteilen des Unternehmensträgers zu tun und der Eigentumsschutz des Gewerbebetriebs könnte deshalb in Wahrheit ein ungerechtfertigter „zusätzlicher“ Schutz bloßer Chancen und tatsächlicher Gegebenheiten sein, stehen im Widerspruch zu der bis in die Zeit des Reichsgerichts zurückreichenden Praxis der Zivilgerichte und lassen sich auch mit einer Reihe von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts selbst nicht in Einklang bringen. Das Bundesverfassungsgericht hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zum negatorischen und deliktischen Schutz des Gewerbebetriebes wie auch zum eigentumsrechtlichen Schutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht nur zur Kenntnis genommen, sondern auch seinerseits eine entsprechende Rechtsposition als Bestandteil der Eigentumsgarantie zugrunde gelegt und beachtet. Dabei war mehrfach auch auf die schon in der zivilgerichtlichen Praxis gültige Unterscheidung abgehoben worden, daß zum wirtschaftlichen Unternehmen mit seinen personellen und gegenständlichen Grundlagen als dem Schutzgegenstand der Eigentumsgarantie nicht die Gegebenheiten, Chancen und Verdienstmöglichkeiten gehören, innerhalb derer der Unternehmer mit dem ihm zufallenden Risiko seine Tätigkeit entfaltet. Diese Abgrenzung der geschützten Sach- und Rechtsgesamtheit des Gewerbebetriebs folgt der Grundlinie der Eigentumsgarantie, wonach vor allem *der durch eigene Arbeit und Leistung erworbene Bestand an vermögenswerten Gütern des einzelnen* als schutzbedürftig anerkannt wird, aber eben nicht die gewerbliche oder unternehmerische Betätigung an und für sich, sondern nur bestehende und gegenständlich verkörperte Rechtspositionen, deren Innehabung und Verwendung Schutz genießt. Beeinträchtigungen des Bestandwertes des einzelnen Unternehmens und mehr als nur geringfügige Minderungen der Rentabilität des Unternehmens müssen demnach als Eingriffe in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eigentumsrechtlich beurteilt werden<sup>30</sup>.

Die verfassungsrechtliche Frage nach dem *Schutzgegenstand der Eigentumsgarantie* stößt im Falle des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb nicht auf normativ abschließend vorgeformte Rechtspositionen. Das Zivilrecht gibt nur den in der Rechtsprechung herausgebildeten „*Auffangtatbestand*“ der rechtswidrigen Beein-

<sup>30</sup> Vgl. BVerfGE 1, 264/277 f.; 13, 225/229 f.; 22, 380/386; 30, 292/334 f.; 45, 142/173.

trächtigung der in einer Betriebsorganisation vergegenständlichten gewerblichen Tätigkeit. Dieser Auffangtatbestand ist subsidiär bereitgestellt, um eine sonst bleibende Lücke im Rechtsschutz zu schließen, und unterscheidet sich von anderen Rechten im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB dadurch, daß bei einer Schädigung des Gewerbebetriebes die Rechtswidrigkeit nicht ohne weiteres dem Eingriffstatbestand entspringt, sondern aufgrund einer Güter- und Pflichtenabwägung in jedem Einzelfall unter Heranziehung aller Umstände zu prüfen ist. Der Umfang und Inhalt des Schutzgutes des hier dem Unternehmen gewährten Interessenschutzes ist von Fall zu Fall aufgrund der jeweils betroffenen Spannungslage zu ermitteln, in der die Interessen des Unternehmens in Konflikt mit den Interessen anderer stehen<sup>31</sup>. Die im Wege der Abwägung zu ermittelnde Rechtswidrigkeit der Unternehmensbeeinträchtigung hängt damit von den Gründen des zu beurteilenden Eingriffs ab, beispielsweise von der Koalitionsfreiheit als Grundlage eines Streiks oder von der Pressefreiheit als der Grundlage kritischer Berichterstattung. Schon von dieser zivilrechtlichen Ausgangslage des „offenen“ Unrechtsstatbestandes, des weiteren und besonders aber von der Eigenart des verfassungsrechtlichen Grundrechtsschutzes her tritt zutage, daß der Eigentumsschutz des Gewerbebetriebes nicht einfach ein vorgegebenes Recht „Eigentum“ gegen die öffentliche Gewalt verteidigt<sup>32</sup>. Die Eigentumsgarantie schützt bestimmte anderweitig begründete Rechte, das durch die (verfassungsmäßigen) Gesetze ausgeformte „Eigentum“<sup>33</sup>. Wie weit dieser Schutz reicht, ist jedoch nach *verfassungsrechtlichen* Maßstäben zu entscheiden. Welche Rechte oder schützenswerte Interessen in den Anwendungsbereich der Eigentumsgarantie fallen, unter welchen Voraussetzungen Nachteile oder Beeinträchtigungen als „Eingriffe“ anzusehen sind und nach welchen Kriterien die Beeinträchtigung eines Gewerbebetriebes durch die öffentliche Gewalt das Abfordern eines Sonderopfers darstellt, muß demnach durch Auslegung des Art. 14 GG gewonnen werden. Durchaus vergleichbar ist die Abmessung des verfassungsrechtlich geschützten Grundeigentums mit Hilfe des nicht zivilrechtlichen, sondern eigentumsrechtlichen Gedankens der „Situationsgebundenheit“.

