

Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack
Lehrstuhl für Öffentliches Recht und Völkerrecht
Universität Regensburg
robert.uerpmann-witzack@ur.de
<http://www.jura.ur.de/uerpmann>

Das öffentliche Interesse als Rechtsbegriff

Vortrag, gehalten am 3.10.2019 an der Karls-Universität Prag *

Ein Beispiel als Einleitung: Die Mietpreisbremse

Meine Damen und Herren, lassen Sie mich mit einem Beispiel beginnen. In deutschen Großstädten steigen die Mieten. Besonders betroffen ist die deutsche Hauptstadt Berlin. Bis 1990 war Berlin eine geteilte Stadt. Im Ostteil Berlins, der Hauptstadt der DDR, waren die Mieten reguliert und dementsprechend niedrig. Im Westen war der Wohnungsmarkt grundsätzlich frei, doch waren die Mieten im Westteil Berlins im internationalen Vergleich ebenfalls extrem niedrig. Nach der Wiedervereinigung hat sich das geändert. Das Mietenniveau ist in den letzten Jahren so stark gestiegen, dass sich Menschen mit niedrigem oder mittlerem Einkommen immer weniger eine Wohnung in zentraler Lage leisten können. Das führt zu Verdrängungsprozessen, die unter dem Stichwort der Gentrifizierung diskutiert werden. Ich vermute, dass es in Prag ganz ähnliche Entwicklungen gegeben hat.

Aus internationaler Perspektive mag man das gelassen sehen und feststellen, dass Berlin einfach nur zu einer normalen Metropole wird. Verglichen mit einer Stadt wie London sind die Mietpreise in Berlin noch immer harmlos. In Deutschland und insbesondere in Berlin wird die Entwicklung jedoch mit großer Sorge betrachtet.

Deshalb hat die Große Koalition auf Bundesebene im Jahr 2015 eine sog. Mietpreisbremse beschlossen. Dazu wurde das Mietrecht um eine neue Vorschrift ergänzt. In das Bürgerliche Gesetzbuch¹ – kurz: BGB – wurde ein neuer § 556d eingefügt. Der neue § 556d BGB ermächtigt die deutschen Bundesländer, durch Rechtsverordnung Gebiete mit angespanntem Wohnungsmarkt zu bezeichnen. Der Wohnungsmarkt ist nach der Legaldefinition des § 556d Abs. 2 Satz 1 BGB angespannt, „wenn die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnungen in einer Gemeinde oder einem Teil der Gemeinde zu angemessenen Bedingungen besonders gefährdet ist.“ Dafür listet § 556d Abs. 2 Satz 2 BGB verschiedene Indizien auf. Beispielsweise kann der Wohnungsmarkt dann angespannt sein, wenn die Mieten in dem Gebiet überdurchschnittlich stark steigen, wenn die Bevölkerung wächst, ohne dass ausreichend neue Wohnungen gebaut werden, oder wenn bei großer Nachfrage kaum Wohnungen leer stehen. In Berlin sind diese Kriterien durchweg erfüllt, so dass man ohne Weiteres von einem angespannten Wohnungsmarkt sprechen kann. Dementsprechend hat das Land Berlin die gesamte Stadt durch Rechtsverordnung zu einem Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt erklärt.²

Damit greift in Berlin, ebenso wie in anderen deutschen Städten, die Mietpreisbremse nach § 556d Abs. 1 BGB ein: Wird eine Wohnung neu vermietet, ist der Vermieter nicht mehr frei

* Ungekürzte Langfassung. Aus Zeitgründen wurden einzelne Passagen nicht vorgetragen.

¹ Der Text ist frei verfügbar unter: <http://www.gesetze-im-internet.de/bgb/>.

² Verordnung vom 28.4.2015, Verordnung zur zulässigen Miethöhe bei Mietbeginn gemäß § 556d Absatz 2 BGB (Mietenbegrenzungsverordnung), Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin 2015, S. 101.

darin, den Mietpreis zu verlangen, den der Markt hergibt. Vielmehr muss er sich an der ortsüblichen Vergleichsmiete orientieren, die er maximal um 10 % überschreiten darf. Mieterhöhungen in bestehenden Mietverhältnissen waren ohnehin schon an die ortsübliche Vergleichsmiete gekoppelt.³ Neu ist, dass die Mietpreisbremse nun auch die Preisfindung bei Neuvermietungen begrenzt.

Analysiert man die Mietpreisbremse grundrechtlich, handelt es sich um einen Eingriff in das durch Art. 14 Grundgesetz geschützte Eigentum. Vermieter werden regelmäßig Eigentümer der zu vermietenden Wohnung sein. Das Eigentum an der Wohnung umfasst grundsätzlich das Recht, nach Belieben mit der Sache zu verfahren. Dazu gehört auch das Recht, die Wohnung frei zu vermieten und dabei den Mietpreis zu verlangen, der sich am Markt erzielen lässt. Indem die Mietpreisbremse des § 556d BGB diese Freiheit beschränkt, greift sie in das Eigentumsrecht aus Art. 14 Grundgesetz ein.

Freilich macht Art. 14 Grundgesetz schon vom Wortlaut her deutlich, dass die Freiheit des Eigentümers nicht grenzenlos ist. Nach Art. 14 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz werden „Inhalt und Schranken“ des Eigentums „durch die Gesetze bestimmt“. Dabei hebt Art. 14 Abs. 2 Grundgesetz die sog. Sozialbindung hervor. In Art. 14 Abs. 2 Satz 1 heißt es kurz und bündig: „Eigentum verpflichtet“, und der folgende Satz bestimmt, dass sein Gebrauch „zugleich dem Wohle der Allgemeinheit“ dienen soll.