Die Suche nach den „eigentumsrechtlichen Schutzgrenzen des Gewerbebetriebes“<sup>34</sup> findet einen festen Anhalt in dem – auch der zivilrechtlichen Rechtsbildung zugrunde liegenden – Gesichtspunkt, daß die *pro-*

<sup>31</sup> BGHZ 45, 296/307; 59, 30/34; 65, 325/328, 331; 69, 128/138 f.; BGH NJW 1981, 1089/1089 f.; BGH JZ 1983, 497/498. – M. Löwisch / W. Meier-Rudolph, JuS 1982, 237/239.

<sup>32</sup> Dazu P. Badura, AöR 98, 1973, S. 153/155 ff., 162 f.; F. Krefz, WiVerw 1978, 193/200.

<sup>33</sup> BVerfGE 37, 132/141.

<sup>34</sup> F. Krefz, WM 1977, 382.

*duktive Zusammenfassung und Arbeitsweise der Rechte und Mittel in einem Unternehmen* einen selbständig schutzwürdigen Wert hervorbringt. Dieser Wert verkörpert sich in alledem, was in seiner Gesamtheit, als „Sach- und Rechtsgesamtheit“, den Gewerbebetrieb zur Entfaltung und Betätigung in der Wirtschaft befähigt<sup>35</sup>. Dieses auf die von dem Inhaber geschaffene produktive Organisation persönlicher und sachlicher Mittel blickende Schutzgut erfasst den Bestand und die Wirksamkeit des Gewerbebetriebes sowie die Fortsetzung des Betriebes aufgrund schon getroffener betrieblicher Veranstaltungen<sup>36</sup>, immer aber nur vorhandene und organisatorisch verkörperte Werte, die ins Werk gesetzte Unternehmenstätigkeit in ihrer konkreten Vergegenständlichung, nicht die freie Erwerbstätigkeit als solche<sup>37</sup>. Der sich im Umsatz und im entsprechenden Gewinn ausdrückende Marktanteil ist kein wesentlicher konkreter Vermögenswert des Betriebes<sup>38</sup>; denn der durch marktwirtschaftlichen Wettbewerb erzielbare Erfolg wirtschaftlichen Handelns beruht auf dem unternehmerischen Wagnis.

Die den Gewerbebetrieb als in einer Sach- und Rechtsgesamtheit verkörperte Wirtschaftstätigkeit schützende Rechtsposition ist zu unterscheiden von *öffentlich-rechtlichen Genehmigungen oder sonstigen begünstigenden Regelungen*, auf denen der allein als „Eigentum“ in Betracht kommende privatwirtschaftliche Einsatz von Kapital und Arbeitsleistung beruht. Soweit ein gewerblicher Vermögensbestand aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Gestattung oder sonstigen Begünstigung ins Werk gesetzt worden ist, ist dieser Bestand im Fall einer nachträglichen Aufhebung oder Einschränkung der Gestattung die eigentumsrechtlich erhebliche Vermögensposition. Die ein subjektiv öffentliches Recht gewährende Gestattung oder sonstige Begünstigung schließt den Eigentumsschutz nicht aus, vorausgesetzt daß der einzelne durch sie eine Rechtsstellung erlangt hat, „die der des Eigentümers entspricht“<sup>39</sup>. Diese Erwägung führt auch zu dem Lösungsweg für die Behandlung der Unterbrechung oder Beendigung einer bisher gewährten Subventionierung unter dem Blickwinkel einer *eigentumsrechtlichen Plangewährleistung*.

Die der Förderung zugrunde liegende Entscheidung orientiert sich an bestimmten, in der Regel zeitabhängigen Gegebenheiten der Haushaltslage und der strukturpolitischen Belange, die der Veränderung unterliegen. Diese Zeitbestimmung ist der Subventionierung wesenseigentüm-

<sup>35</sup> BGHZ 23, 157/162 f.; 25, 266; 29, 65/70; 78, 41/44, 46.

<sup>36</sup> BGH NJW 1972, 1574; BGH NJW 1976, 1312/1313.

<sup>37</sup> F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., 1983, S. 107.

<sup>38</sup> BGH NJW 1972, 1574/1575.

<sup>39</sup> BGHZ 81, 21/33 – Praxis des zugelassenen Kassenarztes.

lich und wird typischerweise auch durch ausdrückliche Maßgaben bei der Subventionsbewilligung festgelegt werden. Der Subventionsinteressent wird deshalb grundsätzlich nicht mit dem Fortbestehen bisher gewährter Förderung rechnen dürfen<sup>40</sup>. Ein Anspruch auf Gewährung und auf Weitergewährung kann sich durch normative Rechtsbegründung und kraft des Gleichheitssatzes und eigentumsrechtlich nur kraft eines besonderen *Vertrauenstatbestandes* ergeben, durch den der Interessent zu eigenen vermögenswerten Dispositionen veranlaßt worden ist. Eine Subventionsgewährung, auch im Falle der wiederholten oder länger andauernden Förderung, ist für sich allein kein zu schutzwürdigem Vertrauen führender Tatbestand. Sie beschränkt nicht die planende und fördernde Staatstätigkeit durch eine „Plangewährleistung“, sei es durch eine Rechtsposition, die auf Beibehaltung und Fortdauer der Begünstigung gerichtet wäre, sei es durch Hervorrufen eines Entschädigungsanspruches bei einer nicht abwendbaren Planänderung. Bei der Suche nach den Voraussetzungen einer Plangewährleistung, insbes. nach den Kriterien eines *Vertrauenstatbestandes*, geht es im Kern um die Erfassung der Schwelle, von der an das Risiko der Planänderung nicht dem disponierenden Privaten, sondern der planenden öffentlichen Gewalt aufzubürden ist<sup>41</sup>. Der im Hinblick auf das planhafte Verhalten der öffentlichen Gewalt disponierende Begünstigte muß eine in der Planung verkörperte Disposition aufgenommen haben, aufgrund deren er sich auf das unveränderte Fortbestehen der bisherigen Rechtslage verlassen und einrichten durfte<sup>42</sup>. Eine derartige Konkretisierung im Rahmen der einzelnen Betriebsorganisation, der Begründung eines *Vertrauenstatbestandes*, auf dem der Betrieb strukturell aufbaut, ist seitens des Subventionsbegünstigten und -interessenten nachzuweisen, um ausnahmsweise einen eigentumsrechtlichen Anspruch auf weitere Förderung geltend machen zu können. Die öffentlich-rechtliche Grundlage der privaten Disposition kann im Inhalt der Subventionsrichtlinien zu finden oder im Einzelfall durch eine Zusicherung oder vergleichbare Äußerungen der subventionsgewährenden Stelle begründet worden sein<sup>43</sup>. Das Problem der Plangewährleistung führt somit wieder zu dem allgemeinen Abgrenzungskriterium zurück, daß vorteilhafte Umstände gewerblicher Betätigung überhaupt nur garantiert sein können, wenn und soweit der Betriebsinhaber sich darauf verlassen darf, daß sie auf Dauer erhalten

<sup>40</sup> BGH DB 1975, 1551.

<sup>41</sup> Hierzu und zum folgenden *P. Badura*, Handbuch des Verfassungsrechts a. a. O. S. 681 f.

<sup>42</sup> BGHZ 78, 41/45.

<sup>43</sup> BGH NJW 1968, 293/294; OVG Lüneburg NJW 1977, 773; *R. Breuer*, Grundrechte als Anspruchsnormen, in: Festgabe für das Bundesverwaltungsgericht, 1978, S. 89/102.

bleiben. Die allgemeine rechtliche, wirtschaftliche und politische Lage und Beschaffenheit des Marktes und der auf dieser Grundlage erworbene oder erwartete Marktanteil gehören zu der dem Unternehmen vorgegebenen „Situation“, die seiner wirtschaftlichen Tätigkeit *Chance und Risiko* bieten, deren Fortdauer aber eigentumsrechtlich nicht gesichert ist. Dies ist das Feld des allgemeinen unternehmerischen Wagnisses<sup>44</sup>, der Bereich der vorgefundenen „Gegebenheiten und Chancen“, die der Unternehmer nach ihrer jeweiligen Beschaffenheit ausnutzt, deren Wegfall oder Änderung indessen in den Bereich seines Wagnisses und Risikos gehören<sup>45</sup>. Die Risiken der wirtschaftlichen Tätigkeit, die sich etwa bei der Änderung der rechtlichen oder tatsächlichen „Situation“ des Gewerbebetriebes realisieren, sind die Kehrseite der Chancen des unternehmerischen Handelns; sie können nicht zum Gegenstand einer Rechtsposition des Unternehmers auf Abwehr der Änderung oder auf Entschädigung von Nachteilen oder Verlusten werden, die als realisiertes Risiko aus der Ausnutzung der Chancen entstehen<sup>46</sup>.