Art. 14 Grundgesetz erkennt also das Interesse des einzelnen Eigentümers an, seine Wohnung zu vermieten und dafür eine hohe Miete zu verlangen. Dies ist die sog. Privatnützigkeit des Eigentums. Dem privaten Interesse des Eigentümers stellt Art. 14 Grundgesetz jedoch das Wohl der Allgemeinheit gegenüber, also überindividuelle Interessen, die eine Einschränkung der privaten Freiheit rechtfertigen. Sie sehen: Ich nähere mich meinem Thema. Ich bin noch nicht bei dem öffentlichen Interesse oder bei öffentlichen Interessen, aber immerhin beim Wohl der Allgemeinheit, für das der Staat die Privatnützigkeit des Eigentums beschränken darf.

Diesen Sommer hat das Bundesverfassungsgericht über die Mietpreisbremse entschieden. Mit Beschluss vom 18. Juli 2019 hat es die Verfassungsmäßigkeit der Mietpreisbremse dargelegt.⁴ Es handelt sich nicht um ein großes Senatsurteil, sondern nur um einen Kammerbeschluss, mit dem drei Richtinnen und Richter des Bundesverfassungsgerichts eine förmliche Entscheidung in der Sache abgelehnt haben. Der Beschluss hat aber nicht nur politische Aufmerksamkeit gefunden, sondern die Art und Weise, wie das Gericht die Eigentumsgarantie prüft, ist auch für unsere Frage nach dem öffentlichen Interesse aufschlussreich.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht knapp den Eingriff in das Eigentumsrecht der Vermieter bejaht hat,⁵ betont es zunächst die besondere Bedeutung des Eigentums für den sozialen Rechtsstaat.⁶ Einerseits solle das Eigentum „als Grundlage privater Initiative und in eigenverantwortlichem privatem Interesse von Nutzen sein“. Besonders schutzwürdig sei es dort, wo es die persönliche Freiheit des einzelnen absichern solle. Dem stellt das Bundesverfassungsgericht jedoch sogleich die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 Grundgesetz gegenüber. Hier zitiert es das Wohl der Allgemeinheit, spricht aber noch nicht vom öffentlichen Interesse.

³ S. im Einzelnen §§ 588 ff. BGB.

⁴ Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 18.7.2019 – 1 BvL 1/18, 1 BvL 4/18, 1 BvR 1595/18, abrufbar unter: http://www.bverfg.de/e/lk20190718_1bvl000118.html.

⁵ BVerfG (Fn. 4), Rn. 52.

⁶ BVerfG (Fn. 4), Rn. 53.

Das öffentliche Interesse kommt zwei Absätze später ins Spiel, wenn das Bundesverfassungsgericht die Grundzüge der Eingriffsrechtfertigungsprüfung skizziert: Der Eingriff in das Eigentumsrecht müsste „durch Gründe des öffentlichen Interesses unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerechtfertigt sein“.⁷ Hier stehen dem Individualinteresse an der freien Nutzung seines Eigentums also nicht mehr das Wohl der Allgemeinheit gegenüber, sondern die Gründe des öffentlichen Interesses. Offensichtlich ist beides weitgehend gleichbedeutend. Das zeigt sich auch im folgenden Satz, wo es heißt, der Gesetzgeber müsse „die Freiheitssphäre der Einzelnen mit dem Wohl der Allgemeinheit in ein angemessenes Verhältnis bringen“. Dem individuellen Freiheitsinteresse steht nun wieder das Wohl der Allgemeinheit gegenüber; Gründe des öffentlichen Interesses und Wohl der Allgemeinheit werden gleichgesetzt.

Damit klingt eine Dichotomie zwischen dem grundrechtlich geschützten Individualinteresse einerseits und dem Grundrechtseinschränkungen rechtfertigenden öffentlichen Interesse andererseits an. Privates und öffentliches Interesse scheinen einander als Gegensätze gegenüber zu stehen. Dieser Dichotomie werde ich in einem ersten Teil meines Vortrags nachgehen.

Im zweiten Teil wird es um Kompetenzfragen gehen: Wer bestimmt eigentlich das öffentliche Interesse? Im eben zitierten Beschluss des Bundesverfassungsgericht hieß es, der Gesetzgeber müsse die Freiheitssphäre des einzelnen mit dem Wohl der Allgemeinheit zum Ausgleich bringen.⁸ Allerdings ist der Gesetzgeber dabei offenbar nicht frei, wenn er doch die Vorgaben des Art. 14 Abs. 2 Grundgesetz zu beachten hat. Bis zu einem gewissen Grad scheint das öffentliche Interesse also durch die Verfassung vorgeprägt zu sein. Außerdem stellt sich die Frage nach der „Gemeinwohlkompetenz“⁹ von Exekutive und Rechtsprechung: In welchem Umfang dürfen Verwaltung und Gerichte bestimmen, was im öffentlichen Interesse liegt? In einem Bundesstaat wie dem deutschen stellt sich zudem die Frage, wie die Gemeinwohlkompetenz zwischen Bund und Ländern verteilt wird. Auch das zeigt das Beispiel der Mietpreisbremse: Das Land Berlin hat zwar von der bundesrechtlichen Mietpreisbremse des § 556d BGB Gebrauch gemacht, hält sie aber für unzureichend, um die Probleme auf dem Berliner Mietmarkt zu lösen. Daher bereitet das Land Berlin zur Zeit einen sog. Mietendeckel vor, der für einen Zeitraum von fünf Jahren Mieterhöhungen auch bei Neuvermietung grundsätzlich ganz ausschließt.¹⁰ Hier stellt sich die Kompetenzfrage mit besonderer Schärfe: Wenn der Bund Mieterhöhungen aus Gründen des Gemeinwohls begrenzt, hat dann ein Land die Möglichkeit, Mieterhöhungen aus denselben Gründen vollkommen auszuschließen? Der Kompetenzfrage, wer das öffentliche Interesse bestimmt, ist im zweiten Teil nachzugehen.