In der Schwäche des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gegenüber einer Änderung der Gegebenheiten wird erneut sichtbar, daß – wie es auch der zivilistische Ausdruck „Rahmenrecht“ andeutet<sup>47</sup> – die Kennzeichnung als „Recht“ hier zu fehlerhafter Gleichstellung mit den auf inhaltlich bestimmter Rechtszuweisung beruhenden subjektiven Rechten verleiten kann. Es handelt sich um bestimmte *unternehmensschützende Verhaltensregeln*, aus denen sich im Einzelfall durch eine Güter- und Pflichtenabwägung zu findende Verhaltenspflichten Dritter ergeben können. Diese Verhaltenspflichten lassen sich als generalklauselartiges Recht gegenüber den Dritten beschreiben, da die Pflichtverletzung negatorische und deliktische Ansprüche des Geschädigten begründen kann<sup>48</sup>. Im Bereich des Zivilrechts zeigt die Entgegensetzung von unternehmerischem Wagnis und geschützter Sach- und Rechtsgesamtheit, daß die Bemessung der Schutzpflichten nicht nur von der Realität, sondern von dem *Prinzip des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs* abhängig ist<sup>49</sup>. Für die eigentumsrechtliche Betrachtung nach dem Maßstab des Art. 14 GG und damit für den *Schutz gegen die öffentliche Gewalt* ist die Bemessung der Bindungen von einer Betrachtung

<sup>44</sup> BGHZ 76, 387/395.

<sup>45</sup> BGH NJW 1968, 293; BGHZ 78, 41/47.

<sup>46</sup> F. Kreft, WM 1977, 382/384; ders., WiVerw 1978, 193/207.

<sup>47</sup> W. Fikentscher, in: Festgabe für Heinrich Kronstein, 1967, S. 261.

<sup>48</sup> H. Buchner, Die Bedeutung des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb für den deliktischen Unternehmensschutz, 1971; P. Badura, AÖR 98, 1973, S. 153/155 ff.

<sup>49</sup> D. Medicus, Allgemeiner Teil des BGB, 1982, Rdn. 71 und 127. – D. Medicus bin ich für ermunternde und kritische Anregung sehr dankbar.

tung der Aufgaben und notwendigen Gestaltungsräume abhängig, die für die Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums und dann für die Sozialgebundenheit des konkreten Eigentums-Rechtes von Bedeutung sind. Die Frage läßt sich auf das Kriterium konzentrieren, daß es auf die Eigenart des „Eingriffs“ ankommt. Von daher bleibt ein Pfad offen, um einer Betrachtung des Eigentumsschutzes des Gewerbebetriebes angesichts wettbewerbsverzerrender Begünstigung eines konkurrierenden Unternehmens durch Subventionierung oder anderweite Begünstigung nachzugehen.

### III. Eigentumsrechtliche Abwehr- und Entschädigungsansprüche des interventionsbetroffenen Dritten, der mit dem Interventionsbegünstigten im Wettbewerb steht

Die Eigentumsgarantie, die das Eigentum verfassungsrechtlich schützt, ist rechtliche Grundlage von *Ansprüchen „aus Eigentum“*. Zu diesen Ansprüchen gehören Ansprüche auf Abwehr eines Eingriffs in das Eigentum. Sie bilden eine Fallgruppe der öffentlich-rechtlichen Abwehr- und Beseitigungsansprüche, die in dem jeweils angegriffenen Rechtsgut und seinem öffentlich-rechtlichen Schutz ihre Grundlage finden. Der negatorische Eigentumsschutz kann in einer gesetzlichen Schutznorm näher ausgestaltet sein, wie z. B. in den drittschützenden Vorschriften der Regelung eines Genehmigungs- oder Planfeststellungsvorbehalts<sup>50</sup>. Genügt diese anspruchsbegründende Schutznorm den verfassungsrechtlichen Anforderungen, stellt sie die Anspruchsgrundlage dar. Wenn eine gesetzliche Schutznorm fehlt oder nicht ausreicht, kommt das Grundrecht selbst als Anspruchsgrundlage in Betracht. Das gilt nicht nur für „unmittelbare“ Eingriffe, sondern auch dann, wenn der hoheitliche Eingriff das Eigentum lediglich mittelbar erreicht, wie beim Eigentum des Nachbarn oder sonstigen Drittbetroffenen im Falle eines öffentlich-rechtlich zugelassenen Vorhabens. Soweit nicht gesetzlich etwas anderes bestimmt ist, können derartige mittelbare Eingriffe nur abgewehrt werden, wenn sie enteignend wirken. Ein gegen die erst durch eine Situationsveränderung vermittelten Auswirkungen gerichteter Abwehranspruch ist nur gegeben, wenn als Folge der beeinträchtigenden Situationsveränderung das Eigentum des Dritten „schwer und unerträglich“ getroffen wird. Die Eigentumsgarantie gewährleistet also ein Abwehrrecht gegen rechtswidrige Einwirkungen von hoher Hand auf das Eigentumsobjekt, d. h. gegen Einwirkungen, die über das rechts-

<sup>50</sup> Siehe BVerfGE 61, 82; BVerwGE 60, 297; dazu die Anm. P. Badura, JZ 1984, 14.

staatlich Erforderliche hinausgehen und den Eigentümer unzumutbar belasten<sup>51</sup>.