Im zitierten Beschluss des Bundesverfassungsgerichts klang auch schon an, dass letztlich unterschiedliche Interessen zum Ausgleich zu bringen sind. Das Gericht führt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit an und verlangt, verschiedene Interessen in ein angemessenes Verhältnis zu bringen.¹¹ Den Fragen der Abwägung wird der dritte Teil gewidmet sein.

Die Fragen, die ich im Folgenden behandeln werde, sind vergleichsweise rechtstechnischer Natur. Ich werde sie vor allem anhand der deutschen Rechtsordnung behandeln, auch wenn

⁷ BVerfG (Fn. 4), Rn. 55.

⁸ Oben Fn. 7.

⁹ So z.B. Häberle, Öffentliches Interesse als juristisches Problem, 2. Aufl. 2006, S. 710.

¹⁰ S. die Beschlussvorlage der Berliner Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Wohnen zu dem Thema: „Eckpunkte für ein Berliner Mietengesetz (Mietendeckel)“, vom 17.6.2019, abrufbar unter: https://stadtentwicklung.berlin.de/wohnen/wohnraum/mietendeckel/download/Senatsbeschluss_Eckpunkte_Mietengesetz.pdf.

¹¹ Oben bei Fn. 7.

ich daneben die Europäische Menschenrechtskonvention mit in Betracht ziehen werde. Dabei möchte ich jedoch nicht stehen bleiben. Vielmehr möchte ich die Perspektive im letzten Teil meines Vortrags mit einem Blick auf die Staatsaufgabenlehre erweitern. Dort soll es nicht mehr darum gehen, wie das öffentliche Interesse innerhalb einer bestimmten Staats- und Gesellschaftsordnung konkretisiert wird, sondern ich möchte aufzeigen, wie hinter der Konkretisierung des öffentlichen Interesses Grundfragen des Verhältnisses von Staat, Individuum und Gesellschaft aufscheinen.

I. Öffentliche und private Interessen – ein Gegensatz?

Öffentliche und private Interessen werden vielfach als Gegensatz betrachtet. Das klang bereits am Beispiel der Mitpreisbremse an, wo den privaten Interessen der Eigentümer im Rahmen der Eingriffsrechtfertigung öffentliche Interessen gegenübergestellt wurden. In der Tat kann es sinnvoll sein, zwischen individualisierten und überindividuellen Interessen zu unterscheiden. Ein gutes Beispiel bietet die zivilprozessrechtliche Habilitationsschrift von *Gerhard Wagner*,¹² auf die mich Herr Kollege *Tichý* aufmerksam gemacht hat. *Wagner* geht der Frage nach, in welchem Umfang die Verfahrensbeteiligten über die Vorgaben des Prozessrechts verfügen können. Er geht davon aus, dass eine Verfügung durch die Beteiligten grundsätzlich möglich sein muss, soweit Vorschriften lediglich den Interessen der Beteiligten dienen. Hingegen müsse eine Verfügung ausscheiden, soweit eine Regelung öffentlichen Interessen diene.

Ein Beispiel ist die öffentliche, mündliche Verhandlung,¹³ die menschenrechtlich sogar in Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention – kurz EMRK – verbürgt ist. Gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK muss über Streitigkeiten in Bezug auf zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen öffentlich verhandelt werden. Diese Vorschrift dient nicht nur dem Interesse der konkreten Beteiligten an einer richtigen und gerechten Entscheidung, sondern auch dem Interesse der Allgemeinheit an einer funktionierenden Justiz. Mit einer englischen Redewendung lässt sich sagen: „[j]ustice must not only be done; it must also be seen to be done“.¹⁴ Das spräche an sich dafür, dass die Prozessbeteiligten nicht auf eine öffentliche, mündliche Verhandlung verzichten können. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat das Problem bereits 1990 in der Sache *Håkansson und Sturesson* gegen Schweden gesehen. Dort heißt es, dass ein grundsätzlich für möglich gehaltener Verzicht keinem grundlegenden öffentlichen Interesse widersprechen dürfe.¹⁵ *Christoph Grabenwarter* und *Katharina Pabel* schreiben dazu in ihrem EMRK-Lehrbuch, ganz im Sinne *Gerhard Wagners*, ein Verzicht sei nur möglich, wenn das Recht, auf das verzichtet werde, „wenigstens überwiegend private Interessen“ schütze; dazu sei das öffentliche Interesse an der Öffentlichkeit des Verfahrens gegen die Interessen der Partei abzuwägen.¹⁶ Schöner lässt sich die Dichotomie von öffentlichen und privaten Interessen kaum formulieren.

Die Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Interessen kann dort einen analytischen Mehrwert bringen, wo den Interessen eines individualisierten oder individualisierbaren Personenkreises sonstige Interessen gegenüberstehen. Das ist die Situation, die *Gerhard Wagner* analysiert, wenn er fragt, ob bestimmte zivilprozessuale Regelungen allein den Interessen

¹² *Gerhard Wagner*, Prozessverträge. Privatautonomie im Verfahrensrecht, 1998.

¹³ *Wagner* (Fn. 12), S. 80 f.

¹⁴ So in etwas anderem Zusammenhang Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil vom 17.1.1970, Beschwerdenr. 2689/65 – *Delcourt/Belgien*, Rn. 31.

¹⁵ Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil vom 21.2.1990, Beschwerdenummer 11855/85 – *Håkansson und Sturesson/Schweden*, Rn. 66.

¹⁶ *Christoph Grabenwarter/Katharina Pabel*, Der Grundsatz des fairen Verfahrens, in: Oliver Dörr/Rainer Grote/Thilo Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG, Konkordanzkommentar, 2. Aufl. 2013, Bd. 1, Kap. 14, Rn. 133.

der Prozessbeteiligten dienen oder auch noch anderen Interessen. So sinnvoll die Gegenüberstellung in bestimmten Zusammenhängen erscheint, so wenig lässt sie sich jedoch in allen Fällen aufrechterhalten.

Das zeigt der Beschluss zur Mietpreisbremse. Im Ansatz findet sich hier die Dichotomie wieder: Den privaten Nutzungs- und Gewinninteressen der betroffenen Eigentümer steht das Wohl der Allgemeinheit gegenüber, das gemäß Art. 14 Abs. 2 Grundgesetz eine Sozialbindung begründet. Das Bundesverfassungsgericht begründet die Mietpreisbremse sodann mit dem Interesse, eine bestimmte Gruppe zu schützen. Wörtlich heißt es: „Der gesetzgeberische Zweck, durch die Begrenzung der Miethöhe bei Wiedervermietung der direkten oder indirekten Verdrängung wirtschaftlich weniger leistungsfähiger Bevölkerungsgruppen aus stark nachgefragten Wohnquartieren entgegenzuwirken, liegt im öffentlichen Interesse.“¹⁷ Hier deutet sich ein Konflikt zwischen den Interessen zweier verschiedener Gruppen an: Auf der einen Seite steht die Gruppe der Eigentümer, deren Interesse an der Mietgewinnmaximierung grundrechtlich geschützt wird. Auf der anderen Seite steht die Gruppe der wirtschaftlich weniger Leistungsfähigen, die ein Interesse hat, nicht aus bestimmten, attraktiven Wohnquartieren verdrängt zu werden.

Diesen Ansatz führt das Bundesverfassungsgericht im Folgenden konsequent fort, wenn es Vermieter und Mieter als Beteiligte an Mietrechtsverhältnissen begreift: Bei der Schaffung zivilrechtlicher Vorschriften müsse „der Gesetzgeber den betroffenen Interessen der Beteiligten so weit wie möglich Geltung verschaffen“.¹⁸ Für „die Ausgestaltung zwingender mietrechtlicher Vorschriften“ folge daraus, so das Gericht, dass der Gesetzgeber „sowohl die Belange des Mieters als auch die des Vermieters in gleicher Weise berücksichtigen“ müsse.¹⁹ Es fällt auf, dass das Bundesverfassungsgericht die Begriffe des Mieters und des Vermieters hier im Singular verwendet, obwohl das Gesetz ja eigentlich die Interessen einer unbestimmten Vielzahl von Mietern und Vermietern generell-abstrakt zum Ausgleich bringt. Dennoch verwendet das Bundesverfassungsgericht den Singular und stellt damit die Interessen des Mieters denjenigen des Vermieters gegenüber. Damit steht nun privates Interesse gegen privates Interesse und aus der Abwägung der grundrechtlich geschützten privaten Freiheit mit den öffentlichen Interessen, die einen Grundrechtseingriff rechtfertigen, wird ein Ausgleich zwischen privaten Interessen.

Würde man privates und öffentliches Interesse als kategorischen Gegensatz begreifen, müsste es verstören, dass der Staat, der dem Gemeinwohl, also dem öffentlichen Interesse verpflichtet ist, private Interessen schützt. Freilich handelt es sich nur um einen scheinbaren Gegensatz. Vielmehr kann auch der Schutz privater Interessen im öffentlichen Interesse liegen. Der Staat darf private Interessen schützen, wie er es namentlich mit dem Privatrecht tut. Die Grundrechte verpflichten ihn sogar dazu, Individualinteressen zu schützen. Das folgt namentlich aus grundrechtlichen Schutzpflichten.

Ein weiteres Beispiel mag dies veranschaulichen. Seit vielen Jahren kämpft die monegasische Prinzessin Caroline von Hannover, geborene von Monaco, gegen aufdringliche Bildberichterstattung durch die deutsche Regenbogenpresse. Die Rechtsstreitigkeiten haben vor deutschen Zivilgerichten ihren Ausgang genommen und sind dann über das Bundesverfassungsgericht bis zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte gelangt.²⁰ Das deutsche

¹⁷ BVerfG (Fn. 4), Rn. 60.

¹⁸ BVerfG (Fn. 4), Rn. 68.

¹⁹ BVerfG (Fn. 4), Rn. 69.

²⁰ Siehe insbesondere Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR), Urteil vom 7.2.2012, Beschwerdenummer 40660/08 u.a. – *von Hannover/Deutschland* (Nr. 2).

Zivilrecht gewährt dem Geschädigten bei einer Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts einen Anspruch auf Widerruf und Schadensersatz. Menschenrechtlich steht dahinter ein Konflikt zwischen zwei Garantien, den ich hier anhand der Europäischen Menschenrechtskonvention rekonstruieren möchte. Die Regenbogenpresse kann sich für ihre Berichterstattung auf Art. 10 Abs. 1 EMRK berufen, der die Freiheit der Meinungsäußerung gewährleistet. Auf der anderen Seite schützt Art. 8 Abs. 1 EMRK das Privatleben der Prominenten. Dabei folgt aus Art. 8 Abs. 1 EMRK nicht nur die negative Verpflichtung des Staates, nicht selbst in das Privatleben der Prominenten einzugreifen. Vielmehr trifft ihn auch die positive Verpflichtung, das Privatleben der Prominenten vor Beeinträchtigungen durch Dritte zu schützen. Was der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte als positive Verpflichtung begreift,²¹ wird in der deutschen Grundrechtsdogmatik regelmäßig als Schutzpflicht bezeichnet. Diese Schutzpflicht erfüllt der Gesetzgeber, wenn er im Bürgerlichen Gesetzbuch Schadensersatz- und Widerrufsansprüche normiert, und die Gerichte aktualisieren die Schutzpflicht im Einzelfall, wenn sie ein Presseorgan zu Widerruf oder Schadensersatz verurteilen.