Stellt man zwischen der Anerkennung eines *negatorischen Eigentumschutzes* bei „unmittelbaren“ und „mittelbaren“ Eingriffen und den Ansprüchen auf *Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen* den notwendigen Zusammenhang her, fällt sogleich auf, daß hier stets gefordert wird, daß der Eingriff das Eigentum „*unmittelbar*“ beeinträchtigen muß, um Rechtsgrund einer Entschädigungspflicht sein zu können. Für den Deliktsschutz wie für den Eigentumsschutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wird demnach vorausgesetzt, daß dieses Recht durch einen unmittelbaren Eingriff in den gewerblichen Tätigkeitskreis beeinträchtigt wird, daß der Eingriff „betriebsbezogen“, d. h. „irgendwie gegen den Betrieb als solchen gerichtet“ ist oder auf die geschützte Sach- und Rechtsgesamtheit des Gewerbebetriebes unmittelbar einwirkt. Als „betriebsbezogen“ kommen nur solche Beeinträchtigungen in Betracht, die die Grundlagen des Betriebes bedrohen oder gerade den Funktionszusammenhang der Betriebsmittel auf längere Zeit aufheben oder seine Tätigkeit als solche in Frage stellen. Der vorausgesetzte „unmittelbare“ Zusammenhang zwischen Maßnahme und Eingriffsfolge wird auch so umschrieben, daß das dem einzelnen auferlegte Sonderopfer eine „notwendige, aus der Eigenart der hoheitlichen Maßnahme sich ergebende Folge darstellen muß“<sup>52</sup>. Für Eingriffe der öffentlichen Gewalt scheidet das Merkmal der „Unmittelbarkeit“ des Eingriffs solche kraft öffentlichen Rechts verursachte Rechtsbeeinträchtigungen aus der Verantwortlichkeit der öffentlichen Hand aus, die nicht allein dem Risikobereich der schadenstiftenden Tätigkeit oder Veranstaltung der öffentlichen Hand entstammen<sup>53</sup>. Die Folgerichtigkeit des Rechtsgedankens zwingt dazu, hier einen Unterschied nur in der Terminologie, nicht in der Sache anzunehmen; denn sonst könnte eine enteignende Wirkung der „mittelbaren“ Eingriffe im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts nicht vorausgesetzt werden. Es kann also das Eigentum eines Drittbetroffenen – des Nachbarn oder des Konkurrenten<sup>54</sup> – durch einen „mittelbaren“ Eingriff gegenüber dem Bauherrn, dem Mit-Wettbewerber etc. in einer eigentumsrechtlich erheblichen

<sup>51</sup> Zum ganzen vgl. BVerwGE 44, 235/242 f.; BVerwG DÖV 1976, 563/564; BVerwG NJW 1983, 2459; BGHZ 69, 129/141; 76, 387/394; 78, 41/46.

<sup>52</sup> BGHZ 29, 65/69, 74; 59, 30/35; 69, 129/139; 76, 387/392, 395; BGH JZ 1983, 497/498.

<sup>53</sup> P. Badura, JURA 1980, 503.

<sup>54</sup> Zum Schutz des Konkurrenten, bes. zum grundrechtlichen Abwehrensanspruch des Konkurrenten eines Subventionsempfängers: R. Scholz, WiR 1972, S. 35; R. Breuer, Grundrechte a. a. O., S. 103, 111; H. D. Jarass, Wirtschaftsverwaltungsrecht, 1980, S. 130, 134 f., 229; P. Badura, ZHR 146, 1982, S. 448/460 ff.

Weise beeinträchtigt werden, sofern die Auswirkungen dem Kriterium der „Unmittelbarkeit“ genügen und der eingreifenden öffentlichen Gewalt in diesem Sinne zugerechnet werden können. Eine wirtschaftslenkende Maßnahme insbes., die unmittelbar auf die Funktions- oder Ertragsfähigkeit des Unternehmens einwirkt, bedarf eigentumsrechtlicher Rechtfertigung<sup>55</sup> und könnte bei entsprechender Intensität der Wirkung enteignenden Charakter haben.

Es fragt sich, ob und unter welchen Voraussetzungen diese Konstellation eintreten kann, wenn die öffentliche Hand die *Wettbewerbsverhältnisse* durch Subventionierung, durch öffentliche Wirtschaftstätigkeit oder durch differenzierende Vergabe öffentlicher Aufträge derart *verändert*, daß eine enteignungsähnliche Beeinträchtigung eines mit dem Subventionierten, dem öffentlichen Unternehmen oder dem Auftragnehmer in Wettbewerbsbeziehungen stehenden Unternehmens eintritt. Naheliegende und oben auch schon berührte Parallelfälle sind die genehmigungs- oder planungsrechtlichen Nachbarklagen und Entschädigungsklagen von Anliegern bei dauernden oder vorübergehenden Beeinträchtigungen ihres „Kontaktes nach außen“ über die öffentliche Straße. Hier geben die Nachbarschafts- und die Anliegerbeziehung die hinreichende Individualisierung für die notwendige „Unmittelbarkeit“ der Auswirkungen des in der Genehmigungserteilung, dem U-Bahn-Bau usw. liegenden „mittelbaren“ Eingriffs. Das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 5. 3. 1981 zu der Frage, ob ein enteignender Eingriff vorliegt, wenn zur Verbesserung des Hochwasserschutzes Seedeiche erhöht und dadurch die im Vordeichgelände gelegenen Grundstücke bei Sturmfluten in verstärktem Ausmaße überschwemmt werden<sup>56</sup>, kann als Beispiel dafür dienen, daß die Schwelle der Unmittelbarkeitsbeziehung zwischen Eingriff und eingriffsbedingter Beeinträchtigung des Eigentums auch in anderen Fällen der Gruppenbetroffenheit erreicht werden kann. In jenem Streitfall war tatrichterlich festgestellt, daß die von der Beklagten seit 1962 getroffenen Maßnahmen des Hochwasserschutzes zu Lasten der Klägerin, der Eigentümerin eines im Vordeichgelände des Hamburger Hafens gelegenen Betriebsgrundstücks, bewirkt hätten, daß sich der Wasserstand im Vordeichgelände bei der schadensursächlichen Sturmflut des Jahres 1973 um 70 bis 100 cm erhöht habe. Der Bundesgerichtshof hatte keine Bedenken dagegen, die von der Klägerin behaupteten Schäden an ihrem Grundstück und an ihren Holzvorräten als unmittelbare Auswirkungen der hoheitlichen Hochwasserschutzmaßnahmen der Beklagten auf das Eigentum der Klägerin anzusehen. Das Gericht meint weiter, der Klägerin sei mit der erhöhten Gefahrbelastung ihres

<sup>55</sup> BVerfGE 30, 292/334 f.

<sup>56</sup> BGH DVBl. 1981, 924.

Betriebsgrundstücks ein besonderes Opfer zugunsten der Allgemeinheit auferlegt worden, gegen das sie sich durch Mittel des negatorischen Rechtsschutzes nicht hätte mit Erfolg zur Wehr setzen können. Dadurch daß zum Schutze der Allgemeinheit das Eigentum der Vordeichbewohner erhöhten Überschwemmungsgefahren ausgesetzt worden sei, habe sich der Schutz der Allgemeinheit einseitig zu Lasten der Klägerin und der anderen im Vordeichgebiet ansässigen Gewerbebetriebe ausgewirkt, sei also deren Eigentum für andere, nunmehr besser geschützte Grundeigentümer gleichsam „aufgeopfert“ worden. Der Gesichtspunkt der Situationsgebundenheit stehe nicht entgegen. Vielmehr sei durch die Hochwasserschutzmaßnahmen die vorgegebene Situation des der Klägerin gehörenden Grundstücks nachhaltig verändert und dadurch deren Eigentum schwer und unerträglich getroffen worden.

Es bleibt zu beachten, daß in den hier interessierenden Fällen, in denen der Eingriffsakt der öffentlichen Gewalt durch eine Wettbewerbslage vermittelt wird, ein Unterschied zu den Fällen bestehen bleibt, in denen Begünstigter und Beeinträchtigter mit ihrem Grundeigentum zu einer situationsverbundenen Gruppe gehören. Dieser Unterschied besteht nicht darin, daß jede Teilnahme am Wettbewerb und jede Auswirkung der Wettbewerbsverhältnisse auf die am Wettbewerb Teilnehmenden immer nur eine Chance oder bloße Erwerbssaussicht darstellte. Entscheidend ist vielmehr, daß der *marktwirtschaftliche Wettbewerb als ordnungspolitisches Prinzip der Allokation und Leistungsbewertung* die Sphäre des unternehmerischen Wagnisses definiert. Wettbewerbsersfolg und Marktanteil und ebenso die Auswirkungen dieser Größen auf Umsatz, Gewinn und Rentabilität eines Unternehmens scheiden deshalb als Gegenstand von eigentumsrechtlichen Rechtspositionen aus. Vielmehr geht insoweit der Anspruch des Teilnehmers am Wettbewerb auf Wahrung des freien und gleichen Wettbewerbs durch die öffentliche Gewalt, also auf Abwehr einer Störung der Wettbewerbsverhältnisse, die das Grundrecht der „Wettbewerbsfreiheit“ ungerechtfertigt einschränkt<sup>57</sup>. Der Schutz des Wettbewerbs ist sonach individualisierbar, aber die hier möglichen Ansprüche betreffen die ungestörte Teilnahme am Wettbewerb, nicht den Schutz von im Wettbewerb erlangten Vorteilen. Es gibt keinen eigentumsrechtlichen Schutz gegen die Zulassung oder das Auftreten neuer Konkurrenten, auch nicht dagegen, daß die öffentliche Hand als Konkurrent auftritt. Das Erfordernis, daß eine wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand einem öffentlichen Interesse dienen muß, ist eine objektivrechtliche Ableitung aus den Staatsaufgaben und den verfassungsrechtlichen Staatszielbestimmungen. Aus ihm allein ergeben sich keine subjektiven Rechte dahingehend, daß