Aus der Sicht des Presseorgans stellt sich die Verurteilung als Eingriff in das Recht der freien Berichterstattung aus Art. 10 Abs. 1 EMRK dar. Dieses Recht ist freilich nicht schrankenlos. Der Staat kann es vielmehr auf gesetzlicher Grundlage einschränken, wenn dies in einer demokratischen Gesellschaft in Hinblick auf eines der in Art. 10 Abs. 2 EMRK aufgelisteten Ziele notwendig ist. Einige dieser Ziele spiegeln klassische öffentliche Interessen wieder. So nennt Art. 10 Abs. 2 EMRK die nationale und die öffentliche Sicherheit ebenso wie die Aufrechterhaltung der Ordnung und den Schutz der Moral. Zu den legitimen Interessen gehört jedoch auch der Schutz der Rechte und Freiheiten anderer. Der Staat darf also auch im privaten Interesse Menschenrechte einschränken.

Hier treffen sich Schutzpflicht- und Eingriffsabwehrperspektive: Der Schutz des Privatlebens, den Art. 8 EMRK gebietet, ist ein Recht anderer, nämlich konkret von Caroline von Hannover, das die Einschränkung der Freiheit der Regenbogenpresse gemäß Art. 10 Abs. 2 EMRK rechtfertigen kann. Aufgabe des Gesetzgebers und der Gerichte ist es mithin, die gleichermaßen menschenrechtlich geschützten Interessen der Prominenten und der Regenbogenpresse zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Dabei haben Gesetzgeber und Gerichte gleichermaßen private Interessen zum Ausgleich zu bringen. Der Unterschied liegt allein darin, dass das Gericht im Einzelfall über die Interessen der konkreten Streitparteien zu entscheiden hat, während der Gesetzgeber abstrakt die Interessen der Privaten vorgewichtet, die später einmal durch die Norm berechtigt oder verpflichtet werden können.

So erklärt es sich, wie das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss zur Mietpreisbremse von den „Gründe[n] des öffentlichen Interesses“²², die den Eingriff in das Eigentumsrecht zu rechtfertigen vermögen, zu den Interessen „des Mieters“²³ gelangen kann.

In einem Staat, der für die Menschen da ist, besteht zwischen öffentlichen und privaten Interessen kein kategorialer Gegensatz. So kann der Schutz privater Interessen im öffentlichen Interesse liegen und der Staat kann sich private Interessen zu eigen machen. Wenn die Identifikation des Staates mit privaten Interessen bedenklich erscheint, dann vor allem aus Gleichheitsgründen. Nicht umsonst verbietet Art. 19 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz Einzelfallgesetze. So wäre es verfassungswidrig, wenn der Deutsche Bundestag ein Gesetz zum Schutz einer be-

²¹ So z.B. EGMR (Fn. 20), Rn. 98.

²² BVerfG (Fn. 4), Rn. 55.

²³ BVerfG (Fn. 4), Rn. 69.

stimmten Mieterin erlassen würde. Das Gesetz muss generell-abstrakt und losgelöst vom Einzelfall Geltung beanspruchen. Das ändert aber nichts daran, dass gerade die Normen des Privatrechts die Interessen von Privaten schützen, und wenn ein Gericht die Normen im Einzelfall anwendet, dann schützt es die privaten Interessen von einzelnen Personen. Der scheinbare Gegensatz von öffentlichen und privaten Interessen verschwindet.

Wenn man unter diesen Umständen noch kategorial zwischen öffentlichen und privaten Interessen unterscheiden will, dann geht dies nicht anhand der Frage, wessen Interessen geschützt werden, sondern nur anhand der ganz anders gelagerten Frage, wer die Interessen bestimmt: In diesem Sinne wären privat die Interessen, die ein einzelner für sich bestimmt und verfolgt, während öffentlich die Interessen sind, die Hoheitsträger innerhalb ihrer jeweiligen Kompetenzen definieren und verfolgen. Das leitet über zum öffentlichen Interesse als Kompetenzbegriff.

II. Eine Kompetenztheorie des öffentlichen Interesses

Nach dem bisher Gesagten könnte das öffentliche Interesse als Leerformel erscheinen. Öffentlich wären danach die Interessen, die ein Hoheitsträger innerhalb seines jeweiligen Kompetenzbereiches als relevant für sein Handeln bestimmt. Freilich kann das im verfassten Staat keine Willkür bedeuten. Willkürlich darf im Verfassungsstaat nur das Individuum handeln. Kraft seiner grundrechtlichen Freiheit darf der Einzelne im freiheitlichen Rechtsstaat grundsätzlich selbst bestimmen, welche Interessen er verfolgen will, ohne dafür anderen rechenschaftspflichtig zu sein. Staatliche Gewalt ist hingegen immer gebundene Gewalt. Jeder Hoheitsträger und jedes Organ müssen höherrangige Vorgaben ebenso beachten wie die für sie geltenden Verfahrensvorschriften.

Damit ergibt sich eine Kompetenztheorie des öffentlichen Interesses.²⁴ Vorgaben zur Bestimmung des öffentlichen Interesses ergeben sich zunächst aus der Verfassung. So stellt das Grundgesetz die Würde des Menschen in Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz an die Spitze und verpflichtet alle staatliche Gewalt in Art. 1 Abs. 1 Satz 2 Grundgesetz darauf, die Menschenwürde zu achten und zu schützen. Achtung und Schutz der Menschenwürde liegen also stets im öffentlichen Interesse. Insgesamt spiegeln sich im Grundrechtsteil mit seinen Eingriffsverboten, Rechtfertigungsmöglichkeiten und Schutzpflichten öffentliche Interessen wider, wie die Beispiele der Mietpreisbremse und der *Caroline-von-Hannover-Rechtsprechung* gezeigt haben. Dabei wirken Grundrechte auch als sog. negative Kompetenzbestimmungen,²⁵ die einen Bereich individueller Freiheitsentfaltung vor staatlichem Zugriff schützen. Damit grenzen Grundrechte einen Bereich privat-gesellschaftlicher Eigenverantwortung von staatlicher Regulierung ab.