<sup>57</sup> BVerwGE 30, 191; 60, 154.

Art und Maß der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit durchgehend den Grundsätzen der Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit genügen müssen.

Die notwendigerweise und zu Recht bestehende *Schutzlosigkeit des unternehmerischen Wagnisses* unter dem Blickwinkel der Eigentumsgarantie hat den funktionsfähigen Wettbewerb als Voraussetzung. Die Kehrseite dieser Annahme ist, daß ein über Wettbewerbsbeziehungen vermittelter *Eingriff der öffentlichen Gewalt* in Betracht gezogen werden muß, wenn die öffentliche Hand den Boden des Privatrechtsverkehrs und der marktwirtschaftlichen Gleichordnung verläßt und ihr Verhalten sich in Ziel oder Wirkung als eine interventionistische Wirtschaftstätigkeit darstellt, wie im Falle einer „wettbewerbslenkenden Subventionsgewährung“<sup>58</sup> oder bei einem auf öffentliche Wirtschaftstätigkeit zurückgehenden „Eingriff durch Konkurrenz“<sup>59</sup>. Als Eingriffstatbestand käme in Betracht, daß das Gesetz der öffentlichen Hand Vorrechte, z. B. ein Verwaltungsmonopol<sup>60</sup>, einräumt<sup>61</sup> oder daß im Wege der Subventionierung, der öffentlichen Wirtschaftstätigkeit oder der Vergabe öffentlicher Aufträge *wirtschaftslenkend in die Wettbewerbsbeziehungen eingegriffen* wird. Der Eingriff muß, um als unmittelbare Auswirkung eines Aktes öffentlicher Gewalt angesehen werden zu können, durch eine konkrete Wettbewerbsbeziehung zwischen dem lenkungsbeeinträchtigten Wettbewerbsteilnehmer, also etwa dem subventionierten Unternehmen, und dem beeinträchtigten Konkurrenten vermittelt werden. Schließlich muß die Maßnahme eine eigentumsrechtlich erhebliche Beeinträchtigung zur Folge haben, etwa derart, daß ein Betrieb ganz oder teilweise stillgelegt oder seine Fortführung unmöglich gemacht oder gefährdet wird<sup>62</sup>. Wenn nicht der Wettbewerb, sondern die aus öffentlichem Interesse bewirkte Veränderung des Wettbewerbs die Erwerbchancen eines Unternehmens in der Weise unterbindet, daß die Wettbewerbsfähigkeit des Unternehmens selbst in Frage gestellt wird, wird der Bestandsschutz des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbe-

<sup>58</sup> R. Scholz, WiR 1972, S. 35/46.

<sup>59</sup> R. Scholz, AöR 97, 1972, S. 301/305 f.; *ders.*, in: Festschrift für Karl Sieg, 1976, S. 507/518 f.

<sup>60</sup> P. Badura, Der Paketdienst der Deutschen Bundespost, in: Jahrbuch der Dt. Bundespost 1977, 1978, S. 76/143 ff.

<sup>61</sup> Eine allgemeine „Pflichtigkeit“ privatwirtschaftlich konkurrierender Unternehmen gegenüber der öffentlichen Subventionstätigkeit oder allgemein gegenüber der staatlichen Wirtschaftslenkung nach dem (angreifbaren) Muster des kommunalen Benutzungszwangs (siehe u. a. BVerwG DVBl. 1981, 983 und andererseits F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht a. a. O., S. 127 ff.) kann nicht in Erwägung gezogen werden.

<sup>62</sup> Vgl. BGH LM Art. 14 GrundG Nr. 49; BGH MDR 1968, 126 (Aufteilung des Anfallbezirks einer Abdeckerei entzieht dem Gewerbebetrieb die Grundlage); BVerwGE 60, 154/158.

betrieb berührt; diese Wirkung kann auch durch selektive Subventionierung eintreten<sup>63</sup>.

Könnte im Einzelfall der in seinem Unternehmen betroffene Konkurrent des Subventionsbegünstigten nach den genannten Kriterien dartun, daß er enteignend in seinem Eigentum beeinträchtigt ist, würde er den *öffentlich-rechtlichen Abwehranspruch* „aus Eigentum“ zur Verfügung haben, wenn der Eingriff den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen der Enteignung nicht genügte. Dieser Anspruch wäre durch Anfechtungsklage gegen den die Subvention bewilligenden Verwaltungsakt geltend zu machen. Eine solche Anfechtungsklage dürfte allerdings in aller Regel mit geringerem Aufwand unter Berufung auf einen Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG zum Ziele führen.

Schwieriger dürfte die Frage zu beantworten sein, ob der enteignend betroffene Dritte wegen Eingriffs in sein Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb einen *Anspruch auf Entschädigung* nach Enteignungsgrundsätzen gegen den subventionierenden Staat oder sonstigen Verwaltungsträger haben kann. Nimmt man nämlich an, daß die Subventionierung wegen ihrer enteignenden Wirkung nur aufgrund eines den Anforderungen des Art. 14 Abs. 3 GG genügenden Gesetzes erfolgen dürfte, wäre sie mangels eines solchen Gesetzes rechtswidrig. Sie könnte dementsprechend, weil ein Sonderopfer abfordernd, an sich einen Entschädigungsanspruch aus enteignungsgleichem Eingriff begründen<sup>64</sup>. Wegen des Naßauskiesungs-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts ist jedoch zweifelhaft geworden, ob der Beeinträchtigte in dieser Lage nicht gezwungen ist, den Abwehranspruch geltend zu machen, so daß er nicht statt dessen oder wahlweise über den Entschädigungsanspruch sein Recht suchen darf. Folgt man der Auffassung, daß die Bedeutung der genannten Entscheidung sich auf gesetzliche oder gesetzlich zugelassene Eingriffe in das Eigentum beschränkt<sup>65</sup>, bliebe es bei der Möglichkeit der Entschädigung nach Enteignungsgrundsätzen.

Ob die Lösung der Entschädigungsfrage auf dem Boden des *Gesetzesvorbehalts für die Subvention mit enteignender Nebenwirkung*<sup>66</sup> gangbar ist, wird Zweifel n begeben. Sie wird am ehesten noch dort überzeugen, wo die Situation so beschaffen ist, daß die Förderung des Begünstigten in einem notwendigen Zusammenhang mit der Belastung des Drittbetroffenen steht. Dies nachzuweisen, wird nur ausnahmsweise möglich

<sup>63</sup> R. Scholz, WiR 1972, S. 35/61.

<sup>64</sup> BGH MDR 1964, 656; BGHZ 76, 375/384; BGHZ 76, 387/393; BGHZ 78, 41/43.

<sup>65</sup> So F. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht a. a. O., S. 113 f., 150 ff. in Auseinandersetzung mit weitergehenden Deutungen. Anders J. Ipsen, DVBl. 1983, 1029.

<sup>66</sup> Für diesen Gesetzesvorbehalt W.-R. Schenke, GewArch. 1977, 313/316. Noch weitergehend OVG Münster, NVwZ 1982, 381.

sein. Sonst aber wird voraussichtlich der Grundgedanke nach wie vor ausschlaggebend sein, daß die Subventionierung einer besonderen gesetzlichen Grundlage nicht bedarf<sup>67</sup>. Sofern die Subventionierung sonst keine rechtlichen Mängel aufwies, insbes. einen notwendigen und verhältnismäßigen Akt der Strukturpolitik darstellte, würde sie nicht wegen einer im Einzelfall eintretenden enteignenden Nebenwirkung rechtswidrig sein; der enteignend Betroffene hätte sogar – wie der Anlieger der während des U-Bahn-Baus aufgerissenen Straße oder der Eigentümer des Grundstücks im Vordeichgelände – eine Duldungspflicht. Folgt man dieser Betrachtung, erweist sich der enteignende Eingriff als eine nicht vorhersehbare *Sonderopferlage*, die einen Entschädigungsanspruch auslöst<sup>68</sup>. Auf diesen Anspruch ist der in seinem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb beeinträchtigte Konkurrent des Subventionsbegünstigten um so mehr angewiesen, als er bei den genannten Prämissen einer sachgerecht differenzierenden Subventionierung einen Anspruch auf Gleichstellung oder Gleichbehandlung nicht haben kann.

<sup>67</sup> Das Haushaltsgesetz kann wegen § 3 HGrG dem etwa zu fordernden Gesetzesvorbehalt nicht genügen.

<sup>68</sup> Siehe *F. Ossenbühl*, Staatshaftungsrecht a. a. O., S. 149.