Daneben kann eine Verfassung weitere Vorgaben enthalten. So normiert das Grundgesetz seit den großen Privatisierungen Mitte der 1990er Jahre Gemeinwohlziele im Bereich von Bahn, Post- und Telekommunikation. Gemäß Art. 87e Abs. 4 Satz 1 gewährleistet der Bund, „daß dem Wohl der Allgemeinheit, insbesondere den Verkehrsbedürfnissen, beim Ausbau und Erhalt des Schienenverkehrs der Eisenbahnen des Bundes sowie bei deren Verkehrsangeboten auf diesem Schienennetz ... Rechnung getragen wird“. Parallel dazu bestimmt Art. 87f Abs. 1 Grundgesetz, dass der Bund „im Bereich des Postwesens und der Telekommunikation flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen“ garantiert. Hier werden bestimmte öffentliche Interessen mit Verfassungsrang versehen. Allerdings bleibt die normative

²⁴ Dazu im Einzelnen *Robert Uerpmann-Witzack*, Das öffentliche Interesse, 1999, S. 141 ff.

²⁵ So namentlich *Konrad Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts, 20. Aufl. 1995, Rn. 291.

Kraft dieser Bestimmungen, die, anders als Grundrechte, nicht mit der Verfassungsbeschwerde einklagbar sind, gering. So hat Art. 87f Abs. 1 Grundgesetz nicht verhindern können, dass Deutschland beim Ausbau der Telekommunikationsnetze mit dem Ziel einer flächendeckenden Bereitstellung breitbandiger Internetzugänge nach allgemeiner Meinung weit zurückhinkt.

Innerhalb der verfassungsrechtlichen Vorgaben ist es zunächst Sache des parlamentarischen Gesetzgebers, öffentliche Interessen zu konkretisieren. Das tut er beispielsweise im Bauplanungsrecht. So regelt § 35 Abs. 1 Nr. 5 Baugesetzbuch,²⁶ dass Windenergieanlagen außerhalb von Ortschaften privilegiert zulässig sind. Damit erkennt er das öffentliche Interesse an, Windkraftträder außerhalb von Ortschaften in die Landschaft zu setzen. Freilich entscheidet der Gesetzgeber nicht abschließend über die Zulässigkeit von Windrädern. Vielmehr ist die Errichtung einer Windkraftanlage nach § 35 Abs. 1 Baugesetzbuch trotz ihrer Privilegierung nur zulässig, wenn im konkreten Fall keine öffentlichen Belange entgegenstehen. Das Gesetz spricht hier von öffentlichen Belangen, hätte aber ebenso gut den Begriff der öffentlichen Interessen verwenden können. Belange und Interessen sind im vorliegenden Zusammenhang synonym. Mit der Verweisung auf entgegenstehende öffentliche Belange verlagert das Gesetz die abschließende Entscheidung, ob die Errichtung einer konkreten Windkraftanlage im öffentlichen Interesse liegt, auf die Verwaltungsebene.

Eine ähnliche Abschichtung der Gemeinwohlkonkretisierung findet sich beim Persönlichkeitsschutz in den Caroline-von-Hannover-Fällen. Grundentscheidungen treffen bereits Grundgesetz und Europäische Menschenrechtskonvention mit dem Schutz der Privatsphäre der Prominenten einerseits und dem Schutz der freien Berichterstattung durch die Presse andererseits. Konkretisiert wird dies durch das Bürgerliche Gesetzbuch, das Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche bereitstellt. Wo aber im Einzelfall die Grenze zwischen notwendigem Schutz der Privatsphäre und Freiheit der Berichterstattung verläuft, entscheiden Gerichte.

Im Bundesstaat wird die horizontale Gewaltenteilung zwischen Legislative, Exekutive und Rechtsprechung um eine vertikale Gewaltenteilung zwischen Bund und Ländern ergänzt. Dementsprechend ist die Gemeinwohlverwirklichung nach Maßgabe der grundgesetzlichen Kompetenzordnung zwischen Bund und Ländern aufgeteilt. Das zeigt wiederum beispielhaft die Diskussion um Mietpreisbremse und Mietendeckel. Während der Bundesgesetzgeber für angespannte Wohnungsmärkte in § 556d BGB die Mietpreisbremse geschaffen hat, schätzt das Land Berlin die Lage, wie gesehen, so bedrohlich ein, dass es einen darüber hinaus gehenden Mietendeckel schaffen will. Mietpreisbremse und Mietendeckel lassen sich im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung für das bürgerliche Recht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 Grundgesetz und für das Wirtschaftsrecht nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 Grundgesetz verorten. In beiden Bereichen können die Länder gesetzliche Regelungen treffen, solange und soweit nicht der Bund durch Gesetz von seiner Kompetenz Gebrauch gemacht hat. Es erscheint klar, dass die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs für Landesrecht im Bereich des privaten Mietrechts keinen Raum mehr lassen. Daher hat sich das Land Berlin für einen öffentlich-rechtlichen Mietendeckel entschieden,²⁷ der allerdings ebenfalls an den bereits bestehenden bundesrechtlichen Regelungen scheitern kann. Dies ist bislang umstritten.²⁸ Hier zeigen sich die Probleme der bundesstaatlichen Verteilung von Gemeinwohlkonkretisierungskompetenz.

²⁶ Abrufbar unter <http://www.gesetze-im-internet.de/bbaug/>.

²⁷ S. Beschlussvorlage (Fn. 10), S. 3.

²⁸ Für die Verfassungsmäßigkeit *Franz C. Mayer/Markus Arzt*, Öffentlich-rechtliche und privatrechtliche Aspekte eines „Mietendeckels“ für das Land Berlin, Rechtsgutachten für die Fraktion der SPD im Abgeordnetenhaus von Berlin, 16.3.2019, S. 14 ff., abrufbar unter <https://www.spdfraktion-berlin.de/system/files/ma->

III. Eine Abwägungstheorie des öffentlichen Interesses

Das Gemeinwohl gibt es nur im Singular. Verschiedene Gemeinwohle sind schon begrifflich ausgeschlossen. Beim öffentlichen Interesse verhält es sich anders: Dem öffentlichen Interesse, dem der Staat verpflichtet ist, stehen eine Vielzahl unterschiedlicher öffentlicher Interessen gegenüber. Erst durch eine Abwägung der verschiedenen, zum Teil widerstreitenden Interessen lässt sich feststellen, was konkret im öffentlichen Interesse liegt.

Lassen Sie mich das am Beispiel von Windkraftwerken veranschaulichen. Es liegt zweifellos im öffentlichen Interesse, die Erderwärmung zu begrenzen und dafür von fossilen Brennstoffen auf regenerative Energien umzusteigen. Wer Kohlekraftwerke schließen will, braucht Alternativen. Windenergie ist eine solche Alternative. Deshalb ist es konsequent, dass § 35 Baugesetzbuch die Errichtung von Windkraftanlagen privilegiert. Aber auch Windenergieanlagen sind nicht nur positiv. Vielmehr berühren sie andere öffentliche Interessen. Das gilt beispielsweise für den Tier- und Naturschutz. So können die Rotorblätter von Windkraftanlagen für Vögel zur tödlichen Gefahr werden. Damit wird eine Abwägung nötig: Überwiegen die Interessen des Klimaschutzes, die für den Bau von Windkraftanlagen sprechen, oder überwiegen die Interessen des Tier- und Naturschutzes, die dagegen sprechen? Die Frage lässt sich allgemein stellen. Sie kann aber auch für einen konkreten Standort diskutiert werden, an dem mehr oder weniger Vögel leben oder vorbeiziehen, die im Flug getötet werden können. Erst nach der Abwägung dieser und aller weiteren berührten Interessen lässt sich beantworten, ob der Bau von Windkraftanlagen generell oder in einem bestimmten Fall im öffentlichen Interesse liegt.

Eine solche Abwägung liegt auch der Mietpreisbremse zugrunde, mit der ich meinen Vortrag begonnen habe, und das Bundesverfassungsgericht hat den gefundenen Ausgleich zwischen Vermieter- und Mieterinteressen als angemessen gebilligt.²⁹ Ob der wesentlich radikalere Mietendeckel, den das Land Berlin nun plant, einen angemessenen Ausgleich erzielt, erscheint dagegen zweifelhaft. Der Mietendeckel verfolgt zwar ebenso wie die bundesrechtliche Mietpreisbremse das legitime öffentliche Interesse, der „Verdrängung wirtschaftlich weniger leistungsfähiger Bevölkerungsgruppen aus stark nachgefragten Wohnquartieren entgegenzuwirken“.³⁰ Er könnte aber nicht nur an den kompetenziellen Schranken der Landesgesetzgebung scheitern, sondern auch an einem unzureichenden Ausgleich mit anderen relevanten Interessen.

IV. Die Perspektive der Staatsaufgabenlehre

Nach dem bisher Gesagten ergibt sich das im öffentliche Interesse Gebotene aus einer Abwägung aller jeweils relevanten öffentlichen Interessen, wobei in diesen öffentlichen Interessen durchaus auch der Schutz privater Interessen enthalten sein kann. Das öffentliche Interesse ist damit gleichbedeutend mit dem Gemeinwohl, das seinerseits das Staatsziel schlechthin bezeichnet: Aufgabe des Staates und jeder staatlichen Gewalt ist es letztlich, das Gemeinwohl zu verwirklichen. So heißt es in Art. 3 der Bayerischen Verfassung über den Freistaat Bayern schlicht: „Er dient dem Gemeinwohl.“³¹

Öffentliches Interesse und Gemeinwohl sind damit Schlüsselbegriffe der Staatsaufgabenlehre. Ein Erkenntnisgewinn ist damit allerdings nicht verbunden. Dem Gemeinwohl dient und

[ver_artz_gutachten_mietendeckel_fuer_spd-fraktion.pdf](#); skeptisch dagegen Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste, Gesetzliche Mietpreisregulierung durch die Länder aufgrund der Gesetzgebungskompetenz für das Wohnungswesen, Ausarbeitung WD 3 - 3000 - 029/19 vom 5.2.2019.

²⁹ BVerfG (Fn. 4), Rn. 59 ff. und insb. Rn. 68 ff.

³⁰ So BVerfG (Fn. 4), Rn. 60, zur Mietpreisbremse.

³¹ Genau: Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Bayerische Verfassung.

Staatsaufgabe ist letztlich das, was ein Organ innerhalb seiner Kompetenzen im Rahmen der es bindenden rechtlichen Vorgaben tun muss oder zulässigerweise tun darf. Was das ist, kann auch innerhalb der Gruppe der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratien durchaus von Rechtsordnung zu Rechtsordnung variieren. Damit spiegelt die Suche nach dem öffentlichen Interesse grundlegende Weichenstellungen der Staats- und Gesellschaftsordnung wider.

Ein kurzer Vergleich zwischen Deutschland und Frankreich soll dies abschließend veranschaulichen. Schon begrifflich unterscheidet sich die französische Debatte von der deutschen. Während in Deutschland – wie auch in diesem Vortrag – das öffentliche Interesse im Vordergrund steht und daneben das Wohl der Allgemeinheit eine wichtige Rolle spielt, dreht die französische Debatte um den Begriff des *intérêt général*,³² also des allgemeinen Interesses. Der deutschen Rechtswissenschaft ist der Begriff des allgemeinen Interesses als Synonym zum öffentlichen Interesse nicht fremd, doch wird er, anders als in Frankreich, vergleichsweise selten gebraucht. Hinter dem *intérêt général* scheint die *volonté générale* auf, also der allgemeine Wille als Schlüsselbegriff der Staatstheorie von *Jean-Jacques Rousseau*, die das französische Staatsdenken entscheidend geprägt hat.³³ In seinem Werk über den Gesellschaftsvertrag entwirft *Rousseau* eine monistisch-totalitäre Demokratie, die auf der Gleichheit aller Staatsbürger beruht und der alle partikulären Organisationen, die zwischen Bürger und Staat treten könnten, suspekt sind. Das passt durchaus noch heute zum französischen Einheitsstaat, während es mit dem deutschen Föderalismus unvereinbar ist. Wo Frankreich von einem einheitlichen *intérêt général* ausgehen kann, stehen sich in Deutschland Bund, Länder und Gemeinden mit ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereichen und ihren je eigenen öffentlichen Interessen gegenüber.

Auch die Grenze zwischen staatlicher Verantwortung einerseits und privater Eigeninitiative andererseits verläuft in Frankreich anders als in Deutschland. Das zeigt sich beispielhaft in so unterschiedlichen Bereichen wie der Vergabe von Internet-Domainnamen und der Organisation des Profisports. Beides wird in Frankreich durch spezielle Gesetze reguliert, während Deutschland auf gesellschaftliche Eigeninitiative setzt. Aus Zeitgründen kann ich hier nur auf die Domainnamenvergabe eingehen.³⁴

In Deutschland werden Internet-Domainnamen mit der Endung .de wie z.B. „prag.de“ von der DENIC vergeben. Die DENIC ist eine eingetragene Genossenschaft, die von der Internetwirtschaft getragen wird. Den rechtlichen Rahmen bildet die allgemeine Rechtsordnung. Die DENIC wurde auf der Grundlage des Genossenschaftsgesetzes gegründet und sie wickelt ihre Geschäfte nach den Regeln des Schuldrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs ab. Eine spezifische staatliche Domainnamenregulierung gibt es in Deutschland nicht. Vielmehr stellt § 66 Abs. 1 Satz 4 Telekommunikationsgesetz³⁵ klar, dass die Vergabe von Domainnamen nicht der staatlichen Telekommunikationsregulierung unterliegt. In Frankreich verhält es sich anders. Domainnamen mit der Endung .fr werden von der AFNIC vergeben. Diese ist zwar, wie die DENIC, eine privatrechtliche Vereinigung. Ihre Tätigkeit wird aber durch den *Code des postes et des communications électroniques* gesetzlich bestimmt.³⁶ Die AFNIC wurde vom

³² S. nur Conseil d'Etat (Hrsg.), *Réflexions sur l'intérêt général*, in: Rapport Public 1999, S. 237 ff.; Gilles J. Guglielmi (Hrsg.), *L'intérêt général dans les pays de common law et de droit écrit*, 2017.

³³ Zur Verbindung Conseil d'Etat (Fn. 32), S. 258 f.

³⁴ Zur Organisation der nationalen Fußballligen R. *Uerpmann-Witzack*, *La conception de l'intérêt général en droit public allemande*, in: Guglielmi (Fn. 32), S. 89 (96 f.).

³⁵ Abrufbar unter http://www.gesetze-im-internet.de/tkg_2004/.

³⁶ Artikel L45 bis L45-8; Artikel R20-44-38 bis R 20-44-47 Code des postes et des communications électroniques; abrufbar unter: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070987>.

zuständigen Ministerium als Domainnamenverwalter bestellt,³⁷ und Artikel L45-1 des *Code* stellt klar, dass die Domainnamen „im allgemeinen Interesse“ vergeben und verwaltet werden.³⁸ Das französische Gesetz bezieht sich also ausdrücklich auf das *intérêt général* als Bezugspunkt der staatlichen Regulierung. Auch in Deutschland wird man ohne weiteres sagen können, dass die ordnungsgemäße Domainnamenverwaltung im öffentlichen Interesse liegt. Daraus wird aber nicht der Schluss gezogen, dass der Staat die Verwaltung übernehmen oder zumindest regeln müsste. In diesem Sinn bezeichnet das öffentliche Interesse eine potenzielle Staatsaufgabe, aber keine Pflichtaufgabe: Solange die Selbstverwaltung der Domainnamenvergabe durch die Internetwirtschaft keine Probleme bereitet, besteht für den deutschen Staat kein Grund, einzuschreiten und die Aufgabe ganz oder teilweise an sich zu ziehen.³⁹

V. Zusammenfassung

Ich komme zum Schluss. Das öffentliche Interesse ist nach alledem zunächst eine Leerformel oder, etwas positiver formuliert, ein Platzhalter für Grundentscheidungen einer Rechts- und Staatsordnung. Wie das öffentliche Interesse ausgefüllt oder im Einzelfall konkretisiert wird, offenbart viel über die jeweilige Staatsordnung. Aus deutscher Sicht ist die Konkretisierung des öffentlichen Interesses vor allem eine Frage der Kompetenzverteilung und der Abwägung. Die klassische Unterscheidung zwischen öffentlichen und privaten Interessen ist hingegen nur in bestimmten Zusammenhängen sinnvoll. Ansonsten führt sie leicht zu Verwirrung, weil sie einen Gegensatz nahelegt, den es in dieser Allgemeinheit nicht gibt.

³⁷ Artikel L45 (Fn. 36).

³⁸ Artikel L45-1 Abs. 1 (Fn. 36): „Les noms de domaine sont attribués et gérés dans l'intérêt général selon des règles non discriminatoires et transparentes, garantissant le respect de la liberté de communication, de la liberté d'entreprendre et des droits de propriété intellectuelle.“

³⁹ So auch Bundesgerichtshof, Urteil vom 17.5.2001 – I ZR 251/99, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, S. 3265 (3267).